



Costituzionalismo.it

Fascicolo 3 | 2016

CRISI E CONFLITTI NELL'UNIONE EUROPEA: UNA PROSPETTIVA COSTITUZIONALE

Costituzionalismo.it

Rivista quadrimestrale

ANNO XIII – N. 3/2016

DIREZIONE

Gaetano Azzariti (*Direttore*)
Francesco Bilancia (*Vice-Direttore*)
Giuditta Brunelli – Paolo Caretti – Lorenza Carlassare
Elisabetta Catelani – Pietro Ciarlo – Claudio De Fiores
Alfonso Di Giovine – Mario Dogliani – Marco Ruotolo
Aldo Sandulli – Dian Schefold – Massimo Villone – Mauro Volpi

COMITATO SCIENTIFICO DI REDAZIONE

Alessandra Algostino – Gianluca Bascherini
Marco Betzu – Gaetano Bucci – Roberto Cherchi
Giovanni Coinu – Andrea Deffenu – Carlo Ferrajoli
Luca Geninatti – Marco Giampieretti – Antonio Iannuzzi
Valeria Marcenò – Paola Marsocci – Ilenia Massa Pinto
Elisa Olivito – Luciano Patruno – Laura Ronchetti
Ilenia Ruggiu – Sara Spuntarelli – Chiara Tripodina

REDAZIONE

Andrea Deffenu – Elisa Olivito – Giuliano Serges

NORME DI AUTODISCIPLINA

Il regolamento relativo alla *procedura di valutazione* degli articoli pubblicati su questa rivista è consultabile al seguente indirizzo internet:

www.costituzionalismo.it/regolamento;

nella medesima pagina *web* è inoltre disponibile l'elenco completo dei membri del *Comitato scientifico per la Valutazione*.

«CRISI E CONFLITTI NELL'UNIONE EUROPEA:
LA PROSPETTIVA COSTITUZIONALE»

Indice sommario III

Abstract e notizie sugli Autori VII

Saggi e articoli - Parte I
«Crisi e conflitti nell'UE»

Elisa OLIVITO e Giorgio REPETTO, *Perché pensare la crisi dell'UE in termini di conflitti costituzionali*
- Editoriale - 1

Francesco SAITTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: istanze "controdemocratiche", principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT* 23

Antonello CIERVO, *Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione Europea tra "sistema hotspot" e Brexit* 79

Andrea BOSIO e Sergio DELLAVALLE, *Crisi e ridefinizione della sovranità nel contesto plurilivellare* 127

Alessia Ottavia COZZI, *Un conflitto costituzionale silente: Corte di giustizia e deferenza verso il legislatore europeo nella più recente giurisprudenza sulla cittadinanza e sul riconoscimento di prestazioni sociali* 159

Pietro FARAGUNA, *Alla ricerca dell'identità costituzionale tra conflitti giurisdizionali e negoziazione politica* 197

Alessandra ALGOSTINO, *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?* 255

Maria Irene PAPA, <i>Crisi dei rifugiati, principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri dell'Unione Europea</i>	287
Eleonora RINALDI, <i>Unione Europea e le deroghe alla libertà di circolazione in funzione di governo dei flussi migratori</i>	325
Alessandra CERRUTI e Ilenia MASSA PINTO, <i>I conflitti nella prospettiva della teoria generale delle fonti del diritto nel caso della disciplina eurounitaria della finanza pubblica</i>	355
Andrea PIERINI, <i>Unione bancaria europea e mercato unico dei servizi finanziari. Dinamiche di integrazione e limiti del processo di federalizzazione delle funzioni in materia di vigilanza e risoluzione delle crisi bancarie.</i>	397

Saggi e articoli - Parte II

Antonio Ignazio ARENA, <i>Le maggioranze speciali. Prime note</i>	1
Anna Maria NICO, <i>La corruzione nella prospettiva dei doveri costituzionali degli affidatari di funzioni pubbliche</i>	35
Daniela MONE, <i>Il sistema delle fonti dei beni culturali tra giurisprudenza e prospettive di riforma costituzionale con particolare riferimento alla disciplina dei musei</i>	59
Stefano GIUBBONI, <i>Libertà di impresa e diritto del lavoro nell'Unione Europea</i>	89
Francesco PALLANTE, <i>Gli stranieri e il diritto all'abitazione</i>	135

Commenti - Parte III

Adriana APOSTOLI, <i>Oltre l'idea di un riformismo costituzionale tellurico (destinato a tornare sempre con forme e modalità imprevedibili)</i>	1
Vincenzo BALDINI, <i>La portata costituyente della decisione re-</i>	23

ferendaria del 4 dicembre 2016

Rubriche - Parte IV
«sulle spalle dei giganti»

Georg JELLINEK, *La federazione di stati*
(a cura di Giorgio REPETTO)

1

ABSTRACT
E NOTIZIE SUGLI AUTORI

- **Alessandra ALGOSTINO**, *Professore associato in Diritto costituzionale (Università degli Studi di Torino)*

La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?

Abstract (ITA): *La locuzione soft law si riferisce ad un insieme di atti eterogenei che, nella duttilità e flessibilità di forme e legittimazione, presentano un tratto comune: esercitano effetti giuridici rilevanti pur senza possedere efficacia giuridica vincolante. Il ricorso ad atti di soft law è particolarmente diffuso nell'ordinamento dell'Unione europea: qual è l'impatto degli strumenti di soft law comunitaria sul diritto statale? La soft law comunitaria incrementa il coinvolgimento degli Stati, con l'effetto collaterale di bilanciare il deficit democratico, o permette di eludere le procedure formali e ignorare la necessaria presenza di una legittimazione democratica, riducendo il tasso di democrazia?*

Nello studio si argomenta come la soft law comunitaria appaia coerente rispetto ad un sistema, liquido, informale e policentrico (non a caso spesso qualificato in termini di governance), sempre più indifferente – e insofferente – rispetto al parametro della legittimazione democratica e rispondente a sovranità altre rispetto a quella popolare. A profilarsi è un conflitto fra ordinamenti, ma non solo: date le caratteristiche della soft law, il conflitto fra fonti rischia di trascinare in una erosione dei parametri democratici.

Abstract (EN): *The term “soft law” refers to a heterogeneous set of acts which share, in the malleability and flexibility of their forms and legitimacy, a common feature: they produce relevant legal effects without including any binding legal effect.*

The use of soft law is widespread in the European system: which is the impact of EU soft law instruments on the State law? Does the European soft law increase the involvement of the States, resulting in balanc-

ing of the democratic deficit as a collateral effect or does it permit the circumvention of the formal procedures neglecting the necessary presence of democratic legitimacy, by reducing the rate of democracy?

In the present essay it is argued how the EU soft law appears consistent with a liquid, informal and polycentric system (often skilled in terms of “governance”), that is more and more indifferent – and hostile – with respect to the parameter of the democratic legitimacy and responsive to others sovereignty than the popular one. What is standing out is not only a conflict between legal systems: given the features of soft law, the conflict between sources is likely to overflow into an erosion of democratic parameters.

➤ **Adriana APOSTOLI**, *Professore associato in Diritto costituzionale (Università degli Studi di Brescia)*

Oltre l’idea di un riformismo costituzionale tellurico (destinato a tornare sempre con forme e modalità imprevedibili)

Abstract (ITA): *All’indomani del voto referendario che ha bocciato il progetto governativo di revisione della seconda parte della Costituzione, il saggio affronta la questione relativa alla qualità della nostra democrazia costituzionale cercando di definire i presupposti sulla base dei quali sia possibile recuperare, nella loro effettività, i principi costituzionali vigenti.*

Abstract (EN): *Following the referendum that has rejected the Government’s constitutional project for the revision of the second part of the Constitution, the essay addresses the question concerning the quality of our constitutional democracy and tries to define the conditions to regain the constitutional principles in force and their effectiveness.*

- **Antonio Ignazio ARENA**, *Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche (Università degli Studi di Messina)*

Le maggioranze speciali. Prime note

Abstract (ITA): *Questo scritto riguarda l'origine e il senso delle maggioranze speciali. I primi paragrafi (1-4) contengono brevi considerazioni di carattere storico e teorico. Mostrano principalmente come le maggioranze speciali nascano, nella nostra tradizione giuridica, quali rimedi agli inconvenienti dell'unanimità (e non della maggioranza semplice). Alle maggioranze speciali nella Costituzione italiana è dedicata la seconda metà del lavoro (paragrafi 5-8), a partire dall'interpretazione dell'articolo 64. Una ricostruzione dogmatica unitaria delle maggioranze speciali è possibile. Il loro senso comune, però, non è la tutela delle minoranze (sebbene esse siano state introdotte a questo scopo), ma genericamente l'importanza della decisione.*

Abstract (EN): *The paper deals with origin and meaning of supermajority rule. The first paragraphs (1-4) contain brief historical and theoretical considerations. They mainly show that supermajorities arise, in our legal tradition, as remedies for the problems of unanimity (and not of simple majority). The second half of the work (paragraphs 5-8) deals with supermajority rule in the Italian Constitution, starting from the interpretation of Article 64. A unified dogmatic reconstruction of supermajorities is possible. Their common sense, however, is not the protection of minorities (although they have been introduced for this purpose), but generally, the importance of the decision.*

- **Vincenzo BALDINI**, *Professore ordinario in Diritto costituzionale (Università degli Studi di Cassino e del Lazio meridionale)*

La portata costituyente della decisione referendaria del 4 dicembre 2016

Abstract (ITA): *Il referendum costituzionale del 4 dicembre scorso, oltre a sancire il rigetto della legge di riforma costituzionale, si carica di una valenza reale costituente che va ben oltre la forza giuridico-formale ad esso riconosciuta dalla norma costituzionale. In questa prospettiva, esso appare come una delle forme implicite attraverso cui oggi il potere costituente è in grado di manifestarsi nell'ordinamento giuridico statale democratico. Al Capo dello Stato, tutore dell'unità nazionale ed interprete autentico della volontà popolare, spetta il compito di preservare e tutelare il nucleo essenziale della decisione referendaria.*

Abstract (EN): *The article assumes that the constitutional referendum held on the last 4th of December, beside the rejection of the law of constitutional reform, is charged with a constituent real value that goes far beyond the formal legal force to it by the constitutional norm. In this perspective, it appears as one of the implicit forms through which today's constituent power can manifest itself. In the author's opinion the President of Italian Republic, as the guardian of national unity and authentic interpreter of the popular will, should preserve and protect the core of the referendum results.*

- **Andrea BOSIO**, Dottorando di ricerca in Diritti e Istituzioni (Università degli Studi di Torino)
- **Sergio DELLAVALLE**, Professore associato in Istituzioni di Diritto pubblico (Università degli Studi di Torino)

Crisi e ridefinizione della sovranità nel contesto pluri-livellare

Abstract (ITA): *La globalizzazione e la frammentazione istituzionale, politica e giuridica hanno lanciato una sfida senza precedenti al concetto di sovranità. Il saggio analizza le possibili reazioni alla costellazione postnazionale e alle sue conseguenze sul concetto di sovranità dal punto di vista delle teorie dell'ordine e con particolare attenzione al contesto unionale. In conclusione, si rileva come gli attuali mutamenti nella realtà che ci circonda possano essere ricondotti ad una più ampia rivoluzione paradigmatica, in grado non solo di superare la classica dicotomia tra universale e particolare, ma anche di permettere il passaggio da una concezione unitaria ad una post-unitaria dell'ordine.*

Abstract (EN): *Due to the process of globalization as well as to the institutional, political and legal fragmentation, the concept of sovereignty is facing an unprecedented challenge. The essay analyzes the reactions to the post-national constellation and its consequences on sovereignty from the perspective of the theories of order, whereas particular attention is devoted to the European context. In conclusion, it is pointed out how current changes in our surrounding reality can be put down to a wider paradigmatic revolution, which may be able to overcome the traditional dichotomy between the categories of universal and particular, thus making the transition from a unitary to a post-unitary conception of order.*

- **Alessandra CERRUTI**, *Dottoressa di ricerca in Diritto costituzionale (Università degli Studi di Torino) – Borsista di ricerca (Laboratorio dei diritti fondamentali di Torino)*
- **Ilenia MASSA PINTO**, *Professoressa associata in Diritto costituzionale (Università degli Studi di Torino)*

I conflitti nella prospettiva della teoria generale delle fonti del diritto nel caso della disciplina eurounitaria della finanza pubblica

Abstract (ITA): *Intendendo per deformalizzazione dell'ordinamento giuridico un complesso di fenomeni che al contempo realizzano e manifestano la crisi dell'artificialismo politico (e cioè del tratto costitutivo del diritto moderno, in generale, e del carattere normativo delle costituzioni, in particolare), il contributo è dedicato all'indagine di tale fenomeno nel campo della disciplina europea della finanza pubblica, alla luce degli assunti tradizionali della teoria generale delle fonti. Nel rinvenirne le tracce e nell'evidenziarne gli strumenti (come la fuga dai Trattati o l'ampio uso di norme di soft law) e le principali conseguenze sull'assetto dei rapporti tra i poteri (tanto sul piano sovranazionale quanto su quello interno), lo studio di caso porta ad avanzare preoccupazioni circa il grado di legittimazione e la stessa possibilità di tenuta di un avanzamento dell'integrazione europea condotto su tali – troppo evanescenti – basi. Il fine è, altresì, quello di sottoporre a critica gli argomenti utilizzati dalle retoriche dell'emersione di un global law without a state e della natura sui generis del “modello costituzionale europeo”, evidenziandone invece i rischi sotto il profilo di una totale rescissione dei vincoli che il costituzionalismo – proprio tramite le istanze di formalizzazione e grazie alla mediazione del conflitto politico – aveva efficacemente posto al potere.*

Abstract (EN): *First of all, the paper proposes to refer in terms of “de-formalization” to the complex of phenomena which are currently showing and achieving the crisis of the Modern Age idea of the inevitably artificial foundations of law. Then, characteristics and consequences of this particular situation are investigated in the background of Eu-*

ropean law and in the specific field of the coordination of Member States' national fiscal policies, but mostly from the point of view of the traditional categories of public general theory of law. Indeed, the processes underway are all but irrelevant for public general theory of law, especially when they lead European institutions to act out of the limits fixed by the Treaties or through a kind of norms – i.e. soft law – which is even hardly comprehensible from its traditional perspective. At stake, in the end, is the very possibility to achieve European integration on these – too feeble – bases and to describe it as an harmonious and conflict-free process, showing the rise of some kind of “global law without a State” or “European constitutional model”. It is, moreover, the possibility to keep limiting power, a (still and unprecedentedly necessary) task that, until now, constitutionalism has proved to be able to fulfil.

➤ **Antonello CIERVO**, *Dottore di ricerca in Diritto pubblico (Università degli Studi di Perugia)*

Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione Europea tra “sistema hotspot” e Brexit

Abstract (ITA): *Nel corso degli ultimi due anni, la governance del sistema di asilo è stata al centro dell'azione politica delle istituzioni europee: ciò ha determinato una forte compressione delle tutele giuridiche dei richiedenti protezione internazionale. Anche il recente referendum sull'uscita del Regno Unito dall'UE, la c. d. “Brexit”, deve essere letto in questa prospettiva, non solo per la diffidenza dei cittadini britannici nei confronti dell'Unione, ma anche per il ruolo che ha giocato, nell'opinione pubblica britannica, il rischio di una crisi del sistema di Welfare nazionale. L'obiettivo di questo saggio è quello di provare a tracciare una mappa delle misure giuridiche adottate dall'Unione Europea nel corso del biennio 2015/2016, al fine di far fronte alla grave emergenza umanitaria in atto nel Mediterraneo, oltre che verificare gli effetti concreti della governance europea alla luce della Brexit che deve essere intesa anche come una diretta conseguenza della incapacità delle istituzioni europee nella gestione dei flussi migratori internazionali.*

Abstract (EN): *During the past biennium, the governance of the asylum system has been the focus of the political action of the European institutions: this resulted in a strong compression of the legal protections of asylum seekers. Even the recent referendum on the exit of the United Kingdom by the EU, the so-called “Brexit”, must be read in this perspective, not only so in view of the distrust that Britons have always turned towards the EU, but also for the role it has played, in the British public opinion, the risk of a possible unsustainability of its Welfare system. The goal of this essay is to try to map the legal measures taken by the EU during the past biennium, in order to cope with the serious humanitarian emergency in the Mediterranean area, as well as check the actual effects of EU governance in the light of Brexit which must also be understood as a direct consequence of the inability of the European institutions in the management of international migration flows.*

-
- **Alessia Ottavia COZZI**, *Dottore di ricerca in Diritto costituzionale (Università degli Studi di Ferrara) – Ricercatore Area Science Park Trieste*

Un conflitto costituzionale silente: Corte di giustizia e deferenza verso il legislatore europeo nella più recente giurisprudenza sulla cittadinanza e sul riconoscimento di prestazioni sociali

Abstract (ITA): *Il presente contributo trae spunto da alcune recenti sentenze della Corte di giustizia in materia di libera circolazione dei cittadini europei e di godimento di prestazioni sociali, i casi Rendón Marín e Dansk Industri del 2016. La dimensione costituzionale che questa giurisprudenza chiama in causa è analizzata attraverso un particolare punto di vista, il rapporto tra norme primarie, intese come alcune disposizioni scritte dei Trattati, della Carta europea dei diritti fondamentali e alcuni principi generali non scritti, e norme secondarie, regolamenti e direttive. Nei primi anni duemila, la cittadinanza europea è cresciuta in via pretoria attraverso l’ampio ricorso alla diretta ap-*

plicazione dei principi di rango primario, dando soluzione a fattispecie concrete che fuoriuscivano dai requisiti previsti dalla normazione derivata. Ne è risultata l'estensione di norme di protezione sociale a cittadini non economicamente attivi e una forte spinta all'integrazione economica, sociale e culturale. Nella più recente giurisprudenza, invece, la Corte di giustizia assegna centralità alla legislazione derivata, mentre l'utilizzo del parametro primario risulta recessivo. Quando sono in gioco prestazioni accessorie al rapporto di lavoro garantite da direttive, inoltre, la Corte di giustizia invita i giudici nazionali ad utilizzare nel modo più ampio possibile la tecnica dell'interpretazione conforme del diritto nazionale, ma è molto cauta nel ritenere applicabile una corrispondente norma primaria, sia essa contenuta nella Carta europea dei diritti o espressa in forma di principio generale non scritto. La tecnica dell'interpretazione conforme pare assumere così la funzione di protezione della legislazione europea derivata sprovvista di effetti diretti orizzontali, facendo da scudo alla domanda di diretta applicazione di norme primarie di principio formulata dai giudici comuni. Questi orientamenti giurisprudenziali paiono accomunati dalla centralità riconosciuta dalla Corte di giustizia alla legislazione derivata. Se ci si sposta dal rapporto tra fonti del diritto al rapporto tra poteri, ne risulta una forma di deferenza della Corte di giustizia verso gli Stati, o meglio i Governi nazionali, nella veste di legislatore europeo. Si assiste così ad una forma di rispetto per il compromesso politico espresso nella legislazione derivata, mentre la Corte si astiene dall'offrire tutele ulteriori rispetto a quelle espressamente previste. In un periodo di forte crisi dell'integrazione europea, la stessa giurisprudenza che aveva contribuito alla creazione di una dimensione sociale europea arretra. Il self restraint della Corte di giustizia può giustificarsi nella volontà del giudice di non forzare la mano, per non sostituirsi a scelte che si ritiene rimesse alle istituzioni politiche e non aggravare ancora di più le divergenti visioni degli Stati sul futuro dell'integrazione europea.

Abstract (EN): *This article considers the recent ECJ's case law on the European citizenship and social benefits. The case law trends are here analysed from a constitutional point of view, which relies on the relationship between EU primary and secondary law. Concerning primary law, we took into consideration written norms of the Treaties on*

citizenship and the free movement of persons, some written norms of the EU Charter of fundamental rights, as well as some non-written general principles of EU law. At the beginning of 2000s, the case law on EU citizenship extended rights of non-active people beyond the conditions provided by secondary legislation. Indeed, undertaking judicial review of Member States acts, the Court embarked upon an implicit judicial review of EU legislation. Through an intrusive application of the principle of proportionality, the ECJ set aside the conditions imposed by the Community legislature, i.e. the requirements of sufficient resources and sickness insurance. This approach was criticized by some commentators, because the Court would have rewritten rules laid down in secondary legislation, interpreting those rules against their wording. The recent case law shows a new trend. While national judges ask for the direct application of primary norms, as art. 20 TFEU, the Court strictly relies on secondary legislation requirements for the free movement rights. In the same way, dealing with directives concerning social benefits depending on national labour law, the Court refuses to directly apply the corresponding primary general principles of EU law, suggesting judges to give an interpretation of national law in conformity with the directives. In a constitutional dimension, those trends highlight the respect of the Court for the political consensus embodied into secondary legislation, i.e. the respect for the Governments acting as EU legislator. At the end, in the current period facing the crisis of European integration, it seems that the Court refuses to interfere with discretionary choices by EU legislature in complex economic and social policy field.

- **Pietro FARAGUNA**, *Assegnista di ricerca in Istituzioni di Diritto pubblico (L.U.I.S.S. «Guido Carli»)*

Alla ricerca dell'identità costituzionale tra conflitti giurisdizionali e negoziazione politica

Abstract (ITA): *L'articolo esplora il tema dell'identità costituzionale degli Stati membri dell'Unione europea proponendo una chiave metodologica nuova, che si spinge oltre all'analisi del circuito delle Corti, e cerca via alternative attraverso le quali gli Stati membri proteggono interessi nazionali espressione delle loro identità costituzionali. Dapprima l'articolo ripercorre la narrazione classica dei controlimiti, esclusivamente focalizzata sulla giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali, e in particolare di alcune di esse. Si argomenta successivamente il motivo per cui questo approccio tradizionale può essere inadeguato ad apprestare una salvaguardia sufficientemente efficace di elementi peculiari dell'identità costituzionale che sono propri soltanto di alcuni Stati membri e non fanno parte di un condiviso patrimonio costituzionale europeo. A partire dal riconoscimento di questa inadeguatezza, si indagheranno quali alternative esistano per tutelare tali peculiarità. Tra queste l'articolo considera la sottrazione di alcune materie dalle competenze dell'Unione europea o comunque dall'applicazione del metodo comunitario, nonché l'applicazione della regola dell'unanimità in procedimenti decisionali riguardanti materie potenzialmente sensibili per l'identità costituzionale nazionale. Quindi l'articolo considera alcune esperienze significative di integrazione differenziata, con l'intento di verificare se gli interessi tutelati da quelle esperienze abbiano una qualche corrispondenza con quelli tutelati dalle Corti, riscontrando ampie zone di sovrapposizione.*

Infine, si indagheranno alcuni recenti passaggi che sembrano suggerire l'avvio di una nuova fase della storia dell'identità costituzionale nazionale, tanto nel circuito giurisdizionale del c.d. dialogo tra Corti (casi Gauweiler, Signor R. e Taricco), quanto nella gestione politica dei conflitti attorno a interessi nazionali fondamentali (con la vicenda Brexit).

Abstract (EN): *The article explores national constitutional identities in the European Union, adopting an innovative methodology to explore this seminal topic beyond the classic judicial perspective. The article investigates possible alternatives to the Court-centered debate on constitutional identities in the European Union. To begin with, the article gives an overview of the traditional court-centered approach through which the legal scholarship widely explored this topic, mostly focusing on national constitutional courts' case law and particularly on some given jurisdictions. This article argues that this approach may be inadequate to safeguard peculiar elements of constitutional identities that are not part of a shared European constitutional heritage. Given this inadequateness, the article explores possible alternatives to the court-centered approach, identifying such alternatives in the decision to keep identity-sensitive matters out of the EU competences or applying unanimity in the decision-making process on identity-sensitive matters. Additionally, identity-sensitive matters may be identified in a wide and heterogeneous experience of differentiated integration, that this article will explore in detail. Subsequently, the classic court-centered approach on the one hand, and political alternatives to the protection of national constitutional identities on the other hand, will be contrasted: striking overlaps will emerge. Finally, the article will explore recent developments suggesting a new trend both in the court-centered approach to constitutional identities (case *Gauweiler, Mr. R.*, and *Taricco*) and in political alternatives (*Brexit*).*

➤ **Stefano GIUBBONI**, *Professore associato in Diritto del lavoro (Università degli Studi di Perugia)*

Libertà d'impresa e diritto del lavoro nell'Unione Europea

Abstract (ITA): *L'autore analizza criticamente la recente giurisprudenza della Corte di giustizia sulla libertà contrattuale dell'imprenditore come limite al potere degli Stati membri di introdurre discipline protettive del lavoro subordinato dirette a stabilire standard di tutela più favorevoli rispetto a quelli previsti dalle direttive europee,*

proponendo una lettura alternativa dell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

Abstract (EN): *This article offers a critical-contextual analysis of the recent case law of the European Court of Justice on the business-contractual freedom as an employers' fundamental right against alleged disproportional employees' job protection as provided for by national legislatures in the field of application of EU law. The author challenges such neoliberal understanding of the freedom of enterprise and argues for an alternative and more-balanced interpretation of Article 16 of the EU Charter of fundamental rights.*

➤ **Daniela MONE**, *Ricercatore in Diritto amministrativo (Università della Campania «Luigi Vanvitelli»)*

Il sistema delle fonti dei beni culturali tra giurisprudenza e prospettive di riforma costituzionale con particolare riferimento alla disciplina dei musei

Abstract (ITA): *La disciplina giuridica dei beni culturali e dei musei è stata oggetto di profonda evoluzione normativa anche di rango costituzionale e di giurisprudenza costituzionale non sempre univoca. L'articolo si propone di analizzarne le questioni centrali come la problematica individuazione di distinte funzioni attinenti ai beni culturali, in particolare la tutela e la valorizzazione; le criticità connesse alla ripartizione delle relative competenze legislative fra Stato e Regioni; il rapporto tra assetto delle competenze, anche con riferimento al ruolo degli enti locali, e art. 9 Cost. da un lato, art. 5 Cost. dall'altro, sotto il particolare profilo della garanzia del principio autonomistico nel rispetto del principio di unità. Un approfondimento particolare è riservato alla disciplina della materia di cui alla legge costituzionale cd. Renzi-Boschi, bocciata in sede di referendum costituzionale il 4 dicembre 2016, allo scopo di segnalarne eventuali limiti ma anche spunti interessanti per un'eventuale futura riforma dei beni culturali.*

Abstract (EN): *The case law and the normative framework related to cultural heritage and museums present some ambiguities which deserve to be explored. The article will analyse the pivotal issues of this legal framework, such as the functions of protection and enhancement of cultural goods; the inconsistent way in which these functions are constitutionally allocated between the State and the Regions; the role of local authorities; art. 9 of the Constitution and art. 5 of the Constitution, which guarantees in particular the principle of autonomy in respect of the principle of unity. Particular focus will be devoted to the way in which the Renzi constitutional reform - failed after the referendum held on 4 December 2016 - attempted to amend the existing legal framework. This will show the limits of the constitutional reform, but will also propose some suggestions for a possible future reform of cultural heritage.*

➤ **Anna Maria NICO**, *Professoressa associata in Istituzioni di Diritto pubblico (Università degli Studi di Bari)*

La corruzione nella prospettiva dei doveri costituzionali degli affidatari di funzioni pubbliche

Abstract (ITA): *Lo studio si occupa dell'analisi delle cause e degli effetti del fenomeno corruttivo in Italia, che sono molteplici e riconducibili a singoli aspetti a volte apparentemente slegati tra loro. Sulla tematica in questione, infatti, incidono sia taluni aspetti della attuale crisi della rappresentanza, sia oggettivi problemi di incertezza del diritto legati ad un eccesso di produzione normativa, sia la parziale inefficacia dei rimedi legislativi approntati nel corso degli ultimi anni. In particolare la legge sulla prevenzione e la repressione della corruzione n. 190/2012, sotto taluni profili non è riuscita a costituire un rimedio complessivo anche se, sotto altri, in particolare quello della prevenzione, ha prodotto comunque l'effetto di introdurre un sistema mirante alla diffusione della cultura della legalità.*

Abstract (EN): *The study analyses multiple causes and effects of the corruptive phenomenon in Italy, which are linked to aspects seem-*

ingly unrelated to each other. On that issue, in fact, the problem affects both certain aspects of the current crisis of representation, and objective problems of legal uncertainty related to an excess of law-making, as the partial ineffectiveness of recent legislative remedies. Indeed, law n. 190/2012 on the prevention and combating of corruption in some respects failed to provide an overall remedy, even if it produced the effect of introducing a system aimed at spreading the culture of legality.

-
- **Elisa OLIVITO**, *Professoressa associata in Istituzioni di Diritto pubblico («Sapienza» - Università di Roma)*
 - **Giorgio REPETTO**, *Professore associato in Istituzioni di Diritto pubblico (Università degli Studi di Perugia)*

Perché pensare la crisi dell'UE in termini di conflitti costituzionali

Abstract (ITA): *Gli autori espongono le ragioni per affrontare l'attuale crisi dell'Unione europea da una prospettiva che cerchi di rivitalizzare i conflitti costituzionali come componente ineliminabile del costituzionalismo democratico. Muovendo dall'analisi delle ragioni che hanno condotto alla crisi dell'Euro e a Brexit, viene invocata la necessità che l'Unione si doti di adeguati meccanismi di espressione e inquadramento di alcuni dei suoi conflitti costitutivi (quelli intorno all'economia e alla moneta, alla gestione dell'immigrazione e alle pretese di sovranità degli stati), se vuole essere all'altezza delle sue ambizioni costituzionali.*

Abstract (EN): *The contribution seeks to explore the reasons why the current EU crisis should be investigated from a perspective focused on the rehabilitation of constitutional conflicts. Moving from a brief survey of the factors leading to the Euro crisis and to Brexit, the necessity is invoked that EU is vested with institutional, normative and political instruments that could allow some basic conflicts (with regard to economy, migration and national sovereignties) to be expressed and*

channeled. In view of the authors, this should be a pre-requisite for making the EU an authentic democratic polity.

- **Francesco PALLANTE**, *Professore associato in Diritto costituzionale (Università degli Studi di Torino)*

Gli stranieri e il diritto all'abitazione

Abstract (ITA): *Appoggiandosi alla riflessione dottrinale in materia di diritto all'abitazione e tenendo presente, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale, il quadro normativo di riferimento, il lavoro intende valutare se ai residenti stranieri sia garantita parità di trattamento rispetto ai cittadini italiani nelle politiche inerenti al diritto in questione. Il punto che, in particolare, si vorrebbe chiarire non è se a fronte della domanda di "casa" proveniente dai residenti stranieri bisognosi il diritto all'abitazione sollevi peculiari questioni riconducibili al profilo sostanziale del principio di eguaglianza, ma se a fronte della domanda di "casa" proveniente dai residenti in Italia bisognosi, siano essi italiani o stranieri, vi sia un problema di rispetto del principio di eguaglianza in senso formale tra i primi e i secondi.*

Abstract (EN): *Starting from a doctrinal reflection on the right to housing and bearing in mind the Italian regulatory framework, especially in the light of the Constitutional Court case law, the work aims to assess whether, in the implementation of housing policies, foreign residents are guaranteed equal treatment as compared to Italian citizens. The focus of the paper is not the right to housing of indigent foreign residents per se. It will rather try to clarify whether, in dealing with housing requests from indigent residents – be they Italians or foreigners – the principle of equality in the formal sense is violated.*

- **Maria Irene PAPA**, *Professore associato in Diritto internazionale («Sapienza» – Università di Roma)*

Crisi dei rifugiati, principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri dell'Unione Europea

Abstract (ITA): *Il presente scritto intende fornire un'occasione di riflessione sull'attuazione del principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità, sancito dall'art. 80 TFEU, con riguardo specifico alla politica comune in materia di asilo. Negli ultimi mesi, di fronte all'aggravarsi della crisi dei rifugiati in Europa e all'intensificarsi della pressione migratoria sui Paesi in prima linea, la necessità di tradurre in pratica tale principio è stata avvertita con sempre maggiore urgenza. Tuttavia, l'approccio seguito dall'Unione europea, in un clima di durissima contrapposizione tra gli Stati membri, si è rivelato fino ad oggi ampiamente inadeguato e insufficiente.*

Abstract (EN): *This paper aims at providing an opportunity to reflect on the implementation of the principle of solidarity and fair sharing of responsibility between Member States enshrined in Article 80 TFEU, with regard to the EU asylum policy. In last months, given the worsening of the refugee crisis in Europe and the continuing migratory pressures on front-line EU Member States, the need to put in practice this principle has been felt with increasing urgency. Nevertheless, the European Union's approach, in a context of strong antagonism among Member States, has so far proved largely inadequate and insufficient.*

- **Andrea PIERINI**, *Professore associato in Diritto pubblico comparato (Università degli Studi di Perugia)*

L'unione bancaria europea e mercato unico dei servizi finanziari. Dinamiche di integrazione e limiti del processo di federalizzazione delle funzioni in materia di vigilanza e risoluzione delle crisi bancarie

Abstract (ITA): *L'Unione bancaria, ultima nata tra le forme di unione settoriale in Europa, è stata qualificata come «fattispecie a formazione progressiva, basata su tre pilastri»: il Meccanismo Unico di Vigilanza, il Meccanismo Unico di Risoluzione e il Sistema Europeo di Assicurazione dei Depositi. L'obiettivo che si pone il nuovo progetto di governance europea dei mercati creditizi è, dunque, quello di realizzare una più ampia integrazione di questi ultimi, grazie alla centralizzazione ed al coordinamento dei poteri in materia di vigilanza prudenziale, di prevenzione e risoluzione delle crisi degli istituti di credito, nonché dei meccanismi di garanzia dei depositi. Il percorso di implementazione della riforma, tutt'altro che concluso, evidenzia un processo federativo di particolare complessità, in quanto connotato da una pluralità di moduli di ripartizione dei poteri tra livello europeo e statale di esercizio delle stesse funzioni e da conseguenti, diversi risultati in termini di integrazione e differenziazione della stessa governance dei mercati creditizi. Il presente contributo si propone dunque di porre a confronto, da tale punto di vista, ovvero della sottolineatura degli elementi di integrazione introdotti e dei permanenti margini di sovranità spettanti agli Stati membri, i primi due pilastri dell'Unione bancaria (MVU e MRU), in modo da evidenziarne alcune fondamentali diversità e problematiche attuative, suscettibili di influire sulla realizzazione del fondamentale obiettivo di costruire un mercato unico dei servizi creditizi.*

Abstract (EN): *The Banking Union, the latest form of sectoral union in Europe, has been qualified as a «progressive construction, based on three pillars»: the Single Supervisory Mechanism, the Single Resolution Mechanism and the European Deposit Insurance System. The*

purpose set by the new European governance project of credit markets is therefore to achieve a greater integration of them by centralizing and coordinating the competences on prudential supervision, prevention and resolution in crises of lending institutions, as well as on the deposits guarantee mechanisms. The implementation of the reform, far to be concluded, shows a particularly complex federalizing process, characterized by a plurality of modules of distribution and sharing of powers between European and State layers, with consequential different results in terms of integration and differentiation in the same governance of credit markets. The essay aims to compare, from that point of view, the first two Banking Union pillars (MVU and MRU) so to highlight their fundamental differences and implementation issues, able to influence the realization of the basic objective to build an European single market for financial services

-
- **Giorgio REPETTO**, *Professore associato in Istituzioni di Diritto pubblico (Università degli Studi di Perugia)*

«La federazione di stati», di Georg Jellinek

Abstract: *Le pagine che si presentano al lettore, a completamento del numero monografico dedicato a Crisi e conflitti nell'Unione europea: una prospettiva costituzionale, costituiscono la traduzione di alcune pagine di un'opera di Georg Jellinek del 1882 dal titolo "La dottrina delle unioni tra stati" (Die Lehre von den Staatenverbindungen, von Haering, Berlin, 1882). Si tratta, in particolare, delle pagine che Jellinek dedica alla "federazione di stati" (Staatenbund) intesa come variante delle unioni organizzate di stati (organisierte Verbindungen) alternativa, da un lato, alle alleanze amministrative di natura internazionale (internationale Verwaltungsbündnisse) e all'unione reale (Realunion), e, dall'altro lato, allo stato federale vero e proprio (Bundesstaat).*

- **Eleonora RINALDI**, *Ricercatrice confermata in Istituzioni di Diritto pubblico («Sapienza» – Università di Roma)*

L'Unione Europea e le deroghe alla libertà di circolazione in funzione di governo dei flussi migratori

Abstract (ITA): *Questo saggio evidenzia le contraddizioni emergenti in fase di applicazione delle norme del «Codice Frontiere Schengen» che, in caso di «minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna» nello spazio europeo senza frontiere, consentono il ripristino generalizzato dei controlli in fase di attraversamento dei confini interni. In assenza di una politica europea comune in materia di condizioni sostanziali di ingresso e soggiorno dello straniero extra-comunitario, tali norme, concepite come deroghe eccezionali alla libertà di circolazione, sono infatti “piegate” da alcuni Stati all'assolvimento di compiti “ordinari” di contenimento della pressione migratoria. L'impiego di misure restrittive della libertà di circolazione a fini di governo dei flussi migratori mette così a rischio la tenuta dei principi costitutivi dello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia ed evidenzia l'irrinunciabilità di una disciplina comune della condizione dello straniero extra-comunitario quale corollario della libertà di circolazione dei cittadini europei.*

Abstract (EN): *This article focuses on the inconsistencies arising from the implementation of the revised rules of the “Schengen Borders Code” providing for the reinstatement of internal border controls in case of serious threat to public order or internal security of a Member State. These rules were originally conceived as an exception to freedom of movement for individuals and goods in the EU area. Nevertheless, due to the absence of a common European policy regarding non-EU nationals, they are currently used by some Member States as if they were “ordinary” rules aimed at contrasting migration processes.*

Restrictions on freedom of movement aiming at restraining migratory flows threaten the strength of the constitutional principles of the Schengen Area. Moreover, they reveal the necessity to agree upon common rules and regulations on the condition of non-EU nationals, which are fundamental to the freedom of movement of EU citizens.

-
- **Francesco SAITTO**, *Assegnista di ricerca in Istituzioni di Diritto pubblico («Sapienza» – Università di Roma)*

Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: istanze “controdemocratiche”, principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT

Abstract (ITA): *Il lavoro, prendendo spunto dalla recente decisione OMT II, analizza la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco con riferimento al processo di integrazione europea, rilevandone la complessità e l'alto rilievo dogmatico. In particolare, dopo aver ricostruito il ruolo che il Tribunale ha svolto nel c.d. Verfassungsgerichtsverbund europeo, viene messo in rilievo come da questa giurisprudenza emerga una articolata difesa della democrazia rappresentativa, considerata nella sua dimensione statale. A tal fine il BVerfG presuppone un'idea sostanziale di democrazia che non considera il momento elettorale sufficiente e che pertanto difende il diritto fondamentale alla democrazia (Grundrecht auf Demokratie) dei cittadini e la capacità decisionale del Bundestag, specie in materia di bilancio. Coerentemente con questa impostazione, attraverso importanti strumenti processuali (Organstreit e Verfassungsbeschwerde), vengono così valorizzate e razionalizzate istanze che sembrano espressione, pur con la necessaria cautela, di quell'idea di “Controdemocrazia” che dovrebbe rappresentare un «contrafforte» della democrazia rappresentativa stessa.*

In questa luce, ricostruendo un articolato percorso storico in cui si evidenziano continuità, rotture e innovazioni, il presente contributo esamina poi alcune delle problematiche che emergono nella giurisprudenza sul processo di integrazione europea del BVerfG come per esempio limiti e condizioni per l'accesso al Tribunale costituzionale; differenze e analogie tra controllo ultra vires e controllo di identità; la rilevanza della teoria delle Schutzpflichten così come applicata alla Integrationsverantwortung; e, a tal proposito, il rilievo dell'Integrationsprogramm.

Infine, il contributo si sofferma sull'idea di democrazia che il BVerfG fa emergere sia a livello europeo sia a livello nazionale, mettendo in luce da ultimo una significativa valorizzazione del principio di responsabilità che viene operata dai giudici di Karlsruhe.

Abstract (EN): *The essay analyses the FCC's case law about the European integration process, focusing on the OMT II judgment and highlighting its dogmatic relevance and its complexity. Examining in a historical perspective the FCC's role in the so-called European Verfassungsgerichtsverbund, the article will emphasize the strong commitment of the Tribunal in defending the institutions of a representative democracy at national level.*

The FCC's understanding of the representative democracy is not merely formal and it aims to protect the voters' right to democracy (Grundrecht auf Demokratie) as well as the Bundestag's right to decide on the budget. Therefore, through meaningful procedural provisions (Organstreit and Verfassungsbeschwerde), the FCC seems to promote peculiar forms of "Counter-democracy", with the final purpose to strengthen the German Bundestag.

The essay examines some of the dogmatic categories used and developed by the FCC in its case law: conditions and limits to make a claim before the FCC, differences and analogies between ultra vires control and identity control, the relevance of the Schutzpflichten theory in this field, the meaning of the Integrationsverantwortung and the importance of the Integrationsprogramm.

Finally, the implications of the principle of responsibility will be analysed through an overview of the FCC's idea of democracy at European level and its differences with the features of a national representative democracy.

PARTE I
CRISI E CONFLITTI NELL'UE

PERCHÉ PENSARE LA CRISI DELL'U.E. IN TERMINI DI CONFLITTI COSTITUZIONALI^(*)

di *Elisa Olivito e Giorgio Repetto*

SOMMARIO: 1. *Il dibattito sulla crisi dell'UE e i paradigmi di legittimazione costituzionale del diritto europeo*; 2. *La crisi dell'Euro come espressione di un conflitto costituzionale rimosso (e l'impossibilità di un ritorno al passato)*; 3. *L'Unione europea alla prova del conflitto costituzionale "esemplare": to leave or not to leave*; 4. *I nodi al pettine dietro lo schermo della crisi: i conflitti costituzionali dell'UE tra insipienze politiche, spettri populisti e protagonismo dei giudici*; 5. *Il fascicolo in breve.*

«Un gruppo che sia centripeto ed armonico in senso assoluto, una pura "unificazione", non solo è empiricamente irreali, ma non potrebbe offrire alcun processo vitale vero e proprio».

G. SIMMEL, *Il conflitto* (1908)

1. Il dibattito sulla crisi dell'UE e i paradigmi di legittimazione costituzionale del diritto europeo

Non si può dire che una riflessione intorno alla crisi dell'Unione europea rappresenti qualcosa di nuovo. Al di là della sterminata produzione bibliografica degli ultimi vent'anni, in cui le sorti dell'Unione vengono immancabilmente associate a termini come crisi, *impasse*, declino, *deficit*, a ben vedere è la stessa evoluzione normativa e istituzionale dell'edificio europeo a mostrare come essa proceda costantemente, sin dalla sua creazione, attraverso rotture successive, situazioni di stallo politico e decisionale cui hanno fatto seguito momenti di rilancio dell'integrazione comunitaria.

^(*) Il contributo è il frutto della riflessione comune dei due Autori, avviata in occasione della curatela del fascicolo che si presenta. Sono, ad ogni modo, da attribuirsi a Giorgio Repetto i paragrafi 1-2 e a Elisa Olivito i paragrafi 3-4.

Il più delle volte, questa attitudine rigenerativa delle crisi ha confermato le virtù di quell'approccio incrementale e pragmatico che ha caratterizzato l'integrazione europea sin dalle sue origini.

Lo stesso fallimento del progetto di "Trattato costituzionale" a metà degli anni duemila non si è sottratto a questa valutazione, al punto che nella successiva approvazione del Trattato di Lisbona, una volta ridimensionate le ambizioni di una palingenesi costituente dai piedi di argilla, si è piuttosto rintracciata la premessa del consolidamento di una struttura costituzionale *sui generis* dell'Unione: un "costituzionalismo a bassa intensità" o piuttosto "un corpo senza un'anima"¹. Accanto alla presa d'atto della debolezza che un simile esito comportava, stava però anche la consapevolezza che esso era forse inevitabile in una realtà costituzionale, quale quella dell'Unione, caratterizzata da un'insopprimibile tendenza a lasciare irrisolto, aperto, il nodo ultimo della sovranità e, con esso, a dismettere la gerarchia come *modus operandi* delle relazioni giuridiche tra ordinamenti². Per dirla con i termini assai efficaci usati in un recente dibattito italiano sul punto, la crisi è un elemento connaturale all'Unione Europea proprio per il fatto di essere questa, sin dall'origine, «un ideale senza modello»³, un «sistema in evoluzione e dotato di ... caratteristiche di precarietà [che] ha bisogno delle crisi per svilupparsi»⁴. Oggi, tuttavia, appare sempre più chiaro che tutto ciò non è stato e non è privo di costi.

La fase di crisi attuale, infatti, si presenta come molto diversa e sicuramente molto più grave rispetto a quella della metà degli anni duemila, se non altro perché si estende su fronti diversi (dalla crisi dell'euro a quella dei migranti, da *Brexit* al terrorismo, dalle ondate populiste alle resistenze nazionalistiche dei paesi dell'Est) e perché non può certo essere dissociata dalla più generale crisi economica che ha afflitto il continente europeo più di altri quadranti geopolitici.

¹ M.P. MADURO, *The importance of being called a constitution: Constitutional authority and the authority of constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2005, 340.

² M.P. MADURO, *Europe and the constitution: what if this is as good as it gets?*, in J.H.H. WEILER e M. WIND (a cura di), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge University Press, 2003, 98 ss.

³ L. TORCHIA, *In crisi per sempre? L'Europa fra ideali e realtà*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 617.

⁴ S. CASSESE, "L'Europa vive di crisi", *ivi*, 785.

Seppure, quindi, si può condividere l'idea di un fisiologico e ininterrotto procedere a singhiozzo dell'integrazione europea, diventa ogni giorno più difficile ragionare della situazione in corso come di un'inevitabile "crisi di crescita", dietro alla quale si nascondono le premesse per un rilancio prossimo venturo dell'ideale europeo. Sempre meno pare potersi attingere alla crisi dell'UE il celebre adagio di Hölderlin per cui «dove è il pericolo, lì cresce ciò che salva».

Di fronte a questo scenario, l'impressione è invece che i tempi siano maturi per una riflessione più ampia sull'attuale fase di crisi (politica, istituzionale, normativa, di legittimazione) dell'UE, che consenta di cominciare a guardare ai termini essenziali del progetto costituzionale europeo da una prospettiva "esterna". Una prospettiva, cioè, attenta – almeno nelle intenzioni – a riguadagnare quel tanto di (auto)riflessività necessario a cogliere, al tempo stesso, quanto di positivo per l'affermazione dell'ideale europeo va mantenuto, ma anche quanto di autoreferenziale nella costruzione dell'edificio europeo chiede con urgenza di essere rimeditato⁵.

La proposta che si avanza al lettore di questo numero monografico è quindi di cogliere nei *conflitti costituzionali* la prospettiva dalla quale guardare, con un simile approccio esterno e riflessivo, alla crisi in atto dell'Unione europea.

Come per la crisi, tuttavia, è bene chiarire subito che anche il ricorso ai conflitti costituzionali come chiave di interpretazione del discorso costituzionale dell'UE non è nuovo. Da varie prospettive, l'enfasi posta sul "constitutional conflict" ha accompagnato ormai da tempo l'ascesa di un nuovo paradigma di indagine del diritto costituzionale europeo, in cui le classiche ricostruzioni in termini formali dei rapporti tra ordinamenti (e il loro corredo concettuale: gerarchia, competenza, sovranità, monismo/dualismo) hanno lasciato il passo alla celebrazione del pluralismo costituzionale. Opere di grande rilevanza come

⁵ Invitano oggi a una riflessione del genere M. DAWSON e F. DE WITTE, *Self-Determination in the Constitutional Future of the EU*, in *European Law Journal*, 2015, 371 ss., chiedendosi se le varianti di riforma istituzionale dell'UE attualmente in discussione (dal modello dell'*executive federalism* al rafforzamento delle integrazioni differenziate) non scontentino una medesima debolezza di fondo, e cioè se esse non finiscano per ulteriormente "pietrificare" (*set in stone*) le premesse di valore dei Trattati (stabilità dei prezzi, accesso al mercato, ecc.), così da fare del diritto dell'UE, ancora una volta, uno strumento per limitare i conflitti intorno agli *EU's substantive goals* (382).

quelle di Neil MacCormick⁶, di Neil Walker⁷ e di Mattias Kumm⁸, che una vasta ricezione e una significativa rielaborazione hanno trovato anche in Italia⁹, hanno avuto un ruolo centrale nel rinnovamento dei paradigmi di indagine del diritto europeo, soprattutto per il fatto di aver posto le basi di una “grammatica” delle relazioni tra ordinamenti, improntata ad un pluralismo dei codici comunicativi tra attori nazionali e sovranazionali. Da una prospettiva diversa, attenta questa volta alla garanzia della differenziazione dei sistemi sociali più che al solo smantellamento del binomio sovranità/gerarchia, si è invece mossa la ricerca di Gunther Teubner, anch’essa incentrata su una valorizzazione dei conflitti costituzionali intesi come momenti di collisione tra regimi giuridici che esprimono sotto-insiemi autonomi dell’organizzazione sociale, politica, economica, e via dicendo¹⁰.

I termini in cui proviamo ad intendere i conflitti costituzionali nelle pagine che seguono non sono tuttavia coincidenti con queste due accezioni: sicuramente non con la seconda, ma neanche – almeno in certa misura – con la prima.

Rispetto al *societal constitutionalism* di Teubner, infatti, l’impressione è che una troppo veloce dismissione del patrimonio di idee e di valori del costituzionalismo novecentesco non solo rischi di assecondare in termini acritici un modello di differenziazione dei sistemi sociali sganciato da qualsiasi tentativo (o presupposto) di unificazione politica¹¹, ma anche non tenga nel debito conto il potenziale di pluralismo racchiuso nel costituzionalismo democratico del secondo

⁶ *La sovranità in discussione. Diritto, Stato e nazione nel “commonwealth” europeo*, Bologna, 2003.

⁷ A partire da *The Idea of Constitutional Pluralism*, in *Modern Law Review*, 2002, 317 ss.

⁸ *The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe Before and After the Constitutional Treaty*, in *European Law Journal*, 2005, 262 ss.

⁹ Si pensi, tra gli altri, soprattutto ai notevoli volumi di G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell’Unione*, Roma, 2011 e M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013.

¹⁰ Il richiamo, ovviamente, è a G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Milano, 2012.

¹¹ Non si muove in un’ottica dissimile la posizione critica di M. DOGLIANI, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, in questa *Rivista*, 3/2009, quando nota (6) che la costituzione finisce per essere intesa da Teubner come «l’insieme dei divieti posti nei confronti di sviluppi possibili e attuali dell’ordinamento, percepiti come distruttivi e soprattutto come autodistruttivi».

Novecento: per stare solo all'esempio italiano, dall'apertura al pluralismo sociale di cui all'art. 2 Cost. al principio internazionalista di cui all'art. 11 Cost.

Anche rispetto al filone di studi sul pluralismo costituzionale, che appare in realtà come una costellazione diversificata di orientamenti più che una vera e propria teoria costituzionale, qualche puntualizzazione appare oggi quanto mai necessaria.

Il ruolo giocato dai conflitti negli autori che ad esso hanno fatto riferimento, infatti, appare piuttosto limitato alle relazioni intercorrenti tra gli organi giurisdizionali e all'impossibilità, per essi, di rivendicare l'"ultima parola" nel complesso mosaico costituzionale europeo. Se questo ha consentito, in qualche modo, di normativizzare le relazioni tra ordinamenti in termini di eterarchia e non più di gerarchia, non si può dire che altrettanto fruttuose siano state le sue prestazioni con riguardo all'arricchimento e alla contestazione delle premesse di valore dei Trattati. Ed è significativo, in quest'ottica, che nella riflessione più recente sia stata proprio questa l'esigenza più sentita, sia quando ci si è confrontati con i rischi di un consolidamento del "liberalismo autoritario" in Europa¹², sia quando i più acuti teorici del pluralismo costituzionale hanno messo in discussione la capacità di quest'ultimo di arginare la deriva funzionalista che, dai meccanismi di gestione della crisi dell'Eurozona alle limitate capacità di autoriflessività di cui prima si parlava, affligge oggi più che mai l'Unione, le sue strutture e le sue decisioni¹³.

Giunti a questo punto, si può forse comprendere come richiedere una rivitalizzazione del ruolo dei conflitti (sociali, politici, economici) sia quanto mai necessario proprio per trascendere gli ambiti spesso angusti in cui questi sono stati relegati fino ad ora, così da farne una chiave di lettura delle ambizioni costituzionali dell'UE (se queste sono in grado di essere perseguite oggi) e di inquadrare di conseguenza le sfide che oggi mettono a repentaglio la sua stessa esistenza. Del resto, cosa sono stati la separazione dei poteri, la rappresentanza politica, il principio di maggioranza e la tutela dei diritti se non l'esito, manife-

¹² Cfr. il numero monografico dell'*European Law Journal* (3/2015) dedicato al recupero della riflessione di H. Heller sull'argomento e alla necessità di una sua rivitalizzazione nell'attuale fase dell'integrazione europea.

¹³ N. WALKER, *Constitutional Pluralism Revisited*, in *European Law Journal*, 2016, 349 ss.

statosi storicamente e guidato dalla forza normativa delle costituzioni, di un processo di espressione e inquadramento di quei conflitti?¹⁴

2. La crisi dell'Euro come espressione di un conflitto costituzionale rimosso (e l'impossibilità di un ritorno al passato)

Tra i molteplici fattori di crisi che agitano il dibattito politico e istituzionale europeo, sembra indubbio che quelli legati alla gestione della crisi economica siano quelli che toccano gli strati più profondi dell'edificio costituzionale europeo, forse la sua stessa ragion d'essere.

Innumerevoli analisi, che certo non possono essere richiamate neanche in sintesi in questa sede, hanno provveduto a mettere in luce le debolezze e le aporie di una strategia - quella avviata con il varo del *Six-pack* nel 2011 e snodatasi negli anni successivi con l'adozione degli accordi su MES e *Fiscal compact* - che ha esasperato le asimmetrie tra Stati e consacrato, in virtù del ricorso a strumenti esterni al quadro dei Trattati, il sostanziale fallimento del "metodo" comunitario.

Al di là delle risposte istituzionali, un'analisi più profonda non può tuttavia mancare di mettere in luce come questi esiti siano la conseguenza di cause di più lunga durata, in cui ad avere un peso decisivo è l'idea per cui le scelte economiche fondamentali dovessero essere poste al di fuori dell'area del *conflitto* politico e sociale¹⁵, per rispondere piuttosto ad un modello di *ordine*, presidiato come valore massimo da regole di rilievo materialmente e formalmente costituzionale¹⁶. La stessa separazione originaria tra politica monetaria, oggetto di una disciplina rigidamente codificata nei Trattati e affidata alla supervisione della Banca centrale europea e del SEBC, e politica economica, lascia-

¹⁴ G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2010. In una prospettiva sociologica, il punto è colto con grande lucidità da A. PIZZORNO, *Come pensare il conflitto*, in ID., *Le radici della politica assoluta*, Milano, 1993, 187 ss.

¹⁵ D. CHALMERS, *The European Redistributive State and a European Law of Struggle*, in *European Law Journal*, 2012, 667 ss., M. DANI, *Rehabilitating Social Conflicts in European Public Law*, *ivi*, 621 ss.

¹⁶ Per un affresco recente in tal senso v. C. JOERGES, *The European Economic Constitution and its Transformation Through the Financial Crisis*, in D. PATTERSON e A. SÖDERSTEN (eds.), *A Companion to European Union Law and International Law*, Chichester, 2016, 242 ss.

ta tutt'al più ad azioni di coordinamento delle istituzioni dell'Unione, non può essere colta al di fuori di questa opzione ideologica.

Su questo punto, proprio per inquadrare nel lungo periodo le implicazioni delle scelte che si sono venute facendo negli ultimi trent'anni e demandando ai diversi contributi del fascicolo gli ulteriori svolgimenti, può essere istruttivo prendere le mosse da un noto saggio di Hayek del 1939, recentemente ripubblicato in italiano, su “*Le condizioni economiche del federalismo tra stati*”¹⁷. Merita innanzi tutto attenzione la consapevolezza con cui – quando l'unificazione europea era ben là da venire – venivano impostati i termini del rapporto tra unificazione politica ed economica. Quest'ultima, infatti, non avrebbe potuto che precedere l'unificazione politica, perché solo l'abolizione delle frontiere economiche avrebbe garantito la creazione di comunità di interesse in cui i conflitti non restavano mediati dai confini nazionali, ma dalle mutevoli costellazioni d'interesse che portano gli individui a schierarsi «talvolta con un gruppo di persone contro un altro e, altre volte, su un'altra questione, con il secondo gruppo contro il primo»¹⁸. Anche in presenza di queste condizioni, tuttavia, non si poteva escludere che determinate decisioni di politica economica assunte a livello federale potessero introdurre nuove fratture, ad esempio quando si fosse deciso di sussidiare una determinata categoria di produttori a dispetto di altri: «è forse probabile che il contadino francese sia disposto a pagare di più il suo fertilizzante per aiutare l'industria chimica britannica? Sarà pronto l'operaio svedese a pagare di più le sue arance per aiutare il coltivatore californiano? O l'impiegato della city di Londra a pagare di più le sue scarpe o la sua bicicletta per aiutare l'operaio americano o belga?»¹⁹. Queste domande (che a rileggerle oggi assumono un tono quasi profetico) portano Hayek a ritenere che in una federazione problemi del genere spingeranno ad addossare su di essa solamente i compiti di regolazione della politica monetaria, perché decisioni degli Stati in questo ambito avrebbero conseguenze disgregatrici²⁰, mentre «il governo centrale in una federazione composta da molti popoli differenti dovrà essere di portata ristretta se vuole evi-

¹⁷ Soveria Mannelli, 2016. Il saggio, con il titolo *The Economic Condition of Inter-State Federalism*, è stato pubblicato nel 1939 sulle colonne del *New Commonwealth Quarterly*.

¹⁸ F. A. VON HAYEK, *Le condizioni economiche del federalismo tra stati*, cit., 57.

¹⁹ Op. ult. cit., 67 s.

²⁰ Op. ult. cit., 60 s.

tare d'incontrare una resistenza crescente da parte dei vari gruppi che essa include»²¹.

Ora, sebbene non si debbano enfatizzare le somiglianze tra questa analisi e lo svolgimento effettivo dell'integrazione economica nel suo rapporto con le politiche economiche statali, può valere la pena sottolineare come proprio il dibattito più recente abbia riproposto interrogativi non dissimili da quelli desunti dalla lettura delle pagine hayekiane. Innanzi tutto, può ritenersi davvero sufficiente il rafforzamento dei canali rappresentativi e partecipativi che si è avuto in Europa allorché questa è passata dal perseguire una integrazione negativa al promuovere una positiva? E in secondo luogo, e soprattutto: come rimediare al fallimento di un modello di democrazia tarato principalmente sulla legittimazione dei risultati (*output legitimacy*) più che sugli *input* democratici? E in quali condizioni farlo, facendo ricorso a quali strumenti, quando l'Unione non si dimostra capace neanche di assicurare quei risultati? Al fondo, come si vede, c'è la questione intorno alla possibilità di continuare a perseguire un ideale di politica democratica, che tenga fermo il valore dei conflitti sociali e politici, in un contesto in cui ogni giorno di più le scelte in direzione contraria vengono assumendo i caratteri dell'irreversibilità e, in assenza di adeguati meccanismi di partecipazione e di legittimazione democratica, dell'unilateralità²².

Anche in questa direzione, per fare un esempio fra i più significativi, si è mosso il recente dibattito alimentato dalla controversia tra Wolfgang Streeck e Jürgen Habermas intorno alle conseguenze di lunga della crisi economica sul percorso di costituzionalizzazione dell'UE.

Il primo, come noto, ha visto nel consolidamento del modello neoliberale lo sbocco ultimo delle dinamiche che, durante gli anni Settanta, erano state associate al tardocapitalismo, senza però alcuna possibilità di replicare più, oggi, le risposte che allora erano state immaginate²³. La transizione dallo stato fiscale allo stato debitore, infatti, avrebbe determinato una modifica profonda della struttura e del senso delle decisioni pubbliche, ormai costrette nei sempre più risicati mar-

²¹ Op. ult. cit., 71.

²² D. NICOL, *The Constitutional Protection of Capitalism*, Oxford/Portland, 2010, 76.

²³ W. STREECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Milano, 2013, 68. Una risposta del genere è quella invece tentata di recente da C. OFFE, *L'Europa in trappola*, Bologna, 2014.

gini d'azione lasciati liberi dalla regolazione internazionale²⁴. Rispetto all'emersione di una simile forma di "stato consolidato", l'unica risposta capace di rivitalizzare il circuito della politica democratica e di arginare il rischio di una Banca centrale che operi come «governo di ultima istanza»²⁵ non può che consistere nel recupero della forma-Stato come unica comunità politica in grado di dotarsi, oggi, di una costituzione fiscale capace di arginare la marea montante del neoliberalismo²⁶.

Di segno opposto è invece la risposta che è venuta di recente da Habermas, proprio commentando le tesi fondamentali sostenute da Streeck.

Alla radice del disaccordo ci sono sicuramente differenze legate alla possibilità di affidarsi in termini predittivi alla concatenazione tra crisi fiscale e posticipazione del debito che Streeck intende in senso meccanico (da qui, appunto, il *tempo guadagnato*), così pretendendo di anticipare la dissoluzione di qualsiasi cornice di governo democratico che non sia, oggi, all'interno dello Stato. Habermas, infatti, pur condividendo la diagnosi intorno al rischio di fare del governo europeo attuale un federalismo esecutivo che risolve la sua azione in un adeguamento agli imperativi del mercato, vede piuttosto il processo di integrazione europea come l'istituzionalizzazione di un percorso di condivisione politica e costituzionale che pone tanto agli Stati che all'Unione sfide comuni, che richiedono ad entrambi i livelli tanto la riattivazione dei canali di partecipazione democratica quanto la previsione di una comune responsabilità tra Stati intorno alle scelte di fondo²⁷. Se una sfida, quindi, è dato cogliere nell'attuale fase, è proprio quella con cui si verrà misurando in futuro la capacità dell'UE di riassetare in termini partecipativi la sua azione, approdando a quella

²⁴ Questi i termini eloquenti usati da Streeck: «Lo stato consolidato europeo all'inizio del ventesimo secolo non è, per l'appunto, una struttura nazionale, ma una struttura internazionale. È un regime sovranazionale destinato a regolare il funzionamento degli stati nazionali affiliati in assenza di un governo nazionale responsabile in senso democratico, ma in presenza di regole precise e vincolanti per quegli stessi stati», un regime nel quale «la popolazione tagliata fuori dal benessere deve tenere a mente che la politica è una forma di intrattenimento della classe media da cui non bisogna aspettarsi nulla» (*Tempo guadagnato*, cit., 138-139).

²⁵ W. STREECK, *Tempo guadagnato*, cit., 193.

²⁶ Op. ult. cit., 208.

²⁷ J. HABERMAS, *Democracy or Capitalism? On the Abject Spectacle of a World Society Fragmented Along National Lines*, in ID., *The Lure of Technocracy*, Cambridge, 2015, 85 ss., 93.

‘comune responsabilità’ come unico verosimile metro dell’azione pubblica in grado di limitare la prevalenza assoluta della logica di mercato²⁸.

Del resto, a rendere oggi poco realistico (ancora prima che non auspicabile) un ritorno ai confini nazionali sta anche la circostanza che proprio il terreno delle scelte economiche ha dimostrato in questi anni come i governi nazionali abbiano potuto, per un quadro regolativo che glielo permetteva ma anche per una loro debolezza intrinseca, «accaparrarsi i benefici della convivenza dell’Unione a fini interni, ed esternalizzare gli svantaggi»²⁹.

Sembra, in definitiva, che i problemi intorno alla rivitalizzazione dei conflitti non possano essere messi da parte solamente auspicando un ritorno allo Stato, quanto piuttosto invocando il patrimonio del costituzionalismo democratico e sociale e, con esso, la necessità della trasposizione e della salvaguardia dei suoi ideali e dei suoi strumenti in uno scenario ormai irrimediabilmente mutato³⁰.

3. L’Unione europea alla prova del conflitto costituzionale “esemplare”: *to leave or not to leave*

Il 24 giugno 2016 l’Unione europea ha avuto un brusco risveglio. Nel referendum indetto successivamente all’approvazione dello *European Union Referendum Act* (17 dicembre 2015), il 51,89% dei votanti del Regno Unito si è espresso a favore del *Leave* dall’Unione europea, contro il 48,11% dei voti favorevoli al *Remain*.

²⁸ J. HABERMAS, *Three Reasons for ‘More Europe’*, in *The Lure of Technocracy*, cit., 81.

²⁹ C. PINELLI, *Il doppio cappello dei governi fra stati e Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2016, 645.

³⁰ Viene alla mente (se il riferimento non pare troppo lontano, cronologicamente e tematicamente, dagli argomenti in discussione) l’invocazione formulata sulle pagine di *Giustizia e libertà*, nel 1932, dal giovane Nicola Chiaromonte ai compagni di lotta antifascista: «Che se invece opporremo ad una negazione la semplice negazione della negazione, se a chi vocifera “autorità, gerarchia, obbedienza al Duce”, ecc. – grideremo in risposta “diritto, giustizia, libertà, moralità, civiltà, religione” – senza dare a queste eterne idee una nuova concreta coerenza di significato con la realtà sociale, i bisogni vitali, la mentalità diffusa al giorno d’oggi – che altro faremo se non porci sullo stesso piano dell’avversario?» (*Lettera di un giovane dall’Italia*, successivamente ripubblicata in *Scritti politici e civili*, Milano, 1976, 12 s.).

Le vicende politiche d'oltremarica che hanno preceduto e seguito il referendum sono note e non interessa ora ripercorrerle. Preme, invece, sottolineare che, in conseguenza di un voto dai tratti dilemmatici, per il Regno Unito e per l'intera Unione europea si sono aperte questioni di altissimo profilo costituzionale. Può difatti ritenersi che il recesso di uno Stato Membro dall'Unione europea metta capo a uno tra i più delicati e complessi conflitti costituzionali, che l'UE possa essere chiamata ad affrontare³¹. Tale atto, invero, prima ancora di dar vita a spinosi problemi di ordine tecnico-giuridico (la cui soluzione, peraltro, finora non si era resa necessaria), ha scosso dalle fondamenta l'edificio europeo, facendo nuovamente dubitare non tanto del persistente valore del processo di integrazione, quanto piuttosto della consistenza delle sue aspirazioni costituzionali, in passato già formalizzate nel naufragato progetto di una Costituzione per l'Europa.

A tal proposito, quasi riecheggiano le parole dell'abate di Saint-Pierre nell'estratto di Jean Jacques Rousseau: «[i]l sistema dell'Europa ha per l'appunto quel grado di solidità, che può tenerla *in perpetua agitazione*, senza per altro completamente rovesciarla»³².

A prescindere dal modo in cui l'*affaire Brexit* sarà portato a conclusione dalle istituzioni europee e dal Regno Unito, ciò che è affiorato è la debolezza dell'Unione europea nell'affrontare autentici conflitti di tono costituzionale.

Il re è nudo, dunque - e da tempo - anche se neppure il paventato recesso del Regno Unito ha fatto sì che si prendesse in seria considerazione la crisi ordinamentale di cui soffre la costruzione europea. In questo senso vanno, del resto, i tentativi di "normalizzare" la vicenda *Brexit* e di riportarne le conseguenze nel quadro di un ordinario (e fa-

³¹ La caratura "costituzionale" del conflitto implicato dall'avvio della procedura di recesso non è, del resto, smentita - ad avviso di chi scrive - dall'anima "internazionalista" del processo di integrazione europea, di cui il recesso sarebbe una conferma. L'impronta "costituzionale" del conflitto in oggetto non è da intendersi come un riferimento al noto dibattito sulla prevalenza di elementi internazionalistici ovvero costituzionalistici nel processo di integrazione europea; essa sta, invece, a sottolineare che le questioni sollevate rimandano a interrogativi precipi del costituzionalismo democratico. Sul punto, si veda ad ogni modo, da ultimo M.E. BARTOLONI, *La disciplina del recesso dall'Unione europea: una tensione mai sopita tra spinte "costituzionaliste" e resistenze "internazionaliste"*, in *Rivistaic*, fasc. 2/2016, 1 ss.

³² J.J. ROUSSEAU, *Estratto dal Progetto di pace perpetua dell'abate di Saint-Pierre*, in C. CURCIO (a cura di), *Saint-Pierre, Rousseau, Kant. Progetti per la pace perpetua*, Roma, 1946, 69, enfasi aggiunta.

cilmente gestibile) movimento di assestamento³³, nel segno di un costituzionalismo non conflittuale ovvero conservativo dello *status quo*³⁴.

Della debolezza dell'Unione europea sotto il profilo dei conflitti costituzionali, peraltro, la previsione del diritto di recesso è tra tutte la più sintomatica: essa è paradossalmente la prova della carenza – o quanto meno incerta – caratura costituzionale dei meccanismi istituzionali preordinati dai Trattati, al cui interno costituisce l'ambiguo (e in qualche modo “incompiuto”) riconoscimento di una sorta di *alter ego* sovranazionale della secessione³⁵. Si è così messa in atto l'illusione di poter addomesticare o sgonfiare una forza centrifuga, senza al contempo rafforzare i presupposti (politici, sociali e culturali, prima che istituzionali) per scongiurarne l'effettiva messa in moto e l'eventuale impiego a fini ricattatori³⁶.

Al riguardo, corre l'obbligo di ricordare che l'art. 50 del Trattato sull'Unione europea, introdotto con il Trattato di Lisbona del 2009, ha fatto propria una disposizione del precedente progetto di Costituzione del 2005, che nelle prime intenzioni avrebbe dovuto fungere da contraltare alla possibilità di modificare il Trattato costituzionale a mag-

³³ Questo sembra essere, in fondo, l'atteggiamento assunto dall'Unione europea. Si vedano, in proposito, le conclusioni del Presidente del Consiglio europeo Donald Tusk nella lettera dello scorso 16 settembre inviata ai 27 Capi di Stato e di governo prima dell'incontro informale di Bratislava (www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2016/09/13-tusk-invitation-letter-bratislava/): «Oggi non ci troviamo nella situazione dei personaggi de *Il Gattopardo*, romanzo di Giuseppe Tomasi di Lampedusa. Non dobbiamo cambiare tutto perché niente cambi. Dobbiamo porre rimedio a una serie di problematiche al fine di preservare gli aspetti migliori. Per realizzare tale obiettivo dobbiamo essere pronti ad adottare varie decisioni difficili, ma semplici in realtà. Non si tratta di nuovi trattati o di modifiche procedurali. Abbiamo bisogno di forte volontà politica e immaginazione». Tuttavia, la dichiarazione e la tabella di marcia di Bratislava paiono andare nella direzione di un'asettica presa d'atto delle problematiche esistenti (www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2016/09/16-bratislava-declaration-and-roadmap/).

³⁴ Sul punto si vedano le osservazioni di M. DANÍ, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, cit., 326 ss.

³⁵ Cfr. A.F. TATHAM, “*Don't Mention Divorce at the Wedding, Darling!*”: *EU Accession and Withdrawal after Lisbon*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (a cura di), *EU Law after Lisbon*, Oxford, 2012, 152.

³⁶ Rischi analoghi sono, peraltro, sottesi all'eventuale introduzione del diritto di secessione nella Costituzione di uno Stato: cfr. A. SHORTEN, *Constitutional Secession Rights, Exit Threats and Multinational Democracy*, in *Political Studies*, 2014, 99 ss.

gioranza degli Stati Membri³⁷. Nel prevederne una revisione a maggioranza si intendeva, pertanto, lasciare aperta agli Stati Membri la strada del recesso³⁸. Tuttavia se l'art. 48 TUE, nella formulazione novellata a Lisbona, ha tenuto ferma la necessità dell'unanimità per la revisione dei Trattati, la previsione del diritto di recesso unilaterale non è venuta meno, pur nella consapevolezza che in questo modo si correva il rischio di mettere in discussione, anche solo sul piano simbolico, la saldezza del vincolo associativo tra gli Stati Membri. Nella prospettiva dell'Unione europea³⁹, la mancata introduzione del recesso nel Trattato di Maastricht era stata «sempre correlata alla irreversibilità “politica” del processo di integrazione europea vero e proprio “punto di non ritorno”»; al contempo, si era discusso del fatto che, poiché la decisione unilaterale di recedere da parte di uno Stato Membro avrebbe avuto inevitabili conseguenze politiche e socio-economiche, sarebbe stato opportuno circoscrivere tale potere, affinché la sola minaccia del ritiro unilaterale non fosse utilizzata dallo Stato come arma per ottenere «specifici vantaggi»⁴⁰. Il che è puntualmente avvenuto nel caso del Regno Unito⁴¹.

³⁷ Cfr. L.F.M. BESSELINK, *Beyond Notification: How to Leave the European Union without Using Article 50 TEU*, in *U.K. Const. L. Blog* (30 giugno 2016), rinvenibile in <https://ukconstitutionallaw.org>.

³⁸ Cfr. I. NICOTRA, G. GALIPÒ, *Dal Trattato costituzionale al Trattato istituzionale. Gli Stati membri di fronte a ratifica, modifiche e recesso*, in A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI, *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Napoli, ESI, 2009, 138.

³⁹ Sul punto deve, ad ogni modo, rilevarsi il differente punto di vista dei singoli Stati Membri, che non sembrano mai aver escluso la possibilità di recedere dal vincolo associativo, indipendentemente dalla sua espressa previsione nei Trattati: I. NICOTRA, *Il diritto di recesso e il Trattato che istituisce la Costituzione europea*, in A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI, *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, Napoli, ESI, 2003, 452 ss.

⁴⁰ C. CURTI GIALDINO, *La Costituzione europea. Genesi, natura, struttura, contenuto*, Roma, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 2005, rispettivamente 108 e 110.

⁴¹ Basti ricordare che, dopo aver paventato l'ipotesi di un referendum sulla permanenza del Regno Unito nell'Unione europea, per ragioni legate a scadenze elettorali e a equilibri politici interni, il 10 novembre 2015 l'ex premier David Cameron inviò una lettera al Presidente del Consiglio europeo Donald Tusk, in cui si evidenziavano i punti su cui sarebbe stato opportuno avviare una sorta di contrattazione con l'Unione europea, per rafforzare la campagna a favore del *Remain*. Modifiche furono richieste in particolare nel campo della *governance* economica, della competitività, dell'impegno previsto dai Trattati a portare avanti un'unione sempre più stretta e, infine, in quello dell'immigrazione. Cfr. D. CAMERON, *A New Settlement for the United Kingdom in a Reformed European Union*, rinvenibile su www.gov.uk.

Ad ogni modo, poiché la procedura di cui all'art. 50 TUE non è stata finora mai attivata, a seguito del voto referendario del Regno Unito sono affiorate molteplici questioni di ordine costituzionale sulle modalità e sulla portata della notifica del recesso⁴².

La procedura ha dato infatti adito, sul piano interno e su quello sovranazionale, a una situazione di profonda incertezza giuridica, che nondimeno traduce una speculare condizione di crescente indeterminatezza sul piano politico-istituzionale. Sul piano interno, nella decisione *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union*⁴³ la *High Court of Justice* lo scorso 3 novembre ha stabilito all'unanimità che, in considerazione dell'impianto costituzionale del Regno Unito (di cui i giudici offrono una breve, ma efficace sintesi), la procedura di recesso non può essere attivata dal Governo se non sulla base di una previa pronuncia del Parlamento, che lo autorizzi a notificare al Consiglio europeo la decisione di recedere⁴⁴. Sulla scorta di un'articolata (e per alcuni non del tutto convincente⁴⁵) operazione di interpretazione costituzionale, la *High Court* ha invero ritenuto che il Governo non possa procedere autonomamente ai sensi dell'art. 50 TUE, perché ciò vorrebbe dire incidere su diritti – di ritenuta natura legislativa – che i cittadini del Regno Unito, per il tramite dello *Euro-*

⁴² L'art. 50 TUE stabilisce che uno Stato può decidere di recedere dall'Unione conformemente alle proprie norme costituzionali. Solo a seguito della notifica di tale intenzione al Consiglio europeo l'Unione europea negozia e conclude con lo Stato un accordo, volto a definire le modalità del recesso. I Trattati cessano, pertanto, di essere applicabili allo Stato interessato solo a decorrere dalla data di entrata in vigore dell'accordo di recesso o, in mancanza, due anni dopo la notifica del recesso (salvo proroghe decise all'unanimità dal Consiglio europeo).

⁴³ Rinvenibile in www.judiciary.gov.uk/judgments/r-miller-v-secretary-of-state-for-exiting-the-european-union/.

⁴⁴ La necessità di una previa pronuncia del Parlamento era stata, del resto, da più parti prospettata in dottrina: cfr. N. BARBER, T. HICKMAN, J. KING, *Pulling the Article 50 'Trigger': Parliament's Indispensable Role*, in *U.K. Const. L. Blog* (27 giugno 2016), rinvenibile in <https://ukconstitutionallaw.org/>; C. O'CONNOR, *Why Parliamentary Approval for the Triggering of Article 50 TEU Should Be Required as a Matter of Constitutional Principle*, in *U.K. Const. L. Blog* (7 luglio 2016), rinvenibile in https://ukconstitutionallaw.org. Di diverso avviso, invece, A.L. YOUNG, *Brexit, Article 50 and the 'Joys' of a Flexible, Evolving, Uncodified Constitution*, in *U.K. Const. L. Blog* (1 luglio 2016), rinvenibile in <http://ukconstitutionallaw.org>.

⁴⁵ Cfr. J. FINNIS, *Terminating Treaty-based UK Rights*, in *U.K. Const. L. Blog* (26 ottobre 2016), rinvenibile in <https://ukconstitutionallaw.org/>; M. ELLIOTT, H.J. HOOPER, *Critical reflections on the High Court's judgment in R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union*, in *U.K. Const. L. Blog* (7 novembre 2016), rinvenibile in <https://ukconstitutionallaw.org/>.

pean Community Act del 1972 (e delle successive modifiche), hanno acquisito in forza dell'appartenenza all'Unione europea. Diversamente, la sovranità parlamentare, la divisione dei poteri e l'interazione tra *statutory law* e *common law* risulterebbero compromessi in conseguenza di un atto del potere esecutivo. Nella sentenza trasparente, invero, l'idea di fondo che sia il Parlamento – e non il Governo – a costituire una sorta di *continuum* della sovranità popolare, che deve essere pertanto preservato.

D'altro canto, i giudici della *High Court* hanno dato per assunto un punto, che non soltanto è molto dibattuto in dottrina⁴⁶, ma potrebbe divenire oggetto di discussione dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea. La *High Court*, aderendo alla tesi dei ricorrenti e del Governo, ha ritenuto che, una volta notificata l'intenzione di recedere, la decisione non sia più revocabile e che essa non possa essere posta sotto alcuna condizione. Tuttavia, poiché la sentenza *Miller* è stata impugnata dal Governo davanti alla *Supreme Court* del Regno Unito⁴⁷, da più parti si ritiene che in quella sede i giudici della Corte suprema potrebbero (ovvero dovrebbero, in quanto giudici di ultima istanza) sollevare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, affinché essa si pronunci sull'interpretazione dell'art. 50 TUE⁴⁸. In questo modo, una procedura formalmente attivabile in conformità alle norme costituzionali del Regno Unito vedrebbe il previo coinvolgimento dei giudici di Lussemburgo e, dunque, l'innescarsi di un circolo ermeneutico di matrice giurisprudenziale, che però non è affatto detto che assuma le vesti del decantato “dialogo tra le Corti”.

Le alternative giuridiche e gli scenari politici che a questo punto si stagliano sullo sfondo sono molteplici e con risvolti non scontati⁴⁹. Si

⁴⁶ Tra i molti, P. CRAIG, *Brexit: Foundational Constitutional and Interpretive Principles: II*, in *OxHRH Blog* (28 ottobre 2016), rinvenibile in <http://ohrh.law.ox.ac.uk/brexit-foundational-constitutional-and-interpretive-principles-ii/>; P. CRAIG, M. FREEDLAND, *Miller: Rights and Revocability*, in *OxHRH Blog* (24 novembre 2016), rinvenibile in <http://ohrh.law.ox.ac.uk/miller-rights-and-revocability>.

⁴⁷ Si veda al riguardo www.supremecourt.uk/news/article-50-brexit-appeal.html, in cui si avvisa che della data di pubblicazione della decisione sarà data comunicazione in anticipo. Al momento in cui si scrive la pronuncia è, ad ogni modo, attesa per il prossimo gennaio.

⁴⁸ Cfr. S. SMISMANS, *About the Revocability of Withdrawal: Why the EU (Law) Interpretation of Article 50 Matters*, in *U.K. Const. L. Blog* (29 novembre 2016), rinvenibile in <https://ukconstitutionallaw.org>.

⁴⁹ Dubbi, ad esempio, sono stati sollevati in ordine all'idea che l'intervento del Parlamento nella procedura di recesso si traduca in un effettivo rafforzamento della sovranità parlamentare: cfr. J. MURKENS, *British sovereignty post-Brexit: Why the Great 'Repeal' Act*

è, ad esempio, prospettata l'ipotesi di un voto parlamentare che si limiti a prendere atto del risultato referendario, quella di un voto parlamentare che, nell'autorizzare la notifica del recesso, dia alcune indicazioni al Governo sul tipo di accordo da concludere con l'Unione europea⁵⁰ ovvero, infine, la possibilità di indire un secondo referendum sull'accordo raggiunto, prima che questo venga sottoscritto da entrambe le parti.

Per quel che qui rileva, sembra nondimeno utile porre in risalto come le numerose incognite concernenti le modalità di composizione dei conflitti costituzionali tra Stati membri e Unione europea - di cui, peraltro, l'art. 50 TUE è una spia e non la soluzione⁵¹ - possano dare adito ai poteri ricattatori dei governi nazionali, amplificando le debolezze e le criticità di un approccio puramente funzionalista e inter-governamentale all'attuale impasse europea.

4. I nodi al pettine dietro lo schermo della crisi: i conflitti costituzionali dell'UE tra insipienze politiche, spettri populisti e protagonismo dei giudici

I numerosi interrogativi politici e giuridici sollevati dalla *Brexit* sono di ampio respiro e travalicano i confini, reali e simbolici, del Regno Unito. Il voto referendario dello scorso giugno ha portato allo scoperto questioni di grandissimo rilievo costituzionale, che toccano non soltanto gli equilibri politico-istituzionali del Regno Unito, ma le sorti

will actually weaken Parliament, in *Blog London School of Economics and Political Science* (22 ottobre 2016), rinvenibile in <http://bit.ly/2eDtmBE>.

⁵⁰ Criticamente sulla reale capacità del Parlamento di porre condizioni al recesso in cambio del suo appoggio alla *Brexit* vedi G. DAVIES, *Representing the People vs Channelling Them: Constitutional Niceties in an Age of Instant Democratic Gratification*, in *www.europeanpapers.eu/* (14 novembre 2016), 3 s.

⁵¹ Si veda, al riguardo, quanto sostenuto in merito all'art. 50 TUE da L.F.M. BESSELINK, *Beyond Notification*, cit.: «its role is largely overestimated, firstly because whatever meaning it may have, it is subjected to political reality as interpreted by the actors involved, and secondly because it has little legal meaning. [...] Article 50 TEU has very little to offer beyond offering a pretty vague procedural path, which can hardly be more than one option among several. This is because Article 50 had a different major function: that of acknowledging the unilateral right of member states to leave the Union, on top of which it provides a possibility for the Union unilaterally to end the operation of the Treaties for a break-away state».

stesse dell'Unione europea e lo stato di malessere di molte democrazie costituzionali. Si ha, innanzitutto, l'impressione che a vacillare sia l'idea stessa di un'Europa a più velocità. Un'Unione europea "a scacchi", infatti, i cui "pilastri" (in senso lato) sono tutti in qualche misura negoziabili da parte degli Stati membri, implica che il progetto europeo sia sotto la costante minaccia di disintegrazione, anche se di solo fatto. Nel corso degli anni, via via che gli sforzi per rafforzare l'integrazione europea si sono intensificati, la concessione (e il concreto impiego) dei c.d. *opting out*, nonché le richieste di sospensione temporanea di alcuni accordi⁵², hanno in definitiva enormemente fiaccato il progetto europeo, creando tra l'altro le condizioni per l'emersione di conflitti costituzionali, sui cui canali di ricomposizione non si è meditato né lavorato a sufficienza⁵³.

È forse giunto, dunque, il momento di prendere atto del fatto che la pur ampia capacità dell'Unione europea di assorbire le differenti propensioni nazionali verso l'integrazione, al fine di convogliarne le forze verso un'Europa più politica, non può essere spinta oltre un certo limite⁵⁴. Fino a oggi, infatti, un'Unione europea "a geometria variabile" ha consentito di tenere insieme Stati disposti ad accettare un più alto livello integrazione e Stati (già aderenti o in procinto di aderire) che desideravano invece mantenere un livello di integrazione più basso. Cionondimeno, come esattamente è stato evidenziato, l'equilibrio tra queste diverse spinte è fragile e non può essere portato oltre un certo limite, poiché «avoiding the danger of disintegration depends upon ensuring that the price of flexibility is subscription by existing members to the core commitments of membership»⁵⁵.

⁵² Solo per fare alcuni esempi si pensi all'accordo di Schengen (Irlanda e Regno Unito e, per la sospensione temporanea, Germania, Austria, Svezia, Danimarca e Norvegia), all'unione economica e monetaria (Danimarca e Regno Unito), alla difesa (Danimarca), alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Polonia e Regno Unito), allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia (Danimarca, Irlanda e Regno Unito).

⁵³ Sulla centralità della teoria dei conflitti (e della loro composizione) per il diritto non può che rinviarsi a G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 122 s. e *passim*.

⁵⁴ Alla prova dei fatti non sembra, quindi, che la strada degli *opting out* abbia dato o possa dare in futuro buona prova di sé, come invece ritiene R. ADLER-NISSEN, *Opting Out of the European Union. Diplomacy, Sovereignty and European Integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

⁵⁵ N. WALKER, *The European Fallout*, in *German Law Journal*, 17/2016, 127.

Due elementi, strettamente connessi, meritano inoltre di essere rimarcati: 1) la strumentalizzazione e specularmente la sottovalutazione dei voti referendari, che negli ultimi mesi hanno lambito questioni riguardanti l'Unione europea; 2) la rimozione della portata costituzionalistica dei conflitti che attraversano l'ordinamento europeo.

Sotto il primo profilo, non bisogna dimenticare che il referendum del Regno Unito ha rappresentato un episodio niente affatto isolato nel panorama europeo. In passato gli elettori di altri Stati Membri sono stati chiamati a esprimersi sulla ratifica di alcuni progetti di nuovi Trattati o su singoli aspetti di politiche o di provvedimenti europei⁵⁶. Basti pensare, da ultimo, al referendum greco del 25 giugno 2015 sul piano di aiuti finanziari dei creditori internazionali (Commissione europea, Banca centrale europea, Fondo monetario internazionale), al referendum olandese dello scorso 6 aprile sull'accordo di associazione tra Unione europea e Ucraina e, infine, a quello ungherese del 2 ottobre sulla distribuzione delle quote di rifugiati stabilite dall'Unione europea. Tali referendum, molto diversi per contenuto ed esiti, hanno avuto nondimeno un comune denominatore.

Per un verso, essi sono stati strumentalizzati da una politica interna spesso molto debole, che a essi è ricorsa pensando di ricavarne una più forte legittimazione, sia di fronte al proprio corpo elettorale sia in vista di trattative più o meno formali con l'Unione europea. Per altro verso, il risultato referendario è stato velocemente e semplicisticamente archiviato come espressione di un'indistinta ondata di segno populista e anti-europeista, sulla base di assunti che tuttavia difettano di un'attenta analisi dei cambiamenti di cui non solo i rappresentati, ma anche le élite nazionali ed europee sono state investite, nonché di una riflessione sugli errori a esse addebitabili in termini di politiche sostenute e di traguardi mancati⁵⁷.

Una sorta di "paternalismo democratico" ha, dunque, circondato i recenti voti referendari, sulla scorta dell'idea che gli elettori nazionali non si avvedano della reale portata dei voti espressi e che non siano,

⁵⁶ Li ricorda J. ZILLER, *Il referendum greco del 5 luglio 2015: lo sguardo del giurista*, in *www.eurojus.it* (28 luglio 2015); si veda anche G. AMATO, J. ZILLER, *The European Constitution. Cases and Materials in EU and Member States' Law*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2007, 44 ss.

⁵⁷ Cfr. U. DI FABIO, *On the Continent Alone*, in *German Law Journal*, 17/2016, 23.

perciò, in grado di decidere per il meglio⁵⁸. Si è così trascurato il fatto che «one does not have to like the referendum just because one respects it»⁵⁹. Non ci si può, infatti, limitare a constatare che l'esito referendario è sempre in qualche modo il frutto di manipolazioni⁶⁰; occorre, invece, interrogarsi sulle ragioni che hanno portato a brandire i referendum come un'arma e ne hanno poi decretato il successo.

Sotto il secondo profilo, sembra invece che, in un dibattito sovente dominato da facili semplificazioni, la “normalizzazione” dei conflitti da cui l'Unione europea è attraversata stia passando anche attraverso il ridimensionamento della loro dimensione propriamente costituzionalistica, a favore di una più rassicurante e meno impegnativa prospettiva negazionista. A tal proposito, si ritiene che i tempi siano ormai maturi perché nell'Unione europea prenda corpo una visione politico-istituzionale, alla cui base via sia una rinnovata capacità di legittimare e di ricomporre le linee di divisione emergenti all'interno degli Stati Membri e nei loro reciproci rapporti. È, pertanto, necessario che i conflitti costitutivi degli odierni *cleavage* politici, sociali e culturali non siano più anestetizzati o occultati dietro lo schermo dell'integrazione differenziata, ma siano introiettati e immessi nelle pratiche politiche e nei processi decisionali europei, anche attraverso canali giuridico-istituzionali più ampi di quelli offerti dal solo circuito intergovernamentale o giurisdizionale⁶¹. Non si può, in particolare, credere che le *défaillance* costituzionalistiche dell'Unione europea possano essere colmate o sostituite da una rivendicazione delle identità costituzionali degli Stati Membri, che passi soltanto attraverso il passaggio stretto dell'*opting-out* ovvero attraverso un'attivazione giurisdizionale e depoliticizzata dei controlimiti⁶². Diversamente, a voler portare avanti il dibattito su chi sia il titolare ultimo della sovranità – in una contesa tra Unione europea, Stati Membri, Parlamenti nazionali e popolo – al vin-

⁵⁸ In senso critico verso queste letture vedi A. SOMEK, *Four Impious Points on Brexit*, in *German Law Journal*, 17/2016, 105.

⁵⁹ C. MÖLLERS, *They Do What They Want, But Do They Also Know What They Want?*, in *German Law Journal*, 17/2016, 73.

⁶⁰ Così J. KOMÁREK, *Populists chairing the European Commission and Parliament*, in *VerfBlog* (30 giugno 2016), rinvenibile in <http://verfassungsblog.de>.

⁶¹ In tale prospettiva si pongono, da ultimo, M. DAWSON, F. DE WITTE, *From Balance to Conflict: A New Constitution for the EU*, in *European Law Journal*, 2/2016, 204 ss.

⁶² Sulla neutralizzazione dei controlimiti, anche per il tramite di una loro garanzia prettamente giurisdizionale, si veda criticamente M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivistaic*, fasc. 2/2016, 9 ss.

citore rischia di riconoscersi nient'altro che un formale scettro di carta, nel poco disinteressato oblio di una ben più ampia e reale «mappa dei poteri»⁶³.

5. Il fascicolo in breve

Nel dedicare un fascicolo alla dimensione costituzionale della crisi che da tempo attraversa l'Unione europea, si è scelto di partire da alcuni dei conflitti che negli ultimi anni hanno investito il progetto europeo, riportandone a galla mancanze strutturali, stalli politici e cause di lunga durata. Le spinose questioni che si sono con forza rovesciate sulle istituzioni europee e su quelle nazionali hanno offerto l'occasione per tornare a ragionare, con un approccio auspicabilmente critico, degli attori realmente decisivi nel governo dell'economia e della moneta, delle contraddizioni sottese alle restrizioni alla libertà di circolazione, delle tensioni affiorate nel rapporto tra diritto europeo e diritti statali, nonché infine delle concrete modalità di emersione dei controlimiti e dei contrasti tra ordinamenti.

Il progetto si è mosso ed è stato sviluppato nella convinzione che una più approfondita analisi di alcuni profili attinenti al rapporto tra dimensione europea e dimensione nazionale potesse essere l'occasione per ripensare i paradigmi attraverso cui finora la dottrina ha affrontato le peculiarità dell'UE. L'analisi delle difficoltà attuali del processo di integrazione europea ha finito, pertanto, per convergere su questioni che si è scelto di affrontare alla luce dei conflitti e della loro non soddisfacente tematizzazione nel dibattito politico e dottrinale sulle sorti dell'Unione europea. L'intento che ha mosso l'iniziativa è stato, dunque, quello di offrire una chiave di lettura costituzionalistica e non meramente descrittiva di alcune delle incognite più urgenti per il processo di integrazione europea.

L'iniziativa di questo fascicolo monografico nasce dalla presentazione di un progetto PRIN nell'ambito del bando 2015 dal titolo "Crisi e conflitti nell'Unione europea: una prospettiva costituzionale", che ha visto la collaborazione di diverse unità di ricerca. L'esito negativo del-

⁶³ G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, 50.

la valutazione, che ha accomunato questo progetto alla quasi totalità di quelli provenienti dall'area giuridica, non ha impedito ad alcuni componenti delle varie unità di dare seguito alla riflessione avviata in quell'occasione, a riprova di una volontà di collaborazione scientifica e intellettuale che superasse anche le strettoie (e, talvolta, le miopie) delle attuali forme di incentivazione della ricerca.

**IL BUNDESVERFASSUNGSGERICHT E L'EUROPA:
ISTANZE "CONTRODEMOCRATICHE", PRINCIPIO DI RESPON-
SABILITÀ E DIFESA DELLA DEMOCRAZIA RAPPRESENTATIVA
ALLA LUCE DEL CASO OMT**

di *Francesco Saitto*

SOMMARIO: 1. *Democrazia e statualità: il BVerfG nel processo di integrazione sovranazionale*; 2. *Difesa della democrazia rappresentativa, istanze "controdemocratiche" e ruolo del Bundesverfassungsgericht*; 3. *La sentenza OMT II: temi e problemi*; 4. *Condizioni di ammissibilità della c.d. "Integrationsverfassungsbeschwerde" tra art. 38 GG, democrazia rappresentativa e tutela della dignità dell'uomo*; 5. *Il ricorso in Organstreit e la tutela delle prerogative del Bundestag da parte delle minoranze*; 6. *Ultra-vires-Kontrolle e Identitätskontrolle nel confronto tra limiti formali e materiali all'integrazione europea*; 7. *La responsabilità per l'integrazione come obbligo di protezione e i doveri di vigilanza sull'Integrationsprogramm*; 8. *Considerazioni conclusive: la difesa della democrazia rappresentativa in Europa e in Germania come espressione del principio di responsabilità.*

*«Essere solidali vuol dire essere
responsabili gli uni per gli altri»*.*

1. Democrazia e statualità: il BVerfG nel processo di integrazione sovranazionale

Lo scenario "postdemocratico" descritto – quasi malinconicamente – da Colin Crouch sembra, non senza resistenze e qualche preoccupazione, stagliarsi piuttosto vividamente negli ultimi anni davanti agli occhi di un ipotetico passante che si fermi a osservare lo stato dell'Unione¹. Il progressivo inaridirsi dei canali che avevano sostenu-

* *Doctrine de la solidarité*, in *La solidarité*, 25 ottobre 1849; citato da P. ROSANVALLON, *La società dell'uguaglianza* (2011), Roma, 2013, p. 195.

¹ C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2003. Ma naturalmente cfr. anche, sulle trasformazioni della democrazia rappresentativa, B. MANIN, *Principi del governo rappresentativo* (1997), Bologna, 2010 e, sulla postdemocrazia come superamento del conflitto, tecnicizzazione della politica e «democrazia consensuale», J. RANCIÈRE, *Il disaccordo. Politica e*

to e reso vigorosa la democrazia rappresentativa sembra del resto essersi accelerato con la recente crisi economica, indebolendo ulteriormente i partiti politici che perdono sempre più considerazione e legittimazione nell'opinione pubblica².

Per contro, la crisi economica, lungi dall'esserne la causa, ha solo svelato la ben nota e strutturale debolezza dell'architettura istituzionale progettata nel Trattato di Maastricht. D'altronde, l'ideale distinguo, così chiaro sulla carta, tra politica economica e politica monetaria ha subito mostrato, non appena ce ne è stata occasione, un nervo scoperto che ha, da un punto di vista giuridico prima ancora che economico, le sue radici proprio in un doppio vuoto democratico che paralizza, o perlomeno rende più difficoltosa, la capacità di (re)azione a livello europeo: da un lato, infatti, la politica monetaria, intesa restrittivamente come garanzia della stabilità dei prezzi e controllo dell'inflazione, è di competenza esclusiva della BCE; dall'altro, il coordinamento delle politiche economiche, lo spazio democraticamente legittimato di intervento delle istituzioni dell'UE, non consente al momento una reale politica economica unitaria in quanto le politiche di bilancio, la leva delle entrate tributarie e il ricorso al debito pubblico sono ancora rimessi, sia pur entro certi limiti, ai singoli Stati³.

filosofia (1995), Roma, 2007, spec. pp. 109 ss.

² P. IGNAZI, *Forza senza legittimità: il vicolo cieco dei partiti*, Roma-Bari, 2012; ma anche M. REVELLI, *Finale di partito*, Torino, 2013. Di converso, viene sempre più in evidenza il progressivo affermarsi di nuovi canali di partecipazione democratica come messo in luce da N. URBINATI, *Democrazia in diretta. Le nuove sfide della rappresentanza*, Milano, 2013. Sulla crisi della rappresentanza oggi e la necessità di «democratizzare la democrazia» cfr. anche E. BALIBAR, *Cittadinanza*, Torino, 2012, spec. pp. 150 ss. e pp. 155 ss.

³ Cfr. almeno G. RIVISECCHI, *L'indirizzo politico finanziario tra costituzione italiana e vincoli europei*, Padova, 2007 e, più di recente, M. BENVENUTI, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione europea*, Napoli, 2016, spec. pp. 36 ss., pp. 40 ss. e pp. 110 ss.; C. BUZZACCHI, *Bilancio e stabilità. Oltre l'equilibrio finanziario*, Milano, 2015; A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Milano, 2016 e G. L. TOSATO, *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'euro*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3/2012, pp. 681 ss. Sulle sfide future e le difficoltà storiche del progetto di integrazione europea, con particolare riferimento alla crisi economica, agli strumenti predisposti per contrastarla e alla struttura dell'Unione economica e monetaria, cfr. da ultimo D. CHALMERS, M. JACHTENFUCHS, C. JOERGES (a cura di), *The End of the Eurocrats's Dream. Adjusting to European Diversity*, Cambridge, 2016 e *ivi*, con particolare attenzione al problema della contraddittoria configurazione della struttura dell'UE e le sue implicazioni, C. JOERGES, *Integration Through Law and the Crisis of Law in Europe's Emergency* (pp. 299 ss.).

Non stupisce, in questo senso, constatare che il Presidente della BCE abbia espresso per primo l'auspicio che venga presto istituito un Ministero delle finanze europeo che possa farsi forza di una legittimazione democratica piena per agire finalmente in modo congiunto a sostegno della politica economica dei Paesi dell'UE⁴ e che, più o meno allo stesso tempo, si sia aperta una discussione sulla possibilità di creare un vero e proprio bilancio europeo⁵.

In Germania, il lavoro, sul piano dogmatico e concettuale, è stato davvero notevole e, per molti versi, meritorio. È ben noto, del resto, come il tema del *deficit* democratico stia particolarmente a cuore alla dottrina tedesca che, facendosi forza dall'idea per cui sarebbe impossibile financo immaginare un *démos* europeo, e dunque una Costituzione europea⁶, ha lentamente elaborato, in un dialogo costante con il Tribunale costituzionale federale, una serie di strumenti volti a difendere le prerogative dello stato costituzionale tedesco, inteso come unico luogo in cui può realmente inverarsi il principio democratico così come ha trovato realizzazione nel contesto dello stato-nazione, pur senza escludere che a livello europeo debba e possa trovare espressione un assetto di democrazia di diversa natura (cfr. *infra*).

Tutto ciò ha avuto evidenti ripercussioni sul piano delle relazioni con l'Unione europea, aprendo un dibattito sulla sua natura istituzio-

⁴ Lo sottolineano A. MANZELLA, C. PINELLI, L. GIANNITI, *Politica monetaria e politica economica nell'Unione europea*, in *astrid.it*, rassegna n. 19/2015. Riflettono anche sulla necessità di riforme strutturali sul piano della *governance* economica e della legittimazione democratica a livello europeo F. MASINI, *Towards a Federal Structure of Economic Governance in the Eurozone*, in *STALS Research Papers*, n. 1/2016 e, in un lavoro in cui si sostiene che le sentenze *Pringle* e *Gauweiler* abbiano innescato trasformazioni di natura costituzionale, M. IOANNIDIS, *Europe's New Transformations: How the EU Economic Constitution Changed During the Eurozone Crisis*, in *CML Rev.*, n. 5/2016, pp. 1237 ss., spec. pp. 1274 ss. Per un'analisi critica però di quei documenti che delineano possibili prospettive future di sviluppo M. BENVENUTI, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione europea*, cit., pp. 149 ss.

⁵ Cfr. M. KÖLLING, *The Eu Budget – From a Bargaining Tool to a Federal Budget?*, in *STALS Research Papers*, n. 2/2016.

⁶ Sul dibattito circa la possibilità di redigere una Costituzione europea e su possibili sviluppi in senso "federalista" cfr. D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa*, in G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996, pp. 339 ss. cui seguono alcune osservazioni critiche di J. HABERMAS, *Una costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*, *ivi*, pp. 369 ss. Di recente, si è soffermato sul dibattito tedesco, inquadrato in una più ampia prospettiva e in un ricco affresco in cui si mettono in luce vari filoni di pensiero, R. ESPOSITO, *Da fuori*, Torino, 2016, spec. pp. 206 ss.

nale e sui possibili scenari di sviluppo. E, come noto, per quanto alcuni fattori nel tempo, come per esempio l'introduzione e la proceduralizzazione della sussidiarietà, precludessero a uno sviluppo del ruolo dei parlamenti nazionali e del Parlamento europeo e sia ormai molto intenso e ricco il confronto sul peso dei parlamenti negli assetti istituzionali europei⁷, una posizione di spicco si è presto delineata per gli attori giurisdizionali. In merito, già all'inizio degli anni Novanta, Peter Huber, oggi giudice a Karlsruhe, ragionando sulla dottrina emersa con *Solange II*, aveva rivendicato un ruolo alla pari per il *Bundesverfassungsgericht* con la Corte di Giustizia in un articolo che anticipava anche il *Maastricht Urteil* e le modifiche all'art. 23 GG⁸. È, tuttavia, dalla fondamentale decisione del 1993⁹ che il Tribunale tedesco ha espressamente negato che, a proposito dell'UE, si potesse parlare di un vero *Bundesstaat*, preferendosi l'immagine di una Unione di Stati (*Statenverbund*) costruita sul paradigma pluralista e sulla *Mittelbarkeitslehre*¹⁰. Da ultimo, sul punto, si è proposta l'immagine, ben più articolata, accolta dal *BVerfG*, dell'UE come un «Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund»¹¹.

⁷ Per una valorizzazione della cooperazione interparlamentare, le sue implicazioni e i suoi riflessi istituzionali cfr. di recente N. LUPO, C. FASONE (a cura di), *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*, Oxford, Portland, 2016. Ma cfr. anche N. LUPO, *Parlamento europeo e parlamenti nazionali nella costituzione "composita" nell'UE: le diverse letture possibili*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014 che, ragionando sulla cooperazione interparlamentare e sul problema di rendere effettiva in Europa l'*accountability* di un esecutivo multiforme e soprattutto «frammentato» (p. 4), espone quattro diverse teorie volte a descrivere le modalità di funzionamento della democrazia rappresentativa a livello europeo, propendendo, da ultimo, per quella che viene definita del "sistema parlamentare euro-nazionale" (spec. pp. 16 ss.). Più criticamente, A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, cit., spec. pp. 58 ss.

Sulle difficoltà e le modalità di inveramento dell'*accountability* a livello europeo, prestando attenzione anche al piano nazionale e alla cooperazione interparlamentare, e alcune forme di "dialogo" (in particolare economico e monetario) configurate per coinvolgere il Parlamento europeo, specie con riferimento al Consiglio europeo, alla Commissione e alla BCE, cfr. di recente M. BOVENS, D. CURTIN, *An Unholy Trinity of EU Presidents?: Political Accountability of EU Executive Power*, in D. CHALMERS, M. JACHTENFUCHS, C. JOERGES (a cura di), *The End of the Eurocrats's Dream. Adjusting to European Diversity*, cit., pp. 190 ss.

⁸ P. M. HUBER, *Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der Gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung*, in *AöR*, n. 2/1991, pp. 210 ss.

⁹ BVerfGE 89, 155 del 12 ottobre 1993 (2 BvR 2134, 2159/92).

¹⁰ P. RIDOLA, *Il principio democratico tra stati nazionali e Unione europea*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, pp. 305 ss.

¹¹ P. M. HUBER, *Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstrukturen in den internationalen Gemeinschaften – 50 Jahre nach*, in *AöR*, n.

Le critiche a quella impostazione emersa in Maastricht, che sia pur aperta verso una sempre maggiore integrazione tradiva però uno spirito di fondo di taglio sovranista e toni che preludevano a forme di *reciproco assedio*, non sono mancate sia da parte di chi, inizialmente, piuttosto che di uno *Statenverbund* preferiva parlare di un *Verfassungsvverbund*¹², sia in quella dottrina che, preso atto del contesto, cercava di dare rilievo teorico al rischio di un assoluto disordine costruendo la ormai articolata, e al suo interno piuttosto variegata¹³, teoria del *constitutional pluralism*¹⁴. Queste letture, nella loro apertura verso il pro-

1/2016, pp. 123-124; di recente, Editorial, *Sandwiched between Strasbourg and Karlsruhe: EU Fundamental Rights Protection*, in *European Constitutional Law Review*, n. 2/2016, pp. 213 ss. L'espressione è utilizzata sia nella decisione del 15 dicembre 2015 sul mandato d'arresto europeo sia nella recente *OMT II* del 21 giugno 2016 (cfr. *infra*). Riflette anche sul ruolo del *BVerfG* di fronte al processo di integrazione europea e sulle possibili implicazioni della sua giurisprudenza G. DI PLINIO, *Sigfrido e il drago. Declinazioni (neo)germaniche dell'amicizia (tra i popoli): il punto di vista del Bundesverfassungsgericht*, in *DPCE*, n. 1/2016, pp. 275 ss.

Da ultimo, sul ruolo centrale rivestito dal *BVerfG*, in special modo negli ultimi anni, in una ricerca volta a individuare i limiti cui potrà spingersi il Tribunale nella sua giurisprudenza in materia europea, riflette S. SIMON, *Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess*, Tübingen, 2016.

¹² Ovviamente il riferimento è a I. PERNICE, *Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung*, in R. BIEBER, P. WIDMER (a cura di), *L'espace constitutionnel européen*, Zürich, 1995, pp. 225 ss.; I. PERNICE, *Der Europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 2000, pp. 205 ss. Sulle implicazioni e i problemi di questa teoria, letta alla luce delle potenzialità e delle criticità che comporta un'integrazione costruita in gran parte sulla base del principio di sussidiarietà, cfr. A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello stato costituzionale aperto*, Milano, 2010, spec. pp. 449 ss.

¹³ La letteratura sul punto è vastissima. Si v. almeno di recente K. JAKLIC, *Constitutional Pluralism in the EU*, Oxford, 2014, che definisce non a caso «the branch of thought known as constitutional pluralism» come «a labyrinth» (p. 11), e per un lavoro che raccoglie contributi di critica e di ripensamento della teoria del *constitutional pluralism* M. AVBELJ, J. KOMÁREK (a cura di), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, Portland, 2012 e *ivi*, in particolare, l'introduzione dei due curatori; da ultimo, ricostruisce le più recenti tendenze e il dibattito sul rapporto tra costituzionalismo multilivello e *constitutional pluralism* R. IBRIDO, *Oltre le "forme di governo". Appunti in tema di "assetto di organizzazione costituzionale" dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, n. 1/2015, pp. 30 ss. Si sofferma sulla natura del diritto pubblico europeo e sull'ordine da esso instaurato nel dialogo tra dimensione statale e piano sovranazionale anche M. DANI, *Il diritto pubblico nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013, *passim* che analizza le diverse concezioni (o «paradigmi cognitivi») dell'UE, spec. pp. 38 ss. e, in particolare, il pluralismo costituzionale, pp. 45 ss., proponendo la «prospettiva dei conflitti» come chiave «per risolvere la complessità» (pp. 63 ss.).

¹⁴ Sviluppata tra i primi da parte di Neil McCormick in una serie di articoli e altri lavo-

cesso di integrazione, tentavano un approccio che finiva per dare rilievo ad una componente dinamica dell'integrazione che assegnava un ruolo decisivo ai giudici e alle corti. E non è un caso, dunque, se ben presto si è parlato anche di un *Verfassungsgerichtsverbund*, nell'ambito del quale il *BVerfG* ha da subito acquisito un ruolo di *leadership*¹⁵, rafforzando l'immagine di una Germania suo malgrado egemonica¹⁶.

Del resto, negli ultimi anni, la paura di una "Costituzione economica" o "finanziaria" avulsa dal controllo politico nazionale, e dunque democratico, e preda di un governo del contingente e dell'emergenza, che riapre la vecchia ferita della distinzione tra legalità e legittimità, è diventata quasi un "tabù" del costituzionalismo tedesco cui fa da contraltare, per converso, una pari ostilità nei confronti di un possibile coinvolgimento diretto della cittadinanza, in particolar modo in materia tributaria e finanziaria¹⁷. E, da questo punto di vista, la necessità di rafforzare i canali di partecipazione democratica, in coerenza con le forme e le procedure della democrazia rappresentativa proprie dello stato-nazione, appare stagliarsi come una costante dell'azione della Corte di Karlsruhe, che ambisce ad ergersi in difesa della certezza del diritto. Letto in questa prospettiva l'attivismo del Tribunale costituzionale assume contorni di grande interesse che consentono di problematizzare quella impostazione che dipinge un *BVerfG* impegnato

ri, tra cui di particolare rilievo *The Maastricht Urteil: Sovereignty Now*, in *European Law Journal*, n. 3/1995, pp. 259 ss. e *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, 1999.

¹⁵ A. VOBKUHLE, *Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in *EuConst*, n. 2/2010, pp. 175 ss., spec. pp. 183-184 tradotto in inglese dall'A. stesso con «multilevel cooperation of the European constitutional courts» e facendo in particolare riferimento alla Corte di Giustizia, alla Corte EDU e al *BVerfG*.

¹⁶ In questo senso G. E. RUSCONI, *Egemonia vulnerabile. La Germania e la sindrome di Bismarck*, Bologna, 2016; ma anche W. STREECK, *L'egemonia tedesca che la Germania non vuole*, in *Il Mulino*, n. 4/2015, pp. 601 ss. Ricostruisce di recente l'itinerario storico e concettuale della non sempre pacifica apertura verso l'Europa del *BVerfG*. P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *DPCE*, n. 2/2016, pp. 431 ss.

¹⁷ Sia consentito rinviare a F. SAITTO, *Economia e Stato costituzionale. Contributo allo studio della "Costituzione economica" in Germania*, Milano, 2015. Sugli strumenti di partecipazione diretta del corpo elettorale in Germania cfr. A. DE PETRIS, *Gli istituti di democrazia diretta nell'esperienza costituzionale tedesca*, Padova, 2012.

esclusivamente in una lotta per la supremazia in Europa per garantirsi la *Kompetenz Kompetenz*¹⁸.

In realtà, ai giudici tedeschi è ben noto che il sistema di relazioni in Europa si struttura necessariamente in termini non gerarchici. Ed è lo stesso concetto di *Staatenverbund*, cui fa da premessa il principio per cui l'Unione è competente solo in quelle materie tassativamente previste dal Trattato¹⁹, a presupporlo²⁰. Diverso, invece, è il modo in cui questi rapporti si possono sviluppare al di fuori degli ambiti in cui è riconosciuto il primato del diritto dell'UE e come ciò inevitabilmente riporti al tema del *deficit* democratico, riattivando la necessità di avere nella propria "cassetta degli attrezzi" strumenti difensivi adeguati, anche più efficaci, come si dirà, rispetto a quelli che si erano andati in un primo tempo delineando e poi progressivamente ammorbidendo con le sentenze *Solange* (cfr. *infra* § 6).

In questo quadro, in un sistema che presuppone un equilibrio tra collaborazione e conflitto, il *BVerfG* si erge dunque a presidio non tanto o solo del principio democratico, ma più nello specifico della democrazia rappresentativa e del suo corretto funzionamento, richiamando la necessità, perché si possa procedere nell'integrazione europea, degli opportuni passaggi istituzionali che siano, da un lato, la riforma del *Grundgesetz*, ove sufficiente, o una nuova Costituzione, se indispensabile, e, dall'altro, la riforma dei Trattati²¹.

È proprio alla luce del fatto che la democrazia rappresentativa nasce e si sviluppa nell'esperienza dello stato-nazione che si coglie, da ultimo, la possibile situazione di stallo che emerge da un apparato ricostruttivo che collega il principio democratico all'autodeterminazione del corpo elettorale tramite il parlamento nazionale e, in tal modo,

¹⁸ In questo senso valorizza la giurisprudenza tedesca anche M. DANI, *Il diritto pubblico nella prospettiva dei conflitti*, cit., pp. 5-6 che ha affermato come la posizione del *BVerfG* rappresenti «un'intuizione di particolare interesse perché, se adeguatamente sviluppata, può indurre a rimuovere la discussione sull'autorità del diritto sovranazionale dalle secche in cui talvolta pare arenarsi indugiando su questioni attinenti alla collocazione della sovranità», pur non superando del tutto il dibattito sulla *Kompetenz Kompetenz*.

¹⁹ Art. 5 TUE, sintetizzato come il *Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*.

²⁰ Editorial, *Sandwiched between Strasbourg and Karlsruhe: EU Fundamental Rights Protection*, cit., pp. 213 ss.

²¹ Riflette anche in questa prospettiva un recente lavoro in materia di revisione costituzionale di D. GRIMM, *Constituent Power and Limits of Constitutional Amendments in a German Perspective*, in *Nomos*, n. 2/2016, spec. pp. 7-8. In merito anche K.-P. SOMMERMANN, *Integrationsgrenzen des Grundgesetzes und Europäischer Verfassungsverbund: Brauchen wir eine neue Verfassung?*, in *DÖV*, n. 18/2013, pp. 708 ss.

alla sovranità: per quanto non ostile al processo di integrazione in Europa – anzi il *Grundgesetz* legittima una forte spinta in tal senso²² –, una sempre più stretta unione, come emerge in particolare dai lavori di Badura, non può implicare una rinuncia alla sovranità degli Stati membri, intesa come preconditione del parlamentarismo²³. La sovranità è, infatti, per questa ricostruzione, irrinunciabile presupposto della statualità, in quanto e nella misura in cui quest'ultima è indissolubile dalla democrazia (rappresentativa). Si chiarisce così perché democrazia-statualità-sovranità costituiscano l'asse dei futuri conflitti, rappresentando la principale linea di tensione del processo di integrazione in Europa²⁴.

2. Difesa della democrazia rappresentativa, istanze “controdemocratiche” e ruolo del *Bundesverfassungsgericht*

Si è detto che il *BVerfG* si è nel tempo arrogato una funzione di difesa e, per certi versi, di rilancio della democrazia rappresentativa, sovente impegnandosi a rafforzare la sua stessa legittimazione, ponendo

²² Cfr. almeno A. DI MARTINO, *The “Open Constitutional State”: Germany’s Response to International and European Legal Pluralism*, in L. MEZZETTI (a cura di), *International Constitutional Law*, Torino, 2014, pp. 109 ss. e, più volte, ci si sofferma anche A. VOBKUHLE, *Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund*, cit., *passim*. Da ultimo diffusamente anche S. SIMON, *Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess*, cit., spec. pp. 41 ss.

²³ Tra i molti lavori cfr. almeno P. BADURA, *Die parlamentarische Demokratie*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts, Band I, Grundlagen von Staat und Verfassung*, Heidelberg, 1995, pp. 953 ss.; sui termini della sovranità popolare spec. pp. 968 ss. e, sul funzionamento della democrazia rappresentativa, pp. 972 ss. Sul rischio che dal combinato delle decisioni Maastricht e Lisbona «l'argomento statualistico rischi di assorbire quello democratico» cfr. A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello stato costituzionale aperto*, cit., p. 466. Su questa tensione e sulle sfide future dell'integrazione europea alla luce della giurisprudenza del *BVerfG* sulla crisi riflette anche P. RIDOLA, “*Karlsruhe locuta causa finita?*” *Il Bundesverfassungsgericht, il fondo salva-stati e gli incerti destini della democrazia federalista in Europa*, in *federalismi.it*, n. 18/2012.

²⁴ Ma ciò può stupire solo fino ad un certo punto se si pensa che proprio intorno al tema della sovranità e della statualità si è a lungo declinato anche il dibattito sulla natura del federalismo e dello stato federale: cfr. G. LUCATELLO, *Stato federale*, in *Novissimo Digesto italiano*, Utet, Torino, 1971, pp. 333 ss.; sottolinea come siano rilevabili alcune analogie nel dibattito sul processo di integrazione europea e in quello sulla costruzione dello stato unitario in Germania C. MÖLLERS, *Der vermisste Leviathan. Staatstheorie in der Bundesrepublik*, Berlin, 2008, pp. 19 ss., spec. p. 21.

come condizioni irrinunciabili, da un lato, la sovranità popolare e, dall'altro, la dimensione statale e nazionale. E, agevolato da alcuni strumenti di diritto processuale costituzionale che hanno consentito un controllo costante e progressivo dell'attività di contrasto alla crisi (*Organstreit, Verfassungsbeschwerde*, pronunce in sede cautelare), è poi divenuto evidente come il *BVerfG* abbia favorito dei processi che, per la loro strutturale alternatività ai caratteri della postdemocrazia, ne hanno rappresentato un *contromovimento*, volto a difendere primariamente la trasparenza e la correttezza dei processi decisionali nello spazio pubblico (la c.d. *Öffentlichkeit*; cfr. *infra* §§ 4 e 5). È peraltro da tempo ambizione diffusa, che affonda le sue radici anche nella teoria discorsiva di Habermas, valorizzare lo spazio pubblico, tramite una sua reale politicizzazione, e la partecipazione ai processi decisionali dei cittadini ben oltre una dimensione meramente elettorale della democrazia, supplendo così alle sue eventuali carenze in punto di legittimazione²⁵. Del resto, come è stato sostenuto, «la concezione habermasiana della democrazia si regge [...] su uno stato di tensione che nelle procedure del discorso pubblico deve trovare strutturazione»²⁶.

Negli anni, come accennato, sembra essere stato tuttavia proprio un attore giurisdizionale a essersi dimostrato il principale veicolo performativo di questa pulsione volta a porre la democrazia rappresentativa in un circuito altamente dinamico e a contrastare una visione del processo politico che si esaurisse nel momento elettorale²⁷. Ciò è avvenu-

²⁵ Si fa riferimento, in particolare, a J. HABERMAS, *Fatti e norme* (1992), Roma-Bari, 2013, da inquadrarsi in un ricchissimo itinerario intellettuale partito con il fondamentale studio J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica* (1962), Roma-Bari, 2005; ma cfr. già J. HABERMAS, *Riflessioni sul concetto di partecipazione politica* (1958), in ID., *Cultura e critica*, Torino, 1980, spec. pp. 40 ss. Più di recente, proponendo una nuova interpretazione della filosofia hegeliana come base della convivenza e della libertà, A. HONNETH, *Il diritto della libertà. Lineamenti per un'eticità democratica* (2011), Torino, 2015, spec. 358 ss. sviluppa il concetto di «libertà sociale», partendo dalla premessa per cui «non è affatto sufficiente la garanzia statale dei diritti individuali di libertà di espressione delle opinioni» affinché un processo possa ritenersi realmente democratico (p. 413). Da ultimo, la sua riflessione è stata sviluppata in A. Honneth, *L'idea di socialismo* (2015), Milano, 2016.

²⁶ Così, riflettendo su Habermas e i suoi critici, P. RIDOLA, *Stato e Costituzione in Germania*, Torino, 2016, spec. pp. 123 ss., p. 136.

²⁷ Secondo una suggestione che è in linea con quanto sostenuto da N. URBINATI, *Lo scettro senza re. Partecipazione e rappresentanza nelle democrazie moderne* (2006), Roma, 2009, spec. pp. 43 ss., ma che, per il coinvolgimento delle corti costituzionali, è almeno in parte coerente anche con le tesi di J. H. ELY, *Democracy and Distrust*, Cambridge&London, 1980, spec. pp. 105 ss. e 135 ss. che vede la giustizia costituzionale come uno strumento utile al fine di *clear the channels* del processo politico rappresentativo e dei per-

to tramite l'apertura di concreti canali di azione per quelle forme di «impegno civile dei cittadini», ispirate al principio di solidarietà e volte al perseguimento del bene comune, di recente invocate anche da Honneth come una delle condizioni per un reale esercizio delle libertà «attraverso il contrasto deliberativo» nello spazio pubblico con l'obiettivo di «ottenere un'adesione generale» a dei presupposti di azione cui «deve in seguito attenersi la legislazione parlamentare»²⁸. Da questo punto di vista, tuttavia, per il loro concreto inverarsi e per il carattere intrinsecamente conflittuale, queste istanze societarie paiono almeno in parte assimilabili a quelle spinte «controdemocratiche» che descrive Pierre Rosanvallon in un suo celebre lavoro.

Rosanvallon notava, infatti, come fossero in particolare due le dimensioni che era necessario prendere in considerazione per studiare come le diverse «esperienze democratiche» si sono sviluppate: da un lato, occorre valutare «il funzionamento e i problemi delle istituzioni elettorali-rappresentative», ma, dall'altro, va sempre tenuta presente quella che viene definita «la composizione dell'universo della sfiducia» al fine di stabilire come le sue diverse «manifestazioni» facciano «*politicamente sistema*»²⁹, completando il funzionamento delle istitu-

corsi decisionali delle maggioranze per individuare le responsabilità di fronte agli elettori e garantire una reale partecipazione delle minoranze: «if we can just get our legislators to legislate we'll be able to understand their goals well enough. I'm not saying we may not still end up with a fair number of clowns as representatives, but at least then it will be because clowns are what we deserve» (p. 134). Criticamente però, con riferimento all'esperienza tedesca, C. MÖLLERS, *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford, 2013, spec. 130.

Si interroga, non senza sollevare ombre e problemi, sul ruolo delle corti costituzionali nelle moderne democrazie pluraliste F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Torino, 1999, spec. pp. 264 ss. e, rilevato come il ricorso diretto consente «alla Corte di scegliere l'intervento da operare praticamente su ogni tema politicamente rilevante» (p. 273), nel soffermarsi sulla teoria discorsiva habermasiana conclude sostenendo che «Habermas finisce [...] con il recepire, almeno in parte, la lezione, vicina a quella del mondo statunitense, di un giudice costituzionale inteso infine come garante dell'eguaglianza, ossia tutore degli esclusi, delle minoranze di ogni tipo, e dunque come contrappeso ai potenziali (ma probabili) abusi delle maggioranze e del circuito maggioranza-Governo» (p. 323). Sui collegamenti, le continuità e le differenze tra Habermas, Honneth e Ely cfr. anche A. BURATTI, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello stato costituzionale*, Milano, 2006, spec. pp. 215 ss.

²⁸ A. HONNETH, *Il diritto della libertà. Lineamenti per un'eticità democratica* (2011), cit., per le citazioni rispettivamente p. 418 e p. 359.

²⁹ P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia* (2006), Roma 2012, p. 12. Sul rilievo delle tesi di Rosanvallon e Urbinati per la riflessione sulla democra-

zioni della democrazia rappresentativa e anzi consentendone un pieno funzionamento. La “controdemocrazia” non è dunque da intendersi – ovviamente – come una negazione della democrazia, ma anzi come «la forma di democrazia che contrasta l'altra, la democrazia dei poteri indiretti disseminati nel corpo sociale, la democrazia della sfiducia organizzata di fronte alla democrazia della legittimità elettorale» e integra una dimensione che «fa sistema con le istituzioni democratiche [...]» e che «mira a prolungarne e a estenderne gli effetti», costituendone un «contrafforte»³⁰. Non si nega, dunque, il processo di c.d. «entropia rappresentativa», né si sottovalutano le possibili controindicazioni di una progressiva «giurisdizionalizzazione del politico»³¹, ma nella prospettiva di Rosanvallon gli strumenti della “controdemocrazia” si atteggiavano a rinforzo delle claudicanti istituzioni democratiche, e anche dei partiti, come ben noto al centro delle pessimistiche analisi di Crouch.

Queste riflessioni appaiono davvero stimolanti come chiavi di lettura per interpretare il crescente attivismo del *Bundesverfassungsgericht* in materia europea. Il Tribunale costituzionale, infatti, sia pur privo di legittimazione democratica diretta, si fa tuttavia efficace canale di trasmissione di un'opposizione più o meno saldamente strutturata non solo al livello societario, che accede al più alto livello giurisdizionale tedesco tramite la *Verfassungsbeschwerde*, ma anche nel *Bundestag* stesso, valorizzando tramite il ricorso per *Organstreit* i gruppi di opposizione che contestano la lesione delle loro prerogative o dei diritti del *Bundestag*. Anche in ragione dell'attuale contesto politico, in cui a sostegno del Governo vi è una Grande coalizione che raccoglie circa i quattro quinti dell'emicycle, infatti, per quanto gli spazi di azione politica delle minoranze parlamentari appaiano a rischio di depotenzia-

zia rappresentativa, di recente, cfr. D. CASAMASSIMA, *L'opposizione in parlamento. Le esperienze britannica e italiana a confronto*, Torino, 2013, p. 29 e, sul principio di opposizione come «principio generale dello stato costituzionale», A. BURATTI, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello stato costituzionale*, cit., spec. pp. 174 ss.

³⁰ Tre sono le modalità che individua Rosanvallon attraverso cui opera la “sfiducia” che costituiscono i canali attraverso cui si realizza la “controdemocrazia”: i poteri di sorveglianza, le forme di interdizione e l'espressione di un giudizio; P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia* (2006), cit., pp. 13-14.

³¹ P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia* (2006), cit., pp. 16 ss.

mento³², tramite l'*Organstreit* le frazioni, specie quelle che non sostengono il Governo, possono, se ricorrono le condizioni di ammissibilità, ri-espandere la propria capacità di esercitare le loro prerogative grazie ad una verifica in via giurisdizionale³³. Questi due livelli rivendicano un potere di controllo "contropolitico" più efficace e il Tribunale opera sinergicamente in questo senso, riuscendo a dare piena espressione a quello «stato di moto perpetuo» che deve continuamente caratterizzare la «politica rappresentativa in una democrazia»³⁴, opponendosi a quel rischio di «sospensione delle procedure democratiche»

³² Ne è dimostrazione il ricorso davanti al *BVerfG* sollevato tramite *Organstreit*, così di nuovo molto valorizzato, dalla frazione *Die Linke*, che non sostiene il Governo di Grande coalizione, al fine di contestare il mancato riconoscimento di specifici diritti dell'opposizione in Costituzione, considerando insufficiente l'accordo, valido solo per la legislatura in corso, con cui si è di fatto intervenuti su alcuni *quorum* previsti per azionare determinate prerogative per le minoranze (cfr. il nuovo § 126 GO-BT sulla cui costituzionalità il *BVerfG* non si è pronunciato). La sentenza *BVerfG 2 BvE 4/14* del 3 maggio 2016, in proposito, è molto significativa in quanto, pur riconoscendosi una garanzia funzionale all'opposizione e la necessità di una sua esistenza al fine di un corretto funzionamento del parlamentarismo, si nega che vi sia un obbligo di introdurre norme che garantiscano specifici diritti dell'opposizione (non c'è in definitiva una garanzia di istituto in merito) e il Tribunale si spinge anche a dire che un'eventuale introduzione di specifici differenziazioni in tal senso sarebbero in contrasto con il principio di uguaglianza dei deputati (art. 38 *Abs.* 1 S. 2). In merito cfr. A. ZEI, *Il Tribunale costituzionale federale si pronuncia sulla legittimità dell'opposizione parlamentare nei conflitti tra poteri dello Stato*, in *Nomos*, n. 1/2016; sulla vicenda anche M. LEHRMAN, *Vom Recht der Opposition auf Oppositionsrechte*, in *verfassungsblog.de*, 2016; sulla sentenza P. CANCEK, *Der Grundsatz (in) effektiver Opposition zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts in Sachen Oppositionsfraktionsrechte*, in *verfassungsblog.de*, 2016.

Sul rilievo che i Governi di coalizione hanno storicamente in Germania, cfr. di recente A. DI MARTINO, *La dottrina tedesca in tema di forma di governo*, in *DPCE*, n. 3/2014, pp. 1319 ss., spec. pp. 1325 ss. sui diritti dell'opposizione a seguito delle elezioni del 2013. Per un recente lavoro sull'opposizione in prospettiva comparata, con riferimenti anche al caso tedesco sia a livello federale sia regionale cfr. S. CURRERI, *Lo stato dell'opposizione nelle principali democrazie europee*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016.

³³ E ciò anche senza raggiungere le soglie previste dal *Grundgesetz* per sollevare questione di costituzionalità (controllo astratto) previste all'art. 93 *Abs.* 1 n. 2 *GG* su cui si sofferma, di recente, valutandone anche le implicazioni politiche, G. RIZZONI, *Opposizione parlamentare e democrazia deliberativa. Ordinamenti europei a confronto*, Bologna, 2012, 100 ss. Criticamente, circa la funzione dell'*Organstreit* come possibile succedaneo rispetto al controllo astratto (strutturalmente diverso nei presupposti di attivazione) alla luce della sentenza *BVerfG 2 BvE 4/14* del 2 maggio 2016, P. CANCEK, *Der Grundsatz (in) effektiver Opposition zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts in Sachen Oppositionsfraktionsrechte*, cit.

³⁴ Così N. URBINATI, *Democrazia rappresentativa. Sovranità e controllo dei poteri* (2006), Roma, 2010, p. 237.

che minaccia da tempo lo stato costituzionale³⁵. Si conferma così l'idea, sviluppata da Rosanvallon in un suo lavoro successivo, per cui il «potenziale democratico» delle corti costituzionali, per quanto ancora in via di definizione, può anche «essere considerato come uno strumento di riduzione del margine di manovra dei governanti, e dunque come una forma di aumento del controllo sociale sui rappresentanti»³⁶. E il Tribunale si fa così efficace strumento affinché i singoli, ma anche «i movimenti sociali e le associazioni civili» riescano, come auspicato da Honneth, a «esercitare una pressione coordinata e massiccia sul legislatore parlamentare»³⁷. Anche nel modello di Rosanvallon, del resto, si guarda con favore al progressivo sviluppo di «forme di coinvolgimento dei cittadini in decisioni che li riguardano»³⁸. Certo, i canali tramite cui ciò si realizza si avvantaggiano in gran parte delle istituzioni e dei percorsi di inveramento della c.d. democrazia partecipativa e da questo punto di vista si potrebbe obiettare che in Germania ciò accada solo in parte. È ben nota, d'altronde, la sfiducia che a livello federale sovrasta la partecipazione del corpo elettorale alla decisione politica tramite consultazioni referendarie e che, almeno con riferimento al celebre “Finanztabu”, che qui torna al centro del

³⁵ A. HONNETH, *Il diritto della libertà. Lineamenti per un'eticità democratica* (2011), cit., pp. 467-468. Valorizza questo ruolo svolto dal Tribunale costituzionale federale tedesco W. STRECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Milano, 2013, p. 137 che vede in questa giurisprudenza l'ultimo presidio della decisione democratica di fronte alla crisi della democrazia nei confronti del capitalismo e all'affermarsi del «progetto delineato da Hayek di un'economia capitalistica di mercato finalmente liberalizzata e resa immune alla pressione politica» (p. 134), a tal fine arrivando a proporre tuttavia di uscire dalla moneta unica, considerata come un «progetto di modernizzazione tecnologica socialmente spericolato, che espropria politicamente e divide economicamente i popoli dello stato che compongono il vero popolo europeo».

³⁶ È nel secondo volume della sua trilogia, apertasi con *Controdemocrazia* e conclusasi con *La società dell'uguaglianza* che Rosanvallon tratta i termini della legittimità democratica e sviluppa anche la questione della natura della giustizia costituzionale e della sua legittimazione: cfr. P. ROSANVALLON, *La legittimità democratica* (2008), Torino, 2015, p. 29, spec. pp. 185 ss. dove la giustizia costituzionale, che in particolare nella forma che risponde alla «concezione democratico-riflessiva» «assegna [...] al controllo il compito supplementare di aumentare indirettamente il potere civico sulle istituzioni» (pp. 186-187), è considerata esempio delle istituzioni della riflessività. In questo contesto, «le corti costituzionali consentono, dunque, sia di correggere le derive del sistema rappresentativo [...] sia di svilupparne la funzionalità democratica» (p. 194).

³⁷ Così ancora A. HONNETH, *Il diritto della libertà. Lineamenti per un'eticità democratica* (2011), cit., p. 473.

³⁸ P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia* (2006), cit., p. 210.

conflitto, era già propria dell'esperienza weimariana³⁹. Tuttavia, oggi, tale insieme di considerazioni sembra non venire direttamente in rilievo, essendo in realtà la partecipazione dei cittadini proprio lo strumento attraverso cui si riesce a ri-espandere il funzionamento delle istituzioni della democrazia rappresentativa e la decisione parlamentare. Il Tribunale, infatti, opera, tramite la *Verfassungsbeschwerde* e l'*Organstreit* delle frazioni, nella fattispecie di minoranza, un innesto virtuoso che, senza abbattere la complessità del dibattito parlamentare, e avviando così alla sintesi – potenzialmente foriera di esiti altamente divisivi – che un quesito referendario impone, apre però ad un controllo “popolare” continuo il circuito decisionale della maggioranza e l'indirizzo politico. Viene, allora, in tal modo canalizzata la “sfiducia” impolitica e si razionalizza al contempo quella istanza societaria secondo i crismi dei principi di diritto, ma senza rinunciare aprioristicamente a quella funzione di unificazione per lo spazio pubblico che, per quanto preso a maggioranza, un provvedimento, se correttamente legittimato, ha all'esito del processo decisionale parlamentare. È in questo senso che si può affermare che, in Germania, la “controdemocrazia”, nella misura in cui è possibile far uso di questo termine, soffre meno di quella «instabilità strutturale»⁴⁰ che viene denunciata come il

³⁹ Sul c.d. “*Finanztabu*” in epoca weimariana riflette anche H. H. VON ARNIM, *Vom schönen Schein der Demokratie. Politik ohne Verantwortung – am Volk vorbei* (2000), München, 2002, spec. pp. 198 ss. Si sofferma però da ultimo sul rapporto che intercorre tra gli strumenti di partecipazione diretta alle decisioni e la democrazia rappresentativa M. LUCIANI, *Articolo 75 - Il referendum abrogativo*, G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna - Roma, 2005, spec. pp. 31 ss. e M. LUCIANI, *Il referendum. Questioni teoriche e dell'esperienza italiana*, in *Revista catalana de dret públic*, n. 37/2008, pp. 157 ss., negando che il referendum sia strumento di democrazia diretta. Ri-conduce il referendum nella «categoria delle controforze» C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, in AA. VV., *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, vol. II, Padova, 1957, pp. 136-138. Approfondisce le combinazioni possibili di elementi rappresentativi e plebiscitari nello stato costituzionale anche W. STEFFANI, *Gewaltenteilung und Parteien im Wandel*, Opladen, 1997, spec. pp. 244 ss.

⁴⁰ P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia* (2006), cit., p. 213. Mette in luce alcuni possibili rischi propri della “controdemocrazia”, che minaccia di trasformarsi in antipolitica se non ben distinta, N. URBINATI, *Democrazia in diretta. Le nuove sfide della rappresentanza*, cit., spec. pp. 107 ss., notando che «la contro-politica non si traduce necessariamente in richiesta di maggiore partecipazione», potendo voler solo svelare «ciò che il potere costituito tende naturalmente a celare, ma senza contestare le forme indirette della democrazia rappresentativa e senza sfidare la democrazia indiretta in nome di quella diretta» (p. 107). Di questo rischio appare comunque consapevole anche Rosanvallon specie in P. ROSANVALLON, *La legittimità democratica* (2008), cit., pp. 292 ss.

punto debole di queste emergenti forme di controllo e ciò sembra poter continuare a spiegare, al contempo, il minor successo che hanno riscontrato i c.d. “partiti antipartito” in quel Paese⁴¹. Certo, l’ergersi del Tribunale a strumento performativo delle istanze “controdemocratiche” potrebbe far perdere quei connotati di spontaneità che sono tipici di questi movimenti, ma, per converso, non esaurendole, riesce a porsi, sul piano teleologico, come uno dei più efficaci catalizzatori di un itinerario di rafforzamento degli assetti istituzionali propri di una democrazia rappresentativa.

Dopo una sentenza del Tribunale, del resto, molto spesso la decisione sul punto discusso viene reimpressa nel circuito democratico rappresentativo, confermando così come il potere di controllo non si sostituisca alla decisione nel merito, ma, sia pur indirizzandola e ponendo delle condizioni di operatività, lasci aperta una molteplicità di decisioni possibili a salvaguardia della complessità e della trasparenza. Ciò, peraltro, almeno in parte disinnescava la critica, pure attuale e corretta, di un’eccessiva politicizzazione del potere giurisdizionale, che, ad ogni modo, è stato sostenuto, nel contesto tedesco sarebbe del tutto coerente con una lunga storia di attivismo giurisprudenziale⁴², che affonderebbe le sue radici nella dottrina del *Verfassungspatriotismus*⁴³ e che, in fondo, differenzerebbe l’esperienza di giustizia costituzionale tedesca da una visione meramente *countermajoritarian*⁴⁴.

⁴¹ Cfr. di recente A. DE PETRIS, J. WOELK, *La «bisbetica domata», ovvero il successo limitato dei partiti anti-partito in Germania*, in *DPCE*, n. 3/2015, pp. 833 ss.

⁴² P. M. HUBER, *Verfassungsstaat und Finanzkrise*, Baden Baden, 2014, p. 35 definisce come un «deutsches Spezifikum» il controllo giurisdizionale della politica. Riflette più problematicamente sulla distinzione tra diritto e politica, da ultimo, anche S. SIMON, *Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess*, cit., spec. pp. 28 ss. Si sofferma poi sul significato politico di questa giurisprudenza P. RIDOLA, “*Karlsruhe locuta causa finita?*” *Il Bundesverfassungsgericht, il fondo salva-stati e gli incerti destini della democrazia federalista in Europa*, cit., spec. pp. 3-4. Più critico, in generale, sul ruolo del *BVerfG* con l’obiettivo di ripensare la teoria della divisione dei poteri C. MÖLLERS, *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, cit., *passim*.

⁴³ D. STERNBERGER, *Verfassungspatriotismus*, in ID., *Schriften X*, Insel, Frankfurt am Main, 1990, pp. 13 ss. sulle cui implicazioni ed eredità di recente riflette anche M. HAILBRONNER, *Traditions and Transformations. The Rise of German Constitutionalism*, Oxford, 2015, pp. 170 ss. Ne valorizza il rilievo per l’esperienza tedesca come strumento di costruzione della comune appartenenza politica, «il “Noi” della sfera pubblica democratica», mettendone in luce le criticità e le tensioni, A. HONNETH, *Il diritto della libertà. Lineamenti per un’eticità democratica* (2011), cit., spec. pp. 378-379 e pp. 410-411 e pp. 418-419, p. 472.

⁴⁴ In un lavoro recente mette in luce la portata trasformativa, non meramente intesa in

3. La sentenza *OMT II*: temi e problemi

La sentenza del 21 giugno 2016⁴⁵, con cui i giudici di Karlsruhe si sono pronunciati sul programma *OMT* della BCE, rappresenta l'ultimo atto di una vicenda che trova la sua origine nel primo rinvio pregiudiziale del *BVerfG*⁴⁶. Essa è, però, anche un capitolo di una più lunga serie di decisioni che hanno progressivamente delineato l'impianto delle relazioni tra Germania e Unione europea, specie con riferimento agli strumenti di contrasto alla crisi. La sentenza ha, dunque, un rilievo politico evidente non solo sul piano della tenuta delle istituzioni europee, ma anche per il c.d. *Verfassungsgerichtsverbund* e le relazioni tra livelli ordinamentali. Tutto ciò è confermato dal fatto che essa è stata pubblicata, dopo circa un anno dalla decisione della Corte di Giustizia⁴⁷, solo pochi giorni prima che il Regno Unito votasse sul *referendum* per l'uscita dall'UE.

Come noto, con la pronuncia *OMT II*, il Tribunale, dopo aver considerato solo in parte ammissibili i ricorsi, li ha comunque ritenuti in-

una prospettiva difensiva delle libertà individuali, della giurisprudenza costituzionale tedesca M. HAILBRONNER, *Traditions and Transformations. The Rise of German Constitutionalism*, cit., *passim* e, con particolare riferimento alle decisioni in materia di crisi finanziaria, spec. pp. 135 ss. dove si legge che la giurisprudenza del *BVerfG* «exhibits the by now familiar tendency towards an expansive interpretation of the Basic Law coupled with pragmatic deference».

⁴⁵ *BVerfG 2 BvR 2728/13* del 21 giugno 2016.

⁴⁶ *BVerfG 2 BvR 2728/13* del 14 gennaio 2014. Ricostruiscono in modo molto dettagliato percorso giurisprudenziale, contesto e questioni problematiche affrontate da ultimo V. BORGER, *Outright Monetary Transactions and the Stability Mandate of the ECB: Gauweiler*, in *CML Rev.*, n. 1/2016, pp. 139 ss. e M. BONINI, *Giudice delle leggi o "signore dei trattati"? Riflessioni critiche sul sindacato a tutela dell'"identità costituzionale"*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2016.

⁴⁷ C 62/14 del 16 giugno 2015 (*Peter Gauweiler e altri c. Deutscher Bundestag*) su cui cfr. almeno A. HINAREJOS, *Gauweiler and the Outright Monetary Transactions Programme: The Mandate of the European Central Bank and the Changing Nature of Economic and Monetary Union*, in *European Constitutional Law Review*, n. 3/2015, pp. 563 ss. e il numero monografico del *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 1/2016, e in particolare i saggi di T. TRIDIMAS, N. XANTHOULIS, *A legal Analysis of the Gauweiler Case. Between Monetary Policy and Constitutional Conflict*, *ivi*, pp. 17 ss., che vedono la sentenza come «a judgment of institutional empowerment» e nella BCE «the big winner» (p. 38) e di J.-V. LOUIS, *The Emu after the Gauweiler Judgment and the Juncker Report*, *ivi*, pp. 55 ss., spec. pp. 59 ss. che si concentra in particolare sul dialogo instaurato dalla CGUE e che definisce ancora incompleta (p. 68) l'Unione economica e monetaria.

fondati sia con riferimento alla presunta violazione delle competenze della BCE (artt. 119 e 127 I-II TFUE e artt. 17 ss. del Protocollo sullo statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea) sia in merito all'aggiramento del divieto di finanziamento monetario degli Stati membri tramite l'acquisto diretto dei loro titoli di debito (art. 123 TFUE). Accogliendo positivamente, sia pur con qualche significativa riserva, la lettura che la Corte di Giustizia aveva offerto nella sentenza *Gauweiler* del 15 giugno 2015, il *Bundesverfassungsgericht* non ha pertanto rinvenuto le condizioni per esercitare il controllo *ultra vires* né il controllo di identità, considerando che il programma *OMT*, nel rispetto delle condizioni precisate all'esito dell'itinerario giurisprudenziale avviato con il suo primo rinvio pregiudiziale, non andasse a ledere i ricorrenti nel loro diritto fondamentale alla democrazia (artt. 38 *Abs.* 1 S. 1, 20 *Abs.* 1-2 e 79 *Abs.* 3 *GG*) né pregiudicasse la responsabilità generale del *Bundestag* in materia di bilancio («haushaltspolitische Gesamtverantwortung»). Con lo stabilire una legittimità condizionata del programma *OMT*, il Tribunale è così riuscito a rafforzare la sua posizione in Europa e a dare un decisivo supporto alle istanze della democrazia in Germania, sia pur confermando in tal modo la sclerotizzazione di pericolose e problematiche asimmetrie tra Paesi⁴⁸.

È ben noto, del resto, che sin dai primi interventi, le misure apprese sono state più volte considerate controverse, spesso carenti in punto di legittimazione sulla base del principio di competenza, tanto che la Corte di Giustizia si è dovuta pronunciare tra l'altro, con la sentenza *Pringle*, sulla natura della riforma dell'art. 136 III TFUE⁴⁹, considerata come necessaria per l'istituzione del MES anche da parte del *BVerfG*⁵⁰. E il Tribunale costituzionale tedesco ha avuto modo, negli

⁴⁸ C. PINELLI, *La giurisprudenza costituzionale tedesca e le nuove asimmetrie fra i poteri dei parlamenti nazionali dell'eurozona*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2014. Si sofferma su come il quadro dei rapporti tra Corti che va definendosi rischi di indebolire ulteriormente la dimensione di tutela dei diritti e in particolare dei diritti sociali R. CALVANO, *Corte di Giustizia, stabilità e tutela dei diritti sociali. Tra tecnica e legalità nell'Ue della crisi*, in P. BONETTI, A. CARDONE, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, Roma, 2014, pp. 1035 ss.

⁴⁹ C 370/12 del 27 novembre 2012. Più in generale, criticamente, sul caso *Pringle* si veda R. CALVANO, *Il meccanismo di stabilità e la perdita sensibilità costituzionale della Corte di Giustizia dell'Unione europea alla luce del caso Pringle*, in *Giur. cost.*, n. 3/2013, pp. 2426 ss.

⁵⁰ *BVerfG* 2 BvR 1390/12 del 12 settembre 2012.

stessi anni, di intervenire su una vasta e diversificata serie di provvedimenti, spesso avvalendosi del suo potere di decidere in sede cautelare, valorizzando alcuni ricorsi in *Organstreit*, anche se privi di particolari conseguenze, come emblematicamente fu il caso del giugno 2012⁵¹, e ampliando, non senza polemiche, gli spazi di ammissibilità del ricorso attraverso *Verfassungsbeschwerde* in difesa di quello che è stato definito un vero e proprio diritto fondamentale alla democrazia (“*Grundrecht auf Demokratie*”) per violazione dell’art. 38 GG in combinato con gli artt. 1, 20 e 79 GG⁵².

Come noto, il controllo si è esteso, più o meno direttamente, sia a quanto realizzato sulla base della competenza dell’UE di coordinamento delle politiche economiche sia a quanto posto in essere con il ricorso al diritto internazionale sia alle molto discusse politiche non convenzionali decise dalla BCE⁵³. Proprio in questo contesto, il punto di massima frizione si è infine prodotto, senza dubbio, sulla vicenda del piano *Outright Monetary Transactions*, mai attuato, sfociato in un controverso e minaccioso rinvio pregiudiziale che ha spaccato lo stesso collegio giudicante che, a maggioranza, ha ritenuto, alle condizioni

⁵¹ BVerfG 2 BvE 4/11 del 19 giugno 2012.

⁵² Cfr. in merito R. LEHNER, *Die „Integrationsverfassungsbeschwerde“ nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG: prozessuale und materiell-rechtliche Folgefragen zu einer objektiven Verfassungswahrungsbeschwerde*, in *Der Staat*, n. 4/2013, pp. 535 ss. e, brevemente, A DI MARTINO, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Meccanismo Europeo di Stabilità e sul Fiscal Compact. Una lettura alla luce della giurisprudenza precedente*, in *federalismi.it*, n. 18/2012, pp. 2-3.

⁵³ In merito, da ultimo, cfr. M. BENVENUTI, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell’Unione europea*, cit., spec., sulle politiche poste in essere a livello europeo, pp. 54 ss., pp. 123 ss. e, sulla vicenda giurisprudenziale con riferimento al rinvio pregiudiziale circa la legittimità delle *Outright Monetary Transaction*, pp. 134 ss.; L. BUFFONI, *La politica della moneta e il soggetto della sovranità: il caso “decisivo”*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016; ma anche C. NITZE, *Finanzhilfen für Euro-Staaten in der Krise. Eine EU-rechtliche Bewertung der als Reaktion auf die sog. Euro-Krise gewährten und vorgeschlagenen finanziellen Hilfen*, Berlin, 2015; A. HINAREJOS, *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, Oxford, 2015, spec. pp. 17 ss.; M. IOANNIDIS, *Europe’s New Transformations: How the EU Economic Constitution Changed During the Eurozone Crisis*, cit., spec. pp. 1249 ss.; G. L. TOSATO, *L’integrazione europea ai tempi della crisi dell’euro*, cit., pp. 681 ss.; K. TUORI, K. TUORI, *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis*, New York, 2014.

Di recente, appare di particolare interesse, da questo punto di vista, D. MURSWIEK, *Die Eurokrise vor dem Bundesverfassungsgericht*, Baden Baden, 2016 in cui sono raccolti gli atti prodotti dall’A. come rappresentante di un ricorrente, nella specifico Peter Gauweiler cui è anche dedicato il lavoro, nei tre principali procedimenti instauratisi nel tempo davanti al Tribunale, sia con riferimento all’EFSF, sia al MES, sia nel caso OMT.

date, quelle politiche non convenzionali *ultra vires* e potenzialmente in contrasto con l'identità costituzionale tedesca⁵⁴.

Si rischierebbe, però, di leggere in modo superficiale la recente sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco *OMT II* se ci si limitasse a considerarla come una “resa” alla Corte di Giustizia dopo la sentenza *Gauweiler*. Fermendosi a tale chiave di lettura, infatti, si sottovaluterebbe l'impulso decisivo che il *BVerfG* in questa pronuncia apporta ad alcune questioni cruciali del governo del conflitto in Europa, ridando slancio al principio democratico, ma al contempo salvaguardando, per certi versi da se stessa, la democrazia rappresentativa e confermando così, pur nella sua non univocità sul piano teorico, la sopravvivenza del *constitutional pluralism* come *ordo ordinans* delle relazioni ordinamentali in Europa⁵⁵.

Non è immediato arrivare a queste conclusioni. È forse più agevole arrendersi all'evidenza secondo la quale, in fondo, il Tribunale tedesco nulla ha fatto seguire al severo e muscolare rinvio pregiudiziale del gennaio 2014, se non un articolato *vademecum* di condizioni dedotte dalla stessa sentenza *Gauweiler* su cui il *continuum* Governo-Parlamento dovrà limitarsi a vigilare per consentire in modo continuativo la partecipazione della Germania e della *Bundesbank* ad una futura ed eventuale attivazione del programma *OMT* da parte della BCE⁵⁶.

⁵⁴ Sul rinvio pregiudiziale e la sua critica letto unitamente alla decisione *Gauweiler* cfr. di recente E. DENNINGER, *L'identità costituzionale tedesca e l'Unione europea: riflessioni a partire dalla pronuncia sulle OMT*, in *DPCE*, n. 1/2016, pp. 261 ss. ma cfr. anche F. C. MAYER, *Rebels without a Cause: A Critical Analysis of the German Constitutional Court's OMT Reference*, in *German L.J.*, n. 2/2014, pp. 111 ss.; W. HEUN, *Eine verfassungswidrige Verfassungsgerichtsentscheidung*, in *JZ*, n. 7/2014, pp. 331 ss. e A. DI MARTINO, *Le Outright Monetary Transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del BVerfG*, in *federalismi.it*, n. 4/2014.

⁵⁵ Sul *constitutional pluralism* cfr. *supra* nt. 13-14. Di recente, proprio l'altro tasso di conflittualità che ha caratterizzato i toni della decisione *OMT I* del 14 gennaio 2014 (2 BvR 2728/13) ha portato alcuni commentatori a ritenere che ormai tale paradigma fosse da considerarsi superato e che uno Stato, piuttosto che disapplicare il diritto europeo, dovrebbe uscire definitivamente dall'Unione perché altrimenti violerebbe di certo gli accordi che lo legano alla UE: in questo senso di recente R. D. KELEMEN, *On the Unsustainability of Constitutional Pluralism. European Supremacy and the Survival of the Eurozone*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 1/2016, pp. 136 ss. Ne propone, invece, un nuovo aggiornamento M. GOLDMANN, *Constitutional Pluralism as Mutually Assured Discretion. The Court of Justice, the German Federal Constitutional Court and the ECB*, *ivi*, pp. 119 ss.

⁵⁶ Che pure appare di un certo rilievo tanto che il *BVerfG* riepiloga questi punti in due diversi momenti: prima per sintetizzare la sentenza della CGUE, poi per dettare i termini e

Questo livello di lettura, tuttavia, non può considerarsi del tutto soddisfacente in quanto trascura l'altissimo sforzo, in primo luogo dogmatico e di rilievo istituzionale, che il Tribunale costituzionale offre al lettore su alcune questioni centrali che aspettavano da tempo una maggiore precisazione e che si innestano su un quadro giurisprudenziale molto articolato⁵⁷.

Inoltre, pur convergendo sulla prospettiva della Corte di Giustizia, il *BVerfG* rimarca criticamente i punti rimasti senza risposta o sviluppati in maniera non pienamente adeguata da parte della CGUE in *Gauweiler*. Si possono individuare così future possibili linee di tensione sia con riferimento alla misura della verifica giurisdizionale dei poteri della BCE, che riapre il dilemma della distinzione tra politica monetaria e politica economica come presidio del principio democratico⁵⁸, sia in merito all'acquisto dei titoli sul mercato secondario, gravato da molti paletti, di cui viene anche ritenuta espressione, a differenza di quanto sostenuto dalla CGUE, la possibilità di prevedere una possibile riduzione del debito per un Paese (il c.d. *Schuldenschnitt*)⁵⁹.

Come acutamente rilevato, peraltro, la Corte di Karlsruhe spinge gli effetti della decisione *Gauweiler* ben al di là dei normali margini di operatività delle sentenze emanate all'esito di un rinvio pregiudiziale⁶⁰. Infatti, il Tribunale, da un lato, valorizza l'efficacia di una norma

le condizioni di partecipazione della *Bundesbank* il cui controllo sul rispetto incombe sulle istituzioni democratiche nazionali: cfr. *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 199 e Rn. 206.

⁵⁷ Che negli ultimi anni ha riguardato anche temi più laterali che tra loro si sono però più volte intrecciati come la tutela dei diritti delle opposizioni, la legge elettorale europea e, più in generale, la tutela di un certo *standard* di diritti in Europa.

⁵⁸ Qui affondano le loro radici le ragioni del principio di attribuzione (declinato come *Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*; cfr. *supra* nt. 19): *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 181 ss., continuando il Tribunale tedesco a considerare per esempio la selettività delle *OMT* un tratto caratterizzante una politica economica e non monetaria.

⁵⁹ *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 204 con riferimento al tema della riduzione del debito che viene letta dal *BVerfG* come una violazione dell'art. 123 TFUE.

⁶⁰ Cfr. M. STARITA, *Openness Towards European Law and Cooperation with the Court of Justice Revisited: The Bundesverfassungsgericht Judgment of 21 June 2016 on the OMT Programme*, in *European Papers*, n. 2/2016, pp. 395 ss., spec. pp. 400 ss. che mette anche in rilievo come, per quanto ritenuta «accettabile», il Tribunale costituzionale tedesco critichi duramente l'andatura argomentativa della Corte (p. 396). Di «compromesso responsabile parla» A. DE PETRIS, *Un compromesso responsabile: la risposta del Tribunale costituzionale federale tedesco alla sentenza della Corte di giustizia sul rinvio pregiudiziale di Karlsruhe*, in *federalismi.it*, n. 13/2016.

interna su un'istituzione europea⁶¹, considerando il principio di attribuzione come espressione non solo del diritto europeo, ma anche del diritto costituzionale interno⁶², dall'altro, alla luce delle considerazioni della CGUE, preannuncia di fatto che, qualsiasi divergenza dalle condizioni indicate dalla BCE in merito al programma *OMT* dovesse essere individuata in futuro, l'atto contestato sarà automaticamente considerato *ultra vires* senza, verosimilmente, necessità di nuovi ricorsi pregiudiziali e senza lesione del principio di leale collaborazione⁶³.

Interessante sottolineare come, da questo punto di vista, il *BVerfG* appaia molto consapevole della necessità di non apparire isolato e, a tal proposito, pare davvero significativo l'ampio ricorso al diritto comparato quasi a giustificare il suo potere di dichiarare inefficaci sul territorio tedesco atti delle istituzioni europee in ragione dell'estesa diffusione che analoghi tipi di sindacato vengono operati da tutte le corti costituzionali⁶⁴.

In definitiva, la decisione *OMT II* non deve essere sottovalutata. Il Tribunale costituzionale esce, infatti, rafforzato in quanto non solo ha dimostrato di essere del tutto pronto, quando ve ne sia necessità, a sollevare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, come promesso nella sentenza *Mangold/Honeywell* del 2010⁶⁵ e ribadito da ultimo nel

⁶¹ Come già affermato nella sentenza *Maastricht* citata proprio nel passo richiamato BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 189.

⁶² Viene, infatti, ribadito che la delega dei poteri alle banche centrali rappresenta un'eccezione al principio democratico giustificabile solo nei limiti e alle condizioni previste dall'art. 88 GG, con ciò richiedendo un rigido controllo giurisdizionale e un'interpretazione restrittiva dei poteri conferiti: BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 185. A ciò fa da contraltare il dovere del *Bundestag* di garantire le funzioni della *Bundesbank* che proprio dall'art. 88 GG è protetta da una garanzia di istituto che non si limita a imporne la mera esistenza, ma che piuttosto si erge a presidio delle sue prerogative sostanziali (Rn. 217).

⁶³ BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 192 e Rn. 205.

⁶⁴ Nell'ultima pronuncia, BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn.142. ValORIZZA molto questi richiami anche P. M. HUBER, *Verfassungsstaat und Finanzkrise*, cit., pp. 22 ss.; criticamente invece, verso un uso dai tratti strumentali, M. CLAES, *The Validity and Primacy of EU Law and the "Cooperative Relationship" Between National Constitutional Courts and the Court of Justice of the European Union*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 1/2016, pp. 151 ss. Peraltro, anche in altre precedenti decisioni si era sul punto fatto un ampio ricorso alla comparazione; lo mette in luce, per esempio, D. POLI, *Mir gehört die Letztentscheidungskompetenz! L'ennesimo dialogo-scontro tra Bundesverfassungsgericht e corte di giustizia dell'Unione europea*, *Rivista AIC*, n. 3/2016, spec. pp. 6 ss. con riferimento alla sentenza sul mandato d'arresto europeo di dicembre 2015.

⁶⁵ *Beschluss* BVerfG 2 BvR 2661/06 del 6 luglio 2010.

giugno 2016⁶⁶, ma è riuscito a impostare una dialettica con la Corte di Giustizia che ne conferma una posizione di evidente forza nel contesto europeo. Inoltre, lavorando sul piano della sua legittimazione, ha ricostruito, in un quadro dogmatico più preciso, sia pur sempre in via di definizione, il rapporto tra controllo *ultra vires* e controllo di identità, ha chiarito il ruolo di *Bundestag* e Governo, ha sottolineato le ragioni alla base e i margini di intervento dell'istanza giurisdizionale in decisioni eminentemente politiche o ad alto contenuto tecnico, ha ridefinito il rapporto tra Unione europea e Germania, ma ha anche valorizzato il principio democratico nel suo complesso inquadrandolo in uno sfaccettato dialogo con il principio di responsabilità e di autodeterminazione, dando un forte rilievo al ruolo delle minoranze⁶⁷. In questo scenario, come accennato, il Tribunale ha dato conferma di un rinnovato ruolo per la società civile, chiamata, attraverso il *BVerfG*, a intervenire attivamente in difesa delle sue prerogative e, specificamente, dell'identità costituzionale tedesca. Appare così chiaro lo sforzo di ridefinire non tanto e solo i rapporti con l'Unione europea, ma anche i meccanismi di difesa e funzionamento dell'ordinamento liberal-democratico tedesco.

In questo filone giurisprudenziale, i giudici di Karlsruhe hanno dunque progressivamente affinato il loro potere di controllo e i loro margini di manovra, definendo gli strumenti che si erano nel tempo accumulati e che necessitavano di una sistemazione teorica e dogmatica. Molti sono i punti che, in questa prospettiva, meritano di essere analizzati: è ben noto del resto che il ricorso diretto in materia europea sia stato utilizzato sin dal *Maastricht Urteil*, ma anche che negli ultimi anni se ne sono precisate la funzione e la filosofia, nonché estesi i margini di operatività⁶⁸; rileva da questo punto di vista, per le virtuose sinergie che ne derivano, anche il ricorso in *Organstreit* che sottolinea il ruolo determinante delle minoranze di contrasto al *continuum* maggioranza-Governo⁶⁹; di grande importanza è poi l'uso del concetto di responsabilità per l'integrazione (*Integrationsverantwortung*), che ha

⁶⁶ BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 156.

⁶⁷ Sia pur, come detto, dopo aver ridimensionato a livello istituzionale il concetto di "opposizione" in occasione della citata sentenza BVerfG 2 BvE 4/14 del 3 maggio 2016 (cfr. *supra* nt. 32)

⁶⁸ In merito cfr. *infra* § 4. Cfr. anche BVerfG 2 BvR 1099/10 del 7 settembre 2011, Rn. 95 ss.

⁶⁹ Cfr. *supra* nt. 32, nt. 67 e *infra* nt. 108-111 e testo.

suscitato un ampio confronto circa la sua natura⁷⁰ e che, da ultimo, si è associato alla controversa categoria degli obblighi di protezione (*Schutzpflichten*)⁷¹; quest'ultimo punto si lega direttamente con il tentativo, dogmaticamente molto raffinato, per quanto forse non del tutto riuscito, di coordinare e distinguere tra loro il controllo sugli atti *ultra vires* e il controllo di identità, riaprendo in tal modo il dibattito sulla necessità di effettuare un previo rinvio pregiudiziale, sul concetto di *Europarechtsfreundlichkeit* (o apertura nei confronti del diritto europeo)⁷² e sull'effetto di vincolo delle decisioni della CGUE; rilevano, infine, i margini di rottura e sinergia tra il parametro dell'art. 4 II TUE e la centralità della difesa dell'identità costituzionale tedesca, concetto altamente controverso e potenzialmente ad alto contenuto polemico⁷³. Proprio la teorizzazione della difesa dell'identità costituzionale, del resto, già precisata con il *Lissabon Urteil* nel punto in cui il *BVerfG* affermava che il controllo andava “mano nella mano” con il diritto dell'UE⁷⁴, si è complicata con la decisione del gennaio 2014, quando

⁷⁰ In merito cfr. almeno P. RIDOLA, *Diritti fondamentali e “integrazione” costituzionale in Europa. Tra passato e futuro: questioni di metodo comparativo nella costruzione di un diritto costituzionale europeo*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., pp. 199 ss.

⁷¹ Cfr. *infra* § 7.

⁷² Entrambi punti già tematizzati nella celebre decisione *Mangold/Honeywell* del 2010.

⁷³ Ne propone una lettura che cerca di definire i modi in cui si utilizza il concetto e le sue criticità, anche al fine di una sua più immediata compatibilità con il diritto europeo, A. INGOLD, *Die verfassungsrechtliche Identität der Bundesrepublik Deutschland. Karriere – Konzept – Kritik*, in *AöR*, n. 1/2015, pp. 1 ss. Ci si sofferma però anche E. DENNINGER, *L'identità costituzionale tedesca e l'Unione europea: riflessioni a partire dalla pronuncia sulle OMT*, cit., spec. p. 270 che ritiene inevitabile la rottura del parallelismo dei parametri operata dal *BVerfG* in ragione del fatto che il rispetto delle identità nazionali sarebbe, a partire dalla giurisprudenza della CGUE, «mero interesse suscettibile di bilanciamento» che pertanto «non può in alcun caso avere un peso paragonabile al limite assoluto di cui all'art. 79, par. 3, GG».

⁷⁴ Si fa riferimento a *BVerfG 2 BvE 2/08* del 30 giugno 2009, Rn. 240 al punto in cui si legge, quando il Tribunale giustifica il suo potere di controllo per gli atti *ultra vires* o per il controllo di identità, che, nel rispetto del principio di leale collaborazione, «the guarantee of national constitutional identity under constitutional and under Union law go hand in hand in the European legal area. The identity review makes it possible to examine whether due to the action of European institutions, the principles under Article 1 and Article 20 of the Basic Law, declared inviolable in Article 79.3 of the Basic Law, have been violated. This ensures that the primacy of application of Union law only applies by virtue and in the context of the constitutional empowerment that continues in effect» (traduzione ufficiale). Sul complesso rapporto tra art. 4 II e identità costituzionale tedesca di recente cfr. anche T. WISCHMEYER, *Nationale Identität und Verfassungsidentität. Schutzgehalte, Instrumente, Perspektiven*, in *AöR*, n. 3/2015, pp. 415 ss. che definisce l'identità come una

il parallelismo dei parametri si è rotto⁷⁵, per poi venire solo in parte ricondotto a una maggiore armonia con una sentenza del dicembre 2015 in materia di mandato di arresto europeo⁷⁶.

Nei prossimi paragrafi si chiariranno i collegamenti tra questi diversi livelli di lettura, inserendo infine le riflessioni proposte in un quadro più generale che consenta di riconsiderare il rilievo della decisione *OMT II*, in particolare alla luce dello sforzo del Tribunale di difendere la democrazia rappresentativa a livello nazionale.

4. Condizioni di ammissibilità della c.d. “*Integrationsverfassungsbeschwerde*” tra art. 38 GG, democrazia rappresentativa e tutela della dignità dell’uomo

Il tema dell’ammissibilità *ex art. 38 Abs. 1 GG* delle *Verfassungsbeschwerden* che contestano la legittimità di accordi sovranazionali è dibattuto da tempo. Con il *Maastricht Urteil* si consentì per la prima volta questa particolare forma di accesso ai ricorsi individuali a presidio del principio democratico, delineando un vero e proprio “*Grundrecht auf Demokratie*” del cittadino elettore, la cui difesa era azionabile direttamente dai singoli a presidio degli artt. 20 *Abs. 1-2* e 79 *Abs. 3 GG*. Dopo l’*Euro-Beschluss*⁷⁷ e poi, più di recente, il *Lissabon Urteil*, negli ultimi anni i margini di utilizzo di questo strumento sembrano essersi molto dilatati tanto che, in dottrina, vi è chi ha ritenuto di tratteggiare quella che è stata definita una vera e propria “*Integrationsverfassungsbeschwerde*”⁷⁸ in materia europea. Le condizioni del ricorso hanno un carattere di eccezione, si legge nella sentenza del 7

«buzzword». Riflette anche sul punto L. CORRIAS, *National Identity and European Integration: The Unbearable Lightness of Legal Tradition*, in *European Papers*, n. 2/2016, pp. 383 ss.

⁷⁵ A. DI MARTINO, *Le Outright Monetary Transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del BVerfG*, cit., p. 6.

⁷⁶ Cfr. *infra* nt. 127. Mette in luce questo andamento altalenante P. FARAGUNA, *Solange III? Il BVerfG colpisce ancora*, in *Quad. cost.*, n. 1/2016, pp. 123 ss., spec. p. 124. Sulla decisione cfr. anche D. POLI, *Mir gehört die Letztentscheidungskompetenz! L’ennesimo dialogo-scontro tra Bundesverfassungsgericht e corte di giustizia dell’Unione europea*, cit., spec. pp. 4 ss.

⁷⁷ BVerfG 2 BvR 1877/97 del 31 marzo 1998.

⁷⁸ R. LEHNER, *Die „Integrationsverfassungsbeschwerde“ nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG: prozessuale und materiell-rechtliche Folgefragen zu einer objektiven Verfassungswahrungsbeschwerde*, cit., pp. 535 ss.

settembre 2011⁷⁹, in quanto questa modalità di azione non può essere utilizzata come strumento per attivare un controllo continuo nel merito delle decisioni di una maggioranza, ma solo in tutti quei casi in cui vi sia il rischio di uno svuotamento (*Entleerung*) del principio democratico. Per l'esattezza, nei casi verificatisi fino ad ora, il Tribunale ricorda che il diritto dei singoli origina dalla necessità di garantire una reale autodeterminazione politica dei cittadini («politische Selbstbestimmung der Bürger»)⁸⁰ qualora gli organi costituzionali non adempiano in modo compiuto alla loro responsabilità per l'integrazione⁸¹. E infatti, secondo una giurisprudenza ormai consolidata del *BVerfG*, il diritto al voto non è da considerarsi solo in senso formale, ma protegge anche una pretesa a prendere effettivamente e attivamente parte alla decisione politica⁸². Come affermava Grimm, e in definitiva in modo coerente con l'idea di una democrazia che si protegge anche da un punto di vista valoriale emblematicamente accolta all'art. 21 *GG*, è così espressa la visione per cui «identificare la democrazia con il parlamentarismo è inammissibile» in quanto «la semplice attività parlamentare non garantisce di per sé alcuna struttura democratica»⁸³.

È nello specifico l'art. 23 *GG* che oggi detta le modalità in cui i cittadini, sia pur per il tramite dei loro rappresentanti, esercitano le loro prerogative nei confronti dell'UE, in quanto i diritti di sovranità possono essere delegati solo attraverso le procedure stabilite in Costituzione e solo alle condizioni *ivi* previste. Deve così ritenersi violato il diritto dei singoli in tutti quei casi in cui gli organi dell'UE esercitino delle prerogative che non sono state loro attribuite⁸⁴. È in questo senso che l'art. 38 *GG* protegge da qualificate violazioni del principio di attribuzione da parte degli attori istituzionali europei. Se gli organi costituzionali nazionali, infatti, omettono, nell'esercizio della loro responsabilità per l'integrazione (*Integrationsverantwortung*), di esercitare la loro *Reaktionspflicht* (obbligo di reazione)⁸⁵, si verifica un potenziale *vulnus* che l'azione *ex art. 38 GG* colma. È in questo senso che il dovere di agire viene qualificato come «non dissimile da un ob-

⁷⁹ BVerfG 2 BvR 1099/10 del 7 settembre 2011, Rn. 99 ss.

⁸⁰ BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 81.

⁸¹ BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 80.

⁸² BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 81.

⁸³ D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa*, cit., p. 357.

⁸⁴ BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 81-82.

⁸⁵ BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 83.

bligo di protezione»⁸⁶ (cfr. *infra* § 7). Naturalmente l'inattività, specificamente contestata a *Bundestag* e Governo, nella vicenda *OMT* si aggrava se si considera, con il *BVerfG*, che l'azione della BCE, i cui poteri già rappresentano un'eccezione al principio democratico essendo istituzione che esercita un mandato tecnico vincolato, è legittimata solo al fine di garantire la stabilità dei prezzi, su cui peraltro incombe lo specifico divieto *ex art.* 123 TFUE. Nella misura in cui esorbiti i confini del suo mandato, essa finisce per decidere su competenze del *Bundestag* non delegabili o comunque non delegate, facendo così emergere un doppio *deficit* di democrazia⁸⁷.

Al problema dell'ammissibilità si collega la dimensione teorica del diritto⁸⁸. Il Tribunale, infatti, dopo aver ribadito che gli atti dell'UE non possono essere sindacati direttamente sulla base del *Grundgesetz*, precisa però che deve permanere in capo agli organi nazionali un potere di controllo sul rispetto del principio democratico e, in particolare, dell'art. 20 *Abs.* 1 e 2 *GG*, che sono baluardo sostanziale della sovranità popolare, anche nei confronti dell'UE⁸⁹. Il principio di apertura del *Grundgesetz* trova, infatti, la sua legittimazione, ma anche i suoi limiti, oltre che nel preambolo, soprattutto nell'art. 23 *GG* che richiama espressamente la clausola di eternità e stabilisce le procedure attraverso cui il parlamento partecipa allo sviluppo dell'integrazione europea e può delegare diritti di sovranità⁹⁰. Solo nell'ambito delle competenze correttamente delegate e fondatamente esercitate, il Tribunale riconosce il primato del diritto europeo⁹¹, precisando tuttavia che questo riconoscimento opera comunque nei limiti consentiti dalla Legge fondamentale ai sensi dell'art. 79 *Abs.* 3 *GG*.

È nel processo di integrazione sovranazionale che il principio democratico, protetto dall'art. 23 *GG* attraverso il richiamo dell'art. 79

⁸⁶ Sul punto si tornerà in seguito, cfr. *infra* § 7; *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 88.

⁸⁷ *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 94.

⁸⁸ *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 115 ss.

⁸⁹ *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 115.

⁹⁰ *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 117-118. Sottolinea la centralità che ha il tema dei diritti di partecipazione del *Bundestag* per indicare come questa giurisprudenza continui comunque a proiettare in una dimensione sovranazionale di integrazione la difesa della democrazia rappresentativa a livello nazionale P. RIDOLA, "Karlsruhe locuta causa finita?" *Il Bundesverfassungsgericht, il fondo salva-stati e gli incerti destini della democrazia federalista in Europa*, cit., spec. p. 3.

⁹¹ *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 118-119.

GG, si ricollega con l'art. 38 GG⁹², rappresentando lo strumento attraverso cui difendere l'identità costituzionale tedesca, ma anche il fondamento di un controllo permanente sul corretto esercizio dei diritti di sovranità⁹³. Viene così sottolineata la centralità del principio di autodeterminazione del popolo che, per quanto l'art. 20 GG parli di *Wahlen und Abstimmungen*, si pone in essere esclusivamente attraverso le elezioni⁹⁴. L'art. 38 GG, del resto, proprio per la valorizzazione del principio di libertà e di uguaglianza ad esso sotteso, tutela e sancisce quello che viene definito il nucleo connesso con la dignità umana («menschenrechtliche Kern») del principio democratico, che in questo modo viene collegato con l'art. 1 GG⁹⁵, con tutto ciò che ne consegue in termini di centralità per l'ordinamento costituzionale⁹⁶. Il diritto di partecipare attivamente al voto da parte del cittadino, che può così correttamente considerare responsabile delle scelte politico-sociali il *Bundestag* ed eventualmente sanzionarlo, è, infatti, ciò che lo distingue dal suddito⁹⁷.

In definitiva, alla luce di queste affermazioni, i limiti di questo canale di accesso al *BVerfG*, potenzialmente dirompente, vengono allo stesso tempo ampliati e limitati. Se il Tribunale si preoccupa, collegando il diritto di autodeterminazione democratica dei cittadini con la dignità dell'uomo, di escludere tutte quelle violazioni che non si spingono sino a questo limite estremo, per converso sembra concedere qualche spazio in più, come accennato, al caso in cui la violazione si possa verificare sul piano interno. Non sembra escluso che nel futuro possano essere considerate ammissibili anche azioni contro leggi o provvedimenti venuti alla luce in altro contesto, per esempio la legge di bilancio e la corretta misura dell'indebitamento, purché si lamenti un vero e proprio svuotamento del diritto in esame⁹⁸. È stato peraltro lo stesso Huber a sottolineare come le potenzialità di questo ricorso potrebbero espandersi anche ad altri ambiti, finendo così per rappre-

⁹² BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 121.

⁹³ BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 121 ss.

⁹⁴ BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 124.

⁹⁵ BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 124.

⁹⁶ Sul rilievo della dignità nella cultura europea e per l'esperienza giuridica tedesca, cfr. P. RIDOLA, *La dignità dell'uomo e il "principio libertà" nella cultura costituzionale europea*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., pp. 77 ss.

⁹⁷ BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 124-125.

⁹⁸ Per maggiori indicazioni in questo senso, se si vuole, F. SAITTO, *Economia e Stato costituzionale*, cit., spec. pp. 188 ss.

sentare, come è già per i ricorsi in *Organstreit*, anche uno strumento di controllo sulle dinamiche maggioritarie⁹⁹ e sulla difesa degli spazi di decisione dei prossimi *Bundestag* che potrebbero venir compromessi da scelte irreversibili compiute oggi¹⁰⁰ capaci di dimezzare la capacità di autodeterminarsi in modo democratico del popolo nel futuro («demokratische Selbstherrschaft des Volkes»)¹⁰¹. Le potenzialità dello strumento non si esauriscono pertanto al piano dei rapporti con l'UE¹⁰².

L'ampio uso del ricorso diretto non è passato inosservato e, di fronte all'allargarsi progressivo dei criteri di ammissibilità delle *Verfassungsbeschwerden*, si è avanzata la critica che questo strumento, anche in ragione dell'elevato numero di ricorrenti, abbia finito per supplire alla tradizionale resistenza dell'ordinamento tedesco agli strumenti di democrazia diretta. Questa modalità di accesso alla giustizia costituzionale si caratterizzerebbe, infatti, per essere una sorta di azione popolare o financo un vero e proprio plebiscito¹⁰³. Anche su questo punto, invero controverso, si è registrata una netta presa di posizione di Huber che ha fortemente negato che a proposito del ricorso diretto individuale a tutela del proprio diritto di voto si possa parlare di un'azione popolare (*Popularklage*)¹⁰⁴.

In realtà questo dibattito, nella prospettiva accolta, per quanto centrale, pare dover essere ridimensionato. Si è detto, infatti, che una po-

⁹⁹ P. M. HUBER, *Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstrukturen in den internationalen Gemeinschaften – 50 Jahre nach*, cit., p. 128.

¹⁰⁰ P. M. HUBER, *Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstrukturen in den internationalen Gemeinschaften – 50 Jahre nach*, cit., p. 128 che fa riferimento per esempio a possibili privatizzazioni di compiti statali o al riordino di competenze tra *Bund* e *Länder*. Un altro possibile riferimento potrebbe essere per l'appunto alla legge di bilancio e alle norme in materia di indebitamento che potrebbero finire per svuotare il potere decisionale dei *Bundestag* futuri incidendo sul diritto di voto.

¹⁰¹ BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 126.

¹⁰² BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 129 ss.

¹⁰³ Cfr. in merito W. KAHL, *Bewältigung der Staatsschuldenkrise unter Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts*, in *DVBl*, n. 4/2013, pp. 197 ss.

¹⁰⁴ Sulle molte obiezioni si sofferma, respingendo la lettura di chi vede nella soggettivizzazione del principio democratico tramite l'art. 38 GG una «faktische Popularklage», P. M. HUBER, *Verfassungsstaat und Finanzkrise*, cit., pp. 45 ss. e P. M. HUBER, *Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstrukturen in den internationalen Gemeinschaften – 50 Jahre nach*, cit., pp. 128-129. Criticamente, per esempio, in questo senso si era invece espresso C. SCHÖNBERGER, *Die Europäische Union zwischen "Demokratiedefizit" und Bundesstaatsverbot. Anmerkung zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, in *Der Staat*, n. 4/2009, pp. 535 ss., spec. pp. 539 ss.

tenziale violazione della prerogativa di autodeterminazione del cittadino e di imputabilità delle decisioni viola l'art. 1 GG nel suo collegamento con l'art. 20 GG. È in questo senso che si arriva a ledere l'identità costituzionale tedesca¹⁰⁵. E, tuttavia, l'innesto, effettivamente di carattere para-plebiscitario, di questo ricorso diretto finisce per incidere sul circuito decisionale maggioranza-Governo e si dimostra un efficace mezzo di controllo del corretto funzionamento degli istituti della democrazia rappresentativa, di fatto così non ponendosi in alternativa con essa, ma costituendone un nuovo baluardo.

5. Il ricorso in *Organstreit* e la tutela delle prerogative del *Bundestag* da parte delle minoranze

L'altro canale di accesso privilegiato attraverso cui il *BVerfG* è stato chiamato a pronunciarsi in questi anni in materia europea è il ricorso per *Organstreit*. Anche questa modalità di accesso alla giustizia costituzionale è stata molto utilizzata sia unitamente al ricorso diretto, come nel caso del *MES*, sia autonomamente, come nel procedimento con cui si è poi dichiarata l'incostituzionalità di una commissione speciale (*Sondergremium*) nel febbraio 2012¹⁰⁶ e in quello per sanzionare la violazione degli obblighi di informazione del Governo al *Bundestag* ex art. 23 GG, poi sfociata nella sentenza del giugno 2012¹⁰⁷. Il ricorso per *Organstreit*, sollevato dalla singola frazione del *Bundestag*, considerata come frazione di organo costituzionale ai fini della legittimazione attiva, rappresenta dunque uno strumento complementare di grande utilità che, peraltro, aiuta a precisare più compiutamente la componente "controdemocratica" di questa giurisprudenza¹⁰⁸ (cfr. *supra* § 2).

Ciò è particolarmente evidente in un periodo come la fase attuale in cui, come accennato, la maggioranza che sostiene il Governo è frutto

¹⁰⁵ BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 136.

¹⁰⁶ BVerfG 2 BvE 8/11 del 28 febbraio 2012.

¹⁰⁷ BVerfG 2 BvE 4/11 del 19 giugno 2012.

¹⁰⁸ Il rapporto tra l'opposizione nel *Bundestag* e il ruolo del Tribunale costituzionale in Germania è stato studiato per esempio da parte di K. STÜWE, *Die Opposition im Bundestag und das Bundesverfassungsgericht. Das Verfassungsgerichtliche Verfahren als Kontrollinstrument der parlamentarischen Minderheit*, Baden Baden, 1997, spec. pp. 159 ss. con riferimento ai procedimenti in *Organstreit*.

di una Grande coalizione tanto vasta che per le minoranze parlamentari non è possibile neanche raggiungere i *quorum* posti in Costituzione in favore delle opposizioni. Il Tribunale costituzionale, sul punto, pur considerando vitale per il pluralismo l'esistenza di un'opposizione parlamentare, ha sempre negato che si potesse parlare di diritti dell'opposizione, preferendo piuttosto garantirne la funzione tramite il riconoscimento di un diritto a fare opposizione. Pertanto, l'opposizione, come messo in luce sin dalla fondamentale monografia di Peter Schneider degli anni Settanta¹⁰⁹, non è un attore che ha un riconoscimento e una protezione in sé di tipo istituzionale da parte del *Grundgesetz*¹¹⁰. Diverso, invece, è il ragionamento seguito con riferimento ai gruppi che, per giurisprudenza costante, sono considerati frazioni di organo e dunque possono agire in difesa delle prerogative costituzionalmente attribuite al singolo gruppo o all'organo nel suo complesso. In questo modo, il Tribunale, che indulge sovente ad una rappresentazione piuttosto ideale del parlamentarismo inteso secondo la tradizionale concezione liberale di contrapposizione tra Parlamento e Governo, consente comunque alle "minoranze" di farsi promotrici di azioni di contrasto nei confronti nel *continuum* maggioranza-Governo. Valorizzando il ruolo costituzionale delle minoranze, secondo i giudici, da ultimo, si eviterebbe peraltro di violare il principio di uguaglianza tra i parlamentari (art. 38 *Abs.* 1 S. 2) che verrebbe messo in discussione dal riconoscimento di diritti specifici per l'opposizione¹¹¹.

Se l'azione dei singoli è, dunque, volta a garantire che i cittadini non vengano pregiudicati nel diritto ad esercitare le loro prerogative elettorali, dovendo esser sempre possibile individuare i responsabili

¹⁰⁹ H. P. SCHNEIDER, *Die parlamentarische Opposition im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Frankfurt am Main, 1974.

¹¹⁰ Se l'argomento è stato a lungo legato al problema dei limiti consentiti al diritto di fare opposizione alla luce della norma sui partiti antisistema, di recente il tema è stato nuovamente oggetto di alcuni studi in ragione dei vari periodi che negli ultimi anni hanno visto succedersi delle Grandi coalizioni a sostegno dei governi e che sono poi anche sfociati nella citata polemica arrivata sino al *BVerfG* che ha ribadito che, pur considerando costituzionalmente necessaria una opposizione effettiva, non si può parlare di "diritti dell'opposizione" nella sentenza 2 BvE 4/14 (cfr. *supra* nt. 32). Nella ampia bibliografia cfr. S. HABERLAND, *Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Opposition nach dem Grundgesetz*, Berlin, 1995; D. MUNDIL, *Die Opposition. Eine Funktion des Verfassungsrechts*, Berlin, 2014, che riflette anche sulla crescita del ruolo dell'opposizione interna con riferimento al processo di integrazione europea (pp. 185 ss.); e da ultimo, più problematicamente, A. INGOLD, *Das Recht der Oppositionen*, Tübingen, 2015.

¹¹¹ Cfr. 2 BvE 4/14 del 3 maggio 2016, Rn. 95 ss.

delle decisioni assunte, perché in tal modo si garantisce la loro libertà di autodeterminazione e dunque persino la loro dignità, l'azione per *Organstreit* è anch'essa in definitiva uno strumento per garantire che il *Bundestag* resti sempre imputabile delle decisioni che gli competono e non si liberi, in modi non consoni e addirittura vietati, delle sue prerogative. Entrambe le azioni, pertanto, proteggono in fondo il medesimo bene giuridico: le prerogative del *Bundestag* come luogo che è espressione della sovranità popolare e in cui si deve svolgere in maniera trasparente il processo decisionale.

Anche nel caso *OMT* questo duplice obiettivo, conseguito tramite il ricorso di singoli organi costituzionali, è considerato in parte ammissibile, seppur non vi sia un atto direttamente impugnabile, ma si agisca contro l'inazione del *continuum* maggioranza-Governo di fronte alle politiche della BCE¹¹². E, infatti, il *BVerfG* considera ammissibili, per quanto poi infondati, i ricorsi nella misura in cui essi mirano a verificare la sussistenza di un obbligo di Governo e *Bundestag* ad opporsi all'ordinanza del 6 settembre 2012 della BCE¹¹³.

La frazione ricorrente, del resto, agisce in difesa dei poteri e degli obblighi del Parlamento nel suo complesso. È il *BVerfG* che sottolinea come questa funzione sia proprio alla base dello strumento che consente ad una minoranza parlamentare, anche se non ha i numeri per sollevare l'azione di costituzionalità, di agire al fine di scardinare l'indirizzo di maggioranza se questo finisce per ledere le prerogative dell'organo nel suo insieme o più semplicemente per dimidiare i diritti della frazione ricorrente¹¹⁴. E, infatti, citando l'art. 64 della legge che regola il processo davanti al Tribunale (*BVerfGG*), il *BVerfG* ribadisce che in generale lo *status* di parte nei giudizi per *Organstreit* è inteso sia come strumento di controllo del Parlamento sia come mezzo di difesa delle minoranze, collegandosi in questo senso all'art. 38 *Abs.* 1 S. 2. La frazione, dunque, specie se estranea al circuito fiduciario, rappresenta l'attore più immediato tramite il quale il Tribunale può intervenire a difesa del corretto funzionamento delle istituzioni della democrazia rappresentativa¹¹⁵.

¹¹² BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 105 ss.

¹¹³ BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 113.

¹¹⁴ BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 106.

¹¹⁵ BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 106.

Anche qui, come accennato, si impongono però alcuni limiti, come già nella sentenza del marzo 2014¹¹⁶. Nello specifico, l'azione è ammissibile solo nella misura in cui si ritengono lese le prerogative del *Bundestag* ex art. 23 *GG* e si contesta, in questo senso, che l'inazione porti a uno svuotamento o ad una erosione dei suoi poteri e in particolare della sua responsabilità generale in materia di bilancio («haushaltspolitische Gesamtverantwortung»)¹¹⁷.

6. *Ultra-vires-Kontrolle* e *Identitätskontrolle* nel confronto tra limiti formali e materiali all'integrazione europea

Come accennato, la Legge fondamentale si caratterizza, storicamente, per un'apertura piuttosto convinta nei confronti del processo di integrazione sovranazionale e la giurisprudenza costituzionale in materia europea, per quanto sia rimasta sempre saldamente ancorata ad una dimensione nazionale che affonda le sue radici nei principi e nelle strutture che innervano lo stato costituzionale, ha comunque confermato tale impostazione, sia pur nel quadro teorico di una concezione ispirata ad una idea fondamentalmente dualista delle relazioni tra ordinamenti¹¹⁸. Si rinvengono certo fasi di maggiore sintonia ed empatia, per esempio quella avviata con la sentenza *Solange II*, e periodi di maggiore diffidenza, come quella apertasi, dopo la riunificazione, con *Maastricht*. Ma anche in questi frangenti la prospettiva di uno sviluppo progressivo del processo di integrazione europea non si è mai del tutto arrestata¹¹⁹.

Negli anni, tuttavia, l'armamentario del *Bundesverfassungsgericht* è andato arricchendosi di molti strumenti volti a vigilare sul processo di integrazione. Spesso vi erano associate «istruzioni per l'uso», non sempre del tutto perspicue, che indicavano i modi in cui avrebbe dovuto essere in pratica maneggiato quanto teorizzato in punto di diritto: ne sono un esempio i limiti di ammissibilità del ricorso diretto ex art.

¹¹⁶ BVerfG 2 BvE 6/12 del 18 marzo 2014, Rn. 157.

¹¹⁷ BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 110 ss.

¹¹⁸ Ancora A. DI MARTINO, *The "Open Constitutional State": Germany's Response to International and European Legal Pluralism*, cit., pp. 109 ss.

¹¹⁹ Da ultimo mette in guardia il BVerfG circa la necessità di rivedere il suo più recente modo di operare P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione europea, tra principio di apertura e controlimiti*, cit., spec. 463.

38 Abs. 1 GG, il concetto di *Europarechtsfreundlichkeit*, i margini di utilizzabilità del rinvio pregiudiziale. Pare dunque nel tempo essersi continuato a spostare pericolosamente “un po’ più a Ovest” il «confine istituzionale» che in questo ambito il *BVerfG* ha potuto toccare senza con ciò compromettere la sua stessa legittimazione¹²⁰.

Si può però osservare un mutamento di tipo qualitativo occorso nel tempo. La giurisprudenza *Solange*, infatti, poggiava, in definitiva, su un’idea materiale di integrazione, avendo ad oggetto il livello di tutela garantito per i singoli *Grundrechte* nell’UE rispetto al *Grundgesetz*, per quanto avesse anche un’incidenza sul tema dei limiti ai poteri conferibili sulla base del parametro dell’art. 24 GG¹²¹. È però nello specifico a partire dal *Maastricht Urteil* che si sono cominciate ad affrontare tutta una serie di questioni di rilievo marcatamente istituzionale con maggiore precisione, collegando più direttamente l’integrazione alla clausola di eternità dell’art. 79 Abs. 3 GG attraverso il nuovo art. 23 GG¹²². Ciò è avvenuto sia verso l’esterno, con riferimento al rispetto del principio di attribuzione (controllo *ultra vires*), sia verso l’interno, con riferimento al controllo dell’identità costituzionale (*Identitätskontrolle*). Questi due strumenti di monitoraggio si sono andati progressivamente definendo nella giurisprudenza successiva, specie a partire dal *Lissabon Urteil* e, infine, nel più recente filone che ha ad oggetto i provvedimenti di contrasto alla crisi economica in Europa. Nel nuovo contesto, la dottrina *Solange* con riferimento ai *Grundrechte*, in quei

¹²⁰ In tal senso viene sostenuto, per esempio, come il *Lissabon Urteil* abbia rappresentato il «confine istituzionale» del *BVerfG* oltre il quale sarebbero state politicamente insostenibili sul piano della legittimazione le conseguenze di una sentenza che non avesse consentito l’entrata in vigore del Trattato: cfr. in merito C. MÖLLERS, *Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts*, in M. JESTAEDT, O. LEPSIUS, C. MÖLLERS, C. SCHÖNBERGER (a cura di), *Das entgrenzte Gericht: eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin, 2011, p. 405. Si sofferma su come, nella giurisprudenza in materia europea e in particolare nelle modalità di utilizzo del controllo *ultra vires* e di identità, il *BVerfG* non sempre sia riuscito a rispettare i propri limiti S. SIMON, *Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess*, cit., *passim*.

¹²¹ Cfr. *amplius* nt. 134 e testo.

¹²² Mette in luce come progressivamente, da *Maastricht* in poi, sovranità e statualità siano divenuti temi tra loro indissolubili e come dal problema dei limiti sostanziali all’integrazione sulla base dei diritti si è passati al tema dei confini dell’integrazione letti attraverso l’art. 79 Abs. 3 C. MÖLLERS, *Der vermisste Leviathan. Staatstheorie in der Bundesrepublik*, cit., pp. 72 ss. Sul passaggio dalla tutela dei diritti alla difesa del principio democratico cfr. anche S. SIMON, *Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess*, cit., spec. pp. 62 ss.

termini, sembra quindi aver assunto una funzione residuale¹²³. Piuttosto «si è, da un lato, soggettivizzata la verifica del rispetto del principio democratico e, dall'altro, si è oggettivata la tutela dei diritti fondamentali»¹²⁴. Da questo punto di vista, posto che il controllo *ultra vires* è strumento di tutela del principio democratico soggettivizzato, in materia di diritti si può osservare come il controllo di identità (l'*Identitätskontrolle*) si erga a baluardo dei *Grundrechte* intesi, singolarmente, come ambiti oggettivi che definiscono l'identità costituzionale tedesca. Tutto ciò solleva qualche dubbio sulla persistenza di quell'armonia instauratasi con *Solange II*¹²⁵. E non è un caso, allora, se è stata avanzata la suggestione, anche alla luce di una sentenza molto significativa in materia di mandato di arresto europeo¹²⁶, che si sia ormai avviata una nuova fase denominata *Solange III*¹²⁷. In merito, in-

¹²³ Così P. M. HUBER, *Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstrukturen in den internationalen Gemeinschaften – 50 Jahre nach*, cit., pp. 132-133 che parla di una «residuelle Kompetenz in Rahmen der Solange Doktrin» del *BVerfG* che deve coordinarsi con la Carta di Nizza e con gli ambiti di competenza dell'UE e, a tal proposito, fa riferimento alla decisione sull'*Anti-Terror-Datenschutzgesetz* *BVerfG* 1 BvR 1215/07 del 24 aprile 2013 (Rn. 88-91) dove la competenza a controllare il rispetto dei diritti fondamentali a livello statale si riepande. In questa decisione, secondo il Tribunale, la dichiarazione di incostituzionalità non va letta come un controllo *ultra vires* o di identità in quanto l'ambito interessato dalla legge oggetto del procedimento non era da considerarsi come diretta applicazione di diritto europeo. Vi si legge infatti: «As part of a cooperative relationship between the Federal Constitutional Court and the European Court of Justice (cf. *BVerfGE* 126, 286 <307>), this decision must not be read in a way that would view it as an apparent *ultra vires* act or as if it endangered the protection and enforcement of the fundamental rights in the Member States (Art. 23 sec. 1 sentence 1 GG) in a way that questioned the identity of the Basic Law's constitutional order (cfr. *BVerfGE* 89, 155 <188>; 123, 267 <353 and 354>; 125, 260 <324>; 126, 286 <302 et seq.>; 129, 78 <100>)» (Rn. 91). La questione è in realtà piuttosto controversa e questa decisione del *BVerfG* ha aperto un vivace dibattito; sul punto cfr. almeno F. FONTANELLI, *Hic Sunt Nationes: The Elusive Limits of the EU Charter and the German Constitutional Watchdog: Court of Justice of the European Union: Judgment of 26 February 2013, Case C-617/10 Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*, in *European Constitutional Law Review*, n. 2/2013, pp. 315 ss.

¹²⁴ C. MÖLLERS, *Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 404.

¹²⁵ S. HOBE, *Abkehr von Solange? – Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Vorratsdatenspeicherung und zu Honeywell*, in M. SACHS, H. SIEKMANN (a cura di), *Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat*, Berlin, 2012, pp. 745 ss.

¹²⁶ *BVerfG* 2 BvR 2735/14 del 15 dicembre 2015.

¹²⁷ Emblematica sarebbe proprio la recente sentenza sul mandato di arresto europeo del dicembre 2015, su cui tra i molti commenti cfr. A. ZEI, *Solange III? L'Identitätskontrolle del Tribunale costituzionale federale sulle norme di diritto europeo – Cronache costituzionali dall'estero*, in *Nomos*, n. 1/2016, pp. 11-14; P. FARAGUNA, *Solange III? Il BVerfG colpisce ancora*, cit., pp. 123 ss.; ma anche M. HONG, *Human Dignity and Constitutional Identity*:

fine, vi è stato anche chi ha denunciato una progressiva «standardizzazione» dei tre diversi canali di controllo, sollevando dubbi, di fatto, sulla reale possibilità di distinguere concretamente la qualità dei diversi procedimenti¹²⁸.

I termini del dibattito sono dunque più volte mutati¹²⁹ e, come era accaduto per la “Costituzione economica” e la “Costituzione finanziaria”, anche in ambito europeo si è infine posto in essere un “ponte” volto a ridimensionare la dimensione materiale dell’integrazione tramite un confronto tra *standard* di tutela tra cataloghi di *Grundrechte*, preferendo piuttosto la difesa di un assetto istituzionale, di stampo ovviamente di per sé oggettivo, a presidio del principio democratico e dell’identità costituzionale tedesca. La nuova interpretazione dell’art. 38 *Abs. 1 GG*, che apriva al ricorso diretto, era lo strumento ideale per agevolare questo passaggio¹³⁰.

Se il controllo in materia di *Grundrechte* appare residuale, o comunque in buona parte ottenibile in forme equivalenti attraverso il controllo di identità, oggi sembra allora sempre più pressante stabilire in concreto il rapporto tra controllo *ultra vires* e controllo di identità per individuare i limiti del processo di integrazione europea. La questione si intreccia, naturalmente, con il problema del riconoscimento del primato del diritto europeo. Il *BVerfG*, sollecitato dalla Corte di Giustizia che nella sentenza *Gauweiler* aveva ribadito l’obbligo della Corte rimettente di attenersi al principio di diritto enunciato all’esito del processo di rinvio pregiudiziale, introduce in merito alcuni ele-

The Solange-III-Decision of the German Constitutional Court, in *verfassungsblog.de*, 2016 e E. U. GAVILÁN, *Solange III? The German Federal Constitutional Court Strikes Again*, in *European Papers*, n. 1/2016, pp. 367-368. Più critico verso il ricorso a questa locuzione J. NOWAG, *EU Law, Constitutional Identity, and Human Dignity: A Toxic Mix?*, in *CML Rev.*, n. 5/2016, pp. 1441 ss., afferma: «If one were to formulate a *Solange* message from this judgment, it would be rather as follows: as long as this German constitution exists, the *BVerfG* will perform this kind of constitutional identity and thereby human dignity review» (p. 1448).

¹²⁸ H.-G. DEDERER, *Die Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts – Zur Vereinheitlichung von Grundrechts-, Ultra-vires- und Identitätskontrolle*, in *JZ*, n. 7/2014, pp. 313 ss.

¹²⁹ Lo mette in luce P. M. HUBER, *Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstrukturen in den internationalen Gemeinschaften – 50 Jahre nach*, cit., pp. 124 ss., suddividendo la storia di questa giurisprudenza in tre fasi (da *Solange I* a *Maastricht*, da *Maastricht* fino al 2010, dal 2010 ad oggi). Ma in merito cfr. anche P. M. HUBER, *Verfassungsstaat und Finanzkrise*, cit., pp. 10 ss.

¹³⁰ P. M. HUBER, *Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstrukturen in den internationalen Gemeinschaften – 50 Jahre nach*, cit., p. 126.

menti di problematizzazione. Del resto, nel rinvio pregiudiziale del gennaio 2014 (*OMT I*), il Tribunale costituzionale aveva più volte lasciato intendere che, se non si fossero precisati nella direzione indicata i margini di utilizzabilità delle *OMT* e, nonostante ciò, la Corte di Giustizia avesse avallato la competenza della BCE, vi sarebbero potute essere conseguenze sul piano giuridico, in quanto le *OMT*, così come delineate, erano da considerarsi non solo *ultra vires*, ma anche un potenziale pericolo per l'identità costituzionale tedesca. Nella sentenza del 21 giugno 2016 il Tribunale è dunque tornato sul punto: in primo luogo precisando i margini in cui si sente vincolato a una decisione della CGUE, per poi distinguere, alla luce delle molte critiche ricevute, controllo *ultra vires* e controllo di identità, la loro natura, i margini di ammissibilità dei ricorsi, le condizioni di utilizzabilità degli strumenti e la loro funzione.

In proposito, si è affermato come il controllo *ultra vires* e il controllo di identità svolgano funzioni complementari. Il controllo *ultra vires*, infatti, va letto alla luce di un ben definito programma di integrazione (*Integrationsprogramm*) che è al contempo limite e legittimazione delle politiche dell'UE, rappresentando il confine oltre il quale il processo di integrazione e di attribuzione di competenze a livello sovranazionale è precluso ai sensi dell'art. 23 GG. La vigilanza su questo profilo è compito del *BVerfG* a presidio del principio democratico e in difesa dello stato di diritto, pur ammettendosi una certa tolleranza in caso di errore¹³¹. Ciò vale anche, concetto già espresso in altre sentenze e ribadito da ultimo nella sentenza *OMT II*, nel caso in cui a legittimare una politica dell'UE sia una sentenza della CGUE, che non può arrivare sino ad avallare comportamenti arbitrari¹³². Se una sentenza della CGUE si spinge a dare un'interpretazione tale da conferire diritti di sovranità mai delegati, gli Stati non devono considerarsi

¹³¹ P. M. HUBER, *Verfassungsstaat und Finanzkrise*, cit., pp. 14 ss. in particolare con riferimento al caso *Mangold/Honeywell*. Sui due controlli cfr. ora anche S. SIMON, *Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess*, cit., pp. 89 ss. e, più in particolare per una riflessione sui loro limiti, pp. 96 ss. e pp. 213 ss.

¹³² P. M. HUBER, *Verfassungsstaat und Finanzkrise*, cit., p. 16. *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 158 ss., spec. 162 ss. Da ultimo, sui limiti dell'interpretazione da parte della Corte di Giustizia come strumento di espansione dei poteri dell'UE, cfr. anche D. GRIMM, *Europe's Legitimacy Problem and the Courts*, in D. CHALMERS, M. JACHTENFUCHS, C. JOERGES (a cura di), *The End of the Eurocrats's Dream. Adjusting to European Diversity*, cit., spec. pp. 248 ss. che conferma come l'atteggiamento del Tribunale tedesco «basically [...] is a resistance against the erosion of democracy» (p. 255).

ad essa vincolati. Ciò investe con forza i termini del primato del diritto dell'Unione europea, introducendo degli elementi di potenziale incertezza che non a caso hanno portato alcuni a sostenere che l'epoca del *constitutional pluralism* sarebbe da considerarsi finita e che chi pone in essere un comportamento di questo tipo, essendo in aperta violazione dei Trattati, dovrebbe piuttosto lasciare l'Unione europea¹³³.

Diversa, invece, la funzione dell'*Identitätskontrolle*. Se il controllo *ultra vires* si costruisce sulla base dell'art. 23 *Abs.* 1 *S.* 2, il controllo di identità rinvia all'art. 23 *Abs.* 1 *S.* 3 in combinato disposto direttamente con la clausola di eternità dell'art. 79 *Abs.* 3 cui sono sottesi i principi di cui agli artt. 1 e 20 *GG*. La difesa dell'identità costituzionale si collega così a quel filone giurisprudenziale che, a partire da *Solange I*, cercava di delineare i limiti dell'integrazione, poi riemerso in *Solange II* in modo «noch kategorischer» e solo in seguito codificato all'art. 23 *Abs.* 1 con il richiamo alla clausola di eternità¹³⁴. La sentenza *OMT II* sviluppa, in tal modo, un lungo ragionamento che culmina nei paragrafi 153 e seguenti. I due controlli sono qui descritti come strumenti che, strutturalmente diversi, coesistono in modo autonomo e simultaneo. Tuttavia, individuare il nucleo ultimo della distinzione non è affatto banale in quanto l'esercizio di competenze (*rectius* dei diritti di sovranità) non attribuite in modo sufficientemente qualificato da parte delle istituzioni dell'UE va a ledere anche l'identità costituzionale.

In questo senso, si deduce che i due controlli hanno entrambi come funzione teleologica quella di garantire il rispetto pieno dell'art. 79 *Abs.* 3 *GG*, vigilando sui modi in cui l'UE esercita i suoi poteri. Il controllo *ultra vires*, però, consiste in un vaglio di tipo procedurale o tecnico, ovvero di tipo non sostanziale. Ciò posto, esso verte primariamente sul modo in cui vengono esercitati i diritti di sovranità da

¹³³ Così R. D. KELEMEN, *On the Unsustainability of Constitutional Pluralism. European Supremacy and the Survival of the Eurozone*, cit., pp. 136 ss.

¹³⁴ Così P. M. HUBER, *Verfassungsstaat und Finanzkrise*, cit., pp. 17-18. In merito cfr. poi S. SIMON, *Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess*, cit., spec. pp. 46 ss., dove l'A. si sofferma sul rilievo dell'art. 23 *GG*, la sua portata innovativa rispetto all'art. 24 *GG* e il rapporto tra queste due norme, sostenendo come la nuova disciplina, per quanto codificasse la giurisprudenza *Solange*, andasse anche oltre il precedente quadro, in particolare tramite l'espressa introduzione di uno *Staatsziel* alla partecipazione al processo di integrazione europea, non essendo più a quel punto in discussione il "se" ma il "come" di questo processo; e pp. 54 ss. dove viene approfondita la giurisprudenza del *BVerfG* nel suo sviluppo storico (in particolare su *Solange II* pp. 60 ss.).

parte degli organi, istituzioni e altri uffici («Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen») dell'UE, focalizzandosi sulla misura in cui questo esercizio sia stato correttamente autorizzato ai sensi del *Grundgesetz* secondo le procedure e nei limiti previsti dall'art. 23 *GG*. E tuttavia, in ragione del fatto che solo le competenze che sono nei limiti della clausola di eternità possono essere attribuite all'UE e che solo i poteri effettivamente delegati possono essere esercitati, tutto ciò che va a premere su poteri non delegabili o non delegati lede il principio democratico e va di fatto potenzialmente a confluire in una lesione dell'identità. Il controllo di identità in sé, però, a differenza dell'*Ultra-vires-Kontrolle*, si atteggia come un esame «in senso materiale» in cui si valuta il rispetto, nell'esercizio di qualsiasi potere, dei limiti insuperabili tratteggiati agli artt. 1 e 20 *GG* e che di fatto riespande anche la dimensione soggettiva della tutela, in quanto l'eventuale lesione del singolo diritto individuale può spingersi sino a incidere su un parametro oggettivo come la identità costituzionale.

Nel maneggiare i controlli con una certa tolleranza nell'errore e con un atteggiamento di sostanziale apertura (*europarechtfreundlich*), una loro eventuale applicazione porterebbe all'inutilizzabilità sul territorio tedesco dell'atto o del provvedimento oggetto della decisione, non all'uscita dall'UE della Germania¹³⁵. Ciò consente al *BVerfG*, sul piano interno, di conservare un monopolio nell'utilizzabilità di questi due controlli¹³⁶ e gli permette di accreditarsi sul piano europeo come un interlocutore privilegiato. Il Tribunale tratteggia, infatti, un potere tutt'altro che pacifico, conquistando però un campo di manovra da cui poter controllare, come da un altipiano, tutte le azioni poste in essere a valle dagli altri attori¹³⁷. L'equilibrio, invero instabile, che ne deriva sembra, almeno in parte, rispondere ai canoni concettuali, legati al conflitto sulla sovranità nel contesto federale, della controversa teoria della *nullification* che divise gli Stati Uniti nell'Ottocento prima della Guerra di Secessione e su cui si è recentemente focalizzata di nuovo l'attenzione della dottrina¹³⁸.

¹³⁵ *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 155.

¹³⁶ Cfr. in merito A. VOBKUHLE, *Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund*, cit., p. 196.

¹³⁷ Sulle ragioni teoriche per cui si ricorre alla tecnica della disapplicazione cfr. A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello stato costituzionale aperto*, cit., pp. 460 ss.

¹³⁸ Come noto, la teoria della *nullification*, di cui uno dei principali teorici fu Calhoun,

Alla luce di quanto riferito, non stupisce che preoccupazione specifica dei giudici di Karlsruhe sia dimostrare che la natura di questo strumento, sia pur intrinsecamente conflittuale, venga percepita come compatibile, oltre che con il preambolo e l'art. 23 GG, anche con il principio di leale cooperazione sancito nei trattati¹³⁹. Tale aspirazione viene in definitiva fatta poggiare sulla circostanza per cui i provvedimenti dei vari attori istituzionali dell'UE che esorbitano dal c.d. *Integrationsprogramm* e che sono qualificabili come atti *ultra vires* non godono come tali dello *status* e del primato (l'«Anwendungsvorrang») del diritto dell'UE¹⁴⁰. Anzi, è proprio in ragione di ciò che emerge la responsabilità per l'integrazione degli organi costituzionali tedeschi che non devono in alcun modo rendere effettivi quei provvedimenti.

consiste nel fatto che «a state may legally and constitutionally judge that any federal act – law, regulation, judicial decision, executive action, or treaty – is unconstitutional, and moreover that this state may act on that judgment by forcibly blocking the implementation of that federal measure within the state's boundaries», considerando che «for a state to declare that it considers an act unconstitutional is not by itself nullification; nullification begins when the federal act is blocked in practice»: così J. H. READ, N. ALLEN, *Living, Dead, and Undead: Nullification Past and Present*, in S. LEVINSON (a cura di), *Nullification and Secession in Modern Constitutional Thought*, Lawrence, 2016, p. 101. Nel libro citato curato da Levinson, oltre al lavoro di Read e Allen, cfr. anche, in particolare, i saggi di Gienapp, per una prospettiva storica e intellettuale, Hirschl, per una comparazione in cui, tra altri esempi, si fa riferimento anche al contesto europeo e proprio alla giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco (pp. 264 ss.) a proposito della quale si dice che la Corte di Karlsruhe avrebbe elaborato una «German-style nullification *in potentia*» (p. 268), e Young, per un caso di studio in cui, pur in modo non del tutto omogeneo, pare essere stata applicata la teoria negli Stati Uniti.

Sulla crisi della *nullification* culminata all'inizio degli anni Trenta dell'Ottocento nel Sud Carolina, cfr. di recente A. BURATTI, *Andrew Jackson e le trasformazioni della Costituzione americana*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2013, pp. 1051 ss., spec. pp. 1071 ss. In una prospettiva volta a valorizzare e riaffermare i diritti degli Stati al fine di arrestare e invertire il processo di espansione dei poteri esercitati dalla Federazione ben al di là di quelli delegati originariamente con la Costituzione, sulla *nullification* e la teoria di Calhoun, cfr. poi J. J. KILPATRICK, *The Sovereign States. Notes of a Citizen of Virginia*, Chicago, 1957, spec. pp. 174 ss. e pp. 186 ss.

¹³⁹ Il riferimento è all'art. 4 III TUE; BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, spec. Rn. 140 ss.; ma già sul punto in BVerfG 2 BvR 2735/14 del 15 dicembre 2015, Rn. 44.

¹⁴⁰ BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 162.

7. La responsabilità per l'integrazione come obbligo di protezione e i doveri di vigilanza sull'*Integrationsprogramm*

Il Tribunale, chiarite, sia pur con le ambiguità rilevate, le diversità, le sovrapposizioni e le sinergie tra il controllo *ultra vires* e il controllo di identità, torna su un tema decisivo che, egualmente, necessitava di un più chiaro inquadramento dogmatico. Dopo aver specificato, infatti, le condizioni di ammissibilità e gli spazi di azione rimessi alla società civile, e una volta messa in luce la dirimente centralità dell'art. 38 *Abs.* 1 *GG* che si erge, indirettamente, a tutela della dignità umana e a garanzia della democrazia rappresentativa, il richiamo alla responsabilità per l'integrazione rappresenta senza dubbio un passaggio necessario per specificare qual è il ruolo cui sono consacrati gli organi costituzionali tedeschi nel vigilare sul corretto esercizio dei diritti di sovranità da parte degli attori istituzionali europei.

Nel merito, alla base dei casi che sono stati esaminati dal *BVerfG* in questi ultimi anni, vi è, come detto, l'idea che la difesa del principio democratico e delle prerogative del cittadino elettore sia assoluta precondizione per l'esercizio dei poteri degli organi costituzionali tedeschi. In proposito, la competenza in materia di bilancio ha rappresentato il principale campo di emersione pratica del problema, collegandosi direttamente con la necessità di garantire un principio che da qualche anno ormai, dopo una lunga incubazione da parte di filosofi e da parte della dottrina, appare essersi imposto come un vero e proprio strumento giuridico capace di orientare il sindacato giurisdizionale: la responsabilità¹⁴¹ (cfr. *infra* § 8). *Bundestag* e Governo, infatti, in materia di bilancio devono essere sempre imputabili (o responsabili) delle scelte poste in essere e a tal fine i poteri devono essere esercitati in modo trasparente.

Sul punto rileva l'*Integrationsverantwortung* che obbliga gli organi costituzionali tedeschi a opporsi sia all'esercizio di atti *ultra vires* sia nei casi in cui un atto dell'UE leda l'identità costituzionale tedesca¹⁴². E ciò emergeva già in modo piuttosto chiaro dalle ragioni che hanno portato il Tribunale, in questi anni, a considerare ammissibili le tante azioni che si sono succedute. Nella vicenda *OMT*, in cui ad essere oggetto dei ricorsi è un'omissione, tuttavia, il rilievo teorico e la dimen-

¹⁴¹ P. M. HUBER, *Verfassungsstaat und Finanzkrise*, cit., pp. 20 ss.

¹⁴² *BVerfG* 2 *BvR* 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 163.

sione giuridica del dovere si definisce in modo ancora più netto¹⁴³. L'obbligo, una vera e propria *Pflicht*¹⁴⁴, implica il riconoscimento contestuale di una certa discrezionalità politica da parte degli organi costituzionali. E da esso scaturiscono non solo il compito di vigilare al momento del trasferimento dei diritti di sovranità, ma anche di cooperare attivamente e in modo continuativo (*Mitwirkung*), come l'art. 23 *GG* più volte ribadisce, al fine di garantire una piena realizzazione del programma per l'integrazione nel rispetto dei suoi limiti.

È qui che si rinviene nuovamente un alto contenuto dogmatico della decisione. L'*Integrationsverantwortung*, infatti, come già emergeva dalla sentenza *Lissabon*, esprime una chiara contraddizione che rende il concetto complesso, ma che non consente di affrettare conclusioni circa la sua natura. La responsabilità per l'integrazione, del resto, implica certo una serie di obblighi per l'osservanza dell'*Integrationsprogramm*, tra cui il riconoscimento del primato al diritto eurounitario. Tale condizione è realizzabile però solo se gli organi costituzionali non abdicano ai loro doveri di vigilanza (*Beobachtungspflichten*)¹⁴⁵. È in questo senso che, la responsabilità per l'integrazione, che senza dubbio è impulso di una Europa sempre più unita, rappresentando peraltro l'art. 23 *GG* uno *Staatsziel* (obiettivo dello stato)¹⁴⁶, ne costituisce anche il limite, in quanto gli organi costituzionali sono chiamati a proteggere quelle posizioni giuridiche (*Rechtspositionen*) che sono poste come precondizioni per operare delle limitazioni di sovranità¹⁴⁷.

L'*Integrationsverantwortung* genera dunque in capo agli organi costituzionali una situazione giuridica non dissimile da un obbligo di protezione (*Schutzpflicht*), afferma il *BVerfG*. La teoria delle *Schutzpflichten* è piuttosto controversa e mette in collegamento tra loro alcuni dei dibattiti più fecondi che hanno interessato la natura dei diritti

¹⁴³ Sul tema delle omissioni e sull'ammissibilità dei ricorsi contro di esse si sofferma brevemente di recente, proprio con riferimento al caso *OMT*, E. DENNINGER, *L'identità costituzionale tedesca e l'Unione europea: riflessioni a partire dalla pronuncia sulle OMT*, cit., spec. p. 265.

¹⁴⁴ *BVerfG* 2 *BvR* 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 163.

¹⁴⁵ *BVerfG* 2 *BvR* 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 165.

¹⁴⁶ Rifletteva su identità e integrazione come «Grenzbegriffe» e sull'integrazione come «Aufgabe und Funktion der Verfassung» S. KORIOTH, *Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?*, in *VVDStRL*, 2003, pp. 117 ss.

¹⁴⁷ Cfr. per tutti A. VOBKUHLE, *Multilevel cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund*, cit., pp. 188-189.

fondamentali come la teoria della multidimensionalità, la *Wertordnung*, la *Drittwirkung*, la tecnica e il ruolo dello Stato di fronte ai diritti di libertà e le differenze con i diritti di prestazione¹⁴⁸. Una prima tematizzazione si rinviene in un celebre lavoro di Isensee che qualificava il diritto alla sicurezza come la principale chiave di legittimazione di un'attività dello Stato che avrebbe anche potuto finire per incidere, limitandola, sulla dimensione soggettiva dei singoli diritti, ma che al contempo era precondizione di una loro reale effettività¹⁴⁹. Si sarebbe così progressivamente, e non sempre pacificamente, isolata e delineata una componente oggettiva dei *Grundrechte*, rimessa all'azione del legislatore, come precondizione per un pieno godimento della dimensione difensiva dei diritti, cui non necessariamente, peraltro, fa da *pendant* una piena azionabilità davanti ai giudici¹⁵⁰.

¹⁴⁸ In merito, cfr. almeno J. DIETLEIN, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin, 2005, pp. 15 ss.; H. D. JARASS, *Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen. Objektive Grundrechtsgehalte, inbes. Schutzpflichten und privatrechtsgestaltende Wirkung*, in P. BADURA, H. DREIER (a cura di), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band II*, Tübingen, 2001, pp. 35 ss. Più di recente, G. HORNING, *Grundrechtsinnovationen*, Tübingen, 2015, *passim* e, in collegamento con il tema della *Drittwirkung*, M. HAILBRONNER, *Traditions and Transformations. The Rise of German Constitutionalism*, cit., pp. 105 ss. Cfr. anche A. VOBKUHLE, *Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung*, in *VVDStRL*, 2003, pp. 266 ss. e, per una sistematizzazione, R. ALEXU, *Teoria dei diritti fondamentali* (1985-1994), Bologna, 2012, pp. 481 ss.

¹⁴⁹ J. ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin-New York, 1983, spec. pp. 21 ss.; sul diritto di agire in giudizio, pp. 49-50. Dello stesso autore cfr. *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts, Band V, Allgemeine Grundrechtslehre*, Heidelberg, 1992, pp. 143 ss.

¹⁵⁰ J. DIETLEIN, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, cit., pp. 51 ss. e pp. 133 ss.; A. DI MARTINO, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali. Relazione per il Congresso dell'Associazione Gruppo di Pisa Cassino, 10-11 giugno 2016 (versione provvisoria)*, disponibile al sito www.gruppodipisa.it, 2016, spec. pp. 10 ss.; sulla controversa possibilità per le corti di pronunciarsi sulle *Schutzpflichten* e sulla loro natura, ovvero se all'obbligo di natura oggettiva che incombe sul legislatore corrisponda una pretesa azionabile soggettivamente, cfr. J. ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, cit., pp. 49 ss. e R. ALEXU, *Teoria dei diritti fondamentali* (1985-1994), cit., pp. 482 ss. Di recente, sulla configurazione di un diritto all'*Existenzminimum*, la dimensione soggettiva e l'obbligo di garanzia che deriva da questo *Grundrecht* (definito appunto un "*Gewährleistungsrecht*") e i suoi collegamenti tra la teoria delle *Schutzpflichten* e la dogmatica dei diritti di prestazione cfr. T. MAYEN, *Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums*, in M. SACHS, H. SIEKMANN (a cura di), *Der Grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat*, Berlin, 2012, pp. 1451 ss.; ma anche G. HORNING, *Grundrechtsinnovationen*, cit., pp. 288 ss., spec. pp. 290 ss. e, con riferimento alla giurisprudenza successiva, A. SANDERS, D. PREISNER, *Begründungspflicht des Gesetzgebers und*

Il *BVerfG*, dopo aver stabilito le condizioni di ammissibilità dei ricorsi, precisa però che in questo caso l'omissione di *Bundestag* e Governo è sanzionabile perché al dovere di agire da parte degli attori istituzionali, nella sua dimensione soggettiva, corrisponde un "*Grundrecht auf Demokratie*". Si prospetta così un obbligo di protezione che, come dimensione istituzionale di un "*Recht auf Demokratie*"¹⁵¹, finisce per dare forma, nella sua dimensione soggettiva, ad un vero e proprio *Anspruch* (una pretesa)¹⁵² anche dei singoli elettori in difesa delle competenze di *Bundestag* e Governo. Nella decisione *OMT II*, del resto, il Tribunale si sofferma sul punto, delineando, da un lato, i termini dell'obbligo di reazione (*Reaktionspflicht*) che incombe sugli attori istituzionali e, dall'altro, la pretesa soggettiva in capo ai titolari del *Grundrecht* potenzialmente violato. Da ciò si deduce che, quasi come nel diritto penale, non impedire un fatto che si ha l'obbligo giuridico di evitare equivale a cagionarlo¹⁵³.

La complessa natura del diritto in questione, e la sua doppia dimensione soggettiva-oggettiva, si riverbera sulle difficoltà dogmatiche che il *BVerfG* incontra e che infatti porta il Tribunale ad esplicitare che solitamente («in der Regel») non è possibile dedurre «konkreten Handlungsanweisungen» (concrete istruzioni) per gli organi costituzionali¹⁵⁴. Ma il *BVerfG*, in questo senso, chiarisce che sono gli stessi organi costituzionali competenti che stabiliscono, assumendosene la responsabilità, come agire e come adempiere i loro obblighi di protezione che derivano dal riconoscimento costituzionale di un certo diritto e dalla necessità che questo sia effettivamente esercitabile dai cittadini.

Del resto, gli obblighi di protezione, specifica il Tribunale, sorgono non solo quando i poteri pubblici sono chiamati a risolvere un conflitto tra due o più pretese individuali in contrasto, ma anche nel campo della politica estera e nella politica di difesa dove la verifica da compiere concerne l'idoneità delle azioni poste in essere nel garantire che i

Sachverhaltsaufklärung im Verfassungsprozess, in *DÖV*, n. 18/2015, pp. 761 ss.

¹⁵¹ *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 166.

¹⁵² *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 167.

¹⁵³ Apparentemente secondo il corollario, proprio della fattispecie penalistica del reato omissivo, per cui «la doverosità converte l'inerzia in omissione» e pertanto, eccezionalmente, non solo l'azione ma anche una particolare forma di inazione, ovvero il «non compiere l'azione possibile, che il soggetto ha il dovere giuridico di compiere», implica una responsabilità penale: così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2001, pp. 135 ss., per le citazioni p. 137.

¹⁵⁴ *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 168 ss.

diritti dei cittadini siano effettivamente tutelati in maniera adeguata. Una lesione di questo specifico obbligo, afferma il *BVerfG*, si verifica per esempio se non viene apprestata alcuna misura preventiva di protezione (*Schutzvorkehrung*) oppure se le misure apprestate sono in maniera considerevole e sproporzionata inadeguate a garantire il raggiungimento dell'obiettivo per cui sono poste in essere¹⁵⁵. Tutto ciò vale anche per la dimensione istituzionale del diritto alla democrazia in difesa della sovranità popolare¹⁵⁶.

È solo a questo punto che si definisce ancor più nitidamente la natura del diritto al ricorso individuale dei singoli, nella sua combinazione con i procedimenti per *Organstreit*. In un articolato paragrafo, il *BVerfG* mette, infatti, in luce come spetti in primo luogo al Governo sollevare una rimostranza davanti alla CGUE (art. 263 TFUE), contestare nei luoghi opportuni i provvedimenti controversi o esercitare diritti di veto, tanto che viene richiamato financo il compromesso di Lussemburgo, *amarcord* di un'Europa molto meno integrata di quella attuale ed elettivamente plasmata sul paradigma funzionalista¹⁵⁷. Altri spazi di resistenza incombono anche sul *Bundestag*, naturalmente, che deve esercitare i suoi specifici poteri di controllo, per esempio ponendo in essere un'azione politica che incida sul rapporto fiduciario del Governo, che può spingersi sino al voto di sfiducia costruttiva; oppure azionando il procedimento per il rispetto del principio di sussidiarietà (art. 23 *Abs.* 1a *GG*); o infine, provvedendo all'istituzione di specifiche commissioni di inchiesta (art. 44 *GG*).

I ricorsi individuali, pertanto, operando congiuntamente a quelle minoranze che non sono in grado di azionare quei rimedi per i quali sono necessari specifici *quorum*, si pongono come rimedio sussidiario

¹⁵⁵ *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 169.

¹⁵⁶ *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 170. L'*Integrationsverantwortung* è il concetto giuridico che racchiude i termini di questa obbligazione. In merito, il Tribunale chiarisce che, se si resta nei limiti dei poteri delegabili ai sensi dell'art. 79 *Abs.* 3, gli organi costituzionali preposti possono ben legittimare un nuovo trasferimento di diritti di sovranità al livello europeo tramite una riforma del diritto primario, ma, se ciò non è voluto o non è possibile, su di essi incombe un obbligo costituzionale di vigilare e di opporsi fino al punto di non prendere parte alla politica posta in essere a livello europeo che contrasti con questa obbligazione: solo in questo modo sono da considerarsi assolti gli obblighi di garanzia che discendono dall'*Integrationsprogramm*.

¹⁵⁷ Sui paradigmi volti a definire la natura dell'UE, cfr. per tutti P. RIDOLA, *Il principio democratico tra stati nazionali e Unione europea*, cit., pp. 314 ss.; *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 171.

all'inazione o all'azione inadeguata degli organi costituzionali preposti in via prioritaria alla difesa delle prerogative nazionali e al contempo alla promozione delle politiche di integrazione. L'intreccio tra concezione della democrazia rappresentativa, responsabilità per l'integrazione e “*Integrationsverfassungsbeschwerde*”, il cui obiettivo è proteggere la capacità decisionale del Parlamento nel suo insieme, si fa ormai chiaro¹⁵⁸. Del resto, secondo i giudici di Karlsruhe, la responsabilità per l'integrazione deve essere fatta valere preferibilmente attraverso il *Plenum*, perché è in quel consesso che è rappresentato l'intero popolo tedesco immerso nella *Öffentlichkeit*¹⁵⁹.

8. Considerazioni conclusive: la difesa della democrazia rappresentativa in Europa e in Germania come espressione del principio di responsabilità

La riflessione che suscita l'arsenale dogmatico che, sia pur in continua evoluzione, è stato elaborato in questi anni dal *Bundesverfassungsgericht* porta ad interrogarsi sulle difficoltà di funzionamento della democrazia rappresentativa in Europa a tutti i livelli. Da un lato, infatti, ci si può domandare come le istituzioni rappresentative funzionino a livello nazionale, ma dall'altro si può avanzare qualche perplessità sulla convinzione, o forse sul pregiudizio, verso i modi in cui queste sono e saranno in grado di operare a livello sovranazionale. È del resto tipico della teoria della *Mittelbarkeitslehre*, ad un tempo, iperresponsabilizzare il funzionamento dei canali della rappresentanza sul piano nazionale e, congiuntamente, sopravvalutare il *deficit* democratico europeo non solo sul piano delle mancanze di tipo strutturale, come la presunta incolmabile assenza di un popolo europeo, ma anche su quello del funzionamento degli assetti istituzionali¹⁶⁰.

¹⁵⁸ BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 171.

¹⁵⁹ BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 173.

¹⁶⁰ Sul doppio *deficit* (istituzionale e strutturale) dell'UE cfr. A. MAURER, *Parlamentarische Demokratie in der Europäischen Union. Der Beitrag des Europäischen Parlaments und der nationalen Parlamente*, Baden Baden, 2002, spec. pp. 34 ss.; criticamente e sulle possibili risposte al tema del *deficit* democratico P. RIDOLA, *Il principio democratico tra stati nazionali e Unione europea*, cit., pp. 319 ss. e W. STEFFANI, *Das Demokratie-Dilemma der Europäischen Union. Die Rolle der Parlamente nach dem Urteil des Bundesverfassungsgericht vom 12. Oktober 1993*, in *Zparl, Sonderband* n. 1/1995, pp. 33 ss. Sviluppava in questa chiave la critica alla ricostruzione del *BVerfG* dei modi in cui opera la democrazia a livello sta-

Da questo punto di vista, il Tribunale costituzionale tedesco non ha mai dimostrato una particolare apertura di credito nei confronti dell'Unione europea. È noto, peraltro, che il Trattato di Lisbona abbia tentato di valorizzare sul piano normativo proprio gli strumenti della democrazia rappresentativa, specie all'art. 10 TUE¹⁶¹, e che, a tal fine, siano anche stati fortemente presi in considerazione i partiti politici come strumento per renderne effettivo il funzionamento (art. 10 IV TUE). In questo senso, lo sforzo di dare un più completo riconoscimento ai partiti politici in Europa è stato confermato dal regolamento n. 1141 del 2014, che ha l'ambizione di superare, rispetto alla precedente disciplina, quella dimensione prevalentemente finanziaria che caratterizzava i partiti politici a livello europeo¹⁶². Ma la sfiducia tedesca verso il modo in cui gli strumenti della democrazia rappresentativa operano in Europa ha trovato nuovo spazio, da ultimo, nelle sferzanti motivazioni con cui il *BVerfG* ha, di fatto, dichiarando incostituzionale per due volte il superamento di una soglia di sbarramento come condizione per l'ingresso di partiti nel Parlamento europeo, svalutato la funzione di indirizzo che questa istituzione è chiamata a svolgere negli assetti istituzionali sovranazionali¹⁶³. Facendo ampi riferimenti

tale e in Europa anche C. SCHÖNBERGER, *Die Europäische Union zwischen "Demokratiedefizit" und Bundesstaatsverbot. Anmerkung zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, cit., spec. pp. 548 ss.

¹⁶¹ Che fonda la legittimazione dell'azione dell'UE su un operare congiunto del circuito rappresentativo nazionale e di quello europeo. E pertanto, in questo senso, come messo in luce da N. LUPO, *Parlamento europeo e parlamenti nazionali nella costituzione "composita" nell'UE: le diverse letture possibili*, cit., p. 4, di entrambi vi è «bisogno» per un funzionamento reale del sistema nel suo complesso la cui natura, essenzialmente rappresentativa, non cambia neanche in ragione dell'innesto di alcuni strumenti di democrazia partecipativa (di cui, però, una certa valorizzazione si rinviene in A. BURATTI, *Diritti fondamentali e vita democratica nella sfera pubblica europea*, in R. NANIA (a cura di), *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, Torino, 2012, pp. 145 ss.).

¹⁶² Cfr. sullo stato attuale dei partiti in Europa da ultimo T. SCHWEITZER, *Die europäischen Parteien und ihre Finanzierung durch die Europäische Union*, Berlin, 2016, ma anche G. GRASSO, *Democrazia interna e partiti politici a livello europeo: qualche termine di raffronto per l'Italia?*, in *Politica del diritto*, n. 4/2010, pp. 609 ss. e G. LÓPEZ DE LA FUENTE, *Pluralismo político y partidos políticos europeos*, Granada, 2014; sulla recente riforma I. INGRAVALLO, *L'incerto statuto dei partiti politici europei*, in G. NESI, P. GARGIULO (a cura di), *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione*, Napoli, 2015, pp. 211 ss.

¹⁶³ Le due recenti sentenze che hanno dichiarato rispettivamente incostituzionali la soglia del 5% e poi del 3%, previste per consentire l'accesso al Parlamento europeo in Germania, sono *BVerfG 2 BvC 4/10* del 9 novembre 2011 e *BVerfG 2 BvE 2/13* del 26 febbraio 2014. Cfr. in merito G. DELLEDONNE, *Il Bundesverfassungsgericht, il Parlamento europeo e*

ai modi in cui operano i gruppi in quel consesso e valorizzando l'inutilità di ottenere maggioranze stabili, non essendovi alcun rapporto fiduciario da rafforzare né un'opposizione da regolare, il *BVerfG* ha messo in dubbio la reale capacità del Parlamento europeo di essere politicamente determinante, così, paradossalmente, indebolendo anche tutte le altre istituzioni e lasciando ancora una volta vuoto il trono¹⁶⁴. Non vi è dubbio che tutto ciò complicherà la faticosa emersione di un sistema europeo di partiti più solido e integrato rispetto a quello attuale. Tuttavia ciò non toglie che questi, in un prossimo futuro, possano effettivamente svolgere un ruolo decisivo per contribuire a creare se non un *démos* europeo, almeno una società civile più consapevole e partecipe, accorciando le distanze con le istituzioni europee¹⁶⁵.

Anche la crisi ha, ovviamente, contribuito a rallentare il faticoso processo di parlamentarizzazione e di rafforzamento delle istituzioni rappresentative in Europa, per quanto questo avesse già in sé gli elementi di strutturale debolezza richiamati¹⁶⁶. Ne è forse la dimostrazione più evidente il ruolo centrale che hanno svolto direttamente gli Stati, in questi anni, nel predisporre gli strumenti per fronteggiare l'attuale fase economica, prevalentemente utilizzando le istituzioni europee, ma ricorrendo in gran parte, sia pur non necessariamente con finalità elusive dei canali tradizionali¹⁶⁷, ai mezzi propri del diritto in-

la soglia sbarramento del 5%: un (altro) ritorno del Sonderweg?, in *Rivista AIC*, n. 1/2012 e G. DELLEDONNE, *Corti costituzionali e legislazione elettorale. Una comparazione italo-tedesca*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 4/2014, pp. 1031 ss., spec. pp. 1049 ss.

¹⁶⁴ Riprendendo il celebre titolo del libro di P. VIOLA, *Il trono vuoto. La transizione della sovranità nella rivoluzione francese*, Torino, 1989.

¹⁶⁵ È stato del resto autorevolmente sostenuto, con riferimento alla necessità di resistere ai processi di de-democratizzazione, che «il *démos* non preesiste, come sua condizione, alla democrazia: ne deriva come suo effetto costante»: così E. BALIBAR, *Crisi e fine dell'Europa?*, Torino, 2016, p. 201, per la citazione, e poi pp. 204 ss., per l'idea che la costruzione del *démos* passa attraverso la partecipazione e la «costruzione di una comunità di cittadini» (p. 208).

¹⁶⁶ P. RIDOLA, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione europea fra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., pp. 325 ss. Sui profili di debolezza, cfr. C. PINELLI, *The Discourses on Post-National Governance and the Democratic Deficit Absent an EU Government*, in *European Constitutional Law Review*, n. 2/2013, pp. 177 ss. che, in un ragionamento più ampio, mette anche in luce come l'idea di una legittimazione che si costruisce sui risultati positivi (*output legitimacy*) sia stata depotenziata proprio in occasione della crisi (pp. 185 ss.).

¹⁶⁷ Problematizza sul punto B. DE WITTE, *Using International Law in the Euro Crisis: Causes and Consequences*, in *ARENA Working Paper*, n. 4/2013.

ternazionale o comunque rafforzando il paradigma intergovernativo¹⁶⁸. Le politiche anticrisi, prevalentemente predisposte dagli esecutivi e da altri attori internazionali e sovranazionali tendenzialmente privi di una legittimazione democratica diretta, hanno provocato così una sclerotizzazione dei rapporti di forza a livello nazionale in quanto i parlamenti si sono spesso trovati nella condizione di ratificare decisioni, politicamente molto delicate, già prese in altra sede. Emblematico del rischio di un progressivo ulteriore indebolimento dei parlamenti nazionali, su cui si ripercuote lo scotto di decisioni cui sostanzialmente non prendono parte, appare il ricorso al *referendum* in Grecia in occasione degli ultimi accordi di rifinanziamento del debito¹⁶⁹. Ciò è del resto conseguenza del fatto che, come detto in apertura, al fine di controbilanciare il grande potere della BCE, in definitiva, la cui indipendenza deve, per il *BVerfG*, venir limitata da una sindacabilità stretta dei suoi provvedimenti davanti alla CGUE¹⁷⁰, non si è riusciti a dare vita, almeno sino ad ora, come contrappeso democraticamente legitti-

¹⁶⁸ La letteratura in merito è molto ampia, cfr. almeno A. HINAREJOS, *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, cit., spec. pp. 16 ss., pp. 86 ss. e, sul ruolo delle corti, pp. 122 ss. Per un quadro dettagliato che ricostruisce il grande attivismo istituzionale a livello europeo per contrastare la crisi, di recente B. H. GRIMM, *Zur Reform der Wirtschafts- und Währungsunion nach der Krise. Eine rechtliche Analyse von ESM, Sixpack und Fiskalvertrag*, Baden Baden, 2016, spec. pp. 59 ss. e sulle problematiche implicazioni in punto di diritto della scelta di sottrarre al diritto UE le misure di salvataggio in particolare cfr. le riflessioni di C. KILPATRICK, *Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge Because They Are Not EU Law?*, in *European Constitutional Law Review*, n. 3/2014, pp. 393 ss.

Riflette sul ruolo dei Parlamenti nell'attività di contrasto alla crisi, da ultimo, D. CHALMERS, *Crisis Reconfiguration of the European Constitutional State*, in D. CHALMERS, M. JACHTENFUCHS, C. JOERGES (a cura di), *The End of the Eurocrats's Dream. Adjusting to European Diversity*, cit., pp. 266 ss., spec. pp. 290 ss.

¹⁶⁹ Cfr. B. CARAVITA DI TORITTO, "Parlamentarizzare" la crisi greca, in *federalismi.it*, n. 14/2015; ma cfr. anche A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, cit., p. 49 che parla con riferimento alla vicenda greca di un «commissariamento di un ordinamento democratico-nazionale» e M. BENVENUTI, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione europea*, cit., pp. 126 ss.

¹⁷⁰ Cfr. G. REPETTO, *Responsabilità politica e governo della moneta: il caso BCE*, in G. AZZARITI (a cura di), *La responsabilità politica nell'era del maggioritario e nella crisi della statualità*, Torino, 2005, pp. 283 ss. Più di recente, sui poteri della BCE alla luce della sentenza *Gauweiler* della CGUE, cfr. S. BARONCELLI, *The Gauweiler Judgment in View of the Case Law of the European Court of Justice on European Central Bank Independence*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 1/2016, pp. 79 ss. e C. ZILIOLO, *The ECB'S Powers and Institutional Role in the Financial Crisis. A Confirmation from the Court of Justice of the European Union*, *ivi*, pp. 171 ss.

mato, ad un Ministro delle finanze dell'Eurozona che potesse davvero coadiuvare le politiche non convenzionali di sostegno all'economia (cfr. *supra* § 1).

Tutto ciò ha indebolito ulteriormente la struttura dell'Unione europea che, da questo punto di vista, negli angusti margini di una *Stabilitätsgemeinschaft* (comunità di stabilità), al più può, specie dopo le modifiche che hanno introdotto il nuovo art. 136 III TFUE, sulla base di una rigorosa condizionalità e grazie all'intervento diretto degli Stati membri che restano sovrani sulla decisione di bilancio, coordinare delle politiche per arginare la crisi che vincolino gli Stati beneficiari a notevoli sacrifici e riforme e che non sfocino in strumenti solidaristici di condivisione della responsabilità propri solo di una *Solidargemeinschaft*¹⁷¹. In questo contesto, finché non si risolverà questa ambiguità che ha caratterizzato tutte le misure anticrisi, molte sono le questioni ancora aperte che possono ulteriormente divenire oggetto di articolate pronunce del *BVerfG* con il rischio di compromettere o rallentare ulteriormente la ripresa economica e la stabilizzazione dell'area euro¹⁷².

Quanto detto si collega naturalmente con il già richiamato dibattito sul doppio *deficit*, strutturale e istituzionale, che caratterizzerebbe l'Unione europea. Ma, d'altro canto, non può essere sottovalutato come lo sforzo del Tribunale costituzionale tedesco di rafforzare la democrazia rappresentativa a livello nazionale, in realtà, non è solo una reazione alla sfiducia verso i modi in cui operano a livello europeo gli assetti istituzionali. È qui, infatti, che si fonde la responsabilità intesa come autodeterminazione (*Selbstbestimmung*) – che dal *Maastricht Urteil* passando per il *Lissabon Urteil* fino alle decisioni più recenti è il tema ricorrente della difesa della sovranità popolare¹⁷³ – con le difficoltà di funzionamento interne che da tempo minacciano di indebolire gli assetti istituzionali tedeschi. In questa luce, la giurisprudenza richiamata rappresenta una reazione anche alla forte delegittimazione che il circuito decisionale della politica ha subito a partire dagli anni

¹⁷¹ Sul fatto che condizionalità e solidarietà siano tra loro irrelate e sulla contrapposizione tra *Stabilitätsgemeinschaft* e *Solidargemeinschaft* sia consentito il rinvio a F. SAITTO, *Economia e Stato costituzionale*, cit., spec. pp. 322 ss. e pp. 336 ss.

¹⁷² A titolo di esempio si possono indicare la possibilità di ammettere un eventuale taglio del debito per i paesi che hanno beneficiato di aiuti, gli sviluppi dei diversi pilastri dell'Unione bancaria, la prosecuzione del piano di *Quantitative easing* da parte della BCE.

¹⁷³ P. M. HUBER, *Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstrukturen in den internationalen Gemeinschaften – 50 Jahre nach*, cit., p. 127.

Settanta e Ottanta in Germania e ne costituisce occasione per un suo rafforzamento. Sin dal dibattito sulla *Verflechtung* (intreccio) delle competenze con riferimento al contesto federale¹⁷⁴, che diede vita alla polemica sulla necessità di una *Entflechtung* (disintreccio) che consentisse di individuare esattamente i responsabili delle politiche poste in essere, si è infatti cominciato a mettere in discussione la capacità della democrazia rappresentativa di essere effettivamente trasparente con riferimento all'imputabilità delle decisioni assunte¹⁷⁵. Ne sono un esempio quegli studi che, anche con riferimento alla stigmatizzazione di un eccessivo indebitamento accumulatosi nel corso degli anni Ottanta e in reazione a quella che fu definita negli anni Novanta la *Politikverdrossenheit* (disaffezione per la politica)¹⁷⁶, hanno invocato una maggiore partecipazione popolare diretta nelle scelte e hanno auspicato una sostanziale estromissione dei partiti dal circuito decisionale. Denunciando l'esistenza di una soltanto «fiktive Demokratie» (democrazia fittizia)¹⁷⁷ o financo di una «Demokratie ohne Volk» (democrazia senza popolo)¹⁷⁸ e infine l'utilità per le istituzioni di una «organisierte Unverantwortlichkeit» (irresponsabilità organizzata)¹⁷⁹, nonché invocando un ampliamento delle forme di partecipazione del corpo elettorale di fronte ad una politica inimputabile e ad un sistema di partiti inadeguato, si è così progressivamente e polemicamente messa in luce la necessità di lavorare a un possibile ripensamento dei termini e

¹⁷⁴ Cfr. F. W. SCHARPF, B. REISSERT, F. SCHNABEL, *Politikverflechtung. Theorie und Empirie des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik*, Regensburg, 1976.

¹⁷⁵ In merito P. M. HUBER, *Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen?*, in *Gutachten D zum 65. DJT, Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentages Bonn 2004*, München, 2004.

¹⁷⁶ Cfr. H. H. VON ARNIM, *Staat ohne Diener*, cit., 15. In merito anche H.-J. VOGEL, *Politikverdrossenheit. Enttäuschung und falsche Erwartung. Ein Beitrag zu einem aktuellen Thema*, in S. BRINK, H. A. WOLFF (a cura di), *Gemeinwohl und Verantwortung: Festschrift für Hans Herbert von Arnim zum 65. Geburtstag*, Berlin, 2004, pp. 505 ss. Ricollega alla richiamata disaffezione, vista come conseguenza della crisi dello stato sociale e del modo in cui si atteggia la «tensione tra l'ordine economico capitalistico e lo stato democratico di diritto» (p. 467), importanti considerazioni di sistema sul ruolo odierno che possono svolgere associazioni e movimenti A. HONNETH, *Il diritto della libertà. Lineamenti per un'eticità democratica* (2011), cit., pp. 468-469 (cfr. *supra* § 2).

¹⁷⁷ H. H. VON ARNIM, *Vom schönen Schein der Demokratie. Politik ohne Verantwortung – am Volk vorbei* (2000), cit., pp. 32 ss.

¹⁷⁸ H. H. VON ARNIM, *Demokratie ohne Volk*, München, 1993.

¹⁷⁹ H. H. VON ARNIM, *Die deutsche Krankheit: Organisierte Unverantwortlichkeit?*, Berlin, 2005.

delle condizioni di funzionamento della democrazia rappresentativa prima che altrove a livello nazionale.

Si può dunque sostenere che l'obiettivo di rafforzare i meccanismi di funzionamento della democrazia rappresentativa a livello nazionale possa paradossalmente beneficiare oggi delle debolezze degli assetti istituzionali dell'Unione europea e che proprio la risposta alla crisi della dimensione sovranazionale e al *deficit* democratico da essa generato, che avrebbe potuto ripercuotersi a livello nazionale aggravandone i tratti di malfunzionamento già presenti, appare invece l'occasione per risolvere vecchi nodi in gran parte ancora insoluti. È del resto a livello del *Bund* che, in un primo tempo, si afferma e poi si impone il tema di come risolvere un possibile *deficit* democratico in un contesto in cui la democrazia rischiava di finire per esautorare il popolo e il corpo elettorale dalla decisione¹⁸⁰. Risalendo più indietro nel tempo, ne sono testimonianza quegli studi di chi, così come il *BVerfG* ha di recente accusato i gruppi europei di non garantire alcuna alternanza e di non necessitare pertanto di alcuna norma a favore della stabilità degli esecutivi, aveva sottolineato come in Germania, anche in ragione della crescita dell'intervento pubblico e delle strutture del c.d. stato del benessere, fosse venuta meno qualsiasi reale alternativa politica¹⁸¹ in favore di un ampio consensualismo¹⁸².

Qui si inserisce il continuo richiamo al principio di imputabilità delle decisioni assunte. I concetti di trasparenza e responsabilità sono da tempo, infatti, strettamente connessi con una critica della democrazia rappresentativa in Germania e oggi, anche grazie alla crisi in Europa e al processo di integrazione sovranazionale, il *BVerfG* sembra aver trovato una chiave per rispondervi, traslando la polemica su un

¹⁸⁰ H. H. VON ARNIM, *Staat ohne Diener*, cit., p. 22

¹⁸¹ Cfr., già negli anni Sessanta, M. FRIEDRICH, *Opposition ohne Alternative?*, Köln, 1962; ma anche O. KIRCHHEIMER, *The Vanishing Opposition*, in R. A. DAHL (a cura di), *Political oppositions in Western democracies*, New Heaven, London, 1966-1968, pp. 237 ss., spec. pp. 241 ss. di fatto sottolineava il rilievo della progressiva convergenza tra i programmi dei vari partiti, specie SPD e CDU, dell'arco costituzionale, in particolar modo in materia economica, in ragione dell'affermarsi dei principi del *welfare state* come contrappeso di una libera economia di mercato, e in politica estera (pp. 245-247).

¹⁸² Più di recente sulla classificazione della forma di governo tedesca e i suoi problemi cfr. F. DECKER, *Konstitutionelles versus parteiendemokratisches Parlamentarismusverständnis? Bemerkungen zu einer überholten Dichotomie*, in S. BRINK, H. A. WOLFF (a cura di), *Gemeinwohl und Verantwortung: Festschrift für Hans Herbert von Arnim zum 65. Geburtstag*, cit., pp. 533 ss., spec. pp. 547 ss.

piano più alto. Svolgendo, come si diceva in apertura, un ruolo di catalizzatore, ma anche in parte di neutralizzazione, di istanze “contro-democratiche”, il Tribunale, del resto, lungi dall’accogliere quelle tesi che volevano un superamento del sistema dei partiti o che predicavano un’espansione degli strumenti di democrazia diretta, riesce a ridare spazio a gruppi di opposizione, altrimenti schiacciati dal rapporto maggioranza-Governo, e ai singoli cittadini elettori, altrimenti attivi solo al momento di consultazioni elettorali o, su un piano teorico, costretti ad un’alternativa netta nell’ambito di procedimenti referendari, preservando la complessità del dibattito e della discussione parlamentare senza rinunciare ad un controllo permanente sugli organi costituzionali. Si riesce così anche ad ottenere un altro risultato che è rappresentato da una piena istituzionalizzazione del ruolo di controllo che la società civile può svolgere direttamente o per il tramite dei partiti politici¹⁸³. Il decisivo rilievo politico di questi sviluppi non scuote il Tribunale costituzionale nemmeno di fronte ai costi alti per il processo di integrazione. Come accennato, nella dottrina tedesca, per quanto si siano levate alcune voci critiche in merito, è del resto piuttosto condivisa l’idea che l’alto tasso di politicizzazione delle decisioni del *BVerfG* sia un tratto caratterizzante la storia della giustizia costituzionale tedesca¹⁸⁴.

Merita in questa prospettiva un cenno, in chiusura, il rilievo che va assumendo il variegato principio di responsabilità, le cui applicazioni spaziano in molti ambiti, superando un livello etico-morale, spingendosi su un piano politico per ripercuotersi, in alcuni casi, a livello giuridico e prescrittivo. Il richiamo alla responsabilità, del resto, torna ormai con grande frequenza nelle pronunce del *BVerfG* e pare potenzialmente precludere a ulteriori sviluppi. È stata messa in luce, in proposito, la peculiare natura del principio di responsabilità, fondata su un generico dovere verso il futuro, che presuppone un “da farsi”, e che

¹⁸³ Non è certo necessario qui richiamare il rilievo decisivo dei partiti nell’ordinamento costituzionale tedesco che, specie nelle prime fasi, molto ha risentito delle teorie di Leibholz, per quanto di recente qualche segnale sembri ulteriormente problematizzare il loro rilievo specie nei procedimenti per *Organstreit* (cfr. *BVerfG* 2 BvE 4/12 del 15 luglio 2015, Rn. 56 ss.). Cfr. almeno M. MORLOK, *Artikel 21 [Parteien]*, in H. DREIER (a cura di), *Grundgesetz Kommentar, Band II*, Tübingen, 1998, pp. 248 ss. e P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2011, *passim*.

¹⁸⁴ Cfr. *supra* nt. 42-44 e testo.

va oltre l'idea di situazioni giuridiche fondate sulla reciprocità¹⁸⁵. Ma contestualmente, specie con riferimento ai progressi della tecnica, si è da tempo cercato di evidenziarne le implicazioni giuridiche, in gran parte declinandole proprio come obblighi di protezione in capo allo Stato¹⁸⁶. La responsabilità come principio dello stato (*Staatsprinzip*)¹⁸⁷, in particolare, capace di generare obblighi di protezione e di creare specularmente, sia pur in misura variabile e non sempre pienamente definita, delle pretese in capo ai singoli, è pertanto alla base della fortuna che questo concetto sta riscuotendo, apparentemente in grado anche di superare la potenziale dimensione programmatica di alcune norme, come per esempio quella dell'art. 20a GG che, focalizzata sulla difesa della vita e degli animali, lega il concetto di responsabilità alla protezione delle generazioni future. Se, infatti, la qualificazione della responsabilità come *Staatsprinzip* consente di determinare una dimensione oggettiva e istituzionale che non necessariamente permette di delineare un diritto soggettivo direttamente esigibile a un fare specifico, si possono comunque individuare degli spazi che fondino la necessaria legittimazione del Tribunale ad intervenire per garantire l'effettività del principio per cui sia sempre possibile controllare il processo decisionale¹⁸⁸. Questo passaggio, infatti, consente di vigilare sul soggetto imputabile della decisione intrapresa senza sostituirsi ad esso. Si riesce così a dare un rilievo giuridico evidente alla responsabilità anche in quel contesto che storicamente si è sempre ritenuto di rilievo eminentemente politico, ovvero il legame fiduciario tra Governo e Parlamento, indicando pratiche implicazioni e soluzioni giuridiche al fatto che, se il Governo è responsabile di fronte al Parlamento, le frazioni e i deputati sono a loro volta direttamente responsabili di fronte al corpo elettorale¹⁸⁹. Superando, così, una dimensione

¹⁸⁵ H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica* (1979), Torino, 2009, pp. 49 ss. e pp. 115 ss.

¹⁸⁶ Cfr. D. MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, Berlin, 1985, spec. pp. 39 ss. e pp. 90 ss.

¹⁸⁷ P. SALADIN, *Verantwortung als Staatsprinzip*, Bern und Stuttgart, 1984, spec. pp. 26 ss. e pp. 40 ss.

¹⁸⁸ Sul progressivo tendere, da parte del Tribunale, verso un controllo sulla correttezza delle procedure seguite, cfr. di recente anche M. HAILBRONNER, *Traditions and Transformations. The Rise of German Constitutionalism*, cit., pp. 145 ss., con specifica attenzione al caso *Hartz IV*.

¹⁸⁹ Rifletteva su questi temi D. MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, cit., pp. 55 ss.

meramente speculativa o più specificatamente politica, il concetto di responsabilità finisce per racchiudere in sé una forte carica prescrittiva rappresentando uno strumento di difesa anche per le prerogative dei *Bundestag* futuri, la cui capacità decisionale, presupposto dell'imputabilità delle scelte intraprese, deve rimanere integra. È in questo senso emblematico il collegamento tra principio di responsabilità, tutela delle generazioni future e auto-vincolo della decisione parlamentare con riferimento alla possibilità di creare nuovo debito per finanziare la spesa pubblica a garanzia del corretto funzionamento della democrazia parlamentare¹⁹⁰.

In sintesi, la responsabilità, sempre sospesa tra obbligo e libertà¹⁹¹, è pertanto un concetto che in sé somma spazi di discrezionalità e comportamenti doverosi, inglobando non solo la libertà nel predisporre l'azione, ma anche il corollario del "render conto" del proprio operato¹⁹². Del resto, la responsabilità, atteggiandosi a cartina di tornasole del funzionamento della democrazia rappresentativa, si può apprezzare solo su competenze concrete e per compiti specifici¹⁹³ e, da questo punto di vista, in quanto «Kommunikationsbegriff» (concetto relazionale), è in grado di collegare tra loro posizioni giuridiche disomogenee che possono comunque far sorgere delle pretese tutelabili in sede giurisdizionale. È in questo senso che il ricorso alla responsabilità è perfettamente compatibile con la teoria per cui l'*Integrationsverantwortung* darebbe vita a uno specifico obbligo di protezione che, sia pur collegato, non coincide con il diritto di voto inteso in senso soggettivo, ma che piuttosto incombe, indeterminato nel *quomodo* doveroso nell'*an*, sul soggetto che ha la responsabilità di dare seguito agli specifici contenuti del programma per l'integrazione. Del resto, in po-

¹⁹⁰ Sul punto cfr. BVerfG 2 BvR 1390/12 del 12 settembre 2012, Rn. 120. In merito, sia anche consentito il rinvio a F. SAITTO, *Economia e Stato costituzionale*, cit., p. 190 e pp. 205 ss.

¹⁹¹ Cfr. J. H. KLEMENT, *Verantwortung*, Tübingen, 2006, pp. 261-262; pp. 409 ss.; in merito, anche K. STEIN, *Die Verantwortlichkeit politischer Akteure*, Tübingen, 2009.

¹⁹² Sui profili teorico-filosofici G. PICHT, *Der Begriff Verantwortung*, in ID., *Wahrheit, Vernunft, Verantwortung: philosophische Studien*, Stuttgart, 1969, pp. 318 ss.; per il concetto di *Verantwortung* come principio dello stato di diritto P. SALADIN, *Verantwortung als Staatsprinzip*, cit., pp. 34 ss.

¹⁹³ P. SALADIN, *Verantwortung als Staatsprinzip*, cit., p. 31. Di recente riflettono sui risvolti della responsabilità M. VERGANI, *Responsabilità. Rispondere di sé, rispondere dell'altro*, Milano, 2015 e V. FRANCO, *Responsabilità. Figure e metamorfosi di un concetto*, Roma, 2015.

litica, responsabilità e controllo sono due concetti che operano congiuntamente¹⁹⁴. E, nella giurisprudenza in materia europea, la responsabilità propria (*Eigenverantwortung*) dei cittadini si salda a questo binomio, divenendone strumento di garanzia tramite la partecipazione attiva del corpo elettorale ai processi decisionali¹⁹⁵. Il Tribunale, così, valorizza il ruolo delle opposizioni sino in fondo, facendo operare sinergicamente sia il livello parlamentare sia i moti che si sollevano nello spazio pubblico¹⁹⁶, dando vigore alle loro potenzialità “controdemocratiche” e ponendosi, saldamente ancorato alla primazia della rappresentanza e alla dimensione nazionale della decisione politica, in modo affatto alternativo alle dinamiche della postdemocrazia¹⁹⁷.

Lo scenario descritto, tuttavia, non è certo privo di implicazioni di grande criticità se, come è stato sostenuto, «posta di fronte al dilemma tra la rinuncia a un'integrazione politica che vada oltre lo statonazione [...] e puntare sulla creazione di relazioni solidali in Europa [...], finora la maggioranza degli Stati europei ha scelto la prima delle due alternative», lasciando così «aperta solo la strada per un'integrazione negativa della comunità europea, atta esclusivamente a consentire liberi scambi economici» e, però, potenzialmente in grado di pregiudicare qualunque possibilità di «una reintegrazione del mercato nello stato sociale»¹⁹⁸. E allora, in questa prospettiva, quanto

¹⁹⁴ Lo mette in rilievo U. SCHEUNER, *Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung*, in T. RITTERSPRACH, W. GEIGER (a cura di), *Festschrift für Gebhard Müller*, Tübingen, 1970, pp. 379 ss., spec. p. 390.

¹⁹⁵ Ciò ha rappresentato uno degli obiettivi del lavoro di von Arnim come riporta, collegando il tema con quello dei doveri costituzionali, J. ZIEKOW, *Eigenverantwortung als Verfassungsprinzip*, in S. BRINK, H. A. WOLFF (a cura di), *Gemeinwohl und Verantwortung: Festschrift für Hans Herbert von Arnim zum 65. Geburtstag*, cit., pp. 189 ss. e negli ultimi anni la *Bürgerverantwortung* è stata anche al centro della *Tagung* degli *Staatsrechtslehrer* del 1995 dal titolo *Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat* (ora in *VVDStRL*, 1996).

¹⁹⁶ In parte rispondendo alla preoccupata domanda che poneva O. KIRCHHEIMER, *The Vanishing Opposition*, cit., p. 257 quando si chiedeva, in un sistema che favoriva una opposizione istituzionale da svolgersi nell'ambito di ben definiti canali partitici e parlamentari e sottoposta a specifici vincoli valoriali, «to what extent does the German political system allow for legal opposition outside parliamentary and party channels?» (p. 257). Riflettevano sulle trasformazioni della democrazia rappresentativa anche H.-D. KLINGEMANN, D. FUCHS (a cura di), *Citizens and the State*, Oxford, 1995.

¹⁹⁷ P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia* (2006), cit., p. 187.

¹⁹⁸ A. HONNETH, *Il diritto della libertà. Lineamenti per un'eticità democratica* (2011), cit., pp. 471-472.

l'equilibrio descritto sia non solo compatibile con un futuro processo di integrazione europea sempre più stretto ma anche realmente funzionale a rispondere alle antiche ed irrisolte contraddizioni dello stato sociale nazionale sembra imporsi davvero come la domanda cruciale.

AI CONFINI DI SCHENGEN LA CRISI DELL'UNIONE EUROPEA TRA "SISTEMA HOTSPOT" E BREXIT

di Antonello Ciervo

SOMMARIO: 1. *Prologo: Melilla. Il confine terrestre*; - 2. *Lampedusa. "Punti di crisi"*; - 3. *Atene. L'accordo che non c'è*; - 4. *Belfast. L'Europa "à la carte"*; - 5. *Per concludere: Calais come Khartum, ovvero il "doppio movimento" europeo.*

*«A wall is a very big weapon.
It's one of the nastiest things
you can hit someone with».*

BANSKY

1. Prologo: Melilla. Il confine terrestre

La barriera è lunga 12 chilometri ed alta 3 metri, sebbene nel corso dei prossimi anni un progetto finanziato dall'agenzia "Frontex" dovrebbe renderla alta almeno il doppio: alla sommità, vi è un filo spinato che non si interrompe mai lungo tutto il suo perimetro; in basso, invece, sono stati impiantati cavi di acciaio che connettono una rete di sensori acustici e visivi tra di loro e li collegano ai posti di vigilanza che si alternano ad un paio di centinaia di metri di distanza gli uni dagli altri.

Di notte la barriera viene illuminata in maniera uniforme da lampioni ad alta luminosità, mentre un sistema di telecamere a circuito chiuso controlla tutto il tracciato. Tra il 2010 ed il 2014, l'allora Commissario europeo per gli affari interni, Cecilia Malmström, ne finanziò la realizzazione integrale, con fondi provenienti direttamente dal bilancio dell'UE per un importo pari a 30 milioni di Euro (somma che includeva la costruzione di una barriera identica, seppur di dimensioni minori, anche a Ceuta).

Ma questa barriera in acciaio, della lunghezza di 12 chilometri, che segna il confine tra l'*enclave* spagnola di Melilla ed il Marocco, non è soltanto un lungo serpente di filo spinato che attraversa il deserto: in

alcuni punti, infatti, a ridosso del centro abitato, si trasforma in un vero e proprio muro. I muri della dogana di Melilla, del resto, sono i più antichi d'Europa, essendo stati costruiti alla fine del XV secolo – da quando cioè la città venne conquistata dalla Corona spagnola, il 17 settembre 1497.

Ed è proprio su uno di questi antichi muri doganali che, nel corso dell'aprile del 2012, il *writer* italiano, noto con lo pseudonimo di Blu, ha dipinto forse uno dei suoi murali più belli, capace di rappresentare in maniera icastica ed efficace – come soltanto gli artisti sono in grado di fare – la crisi politica causata dall'afflusso massiccio di migranti africani e medio-orientali sul territorio europeo.

Su tutta la facciata del muro, Blu dipinge la bandiera europea, con le dodici stelle gialle su sfondo azzurro, ma – per così dire – mutandone radicalmente i connotati: al posto delle dodici stelle, infatti, simbolo dei Paesi fondatori della Comunità Economica Europea, ci sono dodici speroni di metallo attraversati da una enorme catena di acciaio. Attorno alla circonferenza, ammassati gli uni sugli altri, l'artista rappresenta in maniera stilizzata migliaia di persone – uomini, donne, vecchi e bambini –, tutti protesi lungo i confini del cerchio, impotenti innanzi ad esso ed in attesa, quasi come in un racconto kafkiano, che qualcuno li faccia entrare.

Efficacemente, la bandiera simbolo del Vecchio Continente – finalmente unito, dopo le sanguinose divisioni del “secolo breve” – viene ridisegnata per denunciare il mutamento in atto dell'Europa che, da spazio aperto alla libera circolazione delle persone, si sta trasformando in uno spazio vuoto e chiuso, isolato dal resto del mondo, una fortezza invalicabile, fatta di catene di acciaio, speroni e filo spinato. Il murale, insomma, è una denuncia del tradimento, consumato da chi governa oggi l'Unione, di quell'idea di “società aperta” che era stata il fondamento del processo di integrazione comunitaria, un processo volto a superare quei muri che, per troppo tempo, avevano materialmente separato i popoli europei tra loro¹.

¹ Questa rappresentazione del processo di unificazione europeo, aperto ed “integrazionista”, nel solco della lezione costituzionale di Rudolf Smend – e filosofica di Karl Popper e Jurgen Habermas –, era stata rielaborata alla fine del secolo scorso da P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Berlin, 1998. In questa, come in molte delle opere del grande giurista tedesco, il processo politico-istituzionale di creazione dell'UE veniva definito come un “processo pubblico” di apertura della società civile al paradigma teorico dello “Stato costituzionale”. Al riguardo, si veda P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, a cura di



Non deve meravigliare allora se, il 9 aprile 2015, il Consiglio d'Europa abbia denunciato la Spagna per le c. d. “*devoluciones en caliente*” – per i respingimenti cioè indiscriminati dei migranti che cercavano di superare la barriera di Melilla –, perché in aperta violazione non soltanto del divieto di *non-refoulement* stabilito dalla Convenzione di Ginevra del 1951, ma anche dell'art. 3 CEDU²: i respingimenti, infatti, avvengono sul territorio marocchino ed il Marocco non può certo considerarsi un Paese terzo sicuro, in grado cioè di garantire uno *standard* qualitativamente identico alla Spagna, per quanto concerne la tutela dei Diritti fondamentali dei richiedenti protezione internazionale³.

Tuttavia, la prassi dei respingimenti collettivi nei confronti dei richiedenti asilo da parte di alcuni Stati europei⁴ verso Paesi terzi non rispettosi degli *standard* di tutela dei Diritti fondamentali, non deve essere considerata come l'ultima frontiera delle politiche di repressione del massiccio fenomeno migratorio che sta caratterizzando la storia recente dell'Unione.

Nel corso dell'ultimo anno, infatti, il tema della gestione dei confini e della *governance* del sistema di asilo è stata al centro dell'azione politica delle istituzioni europee, in particolar modo della Commissione, registrando una compressione sensibile delle tutele giuridiche dei

L. LANFRANCHI e con una postfazione di A. A. CERVATI, Roma, 2005.

² Per una ricostruzione, in chiave storica, del divieto di *non-refoulement* nel diritto internazionale moderno e contemporaneo, si veda, per tutti, F. MASTROMARTINO, *Il diritto d'asilo. Teoria e storia di un istituto giuridico controverso*, Torino, 2012, in particolare pp. 237 ss.; più specificamente sul punto cfr. A. GIANELLI, *Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement*, in *Rivista di Diritto internazionale*, 2008, pp. 449 ss.

³ Il report con cui il Consiglio d'Europa analizza la prassi dei respingimenti in territorio marocchino da parte della polizia iberica, censurandone l'operato e denunciandone l'illegittimità, è reperibile al seguente URL: <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2015-19-inf-eng.pdf>.

⁴ Come è noto, l'Italia è stata condannata dalla Corte di Strasburgo, per una prassi illegittima simile a quella spagnola, con la sentenza *Hirsi e altri della Grande Chambre* del 23 febbraio 2012. Per una ricostruzione delle vicende oggetto del giudizio, si vedano M. BENVENUTI, *Un diritto in alto mare. Riflessioni critiche di diritto costituzionale sui recenti respingimenti in mare di potenziali richiedenti asilo verso la Libia da parte dell'Italia*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2009; A. TERRASI, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2009, pp. 596 ss.; se si vuole, cfr. anche A. CIERVO, *La governance italiana dell'immigrazione alla prova della Corte di Strasburgo. Un percorso giurisprudenziale a partire dall'art. 3 della CEDU*, in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, garanzie ed evoluzioni dei sistemi di protezione. Quaderni della ricerca diritti-cedu.unipg.it*, e-book, Perugia, 2016, pp. 290 ss.

richiedenti asilo, tutele che se fino a pochi anni fa sembravano assolutamente consolidate – in quanto frutto di una tradizione costituzionale comune a tutti i Paesi membri dell’Unione⁵ –, oggi, invece, vengono messe radicalmente in discussione.

Questa tendenza sembra essere incoraggiata anche da un’opinione pubblica favorevole alla chiusura delle frontiere (interne oltre che esterne) dell’Unione, forse perché esasperata – se non addirittura spaventata – dalla presenza di un così alto numero di cittadini extracomunitari nei singoli territori nazionali, una presenza che i *mass-media* non esitano ad enfatizzare, declinandola soprattutto in una prospettiva securitaria, non appena i fatti di cronaca ne offrano l’occasione.

Anche il recente referendum sulla fuoriuscita del Regno Unito dall’UE, la c. d. “*Brexit*”, deve essere letto in questa prospettiva, non soltanto quindi in ragione della diffidenza che, da sempre, istituzioni e cittadini britannici hanno nutrito nei confronti dell’Unione⁶, ma soprattutto per il ruolo importante che ha giocato, nella pubblica opinione di questo (ormai ex) Stato membro, il rischio di una possibile insostenibilità del proprio *Welfare* nazionale, a causa dell’esponentiale aumento di cittadini comunitari trasferitisi in territorio britannico nel corso dell’ultimo decennio e che, sulla base della normativa europea, reclamavano il diritto di accedere ai servizi sociali senza discriminazioni.

Nel corso delle prossime pagine verranno analizzate le paradossali conseguenze – sia dal punto di vista istituzionale, sia dal punto di vista squisitamente giuridico – del voto referendario britannico, il cui esito può senz’altro essere considerato come un passaggio giuridico epocale per la UE. Al di là delle contingenti valutazioni politiche, infatti, la *Brexit* ha sancito la crisi definitiva di uno dei trattati simbolo

⁵ Come sottolinea G. BRUNELLI, *Articolo 18. Diritto di asilo*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L’Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Bologna, 2001, pp. 154-155. Inoltre, evidenzia la studiosa, alla nozione di “rifugiato” – che discende dalla Convenzione di Ginevra – è comunque riconducibile un diritto d’asilo particolare, disciplinato da norme interne in tutti i Paesi membri dell’Unione.

⁶ Per approfondimenti, cfr. A. TORRE, *Regno Unito*, Bologna, 2013, in particolare il capitolo XI, che ricostruisce i rapporti giuridico-istituzionali, in chiave diacronico-comparativa, tra Regno Unito ed Unione Europea; ma sul punto si veda anche P. CRAIG, *Britain in the European Union*, in J. JOWELL, D. OLIVER, C. O’CINNEIDE (eds.), *The Changing Constitution*, Oxford, 2007, pp. 92 ss.

dell'Europa e cioè il Trattato di Schengen che, al momento della sua entrata in vigore, era stato considerato come una nuova frontiera – ci sia consentito il gioco di parole – nei rapporti tra Stati e cittadini comunitari, un nuovo strumento giuridico che avrebbe potuto abbattere i confini nazionali del Vecchio Continente per creare un nuovo ordine giuridico, finalmente federalista e post-westfaliano⁷.

In verità, il Trattato di Schengen è stato, anche da parte della dottrina giuridica, molto spesso evocato ed apprezzato ma ben poco approfondito, visto che i controlli alle frontiere interne dell'Unione sono stati sostanzialmente ripristinati e molti Stati membri hanno sospeso, quanto meno nel corso degli ultimi 12 mesi, l'efficacia del Trattato che, ciò nonostante, risulta formalmente ancora in vigore⁸.

L'obiettivo di questo saggio è provare a tracciare una mappatura delle misure giuridiche adottate dall'Unione Europea nel corso del biennio 2015/2016, al fine di far fronte alla grave emergenza umanitaria in atto nel Mediterraneo, oltre che verificare gli effetti concreti della *governance* europea alla luce della *Brexit* che deve essere intesa anche come una diretta conseguenza della incapacità delle istituzioni europee nella gestione dei flussi migratori interni all'Unione.

Al riguardo, le prime analisi della dottrina giuridica si sono dedicate – trascinate dall'emotività del momento storico, emotività che forse non è stata in grado di cedere il passo alla pur necessaria riflessione

⁷ Questa la tesi di J. HABERMAS, *Perché l'Europa ha bisogno di una Costituzione?*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2003, pp. 95 ss. Ma più di recente, sempre dello stesso autore, si veda ID., *Questa Europa è in crisi*, Roma-Bari, 2013, dove l'autorevole filosofo tedesco, a distanza di un decennio dal suo precedente scritto in materia, ha preso definitivamente atto del fallimento di questa prospettiva. Da ultimo, per una critica delle posizioni habermasiane e per un rilancio "costituyente" del processo europeo, si veda E. Balibar, *Crisi e fine dell'Europa*, Torino, 2016, in particolare il capitolo XI, intitolato «*Pseudofederalismo e momento costituyente*».

⁸ Ai sensi del combinato disposto degli artt. 23 e 26 del Regolamento n. 562/2006, il c. d. "Codice Frontiere Schengen", infatti, è possibile una sospensione del Trattato con conseguente ripristino del controllo delle frontiere interne, per un periodo di tempo definito, prorogabile ogni 30 giorni. Ad oggi, fine ottobre 2016, gli Stati che hanno sospeso Schengen e riattivato i controlli alle frontiere interne, a causa del massiccio afflusso di migranti extra-comunitari, sono la Francia (anche a seguito degli attentati terroristici dell'ultimo anno), la Danimarca, la Svezia, l'Austria, la Germania e la Norvegia (quest'ultima, tuttavia, ha ripristinato i controlli alle frontiere soltanto all'ingresso, ossia al confine con la Danimarca, la Svezia e la Norvegia).

teorica rispetto a quanto accaduto⁹ – a prospettare il collasso politico del Regno Unito, in ragione del voto espresso dai cittadini scozzesi al referendum (anche alla luce delle forti spinte indipendentiste, sino ad ora tuttavia mai concretizzatesi, da parte della Scozia), non tenendo nella dovuta considerazione, invece, il difficile rompicapo giuridico che, a causa della *Brexit*, si sta aprendo in Irlanda del Nord.

2. Lampedusa. “Punti di crisi”

La principale risposta giuridica che le istituzioni europee hanno approntato per far fronte all'emergenza umanitaria in atto nel Mediterraneo consiste nella creazione del c. d. “sistema hotspot”, da intendersi come un nuovo modello di *governance* nella gestione dei flussi migratori, oltre che come misura di contenimento dei flussi massicci di rifugiati che stanno mettendo sotto pressione le frontiere esterne dell'Unione.

Il meccanismo di accoglienza delineato da questo “sistema”, tuttavia, presenta non poche criticità, soprattutto per quanto concerne la compatibilità con le garanzie costituzionali (a partire, innanzitutto, dall'articolo 13 della Costituzione italiana) delle decisioni prese dalla Commissione. Si consideri, ad esempio, il fatto che le stesse istituzioni europee abbiano in più di una circostanza sollecitato il Governo italiano ad identificare tutti i migranti presenti all'interno dei centri “hotspot”, invitando ad impiegare anche la forza fisica pur di vincere le resistenze di quegli stranieri che rifiutano di farsi identificare, nonché al fine di impedire ai migranti di allontanarsi dai luoghi di accoglienza¹⁰.

Ma andiamo con ordine: il 13 maggio 2015, la Commissione europea ha pubblicato la nuova “Agenda europea sulla migrazione”¹¹, il

⁹ Per questo atteggiamento, per così dire, impulsivo della dottrina italiana, si veda il recente saggio di M. GOLDONI, G. MARTINICO, *Il ritiro della marea? Alcune considerazioni giuridico-costituzionali sul c. d. Brexit*, in *www.federalismi.it*, n. 18, 21. 09. 2016.

¹⁰ Si rinvia, per una prima denuncia della prassi attuativa del “sistema hotspot” da parte delle Autorità di pubblica sicurezza italiane, al report di *Amnesty International*, “*Hotspot Italia. Come le politiche dell'Unione Europea portano a violazioni dei diritti dei rifugiati e dei migranti*” (reperibile al seguente URL: <http://www.amnesty.it/ue-chiede-a-italia-di-usare-la-mano-dura-su-migranti-e-rifugiati-risultato-pestaggi-ed-espulsioni-illegali>).

¹¹ Il testo dell'Agenda (che altro non è che una Comunicazione della Commissione al Parlamento, al Consiglio, al Comitato delle Regioni e al Comitato economico e sociale eu-

cui obiettivo consiste nell'orientare le politiche migratorie dei singoli Stati membri dell'Unione, al fine di porre in essere una serie di azioni istituzionali (amministrative e di polizia), volte a dare immediata soluzione alla grave crisi dei profughi nell'area mediterranea. Fra le azioni proposte, oltre al potenziamento delle operazioni navali per intercettare le barche di migranti nelle acque internazionali, all'attuazione del sistema di emergenza previsto all'art. 78, paragrafo terzo del TFUE¹² e ad una serie di misure economiche a favore di alcuni Paesi africani, si prevedeva anche la creazione di un nuovo metodo di identificazione dei migranti sbarcati sul territorio europeo, basato sui c. d. "punti di crisi" ("hotspot", per l'appunto).

In questi "punti di crisi", ad avviso della Commissione, l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO), Frontex ed Europol avrebbero dovuto fornire il proprio supporto logistico a quegli Stati membri – l'Italia e la Grecia *in primis* – destinatari di un flusso migratorio straordinario, al fine di porre in essere il più rapidamente possibile le operazioni di identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte digitali dei migranti in arrivo, con l'obiettivo poi di distinguere coloro che fossero giunti sul territorio europeo per richiedere protezione internazionale da quanti, invece, non avessero voluto avvalersi di questo diritto internazionalmente riconosciuto.

A seguito del Consiglio europeo del 25 e 26 giugno 2015, la Commissione ha inviato agli Stati membri interessati – in particolare l'Italia, la Grecia, ma anche la Croazia – una "tabella di marcia" (la c. d. "Roadmap") per definire le procedure amministrative di attuazione

ropeo) è reperibile al seguente URL: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/communication_on_the_european_agenda_on_migration_it.pdf.

Per una prima analisi dell'Agenda europea da parte della dottrina, si veda S. Amadeo, *Immigrazione nel Mediterraneo: l'agenda europea*, in AA. VV., *Il libro dell'anno del diritto 2016*, Roma, 2016, pp. 767 ss.

¹² La disposizione citata prevede che «Qualora uno o più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati. Esso delibera previa consultazione del Parlamento europeo». Per un puntuale commento di questa disposizione del Trattato da parte della dottrina, si veda, per tutti, A. ADINOLFI, *Articolo 78*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, Padova, 2014, pp. 480 ss. Una prima attuazione del terzo paragrafo dell'art. 78 TFUE si è avuta con la Decisione n. 1523/2015, che istituisce un sistema di ricollocazione dei richiedenti asilo a sostegno dell'Italia e della Grecia, come si avrà modo di approfondire *infra* nel testo.

dell'Agenda: la “Roadmap” è stata poi “recepita” all'interno del nostro ordinamento giuridico, con un allegato alla Circolare del Ministero dell'Interno del 6 ottobre 2015, indirizzata a tutti i Prefetti italiani, oltre che al Capo della Polizia.

Nella Circolare ministeriale in questione è possibile leggere come i centri “hotspot” (più moderatamente definiti dal Ministero dell'Interno “aree di sbarco attrezzate”¹³) siano stati istituiti al solo fine di «... assicurare le operazioni di soccorso, prima assistenza, registrazione e foto-segnalamento di tutti i migranti» che giungeranno nelle acque e/o sulle coste italiane. All'interno degli “hotspot”, come sottolinea la Circolare del Ministero dell'Interno, possono verificarsi tre ipotesi operative:

- a) le persone che giungeranno in queste aree di sbarco, potranno manifestare la volontà di richiedere protezione internazionale e, pertanto, a seguito della formalizzazione della richiesta, dovranno essere trasferite in centri ministeriali appositamente dedicati a questa tipologia di richiedenti (i c. d. centri “SPRAR”);
- b) le persone provenienti da uno dei Paesi il cui tasso di riconoscimento della protezione internazionale, ai sensi delle statistiche Eurostat, sia pari o superiore al 75 % (ossia la Siria, l'Iraq e l'Eritrea), dopo la formalizzazione della domanda di asilo, oltre ad essere trasferite in centri ministeriali appositamente dedicati ad essi, potranno accedere al programma di “relocation” in un altro Stato membro dell'Unione¹⁴;

¹³ Queste “aree di sbarco attrezzate” – si specifica nel testo – sono state allestite nei porti di Pozzallo (per un numero massimo di 300 posti), Porto Empedocle (300 posti), Trapani (400 posti) e sull'isola di Lampedusa (500 posti), con quartier generale a Catania – per un totale massimo di capienza pari a 1.500 persone –, anche in ragione della presenza, in questi luoghi, di centri di prima accoglienza e soccorso per richiedenti asilo (d'ora in avanti CPSA). Entro la fine del 2015, il Ministero si impegnava ad istituire altri due centri di sbarco, quello di Augusta (con una capienza massima di 300 posti) e quello di Taranto (la cui capienza dichiarata sarebbe di 400 posti).

¹⁴ La Decisione n. 2015/1523 ha istituito un meccanismo di ricollocazione temporanea ed eccezionale, per un periodo di tempo pari a due anni, di 40.000 richiedenti asilo con evidente bisogno di protezione internazionale, di cui 24.000 provenienti dall'Italia e 16.000 dalla Grecia. Come proposto dalla Commissione europea, pertanto, è stato attivato il sistema di risposta di emergenza previsto dall'articolo 78, paragrafo 3 TFUE, attraverso un meccanismo temporaneo per la distribuzione delle persone con evidente bisogno di protezione internazionale, al fine di garantire la partecipazione «*equa ed equilibrata di tutti gli Stati membri allo sforzo comune*» di far fronte all'emergenza umanitaria in atto nel Mediterraneo.

- c) coloro che, invece, non formalizzeranno la domanda di protezione internazionale, saranno presi in carico dalle forze di polizia competenti, al fine di essere sottoposti agli ulteriori accertamenti previsti dalla normativa interna e, di fatto, verranno considerati come migranti economici irregolarmente presenti sul territorio italiano (e, anche se la Circolare non lo dice espressamente, saranno rinchiusi in un Centro di Identificazione ed Espulsione, per poi essere rimpatriati nel più breve tempo possibile).

Questa procedura, secondo la “*Roadmap*”, dovrebbe esaurirsi – per ciascuna persona che giungerà all’interno dei centri sopra indicati – entro 48 ore al massimo dal momento dello sbarco. In questo lasso di tempo – che è indubbiamente assai breve, qualora dovessero verificarsi flussi consistenti di migranti, come quasi quotidianamente ormai accade in Italia –, ogni straniero dovrà comunque essere sottoposto ad operazioni di *screening* sanitario, ad una non meglio definita “pre-identificazione”, oltre che alla registrazione ed al foto-segnalamento eventuale per ingresso illegale sul territorio nazionale (evidentemente, sempre e soltanto nell’ipotesi in cui il migrante non abbia deciso di avanzare domanda di protezione internazionale).

A pagina 3 della “*Roadmap*”, inoltre, è possibile leggere come quest’ultima «... *sia stata altresì concepita secondo i testi dei regolamenti che recepiscono le direttive europee (D. Lgs. 18 agosto 2015, n. 142) in materia di procedure di asilo e accoglienza, pubblicato sulla Gazzetta ufficiale il 15 settembre 2015*».

Si può desumere da questo passaggio, pertanto, quand’anche ce ne fosse bisogno, come la versione italiana del documento ufficiale della Commissione non sia stata recepita nel nostro ordinamento giuridico ai sensi di legge, ma – per l’appunto – mediante un semplice allegato alla Circolare ministeriale in oggetto, tenendo conto della legislazione vigente in materia.

Dalla lettura della “*Roadmap*”, infine, è possibile rilevare come, all’interno di questi centri, tutti i migranti saranno sottoposti ad un obbligo identificativo alla presenza sia del personale di pubblica sicurezza italiana, sia dei delegati dell’EASO, un obbligo questo che varrà a prescindere sia dal consenso, manifestato o meno, degli stranieri stessi, sia dal fatto che questi ultimi abbiano chiesto – o vogliano comunque richiedere – protezione internazionale nel nostro Paese.

Al riguardo è opportuno evidenziare come, successivamente all'emanazione della Circolare del Ministero dell'Interno – e precisamente il 10 dicembre 2015 –, la Commissione europea abbia aperto otto procedimenti di infrazione per mancato recepimento e attuazione delle Direttive che definiscono il sistema europeo comune di asilo. In particolare, la Commissione ha invitato Grecia, Croazia ed Italia ad attuare correttamente il Regolamento “Eurodac”¹⁵ che dispone l'effettivo rilevamento delle impronte digitali dei richiedenti asilo, oltre alla trasmissione dei dati al sistema centrale europeo entro 72 ore dall'identificazione del migrante, al fine di un corretto e più efficace funzionamento del “sistema Dublino” e dei meccanismi di ricollocazione dei migranti sul territorio dell'Unione.

Neppure una settimana dopo l'apertura di questa procedura di infrazione, sempre la Commissione ha pubblicato una nuova Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio (“*Relazione sull'attuazione dei punti di crisi-hotspot in Italia*”), in cui, a pagina 5, è possibile leggere quanto segue:

«Le autorità italiane dovrebbero accelerare gli sforzi, anche sul piano legislativo, per fornire un quadro giuridico più solido ai fini dello svolgimento delle attività presso i punti di crisi, in particolare per consentire l'uso della forza e prevedere disposizioni in materia di trattenimento a più lungo termine nei confronti dei migranti che rifiutano di fornire le impronte digitali. L'obiettivo del 100 % dei mi-

¹⁵ Si tratta del Regolamento n. 603/2013 che istituisce l'omonimo sistema informatico per il confronto delle impronte digitali, in funzione dell'applicazione del Regolamento n. 604/2013 (c. d. “Dublino III”) che, a sua volta, stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale, presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, oltre che per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol, a fini di contrasto dell'immigrazione irregolare.

Per approfondimenti sul complesso quadro normativo che regola le identificazioni dei migranti e dei richiedenti asilo, si rinvia a G. CAMPESI, *Polizia della frontiera. Frontex e la produzione dello spazio europeo*, Roma, 2015, pp. 135 ss., dove si affronta, in una prospettiva storico-diacronica, l'evoluzione della normativa europea in materia di banche-dati per il controllo dei flussi migratori. Sull'evoluzione normativa – oltre che giurisprudenziale della Corte di Lussemburgo – dei cc. dd. “Regolamenti Dublino”, si veda, se si vuole, anche A. CIERVO, *La tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo in Europa: dal sistema europeo multilivello all'asylum shopping*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2013, pp. 139 ss.

granti in ingresso sottoposti a rilevamento delle impronte va raggiunto senza ulteriori indugi»¹⁶.

In sintesi, in poco più di sette mesi, e cioè dalla metà di maggio alla metà di dicembre del 2015, il nostro Paese è stato il destinatario privilegiato delle decisioni della Commissione, per quanto concerne l'attuazione diretta della nuova "Agenda europea sulle migrazioni", senza che alcun tipo di canale politico-istituzionale venisse attivato, né da parte delle Autorità nazionali competenti, né da parte del Parlamento europeo ovvero del Consiglio.

In questo modo, pertanto, attraverso una serie di strumenti di "soft law", tipici del Diritto internazionale e che sempre più caratterizzano – da un paio di decenni a questa parte – le azioni politiche dell'Unione Europea¹⁷, si è radicalmente ristretto l'approccio giuridico-istituzionale degli Stati membri – in particolar modo quello dell'Italia, in ragione anche della sua particolare posizione geo-politica nell'area mediterranea – al fenomeno dei flussi migratori¹⁸.

Le modalità e le procedure, oltre alle operazioni, messe in campo dal Governo italiano per dare attuazione ai *desiderata* della Commissione, tuttavia, destano molte perplessità agli occhi del giurista, in particolar modo se si tiene conto di una serie di conseguenze concrete che tali scelte potrebbero assumere – e nei fatti stanno già assumendo –, con particolare riferimento alla tutela dei diritti fondamentali dei migranti, richiedenti protezione internazionale o meno, giunti sulle no-

¹⁶ Il grassetto è di chi scrive.

¹⁷ Per una prima valutazione dell'impiego della "soft law" in questo ambito giuridico, si rinvia da ultimo a B. GORNATI, *Le nuove forme di trattenimento dello straniero irregolare in Italia: dall'«evoluzione» dei CIE all'introduzione dei c. d. hotspot*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2016, pp. 471 ss. Per una ricostruzione teorica generale sull'impiego della "soft law" nel quadro del diritto internazionale ed europeo, è d'obbligo il rinvio a M. R. FERRARESE, *Soft Law. Funzioni e definizioni* in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, pp. 71 ss., oltre che ad A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in AA. VV., *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Padova 2007, pp. 372 ss. Da ultimo, più in generale, si veda anche G. BRONZINI, *Il modello di governance dell'Unione: solo un'approssimazione ad un «government» europeo?*, in *Parole chiave*, n. 2/2016, pp. 115 ss.

¹⁸ Si tratta di una replica del metodo impiegato dalla BCE nei confronti dell'Italia (con la ormai celebre lettera del 2011), al fine di sollecitare l'Esecutivo allora in carica a compiere una serie di "riforme strutturali". Per approfondimenti sul punto, si veda E. OLIVITO, *Crisi economico-finanziaria ed equilibri costituzionali. Qualche spunto a partire dalla lettera della BCE al Governo italiano*, in *www.rivistaaic.it*, n. 1/2014, 21. 02. 2014.

stre coste ovvero intercettati nelle acque interne ed internazionali e condotti nei centri “hotspot”.

In verità, non sarebbe tecnicamente corretto parlare degli “hotspot” come di luoghi fisici, anche perché i centri a cui la Circolare ministeriale fa riferimento già esistevano prima della pubblicazione dell’ “Agenda europea”: si tratta, infatti, di Centri di Primo Soccorso e Accoglienza (CPSA), previsti dall’art. 9 del Decreto legislativo n. 142/2015, le cui funzioni, definite dalla normativa interna – che a sua volta recepiva quella europea –, non appaiono affatto collimare con quelle riconducibili al metodo “hotspot”.

Come è possibile leggere nella disposizione appena citata, infatti, i CPSA sono stati istituiti per le sole esigenze di prima accoglienza e per l’espletamento delle operazioni necessarie alla definizione della posizione giuridica dei richiedenti asilo. Il richiedente, inoltre, può rimanere in questo tipo di centri soltanto per il tempo necessario all’espletamento delle operazioni di identificazione – «*ove non completate precedentemente*», precisa la norma –, mentre nulla si prevede con riferimento all’impiego della forza fisica a fini identificativi, qualora i migranti si rifiutino di rilasciare spontaneamente le proprie generalità e impronte.

In questi centri, infine, sempre secondo l’art. 9 del Decreto legislativo n. 142/2015, i rappresentanti della pubblica sicurezza sono obbligati a verbalizzare la richiesta di asilo politico e avviare la procedura di esame della domanda di protezione internazionale, oltre che accertare le condizioni di salute del migrante, con l’obiettivo di verificare la sussistenza di eventuali situazioni di vulnerabilità dei richiedenti¹⁹.

In breve, quello degli “hotspot” è un metodo amministrativo di identificazione e gestione dei flussi migratori, non formalizzato in una base legale di diritto interno – ma neppure europeo –, che si sovrappone alla normativa vigente nel nostro ordinamento giuridico e che

¹⁹ Per un’approfondita ricostruzione del Decreto legislativo n. 142/2015, con specifico riferimento all’accoglienza dei richiedenti asilo, si rinvia, per tutti, a N. MORANDI e G. SCHIAVONE, *Analisi delle norme in materia di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale di procedura per il riconoscimento della protezione internazionale alla luce dell’entrata in vigore del D. Lgs n. 142/2015*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2015, pp. 84 ss. Sulla necessità che la “disordinata” normativa italiana in materia di asilo, venga messa finalmente a sistema in un Testo Unico *ad hoc*, si veda R. S. BIROLINI, *Riflessioni in merito alle procedure di riconoscimento del diritto di asilo in Italia alla luce dei più recenti interventi normativi*, in *Osservatorio costituzionale*, www.rivistaaic.it, n. 2/2016, 18. 07. 2016, in particolare p. 35.

contrasta, quindi, non soltanto con la legalità ordinaria (ed europea, visto che il Decreto legislativo n. 142/2015 dava attuazione delle Direttive nn. 32 e 33/2013), ma soprattutto con le garanzie costituzionali previste all'art. 13 della Costituzione.

Con riferimento alla base legale che dovrebbe dare copertura giuridica al metodo “hotspot”, bisogna osservare come tale procedura di identificazione e formalizzazione della domanda di protezione internazionale sia stata introdotta da una mera Comunicazione della Commissione europea al Consiglio e al Parlamento: pertanto, il suo recepimento all'interno del nostro ordinamento giuridico, di fatto, non è mai avvenuto, non potendosi certamente ritenere un atto normativo la “Roadmap” allegata alla Circolare del Ministero dell'Interno del 6 ottobre 2015.

Risulta evidente, quindi, come sia stata violata la riserva di legge assoluta che la nostra Costituzione prevede, sia per quanto concerne la condizione giuridica dello straniero presente sul territorio italiano – che, come ci ricorda il secondo comma dell'art. 10, per l'appunto, deve essere regolata dalla legge in conformità con le norme e i trattati internazionali –, sia per quanto riguarda la garanzia del diritto d'asilo, come pure prevede il terzo comma dell'art. 10, nonostante la sua “perdurante inattuazione” da parte del legislatore interno, ma non certo da parte di quello europeo²⁰.

Se poi si considera che, sulla base della Comunicazione della Commissione del dicembre 2015, l'Italia sarebbe tenuta ad identificare tutti i migranti – richiedenti asilo o meno – all'interno degli “hotspot”, sulla base di una procedura amministrativa (ovvero di polizia), consistente nella dichiarazione delle proprie generalità da parte degli stranieri, oltre che del rilevamento delle impronte digitali anche con l'uso della violenza, ci si rende conto di come questo metodo amministrativo, mai normato dal legislatore, si ponga in palese violazione dell'art. 13 Cost.

²⁰ Sulla riserva di legge prevista dal secondo comma dell'art. 10 Cost. si veda A. CASSESE, *Artt. 10-12*, in *Commentario della Costituzione. Articoli 1-12*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, pp. 461 ss.; P. BONETTI, *Il diritto d'asilo – Profili generali e costituzionali del diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, pp. 1135 ss. Sulla “perdurante inattuazione” del terzo comma dell'art. 10 Cost., poi “normativamente riempito” di contenuto giuridico dalle istituzioni europee, si veda, per tutti, M. BENVENUTI, *Il Diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, 2007, pp. 221 ss.

L'inviolabilità della libertà personale enunciata al primo comma dell'art. 13, infatti, oltre ad essere uno degli assi portanti della cultura giuridica europea – in quanto formalizza il principio dell'*habeas corpus* –, è riferibile a tutti coloro che sono presenti sul territorio italiano, siano essi cittadini, siano essi richiedenti asilo, siano essi migranti economici regolari o irregolari²¹.

Ciò premesso, si deve poi notare come la limitazione della libertà personale – e indubbiamente l'obbligo coattivo di essere identificati da parte delle Autorità di pubblica sicurezza rientra in questo ambito – non possa avvenire se non in ragione di una tassativa disposizione di legge. Posto che la “*Roadmap*” ministeriale non può certo essere considerata tale (come, del resto, non può esserlo una Circolare del Ministero dell'Interno) e posto che non esiste una disposizione specifica nel nostro ordinamento giuridico che consenta l'uso della forza da parte degli agenti di polizia per vincere la semplice resistenza passiva di chi rifiuta di lasciarsi identificare²², allora soltanto attraverso un provvedimento motivato del giudice, nel pieno rispetto della riserva di giurisdizione prevista dall'art. 13 Cost., nei confronti di ciascun migrante presente in uno dei CPSA elencati dal Ministero dell'Interno, potrà essere possibile adempiere ai *desiderata* della Commissione europea.

Del resto, è la Commissione stessa a sollecitare, nella propria comunicazione al Parlamento e al Consiglio del 15 dicembre 2015, un intervento «*anche sul piano legislativo*» da parte del nostro Paese, affinché si definisca un quadro giuridico chiaro per lo «... *svolgimento delle attività presso i punti di crisi, in particolare per consentire l'uso della forza e prevedere disposizioni in materia di trattenimento a più lungo termine nei confronti dei migranti che rifiutano di fornire le impronte digitali*».

²¹ Come evidenzia G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1976, pp. 323-324.

²² Al riguardo, occorre distinguere caso per caso: nell'ipotesi in cui lo straniero sottoposto a foto-segnalamento rifiuti di lasciarsi identificare, attivandosi in questo senso, certamente egli commette il reato di violenza, minaccia ovvero resistenza a pubblico ufficiale, con conseguente possibilità di essere arrestato ed immediatamente processato. Nel caso in cui lo straniero, invece, dovesse opporsi all'identificazione coatta in maniera passiva, ma senza violenza o minaccia, commetterebbe il reato meno grave di rifiuto di indicazioni sulla propria identità, reato contravvenzionale per cui non è prevista alcuna forma di reclusione e neppure l'arresto immediato. In questo caso, lo straniero potrà essere privato della propria libertà personale solo nei limiti di tempo (24 ore) e con le garanzie procedurali (informazione al Pubblico Ministero competente), previste dall'art. 13 Cost.

L'obiettivo, infatti, prosegue la Commissione, resta quello di identificare il «100 % dei migranti in ingresso» nel territorio italiano, sottoponendoli al rilevamento delle impronte digitali, un obiettivo questo che – conclude Bruxelles, con toni quasi ultimativi – «va raggiunto senza ulteriori indugi». Se ne deve desumere, pertanto, come anche la Commissione europea sia consapevole del fatto che, ad oggi, non esista una norma in Italia che, nel pieno rispetto delle garanzie poste dall'art. 13 Cost., possa legittimare l'impiego della forza nei confronti dei migranti che si rifiutano di fornire le proprie impronte digitali.

A questo punto dell'analisi, però, si pone il problema di individuare, a normativa vigente, quale possa essere la base giuridica in grado di fornire una copertura legale a questo tipo di operazioni di polizia all'interno degli "hotspot": ad avviso di chi scrive, l'unica disposizione possibile – ad oggi ancora vigente nel nostro ordinamento – risulta essere l'art. 4 del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (d'ora in avanti TULPS) che, per l'appunto, consente alle forze dell'ordine, nell'esercizio delle loro funzioni, di procedere all'identificazione coatta di cittadini italiani e stranieri²³.

Non si può non ricordare, tuttavia, come la Corte costituzionale, con una delle sue prime e più importanti decisioni – la n. 30 del 1962 – si trovò ad affrontare una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto proprio l'art. 4 TULPS, in quanto la norma appariva incostituzionale nella parte in cui disponeva la possibilità per l'Autorità di polizia – senza considerare i poteri specifici previsti dal Codice di Procedura Penale con riferimento alla polizia giudiziaria –, di ordinare la sottoposizione a rilievi segnaletici una persona, senza le garanzie previste dall'art. 13 Cost.²⁴.

Al riguardo, la Consulta, richiamando un proprio precedente – ossia la sentenza n. 11/1956 –, da un lato rilevò che «... l'art. 13 non si riferisce a qualsiasi limitazione della libertà personale, ma a quelle

²³ La disposizione in oggetto così recita: «L'autorità di pubblica sicurezza ha facoltà di ordinare che le persone pericolose o sospette e coloro che non sono in grado o si rifiutano di provare la loro identità siano sottoposti a rilievi segnaletici. Ha facoltà inoltre di ordinare alle persone pericolose o sospette di munirsi, entro un dato termine, della carta di identità e di esibirla ad ogni richiesta degli ufficiali o degli agenti di pubblica sicurezza».

²⁴ Per i commenti della dottrina del tempo a questa importante decisione della Consulta, si vedano R. G. DE FRANCO, *Ancora in tema di rilievi segnaletici di P. S.*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962, pp. 242 ss. e S. GALEOTTI, *Rilievi segnaletici e restrizioni della libertà personale*, in *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, 1962, pp. 859 ss.

limitazioni che violano il principio tradizionale dell'habeas corpus», dall'altro che «... la garanzia dell'habeas corpus non deve essere intesa soltanto in rapporto alla coercizione fisica della persona, ma anche alla menomazione della libertà morale quando tale menomazione implichi un assoggettamento totale della persona all'altrui potere»²⁵.

Il problema che la Corte era chiamata a risolvere, in punto di diritto, insomma, consisteva nello stabilire se, concretamente, l'esecuzione dei rilievi segnaletici determinasse un assoggettamento fisico e/o morale di un individuo al potere dell'organo di polizia competente, tale da costituire una restrizione della propria libertà personale equiparabile all'arresto²⁶.

La Consulta, al riguardo, svolgeva un ragionamento assai prudente, giungendo alla conclusione che, al di là della momentaneità e della levità dell'eventuale coercizione psico-fisica, qualora tali accertamenti avessero riguardato soltanto l'aspetto esteriore della persona, ebbene in questi casi la sfera di libertà dell'individuo si sarebbe dovuta considerare integra²⁷.

Questo passaggio risulta di estrema importanza per i temi che stiamo trattando in questa sede: la Corte costituzionale, infatti, affermando questo principio – evidenziando cioè come l'art. 4 TULPS non distinguesse tra rilievi che comportassero ispezioni personali e rilievi che restassero esteriori alla persona –, giungeva alla conclusione che la disposizione in oggetto dovesse considerarsi illegittima soltanto nella parte in cui consentiva “ispezioni personali” *de facto*²⁸. Allo stesso

²⁵ Così al punto 2 del “Considerato in Diritto” della sentenza n. 30/1962.

²⁶ Sulla costituzionalità della disposizione *de quo*, in ragione del fatto che le modalità di applicazione da parte delle forze di polizia non possano comunque determinare in concreto una lesione della dignità sociale dell'individuo sottoposto all'esecuzione del rilievo segnaletico, si vedano P. CARETTI, *La libertà personale*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. SANTANIELLO, XII, Padova, 1990, pp. 65 ss. e P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 112.

²⁷ *Ibidem*. Ad avviso della Corte, infatti, che «... l'esecuzione dei rilievi esteriori costituisce soltanto una forma di prestazione imposta, al fine della prevenzione dei reati, a certi individui che si trovino in determinate condizioni previste dalla legge, mentre i rilievi che assoggettino la persona a sostanziali restrizioni, fisiche o morali, di libertà, equiparabili allo arresto, sono da comprendere tra le ispezioni personali previste dall'art. 13 della Costituzione».

²⁸ Criticamente a commento di questa decisione, si veda la condivisibile tesi di A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, II ed., Padova, 1992, p. 179, secondo il quale: «Come non è rilevante il livello quantitativo della gravità della restrizione (come invece ritenuto dalla Corte costituzionale a proposito di alcuni minori rilievi segnaletici: art. 4 t.u.l.p.s., sent. n. 30/1962), è parimenti irrilevante la presenza di una valutazione degradante

tempo, inoltre, il Giudice delle leggi aveva modo di precisare che la soluzione adottata nel caso *de quo* non poteva essere considerata del tutto soddisfacente, in quanto sarebbe stato comunque necessario un intervento da parte del legislatore.

L'art. 4 TULPS, infatti – norma venuta alla luce in un regime politico certamente meno garantista di quello repubblicano –, secondo la Corte costituzionale avrebbe dovuto essere riscritto dal legislatore nel rispetto dei principi dell'art. 13 Cost., così da «... *formulare un precetto chiaro e completo che indichi, da una parte, i poteri che, in materia di rilievi segnaletici, gli organi della polizia di sicurezza possano esercitare perché al di fuori dell'applicazione dell'art. 13 della Costituzione e, dall'altra, i casi ed i modi nei quali i rilievi segnaletici, che importino ispezione personale, ai sensi dello stesso articolo, possano essere compiuti a norma del secondo e del terzo comma del medesimo art. 13*»²⁹.

A distanza di oltre mezzo secolo da questa importante decisione, tuttavia, il legislatore non ha ancora dato seguito al monito della Corte: ciò non può certo indurci a concludere che, a legislazione vigente, l'identificazione obbligatoria dei migranti negli “hotspot” possa trovare nell'art. 4 TULPS una qualche forma di legittimazione. Al contrario, questa sentenza, se letta con attenzione (e soprattutto se ben contestualizzata rispetto al momento storico in cui venne pubblicata), ci induce a pensare esattamente l'opposto³⁰.

della dignità del destinatario del provvedimento restrittivo, perché si determini la privazione o la restrizione della libertà personale». Pertanto, l'autorevole costituzionalista si pone in “netto dissenso” con quelle teorie secondo le quali le limitazioni della libertà personale sarebbero tali soltanto se lesive della dignità sociale dell'individuo. Se si accettano simili premesse teoriche, infatti, ad avviso del Pace, bisognerebbe poi – in via consequenziale – giungere alla “gravissima” conclusione di ritenere che «... misure incidenti sulla libertà fisica ma non ritenute socialmente degradanti – come ad es. i rilievi dattiloscopici coercitivi o l'internamento coatto in luoghi di cura – potrebbero venire sottratte ai meccanismi di tutela dell'art. 13 Cost.» (ivi).

²⁹ Così al punto 3 del “Considerato in Diritto” della sentenza n. 30/1962.

³⁰ Del resto, come evidenziato da un'autorevole dottrina (cfr. G. AMATO, *Individuo e autorità, op. cit.*, p. 3) i problemi esegetici posti dalla normativa ordinaria rispetto ai principi costituzionali che determinano il quadro di garanzie della libertà personale devono essere valutati alla luce dello specifico contesto storico di riferimento, piuttosto che in ragione di un inquadramento dogmatico generale ed astratto, perché soltanto in questo modo è possibile evitare che «... *configurazioni dogmatiche pertinenti ad una fase storica non più (o non ancora) attuale delle libertà condizionino le soluzioni da raggiungere; ed evidenziando, allo stesso tempo, i nessi, spesso annebbiati, tra quelle configurazioni e queste fasi*» (ivi).

Infatti, come si è avuto modo di evidenziare, l'esecuzione dei rilievi esteriori costituisce soltanto una forma di prestazione imposta, ad avviso della Consulta, «*al fine della prevenzione dei reati*» nei confronti di «*persone pericolose o sospette*», così come espressamente stabilito dall'art. 4 TULPS. Ora, per quanto concerne lo sbarco di uno straniero in un centro “hotspot”, magari dopo un terribile viaggio in mare – a seguito di un naufragio e dopo aver scampato la morte per annegamento –, concretamente appare inverosimile che i presupposti (soggettivi ed oggettivi) dell'art. 4 TULPS possano sussistere.

Quello che ci appare evidente, invece, se si vuole davvero prendere sul serio la giurisprudenza della Consulta, è che questo tipo di misure debba essere adottato con una legge ordinaria, prevista per simili e specifiche circostanze di fatto, nel pieno rispetto delle garanzie costituzionali e, quindi, innanzitutto del principio di uguaglianza formale. Del resto, se si introducesse nel nostro ordinamento giuridico una disposizione finalizzata all'identificazione obbligatoria dei soli migranti – a qualsiasi titolo presenti sul territorio nazionale –, ma non dei cittadini italiani, saremmo di fronte ad una palese violazione degli artt. 3 e 13, primo comma, della Costituzione.

Una seconda condizione normativa che dovrebbe essere rispettata dal legislatore, nella riformulazione dell'art. 4 TULPS ovvero di una normativa *ad hoc* che dia una copertura legale all'obbligo di identificazione degli stranieri presenti nei centri “hotspot”, consiste nel tenere conto della giurisprudenza CEDU in materia, in particolare che l'uso della forza da parte degli agenti di pubblica sicurezza debba essere sempre proporzionato e dettato da obiettivi elementi di necessità, tenuto conto delle circostanze concrete in cui l'identificazione si pone in essere.

Al riguardo, appare opportuno ricordare come la Corte di Strasburgo abbia stabilito – in maniera univoca – che, ai sensi dell'art. 8 CEDU, i dati personali di un individuo debbano essere sempre «... *trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge*», in quanto la tutela della *privacy* e della vita familiare sono al cuore della più generale tutela dei diritti fondamentali.

Si tratta di un principio stabilito dalla Corte EDU nel caso *S. e Marper contro Regno Unito*: con questa importante sentenza della *Grande Chambre*, infatti, i giudici avevano dichiarato contrario all'art. 8 CEDU il *Criminal Justice and Police Act* del 2001 che istituiva la

banca britannica forense del DNA. Più precisamente, la censura della Corte ha colpito la normativa in questione nella parte in cui consentiva l'archiviazione illimitata di profili genetici appartenenti a persone innocenti, ovvero prosciolte al termine di un processo penale.

Inoltre, sempre la Corte di Strasburgo, con una sentenza successiva del 4 novembre 2010 (*Darraj contro Francia*), ha avuto modo di accertare una violazione dell'art. 3 CEDU in un caso di identificazione violenta nei confronti di uno straniero, tra l'altro minorenni all'epoca dei fatti, che aveva opposto il proprio rifiuto all'identificazione da parte di alcuni agenti di polizia. I giudici, al riguardo, hanno avuto modo di rilevare come, nel caso concreto, l'uso della forza fisica avrebbe potuto essere agevolmente evitato dagli agenti e che, pertanto, esso risultava assolutamente sproporzionato rispetto alla resistenza opposta dal ricorrente (resistenza passiva posta in essere da un individuo, tra l'altro, piuttosto gracile di corporatura)³¹.

Nel caso *Sarigiannis contro Italia* del 5 aprile 2011, infine, la Corte di Strasburgo ha condannato il nostro Paese, sempre per violazione dell'art. 3 CEDU, in relazione all'uso eccessivo della forza da parte di alcuni agenti della Guardia di Finanza nei confronti di due cittadini francesi che, al loro arrivo all'aeroporto di Fiumicino, erano stati fermati per un controllo e poi ammanettati e picchiati. Questa sentenza, tra l'altro, ha confermato quel filone giurisprudenziale – in fase di consolidamento – secondo cui la legittimità dell'uso della forza da parte dell'Autorità di pubblica sicurezza, al fine di superare la resistenza passiva del singolo individuo, resta sempre subordinata, caso per caso, al duplice requisito della necessità e della proporzione.

In difetto di tali requisiti, pertanto, l'uso della forza – purché superiore ad una soglia minima di gravità – può configurare non solo una violazione dell'art. 3 CEDU, ma persino una violazione dell'art. 2 della Convenzione, in quelle fattispecie cioè in cui la condotta delle Autorità di pubblica sicurezza esponga ad un concreto pericolo di vita l'individuo sottoposto a identificazione coatta (cittadino o straniero che sia).

³¹ Sul caso *Darraj*, per approfondimenti, si rinvia al seguente URL: <http://www.penalecontemporaneo.it/d/260>.

3. Atene. L'accordo che non c'è

Tra le misure di *governance* dei flussi migratori adottate dall'Unione Europea nel corso degli ultimi mesi deve essere senz'altro considerato l'Accordo con la Turchia, un Accordo che non solo presenta molteplici profili di illegittimità, per quanto concerne il diritto internazionale ed europeo vigenti, ma che ha anche lasciato perplessi molti osservatori ed istituzioni internazionali.

Ancora una volta, andiamo con ordine: l'Accordo fra i Capi di Stato e di Governo dell'Unione Europea con la Turchia, meglio conosciuto come “*EU-Turkey statement*” del 17 e 18 marzo 2016 – che non è mai stato pubblicato ufficialmente sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione, ma soltanto comunicato via stampa e sul sito internet istituzionale del Consiglio – consiste in una mera “Dichiarazione di intenti” sottoscritta dal Consiglio europeo e dal Plenipotenziario turco, il cui obiettivo è ufficialmente quello di «... *smantellare il modello di attività dei trafficanti e offrire ai migranti un'alternativa al mettere a rischio la propria vita*»³².

Al fine di raggiungere questo obiettivo, le Parti stabiliscono una serie di misure di cooperazione di polizia per una più efficace *governance* dei flussi migratori ai confini tra Turchia e Grecia, con particolare attenzione alla tutela dei cittadini siriani, in fuga a causa della guerra civile in corso nel loro Paese.

Al riguardo, tutti i migranti irregolari che avranno compiuto la traversata del confine turco-ellenico, a far data dal 20 marzo 2016, verranno rimpatriati in Turchia nel pieno rispetto del diritto internazionale e dell'Unione; al riguardo, le Parti si impegnano a prevenire qualsiasi forma di espulsione collettiva degli stranieri, nel rispetto del principio di *non-refoulement*. La misura in questione viene definita come una «*misura temporanea e straordinaria*» ma necessaria, sia per porre fine alle sofferenze di chi fugge dal conflitto siriano, sia per «*ri-stabilire l'ordine pubblico*» al confine tra la Grecia e la Turchia.

Ne consegue, altresì, sempre sulla base dell'Accordo, che i migranti giunti sul territorio greco dovranno essere subito registrati ed identificati (in attuazione del metodo “hotspot”), a prescindere dal fatto che

³² Il testo dell'Accordo è reperibile, in italiano, al seguente URL del sito internet istituzionale del Consiglio europeo: <http://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>.

una richiesta di protezione internazionale sia stata da loro avanzata o meno. Tuttavia, qualora i migranti formalizzassero tale richiesta, essa dovrà essere valutata individualmente dalle autorità elleniche, con il supporto dell'UNHCR: in caso di esito negativo della domanda (ossia nel caso in cui la domanda venisse giudicata inammissibile ovvero infondata), ai sensi della normativa europea³³ i migranti dovranno essere rimpatriati in Turchia, con l'assistenza delle istituzioni e delle agenzie competenti ed i costi delle operazioni di rimpatrio saranno a carico della UE.

Il primo principio “giuridico” fissato dall'Accordo UE-Turchia desta subito notevoli perplessità dal punto di vista del rispetto della legalità europea: innanzitutto il rinvio alla normativa internazionale, con riferimento al divieto di espulsioni collettive da parte dei due Paesi interessati all'esecuzione dell'Accordo, risulta quanto mai critico.

Infatti, se la Grecia, da un lato, non ha mai sottoscritto il IV Protocollo alla CEDU che prevede, all'articolo 4, il divieto di espulsioni collettive dei migranti dal proprio territorio nazionale, la Turchia, dall'altro, pur avendo sottoscritto questo testo il 19 ottobre 1992, non ha ancora adempiuto all'obbligo di ratifica e di attuazione nell'ordinamento interno che discendeva dalla sottoscrizione del Protocollo stesso. Pertanto, dal punto di vista dell'effettività normativa dell'Accordo, non vi è alcuna garanzia giuridica che i Governi ellenico e turco si astengano dal porre in essere espulsioni collettive di stranieri presenti sul loro territorio, in quanto non sono formalmente vincolati alla normativa internazionale in materia.

Nell'ipotesi in cui, invece, la richiesta di protezione internazionale dei migranti presenti sul territorio greco venisse dichiarata infondata – ovvero inammissibile –, il conseguente rimpatrio di questi ultimi in Turchia risulta palesemente in contrasto con la legalità internazionale. Infatti, per poter eseguire una simile operazione di rimpatrio, si dovrebbe riconoscere – come pure è stato riconosciuto dall'Unione Europea nell'Accordo in questione – che la Turchia sia un Paese terzo sicuro, sia cioè uno Stato in cui ai richiedenti asilo venga *de facto* ri-

³³ Si tratta delle Direttive n. 32/2013 (recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale) e n. 33/2013 (recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale) che hanno ulteriormente aggiornato la legislazione europea vigente in materia, per quanto concerne le qualifiche e le procedure comuni a tutti gli Stati membri per il riconoscimento della protezione internazionale.

conosciuto uno *standard* qualitativo di tutela dei Diritti fondamentali equivalente a quello della Grecia e, di conseguenza, a quello di tutti gli altri Paesi dell'Unione.

Ora, pur volendo mettere da parte una serie di criticità – per utilizzare un eufemismo – sull'attuale situazione politico-costituzionale turca³⁴, tuttavia, come è noto, la Turchia non ha mai ratificato il Protocollo addizionale alla Convenzione di Ginevra del 1967 e, pertanto, non ha mai superato la clausola della c. d. “riserva geografica” formulata nel testo Convenzionale originario³⁵. Ad oggi, quindi, la Turchia riconosce l'accesso alla protezione internazionale soltanto agli stranieri provenienti dai Paesi europei – ipotesi questa che, allo stato dei fatti, appare tutto sommato una sorta di caso di scuola –, ma non ai cittadini degli Stati medio-orientali confinanti, tra cui va ricompresa anche la Siria.

Sotto questo profilo, quindi, la Turchia non può essere considerato un Paese terzo sicuro in grado di garantire ai migranti rimpatriati dalla Grecia uno *standard* di tutela dei Diritti fondamentali equivalente a quello di uno Stato europeo e questo perché, al di là della incompleta ratifica della Convenzione di Ginevra, oltre che del IV protocollo alla CEDU, attualmente il Governo turco sta ponendo in essere una serie di misure di polizia interne che violano sistematicamente i più elementari diritti fondamentali dei propri cittadini³⁶.

³⁴ Sulla violazione in atto dei diritti fondamentali dei cittadini turchi e della minoranza curda presente nel Sud-est del Paese, a seguito del fallito tentativo di colpo di Stato da parte dell'esercito del 15 luglio 2016, si rinvia al saggio di V. R. SCOTTI, «*Vogliamo i colonnelli*? Riflessioni preliminari sul fallito colpo di stato in Turchia e sull'evoluzione del ruolo dei militari nell'ordinamento costituzionale», in *Osservatorio costituzionale*, www.rivistaic.it, n. 3/2016, 25. 09. 2016. Per un quadro storico del problematico ruolo “costituzionale” rivendicato dall'esercito turco, quanto meno nella seconda metà del XX secolo, si veda H. BOZARSLAN, *La Turchia contemporanea*, Bologna, 2004, in particolar modo il capitolo III, pp. 61 ss., intitolato «*Il multipartitismo e i regimi militari (1950-1983)*».

³⁵ Sul superamento della c. d. “riserva geografica” della Convenzione di Ginevra, a seguito dell'entrata in vigore del Protocollo Addizionale del 1967, si vedano, per tutti, W. KÁLIN, A. CARONI, L. HEIN, *Article 33, para. 1*, in A. ZIMMERMAN (ed.), *The 1951 Convention relating to the status of refugees and its 1967 Protocol. A commentary*, Oxford, 2011, pp. 1345 ss.

³⁶ Per un quadro delle violazioni dei diritti fondamentali in Turchia, si rinvia al comunicato di *Amnesty International* del luglio 2016, reperibile al seguente URL: <http://www.amnesty.it/Turchia-allarme-Amnesty-International-diritti-umani-grave-pericolo-dopo-fallito-colpo-stato-successiva-repressione>.

Allo stesso modo, si deve rilevare come vi sia anche un'incompatibilità strutturale di fondo tra l'Accordo e la normativa europea vigente in materia di asilo, in particolare – come si è già avuto modo di evidenziare – con riferimento alle Direttive nn. 32 e 33 del 2013, a cui le Parti contraenti fanno continuamente rinvio nel testo. Come è noto, infatti, la c. d. “Direttiva Procedure” (la n. 32/2013) prevede all'art. 33, secondo paragrafo, lettera c), che uno Stato Membro possa giudicare una domanda di protezione internazionale inammissibile se un Paese non-UE sia comunque considerato “Paese terzo sicuro” per il richiedente, mentre l'art. 38, primo paragrafo della stessa Direttiva elenca una serie di criteri che il suddetto Paese deve rispettare per essere considerato “terzo sicuro”. Tali criteri sono i seguenti:

- a) che non sussistano minacce alla vita e alla libertà del richiedente protezione internazionale per ragioni di razza, religione, nazionalità, opinioni politiche ovvero appartenenza ad un determinato gruppo sociale;
- b) che non sussista il rischio di un danno grave per il richiedente protezione internazionale (ossia la pena di morte, la sottoposizione a tortura, a trattamenti inumani e degradanti, ovvero alla minaccia grave per la propria vita, derivante da una violenza indiscriminata e diffusa nel Paese di destinazione);
- c) che l'obbligo di *non-refoulement* stabilito dalla Convenzione di Ginevra sia effettivamente rispettato e garantito;
- d) che sia comunque prevista, ai sensi della normativa interna del Paese destinatario, la possibilità di chiedere lo *status* di rifugiato e di ottenere protezione internazionale in conformità con la Convenzione di Ginevra.

Risulta evidente come, ai sensi della “Direttiva procedure”, la Turchia non possa essere considerata un “Paese terzo sicuro”: del resto, il Governo turco è stato in più di una circostanza condannato dalla Corte di Strasburgo per violazione dell'art. 3 CEDU, con particolare riferimento ai trattamenti inumani e degradanti a cui sono stati sottoposti alcuni richiedenti asilo presenti sul territorio nazionale e, in particolare, nei centri di detenzione³⁷.

³⁷ Si rinvia, al riguardo, alla sentenza della II sezione della Corte EDU, *Abdolkhani e Karimnia contro Turchia* del 22 settembre 2009, con cui i giudici di Strasburgo hanno stabilito che l'espulsione verso il Paese di provenienza di due attivisti appartenenti ad un gruppo politico iraniano, che avevano richiesto protezione internazionale ad Ankara, inte-

Infine, con riferimento al danno grave dovuto ad una violenza indiscriminata presente nel Paese di destinazione, il conflitto interno tra il Governo turco ed i ribelli curdi – che si è andato intensificando nel corso dell'ultimo anno –, oltre alle misure poste in essere dall'Esecutivo in reazione al fallito colpo di Stato dei militari dello scorso luglio, di fatto rappresentano una minaccia per la sicurezza e la vita dei richiedenti asilo, anche perché una serie di diritti fondamentali, *in primis* quello alla libertà personale e al divieto di trattamenti inumani e degradanti, non risultano essere garantiti neppure ad una parte consistente della popolazione turca³⁸.

Proseguendo nell'analisi dell'Accordo, passiamo ad analizzare il secondo principio di cooperazione a cui istituzioni europee e turche sono giunte e cioè che «... *per ogni siriano rimpatriato in Turchia dal-*

gra una violazione dell'art. 3 CEDU. La Turchia aveva giustificato il rimpatrio in ragione di un giudizio prognostico, da parte delle Autorità di pubblica sicurezza, che avevano valutato i due richiedenti asilo come persone "indesiderate e pericolose" per la sicurezza nazionale della Turchia.

Nel merito, la Corte di Strasburgo ha comunque stabilito che il diritto tutelato dall'art. 3 della Convenzione ha natura assoluta, si lega al principio di *non-refoulement* sancito dalla Convenzione di Ginevra del 1951 e, pertanto, non può subire limitazioni di alcun tipo. In ogni caso, anche andando oltre il merito giuridico della questione, si fa presente come, a far data dal 21 luglio del 2016, il Governo turco abbia sospeso la vigenza normativa della CEDU su tutto il territorio nazionale, a seguito del fallito colpo di Stato militare.

³⁸ Come sottolinea C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2016, pp. 413 ss., l'art. 38, primo paragrafo della Direttiva, fa esplicito rinvio all'art. 35 della Direttiva stessa che, a sua volta, distingue tra "Paese di primo asilo" e "Paese terzo sicuro". Ad avviso della studiosa, infatti, «*Nel primo caso la persona ha già avuto un riconoscimento della protezione internazionale mentre nel secondo non ha ancora ricevuto protezione, ma il Paese terzo può comunque garantire un accesso effettivo alla protezione. Più in particolare, le domande presentate da richiedenti asilo provenienti da un Paese di primo asilo o da un Paese terzo sicuro, sono dichiarate inammissibili (art. 33), vale a dire che non sono esaminate nel merito se non per escludere che in un caso specifico un Paese, pur considerato in via generale sicuro, non lo è con riferimento ad una determinata persona. Ai fini dell'applicazione del meccanismo di rimpatrio disposto dalla Dichiarazione, vengono in rilievo entrambi i concetti: la gran parte dei cittadini siriani presenti in Grecia e provenienti dalla Turchia godevano già in tale Paese di una protezione temporanea, potendo essere per loro configurato come Paese di primo asilo; analogamente per i non europei e non siriani che avevano ottenuto la protezione temporanea; per tutti i richiedenti asilo che non avevano invece ricevuto tale protezione, il rimpatrio verso la Turchia può avvenire solo se essa soddisfa i requisiti per essere qualificata come Paese terzo sicuro*» (ivi, pp. 413-414).

Anche in questo caso, tuttavia, conclude l'autorevole studiosa, permangono molti dubbi sul fatto che la Turchia possa essere considerata, in ragione dell'attuale situazione politica e giuridica, un "Paese di primo asilo" che garantisca ai richiedenti protezione internazionale una tutela dei Diritti fondamentali equivalente a quella dei Paesi europei.

le isole greche un altro siriano sarà reinsediato dalla Turchia all'UE tenendo conto dei criteri di vulnerabilità delle Nazioni Unite. Sarà istituito, con l'assistenza della Commissione, delle agenzie dell'UE e di altri Stati membri nonché dell'UNHCR, un meccanismo inteso a garantire l'attuazione di tale principio a decorrere dallo stesso giorno dell'avvio dei rimpatri».

Tale principio comporta, di conseguenza, che: a) verrà data priorità a quei migranti che, in passato, non siano entrati o non abbiano tentato di entrare nel territorio dell'Unione in maniera irregolare; b) verrà garantita la possibilità di accedere alla procedura di re-insediamento in un altro Stato UE a coloro che abbiano esplicitamente fatto richiesta di essere trasferiti dalla Grecia in un altro Paese europeo.

Nel testo dell'Accordo, infatti, si fa riferimento anche alla Dichiarazione del Consiglio europeo del 20 luglio 2015 che individuava in 18.000 persone la quota massima di migranti che (da soli, ovvero insieme al proprio nucleo familiare) avrebbero potuto usufruire delle procedure di re-insediamento, prospettando altresì la possibilità di un'implementazione, su base volontaria dei singoli Stati membri, fino ad un massimo di 54.000 persone aggiuntive, qualora tale misura fosse stata attuata positivamente *medio tempore*.

Al riguardo, tuttavia, si deve segnalare come, nella prassi, alcune ONG abbiano evidenziato una serie di irregolarità attuative, oltre che una serie di comportamenti discriminatori nei confronti di taluni individui e/o nuclei familiari di richiedenti protezione internazionale che, sul territorio ellenico, avevano chiesto di poter attivare la procedura di re-insediamento.

Come denunciato dall'Associazione Studi Giuridici per l'Immigrazione (ASGI), infatti, a seguito della pubblicazione dell'Accordo, si sono verificati alcuni casi di accesso alla procedura di protezione internazionale in cui i richiedenti asilo sono stati sottoposti a veri e propri interrogatori di polizia da parte dei funzionari delle rappresentanze diplomatiche degli Stati membri di destinazione, interrogatori volti ad accertare il "livello di compatibilità" del richiedente asilo con le società di destinazione³⁹.

³⁹ Il report dell'ASGI (Associazione Studi Giuridici per l'Immigrazione) sull'attuazione dell'Accordo UE/Turchia in Grecia, aggiornato al mese di luglio 2016, è reperibile al seguente URL: <http://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/esperimento-grecia-diritto-asilo-dopo-accordo-ue-turchia>. In particolar modo, le autorità diplomatiche francesi sottopongono i richiedenti asilo ad un vero e proprio interrogatorio in cui valutano il

L'ultimo principio stabilito dall'Accordo, infine, consiste in un'assunzione di responsabilità politica da parte della Turchia, al fine di adottare «... qualsiasi misura necessaria per evitare nuove rotte marittime o terrestri di migrazione irregolare dalla Turchia all'UE», oltre che di collaborare con i Governi degli Stati confinanti per il raggiungimento del medesimo obiettivo. A fronte di questo impegno – e in ragione dell'attuazione concreta dell'Accordo –, la UE si impegna ad abolire l'obbligo del visto per i cittadini turchi, entro la fine del mese di giugno 2016, così da consentire una liberalizzazione dei flussi migratori turchi sul territorio dell'Unione, oltre all'erogazione di 3 miliardi di Euro, per implementare l'apparato di sicurezza terrestre e marittimo turco.

Come appare evidente, siamo di fronte ad un testo che non ha alcuna effettività (o rilevanza) normativa: si tratta, ancora una volta, di una semplice dichiarazione di “*soft law*” che, al pari delle Comunicazioni della Commissione europea che hanno istituito il sistema “hotspot”, formula degli obiettivi di *governance* amministrativa, oltre alla definizione di misure di pubblica sicurezza volte alla gestione ordinata dei flussi migratori al confine tra Grecia e Turchia. Anche in questo caso, quindi, si deve registrare un palese contrasto tra i contenuti dell'Accordo e la normativa europea ed internazionale attualmente vigente in materia, oltre ad una evidente violazione del Trattato di Lisbona, in particolare dell'art. 218.

Infatti se, da un lato, come detto, il testo dell'Accordo non è mai stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione, dall'altro, invece, non risulta che sia mai stata attivata la procedura di recepimento dei Trattati internazionali prevista, per l'appunto, dall'art. 218 del TFUE: entrambi questi rilievi pongono non pochi problemi per quanto riguarda la legittimità, oltre che l'effettiva efficacia e vigenza normativa, dell'*Agreement* nell'ordinamento europeo.

L'art. 218 del TFUE, infatti, stabilisce una procedura di recepimento degli accordi internazionali da parte delle istituzioni europee molto dettagliata che prevede, innanzitutto, la partecipazione attiva del Parlamento europeo alla procedura di ratifica, Parlamento che, tra l'altro,

livello di secolarizzazione e laicità dei migranti che hanno fatto domanda di ricollocazione in Francia. Chi scrive ha avuto modo di verificare in prima persona l'attuazione illegittima dell'Accordo nella prassi.

deve essere informato in tutte le fasi della procedura di definizione del testo e delle trattative con la controparte contraente⁴⁰.

Viceversa, come è stato notato dalla dottrina più attenta, l'intera procedura di redazione dell'Accordo «... si è svolta all'insegna dell'informalità ed è stata contrassegnata da un indiscusso protagonismo dei capi di Stato e di Governo che si sono incontrati in via informale e hanno assunto impegni talvolta in proprio, talvolta per conto dell'UE, attraverso il ruolo attivo dei Presidenti delle istituzioni e dell'Alto Rappresentante, apparsi talvolta anticipare, spesso affiancare e sempre eseguire l'azione diplomatica dei Capi di Stato e di Governo»⁴¹.

Identiche perplessità permangono con riferimento alla forma giuridica impiegata dalle Parti contraenti per la definizione dei contenuti dell'Accordo: sebbene qui si insista nell'utilizzare questo specifico termine tecnico, nei fatti l'*Agreement* tra Turchia e UE non ha avuto alcun tipo di pubblicità formale, essendo stato semplicemente inviato alle più importanti agenzie-stampa europee ed internazionali – che hanno poi autonomamente pubblicato il testo, come un qualsiasi comunicato ufficiale del Consiglio europeo.

Non deve meravigliare allora se la dottrina sia estremamente divisa persino sulla qualificazione giuridica da riconoscere all'Accordo: se, infatti, alcuni studiosi hanno evidenziato come il suo contenuto non riproduca obblighi normativi già pre-esistenti tra UE e Turchia, al di là del rispetto della normativa europea ed internazionale vigente a cui entrambi i contraenti sono (*rectius*, sarebbero, visto che almeno per quanto riguarda la Turchia, il condizionale è d'obbligo) vincolati, tuttavia, una parte dell'Accordo presenta profili normativi nuovi e, pertanto, almeno sotto questo profilo, dovrebbe essere considerato come un Trattato internazionale a tutti gli effetti⁴².

⁴⁰ Per una esauriente analisi dell'art. 218 del TFUE, si veda E. BARONCINI, *L'Unione Europea e la procedura di conclusione degli accordi internazionali dopo il Trattato di Lisbona*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, pp. 5 ss.; sui poteri del Parlamento europeo nella conclusione degli accordi internazionali, si veda I. BOSSE-PLATIÈRE, *Le Parlement Européen et la procédure de conclusion des accords internationaux*, in J. AUVRET-FINCK (dir.), *Le Parlement européen après le traité de Lisbonne*, Paris, 2011, pp. 79 ss. Per un inquadramento più generale della questione, si veda S. AMADEO, *Unione europea e treaty-making power*, Milano, 2005.

⁴¹ Così C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia*, op. ult. cit., p. 418.

⁴² Si esprime in questo senso, ancora, C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia*, op. cit., p. 421.

Ciò nonostante, il Servizio giuridico del Parlamento europeo ha escluso la natura normativa dell'*Agreement*, considerandolo piuttosto una mera formalizzazione di un “dialogo istituzionale” concernente specifiche misure di cooperazione di polizia tra l’UE e la Turchia, in materia di asilo e di *governance* dei flussi migratori⁴³.

Ma questo non significa che il Parlamento europeo abbia assunto una posizione critica rispetto alle modalità con cui Consiglio e Governo turco hanno gestito, sul piano diplomatico-internazionale, i negoziati per la definizione dei contenuti dell’Accordo.

Al contrario, il mancato riconoscimento della natura giuridica di questo *Agreement* è stato un raffinato *escamotage* del Parlamento europeo per evitare un voto sulla richiesta di adire la Corte di Giustizia, in difesa della propria prerogativa di attuazione della ratifica dello stesso, così come previsto per i procedimenti di formazione dei trattati internazionali dell’Unione, ai sensi dell’art. 218 del TFUE. Quella che all’apparenza potrebbe apparire come una critica giuridica a livello istituzionale, dunque, alla prova dei fatti sembra essere stato, invece, un modo elegante per non affrontare nel merito le conseguenze – giuridiche, oltre che politiche – di una Dichiarazione di intenti, priva di qualsiasi efficacia normativa.

4. Belfast. L’Europa “à la carte”

Come è noto il 23 giugno 2016, i cittadini del Regno Unito hanno deciso di uscire dall’Unione Europea: il referendum, fortemente voluto dal Governo britannico, ha avuto come esito la vittoria del “*Leave*” con il 51,9 % (e circa 17 milioni e mezzo) di voti, a fronte del 48,1 % di preferenze per il “*Remain*” (pari a poco più di 16 milioni di voti). Tuttavia, se si considerano più analiticamente i risultati della consultazione popolare, è possibile osservare come abbia prevalso nettamente il “*Remain*” in Scozia (62 % dei voti), in Irlanda del Nord (55,78 %) e nel Distretto di Londra (59,93 % dei voti), mentre in tutte le altre cir-

⁴³ Si deve evidenziare, al riguardo, come il parere del Servizio giuridico del Parlamento europeo sia stato espresso soltanto oralmente nella seduta del 9 maggio 2016 della Commissione Libertà civili, giustizia e affari interni – LIBE: cfr. *Aspetti giuridici della dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016*, LIBE/8/06399, reperibile al seguente URL www.europarl.eu.

coscrizioni elettorali inglesi, oltre che in Galles, ha prevalso nettamente il “*Leave*” con percentuali molto elevate⁴⁴.

L’esito del referendum britannico ha prodotto, nel dibattito dottrinario italiano, un’inevitabile reazione emotiva, legata certamente all’immediata consapevolezza da parte degli studiosi che si era determinata una cesura storica nel processo di integrazione europea, un evento regressivo del progetto unificatore i cui effetti potrebbero essere epocali⁴⁵.

Ovviamente non può essere questa la sede per formulare giudizi prognostici sul futuro del Regno Unito (oltre che dell’Unione Europea) all’indomani di questo grave *vulnus* inferto al processo di unificazione, né è intenzione di chi scrive rincorrere le notizie che quotidianamente si leggono sui giornali e su internet, rispetto alle possibili modalità di fuoriuscita dall’UE prospettate dal Governo britannico.

Quel che è certo, però, a questo punto, è che il Regno Unito dovrà attivare la procedura prevista all’art. 50 del TFUE, una procedura che fino ad oggi non è mai stata concretamente attivata, non solo perché non ci sono precedenti al riguardo, ma anche perché è stata introdotta soltanto di recente, con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁴⁶.

⁴⁴ I dati citati nel testo sono tratti dall’editoriale del n. 6/2016 di *Limes. Rivista italiana di geopolitica*, p. 16, grafico n. 1. Per un’attenta analisi dell’esito referendario, oltre che per una pacata riflessione sulle conseguenze politico-istituzionali della *Brexit*, si rinvia a C. CURTI GIALDINO, *Oltre la Brexit: brevi note sulle implicazioni giuridiche e politiche per il futuro prossimo dell’Unione Europea*, in *www.federalismi.it*, n. 13/2016, in particolare pp. 3 ss.; ma si veda anche F. SAVASTANO, *Brexit: un’analisi del voto*, *ivi*, oltre che N. VARDI, *Finché «exit» non ci separi. Conseguenze giuridiche di un’ipotetica uscita dall’euro*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2016, pp. 237 ss.

⁴⁵ Sulla necessità, da parte della dottrina italiana, di affrontare con maggiore serenità il passaggio storico in corso, si rinvia, sin dal titolo, a B. CARAVITA, *Brexit: keep calm and apply the European Constitution*, in *www.federalismi.it*, n. 13/2016, 29. 06. 2016; sulle conseguenze della *Brexit* interne al Regno Unito, in particolare modo con riferimento alla possibile richiesta di un nuovo referendum da parte della Scozia, al fine di ottenere l’indipendenza, si veda G. CARVALE, *L’illusione della sovranità. Il Regno Unito tra elezioni locali e Brexit*, *ivi*, n. 10/2016, 18. 05. 2016.

Ad avviso, invece, di G. FERRAIUOLO, *I nazionalismi periferici dopo la Brexit*, in *Osservatorio costituzionale*, *www.rivistaaic.it*, n. 2/2016, 25. 06. 2016, sarà necessario che le istituzioni britanniche, con il sostegno di quelle europee, non cedano all’emotività e affrontino il tema dell’uscita dall’Unione facendo uso del loro tradizionale pragmatismo, anche a fronte di possibili richieste secessioniste da parte della Scozia.

⁴⁶ Sul carattere ibrido della procedura prevista dall’art. 50 TFUE e sulla necessità di un bilanciamento tra l’inevitabile politicità della procedura ed i suoi contrappesi di natura internazionalistica, si veda M. E. BARTOLONI, *La disciplina del recesso dall’Unione Europea: una tensione mai sopita tra spinte «costituzionaliste» e resistenze «internazionaliste»*, in

La procedura di recesso può prendere avvio soltanto su richiesta dello Stato recedente, mediante notifica al Consiglio dell'intenzione di lasciare l'UE, intenzione che non può concretizzarsi in una mera comunicazione dell'esito referendario – come pure è stato fatto immediatamente – da parte del Governo britannico, ma necessita di una vera e propria deliberazione da parte dell'organo costituzionalmente competente a manifestare la volontà della notifica del recesso, che in questo caso è la Camera dei Comuni⁴⁷.

Formalizzata correttamente questa volontà, l'art. 50 TFUE prevede che Stato recedente e istituzioni europee definiscano un regime intermedio, le c. d. “modalità del recesso”, nella prospettiva di una definizione delle “future relazioni” dell'ormai ex Paese membro con l'Unione, sulla base del principio di buona fede tra le Parti contraenti, nella prospettiva di un accordo comune la cui conclusione, tuttavia, non è obbligatoria ai sensi del Trattato⁴⁸.

Se, infatti, dovessero verificarsi delle divergenze insuperabili tra le Parti, l'art. 50 TFUE prevede comunque che uno Stato membro cessi di far parte dell'Unione non necessariamente alla data di entrata in vi-

www.rivistaaic.it, n. 2/2016, 29. 05. 2016. Per un quadro delle opzioni attuative possibili dell'art. 50 TFUE da parte del Regno Unito, si veda K. WRIGHT, *Taking Back Control? Appeals to the People in the Aftermath of the UK's Referendum on EU Membership*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2016, pp. 2 ss.

⁴⁷ Al riguardo, si vedano le riflessioni di G. L. TOSATO, *Brexit – Dal referendum al recesso*, in *www.apertacontrada.it*, 30. 06. 2016, oltre alle interessanti analisi di A. MIGLIO, *Brexit e il dilemma del prigioniero: sulla revocabilità della notifica del recesso prevista dall'art. 50 TUE*, in *www.federalismi.it*, n. 18/2016, 21. 09. 2016, pp. 2 ss., che sostiene, al di là della mera formulazione del dato letterale della disposizione in commento, la possibilità della sopravvenienza della revoca del recesso da parte dello Stato recedente.

La tesi formulata da questa dottrina è stata confermata di recente dalla *High Court of Justice* che, con la sentenza n. 2768 del 03. 11. 2016, ha stabilito che «*The Secretary of State does not have power under the Crown's prerogative to give notice pursuant to Article 50 of the TEU for the United Kingdom to withdraw from the European Union*».

Chi scrive condivide senz'altro questa decisione: resta, tuttavia, il dato di fatto che, essendosi il popolo britannico chiaramente espresso per il “*Leave*”, la “*notice*” dell'uscita del Regno Unito dalla UE non presuppone un “voto” da parte della Camera dei Comuni sull'esito referendario, ma dovrà necessariamente consistere in una mera ratifica di quest'ultimo. Del resto se non è prerogativa del Governo della Regina formalizzare la “*notice*” della *Brexit*, non può essere certo privilegio della Camera dei Comuni porre un veto alla fuoriuscita del Regno Unito dall'Unione, visto che, in questo modo, i rappresentanti del popolo inglese assumerebbero una posizione chiaramente in contrasto con quella espressa dai cittadini che rappresentano.

⁴⁸ Secondo un'acuta osservazione di A. MIGLIO, *Brexit e il dilemma del prigioniero*, *op. ult. cit.*, p. 6.

gore dell'accordo di recesso, ma allo scadere del biennio successivo alla sua notifica, biennio tra l'altro che può essere ulteriormente prorogato con decisione unanime dal Consiglio. Il Consiglio – che è poi la vera istituzione *domina* dell'intera procedura di uscita dello Stato membro –, a sua volta, prima di approvare definitivamente l'accordo di recesso, deve comunque attendere che su di esso si esprima positivamente il Parlamento europeo⁴⁹.

Ciò su cui, in questa sede, vorremmo focalizzare la nostra analisi, sono invece gli effetti giuridico-istituzionali immediati che la *Brexit* provocherà nel breve periodo, tenendo particolarmente in considerazione le conseguenze di questo referendum sulle politiche europee messe in atto di recente dalla Commissione, proprio al fine di gestire a livello inter-governativo i processi migratori in atto nel Mediterraneo, ai confini ma anche dentro l'Unione Europea.

Innanzitutto, bisogna partire da un dato di fatto e cioè che la *Brexit* ha rimesso completamente in discussione l'idea, caposaldo della dottrina giuridica italiana, che il destino dell'Europa si dovesse ineluttabilmente giocare su una sola prospettiva, quella cioè dell'integrazione giurisprudenziale, tralasciando completamente le dinamiche e le prospettive politiche sottese a questo processo integrazionista⁵⁰.

⁴⁹ Come è stato opportunamente rilevato, in caso di mancata approvazione dell'accordo da parte del Parlamento europeo, il Consiglio non potrebbe pronunciarsi sulla conclusione dell'accordo: sul punto, si rinvia alle osservazioni di B. NASCIBENE, *Il dopo Brexit. Molte incognite, poche certezze*, in *www.eurojus.it*, 01. 07. 2016.

⁵⁰ Questo è il presupposto esplicito (o implicito) che, ad esempio, è sotteso a molte delle analisi della dottrina costituzionalistica italiana degli ultimi anni. Pur partendo da prospettive diverse, infatti, tale approccio accomuna alcune delle riflessioni più importanti che la più recente dottrina gius-pubblicistica ha elaborato: per tutti, si vedano G. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2008 e A. SCHILLACI, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Napoli, 2012.

Questo approccio al processo di integrazione giurisprudenziale tra ordinamenti, volano del processo di integrazione istituzionale, trovava senz'altro il proprio fondamento – e la propria legittimazione – in quella generazione di studiosi che, a partire quanto meno dalla seconda metà degli anni Novanta del secolo scorso, aveva aperto gli studi costituzionalistici ad una prospettiva pienamente sovranazionale e “multi-livello”.

Al riguardo, si vedano, per tutti, P. RIDOLA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e lo sviluppo storico del costituzionalismo europeo*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova. La Carta europea dei diritti*, a cura di P. COSTANZO, Genova, 2002, oltre ad una serie di importanti saggi in materia dello stesso autore, ora raccolti in ID., *Diritto comparato e Diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010; M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995; S. P. PANUNZIO, *I diritti*

Per almeno un paio di decenni, infatti, la dottrina italiana ha ritenuto che il progetto giuridico-istituzionale europeo potesse declinarsi soltanto quale esito di un percorso “integrazioneista” delle giurisprudenze tra Corti Supreme, al punto che anche le crisi ricorrenti – che l’Unione ha attraversato nel corso degli ultimi decenni – venivano valutate come necessarie per consentire alle istituzioni sovranazionali di impegnarsi con maggiore slancio, una volta attutito il colpo scaturente dalla battuta di arresto, per il superamento degli ostacoli che il processo di integrazione fisiologicamente aveva intercettato lungo il proprio percorso⁵¹.

Questa dinamica integrazioneista, in effetti, ha funzionato per almeno un paio di decenni, quanto meno a partire dagli inizi degli anni Novanta del secolo scorso, in ragione dell’atteggiamento di flessibilità concessa ai singoli Paesi membri da parte delle istituzioni europee. L’impressione, all’indomani della *Brexit*, invece, è che all’orizzonte si stiano delineando ostacoli insormontabili allo spontaneo moto integrazioneista delle giurisprudenze delle Corti europee, ostacoli che ancora una volta confermano l’impossibilità di risolvere le criticità strutturali del processo di unificazione soltanto attraverso il ricorso al c. d. “dialogo tra le Corti”, mentre appare sempre più difficile immaginare una prospettiva politico-istituzionale per il futuro dell’Unione⁵².

Questa spinta fortissima che le Corti hanno iniettato al processo di integrazione europeo, infatti, ad avviso di chi scrive, appare ormai in via di esaurimento: il processo di integrazione e cooperazione giurisprudenziale degli ultimi trent’anni restava (e forse, oggi più di ieri, resta) indissolubilmente legato al rilancio dei valori europei da parte

fondamentali e le Corti in Europa, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, pp. 1 ss.

⁵¹ Paradigmatica di questo atteggiamento dottrinario, ci appare la posizione di A. SCHILLACI, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio*, op. ult. cit., in particolare pp. 343 ss., con riferimento alla c. d. “teoria dei controlimiti” che, nel corso degli anni, avrebbe manifestato, ad avviso dell’autore, «... una sempre più marcata virtualità integrativa, determinando la progressiva presa di coscienza, a livello europeo, della rilevanza centrale delle identità costituzionali nazionali nella costruzione del processo di integrazione».

La tesi che i controlimiti oggi vengano assunti – rispetto alla loro originaria funzione integrante “su basi oppostive” –, come un ulteriore strumento giurisprudenziale in grado di sprigionare sempre più forti “implicazioni cooperative” tra Stati membri e Corti supreme nazionali, non sembra – ad avviso di chi scrive – suffragata da fatti storici.

⁵² Come osserva opportunamente G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, pp. 17-19.

delle istituzioni politiche, un rilancio che però non si è mai del tutto compiuto⁵³.

Come è stato lucidamente affermato da un acuto osservatore internazionale, infatti:

«Il massimo di flessibilità concessa ai vari paesi in questo schema riguardava la velocità con cui si voleva procedere all'integrazione: a un gruppo di paesi era concesso di dar vita a cooperazioni rafforzate se intendevano procedere più rapidamente [...]. Ad altri, come la Gran Bretagna, erano concesse possibilità di "opt-out". Quando queste venivano percepite come ingiustificati diritti di veto, si aggirava l'ostacolo tramite l'adozione di accordi intergovernativi, come ad esempio nel caso del fiscal compact o del trattato di Schengen»⁵⁴.

È per questo motivo che il referendum sulla *Brexit* e le politiche dell'UE sull'immigrazione devono essere analizzate e lette insieme, proprio perché tanto l' "Agenda" della Commissione, quanto il referendum britannico, hanno fatto emergere i limiti di questa modalità di *governance* del processo di unificazione politico europeo. Del resto, è ormai del tutto evidente come una maggiore integrazione da parte di alcuni Stati membri – che in ragione di politiche economiche di rigore stabiliscono le condizioni "corrette" per stare dentro l'Unione (il pensiero va al blocco di Stati del Centro-Nord capeggiato dalla Germania) – abbia prodotto un effetto di "rigetto" del modello inter-governativo.

Questo modello di *governance* – il cui *pivot* resta indubbiamente il Governo tedesco – appare come il principale responsabile di queste "crisi politiche di rigetto" nei confronti dell'UE e delle sue istituzioni, in particolare della Commissione, che hanno provocato sollevazioni popolari (si pensi a quanto accaduto negli ultimi anni in Grecia, Spagna e Portogallo), oltre all'affiorare di formazioni politiche populiste (in Italia e in Francia, ma anche nel Regno Unito), se non addirittura nazionaliste e xenofobe a livello nazionale (si pensi al c. d. "Gruppo di Visegrad", ossia all'alleanza politica tra i Governi polacco, ungherese, ceco e slovacco, in funzione anti-immigrati).

⁵³ Al riguardo, per una riflessione ampia su questo snodo teorico, si rinvia al lavoro di G. ALLEGRI, G. BRONZINI, *Sogno europeo o incubo? Come l'Europa potrà tornare a essere democratica, solidale e capace di difendersi dai mercati finanziari*, Roma, 2014.

⁵⁴ Così, condivisibilmente, B. ROSA, *Qui si fa l'Europa flessibile o si muore*, in *Limes. Rivista italiana di geopolitica*, n. 6/2016, pp. 36-37.

Ed è proprio per questo motivo che, in questa sede, si stanno considerando insieme le politiche della Commissione in materia di immigrazione ed il percorso politico-istituzionale che ha portato al referendum sulla *Brexit*: infatti, la principale ragione che ha spinto il Governo di David Cameron ad organizzare questa consultazione popolare consisteva nella situazione in cui era ormai venuto a trovarsi il sistema di *Welfare* britannico, messo a dura prova dalla presenza sempre più invadente dei cittadini comunitari ed extra-comunitari residenti sul territorio anglosassone, soprattutto nel corso dell'ultimo decennio, anche a causa della crisi economica e al conseguente crollo del mercato finanziario globale⁵⁵.

Al riguardo, è opportuno considerare con grande attenzione la sentenza della I sezione della Corte di Lussemburgo, pubblicata il 14 giugno 2016, ossia quasi una settimana prima della consultazione referendaria britannica, che vedeva la Commissione europea contro il Regno Unito⁵⁶. Oggetto del contendere era la violazione, da parte del Regno Unito, degli obblighi derivanti dall'art. 4 del Regolamento n. 883/2004 che prevede il principio della parità di trattamento tra cittadini nazionali e gli altri cittadini comunitari i quali, pur risiedendo sul territorio di un diverso Stato membro, hanno comunque diritto ad accedere a parità di condizioni ad alcuni benefici sociali, tra cui gli assegni familiari ovvero il credito d'imposta per i propri figli a carico.

La Commissione, infatti, aveva rilevato come la normativa interna britannica, limitando il diritto di soggiorno nel Regno Unito alle persone economicamente attive – tenute a disporre di risorse economiche sufficienti per poter soggiornare stabilmente –, di fatto escludeva dal godimento di alcuni servizi sociali i cittadini comunitari non britannici.

Le autorità britanniche si erano sempre difese affermando che l'accesso al proprio sistema di *Welfare* non fosse discriminatorio e che

⁵⁵ Si vedano gli interessanti studi sull'impatto dei movimenti migratori interni all'UE sui sistemi di *Welfare* nazionali di S. DEVETZI, *Health care: the case of non-active EU migrants*, in *Rivista del Diritto della sicurezza sociale*, 2016, pp. 329 ss., ma soprattutto di S. GIUBBONI, *EU internal migration law and social assistance in times of crisis*, *ivi*, pp. 247 ss. Aveva già evidenziato come una delle ragioni politiche che aveva spinto il Governo britannico a chiedere un referendum sull'UE fosse il *Welfare Tourism*, G. ALLEGRI, *Brexit, questione sociale, sovranismi: ever loser Union*, in *www.federalismi.it*, n. 23/2015, 15. 12. 2015.

⁵⁶ Si tratta della sentenza della I sezione della Corte di Lussemburgo, *Commissione europea contro Regno Unito*, C-308/14.

il requisito aggiuntivo, richiesto nei confronti dei cittadini comunitari economicamente inattivi, si giustificava in quanto misura proporzionata, diretta a garantire che le prestazioni fossero erogate a persone sufficientemente integrate. In sintesi, con la sentenza in questione, la Corte di Giustizia ha stabilito che tale limitazione al diritto di soggiorno nei confronti dei cittadini comunitari economicamente inattivi, non soltanto non risulta essere discriminatoria, ma debba considerarsi pienamente compatibile con l'art. 4 del Regolamento n. 883/2004 e, più in generale, con la normativa europea.

Le motivazioni della sentenza, ad avviso di chi scrive, sono una vera e propria acrobazia giurisprudenziale, con l'unico obiettivo di dare ragione a tutti i costi al Regno Unito: del resto, la limitazione dell'accesso al *Welfare* a discapito dei cittadini comunitari presenti nel Regno, ma economicamente inattivi, era stato uno dei punti dell'accordo tra le istituzioni europee ed il Governo Cameron⁵⁷, proprio al fine di evitare il referendum, nel rispetto della tradizione delle politiche di “*opt-out*” che, almeno sino ad oggi, avevano consentito ai Governi di Sua Maestà di contrattare la propria permanenza nell'Unione, di volta in volta, apportando una serie di deroghe di comodo rispetto alle grandi scelte politico-istituzionali dell'Unione⁵⁸.

⁵⁷ Sull'accordo del febbraio 2016 tra Governo Cameron e istituzioni europee per evitare la *Brexit* – di fatto una vera e propria rinegoziazione bilaterale del Regno Unito all'interno dell'Unione –, si rinvia al seguente URL: <http://www.consilium.europa.eu/it/policies/uk/2016-uk-settlement-process-timeline/>. Per un approfondimento specifico sui contenuti di questo accordo, si veda E. GRECO, *L'accordo sui nuovi rapporti fra Regno Unito ed Unione europea. Contenuto ed implicazioni*, in *Osservatorio di Politica internazionale*, n. 62, aprile 2016, Istituto Affari Internazionali-IAI, reperibile al seguente URL: http://www.iai.it/sites/default/files/pi_n_0062.pdf.

⁵⁸ Ad oggi, infatti, il Regno Unito ha esercitato il più alto numero di “*opt-out*”, ben quattro, nella storia del processo di integrazione europea. Più specificamente: a) per quanto riguarda il regime di adesione al Trattato di Schengen, il Regno Unito ha mantenuto i controlli alle proprie frontiere esterne, mentre al confine con l'Irlanda è in vigore un regime speciale di “*Common Travel Area*”; b) per quanto concerne l'Unione Monetaria, come è noto, il Regno Unito ha mantenuto la Sterlina e non ha adottato l'Euro; c) rispetto all'efficacia normativa della Carta di Nizza, il Regno Unito, insieme alla Polonia, ha ottenuto di allegare al Trattato di Lisbona un “*Protocollo*” che chiarifica l'applicazione della Carta da parte delle proprie autorità giudiziarie. Nel Protocollo si dichiara che la Carta di Nizza “... non estende la competenza della Corte di giustizia dell'UE o di qualunque altro organo giurisdizionale della Polonia o del Regno Unito a ritenere che le leggi, i regolamenti o le disposizioni, le pratiche o l'azione amministrativa della Polonia o del Regno Unito non siano conformi ai diritti, alle libertà e ai principi fondamentali che essa riafferma”; ed infine, d) per quanto concerne lo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, il Regno Unito ha otte-

Di fatto, la Corte utilizza argomenti al limite del sostenibile e lo fa in maniera anche molto disinvolta, quando ad esempio osserva – al punto 43 della sentenza in commento – come sia lo stesso Regno Unito, nella propria memoria di costituzione in giudizio, a riconoscere che le condizioni con cui è stato attuato il Regolamento n. 883/2004 favoriscano i cittadini britannici a discapito degli altri cittadini comunitari. Ciò nonostante, la Corte di Giustizia rileva come tale distinzione, di fatto discriminatoria, risulterebbe comunque «... *oggettivamente giustificata dalla necessità di proteggere le finanze pubbliche, dato che le prestazioni sociali di cui trattasi non sono finanziate dai contributi dei beneficiari, ma tramite le imposte. Peraltro, nulla indica che tale misura sia sproporzionata rispetto allo scopo perseguito*».

Del resto, al successivo paragrafo 67 i giudici di Lussemburgo si affrettano a sottolineare come il Regolamento n. 883/2004 non miri affatto alla creazione di un regime comune europeo di sicurezza sociale, quanto piuttosto a coordinare i sistemi di *Welfare* nazionali «... *al fine di garantire l'esercizio effettivo della libera circolazione delle persone. Esso lascia sussistere pertanto regimi distinti che danno luogo a crediti distinti nei confronti di enti distinti, rispetto ai quali il destinatario della prestazione è direttamente titolare di diritti a norma o del solo diritto nazionale, oppure del diritto nazionale integrato, se del caso, dal diritto dell'Unione*».

Un simile ragionamento, inoltre, ad avviso dei giudici, non si pone certo in contrasto con la giurisprudenza precedente della stessa Corte di Giustizia⁵⁹, in quanto la I sezione osserva, al paragrafo 80, come «... *dalla giurisprudenza della Corte risulta che la necessità di proteggere le finanze dello Stato membro ospitante giustifica in linea di principio la possibilità di controllare la regolarità del soggiorno al momento della concessione di una prestazione sociale in particolare alle persone provenienti da altri Stati membri ed economicamente inattive, poiché tale controllo può avere conseguenze sul livello globale dell'aiuto che può essere accordato da tale Stato*».

nuto la possibilità di decidere, caso per caso, se riconoscere la possibilità di dare esecuzione ad una richiesta di MAE (Mandato d'Arresto Europeo) da parte di un altro Stato membro.

⁵⁹ Al riguardo, per approfondimenti, si rinvia a W. J. PFEIL, *Social benefits for migrating unemployed persons*, in *Rivista del Diritto e della Sicurezza Sociale*, 2016, pp. 271 ss. e a J. PRASSL, *Migrants, citizens, aliens? Free movement rights for the economically inactive after Brey and Dano*, *ivi*, pp. 311 ss.

La controprova che simili controlli – con conseguente esclusione dall’accesso ai benefici del *Welfare* britannico – non siano discriminatori, consisterebbe nel fatto che le autorità britanniche non verificano caso per caso la sussistenza dei requisiti per l’accesso a tali benefici, ma soltanto quando hanno un ragionevole dubbio sulla sussistenza degli stessi, ossia, in pratica, attraverso controlli *una tantum* a campione nei confronti dei cittadini stranieri comunitari.

Che i controlli a campione sulla sussistenza dei requisiti soggettivi – al fine di ottenere un beneficio sociale da parte delle autorità competenti – non siano una pratica discriminatoria, ci sembra davvero un’affermazione che non necessita, giuridicamente, neppure di essere confutata, proprio perché simili controlli sono *in re ipsa* discriminatori, in quanto finalizzati soltanto a rilevare la sussistenza dei requisiti soggettivi in capo ai cittadini comunitari, con buona pace del divieto di discriminazione, formulato a chiare lettere all’art. 4 del Regolamento n. 883/2004.

In sintesi, questa sentenza ha segnato l’estremo tentativo da parte delle istituzioni europee di evitare l’uscita del Regno Unito dall’UE, riconoscendo *de facto* un regime derogatorio al sistema di prestazioni sociali comune, sulla base di un criterio di “*opt-out*” giurisprudenziale. Tuttavia, al di là anche della giustezza degli argomenti impiegati dalla Corte di Lussemburgo in questa sua decisione, resta il dato di fatto che ormai il referendum britannico ha segnato l’orizzonte degli eventi futuri non soltanto europeo, ma anche del Governo di Sua Maestà: i cittadini inglesi, gallesi, scozzesi e nord-irlandesi si apprestano a diventare extra-comunitari ed il loro *status* giuridico sarà soggetto, quanto meno nel corso dei prossimi due anni, ad una serie di fluttuazioni e di incertezze significative.

Ma se prendiamo sul serio questo nodo, ci rendiamo conto che i veri problemi giuridico-costituzionali per il Parlamento di Londra potrebbero non venire da una nuova richiesta di referendum da parte della Scozia, al fine di ottenere l’indipendenza dal Regno Unito – per poter poi, successivamente, rientrare per proprio conto nell’UE –, bensì dall’Irlanda del Nord. Come è noto, infatti, con il “*Belfast Agreement*” del 10 aprile 1998, meglio noto come “*Accordo del Venerdì Santo*”, i Governi britannico ed irlandese hanno finalmente posto termine ad un conflitto secolare sullo *status* giuridico dei cittadini dell’Ulster, oltre che ad un grave conflitto politico che era sfociato in una guerra civile

durata oltre mezzo secolo tra l'IRA (l'esercito di liberazione nord-irlandese) e le fazioni politiche unioniste.

Con il “*Belfast Agreement*”, inoltre, la Repubblica d'Irlanda si è impegnata – così come del resto poi ha fatto tramite un referendum –, a modificare gli articoli 2 e 3 della propria Costituzione, non rivendicando più l'unità nazionale dell'isola e riconoscendo che i territori dell'Ulster ricadessero sotto la sovranità della Corona britannica⁶⁰.

Tuttavia, una delle misure giuridiche più importanti – che di fatto pose fine al conflitto armato interno e indusse l'IRA a deporre le armi – fu il riconoscimento, oltre all'estensione normativa della CEDU ai territori dell'Ulster, del diritto di ogni nord-irlandese a scegliere la propria cittadinanza, il diritto cioè di scegliere se essere cittadino britannico, irlandese ovvero di entrambi gli Stati, attraverso la modifica dell'art. 3 della Costituzione irlandese⁶¹.

Nel dibattito dottrinale successivo agli “*Accordi del Venerdì Santo*”, tuttavia, si è evidenziato come questo emendamento abbia prodotto un cambiamento dogmatico per quanto concerne la natura dell'attribuzione della cittadinanza che, da criterio di tipo territoriale, si è trasformato di fatto in una “opzione giuridica soggettiva privilegiata”, in ragione della facoltà in capo a ciascun individuo nato sull'isola di decidere non soltanto se cambiare o meno la propria cittadinanza originaria, ma addirittura di cumulare quella irlandese con quella britannica⁶².

Questo significa non soltanto che ad oggi, quanti hanno optato per la doppia cittadinanza si troverebbero ad essere, allo stesso tempo, cit-

⁶⁰ Per una ricostruzione, in una prospettiva costituzionalistica, del processo di pacificazione in Irlanda del Nord, oltre che del contenuto del *Belfast Agreement*, si veda G. CARVALE, *Un voto per la pace? Il referendum sul «Belfast Agreement» del 22 maggio 1998*, in A. TORRE, J. O. FROSINI (a cura di), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Rimini, 2012, pp. 191 ss.

⁶¹ Cfr. il testo originale dell'accordo, reperibile al seguente URL: www.inac.org/peaceprocess/goodfriday, nel passaggio in cui le Parti contraenti riconoscono «... *the birthright of all the people of Northern Ireland to identify themselves and be accepted as Irish or British, or both, as they may so choose, and accordingly confirm that their right to hold both British and Irish citizenship is accepted by both Governments and would not be affected by any future change in the status of Northern Ireland*».

⁶² Si vedano, per approfondimenti sulla questione della facoltà di accedere alla doppia cittadinanza, i lavori di J. COAKLEY, *The Belfast Agreement and the Republic of Ireland*, Oxford, 2001 e di A. MORGAN, *The Belfast Agreement: A Practical Legal Analysis*, London, 2000.

tadini comunitari ed extra-comunitari, ma anche che un'eventuale riforma (restrittiva) del diritto di opzione alla cittadinanza nei confronti degli abitanti dell'Ulster, implicherebbe il forte rischio di riaprire un conflitto armato che si riteneva ormai sopito⁶³. A ben vedere, insomma, il rompicapo giuridico-istituzionale che la *Brexit* ha aperto in Irlanda del Nord è forse anche più pericoloso – e di più difficile risoluzione –, rispetto ad una (ancora del tutto eventuale) nuova richiesta di secessione da parte della Scozia.

5. Per concludere: Calais come Khartum, ovvero il “doppio movimento” europeo

L'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea ha determinato un effetto paradossale: ad oggi, infatti, il confine interno dell'UE sulla Manica viene garantito da un Paese (ormai quasi) extra-comunitario e tutto ciò avviene in ragione di un Memorandum bilaterale tra la polizia britannica e quella transalpina, l'Accordo di Touquet, che stabilisce il principio dei cc. dd. “*Juxtaposed Controls*”.

Sulla base di questo Memorandum del 1993, infatti, Francia e Regno Unito hanno stabilito una serie di procedure amministrative e di polizia, con l'obiettivo di controllare i reciproci confini marittimi e terrestri, nel rispetto del diritto internazionale ed europeo, al fine di garantire l'ordine pubblico ed il controllo dei flussi migratori⁶⁴. Il confine (suggestivamente definito “*Fixed Link*” dalle Parti contraenti) viene garantito da controlli incrociati, per quanto concerne i “*cross-frontier movements*” dei cittadini extra-comunitari, mentre ad essere escluso dall'ambito di applicazione del Memorandum rimangono gli spostamenti dei vettori commerciali, oltre a quelli dei cittadini comunitari che si muovono da una parte all'altra della Manica (così gli artt. 6 e 7 dell'Accordo).

⁶³ Come ricorda opportunamente E. FALLETTI, *I giudici inglesi, il Diritto Europeo e il Brexit: alcune sommarie riflessioni*, in *www.forumcostituzionale.it*, 04. 11. 2016, p. 8, anche la *High Court of Justice* di Belfast è stata sollecitata ad esprimersi sulle conseguenze per l'Irlanda del Nord della *Brexit*, ma nel merito, il ricorso è stato rigettato.

⁶⁴ Il principio dei “*Juxtaposed Controls*” viene formalizzato all'art. 8 dell'Accordo, ove le Parti stabiliscono a chiare lettere che «*Within the Fixed Link, each Government shall permit officers of the other State to carry out their functions in its own territory in application of their power relating to frontier controls*».

Ai sensi dell'art. 26, inoltre, gli agenti di entrambe le forze di polizia possono liberamente esercitare le loro funzioni di pubblica sicurezza sia sul territorio francese, che su quello britannico: al riguardo, ci sembra interessante evidenziare come l'Accordo di Touquet si ponga in netta discontinuità con l'idea di confine sovrano che la dottrina internazionalistica ha elaborato nel corso della modernità giuridica.

In questo caso, infatti, siamo di fronte ad una nuova idea di “confine” che, da limite rigido che perimetra l'esercizio della sovranità statale su un determinato territorio, si trasforma in una sorta di barriera flessibile che consente incursioni securitarie anche agli agenti di polizia non sovrani, sulla base di un principio di reciprocità e di leale collaborazione tra Stati⁶⁵. Si tratta, in breve, di un mutamento strutturale dell'idea di confine – ripresa anche dalla Commissione europea in alcune sue Comunicazioni al Parlamento e al Consiglio nell'ultimo decennio – e che ha spinto la dottrina più attenta a parlare di “*Smart Borders*”, ossia di veri e propri “confini intelligenti”⁶⁶.

⁶⁵ Sull'idea di “confine fisso” – che nel pensiero costituzionalista e internazionalista moderno definisce la sovranità statale secondo la tradizionale dicotomia interno/esterno –, si vedano almeno A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, 2010 pp. 85 ss. e I. CIOLLI, *Il territorio rappresentato. Profili costituzionali*, Napoli, 2010, pp. 28 ss. Sulla necessità di tenere in considerazione anche la virtualità dei confini, a partire dalla concretezza degli spazi sovrani che essi delimitano, si rinvia alle riflessioni di E. RIGO, *Europa di confine. Trasformazioni della cittadinanza nell'Unione allargata*, Roma, 2007, pp. 149 ss.

⁶⁶ Cfr. al riguardo lo “*Smart Borders Package*”, proposto dalla Commissione europea in una Comunicazione del 2013 al Parlamento, reperibile al seguente URL: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/smart-borders/index_en.htm. La formula “*Smart Border*”, in realtà, era stata coniata dalla stessa Commissione già nel febbraio 2008, in una Comunicazione al Parlamento Europeo sulla necessità di riformare il sistema dei visti d'ingresso nell'UE (la Comunicazione è reperibile al seguente URL: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/doc_centre/borders/docs/1_en_act_part1_v12.pdf).

Per approfondimenti in dottrina, cfr. A. CAMPESI, *Polizia della frontiera, op. cit.*, pp. 35 ss., ma in particolare pp. 40-41, ove l'autore osserva come «*Il nuovo regime confinario [dell'Unione] non è dunque concepito per tenere in senso assoluto a distanza lo straniero, bensì per funzionare quale tecnologia governamentale di selezione dei movimenti accettabili. Esso agevola e facilita la libertà di circolazione di alcuni, rallentando o al limite bloccando i movimenti considerati a rischio, o comunque meno desiderabili*».

Sul punto si vedano anche le riflessioni di S. MEZZADRA E B. NEILSON, *Confini e frontiere. La moltiplicazione del lavoro nel mondo globale*, Bologna, 2014, in particolare il I capitolo, secondo paragrafo (pp. 18 ss.), dal significativo titolo «*Che cos'è un confine?*», per un ripensamento metodologico generale del concetto di “confine” nella tarda modernità, in un assetto geo-politico ormai post-sovranista e post-westfaliano.

In questa prospettiva, potremmo allora affermare che l'Accordo di Touquet ha trasformato il confine tra Francia e Regno Unito da strumento di divisione territoriale tra Stati sovrani, ad elemento di condivisione di politiche securitarie comuni tra Paesi limitrofi: un vero e proprio “*Share Border*” o meglio – riprendendo proprio la definizione giuridica dell'Accordo –, un “*Fixed Link*”, un “*Legame fisso*”, in cui a prevalere non è più la concezione statica, divisionale e rigida del confine – con la sua correlata dicotomia tra un interno da proteggere e un esterno da difendere anche militarmente –, ma una nuova componente di condivisione e cooperazione di misure e prassi poliziesche anti-migratorie.

Risulta paradossale, poi, che questo Accordo abbia assunto una così grande notorietà nel dibattito pubblico soltanto nel momento in cui i cittadini britannici si sono espressi a favore della *Brexit* e quando il Governo francese ha deciso di smantellare la c. d. “giungla” di Calais, una vera e propria *bidonville* sorta a pochi chilometri dall'Euro-Tunnel.

Soltanto all'indomani di questi due eventi, quindi, l'Accordo di Touquet ha assunto carattere paradigmatico *ante-litteram* di quel dispositivo di “esternalizzazione dei confini europei” che abbiamo visto all'opera, nel corso di queste pagine, nelle più recenti misure in materia di immigrazione da parte delle istituzioni UE. In sintesi, già con questo Accordo di polizia del 1993, Francia e Regno Unito aprivano la strada a quelle misure di *governance* dei flussi migratori, finalizzate ad impedire ai migranti in transito tra uno Stato e l'altro dell'Unione di superare i propri confini interni, per chiedere protezione internazionale in un Paese diverso da quello effettivamente competente ad accogliere la richiesta di asilo, così come previsto dal “Regolamento Dublino”.

Del resto, il rimedio degli accordi bilaterali per esternalizzare le frontiere esterne dell'Unione è stato utilizzato di recente da alcuni Governi europei, in particolar modo da quello italiano che, con un documento programmatico denominato “*Migration Compact*”⁶⁷, ha pro-

⁶⁷ Il testo di questo importante documento – che molto probabilmente inciderà sulla *governance* italiana di gestione dei flussi migratori nei prossimi anni – è reperibile al seguente URL: http://www.governo.it/sites/governo.it/files/immigrazione_0.pdf. Il documento in questione è stato presentato alla Commissione europea nel corso del mese di aprile 2016 ed è una sorta di implementazione dell' “Agenda europea sulle migrazioni”, per quanto concerne le modalità di definizione degli Accordi bilaterali che i singoli Paesi membri

posto alla Commissione di implementare questo modello di gestione “intelligente” dei confini, stipulando accordi di polizia direttamente con gli Stati africani da cui provengono la maggior parte dei richiedenti asilo presenti nel nostro Paese.

Come è possibile leggere nel paragrafo introduttivo di questo documento elaborato dal Governo italiano (ancora una volta, si tratta di un testo pienamente riconducibile allo strumentario internazionale di “*soft law*”, che non assume alcuna efficacia e rilevanza normativa):

«The recent EU/Turkey agreement represents the first attempt to initiate a large-scale cooperation with a third country and has shown that it is possible to use existing tools and budget in an innovative way. All existing initiatives and instruments in the field of external action should be directed (in a coherent way with the internal ones) to developing an active strategy, focussing first and foremost on African countries of origin and transit».

Ovviamente, la mancata conoscenza – in prospettiva storica, da parte del Governo italiano – dell’esistenza di precedenti accordi di regolamentazione dei flussi migratori internazionali, fa risalire questo modello di gestione dei confini (inconsapevolmente) al più recente Accordo tra UE e Turchia mentre, in realtà, come abbiamo visto, questo modello di *governance* dei flussi interni e delle frontiere esterne è assai più risalente nel tempo.

Come che sia, ad avviso dell’Italia, l’Unione dovrebbe porre in essere misure concrete per un «... *effective Border Control and reduction of flows towards Europe. The EU should help with “capacity building” initiatives and supply of equipment and technologies. Third countries should also engage in Search and Rescue activities. The European Border Guard, within its new mandate, has to step up the cooperation with third countries and have a coordinating role*»⁶⁸.

In questa proposta operativa di gestione dei flussi migratori internazionali, un ruolo fondamentale sarà senz’altro determinato dalla concreta attuazione del principio della c. d. “*Cooperation on returns/readmissions*”, che consisterebbe in una serie di «... *operational agreements, reciprocal posting of liaison officers in third countries*

dell’Unione dovrebbero stipulare, nel corso dei prossimi anni, con i Paesi di origine dei richiedenti protezione internazionale.

⁶⁸ Così a pag. 3 del “*Migration Compact*”.

and Member States to speed up identification and issuing of travel documents. The EU should fund these secondments as well as reintegration programmes for returnees. The third country should accept repatriations also via charter flights organized by individual Member States or by the European Border Guard»⁶⁹.

Sebbene il “*Migration Compact*” non sia stato ufficialmente recepito a livello normativo europeo, né sia stato oggetto di una valutazione politico-consultiva da parte della Commissione (né tanto meno del Parlamento), tuttavia l’Italia ha già incominciato autonomamente a dare seguito a questa sua dichiarazione di intenti. Nel corso dell’estate del 2016, infatti, il Capo della Polizia italiana ha firmato un Protocollo di cooperazione con il Governo del Sudan, al fine di rimpatriare direttamente in territorio africano tutti i migranti sudanesi (prescindendo dal loro *status* giuridico e dal loro diritto di inoltrare una richiesta di protezione internazionale in Italia), presenti irregolarmente sul territorio statale.

Il testo di questo Protocollo che, secondo la formulazione ufficiale, altro non è che un mero «*Memorandum d’intesa tra il Dipartimento della Pubblica Sicurezza del Ministero dell’Interno Italiano e la Polizia Nazionale del Ministero dell’Interno Sudanese*», risulta essere un documento operativo, diviso in articoli come un trattato internazionale, tra i Capi delle polizie delle Parti contraenti. Questo Memorandum, inoltre, non soltanto non è mai stato recepito nell’ordinamento italiano, ma è rimasto segreto fino a quando – in ragione dell’espulsione collettiva, il 24 agosto 2016, di una quarantina di profughi sudanesi, presenti a Ventimiglia, direttamente a Khartum –, a seguito di una interrogazione parlamentare al Ministero dell’Interno e di una campagna di denuncia da parte di alcune ONG, il Capo della Polizia italiana ha ritenuto opportuno renderlo pubblico⁷⁰.

Il Sudan, come è noto, non può essere considerato – ai sensi della normativa europea, internazionale e costituzionale – un “Paese sicuro” dove rimpatriare i migranti presenti sul territorio italiano (siano essi o meno richiedenti protezione internazionale), essendo il teatro di un

⁶⁹ *Ibidem.*

⁷⁰ Il testo ufficiale dell’Accordo è ora reperibile al seguente URL: <http://www.asgi.it/allontamento-espulsione/memorandum-italia-sudan-testo-commento-asgi/>. Per quanto riguarda l’interrogazione parlamentare sul caso, si rinvia all’A. S. 4/06296, reperibile al seguente URL: <http://parlamento17.openpolis.it/atto/documento/id/272008>.

conflitto civile che dura ormai da molti anni: proprio per questo motivo, l'attuale Presidente del Sudan, Omar Hasan Ahmad al-Bashir, è sotto processo innanzi alla Corte Penale internazionale de L'Aia per crimini di guerra e genocidio⁷¹.

Tuttavia, al di là di questi profili pur gravi di violazione palese della Convenzione di Ginevra, ciò che vorremmo evidenziare in questa sede è la chiara natura – ancora una volta – di “*soft law*” di questo Memorandum, finalizzato sostanzialmente a rimpatriare gli stranieri presenti sul territorio italiano provenienti dal Sudan, con un effetto deterrente nei confronti di quanti volessero in futuro scappare da quel Paese, al fine di chiedere protezione internazionale in Europa.

Il contenuto del Memorandum, inoltre, come detto, non è stato sottoposto ad alcun voto parlamentare, come pure richiederebbe l'art. 80 della Costituzione e, anche per questo motivo, risulta in palese violazione dell'art. 10, secondo comma Cost., che comunque prevede che «*La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali*»: pertanto, saremmo di fronte ad un “accordo internazionale in forma semplificata”⁷². Si consideri, inoltre, che il Memorandum incide in maniera significativa sulla libertà personale dei migranti sudanesi presenti sul territorio italiano i quali – così come stabilito all'art. 14 del testo –, in non ben definite situazioni di necessità e di urgenza, potrebbero essere rimpatriati in Sudan, anche soltanto a fini identificativi.

Addirittura, la disposizione in oggetto – al secondo comma – prevede che, nel caso in cui le Autorità sudanesi non dovessero riconoscere il migrante rimpatriato come proprio cittadino, quest'ultimo dovrebbe essere nuovamente trasferito in Italia, in condizioni di limitazione della libertà personale, in ragione di una decisione di natura

⁷¹ Per una ricostruzione dei fatti oggetto del procedimento nei confronti dell'attuale Presidente del Sudan, pendente innanzi alla Corte Penale Internazionale de L'Aia, si rinvia al seguente URL: <https://www.icc-cpi.int/darfur>. Per una puntuale ricostruzione della vicenda storica, si veda M. W. DALY, *Darfur's Sorrow: A History of Destruction and Genocide*, Cambridge, 2007.

⁷² Per approfondimenti su questa particolare qualificazione che la dottrina ha riconosciuto a taluni accordi internazionali, si rinvia a F. BRUNO, *Il Parlamento italiano e i Trattati internazionali. Statuto Albertino e Costituzione repubblicana*, Milano, 1997; E. CANNIZARO, *Gerarchia e competenza nei rapporti fra trattati e leggi interne*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1993, pp. 351 ss.; A. CASSESE, *Articolo 80*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1978, pp. 150 ss

amministrativa-poliziesca e in assenza di qualsiasi provvedimento dell'autorità giudiziaria (italiana o sudanese che sia).

Appare chiaro, quindi, alla luce delle osservazioni sin qui svolte, come questa prima attuazione del “*Migration Compact*” da parte del Governo italiano debba essere considerata come una dilatazione estrema delle politiche di *governance* europea dei flussi migratori, la cui conseguenza giuridico-istituzionale è quella di un “doppio movimento” europeo in materia di controllo e gestione securitaria delle frontiere dell'Unione.

Per “doppio movimento” nella tutela delle frontiere, intendiamo definire quel processo – analizzato nel corso di questo saggio – di esautoramento delle garanzie europee e costituzionali in materia di protezione internazionale, posta in essere dalla Commissione europea e dalla maggior parte degli Stati membri dell'Unione, al fine di far fronte all'emergenza umanitaria in atto nel Mediterraneo nel corso degli ultimi anni. Ad avviso di chi scrive, questo processo di esautoramento delle garanzie europee e costituzionali consiste:

- a) in un approccio amministrativo-poliziesco alla gestione dei flussi migratori internazionali, attraverso strumenti di “*soft law*” la cui giustiziabilità davanti ad un giudice interno, europeo ovvero internazionale (Corte di Strasburgo *in primis*) appare di difficile realizzazione;
- b) in un esautoramento delle garanzie giuridiche vigenti nel sistema “multi-livello” europeo, finalizzato a rendere difficile, in concreto, l'ottenimento della protezione internazionale per un ampio spettro di migranti che chiedono asilo politico nei Paesi europei di primo approdo (Italia e Grecia innanzitutto), attraverso accordi di cooperazione bilaterale, finalizzati ad esternalizzare il controllo delle frontiere a carico di quei Paesi terzi da cui provengono la maggior parte degli stranieri presenti sul territorio europeo;
- c) in una preferenza, sia da parte dell'UE che dei singoli Stati membri, per la stipulazione di accordi internazionali in forma semplificata, privi cioè di quelle formalità e di quelle garanzie procedurali espressamente previste dal TFUE (si pensi, ancora una volta, all'art. 218 del Trattato di Lisbona), ovvero dalle Costituzioni nazionali (il riferimento, nel caso dell'Italia, è all'art. 80 Cost.), con l'obiettivo di verticalizzare le scelte politiche in capo alla Commissione, a livello europeo, ed in capo ai singoli Governi, a livello nazionale, eludendo così i processi di pubblicità, trasparenza e

discussione democratica di queste decisioni da parte dei Parlamenti, europeo e nazionali;

- d) nell'evitare di utilizzare la tradizionale procedura inter-governativa a livello europeo – ormai definitivamente messa in crisi dalla *Brexit* –, favorendo in questo modo la stipulazione di Memorandum bilaterali d'intesa tra le forze di polizia degli Stati membri, il cui contenuto rimane segreto anche ai Parlamenti (oltre che alle pubbliche opinioni) nazionali.

Così facendo, la Commissione europea, con il sostegno della maggior parte dei Governi degli Stati UE, è in grado di perseguire una serie di obiettivi di *governance* dei flussi migratori che, tuttavia, collidono radicalmente con la normativa vigente, tanto a livello internazionale, quanto a livello europeo, in materia.

Un primo obiettivo di questa *governance* consiste, ad avviso di chi scrive, nell'evitare l'alterazione dell'*acquis* normativo europeo in materia di diritto d'asilo, anche al fine di evitare conflitti istituzionali che, visto l'elevato grado di fragilità e di delegittimazione – in questo particolare momento storico – delle istituzioni sovra-nazionali, determinerebbero una crisi ancora più acuta dell'Unione. Così facendo, tuttavia, si determina anche un ampliamento della discrezionalità politico-amministrativa di quegli Stati membri che, più di altri, in ragione della loro particolare posizione geo-politica nell'area mediterranea, sono costretti alla gestione (quotidiana ed emergenziale) di un massiccio flusso migratorio in entrata. In questo modo, inoltre, la Commissione restituisce *de facto* la competenza normativa europea in materia di asilo ai singoli Stati membri, determinando il riemergere di una serie di prerogative sovraniste che avrebbero dovuto, invece, essere assorbite – così come del resto prevede il diritto dei Trattati – proprio a livello sovranazionale.

Il secondo obiettivo di questa *governance* – perseguito concretamente sia dalle istituzioni europee, che dai singoli Stati membri – consiste nella sospensione *de facto* del Trattato di Schengen e nel ripristino delle frontiere interne, senza che questo processo di chiusura della circolazione dello spazio europeo possa essere considerato un arretramento significativo nel processo di integrazione: al contrario, la sospensione di Schengen viene definita formalmente come una misura

provvisoria e necessaria per garantire l'ordine pubblico dei singoli Paesi investiti dall'emergenza migratoria⁷³.

Quali saranno gli effetti – oltre che la sostenibilità giuridica rispetto alla complessiva architettura istituzionale europea – di questa nuova *governance* delle migrazioni, al momento è difficile da dire: quel che è certo è che l'attuazione di queste misure di “*soft law*” sta determinando, da un lato, un arretramento significativo delle tutele giuridiche dei richiedenti protezione internazionale presenti sul territorio europeo e, dall'altro, sta legittimando una serie di prassi amministrative e poliziesche che si pongono in palese violazione con le garanzie costituzionali minime in materia di libertà personale, quanto meno per quel che riguarda il nostro Paese.

Ci sembra che questo processo di esautoramento della normativa sovranazionale, internazionale e costituzionale, da parte degli strumenti di “*soft law*” posti in atto dalla Commissione europea e dai Governi dei singoli Stati membri, nel corso degli ultimi due anni in materia di diritto d'asilo, stia incrinando ulteriormente il rapporto di fiducia – già assai labile – che i cittadini europei nutrono nei confronti delle istituzioni europee. Se si vuole, il (oltre che la) *Finis Europae* passa anche di qui.

⁷³ In realtà, come evidenzia opportunamente G. CAMPESI, *Polizia della frontiera*, *op. ult. cit.*, pp. 69 ss., il ripristino delle frontiere interne è consentito dallo stesso Trattato di Schengen che, infatti, dà la possibilità ai singoli Stati membri di porre in essere “misure di compensazione” securitarie, con l'obiettivo di tutelare l'ordine pubblico lungo i confini statali, soprattutto in situazioni di emergenza umanitaria.

CRISI E RIDEFINIZIONE DELLA SOVRANITÀ NEL CONTESTO PLURILIVELLARE

di *Andrea Bosio e Sergio Dellavalle*

SOMMARIO: *1. Introduzione - 2. La concezione tradizionale della sovranità - 3. Il superamento della sovranità - 4. La ricerca di una terza via - 5. Verso un nuovo paradigma della sovranità.*

1. Introduzione

Nel lungo periodo che è andato dall'inizio dell'era moderna fino a pochi decenni or sono, la sovranità è stata concepita in termini monadici e gerarchici, e i conflitti di sovranità hanno avuto carattere essenzialmente orizzontale. Per quanto riguarda il primo punto, l'entità istituzionale – essenzialmente lo stato moderno – cui veniva attribuita la qualità della sovranità era intesa come *superiorem non recognoscens* nella misura in cui non condivideva poteri, autorità e norme con realtà esterne. In tal senso – e in esplicito contrasto con la tradizione medioevale che invece vedeva una complessa intersecazione di poteri, autorità e norme facenti capo a diversi ordinamenti coesistenti – lo stato moderno era concepito come un'entità autoreferenziale, come un corpo politico individuale che conviveva, e spesso confliggeva, con altri corpi politici. Inoltre, il suo ordinamento interno era considerato valido solo in quanto strutturato gerarchicamente, così che sia le istituzioni, sia le norme apparivano collocate su una scala di potere ascendente, da quelle a tutte subordinate a quelle a tutte sovraordinate, passando per vari gradi intermedi. In tale visione non vi era spazio per la possibilità che due norme, applicabili nello stesso ambito, potessero essere considerate contemporaneamente valide. Una tale evenienza era invariabilmente vista come un'antinomia da risolvere chiarendo la rispettiva posizione gerarchica delle norme in questione, ovvero come una patologia da sanare. Non che non vi fossero stati, già nell'era moderna, tentativi di superare la sovranità monadica, o quanto meno di affiancarle un ordinamento universalistico nel quale essa avrebbe dovuto inserirsi. Tuttavia, tali tentativi di superamento della sovranità

moderna rimasero per lo più all'interno di una dottrina del diritto naturale in cui il quadro normativo universalistico – e dunque collocato oltre l'assolutezza della sovranità dello stato particolare – non andava oltre i principi consuetudinari della ragione naturale¹. Oppure, anche quando la dimensione universalistica prendeva forma giuridica, come in Kant, essa non si traduceva in una proposta univoca e concretamente realizzabile².

La concezione monadica dello stato sovrano implicava che i conflitti di sovranità non potessero essere che esterni e orizzontali. Affrontandosi quali unità chiuse in sé, prive di sovrapposizioni istituzionali e normative e in una condizione di eguale sovranità, gli stati gestivano i conflitti come una contrapposizione nei confronti di entità "altre", normativamente collocate su un piede di parità, anche se fattualmente per lo più contraddistinte da un evidente disequilibrio di forze. Anche nei casi in cui il conflitto si sviluppava *all'interno* dello stato – a seguito della pretesa di alcuni territori di rendersi indipendenti – il conflitto di sovranità rimaneva privo di possibilità di compromesso. Lo stato centrale non riconosceva, in altri termini, alcuna sovranità originaria in materie di competenza centrale ai territori secessionisti, e questi ultimi rivendicano una non meno incontrovertibile sovranità assoluta. Nella stessa tradizione federalista statunitense, in cui l'idea di sovranità condivisa era ben presente, la sovranità del potere centrale e quella degli stati membri era concepita come ben distinta, senza ambiti di competenza concorrente. La conseguenza fu che, allorché alcuni stati sfidarono il potere centrale in quelle che erano le sue competenze costituzionali, nacque pure in questo caso un conflitto tra sovranità non sovrapponibili: l'una che, in nome delle prerogative federali, negava del tutto la sovranità dell'altra, e la seconda intenzionata a rivendicarne la pienezza. Pertanto, per il potere federale non era un conflitto di sovranità *interno* perché alla controparte non era rico-

¹ Si vedano, a questo proposito, soprattutto le opere di Hugo Grozio e Samuel Pufendorf: H. GROTIUS, *De Jure Belli ac Pacis* (1646), Buffalo (NY), 1995; S. PUFENDORF, *De jure naturae et gentium libri octo* (1672), Buffalo (NY), 1995.

² Sull'irrisolto conflitto, nelle opere di Kant, tra l'ipotesi di una «repubblica mondiale» (*Weltrepublik*) e quella della «confederazione di popoli» (*Völkerbund*), si veda: I. KANT, *Zum ewigen Frieden* (1795), in I. KANT, *Werkausgabe*, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Frankfurt a. M., 1977, Bd. XI, pp. 212 ss.; I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), in I. KANT, *Werkausgabe*, cit., nota 2, Bd. VIII, § 54 ss., pp. 467 ss.

nosciuta sovranità nel senso del diritto internazionale, e per i Confederati era un conflitto *esterno* tra stati compiutamente sovrani.

Lo sviluppo della globalizzazione e il consolidamento delle organizzazioni internazionali hanno creato negli ultimi decenni una situazione del tutto nuova, lanciando una sfida senza precedenti alla concezione tradizionale di sovranità. Innanzitutto è stata infatti ampiamente limitata l'autodeterminazione politica ed economica dello stato sovrano. Inoltre, l'insieme delle organizzazioni internazionali ha instaurato un quadro istituzionale e giuridico sovraordinato rispetto agli attori prima considerati sovrani. Peraltro, tale primato – o “primazia” – non si traduce in una supremazia complessiva e fondata gerarchicamente, com'era il caso nei regimi federali. Infatti, la possibilità di usare la forza per imporre il rispetto delle norme rimane prerogativa degli attori statali, anche se l'uso *legittimo* della forza può essere reso dipendente dall'autorizzazione sovrastatale. Inoltre le competenze delle organizzazioni sovrastatali sono per lo più solo settoriali, né è possibile affermare che tali competenze sovrastino generalmente quelle che permangono a disposizione degli attori statali. In altri termini, l'organizzazione sovrastatale può avocare a sé competenze significative – quali, ad esempio, la tutela del libero commercio o degli investimenti – e asserire superiorità normativa in tali ambiti. Ciò non significa, tuttavia, che tali ambiti siano *nel loro complesso* normativamente più rilevanti di quelli che restano presso le autorità statali, tra i quali spiccano, del resto, ambiti tanto significativi per la vita della collettività quali la tutela dei diritti fondamentali e, in gran parte, della legittimità del potere pubblico. Ossia, mentre nei regimi federali classici le competenze centrali costituiscono il quadro più rilevante della vita pubblica, tale da inglobare le dimensioni subordinate dei poteri federati, nella costellazione postnazionale la superiorità normativa del più inclusivo ordinamento sovrastatale va bilanciata con una non meno evidente e contraria pretesa di supremazia, ovvero con quella che deriva dalla tradizionale capacità degli attori statali di garantire la legittimità dell'ordinamento pubblico nonché standard accettabili di libertà e giustizia.

Ne deriva una struttura complessa, interconnessa e poliarchica, il cui esempio più noto è dato dall'Unione Europea, ma le cui caratteristiche essenziali si riscontrano anche in altre realtà postnazionali. In tale contesto, i conflitti di sovranità divengono *interni e verticali*. Sono interni perché coinvolgono entità appartenenti a vario titolo ad un

unico ordinamento giuridico e istituzionale. E sono verticali perché non contrappongono più entità poste sullo stesso livello, bensì istituzioni e sistemi giuridici di diversa capacità inclusiva e di diverso valore normativo. Tuttavia, mentre nella concezione nazionale tradizionale istituzioni e norme hanno un posto univoco nella scala gerarchica, nella costellazione postnazionale è consueto non solo che un'istituzione o una norma sovrastatale o sovranazionale ambisca a veder riconosciuta una sua superiorità normativa in ragione della maggiore inclusività, ma debba anche accettare una contemporanea e contraria superiorità di norme e istituzioni statali nella misura in cui queste tutelano i diritti fondamentali dei cittadini. In tale situazione, la gerarchia lascia il posto al confronto e la contemporanea validità di più norme e autorità, provenienti da ordinamenti diversi ma applicabili nello stesso campo, non è più necessariamente una patologia, ma è vista da molti come una preziosa opportunità.

Le reazioni alla costellazione postnazionale e alle sue conseguenze sul concetto di sovranità sono essenzialmente tre. La prima considera la nuova realtà come una minaccia sia nei confronti della certezza del diritto, sia per le prerogative del potere politico, sia, infine, per la stessa legittimità democratica della dimensione pubblica. Prendendo le mosse dalla definizione di sovranità ad opera di Jean Bodin, autori contemporanei precisano le ragioni della sua difesa contro un'integrazione internazionale presunta eccessiva, così come contro ogni ambizione volta all'approfondimento dell'Unione Europea (*infra*, § 2). La seconda reazione è, per molti versi, opposta alla precedente, in quanto mira a superare il concetto di sovranità, fino a cancellarlo del tutto. Anche in questo caso il punto di partenza è rappresentato da un "padre nobile", ovvero da Hans Kelsen quale primo autore che concepì un sistema giuridico-istituzionale privo di riferimenti al principio di sovranità. Gli autori più recenti, pur condividendo l'idea della necessità di cancellare la sovranità dal panorama concettuale in uso, o quanto meno di limitarne radicalmente la portata, si sono tuttavia chiaramente allontanati dagli intenti del loro predecessore. Infatti, il fine dei critici contemporanei della sovranità è, non da ultimo, la giustificazione di una *governance* transnazionale di carattere tecnocratico e con prevalenza del potere esecutivo, la quale risulta sostanzialmente indifferente rispetto sia alla questione della certezza del diritto – come garanzia della sua trasparenza nei confronti di tutti coloro che vi sono soggetti – sia a quella della legittimazione del potere (*infra*, § 3). La

terza posizione si colloca press' a poco a metà strada, anche se con una certa tendenza verso una visione post-sovrano-centrica del mondo. Infatti, sebbene si condivida l'idea che la sovranità tradizionale abbia fatto significativi danni e vada consegnata alla storia, ciò nonostante si riconosce anche che il potere sovrano dava garanzie di legittimità, certezza e – spesso – tutela dei diritti, che nessuna costellazione post-sovrano-centrica ha finora mostrato di saper eguagliare. Ne risulta un complesso tentativo di conciliare il mantenimento di una certa concezione di sovranità, peraltro ora resa compatibile con un contesto di interdipendenza normativa e istituzionale, e l'apertura verso una valutazione positiva degli ordinamenti sovranostatali e sovranazionali (*infra*, § 4). Una tale visione, del resto, non si limita a ridefinire i contorni del concetto di sovranità, ma inserisce anche tale tentativo in una ancora più ampia e ambiziosa rivoluzione paradigmatica, al cui esito è legata una possibile profonda trasformazione del concetto stesso di diritto, dalla sua concezione gerarchica a una sua reinterpretazione in senso dialogico (*infra*, § 5).

2. La concezione tradizionale della sovranità

Sin dai tempi della sua prima teorizzazione sistematica ad opera di Jean Bodin, il concetto di sovranità è stato inscindibilmente collegato all'entità statale: chi è sovrano non ha nessun potere al di sopra di sé, così che lo stato sovrano è espressione dell'istanza ultima che decide entro i confini di un determinato territorio e che non ammette ingerenze dall'esterno. L'orizzonte unitario e particolaristico statale segna dunque i confini entro cui viene inizialmente elaborato e sviluppato il concetto di sovranità. Bodin, nel primo dei suoi *Six livres de la République*, introducendo gli elementi fondamentali della sua filosofia politica, asserisce infatti che «la sovranità è il potere assoluto e perpetuo dello Stato»³. La sovranità viene pertanto identificata come un potere perpetuo, assoluto, indivisibile e inalienabile che attribuisce al sovrano una *plenitudo potestatis* che lo colloca al vertice della gerarchia stata-

³ J. BODIN, *Les six livres de la République*, Paris, 1580 (1^a ed. 1576); trad. it. di M. I. Parente, Torino, 1964, vol. I, p. 345.

le⁴. Il concetto di sovranità si sostanzia così primariamente nel potere assoluto di dare, annullare, modificare e interpretare le leggi. Inoltre il sovrano è *legibus solutus* poiché le leggi da lui promulgate, «anche se fondate su buone e forti ragioni, ciò nonostante non dipendono che dalla sua pura e franca volontà»⁵.

Al fine di legittimare tale potere sovrano, Bodin ricorre alla teoria aristotelica dell'origine familistica della collettività politica⁶. Secondo questa concezione, «per Stato si intende il governo giusto che si esercita con potere sovrano su diverse famiglie e su tutto ciò che esse hanno in comune fra loro»⁷. La famiglia è l'unità fondamentale su cui si basa lo stato, una società fondata sull'ordine naturale, all'interno della quale – secondo Bodin – il *pater familias* gode di un'incontestabile autorità. Allo stesso modo, poiché lo stato non è altro che una sorta di macronucleo familiare, il potere è posto legittimamente secondo le stesse leggi di natura nelle mani del detentore dell'autorità pubblica. Il parallelismo così instaurato tra autorità paternale e autorità sovrana⁸ fa sì che quest'ultima tragga legittimazione dalla stessa legge naturale da cui trae giustificazione la prima, ammantando di una certa sacralità la figura del sovrano. La logica conseguenza di tale concezione discendente del potere pubblico, fondato sull'ordine naturale, è l'esclusione dall'esercizio di tale potere dei singoli individui, concepiti esclusivamente come sudditi che devono incondizionata obbedienza al comando sovrano.

⁴ Va constatato come lo stesso Bodin, pur avendo affermato il carattere assoluto della potestà sovrana, avesse individuato alcuni limiti all'esercizio della medesima. Tuttavia, tali limitazioni, in virtù della loro stessa formulazione, si riducevano a mere enunciazioni di principio; sul punto si veda: L. VENTURA, *Sovranità: da J. Bodin alla crisi dello stato sociale*, Torino, 2014, pp. 11 ss.; N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà*, Bologna, 1976; J. H. FRANKLIN, *Jean Bodin and the rise of Absolutist Theory*, Cambridge/New York, 1973, in particolare pp. 73 ss.

⁵ J. BODIN, *Les six livres de la République*, cit. nota 3, p. 359.

⁶ Cfr. S. GOYARD-FABRE, *Jean Bodin et le droit de la République*, Parigi, 1989, pp. 81 ss. Per un confronto Bodin – Aristotele, si veda: D. MAROCCO STUARDI, *La République di Jean Bodin. Sovranità, Governo, Giustizia*, Milano, 2006, pp. 15 ss.

⁷ J. BODIN, *Les six livres de la République*, cit. nota 3, p. 159.

⁸ L'argomento familistico sarà anche utilizzato da Bodin per dimostrare il carattere prettamente naturale del regime monarchico. La più naturale delle istituzioni umane, la famiglia, ha un solo capo, il padre; ne consegue che è connaturato alla natura delle cose che la sovranità spetti a un unico soggetto, il monarca. Cfr. G. CONTI ODORISIO, *Famiglia e Stato nella Repubblica di Jean Bodin*, Torino, 1993, pp. 31 ss.

È indiscutibile che la teoria della sovranità di Bodin abbia rappresentato un punto di svolta nella teoria politica del pensiero occidentale. Non stupisce, quindi, che la concezione classica della sovranità, con i dovuti aggiustamenti concettuali, sia tuttora condivisa da numerosi interpreti contemporanei del diritto pubblico. Comune a tutti è l'idea dell'irriducibile e indivisibile sovranità delle singole comunità politiche. Ciò in cui differiscono le varie posizioni teoriche ascrivibili a questa corrente di pensiero sono i contenuti di tale idea di sovranità. A tal proposito, sono distinguibili due varianti.

La prima variante si focalizza maggiormente sul potere, intendendo la sovranità come l'espressione di un atto di volontà politica originario e non eteronomo. In effetti, la proposta teorica di Martin Loughlin aggiorna la concezione della sovranità elaborata da Bodin⁹ introducendo giustificatamente una forma di legittimazione dell'autorità ascendente¹⁰. Essa resta tuttavia ancorata a un'interpretazione dell'ordine unitaria e stato-centrica. Nella formulazione di Loughlin, infatti, la sovranità, concetto situato al confine tra politica e diritto¹¹, funge da simbolica rappresentazione di quel preciso atto di volontà che costituisce una determinata collettività politica, istituisce il potere pubblico che la governa e crea un esclusivo legame tra chi governa e chi è governato¹². Detto altrimenti, la sovranità è l'idea regolativa che rende possibile concepire come ontologicamente e storicamente correlati i concetti di stato e di diritto pubblico: da un lato l'idea astratta della sovranità nacque solo con l'affermazione dello stato quale istituzione impersonale dotata di un'autorità suprema in un definito territorio e distinta

⁹ Emblematicamente viene riservata molta attenzione al pensiero bodiniano in M. LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, Oxford/New York, 2010, pp. 56–73.

¹⁰ *Ivi*, p. 224.

¹¹ M. LOUGHLIN, *Ten tenets of sovereignty*, in N. WALKER, *Sovereignty in transition*, Oxford/Portland, 2003, p. 69. Peraltro l'autore non si mantiene sempre fedele all'affermazione per cui diritto e politica costituiscano due sfere assolutamente autonome, seppur intrinsecamente legate. Cfr. M. LOUGHLIN, *The Idea of Public Law*, Oxford/New York, 2003, p. 47, dove l'autore sembra sostenere l'argomento tipicamente schmittiano per cui il diritto deve riconoscere l'esigenza ultima di necessità politica di un'azione di governo extra-legale e fornire il contesto in cui questa possa esprimersi; riconosciuta tale esigenza il diritto perde proprio il suo carattere autonomo perché rischia di diventare lo strumento di governo di un'autorità che opera al di sopra di ogni limite normativo sostanziale.

¹² M. LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, cit. nota 9, p. 56; M. LOUGHLIN, *Why Sovereignty?*, in R. RAWLINGS, P. LEYLAND, A. YOUNG (eds.), *Sovereignty and the Law: Domestic, European and International Perspectives*, Oxford/New York, 2013.

dalla società, dall'altro lato il diritto pubblico è il frutto di quell'atto autonomo e particolaristico di volontà politica sovrana attraverso cui una determinata collettività si autocostruisce come società politica. Intesa in questo senso la sovranità è quel fondamentale costrutto teorico che ci consente di concepire lo stato come un'entità politica unitaria ed autonoma rispetto agli altri stati. Essa è dunque uno dei concetti fondativi del diritto pubblico, del *public law* inteso come insieme di norme, regole, principi, usi e consuetudini che sostengono e regolano l'attività di governo dello stato.

La seconda variante della ripresa contemporanea dell'idea tradizionale di sovranità insiste invece sul concetto di identità nazionale. Secondo tale approccio, il contenuto della sovranità si sostanzia nell'unità nazionale di un popolo in grado di legittimare il potere pubblico instaurato attraverso la costituzione nazionale. A sua volta l'unità nazionale di un popolo – secondo Dieter Grimm, uno dei maggiori esponenti del costituzionalismo tedesco – deriva dal linguaggio condiviso dai membri di una determinata comunità: solo una comunanza di linguaggio può infatti adeguatamente legittimare le istituzioni del potere pubblico e l'esercizio di tale potere¹³. L'unità dello stato nazionale fondata sulla sua indiscutibile sovranità in questo caso è frutto dell'autocomprensione di un popolo quale attore politico attivo e partecipante, caratterizzato da una sufficiente omogeneità sociale e culturale, nonché di una sfera comunicativa consolidata. La funzione del concetto di sovranità è, quindi, di proteggere l'autodeterminazione democratica di una comunità politicamente coesa¹⁴, poiché solo l'unità del sistema giuridico fondata sul primato della costituzione nazionale e del potere pubblico con essa instaurato può garantire la realizzazione dello stato di diritto e la legittimità dello stesso.

Quali sono, a questo punto, le conseguenze che la difesa di una concezione tradizionale della sovranità produce se applicata al contesto postnazionale, sia esso unionale o, più in generale, sovrastatale? In entrambe le varianti prese in considerazione, il concetto di sovranità è inscindibilmente legato all'esistenza di un *demos* costituente, sia esso frutto di un atto di volontà politica di un'entità sociale autonoma che

¹³ D. GRIMM, *The Constitution in the Process of Denationalization*, in *Constellations*, vol. 12, n. 4, 2005, pp. 447 ss.

¹⁴ D. GRIMM, *Sovereignty Today. The Origin and Future of a Political and Legal Concept*, New York, 2015, p. 128.

si autocostruisce tramite la stipula di una legge fondamentale come suggerito da Loughlin, oppure sia la traduzione giuridica dell'identità socio-linguistica e pre-politica della nazione come sostenuto da Grimm. L'esistenza di un *demos* così definito è condizione necessaria a garantire un sufficiente grado di legittimità democratica all'interno della comunità nazionale, poiché ogni potere pubblico è legittimo solo se deriva dalla volontà libera e riflessiva di coloro che a tale potere sono soggetti. Date queste premesse, qualsivoglia potere sovrastatale – anche e soprattutto il più ambizioso e influente di tutti, ovvero il potere che risiede nell'Organizzazione delle Nazioni Unite – non godrà di alcuna legittimità democratica se si renderà anche solo parzialmente autonomo dalla volontà sovrana degli stati membri. Nella misura in cui l'intatta sovranità garantisce l'autonomia dei governati e la legittimità del potere pubblico, la sua difesa nella costellazione sovrastatale diviene *conditio sine qua non* del mantenimento di standard democratici normativamente validi.

Indubabilmente, il potere pubblico sovrastatale presenta caratteristiche diverse da quello sovrastatale, e – almeno questo si potrebbe pensare – tali caratteristiche sembrerebbero favorire una legittimazione autonoma, sebbene in un contesto non sovrano nel senso tradizionale del termine. Innanzitutto, infatti, il potere pubblico dell'Unione Europea è non solo molto più chiaramente individuabile, ma anche dispone di un suo proprio organo legittimante – o, quanto meno, co-legittimante. Ciò nonostante, i sostenitori del concetto tradizionale di sovranità non si mostrano più ottimisti nemmeno in questo caso. In particolare, l'argomento decisivo è dato, anche qui, dalla presunta assenza di una compiuta legittimazione democratica a causa dell'inesistenza di un *demos* costituente e legittimante europeo¹⁵. In altre parole, se si assume come presupposto fondamentale al fine di legittimare le istituzioni deputate al governo della comunità sociale e politica, sia a livello nazionale che sovranazionale, l'esistenza di un popolo unito da tratti pre-giuridici e pre-politici, l'assenza di un *demos* europeo storicamente sedimentato non può che essere considerata come un ostacolo insormontabile al consolidamento di una legittimazione democratica a livello sovranazionale. Vista l'ineludibilità dei presupposti del costituzionalismo fondazionale, alcuni studiosi euroscet-

¹⁵ D. GRIMM, *Braucht Europa eine Verfassung?*, in *Juristenzeitung*, 50. Jahrgang, n. 12, 1995, pp. 581–591.

tici sostenitori della cosiddetta *no demos thesis* hanno sottolineato la necessità di una parziale rinazionalizzazione delle competenze unionali. Quanto non convince in particolare Grimm è l'«ipercostituzionalizzazione» dell'Unione Europea, cioè la sproporzionata assegnazione di competenze in capo alla Commissione Europea e alla Corte di Giustizia e il conseguente acuirsi del deficit democratico endemico delle istituzioni europee¹⁶. Ovviamente tale diagnosi non può se non appoggiarsi su una presunta impossibilità – peraltro assai contestabile – di affidare al Parlamento Europeo il ruolo di garante della legittimità del potere pubblico unionale. I motivi addotti non sono nuovi, né diventano per questo più convincenti: tra gli altri, si cita la mancanza di una legge elettorale comune a tutti gli stati membri, l'assenza di un'opinione pubblica europea, la forte disomogeneità nel rapporto rappresentanza – popolazione, la mancanza di partiti europei. Va da sé che la ripetuta e insistente critica del Parlamento Europeo (PE) non manca di un suo intrinseco carattere performativo. Infatti, l'affermazione della mancanza di competenze del PE diventa anche espressione di una precisa non-volontà politica. Inoltre, se si prende posizione contro la piena presa di coscienza delle potenzialità del PE in termini di competenze, diventa alquanto banale ribadire la sua incapacità di garantire la legittimazione democratica. Una volta collocata la sua posizione nell'orizzonte del consueto scetticismo nei confronti della capacità, da parte delle istituzioni unionali, di dare autonoma legittimità democratica al potere pubblico europeo, a Grimm non rimane altra soluzione che individuare nelle Corti costituzionali nazionali l'argine adatto a controbilanciare la tecnocratizzazione e depoliticizzazione della sfera europea¹⁷. A questo proposito, sembra peraltro poco coerente ritenere che il potere giudiziario, considerato uno dei maggiori responsabili della deriva tecnocratica in ambito europeo, possa svolgere un ruolo diametralmente opposto a livello nazionale.

3. Il superamento della sovranità

¹⁶ D. GRIMM, *The Democratic Costs of Constitutionalisation: The European Case*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 4, pp. 460–473.

¹⁷ D. GRIMM, *Die Rolle der nationalen Verfassungsgerichte in der europäischen Demokratie*, in C. FRANZIUS, F. C. MAYER, J. NEYER (Hrsg.), *Grenzen der europäischen Integration*, Baden-Baden, 2014, pp. 27 ss.; si veda altresì: D. GRIMM, *Sovereignty Today*, cit. nota 1414.

Al polo opposto rispetto alle teorie che sostengono apertamente la sovranità dello stato nazionale si collocano le proposte teoriche che sanciscono l'inutilità epistemologica del concetto tradizionale di sovranità. Nel corso della storia del pensiero contemporaneo nessun autore ha rappresentato questa posizione in maniera così articolata e coerente come Hans Kelsen. Nella sua *Dottrina pura del diritto* il concetto di sovranità fu infatti radicalmente criticato e desostanzializzato: nel contesto della concezione kelseniana, essa non denota più quell'insieme di prerogative la cui titolarità compone materialmente il potere assoluto e perpetuo dello stato, bensì solo un'essenziale qualità dell'ordinamento giuridico¹⁸; in particolare quella qualità per cui l'ordinamento non deriverebbe la sua legittimità da nessun altro ordinamento superiore. La sovranità non si riconosce quale caratteristica immanente di un soggetto sovrano, ma semmai è una tendenza conoscitiva legata alla circostanza per cui un ordinamento può essere considerato come statale o giuridico solo in quanto l'individuo osservatore lo presupponga come supremo ed autonomo¹⁹. Intendendo quindi la sovranità come un concetto relazionale e in particolare come la non derivabilità della validità di un ordinamento giuridico da un ordinamento sovraordinato, Kelsen ne auspicò la radicale rimozione dal discorso politico-giuridico²⁰. La ragione di tale definitiva liquidazione deriva dalla postulazione dell'esistenza di un unico sistema giuridico universale all'apice del quale è collocato il diritto internazionale.

¹⁸ H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge (MA), 1945.

¹⁹ Ci si potrebbe chiedere: quando un individuo osservatore è spinto a ipotizzare questa sovranità? Kelsen propone peraltro una soluzione del tutto coerente con i presupposti teorici della dottrina pura: poiché la sovranità non è un fatto bruto empiricamente rilevabile, la domanda in realtà riguarda le condizioni psicologiche in presenza delle quali si è indotti ad avanzare l'ipotesi logico-giuridica della sovranità, nonché le cause sociali che portano ad una rappresentazione condivisa di essa. Essendo una questione di psicologia sociale, è impossibile risolverla con strumenti giuridici; perciò la soluzione del quesito è totalmente irrilevante per la validità logica di una concezione, per la verità del suo contenuto, cfr. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, 1928.

²⁰ Raccoglie l'auspicio kelseniano di una radicale rimozione del termine sovranità dal lessico politico-giuridico L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Roma-Bari, 1997, secondo il quale «la storia giuridica della sovranità è la storia di un'antinomia tra due termini – diritto e sovranità – logicamente incompatibili e storicamente in lotta fra loro», antinomia che oggi sarebbe più evidente a causa della crisi dello stato nazionale quale soggetto sovrano (cit. nota 20, p. 43).

Quest'ultimo, in virtù della sua maggior inclusività, è collocato al vertice della piramide giuridica globale e forma con il diritto interno dei singoli stati un unico ordinamento, un'unità logica postulata in termini trascendentali²¹. Una volta posto il carattere unitario ed esclusivo dell'ordine giuridico cosmopolitico, il concetto di sovranità palesa, per Kelsen, la sua inconsistenza epistemologica: se la sovranità altro non è che una relazione normologica fra inferiore e superiore, in presenza di un unico sistema giuridico globale, il problema della non derivabilità non sarebbe neanche logicamente prospettabile²².

La teoria normativa kelseniana, vaticinando la dissoluzione della sovranità, auspica la costituzione di un ordinamento cosmopolitico, la *civitas maxima*, ad immagine della *Weltrepublik* kantiana²³. Sebbene la concezione di Kelsen rappresenti uno dei momenti più affascinanti dell'intera storia del pensiero giuridico, l'aver concepito l'ordine universale come un sistema unitario e conchiuso, come un'entità monadica corrispondente ad uno stato globale e fondata su un approccio conoscitivo esclusivamente normativo-giuridico, non solo rende fattualmente non implementabile il progetto di Kelsen, ma gli impedisce anche di rilevare la pluralità di livelli in cui si articola qualunque ordinamento e di valorizzare la funzione di garanzia di legittimità del potere politico e di integrazione sociale svolta da quest'ultimo.

Nonostante i difetti in cui incappa la strutturazione unitaria del sistema giuridico della *civitas maxima*, a Kelsen va riconosciuto l'indubitabile merito di aver spezzato quell'inscindibile rapporto che univa il concetto di sovranità al concetto di stato e di aver dato un fondamentale contributo allo sviluppo e alla valorizzazione del diritto internazionale. In effetti, pur muovendo da presupposti teorici assolutamente opposti, tutti i recenti tentativi di ridefinire e riconcettualizzare la sovranità prendono avvio dalla dissoluzione del binomio sovranità – stato e dall'attenzione ai processi politici e giuridici in atto al di

²¹ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, 1934; trad. it. di A. Carrino, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1990, p. 371.

²² Per una critica della tesi kelseniana e più in generale di tutte le posizioni liquidatorie del concetto di sovranità si veda: B. DE GIOVANNI, *Elogio della sovranità politica*, Napoli, 2015.

²³ H. KELSEN, *Peace Through Law*, Chapel Hill (NC), 1944. Sulle incongruenze generate dal doppio proposito kelseniano di fondare un metodo oggettivo e a-politico applicabile alla scienza del diritto e promuovere un progetto politico di un ordine globale completamente legalizzato e istituzionalizzato si veda: J. V. BERNSTOFF, T. DUNLAP, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*, Cambridge/New York, 2010.

fuori della sfera prettamente nazionale. L'attuale critica della sovranità si basa proprio sulla considerazione del ridimensionamento del ruolo delle entità statali nel panorama politico e giuridico globale. L'intensificarsi e l'ampliarsi dei rapporti di traffico, comunicazione e scambio causati dalla globalizzazione non solo ha sollevato nuove problematiche e nuovi interrogativi irrisolvibili esclusivamente sul piano nazionale, ma ha anche determinato la proliferazione ed affermazione di nuovi soggetti pubblici e privati in grado di affiancare e in alcuni casi anche di concorrere con la potestà regolativa statale. L'idea di uno stato sovrano che esercita un potere supremo e assoluto su un determinato territorio viene messa da parte per far posto a un sistema di relazioni orizzontali globali in cui lo stato è solo uno dei molteplici attori che agiscono a livello globale e in cui assumono una netta prevalenza i cosiddetti *networks of global governance*²⁴, cioè sistemi transnazionali di interazione e regolazione composti da stati, organizzazioni internazionali, organizzazioni non governative, amministrazioni nazionali²⁵, istituzioni giudiziarie internazionali²⁶. L'immagine dello stato sovrano quale soggetto unitario che agisce sulla scena internazionale come un'entità monadica viene soppiantata dall'idea di un ordinamento globale dai caratteri prevalentemente amministrativi, in cui attori globali pubblici, privati e ibridi contribuiscono a formare un ordine poliarchico e multilivellare privo di una rigida scala gerarchica. Parallelamente, la sovranità non deve essere più concepita in maniera esclusiva, anzi al contrario può essere definita come l'effettivo esercizio di un potere pubblico su una determinata comunità con riguardo a una determinata forma di interazione sociale. Tale ridefinizione offre la possibilità di strutturare il potere sovrano secondo un sistema reticolare di poteri diffusi in cui ciascuna *public authority* persegue i propri specifici obiettivi facendo ricorso sia a strumenti

²⁴ Cfr. A. M. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton, 2004.

²⁵ B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. B. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and contemporary problems*, vol. 68, n. 15, 2005, pp. 15–61.; R. B. STEWART, *Il diritto amministrativo globale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 2005, pp. 633–640.

²⁶ A. BOGDANDY, I. VENZKE (eds.), *International Judicial Lawmaking*, Heidelberg, 2012.

giuridici vincolanti sia, e forse maggiormente, a strumenti di *soft law*²⁷.

Tuttavia, in netto contrasto con la rapida affermazione delle autorità pubbliche internazionali, la loro legittimazione non sembra essere costruita su basi democratiche. Al contrario sembra basarsi sulle presunte superiori competenze tecniche e capacità dei detentori del potere. In altre parole, una volta postulata l'impossibilità di costruire un *demos* globale in grado di conferire ai *networks of global governance* una sufficiente legittimazione democratica attraverso il meccanismo elettivo²⁸, è stata così dedotta la necessità di offrire forme alternative di legittimazione²⁹. Le soluzioni offerte spaziano dalla proceduralizzazione del momento decisionale³⁰, al ridimensionamento del concetto di legittimità in termini di legalità o garanzia giurisdizionale³¹, all'individuazione di una forma di legittimazione orientata al risultato³². Fondando l'esercizio del potere esclusivamente su un tipo di razionalità prettamente tecnico, l'attività di governo sembra così coinci-

²⁷ Per una dettagliata analisi degli strumenti giuridici attraverso cui le istituzioni internazionali esercitano il proprio potere pubblico e delle difficoltà concettuali insite nella distinzione tra strumenti giuridici vincolanti e non vincolanti si veda: M. GOLDMANN, *Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority*, in *German Law Journal*, vol. 9, n. 11, 2008, pp. 1865–1908.

²⁸ In questi termini si esprimono: S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2006, pp. 30 ss.; T. MACDONALD, K. MACDONALD, *Non-Electoral Accountability in Global Politics: Strengthening Democratic Control within the Global Garment Industry*, in *European Journal of International Law*, vol. 17, n. 1, 2006, pp. 93 ss.; G. DIMITROPOULOS, *A common GAL: the legitimating role of the global rule of law*, in *4th Viterbo Global Administrative Law Seminar Papers*, 2008, pp. 18 ss.

²⁹ La possibilità di legittimare democraticamente il potere pubblico al di là delle frontiere dello stato nazionale non è peraltro un'assurda utopia, come dimostrano le proposte concrete di numerosi autori. Si veda al riguardo, anche per quanto concerne i riferimenti bibliografici: A. PETERS, *Dual Democracy*, in J. KLABBERS, A. PETERS, G. ULFSTEIN (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford/New York 2009, pp. 297 ss.

³⁰ D. C. ESTY, *Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law*, in *Yale Law Journal*, vol. 115, n. 7, 2006, pp. 1522 ss.

³¹ R. WOLFRUM, *Legitimacy of International Law and the Exercise of Administrative Functions*, in *German Law Journal*, vol. 9, n. 11, 2008, pp. 2039 ss.

³² F. W. SCHARPF, *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, Oxford/New York, 1999, dove l'autore parla di una «*output-oriented legitimacy*»; cfr. D. C. ESTY, *Good Governance at the Supranational Scale*, cit. nota 3030, dove l'autore definisce tale forma di legittimazione col termine di «*results-based legitimacy*», p. 1517; si veda altresì: V. A. SCHMIDT, *Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited: Output, Input and Throughput*, in *KFG Working Paper Series*, n. 21, 2010, Kollegforschergruppe "The Transformative Power of Europe", Freie Universität Berlin, pp. 16 ss.

dere con un'attività settoriale di *problem-solving*³³, dove il conflitto ideologico e politico vengono squalificati aprioristicamente e la partecipazione democratica ai processi decisionali che riguardano la collettività viene negata in nome di una superiore investitura del potere a vantaggio dei suoi detentori³⁴.

Tale concezione discendente del potere ha raccolto larghi consensi anche all'interno del dibattito sulla legittimazione del potere dell'Unione Europea. Il punto di partenza in effetti, è esattamente coincidente con l'approccio appena analizzato: una piena legittimazione democratica non sarebbe possibile a livello unionale a causa dell'assenza di un *demos* europeo. La soluzione, assolutamente opposta a quella individuata dai sostenitori di una rinazionalizzazione, almeno parziale, delle competenze dell'UE, sarebbe al contrario la ricerca di una legittimità post-democratica del potere unionale. Il percorso fu tracciato apertamente da Fritz Wilhelm Scharpf. Ponendo alla base della sua analisi sul potere pubblico dell'Unione europea la distinzione³⁵ tra legittimità in entrata (*input-oriented legitimacy*), cioè la partecipazione dei cittadini alla definizione delle norme condivise, e legittimità in uscita (*output-oriented legitimacy*), ossia l'accettazione tacita dell'autorità sulla base del presupposto che questa agisca nell'interesse dei cittadini³⁶, Scharpf indicò quest'ultima come l'unica via percorribile per una legittimazione del potere unionale. Questo perché la *input legitimacy* presuppone, secondo Scharpf, la preesistenza di elementi comuni di carattere storico, linguistico, culturale ed etnico che siano in grado di far percepire a tutti i cittadini come le decisioni prese democraticamente siano orientate alla tutela dell'interesse condiviso³⁷. In assenza di tale substrato pre-politico e pre-giuridico comune, la legittimità del potere pubblico unionale non potrà che costruirsi sul tacito consenso dei cittadini, sul presupposto di una supe-

³³ A. SOMEK, *Administration without Sovereignty*, University of Iowa Legal Studies Research Paper, n. 09/04, 2009, pp. 17 ss.

³⁴ D. LUSTIG, E. BENVENISTI, *The Multinational Corporation as 'The Good Despot': The Democratic Costs of Privatization in Global Settings*, in *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 15, n. 1, 2014, pp. 125–158, in particolare pp. 155 ss.

³⁵ Cfr. J. H. H. WEILER, *Problems of Legitimacy in Post 1992 Europe*, in *Aussenwirtschaft*, 46. Jg., Heft III/IV, 1991, pp. 411–437, dove l'autore già aveva proposto, pur con le dovute riserve, un'analoga distinzione tra legittimazione «formale» e legittimazione «empirico-sociale».

³⁶ F. W. SCHARPF, *Governing in Europe*, cit. nota 32, p. 6.

³⁷ *Ivi*, p. 9.

riore competenza delle istituzioni europee, nonché sulla prevalenza di forme decisionali di stampo corporativo e intergovernativo.

Un'ulteriore variante della giustificazione tecnocratica del potere unionale è rintracciabile in quel fenomeno noto con il termine di *comitology*³⁸, cioè la prassi normativamente specificata tale per cui le competenze attribuite alla Commissione europea sono esercitate attraverso l'istituzione di Comitati specifici composti dai rappresentanti degli stati membri. Il sistema di *bargaining* tipico della *comitology* avrebbe il merito di creare uno spazio istituzionalizzato in cui gli interessi nazionali, rappresentati dai membri dei rispettivi esecutivi, possono confrontarsi e giungere a un accordo mutualmente soddisfacente. Non ci sono dubbi sul fatto che tale prassi possa essere letta come un tentativo da parte degli esecutivi nazionali di mantenere un certo controllo in ambiti potenzialmente sensibili per gli interessi nazionali. La questione sorge tuttavia quando i fautori della comitologia tentano di nobilitare tale prassi identificandola come una delle espressioni della partecipazione deliberativa in ambito europeo: quello spazio di confronto fra interessi nazionali spesso non coincidenti infatti rimane un buon esempio di cooperazione e interazione fra esecutivi, ma in nessun modo può sostituire la deliberazione fra cittadini tipica dei parlamenti di ogni ordine e grado.

La funzione del principio di legittimità democratica è proprio quello di creare, attraverso la neutralizzazione dei poteri sociali ed economici, una piattaforma deliberativa per tutti i cittadini al fine di poter individuare interessi condivisi e di affrontare problematiche comuni. Se svuotato nella sua essenza e sostituito dalla pretesa tecnocratica di governare la cosa pubblica secondo una presunta superiore razionalità, il potere unionale – e, più in generale, il potere sovranazionale e sovrastatale – rischia di degenerare in uno strumento di egemonia asservito al perseguimento di meri interessi particolaristici. In questo modo, l'idea evocata dal concetto di sovranità dell'esistenza di una distinta dimensione politica dell'attività pubblica in cui si presuppone che il potere sia esercitato a beneficio dell'intera collettività, si dissolve totalmente in favore dell'affermazione dell'egoismo individuale.

³⁸ C. JOERGES, J. NEYER, *From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology*, in *European Law Journal*, vol. 3, n. 3, 1993, pp. 273–299.

4. La ricerca di una terza via

Dalla breve analisi sin qui delineata sembrerebbe apparentemente che le concezioni pro-sovrane (II.) e ultra-sovrane (III.) rappresentino i rispettivi termini di una dicotomia che esaurisce in tale contrapposizione l'intero dibattito in tema di sovranità. Tuttavia non sono mancate proposte che, nel tentativo di emanciparsi da tale dicotomia, abbiano percorso la strada della ricerca di un modello alternativo in grado di sopperire alle criticità degli approcci esaminati in precedenza. In effetti, nel modello pro-sovrano, l'affermazione della sovranità nazionale e l'asserzione dell'imprescindibilità di un *demos* costituente costituiscono condizioni vincolanti per la piena legittimazione del potere pubblico. Da questi presupposti, tuttavia, consegue l'adesione a una concezione unitaria e particolaristica dell'ordine che induce a un'ingiustificata sottovalutazione della complessa realtà pluralistica in cui oggi viviamo. Sul versante del modello ultra-sovrano, peraltro, nemmeno il tentativo di marginalizzare il concetto di sovranità conduce a risultati pienamente convincenti. Nel caso di Kelsen, il progetto di una *civitas maxima*, di un sistema globale – essenzialmente giuridico – concepito come un'entità monadica, non solo risulta di complessa realizzazione, ma appare anche incapace di valorizzare la pluralità di livelli politici e giuridici in cui si articola qualunque ordinamento. Parallelamente, il ridimensionamento del ruolo dello stato a mero organo di reti di *global governance* consente il riconoscimento positivo della possibilità della coesistenza di realtà politiche, normative, ed istituzionali plurali e multilivellari. A quest'ultimo tuttavia si accompagna l'inadeguatezza dei meccanismi di legittimazione del potere a garantire una partecipazione realmente inclusiva dei cittadini ai processi decisionali. Emerge una certa specularità fra le opposte posizioni prese in considerazione: ciò che costituisce il punto di forza di un modello rappresenta una criticità per l'altro e viceversa. La sfida è dunque quella di delineare una proposta teorica in grado di conciliare il riconoscimento positivo della pluralità e il principio di legittimità del costituzionalismo moderno.

La strada è stata tracciata in maniera paradigmatica nell'ambito del *Global Trust Research Project*, coordinato da Eyal Benvenisti. Il punto di partenza è il riconoscimento dell'inadeguatezza della concezione

egoistica e solipsistica della sovranità³⁹ a spiegare la complessità della realtà politica e istituzionale attuale. Non solo infatti i processi decisionali nazionali producono effetti al di là delle frontiere dello stato senza che i cittadini appartenenti a ordinamenti giuridici differenti siano in grado di condizionarli significativamente⁴⁰, ma lo stesso ruolo degli stati è stato ridimensionato dall'affermazione degli organismi di *global governance*. Prendendo atto di tali trasformazioni negli assetti politico-istituzionali⁴¹, l'approccio teorico in questione auspica una necessaria riconcettualizzazione della sovranità in chiave solidaristica⁴², delineando alcune obbligazioni fondamentali⁴³ che garantiscano una maggior partecipazione da parte dei cittadini stranieri all'elaborazione e implementazione delle politiche nazionali i cui effetti potrebbero ripercuotersi negativamente al di là delle frontiere statali⁴⁴. In altre parole, gli stati, in quanto fiduciari dell'umanità, hanno l'obbligo innanzitutto morale, ma anche giuridico, di favorire l'inclusione dell'altro nei processi decisionali, sia a livello politico che giurisdizionale⁴⁵, senza che questo implichi il sacrificio degli interessi dei propri cittadini. Al di là dell'indubbia necessità di una predisposizione morale all'inclusione dell'altro, resta da verificare se un vero e proprio obbligo alla solidarietà verso gli stranieri o non cittadini sia razionalmente fondabile. A questo proposito, il paradigma comunicativo dell'ordine sociale, sviluppato da Karl-Otto Apel e Jürgen Ha-

³⁹ E. BENVENISTI, *Legislating for Humanity: May States Compel Foreigners to Promote Global Welfare?*, Global Trust Working Paper Series 02/2013, p. 4.

⁴⁰ E. BENVENISTI, *Sovereigns as Trustees of Humanity: On the Accountability of States to Foreign Stakeholders*, in *The American Journal of International Law*, vol. 107, n. 2, 2013, pp. 295–333.

⁴¹ E. BENVENISTI, *The Emergence of Global Governance and the Corresponding Need to Regulate it*, Global Trust Working Papers, 03/2014.

⁴² *Contra*: A. FITZMAURICE, *Sovereign Trusteeship and Empire*, in *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 16, n. 2, 2015, pp. 447–471; E. J. CRIDDLE, *A sacred Trust of Civilization: Fiduciary Foundations of International Law*, Oxford/New York, 2013; in risposta alle critiche si veda: E. BENVENISTI, *The Paradoxes of Sovereigns as Trustees of Humanity: Concluding Remarks*, in *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 16, n. 2, 2015, pp. 534–548.

⁴³ E. BENVENISTI, *Sovereigns as Trustees of Humanity*, cit. nota 40, pp. 316 ss.

⁴⁴ Sulle ragioni a favore della solidarietà a favore dell' "altro" e del "diritto a essere ascoltati", cfr. S. DELLAVALLE, *Opening the Forum to the "Others": Is There an Obligation to Take Non-National Interests into Account within National Political and Juridical Decision-Making-Processes?*, in *Göttinger Journal of International Law*, 6/2 (2014), pp. 217–257.

⁴⁵ P. MERTENSKÖTTER, *National Court as "Trustees of Humanity"?*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 46 (2013), pp. 291 ss.

bermas, viene individuato come lo strumento teorico idoneo per una riconcettualizzazione della sovranità in chiave solidaristica⁴⁶.

Il paradigma comunicativo infatti, parte dal presupposto che la società sia costituita da una pluralità di interazioni intersoggettive, ciascuna delle quali è caratterizzata da una finalità che influenza in maniera decisiva i contenuti discorsivi dell'interazione⁴⁷. Nonostante gli scopi dell'interazione sociale siano decisivi nella determinazione dei contenuti del discorso, l'idea di razionalità adottata da tale paradigma, che trova espressione nella comunicazione (soprattutto a livello linguistico), ha un nucleo normativo che rende la razionalità comunicativa potenzialmente universale, cioè un tipo di razionalità a cui possono fare riferimento tutti gli individui in quanto esseri "comunicanti". Tale nucleo normativo è costituito dal cosiddetto *telos* dell'intesa che vale non solo come finalità immanente alla prassi quotidiana, ma anche come condizione perché quella possa costituirsi e sussistere⁴⁸. In particolare, la razionalità comunicativa è normativa nella misura in cui tutti i soggetti coinvolti presuppongono reciprocamente che: a) da un punto di vista oggettivo, le asserzioni siano vere, cioè riferite a situazioni o fatti reali; b) da un punto di vista soggettivo, i soggetti coinvolti nel processo comunicativo agiscano secondo il criterio di veridicità, cioè siano convinti di dire il vero; c) da un punto di vista intersoggettivo, gli individui interagiscano secondo gli standard di definizione del giusto, cioè accettando che le loro asserzioni debbano soddisfare il principio di un reciproco riconoscimento da parte di tutti coloro che sono coinvolti nella comunicazione.

Il paradigma comunicativo apre la strada alla possibilità per i singoli di una molteplice appartenenza a diversi contesti interattivi: gli individui sono al contempo cittadini di una singola organizzazione politica, così come persone coinvolte nelle interazioni che le riguardano nella loro non meno essenziale dimensione di esseri umani in quanto

⁴⁶ S. DELLAVALLE, *On Sovereignty, Legitimacy and Solidarity Or: How Can a Solidaristic Idea of Legitimate Sovereignty Be Justified?*, in *Theoretical Inquiries in Law*, vol.16, n. 2, 2015, pp. 367–397.

⁴⁷ Cfr. J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt a. M., 1981.

⁴⁸ Habermas si esprime nei termini seguenti: «L'intesa inerisce come *telos* al linguaggio umano. Il linguaggio e l'intesa (*Verständigung*) non stanno certo, tra loro, in un rapporto di mezzo e fine. Tuttavia noi possiamo spiegare il concetto della *Verständigung* solo se indichiamo che cosa significa usare proposizioni con intento comunicativo. I concetti del parlare e dell'intendersi si interpretano reciprocamente» (*Theorie des kommunikativen Handelns*, cit. nota 47, trad. it di Paola Rinaudo, Bologna, 1986, p. 396).

tali. Tali interazioni, tuttavia, necessitano di regole per poter funzionare in modo adeguato: applicato al contesto giuridico, il paradigma comunicativo si traduce, nella versione habermasiana, in una strutturazione tripartita del diritto pubblico di ispirazione kantiana, in cui ogni livello corrisponde alla regolamentazione giuridica di una specifica interazione sociale⁴⁹. Al primo livello, il diritto pubblico nazionale regola le interazioni tra i cittadini della medesima comunità politica, così come quelle tra questi e le istituzioni dell'ordinamento: l'applicazione della razionalità comunicativa è qui garanzia dell'inclusione di tutti i cittadini nei processi deliberativi poiché le regole comuni, nell'ottica del paradigma comunicativo, sono il prodotto dell'interazione tra soggetti razionali. Al secondo livello è collocato il diritto pubblico internazionale che disciplina i rapporti tra stati, quindi le interazioni tra individui qualificati principalmente in ragione della loro appartenenza a differenti comunità politiche. Infine, il terzo livello è occupato dal cosiddetto diritto cosmopolitico, cioè quell'insieme di regole e principi che orientano le interazioni tra esseri umani in quanto soggetti dotati di capacità comunicative e a prescindere dalla loro appartenenza a una determinata comunità politica. Dunque, posto che tutti gli esseri umani in quanto tali sono dotati di una razionalità comunicativa che contiene un nucleo normativo di mutuo riconoscimento, è sul diritto cosmopolitico, cioè quel diritto pubblico che garantisce la proficua e cooperativa interazione tra individui in quanto esseri capaci di comunicare, che può essere fondato un obbligo giuridico di solidarietà verso "gli altri". Nell'ottica del paradigma comunicativo la solidarietà verso il prossimo non dipende da una predisposizione morale, ma è un dovere normativo, necessario a garantire le condizioni di base dell'interazione umana, né presuppone l'esistenza – empiricamente indimostrabile – di una comunità globale di tutti gli esseri umani la quale condivide *ex ante* interessi e valori, poiché tale dovere si basa sull'universale e pragmatica capacità comunicativa di tutti gli individui.

In un mondo sempre più interconnesso, in cui le interazioni tra individui appartenenti a diverse comunità politiche sono sempre più frequenti, il paradigma comunicativo offre dunque la struttura teoretica in grado di sostenere l'idea di un'obbligazione giuridica che impone

⁴⁹ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a. M., 1992.

l'inclusione dell'altro: tale dovere incombe in primo luogo sui singoli individui, ma anche sulle istituzioni che rappresentano la società in cui questi sono immersi. Infatti, se si presume che gli attori collettivi, siano essi stati, organizzazioni internazionali o qualunque altro soggetto a cui sia riconducibile l'esercizio di un potere sovrano, interagiscano applicando la medesima razionalità di cui si serve la collettività (o la parte di essa) di cui sono espressione, la razionalità comunicativa impone anche a tali soggetti collettivi l'obbligo giuridico alla solidarietà universale. Tuttavia, poiché le interazioni a livello globale sono meno intense che a livello nazionale o locale, sul piano operativo tale obbligo comporta il rispetto e la considerazione degli essenziali diritti umani altrui che sono considerati indispensabili per un'interazione umana dignitosa. In quanto obbligo giuridico vincolante sia per gli individui che per le istituzioni che li rappresentano, la solidarietà verso "l'altro" diventa ineludibile presupposto per l'esercizio legittimo del potere sovrano. Si è notato in precedenza come il paradigma comunicativo consideri i singoli individui come immersi in una molteplicità di contesti interattivi simultanei e come l'adozione di una razionalità comunicativa sia teoreticamente compatibile esclusivamente con una forma di legittimazione del potere ascendente, cioè proveniente dal basso, dai singoli individui che compongono una determinata comunità politica. In quest'ottica, la legittimazione del potere deve provenire da tutti i contesti interattivi in cui è inserito il singolo individuo, sia in quanto cittadino di un determinato stato, sia in quanto cittadino della *cosmopolis*, o meglio, in quanto essere umano dotato di capacità comunicative. Ribaltando la prospettiva, un potere sovrano sarà legittimo solo se, oltre a tutelare i diritti e gli interessi dei cittadini della propria comunità, prenda anche in considerazione le legittime pretese della comunità internazionale.

La riconcettualizzazione della sovranità come responsabilità fiduciaria e la riformulazione del concetto di esercizio legittimo del potere sovrano offerta dal paradigma comunicativo, se calate nel contesto unionale, aprono la possibilità di una legittimazione democratica piena anche a livello sovranazionale. A tal proposito sono individuabili due approcci solo in parte coincidenti: il primo è l'interpretazione del potere dell'Unione Europea offerta da Habermas; il secondo riguarda la teoria della "demoi-crazia" europea. In effetti Jürgen Habermas è uno fra gli autori che con più assiduità e impegno intellettuale ha contribuito ad offrire soluzioni teoriche e istituzionali a sostegno del proget-

to politico dell'integrazione europea. Rifiutando esplicitamente la *no demos thesis*⁵⁰, Habermas ha sempre sostenuto nei suoi numerosi interventi che la legittimazione del potere pubblico unionale da parte di tutti coloro che ad esso sono soggetti non solo è necessaria al fine di garantire gli standard normativi degli ordinamenti democratici, ma è anche soprattutto possibile.

Infatti, come si è già rilevato, nell'ottica del paradigma comunicativo i singoli individui sono immersi contestualmente in una molteplicità di contesti interattivi che, quando assumono una veste giuridica e istituzionale, richiedono un'adeguata legittimazione. Pertanto, nel legittimare il potere unionale i cittadini non sospendono il loro *status* di cittadini del singolo stato membro, ma sono al contempo cittadini dell'Unione e membri delle singole comunità politiche di appartenenza, offrendo in questo modo una duplice legittimazione⁵¹. Tale doppia legittimazione coincide, sul piano istituzionale dell'Unione europea, con la necessaria compresenza dell'assenso del PE e degli stati membri (dunque, indirettamente, dei cittadini dei medesimi). Si viene dunque a delineare, nel contesto unionale, una struttura istituzionale specifica di «sovranità condivisa»⁵² in grado di garantire un duplice risultato. In primo luogo la costruzione concettuale della doppia legittimazione, evitando qualunque riferimento a un *demos* fondato prevalentemente su caratteri preriflessivi e a forme di legittimazione del potere pre-democratiche, dimostra la possibilità di garantire sufficiente legittimità democratica alle istituzioni europee e al contempo di tutelare il ruolo svolto dagli stati membri, da considerare a tutti gli effetti poteri costituenti e non costituiti⁵³, di garanti dei livelli di libertà e giustizia acquisiti. In secondo luogo risolverebbe il paradosso giuridico per cui al diritto europeo è riconosciuto il primato sul diritto degli stati mem-

⁵⁰ J. HABERMAS, *Die postnationale Konstellation*, Frankfurt a. M., 1998; J. HABERMAS, *Perché l'Europa ha bisogno di una Costituzione?* In G. ZAGREBELSKY, S. DELLAVALLE, J. LUTHER (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2003, pp. 94–118; J. HABERMAS, *Zur Verfassung Europas*, Frankfurt a. M., 2011; J. HABERMAS, *Democracy in Europe: Why the Development of the EU into a Transnational Democracy is Necessary and How It Is Possible*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 4, 2015, pp. 546–557. Sul concetto di popolo europeo si veda altresì: S. DELLAVALLE, *Una costituzione senza popolo? La Costituzione Europea alla luce delle concezioni del popolo come "potere costituente"*, Milano, 2002.

⁵¹ J. HABERMAS, *Zur Verfassung Europas*, cit. nota 50, p. 66 ss.

⁵² J. HABERMAS, *Democracy in Europe*, cit. nota 50, p. 554.

⁵³ J. HABERMAS, *Im Sog der Technokratie*, Frankfurt a. M., 2011, p. 80.

bri, ma non la sua collocazione superiore nella gerarchia delle fonti del diritto. Infatti, in quanto frutto di una duplice e simultanea legittimazione, il sistema unionale di sovranità condivisa non avrà struttura gerarchica, ma multilivellare e poliarchica, in modo che il diritto statale (e in particolare costituzionale) goda di piena autonomia e pari peso normativo rispetto al diritto dell'UE.

Anche la teoria della *demoi-crazia* sostiene l'idea che la legittimazione del potere unionale sia possibile. A differenza della proposta habermasiana, tuttavia, l'approccio in questione si concentra sull'interconnessione già esistente tra i vari *demoi* europei. Secondo gli autori riconducibili a tale approccio, l'intero dibattito in materia di integrazione europea andrebbe riformulato partendo dalla considerazione che l'Unione Europea deve essere considerata come «un'unione di popoli che governa congiuntamente, ma non in termini unitari»⁵⁴, appunto una *demoi-crazia*, cioè una vera e propria unione con funzioni di governo legittimata dalla molteplicità dei *demoi* che compongono gli ordinamenti costituenti della stessa unione e i cui cittadini sono rappresentati sia individualmente, sia collettivamente in quanto statipopolo a livello europeo⁵⁵. In questo senso, la legittimazione del potere unionale è collocata ancora principalmente nei processi politici interni agli stati membri⁵⁶, ovvero in forme di trasparenza e responsabilizzazione post-tradizionali, sempre però nella piena consapevolezza del mutuo riconoscimento e delle intersezioni reciproche.

Rifacendosi ad alcuni *tòpoi* tipici del pensiero repubblicano, i fautori della *demoi-crazia* individuano il collante della pluralità dei *demoi* europei nel mutuo riconoscimento della reciproca interdipendenza: poiché i processi democratici interni a una determinata comunità politica possono potenzialmente minare il diritto all'autodeterminazione di un altro *demoi*, l'ideale repubblicano della libertà intesa come non-dominazione (*liberty as non-domination*)⁵⁷, si realizza solo attraverso

⁵⁴ K. NICOLAIDIS, *European Democracy and Its Crisis*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 51, n. 2, 2013, pp. 351 ss.

⁵⁵ K. NICOLAIDIS, *We The Peoples of Europe*, in *Foreign Affairs*, vol. 86, n. 3, 2004, pp. 97–110.

⁵⁶ Cfr. F. CHENEVAL, *Constituting the Demoi Democratically*, National Centre of Competence in Research, Working Paper n. 50, 2011.

⁵⁷ P. PETTIT, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford/New York, 1997; R. BELLAMY, *Republicanism: Non Domination and the Free State*, in G. DELANTY, S. P. TURNER (eds.), *Routledge International Handbook of Contemporary Social and Political Theory*, New York, 2011, pp. 130 ss.

il riconoscimento di responsabilità reciproche e la definizione di politiche comuni in grado di minimizzare tali esternalità negative, favorendo la cooperazione. L'implementazione delle politiche comuni dovrebbe avvenire a livello unionale e basarsi sul mutuo riconoscimento, sul confronto e sulla reciproca inclusione delle rispettive culture politiche democratiche⁵⁸.

La teoria della *demoi-crazia* si propone perciò come un'autentica "terza via" unionale rispetto all'intergovernamentalismo e al federalismo: l'interpretazione dell'Unione europea, intesa come *demoi-crazia*, si discosta infatti sia «dalla tradizione sovranazionale che postula la necessità e pretende la costituzione di un *demos* europeo, sia dall'interpretazione intergovernamentalista che propende per l'assegnazione di poteri limitati alle istituzioni dell'Unione Europea attraverso la delegazione da parte dei *demoi* nazionali»⁵⁹. In ottica *demoi-cratice*, l'UE può essere rappresentata come un ordinamento politico di stati democratici a struttura multilivellare, che garantisce la continua interazione tra i rappresentanti dei cittadini e quelli degli stati-popolo, e poliarchica⁶⁰, tale da promuovere «la condivisione e la distribuzione orizzontale della sovranità»⁶¹. Resta tuttavia da chiarire quale forma istituzionale debba assumere l'idea di un'unione di popoli che governa congiuntamente, ma non in termini unitari. Sorprendentemente le istituzioni chiave di un'Unione Europea *demoi-cratice* non sono individuate né nella Commissione, né nel Consiglio, né nel PE, quanto piuttosto nei singoli parlamenti nazionali⁶². Ciò che può sembrare un paradosso, per i sostenitori di tale tesi è perfettamente coerente: la *demoi-crazia* è democrazia tra *demoi*, cioè popoli, non tra stati;

⁵⁸ K. K. NICOLAIDIS, *The Idea of European Demoicracy*, in J. DICKSON, P. ELEFThERIDIS (eds.), *Philosophical Foundations of EU Law*, Oxford/New York, 2012, pp. 248 ss.

⁵⁹ F. CHENEVAL, S. LAVENEX, F. SCHIMMELFENNING, *Demoi-crazy in the European Union: Principles, Institutions, Policies*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 22, n. 1, 2015, pp. 1–18, p. 3.

⁶⁰ *Ivi*, p. 9.

⁶¹ K. NICOLAIDIS, *The New Constitution as European "Demoi-crazy"?*, in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, vol. 7, n. 1, 2004, pp. 76–93, p. 78.

⁶² In particolare: R. BELLAMY, *An Ever Closer Union Among the Peoples of Europe: Republican Intergovernmentalism and Demoicratic Representation within the EU*, in *Journal of European Integration*, vol. 35, n. 5, 2013, pp. 499–516; R. BELLAMY, A. WEALE, *Political Legitimacy and European Monetary Union: Contracts, Constitutionalism and the Normative Logic of Two-level Games*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 22, n. 2, 2015, pp. 257–274; F. CHENEVAL, F. SCHIMMELFENNING, *The Case for Demoicracy in the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 52, n. 2, pp. 334–350, in particolare pp. 340 ss.

ciò implica che i singoli *demoi*, attraverso gli organi legislativi nazionali, debbano effettivamente partecipare alla definizione delle politiche e alla produzione del diritto europeo perché solo in questo modo può essere sanato l'endemico *deficit* di legittimazione democratica che caratterizza le istituzioni europee.

Nonostante la teoria della *demoi-crazia* possa rappresentare una valida proposta per la legittimazione del potere pubblico europeo, ciò in cui si dimostra carente è la traduzione degli ideali normativi su cui si basa in termini istituzionali. In particolare non sono chiari i meccanismi attraverso i quali si potrebbe garantire un'effettiva inclusione dell'altro e un confronto discorsivo e costruttivo nella definizione di interessi comuni. L'impressione è dunque che tale maggior solidarietà corrisponda a un'esigenza di principio, più che non a un consolidato costruito giuridico, oltre a mal conciliarsi con l'intenzione di mantenere una molteplicità di identità collettive nettamente distinte l'una dall'altra.

5. Verso un nuovo paradigma della sovranità

L'introduzione di un nuovo concetto di sovranità corrisponde a una *rivoluzione paradigmatica* in grado di coinvolgere non solo la nozione al centro della presente indagine, ma, più in generale, l'idea stessa di ordine sociale, politico e giuridico⁶³. Tale rivoluzione presenta due aspetti separati. Innanzitutto si supera la classica dicotomia tra visione particolaristica e visione universalistica dell'ordine. Tradizionalmente, infatti, le teorie del diritto internazionale e delle relazioni internazionali possono essere divise in due campi ben distinti tra loro: da un lato quelle dottrine che assumono che l'ordine – ovvero la condizione in cui le interazioni sociali sono regolate in modo che si dipanino in forma pacifica e i conflitti siano operazionalizzati, dunque depotenziati – sia possibile solo all'interno di collettività limitate e in qualche modo omogenee, mentre tra queste solo la limitazione del disordine è ipotizzabile; dall'altro lato, invece, le teorie per cui l'ordine è potenzialmen-

⁶³ Sul concetto di paradigma dell'ordine e di rivoluzione paradigmatica, si veda: S. DELLAVALLE, *Dalla comunità particolare all'ordine universale. Vol. I: I paradigmi storici*, ESI, Napoli 2011; A. v. BOGDANDY, S. DELLAVALLE, *Universalism Renewed. Habermas' Theory of International Order in Light of Competing Paradigms*, in *German Law Journal*, Vol. 10 (2009)/1, pp. 5–29.

te universalizzabile⁶⁴. Sia gli autori che ritengono centrale la sovranità per la teoria dello stato e del diritto, sia quelli che invece la considerano obsoleta e da abbandonare radicalmente, si muovono ancora pienamente nell'orizzonte della dicotomia classica tra particolarismo e universalismo: i primi, ovviamente, sul versante particolarista, i secondi su quello universalista. Non così, al contrario, gli studiosi che si sono impegnati nell'individuare quella che abbiamo chiamato "la terza via". Nella loro proposta, infatti, vi è un elemento di particolarismo nella misura in cui riconoscono che proprio il contesto *particolare* che si concretizza nella sovranità statale offre garanzie costituzionali difficilmente sostituibili (a condizione che la sovranità sia declinata non tanto come espressione dell'autorità, ma soprattutto come articolazione della legittimazione dal basso del potere pubblico, ossia come *sovranità popolare*). Ma nella "terza via" è anche presente un'essenziale dimensione universalistica, in quanto la sovranità dei singoli ordinamenti costituzionali trova la sua compiutezza all'interno del più inclusivo contesto sovranazionale e sovrastatale. In altri termini, poiché ciascun cittadino è al centro di più "appartenenze", la sovranità dell'ordinamento costituzionale troverà la sua piena legittimità solo se non rimuoverà il profondo legame che la unisce – fattualmente e prescrittivamente – alla costellazione postnazionale.

Il secondo aspetto presente nella rivoluzione paradigmatica che accompagna l'introduzione di una nuova idea di sovranità è connesso al passaggio da una concezione unitaria a una post-unitaria dell'ordine⁶⁵. Nell'approccio classicamente particolaristico o universalistico cambia l'estensione dell'ordine, ma non la convinzione che, affinché esso sia veramente tale, la struttura istituzionale e giuridica che lo contraddistingue deve avere il carattere di una piramide organizzata gerarchicamente e in sé chiusa. Solo in tal modo, infatti, si potrebbe con sicurezza evitare che ordinamenti e norme si sovrappongano, creando disordine e confusione. La prospettiva cambia, però, in ottica post-unitaria. Qui si ammette che anche una pluralità di ordinamenti coesistenti non crea necessariamente disordine, bensì piuttosto una forma di

⁶⁴ A. v. BOGDANDY, S. DELLAVALLE, *Parochialism, Cosmopolitanism, and the Paradigms of International Law*, in M. N. S. SELLERS (ed.), *Parochialism, Cosmopolitanism, and the Foundations of International Law*, Cambridge/New York, 2012, pp. 40–117.

⁶⁵ S. DELLAVALLE, *Addressing Diversity in Post-unitary Theories of Order*, GlobalTrust Working Paper No. 05/2015, The Buchmann Faculty of Law, University of Tel Aviv, pp. 1–28.

ordine più articolato e complesso, dove istituzioni e norme si intersecano e convivono, dando realtà non più a una piramide (o a più piramidi collocate senza sovrapposizioni l'una accanto all'altra), ma a una rete comunicativa.

È questa una delle grandi frontiere del diritto contemporaneo, in cui si delinea l'ipotesi di una transizione epocale, quella dal diritto *autoritativo-gerarchico* al diritto *dialogico*. Due sono le dimensioni di tale transizione. La prima è quella giurisprudenziale, la quale comprende l'inserimento nella giurisprudenza delle Corti nazionali, sovranazionali, transnazionali e internazionali – accanto ai classici riferimenti ai dati normativi del proprio regime giuridico – anche di riferimenti orizzontali a decisioni prese da Corti esterne al proprio ordinamento gerarchico⁶⁶. Infatti, sebbene sia indubitabile che le Corti giudicanti, con particolare riguardo alle Corti supreme e/o costituzionali e internazionali, abbiano sempre dimostrato una certa sensibilità all'elaborazione giurisprudenziale svolta in ordinamenti giuridici differenti dal proprio, solo negli ultimi decenni è possibile riscontrare un'intensificazione dei riferimenti espliciti e impliciti, spesso unilaterali, ma anche bilaterali, a decisioni prese da Corti esterne al regime giuridico di appartenenza. Più in particolare, tale trasformazione si articola attraverso tre diversi meccanismi.

Innanzitutto assistiamo alla creazione e applicazione di procedure atte a rendere possibile il dialogo tra Corti appartenenti a ordinamenti

⁶⁶ La bibliografia sul tema del c.d. «dialogo fra corti» è molto ampia. Pars pro toto: A. SPERTI, *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, pp. 125 ss.; V. BARSOTTI, P. G. CARROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford/New York, 2016; A. SCHILLACI, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Napoli, 2012; M. CARDUCCI, "Imitazioni" e "dialoghi" come «amministrazione» del linguaggio?, in AA. VV., *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, Tomo I, Padova, 2015, pp. 381 ss.; P. RIDOLA, *Il "dialogo tra le Corti": comunicazione o interazione?*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3, 2012, pp. 273 ss.; S. CASSESE, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009; F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007; C. PINELLI, *Trapianti, innesti, dialoghi. Modalità di trasmissione e circolazione del diritto straniero*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2, 2011, pp. 495 ss.; M. LUCIANI, *Suggerimenti anglosassoni e modelli continentali nel costituzionalismo italiano*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Diritto e cultura delle politiche*, Roma, 2004; G.F. FERRARI, A. GAMBARO (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, 2006; A. VESPAZIANI, *Comparison, Translation and the Making of a Common European Constitutional Culture*, in *German Law Journal*, vol. 9, n. 5, 2008, pp. 547 ss.

distinti. Fra queste una delle più significative è senza dubbio la “procedura del rinvio pregiudiziale” (*preliminary ruling procedure*) dinanzi alla Corte di Giustizia dell’UE (CGUE) prevista all’art. 267 TFUE. Nonostante il ricorso alla procedura sia stato apertamente osteggiato⁶⁷, specialmente da parte di alcune Corti costituzionali che si impegnarono nell’adottare atteggiamenti esplicitamente difensivi se non addirittura ostili⁶⁸, l’introduzione del rinvio pregiudiziale ha avuto l’indiscusso merito di portare alla luce quel dialogo che prima si dipanava in maniera ufficiosa e informale attraverso conferenze, dibattiti accademici, visite istituzionali. Attenendosi al dato letterale della norma sembrerebbe non potersi parlare di un dialogo fra la CGUE e le Corti nazionali per due motivi. Il primo attiene all’inesistenza di un dialogo diretto, nel senso di un confronto aperto in merito all’interpretazione più idonea per un determinato caso di specie. Il secondo riguarda invece il fondamento stesso della comunicazione fra Corti, individuabile non nel reciproco riconoscimento quanto piuttosto nell’autorità e supremazia della CGUE nell’uniformare e dare contenuto alle clausole astratte del diritto europeo. Nonostante queste osservazioni, l’interazione giudiziaria conseguente al ricorso alla procedura del rinvio pregiudiziale può considerarsi dialogica per tre ordini di ragioni. In primo luogo spetta alle giurisdizioni nazionali formulare il quesito; in questo modo, l’ambito entro il quale la CGUE potrà statuire è delimitato dalla stessa formulazione della questione da parte degli organi giurisdizionali nazionali, i quali inoltre hanno la facoltà di suggerire e delineare le possibili soluzioni interpretative. In secondo luogo, sebbene la statuizione sul quesito oggetto del rinvio alla CGUE sia vincolante, in definitiva la decisione del caso di specie spetta ai singoli organi giudicanti nazionali; inoltre, le interpretazioni della CGUE hanno spesso carattere generale, lasciando di fatto un certo margine di discrezionalità alle Corti nazionali nell’applicazione della

⁶⁷ M. CLAES, *Luxembourg Here We Come? Constitutional Courts and the Preliminary Reference Procedure*, in *German Law Journal*, vol. 16, n. 6, 2015, pp. 1331–1342.

⁶⁸ Per un’analisi dei vari approcci delle Corti costituzionali europee si veda: M. CARTABIA, *Europe as a Space of Constitutional Interdependence: New Questions about the Preliminary Ruling*, in *German Law Journal*, vol. 16, n. 6, 2015, pp. 1791–1796. Per quanto riguarda l’atteggiamento della Corte costituzionale italiana si veda in particolare: G. REPETTO, *Pouring New Wine into New Bottles? The Preliminary Reference to the CJEU by the Italian Constitutional Court*, in *German Law Journal*, vol. 16, n. 6, 2015, pp. 1449–1470; F. GIUFFRÈ, *Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell’uomo: un dialogo senza troppa confidenza*, in *Federalismi.it*, XIV (2016)/7.

giurisprudenza europea. In terzo luogo, occorre considerare come le peculiarità della normativa europea si riflettano inevitabilmente sull'azione della CGUE. Infatti, così come il diritto europeo può essere descritto come il risultato di una complessa negoziazione politica sulla base di differenti presupposti normativi⁶⁹, così l'accettabilità della giurisprudenza della CGUE da parte delle magistrature nazionali sembra dipendere dal grado con cui la prima riesca a giustificare le proprie interpretazioni tenendo conto delle differenti culture giuridiche che stanno alla base della pluralistica comunità giuridica europea.

Il secondo meccanismo giurisprudenziale ascrivibile a un'accezione "dialogica" del diritto consiste nella ricezione, anche al di fuori di procedure formali, della giurisprudenza di Corti appartenenti a ordinamenti diversi, ovvero l'anticipazione di possibili reazioni da parte di Corti interconnesse, ma appartenenti formalmente a regimi giuridici distinti. Con riguardo alle Corti internazionali si può ragionevolmente affermare che una certa inclinazione a guardare alla giurisprudenza di altri sistemi giuridici è propria della loro stessa natura, dovendo rapportarsi con i vari ordinamenti degli stati membri e confrontarsi con contesti giuridici e culturali variegati. L'affermazione tuttavia non è sufficiente a svalutare l'importanza di una crescente tendenza da parte delle Corti internazionali a osservarsi, a citarsi e persino ad adottare soluzioni convergenti in diversi ambiti⁷⁰. Tale tendenza è particolarmente evidente se si considera la casistica giurisprudenziale della Corte Europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e della Corte Interamericana dei diritti dell'uomo (CIDU)⁷¹. L'iniziale unilateralità dei riferimenti per parte CIDU, probabilmente imputabile alla sua più recente istituzione e quindi alla carenza di un patrimonio casistico consolidato, fu soppiantata a partire dagli anni duemila dalla tendenza alle citazioni reciproche, specialmente nell'ambito del processo

⁶⁹ L. M. P. MADURO, *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, in *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, n. 2, 2007, pp. 1–27.

⁷⁰ Dando così luogo a quella convergenza di soluzioni giurisprudenziali che Slaughter ha definito «*emerging global jurisprudence*»; cfr. A. M. SLAUGHTER, *A Global Community of Courts*, in *Harvard Journal of International Law*, vol. 44, n. 1, 2003, pp. 191–219.

⁷¹ Per una ricerca empirica molto ben documentata dei rapporti fra CEDU e IDU si vedano: T. GROPPI, A. M. LECIS COCCO-ORTU, *Le citazioni reciproche tra la Corte Europea e la Corte Interamericana dei diritti dell'uomo: dall'influenza al dialogo?*, in *Federalismi.it*, XI (2013)/19; J. GARCIA ROCA, P. A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOLAYA MACHETTI, R. CANOSA USERA, *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de derechos Humanos*, Madrid, 2012.

equo, dei trattamenti disumani e degradanti, delle sparizioni forzate e delle violazioni della libertà di espressione⁷². Per quanto riguarda le Corti costituzionali nazionali, nuovamente, non è una novità che un organo giurisdizionale faccia riferimento alla giurisprudenza straniera, tuttavia ciò che può essere letto come un'evoluzione di tale prassi è il mutamento nella percezione dell'importanza della comparazione e collaborazione fra sistemi giuridici differenti. In particolare, se in passato il riferimento a pronunce emesse da organi giudiziari stranieri era finalizzato ad assicurare l'uniformità della giurisprudenza nell'ambito del *common law* o a suffragare le motivazioni addotte nella pronuncia (soprattutto in caso di questioni particolarmente controverse o di un rilevante mutamento giurisprudenziale), si assiste oggi ad una più stretta e reciproca interazione fra le Corti supreme, con l'obiettivo più o meno dichiarato di contribuire alla formazione di un *common core* di principi e valori costituzionali condivisi⁷³.

Il terzo meccanismo giurisprudenziale del "diritto dialogico" va individuato nell'attenzione implicita o esplicita, all'interno delle regole formali previste dalla propria procedura, nei confronti di processi decisionali analoghi espletati all'interno di regimi giuridici distinti. Oltre a questi meccanismi, va prestata attenzione anche al rapporto tra il sistema giurisprudenziale nelle sue varie componenti e gli stimoli provenienti dalla società civile. Il fenomeno in questione è stato affrontato con riguardo alla possibilità che il dialogo giudiziale transnazionale e la cooperazione fra Corti appartenenti a regimi giuridici differenti possa svolgere un ruolo fondamentale nel bilanciamento fra interessi nazionali e globali⁷⁴. Più in particolare, partendo dall'assunto che oggi

⁷² *Pars pro toto*: per parte CIDU: *Lori Berenson-Mejía c. Perù*, 25 novembre 2004; *Cabrera Garcia e Montiel Flores c. Messico*, 26 novembre 2010; "Pueblo Bello Massacre" c. *Colombia*, 31 gennaio 2006; *Loayza-Tamayo c. Perù*, 17 settembre 1997; *Penal Miguel Castro Castro c. Perù*, 25 novembre 2006; *Fontevicchia et D'Amico c. Argentina*, 29 novembre 2011; Per parte CEDU: *Ocalan c. Turchia*, 12 marzo 2003; *Timurtas c. Turchia*, 13 giugno 2000; *Varnava e al. c. Turchia*, 18 settembre 2009; *Zontul c. Grecia*, 17 gennaio 2012; *Stoll c. Svizzera*, 10 dicembre 2007.

⁷³ T. GROPPI, M. C. PONTHEREAU, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford/Portland, 2013, dove le autrici prendono in esame i riferimenti a fonti extrasistemiche da parte delle Corti Supreme di Australia, Canada, India, Irlanda, Israele, Namibia, Sud Africa, Austria, Germania, Ungheria, Giappone, Messico, Romania, Russia, Taiwan, Stati Uniti.

⁷⁴ E. BENVENISTI, O. FRISHMAN, *National Courts and Interpretative Approaches to International Law: The Case Against Convergence*, Global Trust Working Papers Series 08/2014, pp. 1-20.

gli effetti prodotti dai processi decisionali nazionali valicano i confini statali senza che i *foreigns stakeholder* possano far valere i loro interessi⁷⁵, il dialogo intergiudiziale può essere lo strumento idoneo per individuare gli interessi di quei soggetti che non hanno avuto voce nei processi decisionali nazionali e internazionali e favorirne per lo meno l'inclusione nelle procedure giurisdizionali⁷⁶.

La seconda dimensione del “diritto dialogico” è invece più propriamente logico-linguistica. È infatti ipotizzabile che la prassi recentemente instauratasi, seppur solo in forma iniziale, sia destinata a introdurre significative novità nella logica del discorso giuridico, la quale, prendendo le distanze dalla mera enunciazione autoritativa, si trova a introdurre sempre più elementi dialogici. In via del tutto preliminare e parziale, si può rilevare come l'idea di una logica giuridica di natura dialogica presupponga la risoluzione di almeno tre problematiche. *In primis*, è necessario chiedersi quali possano essere gli strumenti teorici e pratici che consentono la risoluzione di un conflitto fra norme di pari ordine. La seconda questione, invece, concerne il valore da attribuire alle fonti extra-sistemiche nell'interpretazione giuridica. Tale questione, a sua volta, può essere scissa in due ulteriori dimensioni. Nella sua dimensione pragmatica, è necessario verificare quale valore effettivamente sia attribuito alle fonti extra-sistemiche dagli interpreti del diritto nell'applicazione del medesimo. In altre parole, il riferimento a fonti esterne al contesto giuridico di riferimento è frutto di una scelta utilitaristica basata sul *cherry picking* oppure deriva da una maggior percezione, da parte degli organi giurisdizionali, di appartenere a una comunità giuridica globale? Nella sua dimensione teorica e normativa, la questione riguarda l'individuazione o la formulazione di una teoria dell'interpretazione giuridica in grado di rendere normativamente auspicabile una maggior interazione costruttiva fra interpreti del diritto e più in particolare fra Corti appartenenti a ordinamenti giuridici differenti.

La terza problematica riguardante la dimensione logico-linguistica del “diritto dialogico” si concentra infine sulla legittimazione e giustificazione del riferimento a fonti extra-sistemiche. Al centro

⁷⁵ E. BENVENISTI, *Sovereigns as Trustees of Humanity*, cit. nota 40, p. 298.

⁷⁶ Per l'analisi di alcuni casi in cui gli organi giurisdizionali nazionali hanno preso in considerazione gli interessi di soggetti stranieri: P. MERTENSKÖTTER, *National Court as “Trustees of Humanity”?*, cit. nota 45.

dell'attenzione è qui la teoria del ragionamento giuridico, la quale, avvalendosi delle acquisizioni della logica, della filosofia del linguaggio e della linguistica, ha lo scopo di formulare modelli di accettabilità razionale di una decisione giudiziale, cioè di stabilire a quali condizioni la conclusione di un ragionamento giuridico risulti giustificata. L'apertura a fonti giuridiche extra-sistemiche sembrerebbe presupporre l'adozione di un modello giustificativo dell'attività interpretativa basato sull'osservanza di regole a carattere universale, affinché il prodotto dell'attività interpretativa e la decisione giudiziale che ne consegue possano essere considerate giustificate da qualsiasi soggetto razionale⁷⁷.

La prima e più naturale tendenza, quando si ha a che fare con i nuovi fenomeni rilevabili, è quella di tentare di ricondurli all'interno della cornice esplicativa esistente. Tuttavia, quando quest'ultima non è più in grado di giustificare in maniera convincente la realtà che ci circonda, si ingenera la ricerca di nuove soluzioni, la quale, una volta consolidatasi nella forma e nei nuovi contenuti, dà vita a un nuovo paradigma. A questo proposito, è indispensabile riflettere sulle condizioni complessive di un mutamento di paradigma, il quale, partendo dall'individuazione – soprattutto ad opera della scienza giuridica e di Corti aperte all'innovazione – di una nuova concettualità atta a risolvere questioni peraltro ormai non più procrastinabili, deve estendere la sua efficacia al sistema giuridico nel suo complesso, così come alla futura formazione dei giuristi.

⁷⁷ Il primo contributo in questa direzione è riscontrabile nel modello analitico del ragionamento giuridico elaborato da Robert Alexy, secondo cui una tesi normativa è razionalmente giustificata se e solo se è il risultato di una procedura argomentativa razionale basata sulle regole fondamentali del discorso pratico razionale. Cfr. R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a. M., 1978 (trad. it. Milano, 1998). Recentemente il modello di Alexy è stato ripreso e ulteriormente sviluppato dalla teoria pragma-dialettica del ragionamento giuridico; si veda E. T. FETERIS, *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Dordrecht/Boston/London, 1999; E. T. FETERIS, *A Pragma-dialectical Approach of Legal Argumentation: The Role of Pragmatic Argumentation in the Justification of Judicial Decisions*, in F. H. VAN EEMEREN, B. GARSEN (eds.), *Scrutinizing Argumentation in Practice*, Amsterdam 2015. Si veda altresì: M. ATIENZA, *Il diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, Napoli, 2012, dove l'autore, riesaminando criticamente le teorie classiche dell'argomentazione e affrontando i teorici del dibattito contemporaneo, sostiene che l'argomentazione giuridica si componga di tre dimensioni strettamente interdipendenti: la dimensione logico-formale, quella materiale e quella pragmatica.

**UN CONFLITTO COSTITUZIONALE SILENTE:
CORTE DI GIUSTIZIA E DEFERENZA VERSO IL LEGISLATORE
EUROPEO NELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA
SULLA CITTADINANZA E SUL RICONOSCIMENTO DI
PRESTAZIONI SOCIALI**

di *Alessia-Ottavia Cozzi*

***SOMMARIO:** 1. Oggetto dell'indagine: la dimensione costituzionale nel rapporto tra norme europee primarie e secondarie; 2. Il diritto di soggiorno dei padri e dei bambini: la sentenza *Rendón Marín* del 13 settembre 2016; 3. L'indennità di disoccupazione tra direttiva e principio generale di non discriminazione in base all'età: la sentenza *Dansk Industri* del 19 aprile 2016; 4. La crescita della cittadinanza europea attraverso il sindacato implicito sulla legislazione europea derivata; 5. Dopo *Zambrano*: il ripiegamento del diritto di soggiorno e del riconoscimento di prestazioni sociali sulla legislazione derivata; 6. (segue) il self restraint della Corte di giustizia: l'arretramento delle norme primarie a favore delle norme derivate; 7. L'interpretazione conforme come argine alla domanda di diretta applicazione delle norme primarie; 8. Conclusioni.*

1. Oggetto dell'indagine: la dimensione costituzionale nel rapporto tra norme europee primarie e secondarie

Il presente contributo ha ad oggetto conflitti silenti, non macroscopici e non manifesti. Gli ambiti materiali attraverso cui si guarderà ad essi attengono all'immigrazione e al divieto di discriminazione in materia di occupazione e condizioni di lavoro. Si tratta di ambiti ampiamente arati dell'integrazione europea, che da molto tempo hanno suscitato l'attenzione della dottrina. In questi ambiti, può dirsi che si sia consumata una forma di conflitto silente ogniqualvolta la Corte di giustizia ha imposto di prendere in considerazione i principi del diritto europeo in materie ancora riservate alla competenza statale¹. Queste

¹ L'attrazione al diritto europeo di fattispecie ancora riservate alla competenza statale è fenomeno ampiamente analizzato in dottrina. Per tutti, F. SORRENTINO, *La tutela multi-*

vicende hanno chiamato in causa una dimensione costituzionale da diversi punti di vista. Una chiave di lettura frequentemente utilizzata guarda alla erosione silente e progressiva delle competenze nazionali, dunque all'implicito spostamento del confine del principio di attribuzione². Chiavi di lettura sostanziali, invece, danno risalto a profili tra loro connessi: il superamento della funzionalizzazione economica dei diritti fondamentali, a favore della considerazione della persona in quanto tale³; l'emersione di un diverso concetto di cittadinanza, legato

livello dei diritti, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, n. 1 del 2005, 79-97, spec. 88 ss. e S. PANNUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 3-104.

² In relazione ai diritti fondamentali, il principio di attribuzione ha trovato conferma nell'art. 51, paragrafo 2, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ai sensi del quale: «La presente Carta 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». Lo stesso principio è espresso nell'art. 6, paragrafo 1, secondo capoverso, TUE nella versione risultante dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1 dicembre 2009 e per effetto del quale la Carta ha acquisito il medesimo valore giuridico dei Trattati. Stabilisce il capoverso che: «Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati». Per una analisi attuale delle disposizioni di rango primario relative al principio di attribuzione e per la conferma della sua applicazione e tenuta nella giurisprudenza della Corte di giustizia, da ultimo B. NASCIMBENE, *Il principio di attribuzione e l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali*, in *Riv. dir. internaz.*, n. 1 del 2015 (98), 49-78.

³ Sulla originaria funzionalizzazione dei diritti fondamentali alle libertà economiche, per tutti P. CARETTI, *I diritti fondamentali nell'ordinamento nazionale e nell'ordinamento comunitario: due modelli a confronto*, in *Diritto pubblico*, 2001, 939 ss. Sull'universalizzazione di alcuni diritti fondamentali per effetto della giurisprudenza in materia di divieto di discriminazione e cittadinanza europea, specie nell'accesso a prestazioni sociali da parte di soggetti non attivi, si rinvia al dettagliato esame della giurisprudenza di A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union Européenne*, Bruxelles, 2007, spec. 68 ss., 82 ss., 157 ss. Ora, A. LOLLO, *Eguaglianza e cittadinanza. La vocazione inclusiva dei diritti fondamentali*, Milano, 2016, 52 ss., e la dottrina ivi citata, anche qui con ampi riferimenti alle sentenze della Corte di giustizia che hanno rappresentato i diversi *step* del percorso di integrazione attraverso la cittadinanza. La giurisprudenza europea dell'ultimo decennio ha così dimostrato di «voler prendere sul serio le potenzialità espansive insite nel filone sui diritti sociali». Cfr. anche L. POTVIN – SOLIS, *La liaison entre le principe de non discrimination et les libertés et droits fondamentaux des personnes dans les jurisprudences européennes*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2009 (80), 967 ss. e L. AGUIAR DE LUQUE, *La Carta europea de derechos y las constituciones nacionales*, in 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*, Milano, 2003, 31 ss., 32. Se si vuole, anche A.O. Cozzi, *Un piccolo puzzle: stranieri e principio di eguaglianza nel godimento delle prestazioni socio - assistenziali*, in *Quad. cost.*, n. 3 del 2010, 551-569, spec. 558 ss.

non all'esercizio di diritti politici, ma all'integrazione economica, sociale e culturale⁴; la rottura dei confini della comunità statale e l'affermazione di una solidarietà tra popoli, e non tra Stati⁵. Ancora, ove alla cittadinanza europea o alla disciplina delle condizioni di occupazione e lavoro sia connessa la spettanza di provvidenze economiche, si è guardato alla tenuta di un modello sociale europeo, la cui esistenza è ritenuta inestricabilmente legata al destino politico dell'Unione europea⁶.

Nella vasta dottrina sul rapporto tra cittadinanza e libertà di circolazione, B. NASCIMBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Padova, 2012; M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2005; E. SPAVENTA, *Free Movement of Persons in The European Union, Barriers to Movement in their constitutional context*, Alphen aan den Rijn, 2007, spec. 135 ss.

⁴ Sul fatto che il significato ultimo e più pregnante della cittadinanza europea risieda non nel riconoscimento di diritti politici, bensì nel perseguimento di un'integrazione economica e sociale attraverso la creazione di un legame stabile con il luogo di residenza, per tutti M. CARTABIA, *Cittadinanza europea*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1995, 3. Sul rapporto tra cittadinanza, integrazione economica e comunità politica, ci si limita a S. BARTOLE, *La cittadinanza e l'identità europea*, in *Quad. cost.*, 2000, 849 ss.; F. CERRONE, *La cittadinanza europea: integrazione economica e identità*, in *Pol. dir.*, 2000, 581 ss.; E. ROSSI, *Identità e valori del cittadino europeo*, in *Jus*, 2003, 369 ss.; G. AZZARITI, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Diritto pubblico*, 2011, 425 ss. Sui modelli di cittadinanza nelle esperienze europee e nell'esperienza costituzionale italiana, lo studio monografico di D. PORENA, *Il problema della cittadinanza. Diritti, sovranità e democrazia*, Torino, 2011.

⁵ Per tutti M. DOUGAN, E. SPAVENTA, *Wish You Weren't Here... New Models of Social Solidarity in the European Union*, in *Social welfare and EU law*, Oxford, 2005, 181-218, che trattano la giurisprudenza europea in materia di cittadinanza, libertà di circolazione e prestazioni sociali in funzione del rapporto tra principio di solidarietà, definizione dei confini di una comunità e formazione di una identità collettiva verso cui si manifesta uno spirito di appartenenza. Cfr. anche le Conclusioni dell'Avvocato Generale Poirares Maduro del 28 febbraio 2008 in *Nerkowska*, in materia di risarcimento delle vittime di guerra, per cui «la missione della cittadinanza dell'Unione è costituire lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri al quale è attribuita una libertà fondamentale di circolare e di soggiornare in tutto lo spazio comunitario. Ne deriva che uno Stato membro non può più, in linea di principio, condizionare un *obbligo di solidarietà ad un nesso d'integrazione dimostrato da una condizione di territorialità nazionale*. La cittadinanza dell'Unione deve incitare gli Stati membri a non concepire più il legittimo criterio di collegamento dell'integrazione unicamente nello stretto ambito della comunità nazionale, ma anche in quello più ampio *della società dei popoli dell'Unione*» (§23, corsivo nostro). Al principio di solidarietà sono dedicati i contributi del fascicolo n. 1 del 2016 di *Costituzionalismo.it*, Parte I, *Tornare ai fondamentali: la solidarietà*.

⁶ D. TEGA, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, in AA.VV., *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurispru-*

Il presente contributo guarda alla dimensione costituzionale che questi conflitti latenti sottintendono adottando una lente particolare: il rapporto tra norme europee primarie e legislazione derivata. Per norme europee primarie intendiamo sia le norme scritte dei Trattati e della Carta europea dei diritti fondamentali, che ai sensi dell'art. 6, paragrafo 1, TUE ha la stessa forza giuridica dei Trattati, sia le norme primarie non scritte, quali i principi generali del diritto enucleati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Tra le diverse interpretazioni del concetto di “costituzionalizzazione”, autorevole dottrina ha rinvenuto le prime tracce della natura costituzionale dell'ordinamento comunitario, ora Unione europea, nel sistema delle fonti, e in particolare nei principi di effetto diretto e prevalenza delle norme europee, accanto alla tutela dei diritti fondamentali⁷. È questo il risultato ottenuto dalla Corte di Giustizia a partire dalla notissima sentenza *Van Gend en Loos* del 1963⁸. L'attribuzione di effetto diretto alle norme primarie dei Trattati precise e incondizionate fu funzionale a definire la peculiare natura dell'ordinamento comunitario non come un ordinamento internazionale nel senso classico, avente per soggetti i soli Stati contraenti, ma come un ordinamento avente come soggetti i cittadini.

La tesi che si intende sostenere nel presente contributo è che la giurisprudenza più recente della Corte di giustizia nei settori analizzati riveli una sorta di fuga dalle norme primarie e una maggiore deferenza verso la legislazione europea secondaria, legislazione che, ove si tratti

denza. Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Trapani, 8-9 giugno 2012, a cura di E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE, Napoli, 2013, 67-98, spec. 70.

⁷ J.H.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, n. 2 del 1991 (100), 403 ss., ora *La trasformazione dell'Europa*, in ID, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 1999, 33 ss., spec. 46-76, e anche K. LENAERTS, *The Structure of the Union According to the Draft Constitution for Europe*, in J. W. DE ZWAAN, J. H. JANS, F. A. NELISSEN, *The European Union. An Ongoing Process of Integration, Liber Amicorum A. E. Kellermann*, The Hague, 2004, 3-4.

⁸ Corte di giustizia, 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, relativa al divieto di introdurre nuovi dazi doganali. La Corte stabilì che l'art. 12 CEE era dotato di effetto diretto in quanto conteneva un divieto chiaro e incondizionato; perciò, «conformemente allo spirito, allo schema generale e alla lettera del Trattato, l'art. 12 deve essere interpretato nel senso di produrre effetti diretti e creare diritti individuali che i tribunali nazionali devono proteggere». L'effetto diretto dunque, alle origini, era la capacità di una disposizione di conferire diritti ai soggetti privati che essi potessero azionare avanti ad un giudice nazionale. Sui molteplici significati del concetto di effetto diretto, P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU Law, Text, cases and materials*, V^a ed., Oxford, 2011, 180 ss.

di direttive, è solo limitatamente azionabile in giudizio dai cittadini. Fino a dove è possibile, la Corte di Giustizia si attiene all'applicazione della legislazione derivata, mentre il ricorso alle norme primarie è divenuto residuale.

Solo in apparenza la lente che si intende utilizzare, ossia il rapporto tra norme europee primarie e secondarie, è tutta interna al diritto dell'Unione. Una chiave di lettura tradizionale ha sempre misurato l'attivismo della Corte di giustizia nei confronti degli Stati guardando all'intensità del sindacato sulla legislazione nazionale e lamentando l'utilizzo, da parte del giudice europeo, di un doppio standard, più severo verso le misure statali e più leggero verso gli atti dell'Unione⁹⁻¹⁰. È stato osservato, però, che in materia di cittadinanza europea la Corte di giustizia ha effettuato un controllo, benché indiretto, non solo sulla

⁹ Si pensi al noto dibattito apparso sulla *Common Market Law Review* all'inizio degli anni novanta, tra J. COPPEL, A. O'NEILL, *The European Court of Justice. Taking Rights Seriously?*, in *Common Market Law Review*, 1992, 669 ss., e J.H.H. WEILER, N.J.S. LOCKHART, "Taking Rights Seriously" Seriously: the European Court and its fundamental rights jurisprudence, Part I, in *Common Market Law Review*, 1995, 51-94 e Part II, ivi, 579-627. Coppel e O'Neill interpretavano l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali dall'iniziale controllo sugli atti comunitari al controllo su atti nazionali come il passaggio da una cosiddetta «defensive jurisdiction» a una «offensive jurisdiction». Gli AA. contestavano alla Corte di giustizia di aver surrettiziamente esteso la giurisdizione comunitaria ad ambiti riservati alle Corti nazionali; di utilizzare strumentalmente il parametro costituito dai diritti fondamentali per far prevalere gli obiettivi di carattere economico della Comunità; di applicare un doppio standard di tutela, meno rigoroso per gli atti comunitari e più pervasivo per gli atti nazionali. Sul filo di una stringente analisi di sentenze, Weiler e Lockhart, per ciò che qui rileva, mettevano in dubbio innanzitutto il presupposto implicito degli argomenti di Coppel o O'Neill, ossia una visione oppositiva del rapporto tra Comunità e Stati membri; invece, sostenevano Weiler e Lockhart, in una visione integrata la Comunità è gli Stati, sia in sede di adozione degli atti comunitari in Consiglio, sia in sede di implementazione di quei medesimi atti nel proprio ordinamento interno. L'analisi di Coppel e O'Neill sarebbe così stata animata più dall'esigenza di difendere le prerogative degli Stati, dunque la loro sovranità, piuttosto che i diritti individuali, intesi come rivendicazione del rispetto della legalità da parte della pubblica autorità, qualunque essa sia.

¹⁰ Il concetto di *judicial activism* ha diversi significati ed è stato più volte applicato alla Corte di giustizia non solo per la sua giurisprudenza nei confronti di misure nazionali. Una delle prime e più intense critiche resta H. RASMUSSEN, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Dordrecht, Boston, Lancaster, 1986, su cui J.H.H. WEILER, *The Court of Justice on Trial*, in *Common Market Law Review*, n. 3 del 1987 (24), 555-589; ci si limita inoltre a M. CAPPELLETTI, *Is the European Court of Justice "Running Wild"?*, *European Law Review*, 1987 (12), 3 ss.; T. TRIDIMAS, *The Court of Justice and Judicial Activism*, in *European Law Review*, 1996 (21), 199 ss., e ora i contributi in M. DAWSON, B. DE WITTE, E. MUIR (eds.), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Cheltenham-Northampton, 2013.

legislazione nazionale, ma anche sulla legislazione europea derivata, prediligendo l'applicazione delle norme primarie dei Trattati rispetto alle norme secondarie, regolamenti e direttive¹¹. Nel corso degli ultimi anni l'utilizzo del parametro primario si è, invece, ridotto e la Corte ha ridato centralità alla legislazione europea derivata. Se ci si sposta dal sistema delle fonti al rapporto tra poteri, ne risulta una rinnovata attenzione agli Stati non come legislatori nazionali, ma piuttosto come legislatore europeo, o meglio ai Governi che compartecipano alla funzione di legislatori sedendo in Consiglio¹². La dimensione costituzionale sollecitata dalla centralità del parametro secondario in luogo del parametro primario chiama in causa, così, la percezione che la Corte di giustizia ha degli Stati nella veste di legislatori europei e del loro ruolo nel processo di integrazione europea.

Le considerazioni proposte traggono spunto da due recenti sentenze della Corte di giustizia, i casi *Rendón Marín* e *Dansk Industri* del 2016. Di essi si darà una breve descrizione, tentando di inquadrarli nel contesto dei rispettivi filoni giurisprudenziali e di trarne alcune considerazioni generali.

2. Il diritto di soggiorno dei padri e dei bambini: la sentenza *Rendón Marín* del 13 settembre 2016

La sentenza *Rendón Marín* del 13 settembre 2016 della Corte di giustizia, Grande Sezione, appartiene al filone giurisprudenziale relativo al diritto di soggiorno di cittadini di Paesi terzi. Il diritto di soggiorno evoca la dimensione sociale dell'integrazione in quanto costituisce il presupposto per il godimento di diritti in materia di occupa-

¹¹ È questa la declinazione della dimensione costituzionale utilizzata da M. DOUGAN, *The Constitutional Dimension of the case law on Union Citizenship*, in *European Law Review*, 2006 (31), 613-641.

¹² I meccanismi istituzionali dell'ordinamento europeo hanno storicamente consentito ai Governi di potenziarsi nei confronti dei rispettivi Parlamenti e contemporaneamente di scaricare sull'ordinamento europeo la responsabilità di decisioni impopolari. Da ultimo, in rapporto agli anni della crisi, A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Milano, 2016, 10, 44, e la bibliografia ivi citata; l'A. richiama il fenomeno sia in rapporto alle misure europee anticrisi, sia in rapporto al funzionamento delle previsioni del Trattato di Lisbona volte ad innescare una parlamentarizzazione dell'Unione e un sistema di partiti strutturato a livello europeo, tra cui l'elezione semidiretta del Presidente della Commissione.

zione e prestazioni assistenziali. La sentenza costituisce un ulteriore stadio di evoluzione di noti precedenti relativi a stranieri genitori di bambini cittadini europei, i casi *Chen* del 2004 e *Zambrano* del 2011¹³. I genitori sarebbero assoggettati alle norme nazionali in materia di immigrazione, ma chiedono di poter restare dove risiedono in forza dei diritti che l'Unione europea conferisce ai loro bambini.

In *Chen*, una famiglia cinese decideva di far nascere la propria figlia in Irlanda per avvalersi della regola dello *ius soli* e far acquistare alla bambina la cittadinanza europea, accessoria e conseguente a quella nazionale. Dopo la nascita la bambina, cittadina irlandese, e la madre cinese si trasferivano nel Regno Unito, invocando le norme comunitarie per godere di un titolo di soggiorno¹⁴⁻¹⁵. La domanda pregiudici-

¹³ Le sentenze che seguono nel testo attengono alla libertà di circolazione e soggiorno del cittadino europeo. Tale libertà trova oggi garanzia anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 45, secondo cui: «1. Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. 2. La libertà di circolazione e di soggiorno può essere accordata, conformemente ai trattati, ai cittadini dei paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio di uno Stato membro». Prima dell'entrata in vigore della Carta, l'Avvocato Generale Geelhoed nelle sue Conclusioni del 5 luglio 2001, *Baumbast*, in Racc. 2001, I-7091, §110, riteneva che l'art. 45 della Carta avesse efficacia ricognitiva del medesimo diritto riconosciuto nei Trattati. L'art. 52, paragrafo 2, Carta, d'altra parte, dispone che «I diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti». Nella giurisprudenza che si analizzerà nei prossimi paragrafi si vedrà che il parametro invocato per la libera circolazione non è l'art. 45 Carta, ma sempre gli articoli (ex) 18 TCE e ora 21 TFUE.

¹⁴ Corte di giustizia, *Kunqian Catherine Zhu e Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department*, 19 ottobre 2004, C-200/02, in Racc. 2004, I-9925. Il dispositivo della sentenza recita: «... in circostanze come quelle del caso di specie, l'art. 18 CE e la direttiva n. 90/364 conferiscono al cittadino comunitario minorenne in tenera età di uno Stato membro, coperto da un'adeguata assicurazione malattia ed a carico di un genitore, egli stesso cittadino di uno Stato terzo, le cui risorse siano sufficienti affinché il primo non divenga un onere per le finanze pubbliche dello Stato membro ospitante, un diritto di soggiorno a durata indeterminata sul territorio di quest'ultimo Stato. In un caso siffatto, le stesse condizioni consentono al genitore che ha effettivamente la custodia di tale cittadino di soggiornare con quest'ultimo nello Stato membro ospitante».

La sentenza ha suscitato ampia attenzione non solo quale ulteriore caso di applicazione diretta della cittadinanza europea, ma per il pericolo di un potenziale abuso del diritto; si vedano i commenti di E. BERGAMINI, *Il difficile equilibrio tra riconoscimento del diritto alla libera circolazione, rispetto della vita familiare e abuso del diritto*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 2 del 2006, 347-368; G. PERIN, *In margine alla sentenza Chen: il diritto di circolazione dei familiari di cittadini comunitari*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2005, 89-97; J.-Y. CARLIER, commento alla sentenza, in *Common Market Law Review*, 2005, 1121-1131; B. HOFSTOTTER, *A cascade of rights, or who shall care for the little Catherine? Some reflections on the Chen case*, in *European Law Review*, 2005, 548-558; B. KUNOY, *A Union of*

ziale verteva sull'interpretazione della normativa secondaria (direttive 73/148/CEE e 90/364/CEE), ma la Corte di giustizia, non ritenendo la legislazione secondaria applicabile, giunse ad offrire protezione alle ricorrenti direttamente sulla base dei principi tratti dalle norme primarie, e in particolare del diritto alla libera circolazione garantito dall'allora art. 18 TCE.

Il caso *Zambrano*, dell'8 marzo 2011, ha rappresentato forse il punto di massima espansione e pervasività della cittadinanza dell'Unione¹⁶. Zambrano era un cittadino colombiano residente in Belgio con moglie e figlio, cui era stata rigettata la domanda di asilo politico, e contestualmente sospeso l'ordine di rimpatrio per la situazione di guerra civile in Colombia. Assunto a tempo indeterminato, lavorava ininterrottamente per cinque anni, pagando regolarmente le tasse e versando i contributi. Nascevano dal suo matrimonio altri due figli che acquistavano la cittadinanza belga. In seguito ad un'ispezione sul posto di lavoro, il signor Zambrano veniva licenziato, in quanto irregolare. Il sig. Zambrano era protagonista di una complessa vicenda giudiziaria costellata, per un verso, dai ricorsi avverso il diniego di regolarizzazione del soggiorno, che egli periodicamente proponeva invocando la qualità di ascendente di cittadini dell'Unione; per altro verso, per il mancato riconoscimento dell'indennità di disoccupazione spettante per perdita del lavoro e per l'ottenimento di un regolare permesso di lavoro, che gli veniva negato in quanto illegalmente presente sul territorio belga¹⁷. La Corte rispose con una sentenza che ruo-

national citizens: the origins of the Court's lack of avant-gardisme in the Chen case, in *Common Market Law Review*, 2006, 179-190.

¹⁵ Per diritti riconosciuti direttamente ai minori e connessi allo status di cittadino dell'Unione, si vedano anche i casi relativi al diritto al cognome: Corte di giustizia, *Garcia Avello*, 2 ottobre 2003, C-148/02, in Racc. 2003, I-11613 e Corte di giustizia, *Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul*, 14 ottobre 2008, C-353/06, in Racc. 2008 I-07639. Il caso *Chen* differisce da *Garcia Avello* perché mentre in quest'ultimo sarebbe stato possibile riconoscere un diritto ai figli anche in via derivata, in forza della libera circolazione del padre spagnolo in Belgio, in *Chen* soltanto la bambina è cittadina dell'Unione, cosicché la Corte si trovò di fronte all'alternativa secca di riconoscerle o meno in via diretta il diritto comunitario di soggiorno.

¹⁶ Corte di giustizia (Grande Sezione), *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*, 8 marzo 2011, C-34/09, in Racc. 2011, I-1177.

¹⁷ Corte di giustizia, *Zambrano*, cit. La questione pregiudiziale aveva ad oggetto le sole norme primarie, all'epoca (ex) art 12 TCE, sul divieto di discriminazione in base alla nazionalità, (ex) art. 17 TCE sulla cittadinanza europea e (ex) art. 18 TCE sul diritto di cir-

tava tutta e solo intorno all'art. (ex) 17 TCE, nel frattempo divenuto art. 20 TFUE, dunque sulla sola cittadinanza dell'Unione. La Corte giunse alla conclusione che il sig. Zambrano derivava direttamente dall'attuale art. 20 TFUE sulla cittadinanza europea il diritto di soggiorno in Belgio e il diritto ad un permesso di lavoro¹⁸.

Nella più recente sentenza *Rendón Marín* del 2016, un signore lombiano residente in Spagna, padre di due bambini, l'uno con cittadinanza spagnola e l'altra con cittadinanza polacca, si vede negare un permesso soggiorno temporaneo a causa di precedenti penali. La legislazione spagnola, infatti, poneva come condizione ostativa generale al rilascio del permesso di soggiorno l'aver subito condanne penali. Il principio di diritto affermato dalla Grande Sezione giunge alla medesima conclusione già affermata nei precedenti *Chen* e *Zambrano*: il

colazione e soggiorno, nonché gli art. 21, art. 24 e art. 34 Carta europea dei diritti fondamentali, rispettivamente sul divieto di discriminazione, sui diritti del minore e sul diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza e assistenza sociale. Per vero, la Corte richiamò l'art. 3, n. 1, direttiva 2004/38/CE, ma per constatare che i bambini, e di conseguenza il genitore, non rivestivano la qualità di «avente diritto» ai sensi dell'art. 3 citato, che subordinava il godimento dei diritti garantiti dalla direttiva ad uno spostamento da uno Stato all'altro che nella specie non era avvenuto. Il richiamo alla legislazione derivata serviva, perciò, ad affermare espressamente che la disciplina secondaria non trovava applicazione (§39).

¹⁸ Per chiarezza, l'art. 20 TFUE (ex art. 17 TCE) prevede: 1. È istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce. 2. I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati. Essi hanno, tra l'altro: a) il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri; b) il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo e alle elezioni comunali nello Stato membro in cui risiedono, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato; c) il diritto di godere, nel territorio di un paese terzo nel quale lo Stato membro di cui hanno la cittadinanza non è rappresentato, della tutela delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato; il diritto di presentare petizioni al Parlamento europeo, di ricorrere al Mediatore europeo, di rivolgersi alle istituzioni e agli organi consultivi dell'Unione in una delle lingue dei trattati e di ricevere una risposta nella stessa lingua. Tali diritti sono esercitati secondo le condizioni e i limiti definiti dai trattati e dalle misure adottate in applicazione degli stessi.

Il dispositivo della sentenza *Zambrano* recita: «L'art. 20 TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro, da un lato, neghi al cittadino di uno Stato terzo, che si faccia carico dei propri figli in tenera età, cittadini dell'Unione, il soggiorno nello Stato membro di residenza di questi ultimi, di cui essi abbiano la cittadinanza, e, dall'altro, neghi al medesimo cittadino di uno Stato terzo un permesso di lavoro, qualora decisioni siffatte possano privare detti figli del godimento reale ed effettivo dei diritti connessi allo status di cittadino dell'Unione».

genitore straniero ha diritto di soggiornare nello Stato membro perché il suo allontanamento pregiudicherebbe l'effetto utile della cittadinanza europea dei bambini, costringendo i figli a seguirlo fuori dal territorio dell'Unione¹⁹. Il risultato utile per i ricorrenti delle tre pronunce è il medesimo. I genitori hanno diritto di restare per accudire i bambini. Ciò che muta, però, è il *modo* cui si perviene a questo risultato. Muta, in particolare, il peso assegnato nell'iter motivazionale alla legislazione derivata.

Nel caso *Rendón Marín*, la questione pregiudiziale aveva ad oggetto la sola interpretazione dell'art. 20 TFUE, sulla cittadinanza europea. La Corte di giustizia, tuttavia, ha riformulato d'ufficio la questione, integrandola con il parametro costituito dall'art. 21 TFUE, sul diritto di libera circolazione e soggiorno, e dalla direttiva 2004/38/CE, attuale normativa unitaria di riferimento sulla circolazione e il soggiorno di cittadini dell'Unione e dei loro familiari. È la Corte di giustizia, pertanto, ad innestare nell'iter motivazionale la normativa secondaria. La motivazione della sentenza risulta così divisa in due binari, l'uno relativo all'art. 21 TFUE e alla direttiva, l'altro all'art. 20 TFUE.

Il primo binario, fondato sull'art. 21 TFUE e sulla direttiva, consente di ancorare la posizione del sig. Rendón Marín a quella della figlia, nata e residente in Spagna, ma cittadina polacca²⁰. La bambina può invocare l'art. 21 TFUE sul diritto alla libera circolazione e soggiorno e il padre ne trae un diritto derivato²¹.

¹⁹ Corte di giustizia (Grande Sezione), 13 settembre 2016, *Alfredo Rendón Marín c. Administración del Estado*, C-165/14.

²⁰ Già prima dell'introduzione della cittadinanza europea, per giurisprudenza consolidata il fatto di risiedere in uno Stato membro diverso da quello di cui si era cittadini era elemento sufficiente a determinare l'applicazione del diritto comunitario, anche in casi in cui il cittadino non avesse esercitato la libera circolazione e fosse vissuto sin dalla nascita nello Stato membro ospitante. Si vedano C-36/75, *Rutili*, 28 ottobre 1975, in Racc. 1975, 1219, sulle limitazioni alla libera circolazione nel territorio francese di un lavoratore italiano nato e vissuto in Francia; C-235/87, 27 settembre 1988, *Matteucci*, in Racc. 1988, 5589, a proposito del diritto di una cittadina italiana nata e vissuta in Belgio, dove lavora, ad ottenere una borsa di perfezionamento. La differenza tra queste più antiche fattispecie e i casi *Chen* o *Rendón Marín*, e già in precedenza Corte di giustizia, *Garcia Avello* del 2003 sul diritto al cognome, è che questi ultimi attengono a bambini, dunque soggetti per definizione non economicamente attivi.

²¹ In *Chen*, la Corte aveva già affermato che i limiti alla libertà di circolazione e soggiorno indicati dall'(ex) art. 18 TCE devono essere interpretati restrittivamente; una interpretazione, perciò, che inducesse a richiedere il possesso *personale* di risorse economiche

Nella seconda parte della motivazione, la Corte analizza la fattispecie sulla scorta dell'art. 20 TFUE, sul diritto alla cittadinanza europea, rispondendo così al quesito come formulato dal giudice rimettente. Nel caso in cui il giudice rimettente accerti che la bambina non dispone di risorse economiche e di una assicurazione malattia fornite dal padre, come richiesto dalla direttiva, il padre può in ogni caso ricavare un diritto di soggiorno dall'art. 20 TFUE. Questo secondo binario dell'iter motivazionale riprende i principi di *Zambrano*, che vengono tuttavia ricondotti ad una ipotesi residuale, cui fare ricorso solo per «situazioni molto particolari»²². La particolarità consiste nel fatto che

sufficienti – requisito non espressamente previsto dalla direttiva e di difficile realizzazione in capo a un bambino – sarebbe sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito. In punto di fatto, i bambini del sig. Rendón Marín sono «adeguatamente accuditi e scolarizzati» e il genitore ha un'assicurazione malattia che copre anche i bambini. Spetta però al giudice rimettente verificare se la figlia dispone di per sé o grazie al padre di risorse sufficienti e di un'assicurazione malattia (Corte di giustizia, *Rendón Marín*, cit. §49, §§51-52). Quanto al sig. Rendón Marín, egli non è «ascendente a carico» ai sensi della direttiva, poiché è anzi lui a mantenere i bambini. Anche qui, tuttavia, la Corte riprende i principi affermati in *Chen* per cui il rifiuto di consentire al genitore, che ne abbia la effettiva custodia, di soggiornare con il figlio cittadino dell'Unione, «priverebbe di ogni efficacia il diritto di soggiorno di quest'ultimo, dal momento che il godimento del diritto di soggiorno da parte di un figlio minore implica necessariamente che tale minore abbia la facoltà di essere accompagnato dalla persona che ne garantisce effettivamente la custodia e, quindi, che detta persona possa risiedere».

Non è compatibile, infine, con il diritto dell'Unione la disciplina spagnola che nega in via generalizzata il permesso di soggiorno in caso di precedenti penali, poiché l'allontanamento del cittadino dell'Unione e dei suoi familiari richiede l'esistenza di una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società, da valutarsi caso per caso sulla base di un accertamento in concreto nello Stato membro ospitante durante tale soggiorno. Vi è qui un ampio richiamo a consolidata giurisprudenza secondo cui l'espulsione del cittadino comunitario per motivi di ordine pubblico o di sicurezza pubblica deve fondarsi sulla valutazione personale della condotta dell'interessato. I principi ribaditi in decenni di giurisprudenza sono ora codificati negli artt. 27 e 28, direttiva 2004/38/CE, cui è agevole alla Corte dare applicazione. L'art. 28, par. 1, direttiva, in particolare, condiziona l'allontanamento alla valutazione della durata del soggiorno dell'interessato nel territorio dello Stato ospitante, dell'età, dello stato di salute, della situazione economica e familiare, del grado di integrazione sociale e culturale e dell'importanza dei legami con il Paese di origine; infine, il grado di gravità dell'infrazione. Rilevano, inoltre, il rispetto della vita privata e familiare garantito dall'art. 7 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché l'interesse superiore del minore, protetto dall'art. 24, paragrafo 2, Carta.

²² Corte di giustizia, *Rendón Marín*, cit., §74: «esistono situazioni molto particolari in cui, malgrado la circostanza che il diritto derivato relativo al diritto di soggiorno dei cittadini di Stati terzi non sia applicabile e che il cittadino dell'Unione interessato non si sia

sono situazioni disciplinate da «normative che rientrano a priori nella competenza degli Stati membri»²³. Sarebbe, dunque, in principio il diritto spagnolo a dover definire le condizioni per la permanenza del sig. Rendón Marín. Nondimeno, la Corte riconosce «un rapporto intrinseco» tra la fattispecie e la libertà di circolazione e di soggiorno del cittadino dell'Unione, che ne risulterebbe pregiudicata. Se il padre fosse espulso dalla Spagna, i bambini sarebbero costretti a seguirlo, lasciando il territorio dell'Unione nel suo insieme. Scatta, perciò, il criterio enunciato in *Zambrano*, relativo alla potenziale lesione del nucleo essenziale dei diritti connessi allo status di cittadino dell'Unione²⁴. Il ragionamento condotto sulla base della sola cittadinanza dell'Unione è, però, residuale e riservato a ipotesi straordinarie. Fino a dove è possibile, la fattispecie è invece qualificata sulla base della legislazione derivata. Nella misura in cui è consentito, è la legislazione derivata a costituire l'aggancio che conduce a riconoscere i diritti garantiti dall'Unione. Solo in seconda battuta, scatta il ricorso diretto alla norma primaria relativa alla cittadinanza europea.

3. L'indennità di disoccupazione tra direttiva e principio generale di non discriminazione in base all'età: la sentenza *Dansk Industri* del 19 aprile 2016

La sentenza della Grande Sezione *Dansk Industri* del 19 aprile 2016 costituisce un nuovo caso *Mangold* o *Kükükdveci*²⁵. Si inserisce, dunque, nel filone giurisprudenziale relativo alla mancanza di effetti

avvalso della sua libertà di circolazione, un diritto di soggiorno dev'essere nondimeno attribuito a un cittadino di uno Stato terzo, familiare del suddetto cittadino, a pena di pregiudicare l'effetto utile della cittadinanza dell'Unione, se, in conseguenza di siffatto diritto, tale cittadino venisse di fatto costretto a lasciare il territorio dell'Unione nel suo insieme, venendo quindi privato del godimento effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferiti da tale status».

²³ Corte di giustizia, *Rendón Marín*, cit., §75.

²⁴ Corte di giustizia, *Rendón Marín*, cit., §79. La Corte respinge sul punto un'obiezione sollevata da alcuni governi resistenti, per cui la famiglia avrebbe potuto trasferirsi in Polonia. Il padre cui sono affidati in via esclusiva i bambini, rileva la Corte, non ha alcun legame con la famiglia polacca della moglie e né lui, né i suoi figli conoscono il polacco. La valutazione ultima, però, è lasciata al giudice del rinvio.

²⁵ Corte di giustizia, Grande Sezione, *Dansk Industri (DI) c. Successione Karsten Eigil Rasmussen*, 19 aprile 2016, C-441/14.

diretti orizzontali delle direttive²⁶. Volendo semplificare, la Corte suprema danese resisteva all'applicazione di una precedente sentenza della Corte di giustizia che aveva dichiarato incompatibile con il diritto dell'Unione una legge interna chiara su cui si era formata una giurisprudenza nazionale consolidata²⁷. Il caso atteneva alla spettanza di un'indennità di disoccupazione, che la legge danese non riconosce ai lavoratori licenziati che abbiano raggiunto l'età pensionabile e abbiano aderito ad un regime pensionistico prima dei cinquant'anni d'età. La disciplina è sospettata di violare la direttiva 2000/78/CE, che istituisce un quadro generale sulla lotta alle discriminazioni

²⁶ Sulla capacità di produrre effetti diretti delle norme precise e incondizionate di direttive nelle controversie tra privati e pubblica amministrazione in caso di errata trasposizione, si veda per esempio Corte di giustizia, *Beutenmüller c. Land Baden-Württemberg*, 29 aprile 2004, C-102/02, in Racc. 2004, I-5405, con note di S. BASTIANON, *Insegnanti e riconoscimento dei diplomi: il caso Beutenmüller*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2004, 589-597, e di F. D'ORIANO, *Il sistema generale di riconoscimento dei diplomi rappresenta un sistema non ancora correttamente attuato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004, 1431-1435. In queste fattispecie, la norma della direttiva ha diretta applicazione in luogo della legislazione nazionale in contrasto. Il meccanismo, tuttavia, non opera nelle controversie orizzontali tra privati, in cui parte convenuta non è lo Stato o una sua derivazione. Più in linea generale, le direttive hanno effetto diretto verticale; orizzontale in senso indiretto, come obbligo di interpretazione conforme; orizzontale in senso incidentale, come impedimento all'applicazione di una normativa nazionale difforme, con impatto escludente o impatto sostitutivo. L'effetto sostitutivo comporta che il giudice sia indotto a sostituire la norma di diritto nazionale che egli avrebbe applicato, ma in contrasto con la direttiva, con un'altra norma di diritto nazionale, per cui la direttiva conduce in sostanza all'individuazione della norma nazionale applicabile. Per una compiuta descrizione di queste categorie, P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU Law, Text, cases and materials*, 5th ed., Oxford, 2011, 180 ss. Trattando delle direttive, si distingue anche in dottrina tra *invocabilité en justice* e *effect direct*, ove *effect direct* è la capacità di produrre la regola per la soluzione del caso di specie: le direttive non producono la regola per il caso di specie nelle controversie orizzontali, ma ciò non significa che siano prive di *invocabilité en justice*. Sono invocabili in giudizio proprio perché danno origine ad un obbligo del giudice nazionale di interpretazione conforme e, ove possibile, di sostituzione della norma nazionale applicabile; se non correttamente trasposte, inoltre, costituiscono la fonte di un'azione di risarcimento dei danni verso lo Stato; per l'utilizzo di queste categorie, si veda per esempio O. DE SCHUTTER, *La garantie des droits et principes sociaux*, in J.-Y. CARLIER, O. DE SCHUTTER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, 2002, 117 ss.

²⁷ Il precedente era Corte di giustizia, 26 febbraio 2005, *Ingeniorforeningen i Danmark*, C-499/08, §49, in cui la Corte aveva affermato che gli artt. 2 e 6, par. 1, della direttiva 2000/78 ostavano a una normativa nazionale in forza della quale i lavoratori aventi titolo a una pensione di vecchiaia nell'ambito di un regime previdenziale al quale avessero aderito prima del compimento del cinquantesimo anno di età non potevano beneficiare di un'indennità speciale di licenziamento destinata a favorire il reinserimento professionale dei lavoratori aventi un'anzianità di servizio superiore ai dodici anni nell'impresa.

nell'occupazione e nelle condizioni di lavoro. Poiché, però, la direttiva non produce effetti diretti in una controversia orizzontale tra datore di lavoro e lavoratore, il giudice rimettente chiedeva se potesse trovare applicazione non la direttiva, ma il principio generale che vieta le discriminazioni in base all'età.

La Corte di giustizia chiarisce che la direttiva costituisce una «concretizzazione», dunque una specificazione delle condizioni e dell'ambito di applicazione del divieto di discriminazione in base all'età, che tuttavia trova il suo fondamento – è «sancito», secondo le parole della Corte di giustizia – altrove, tra i principi generali del diritto²⁸. Sul punto niente di nuovo. Vi è conferma di quanto già affermato nei precedenti *Mangold e Küçükdeveci*. Il profilo interessante, invece, è che la sentenza costituisce una sorta di *summa*, un vademecum delle operazioni interpretative cui è tenuto il giudice nazionale per rendere conforme il diritto nazionale al diritto dell'Unione. La sintesi è che lo strumento privilegiato per assicurare la conformità del diritto interno al diritto dell'Unione è l'interpretazione conforme, mentre la disapplicazione costituisce l'*extrema ratio*.

L'interpretazione conforme costituisce una tecnica interpretativa risalente sempre più utilizzata dalla Corte di giustizia²⁹. La dottrina ha rinvenuto la *ratio* dell'obbligo di interpretazione conforme nell'esigenza di trovare un rimedio giudiziale all'inadempimento degli Stati nell'attuazione di un diritto europeo privo di effetti diretti o comunque inidoneo ad incidere sui rapporti orizzontali. L'esempio è proprio l'effetto orizzontale indiretto delle direttive³⁰. In *Dansk Indu-*

²⁸ Corte di giustizia, Grande Sezione, *Dansk Industri*, cit., §§22-23.

²⁹ Per tutti, T. TRIDIMAS, *The General Principles of the European Union*, II^d ed., Oxford, 2006, 29-35; l'obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale al diritto comunitario è fatto risalire a Corte di giustizia, *Van Colson*, 10 aprile 1984, C-14/83. La tecnica è divenuta frequente ed estremamente pervasiva, sino al punto di spingere i giudici nazionali a tradire il tenore letterale della legislazione nazionale per assicurare una uniforme applicazione del diritto europeo; per un esame della giurisprudenza, da cui emerge la difficoltà di comprendere l'esatta portata del limite dell'interpretazione *contra legem*, cfr. p. 30.

³⁰ M. CARTABIA, M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino, 2009, 48 ss. Per un ampio e accurato esame della giurisprudenza della Corte di giustizia, G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012. Nell'ordinamento italiano, sull'origine dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione nella giurisprudenza della Corte costituzionale, come specie dell'interpretazione conforme a Costituzione, e sulle differenti finalità rispetto alla analoga tecnica utilizzata dalla Corte di giustizia, E. LAMARQUE, *L'interpretazione conforme al dirit-*

stri, la Corte di giustizia ribadisce il *leitmotiv* per cui i giudici nazionali «devono assicurare ai singoli la tutela giurisdizionale derivante dalle disposizioni del diritto dell'Unione e garantirne la piena efficacia». Riprende altresì quanto affermato sin dalla sentenza *Faccini Dori* del 1994, per cui l'obbligo degli Stati di conseguire il risultato previsto dalle direttive si impone a tutte le autorità nazionali, comprese quelle giurisdizionali. I giudici sono, perciò, tenuti a prendere in considerazione l'insieme delle norme di diritto interno ed applicare i criteri ermeneutici propri di quel diritto al fine di interpretarlo «per quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva». Soltanto quando ciò non sia possibile opera il rimedio della disapplicazione e ciò, come in *Mangold e Küçükdeveci*, non per effetto della direttiva, ma per effetto del principio generale di non discriminazione in base all'età di rango primario. Ove non esista una norma primaria dotata di effetto diretto, come il principio di non discriminazione, residua al soggetto privato il rimedio del risarcimento del danno a carico dello Stato per inesatta trasposizione del diritto dell'Unione.

La particolarità del caso *Dansk industri* consiste in due elementi. Per un verso, il giudice nazionale lamentava di non poter disapplicare una legge interna scritta in maniera chiara e assistita da una giurisprudenza nazionale consolidata, per fare applicazione di un principio non scritto, il principio generale del divieto di discriminazione in base all'età. Vengono in gioco, a ben vedere, i limiti dell'interpretazione conforme. Giurisprudenza costante della Corte di giustizia li individua nella cosiddetta interpretazione *contra legem*. Nel caso di specie si trattava di comprendere se il limite potesse essere costituito dalla sola lettera del testo normativo o anche dall'interpretazione consolidata che a quella lettera era stata data a livello nazionale. L'Avvocato Generale aveva preso chiaramente posizione a favore del fatto che solo il dato testuale costituisce un limite all'attività di interpretazione del giudice, poiché solo forzando la lettera del testo normativo il giudice si sostituirebbe al legislatore. Un'interpretazione del diritto nazionale consolidata non potrebbe, perciò, costituire un freno alla possibilità di inter-

to dell'Unione europea secondo la Corte costituzionale italiana, in A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico. Atti del Convegno inaugurale del Dottorato di ricerca «Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara*, Rovigo, 15-16 maggio 2014, Napoli, 2015, 91-108.

pretazione conforme del diritto nazionale, ove questa sia consentita da una diversa lettura delle disposizioni scritte. La Corte aderisce a questo orientamento, pur senza interrogare il rapporto tra giudice e legislatore, nel momento in cui afferma che l'esigenza di un'interpretazione conforme include l'obbligo di modificare una giurisprudenza consolidata, se essa comporta una interpretazione del diritto nazionale in conflitto con una direttiva.

Il secondo elemento di interesse attiene al fatto che il giudice nazionale aveva prospettato la disapplicazione di una norma nazionale costantemente interpretata in un certo significato come una lesione dei principi di certezza del diritto e di legittimo affidamento, tutelati anche dal diritto dell'Unione nella forma di principi generali del diritto. Si era chiesto, perciò, se e in che misura fosse possibile porre in bilanciamento il principio di non discriminazione in base all'età con questi ulteriori principi, allo scopo di farli prevalere ed evitare così di gravare il datore di lavoro del pagamento di un'indennità che egli non aveva corrisposto sulla base di un diritto nazionale uniformemente interpretato dalla giurisprudenza nazionale. La prospettazione offerta dal giudice nazionale in termini di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento della parte datoriale privata è respinta dalla Corte di giustizia come un inammissibile tentativo di sottrarsi all'obbligo discendente dalle sue sentenze, vincolanti per tutti i soggetti del diritto anche nella loro portata interpretativa. Un tale risultato maschererebbe in realtà, secondo la Corte, un limite all'efficacia delle sentenze, che solo alla Corte stessa spetta in casi eccezionali definire e che, nella specie, non era stata neppure ipotizzata. Di fondo, d'altra parte, la mancata applicazione del principio di diritto sancito dalla Corte di giustizia avrebbe comportato una illegittima compressione dei diritti della parte privata, che proprio sull'interpretazione della Corte ha fondato la propria pretesa³¹.

4. La crescita della cittadinanza europea attraverso il sindacato implicito sulla legislazione europea derivata

Riprendiamo la chiave di lettura che si è adottata nelle premesse del presente contributo, ossia il rapporto tra diritto europeo primario e

³¹ Corte di giustizia, Grande Sezione, *Dansk Industri*, cit., §§39-41.

secondario. Per comprendere la portata della prima sentenza analizzata, *Rendón Marín*, occorre guardare al contesto in cui si inserisce. Come noto, con l'introduzione della cittadinanza europea nel Trattato di Maastricht si è assistito ad un' incisiva spinta all'ampliamento delle tutele europee dalla sola categoria dei lavoratori attivi dotati di un reddito, a categorie di soggetti non abbienti, quali studenti universitari, madri senza mezzi, lavoratori che avevano perso il lavoro. Già le direttive degli anni novanta avevano esteso il diritto di circolare e soggiornare a studenti universitari e soggetti che non esercitavano un'attività economica, ma tale diritto era subordinato alla condizione di autosufficienza economica e al possesso di un'assicurazione malattia, dunque alla condizione di non divenire un onere per l'assistenza sociale dello Stato ospitante. Con l'avvento della cittadinanza, il punto qualificante della giurisprudenza della Corte di Giustizia fu proprio il sostanziale aggiramento del requisito di autosufficienza economica cui le direttive degli anni '90 subordinavano il diritto di circolazione e soggiorno dei soggetti inattivi³²⁻³³. Utilizzando la chiave di lettura del-

³² Per esempio le note sentenze della Corte di giustizia, *Martínez Sala*, 12 maggio 1998, C-85/96, in Racc. 1998, I-2691; *Grzelczyk*, 20 settembre 2001, C-184/99, in Racc. 2001, I-6193; *Trojani*, 19 febbraio 2004, C-456/02, in Racc. 2004, I-7573. Nella sentenza *Grzelczyk*, cit., §31, la Corte ha affermato che: «Lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri che consente a chi tra di loro si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla cittadinanza, il medesimo trattamento giuridico». Questa affermazione è stata comunemente intesa come una pietra miliare della giurisprudenza della Corte di giustizia ed è stata paragonata all'affermazione della storica sentenza *Van Gend en Loos* del 5 febbraio 1963, secondo cui la Comunità era un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo internazionale, a favore del quale gli Stati avevano rinunciato ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati, ma anche i loro cittadini (così l'Avvocato Generale Sharpston, nelle sue Conclusioni del 30 settembre 2010 nella causa *Zambrano*, §§67,68). Lo status fondamentale conferito dalla cittadinanza dell'Unione è ribadito, senza alcuna pretesa di completezza, nei casi *Baumbast e R*, 17 settembre 2002, C-413/99, in Racc. I-7091, §82, e *Garcia Avello*, 2 ottobre 2003, C-148/02, in Racc. 2003, I-11613, §22; in *Schempp*, 12 luglio 2005, C-403/03, in Racc. 2005, I-6421, §15; *Gottwald*, 1 ottobre 2009, C-103/08, in Racc. 2009 I-9117, §23; *Rottmann*, 2 marzo 2010, C-135/08, in Racc. 2010, I-1449, §39; *Zambrano*, 8 marzo 2011, C-34/09, in Racc. 2011, I-1177, §41; *McCarthy*, 5 maggio 2011, C-434/09, in Racc. 2011, I-3375, §47. Si vedano anche Conclusioni dell'Avvocato Generale Mazák del 10 luglio 2008 in *Förster*, §§53ss.; Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott del 28 febbraio 2008 in *Wood*, §32, con rinvio anche a Corte di giustizia, *Commissione c. Germania*, 11 settembre 2007, C-318/05, in Racc. 2007, I-6957, §125; *Collins*, 23 marzo 2004, C-138/02, in Racc. I-2703, §61; *D'Hoop*, 11 luglio 2002, C-224/98, in Racc. I-6191, §28. L'affermazione è stata codificata nei Considerando della direttiva 2004/38/CE del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circola-

la erosione delle competenze statali, è acquisito che questa giurisprudenza abbia determinato un chiaro indebolimento del principio di attribuzione, attraendo alla sfera del diritto dell'Unione settori materiali ancora riservati agli Stati membri, come la disciplina dei sistemi scolastici e della formazione professionale o l'organizzazione dei sistemi assistenziali. Sotto il profilo delle tutele sostanziali, la dimensione sociale ne è risultata coinvolta, pur in assenza di forti politiche europee di settore, in quanto la giurisprudenza della Corte di giustizia sostanzialmente ridelineava e ridefiniva i beneficiari di prestazioni previste dai regimi assistenziali degli Stati membri³⁴. La dottrina ha così ritenuto che l'impatto sulle competenze nazionali, benché casistico e frammentario, sia stato forse più incisivo di quanto sarebbe risultato da un aumento esplicito delle competenze materiali dell'Unione³⁵.

Se guardiamo a questa evoluzione giurisprudenziale dal punto di vista delle fonti del diritto, tale esito è stato ottenuto attivando il parametro primario e bypassando la legislazione derivata. Un esempio emblematico di questa modalità di procedere risale alla sentenza *Baumbast* del 2002, in cui la Corte di giustizia riconobbe effetto diretto all'allora art. 18 TCE, oggi art. 21 TFUE, sul diritto del cittadino europeo di circolare e soggiornare³⁶. Attraverso l'(ex) art. 18 TCE, il

re e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, pubblicata in GU L 158 del 30 aprile 2004. Per una ricostruzione sintetica delle più note sentenze della Corte di Giustizia che hanno costituito passaggi fondamentali per riempire di contenuto il concetto di cittadinanza europea, C. MARGIOTTA, *Cittadinanza europea. Istruzioni per l'uso*, Roma-Bari, 2014. In relazione all'avvento della Carta europea dei diritti, si veda L. TRUCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, 2012.

³³ È questo, in sintesi, l'elemento comune e qualificante dei diversi schemi argomentativi utilizzati dalla Corte di giustizia per estendere l'eguaglianza attraverso la cittadinanza secondo P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2006, 568 ss., nel capitolo dedicato alla *Equality*.

³⁴ Si tratta perciò di "diritti inautonomi" per M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *La Costituzione europea*, Annuario AIC 1999, Padova, 2000, 528.

³⁵ L. AGUIAR DE LUQUE, *La Carta europea de derechos y las constituciones nacionales*, cit., 31 ss.

³⁶ Prima della sentenza *Baumbast*, un importante precedente relativo all'estensione del diritto di soggiorno al di là di quanto previsto dalla legislazione derivata è costituito dalla nota sentenza della Corte di giustizia, *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, 11 luglio 2002, C-60/00, in Racc. 2002, I, 6305, su cui S. ACIERNO, *La sentenza*

sig. Baumbast si vide riconoscere il diritto di soggiorno in Gran Bretagna, dove risiedeva la sua famiglia, benché non fosse in possesso di un'assicurazione malattia nel territorio dello Stato ospitante, ma in quello di un altro Stato membro³⁷. Il riconoscimento del diritto di sog-

Carpenter: diritti fondamentali e limiti dell'ordinamento comunitario, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 4 del 2002, 653 ss. e E. SPAVENTA, *From Gebhard to Carpenter: toward a (non) – economic European Constitution*, in *Common Market Law Review*, 2004, 737 ss. La signora Carpenter, cittadina filippina, si era trattenuta illegalmente nel territorio del Regno Unito dopo la scadenza del visto turistico e aveva sposato il sig. Carpenter. Colpita da provvedimento di espulsione, lo impugnava a motivo che il marito, titolare di una impresa con sede nel Regno Unito che vendeva spazi pubblicitari su riviste mediche e scientifiche ad inserzionisti di altri Paesi europei, non avrebbe potuto svolgere la sua attività lavorativa se la moglie non avesse continuato ad occuparsi dei figli di costui, nati dal primo matrimonio. La questione di diritto ruotava intorno alla sussumibilità nel diritto primario dell'ingresso e soggiorno del familiare di un cittadino comunitario. Per giurisprudenza consolidata, i diritti del familiare non trovano diretto fondamento nelle norme primarie, ma nel diritto derivato. Nella specie, i profili problematici attenevano al fatto che il sig. Carpenter, cittadino comunitario, non aveva mai esercitato la libertà di circolazione. La posizione del sig. Carpenter, e quella derivata della moglie, oscillavano, perciò, tra una situazione puramente interna, disciplinata dal solo diritto nazionale, e una posizione comunitariamente rilevante, per il fatto che l'attività del sig. Carpenter consisteva nella prestazione di servizi venduti all'estero. La Corte rilevò che la fattispecie fuoriusciva dall'ambito di applicazione della direttiva 73/148/CE, il cui art. 1, n. 1), lett. a) e b) richiedeva letteralmente che il cittadino di uno Stato membro lasciasse il proprio Stato di origine e si stabilisse in un altro Stato membro per effettuare o ricevere una prestazione di servizi. Ne derivava che non fossero applicabili alla signora Carpenter le disposizioni sul ricongiungimento familiare previste dalla direttiva. Tuttavia, la Corte ritenne la fattispecie comunitariamente rilevante direttamente in forza dell'art. 49 TCE, sulla libera prestazione di servizi, e dell'art. 8 CEDU, sulla protezione della vita privata e familiare. Facendo applicazione del criterio dell'effetto utile, la Corte concluse che la separazione dei coniugi causata dall'espulsione della moglie avrebbe leso la vita familiare dei coniugi e, di riflesso, le condizioni di esercizio della libertà di prestazione dei servizi, poiché il sig. Carpenter sarebbe stato dissuaso dall'esercitare la sua libertà di prestazione di servizi a causa degli ostacoli frapposti nel Paese di origine alla permanenza della moglie.

³⁷ Corte di giustizia, *Baumbast e R. contro Secretary of State for the Home Department*, 17 settembre 2002, C-413-99, in *Racc.* 2002, I, 7091. In dottrina, M. DOUGAN, E. SPAVENTA, *Educating Rudy and the (non-) English Patient: a double-bill on residency rights under Article 18 EC*, in *European Law Review*, 2003, 699-712; N. REICH, *Citizenship and family on trial*, cit., in *Common Market Law Review*, 2003, 615-638. La signora Baumbast, colombiana, aveva sposato nel Regno Unito un cittadino tedesco, titolare di una impresa individuale; insieme a loro vivevano la figlia di primo letto della moglie e una figlia avuta in comune. Dopo il fallimento della sua impresa, il sig. Baumbast lasciava il Regno Unito per lavorare per una ditta tedesca all'estero. Le autorità inglesi negavano alla moglie e alle figlie il rinnovo del permesso di soggiorno, a motivo che il marito cittadino comunitario, da cui esse derivavano i propri diritti di residenza, non lavorava più del Regno Unito. Nella medesima sentenza la Corte affrontò il caso della signora R., cittadina americana trasferitasi

giorno avveniva così attraverso l'assorbimento diretto di una fattispecie concreta nella fattispecie astratta più ampia del parametro primario. Contestualmente, ne risultava indebolito l'inciso contenuto nell'allora art. 18 TCE, per cui ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, «fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi». Dalla lettera della disposizione si sarebbe potuto intendere che il diritto di circolare e soggiornare fosse condizionato, nel contenuto e nell'ambito di applicazione, dalla normazione secondaria, dipendendo così la sua sostanza dal grado di tutela offerto dal diritto derivato. La Corte, invece, affermò con nettezza che il diritto di soggiorno sorgeva direttamente dall'(ex) art. 18 TCE, ora 21 TFUE, ed *a priori* rispetto alle condizioni previste dalla disciplina derivata. La locuzione «limitazioni» e «condizioni» previste dai Trattati e dal diritto derivato venne interpretata come necessità di un bilanciamento tra l'esercizio di una libertà fondamentale e i requisiti previsti dalle norme di attuazione. Il rapporto tra il diritto espresso dalla norma primaria e le condizioni di esercizio, dunque il bilanciamento, fu risolto dalla Corte in termini di proporzionalità.

Il medesimo schema argomentativo era presente nella sentenza *Chen*, di cui si è detto. Il parametro invocato era la sola normativa secondaria e fu la Corte a “risalire” alla normativa primaria, per offrire protezione alla madre cinese e alla bambina di pochi mesi cittadina europea.

nel Regno Unito con il marito francese e i due figli. La sentenza *Baumbast* è costruita come un sistema di scatole cinesi: ciascuno dei soggetti che compongono i rispettivi nuclei familiari trova protezione nel diritto dell'Unione, a partire dai bambini, risalendo alle madri, per poi giungere ai padri. Il diritto di soggiornare nel Regno Unito è riconosciuto ai bambini in forza del diritto derivato. Essi hanno diritto di continuare a frequentare le scuole indipendentemente dal fatto che i genitori abbiano divorziato o che il padre non lavori più in quel territorio. Le madri, cittadine di Paesi terzi, hanno diritto a loro volta di restare nel Regno Unito per accudire i bambini. Il padre, sig. Baumbast, non lavora più nel Regno Unito e non è più titolare di una assicurazione malattia nel Regno Unito, bensì in Germania. Difetta, perciò, dei requisiti previsti dalla normativa derivata. L'assenza di tali requisiti avrebbe dovuto condurre al rigetto della sua pretesa. La Corte di giustizia, invece, supera la lettera della normativa derivata, per fare diretta applicazione del principio. È in questo contesto che la Corte giunge a riconoscere all'(ex) art. 18 TCE, dunque al diritto di circolazione e soggiorno del cittadino europeo, l'effetto diretto.

A partire da questi schemi motivazionali, il portato costituzionale della giurisprudenza successiva a *Baumbast* è stato inteso non solo nell'erosione delle competenze statali in materia di immigrazione, ma nell'incisione della normazione europea derivata. I provvedimenti statali che negavano il titolo di soggiorno o l'accesso a una provvidenza economica costituivano, in realtà, l'esatta applicazione da parte delle autorità statali delle norme dell'Unione. Ed infatti, il criterio della proporzionalità colpiva formalmente i provvedimenti statali di diniego del permesso di soggiorno, ma finiva per incidere sostanzialmente sulla stessa normazione europea derivata. Sanzionando le misure nazionali, si disse, la Corte operava in verità un *judicial review* implicito sulle norme europee derivate, rendendone l'applicazione recessiva di fronte alle norme primarie. Veniva così superato il consenso politico formatosi sulle direttive. Esse avevano voluto estendere il diritto di soggiorno e la parità di trattamento ai soli cittadini inattivi autosufficienti economicamente. La Corte, invece, era andata oltre questo limite ed anzi l'aveva volutamente aggirato. La dottrina che espresse critiche su questa giurisprudenza accusò la Corte di aver «riscritto» le norme europee derivate. Di aver, dunque, superato i confini della funzione giurisdizionale invadendo lo spazio riservato al legislatore europeo³⁸.

5. Dopo *Zambrano*: il ripiegamento del diritto di soggiorno e del riconoscimento di prestazioni sociali sulla legislazione derivata

La massima espansione della cittadinanza europea, si è detto, si è avuta con la sentenza *Zambrano* del 2011. Si è visto che la Corte adottò una sentenza incentrata sull'art. 20 TFUE, disposizione “capostipi-

³⁸ Così K. HAILBRONNER, *Union Citizenship and Access to Social Benefits*, in *Common Market Law Review*, 2005 (42), 1245, richiamato da M. DOUGAN, *The Constitutional Dimension of the case law on Union Citizenship*, cit., 624. Secondo Dougan, le critiche al sindacato indiretto della Corte di giustizia sulla normazione derivata, sul modello *Baumbast*, non consideravano l'introduzione della cittadinanza europea nel Trattato di Maastricht, ragionando *come se* i Trattati tutelassero ancora le sole libertà economiche. Proprio l'introduzione della cittadinanza europea nel diritto primario aveva, invece, ridisegnato, ad avviso di Dougan, il quadro costituzionale di riferimento, cosicché reinterpretare la legislazione derivata esistente alla luce del diritto primario sopravvenuto rientrava pienamente entro i confini dell'esercizio della funzione giurisdizionale.

te” sulla cittadinanza europea³⁹. Ancora una volta la norma di principio superava i limiti e le prescrizioni previste dallo stesso diritto derivato dell’Unione, che avrebbero richiesto che i bambini si fossero spostati da uno Stato membro ad un altro, o avessero la cittadinanza di un altro Stato membro, per far scattare i diritti connessi alla cittadinanza europea. I profili della sentenza che hanno suscitato maggiore interesse nella dottrina, infatti, attengono al fatto che i bambini del sig. Zambrano, cittadini belgi, rivendicavano un diritto di soggiorno nei confronti del loro stesso Stato di origine. Vi era, perciò, il sostanziale affievolimento di qualsivoglia requisito di *cross border* e l’ulteriore estensione del diritto dell’Unione a una situazione potenzialmente solo interna allo Stato membro, con indebolimento delle competenze nazionali in materia di immigrazione. La sentenza ha indotto a chiedersi,

³⁹ Per comprendere la portata della decisione nella definizione della cittadinanza europea come autonomo status della persona umana, prima che condizione legata alla circolazione, si riportano i passaggi iniziali dell’Avvocato Generale Sharpston, Conclusioni del 30 settembre 2010, in *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l’emploi (ONEm)*, C-34/09, §§2,3: «che cosa implica esattamente la cittadinanza dell’Unione? Le circostanze all’origine della causa nazionale costituiscono una situazione «puramente interna» allo Stato membro interessato, nella quale il diritto dell’Unione europea ... non ha alcun ruolo da svolgere? Oppure il pieno riconoscimento dei diritti (compresi i futuri diritti) che necessariamente derivano dalla cittadinanza dell’Unione significa che un minore in tenera età cittadino dell’Unione ha il diritto, basato sul diritto dell’Unione anziché sul diritto nazionale, di soggiornare ovunque nel territorio dell’Unione? Da un punto di vista più concettuale, l’esercizio di diritti come cittadino dell’Unione dipende – così come l’esercizio delle classiche «libertà» economiche – dal fatto che ... vi sia stata una qualsiasi libera circolazione transfrontaliera (anche se occasionale, marginale o remota)? Oppure la cittadinanza dell’Unione guarda al futuro anziché al passato per definire i diritti e gli obblighi che da essa derivano?». Ancora, «la cittadinanza dell’Unione è solo la versione non economica della stessa categoria generica di diritti di libera di circolazione così come a lungo esistita per i soggetti economicamente attivi e per le persone che dispongono di risorse proprie? Oppure significa qualcosa di più estremo, ossia una cittadinanza vera e propria, dalla quale deriva una serie uniforme di diritti ed obblighi, all’interno di un’Unione di diritto nella quale il rispetto dei diritti fondamentali deve necessariamente svolgere un ruolo essenziale?». E nei paragrafi §§89, 128: se i bambini, cittadini dell’Unione, si recassero al di fuori del territorio europeo, potrebbero invocare la tutela diplomatica e consolare presso le ambasciate degli Stati membri europei, chiedere di avere accesso ai documenti, rivolgersi al Mediatore europeo, diritti tutti conferiti dallo *status* di cittadino dell’Unione; ma non potrebbero invocare il medesimo *status* per continuare a soggiornare nel Paese europeo in cui sono nati e vissuti, per concludere che «è difficile non provare un senso di disagio di fronte a un risultato del genere. Sembra che l’esercizio dei diritti di cittadinanza dell’Unione sia governato più dall’azzardo che dalla logica». Ancora, in relazione al rapporto tra libertà economiche in senso classico e cittadinanza «... Quando dei cittadini circolano, lo fanno come esseri umani e non come robot. Essi si innamorano, si sposano e creano famiglie».

perciò, se la cittadinanza dell'Unione dovesse considerarsi definitivamente scissa dal previo esercizio, in potenza o in atto, della libertà di circolazione, o ancora se il diritto di soggiorno dovesse ritenersi autonomo e distinto dal diritto di circolare⁴⁰⁻⁴¹.

⁴⁰ La sentenza *Zambrano* è stata oggetto di una amplissima letteratura; ci si limita a U. SADL, *Ruiz Zambrano as an Illustration of How the Court of Justice of the European Union Constructs its Legal Arguments*, in *European Constitutional Law Review*, 2013, 205-229; R. MORRIS, *European Citizenship and the right to move freely: internal situations, reverse discrimination and fundamental rights*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2011, 179-189; K. HAILBRONNER, D. THYM, *Case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi (ONEm), Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 8 March 2011*, in *Common Market Law Review*, n. 4 del 2011 (48), 1253-1270; H. VAN EIJKEN, S.A. DE VRIES, *A New Route into the Promised Land? Being a European Citizen after Ruiz Zambrano*, in *European Law Review*, n. 5 del 2011 (36), 704-721; K. LENAERTS, J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *Ruiz-Zambrano (C-34/09) o de la emancipación de la Ciudadanía de la Unión de los límites inherentes a la libre circulación*, in *Revista española de Derecho Europeo*, 2011, 493-521. Nella dottrina italiana, M. E. BARTOLONI, *Il caso Ruiz-Zambrano: la cittadinanza dell'Unione europea tra limiti per gli Stati membri e garanzie per i cittadini*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, 652-657; C. BERNERI, *Le pronunce Zambrano e McCarthy: gli ultimi sviluppi giurisprudenziali sulle unioni familiari tra cittadini comunitari ed extracomunitari*, in *Quad. cost.*, 2011, 696-699; L. MONTANARI, *Una nuova tappa nella definizione della portata della cittadinanza europea: alcune riflessioni sulle sentenze Ruiz Zambrano e McCarthy*, in *La Comunità internazionale*, 2011, 433-446; E. PAGANO, *Ricongiungimento familiare, cittadinanza e residenza: dal caso Zambrano al caso Dereci*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2012, 467-475; R. PALLADINO, *Il diritto di soggiorno nel "proprio" Stato membro quale (nuovo) corollario della cittadinanza europea?*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2 del 2011, 331-356; P. MENGOZZI, *La sentenza Zambrano: prodromi e conseguenze di una pronuncia inattesa*, *ivi*, 417-432; I. OTTAVIANO, *La Corte di giustizia riconosce all'art. 20 un'autonoma portata attributiva di diritti al cittadino europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2011, 797-809; D. GALLO, *La Corte di giustizia rompe il vaso di Pandora della cittadinanza europea*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, 39-49; F. VECCHIO, *Il caso Ruiz Zambrano tra cittadinanza europea, discriminazioni a rovescio e nuove possibilità di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, 1249-1251. Si veda anche S. LORENZON, *Cittadinanza europea e principio di attribuzione delle competenze: l'integrazione europea alla prova del test di proporzionalità*, in AA.VV., *Dieci casi sui diritti in Europa: uno strumento didattico*, Bologna, 2011, 159-171 e ora G. MARTINICO, A.M. RUSSO, *Is the European Union a Militant Democracy? The Perspective of the Court of Justice in Zambrano and Kadi*, in *European Public Law*, 2015, 659-678.

⁴¹ Dopo la grande apertura del caso *Zambrano*, la Corte chiuse in qualche modo i confini del diritto di soggiorno tratto direttamente dalla cittadinanza europea nella sentenza di pochi mesi successiva, Corte di giustizia, *Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department*, 5 maggio 2011, C-434/09, in *Racc.* 2011, I-3375, §42. Già in *McCarthy* la questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 20 TFUE era stata riformulata alla luce dell'art. 21 TFUE, dunque in termini di circolazione (§26). In dottrina la sentenza è spesso annotata insieme a *Zambrano*, per la breve distanza di tempo tra le due pronunce e per la difficoltà di costruire un quadro unitario intorno alle aperture e chiusure della Corte; oltre ai com-

Dopo *Zambrano*, la giurisprudenza europea pare essersi ripiegata sulla normazione derivata. Sulla scia di *Zambrano*, i giudici rimettenti in più occasioni hanno proposto questioni pregiudiziali fondate sull'interpretazione del parametro primario relativo alla sola cittadinanza europea, art. 20 TFUE, indipendentemente da profili legati alla circolazione. Sono stati innanzitutto i giudici nazionali, dunque, incentivati dallo stesso *modus* argomentativo adottato dalla Corte di giustizia in *Zambrano*, a chiedere che i fatti di causa fossero riletti entro il più ampio spettro delle norme primarie di principio. La Corte, tuttavia, ha iniziato ad analizzare le fattispecie inserendo nell'apparato motivazionale la normativa secondaria.

A partire dalla sentenza *Dereci* del novembre del 2011, relativa a un signore turco che chiedeva di poter risiedere in Austria con la moglie e i figli, tutti cittadini austriaci, il precedente di *Zambrano* è stato riletto dalla stessa Corte di giustizia come legato a circostanze eccezionali⁴². Così è stato nella sentenza *Iida* del novembre 2012, in cui un cittadino giapponese residente in Germania e padre di una bimba trasferitasi con la mamma a Vienna chiedeva di godere di un titolo di soggiorno fondato sul diritto europeo. La Corte ritenne che non potesse trovare applicazione la direttiva 2004/38/CE, secondo cui il familiare deve «accompagnare» o «raggiungere» il cittadino dell'Unione. Il padre, invece, era rimasto in Germania, e perciò la fattispecie venne ritenuta estranea al diritto dell'Unione⁴³. Nel caso *O. e S.* del 2012,

menti della nota precedente, cfr. anche N. NIC SHUIBHNE, in *Common Market Law Review*, 2012, 349-379, e S. ROSSI, *Il caso McCarthy: la cittadinanza europea e la cruna dell'ago*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, 1238-1243.

⁴² Corte di giustizia, Grande Sezione, *Murat Dereci e altri contro Bundesministerium für Inneres*, 15 novembre 2011, C-256/11, §§66-68. La sentenza riunisce cinque cause. Le cause avevano in comune il fatto che i ricorrenti fossero cittadini di Paesi terzi, familiari di cittadini dell'Unione residenti in Austria. Nessuno dei cittadini dell'Unione si era avvalso della libertà di circolazione. Le differenze vertevano sul carattere legale o illegale del soggiorno del ricorrente; sul vincolo familiare, tra genitori e bambini minori, coniugi o figli maggiorenni; sulla dipendenza economica, più o meno accentuata, con i cittadini dell'Unione. A dimostrazione della delicatezza delle questioni trattate, daremo atto di seguito, anche nelle successive note, dei governi intervenienti nel giudizio avanti alla Corte, oltre al governo convenuto: nella causa *Dereci*, i governi danese, tedesco, dell'Irlanda, greco, olandese, polacco, del Regno Unito.

⁴³ Corte di giustizia, *Yoshikazu Iida contro Stadt Ulm*, 8 novembre 2012, C-40/11, §61, per cui il padre non è «avente diritto» ai sensi della direttiva 2004/38/CE perché non riveste il requisito per cui il familiare «accompagni o raggiunga» il cittadino europeo; si veda-

donne straniere madri di bambini finlandesi non possono pretendere un diritto di soggiorno per i loro nuovi partner, anch'essi provenienti da Paesi terzi, perché i bambini cittadini dell'Unione non si sono spostati dalla Finlandia⁴⁴. In *Ymeraga* del 2013, un signore kosovaro, acquisita la cittadinanza belga, non può avvalersi del suo status di cittadino dell'Unione nei confronti del proprio Stato membro, il Belgio, per ottenere il ricongiungimento familiare con i genitori e due fratelli⁴⁵.

In *Aloka* del 2013, una donna del Togo, madre di due gemelli che hanno preso dal padre la cittadinanza francese, chiede di continuare a risiedere in Belgio. Il caso assomiglia a *Chen*, perché qui i bambini cittadini francesi sono nati e risiedono in un altro Stato membro, il Belgio. La questione pregiudiziale aveva ad oggetto l'interpretazione dell'art. 20 TFUE, ma è estesa d'ufficio dalla Corte all'art. 21 TFUE, sulla libera circolazione, e alla direttiva 2004/38/CE⁴⁶.

no i §§71-72 sulla eccezionalità del diritto di soggiorno del familiare nel caso in cui il cittadino dell'Unione non abbia circolato; in §§79-80 la Corte conclude che la situazione non è disciplinata dal diritto dell'Unione, per cui «al di fuori delle situazioni disciplinate dalla direttiva 2004/38 e quando non esiste alcun nesso con le disposizioni del diritto dell'Unione relative alla cittadinanza, un cittadino di un paese terzo non può pretendere un diritto di soggiorno derivato da un cittadino dell'Unione». Erano intervenuti in giudizio i governi belga, ceco, danese, italiano, dei Paesi Bassi, polacco, del Regno Unito.

⁴⁴ Corte di giustizia, *O. e S. contro Maahanmuuttovirasto (C-356/11) e Maahanmuuttovirasto contro L. (C-357/11)*, 6 dicembre 2012, con l'intervento dei governi danese, tedesco, italiano, dei Paesi Bassi polacco. La questione pregiudiziale era formulata sulla base del solo art. 20 TFUE e la direttiva 2004/38/CE viene integrata d'ufficio (§§41 ss.). In §§ 47-48 la Corte ribadisce il carattere «molto particolare» del precedente *Zambrano*; il criterio della «privazione del nucleo essenziale dei diritti attribuiti dallo status di cittadino dell'Unione» è riferito a circostanze contrassegnate dal fatto che i bambini cittadini dell'Unione rischiano di essere allontanati, per seguire i genitori, da tutto il territorio dell'Unione nel suo complesso, e non solo dallo Stato membro in cui risiedono. La Corte rinvia al giudice rimettente la verifica del se in ultima analisi sussistano tali circostanze.

⁴⁵ Corte di giustizia, *Kreshnik Ymeraga e altri c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, 8 maggio 2013, C-87/12, con l'intervento dei governi belga, ceco, danese, tedesco, polacco, anch'essa originata da questione pregiudiziale relativa al solo art. 20 TFUE; le direttive 2003/86 e 2004/38 sono esaminate d'ufficio dalla Corte, che conclude per la non applicazione (§§23 ss.); l'art. 20 TFUE è ricondotto a situazioni «molto particolari» (§§36-38), per concludere che la situazione dei ricorrenti non è disciplinata dal diritto dell'Unione (§§42-43).

⁴⁶ Corte di giustizia, *Adzo Domenyo Aloka e altri contro Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, 10 ottobre 2013, C-86/12, con l'intervento dei governi belga, ceco, tedesco, greco, lituano, dei Paesi Bassi, polacco. La ricorrente non beneficia della direttiva 2004/38/CE. La Corte rinvia al giudice la verifica del fatto che i figli godano del diritto di

Il punto di arrivo di questa giurisprudenza è dato probabilmente dalla nota sentenza *Dano* del 11 novembre 2014⁴⁷. La sentenza non riguarda direttamente il diritto al soggiorno, ma le prestazioni di assistenza sociale che dal soggiorno derivano. Una giovane madre rumena con figlio a carico, titolare in Germania di una carta di soggiorno di durata illimitata, pretendeva un sussidio di mantenimento e un aiuto per l'alloggio, lamentando una disparità di trattamento rispetto ai cittadini tedeschi. La Corte ha affermato che i diritti connessi allo status fondamentale di cittadino dell'Unione scattano solo se il soggiorno rispetta le condizioni di cui alla direttiva 2004/38/CE.

Si giunge così ad un risultato opposto a *Baumbast*, da cui siamo partiti. Il principio sancito dalle norme primarie, in questo caso il principio di parità di trattamento, vive in concreto solo nella misura prevista dal legislatore derivato. La dottrina ha così parlato di una «sincronizzazione» tra diritto primario e secondario⁴⁸.

La più recente sentenza *Rendón Marín* del 2016, di cui si è dato conto nei precedenti paragrafi, conferma questa tendenza del giudice

soggiorno in quanto dispongono, da soli o grazie alla madre, di un'assicurazione malattia o di risorse sufficienti, ai sensi dell'art. 7, par. 1, direttiva e dell'art. 21 TFUE (§30). Non trova applicazione il criterio del pregiudizio al nucleo essenziale dei diritti connessi alla cittadinanza europea enunciato in *Zambrano*, poiché non vi è pericolo che i bambini lascino il territorio dell'Unione, potendo trovare accoglienza in Francia sulla base del principio di diritto internazionale per cui uno Stato non può negare ingresso ai propri cittadini; la valutazione ultima è tuttavia rimessa al giudice del rinvio (§§33-35).

Sempre per una interpretazione del diritto di soggiorno legata innanzitutto all'interpretazione «letterale, sistematica e teleologica» della direttiva 2004/38/CE, in un caso di rientro nello Stato membro, Corte di giustizia, Grande Sezione, *O c. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel e Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel c. B*, 12 marzo 2014, C-456/12, con l'intervento dei governi belga, ceco, danese, tedesco, estone, polacco, del Regno Unito. Il parametro primario è l'art. 21 TFUE. Fondata su un'interpretazione restrittiva del mantenimento del diritto di soggiorno in caso di divorzio è Corte di giustizia, Grande Sezione, *Kuldip Singh e a. contro Minister for Justice and Equality*, 16 luglio 2015, C-218/14, con l'intervento dei governi danese, greco, spagnolo, polacco e del Regno Unito.

⁴⁷ Corte di giustizia, Grande Sezione, *Elisabeta Dano, Florin Dano c. Jobcenter Leipzig*, 11 novembre 2014, C-333/13, con l'intervento dei governi tedesco, danese, dell'Irlanda, francese, austriaco, del Regno Unito. La domanda pregiudiziale verteva sugli artt. 18 TFUE, sul divieto di non discriminazione, e art. 20, par. 2, primo comma, lett. a, TFUE, nonché sugli artt. 1, 20 e 51 Carta.

⁴⁸ D. THYM, *The Elusive Limits of Solidarity: Residence Rights of and Social Benefits for Economically Inactive Union Citizens*, in *Common Market Law Review*, 2015 (52), 17-50, spec. 24.

europeo a “scendere” verso la normativa secondaria. Di fronte ad una questione pregiudiziale ancora una volta fondata sul solo art. 20 TFUE «interpretato alla luce delle sentenze del 19 ottobre 2004, *Zhu e Chen*, e 8 marzo 2011, *Ruiz Zambrano*», la Corte integra nel parametro l’art. 21 TFUE e la direttiva 2004/38. Questo consente di spostare il ragionamento dalla sola cittadinanza alla libertà di circolazione e di qualificare la fattispecie sulla base della normativa derivata.

Un’ultima considerazione merita di essere svolta. Quando la Corte conclude che il diritto dell’Unione non si applica, perché la fattispecie concreta esula dalle condizioni previste dalle norme secondarie di settore, l’esito non è modificato dalla Carta europea dei diritti fondamentali. La Corte si fa forza dell’art. 51 Carta, per cui la Carta non estende, né muta le competenze dell’Unione⁴⁹. La disciplina materiale dell’Unione, pertanto, non soltanto costituisce un argine ai principi dei Trattati, ma anche ai diritti della Carta. Il confine della Carta è lo stesso confine delle norme materiali dell’Unione.

La Corte, a volte, si premura di chiarire che, al di fuori dell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione, l’allontanamento di una persona da uno Stato membro deve in ogni caso rispettare il diritto al rispetto della vita privata e familiare garantito dall’art. 8 CEDU, secondo l’interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo⁵⁰. Tale precisazione, tuttavia, costituisce solo una conferma del fatto che il rispetto dei diritti

⁴⁹ Corte di giustizia, *Ymeraga*, cit., §§40-43. In Corte di giustizia, *Dano*, cit., la Corte ha statuito che poiché le condizioni sostanziali per l’esistenza del diritto a «prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo», quali il sussidio all’alloggio, disciplinate dal regolamento 883/2004 sono rimesse alla discrezionalità degli Stati membri, gli Stati che le definiscono «non attuano il diritto dell’Unione» e conclude in maniera apodittica: «Pertanto, la Corte non è competente a rispondere alla quarta questione» in merito all’interpretazione degli art. 1, 20 e 51 Carta, sulla dignità della persona umana e la parità di trattamento. La questione chiedeva se «Nel caso in cui, in base alla soluzione apportata alle questioni che precedono, l’esclusione parziale dalle prestazioni volte a garantire la sussistenza risultasse conforme al diritto dell’Unione: se la concessione di prestazioni non contributive volte a garantire la sussistenza possa essere limitata per i cittadini dell’Unione, salvo situazioni di grave emergenza, alla messa a disposizione dei mezzi necessari per il rientro nel paese di origine, o se invece gli articoli 1, 20 e 51 della Carta (...) impongano la concessione di prestazioni più ampie atte a permettere una permanenza duratura».

⁵⁰ Corte di giustizia, *Ymeraga*, cit., §44, in un inciso finale, in cui si dice che il diniego del permesso di soggiorno non rientri nell’attuazione del diritto dell’Unione «non pregiudica la questione se, in base ad un esame effettuato alla luce delle disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, di cui tutti gli Stati membri sono parti contraenti, un diritto di soggiorno possa essere negato ai cittadini di paesi terzi interessati nell’ambito del procedimento principale».

ti fondamentali è rimesso ad un'altra categoria di fonti, da cui il diritto dell'Unione resta fuori: il rapporto si instaura tra diritto nazionale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo; la verifica della conformità e effettività dei diritti garantiti passa attraverso un altro circuito giurisdizionale, tra giudici nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo.

6. (segue) il *self restraint* della Corte di giustizia: l'arretramento delle norme primarie a favore delle norme derivate

Le interconnessioni tra giurisprudenza e legislatore europeo non costituiscono certo una novità. Sul versante legislativo, la stessa direttiva 2004/38/CE ha codificato principi già emersi nella giurisprudenza, in parte recependoli e in parte evitando di incorporarli⁵¹. Sul versante giurisdizionale, in altre occasioni la Corte di giustizia ha mostrato di rispettare il compromesso raggiunto dai Governi in sede di normazione derivata. Il *self restraint* della Corte si esprime con strumenti diversi. Solo a titolo di esempio, per rimanere nel settore materiale della circolazione, si pensi alla sentenza *Parlamento c. Consiglio* del 2006, nata dal ricorso per annullamento del Parlamento europeo contro la direttiva del Consiglio 2003/86/CE sul ricongiungimento familiare⁵². La direttiva aveva la sua base giuridica, all'epoca, negli artt. 63 e 67 TCE, che prevedevano la proposta della Commissione e il voto all'unanimità del Consiglio, previa consultazione del Parlamento. La direttiva era stata il frutto di un faticoso compromesso politico, raggiunto al termine di lunghe e complesse negoziazioni⁵³. Il Parlamento

⁵¹ Per il grado di convergenza e divergenza tra la direttiva 2004/38/CE e i principi in precedenza enunciati nella giurisprudenza della Corte di giustizia, I. ALEXOVIČOVÁ, *The Right of Citizens of the Union and their Family Members to Move and Reside Freely within the Territory of the Member States*, in H. SCHNEIDER (ed.), *Migration, Integration and Citizenship*, Maastricht, 2005, 73-105.

⁵² Corte di giustizia, 27 giugno 2006, *Parlamento c. Consiglio*, C-540/03, in Racc. 2006, I-5769. La sentenza è spesso ricordata come la prima decisione in cui la Corte ha fatto riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza nel 2000 e all'epoca non ancora in vigore. Si è trattato, tuttavia, di un richiamo con finalità di conferma di un parametro costruito essenzialmente sull'art. 8 CEDU, in materia di diritto al rispetto della vita privata e familiare, già riconosciuto in precedenti sentenze della Corte di giustizia come principio generale del diritto.

⁵³ F. MACRÌ, *La Corte di Giustizia sul diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini di Stati terzi: la sentenza Parlamento c. Consiglio*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 4 del 2006, 793-817, spec. 794; B. MASSON, *L'harmonisation des conditions du regroupement fami-*

la impugnò per violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare garantito dall'art. 8 CEDU e ritenuto dalla Corte di giustizia principio generale del diritto, contestando le limitazioni all'ingresso dei minori che la direttiva autorizzava gli Stati a porre. In quell'occasione, lo strumento per salvaguardare il compromesso raggiunto dai Governi fu l'utilizzo di una pronuncia interpretativa: la Corte respinse il ricorso in parte dichiarandolo infondato, in parte dando alle norme impugnate un'interpretazione conforme al diritto al rispetto della vita familiare per come inteso dalla Corte di Strasburgo. Il rilievo che il compromesso politico ebbe nella decisione fu testimoniato da un'eccezione preliminare di irricevibilità sollevata dalla Repubblica Federale di Germania, interveniente in giudizio. Sosteneva il Governo tedesco che una delle norme impugnate, relativa alla possibilità di introdurre un test d'integrazione per i minori ultradodicesenni, costituiva uno dei punti centrali del compromesso politico che aveva consentito il raggiungimento dell'unanimità dei voti in Consiglio. Il Parlamento, perciò, non avrebbe potuto chiedere l'annullamento parziale dell'atto, in quanto si trattava di disposizioni inseparabili. La Corte non si pronunciò sull'eccezione, decidendo direttamente il merito del ricorso.

Nelle sentenze sulla cittadinanza e la libera circolazione che abbiamo analizzato, il *self restraint* verso il compromesso voluto dai Governi quali legislatori dell'Unione si realizza in altro modo. Esso emerge dall'assorbimento della fattispecie concreta nella normazione derivata, mentre è resa residuale l'applicazione della norma primaria di principio. Che questo schema argomentativo abbia a che fare con una forma di rispetto per il legislatore europeo trova puntuali riscontri nella stessa giurisprudenza. Già in *Dereci*, la Corte osservava che la proposta della direttiva del Consiglio rilevante nella fattispecie inizialmente conteneva l'estensione del ricongiungimento familiare a cittadini dell'Unione che non avessero esercitato la libera circolazione,

lial: la Cour fait la leçon sur le titre IV CE, in *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, n. 4 del 2006, 675-685, spec. 678, che indica in breve le notevoli differenze che intercorrevano tra il testo della direttiva proposto dalla Commissione, COM (1999)638 finale del 1 dicembre 1999, e il resto finale approvato dal Consiglio. La Commissione aveva nella pendenza dell'iter legislativo modificato la propria proposta; si veda COM(2002)225 finale del 2 maggio 2002, ove si accenna espressamente ad «un nuovo approccio per permettere alle negoziazioni di andare a buon fine».

ma questa previsione era stata eliminata nel corso dei lavori preparatori⁵⁴. In *Dano*, a proposito del fatto che un cittadino dell'Unione senza mezzi non possa aspirare alla protezione sociale al pari dei cittadini dello Stato membro, la Corte afferma che l'esistenza di una disparità di trattamento «è una conseguenza inevitabile della direttiva 2004/38/CE. Tale potenziale disparità, infatti, si fonda *sul rapporto instaurato dal legislatore dell'Unione* all'art. 7 della ... direttiva fra la necessità di disporre di risorse economiche sufficienti quale condizione di soggiorno, da un lato, e l'esigenza di non creare un onere per il sistema di assistenza sociale degli Stati membri, dall'altro»⁵⁵.

Se si riprendono le critiche rivolte alla giurisprudenza sulla cittadinanza europea di cui si è detto, esse si incentravano sul fatto che la Corte aveva riscritto la normazione secondaria, superando manifestamente le condizioni di spostamento da uno Stato ad un altro e di autosufficienza economica volute dal legislatore. La Corte avrebbe così operato un sindacato implicito che non comportava l'annullamento delle disposizioni di diritto derivato, ma di fatto ne sviliva la portata precettiva⁵⁶. L'opportunità di questa forma di controllo implicito veniva contestata da una parte della dottrina proprio perché metteva in discussione l'equilibrio raggiunto dal legislatore europeo nella definizione dell'ambito di applicazione della libertà di circolazione. La direttiva rappresentava il punto di equilibrio tra quanto, della precedente giurisprudenza sulla cittadinanza europea, gli Stati, nella veste di legislatore, avevano voluto e quanto non ritenevano di potere o volere sostenere. La Corte avrebbe così spostato il limite del "grado di tolleranza" che gli Stati erano disposti a concedere a soggetti inattivi.

Per altra parte della dottrina, invece, l'incisività del sindacato della Corte sui requisiti di autosufficienza economica previsti dalla normazione derivata, sino al punto di metterli da parte per applicare direttamente le norme primarie, trovava piena giustificazione proprio nei Trattati, che imponevano al legislatore europeo di conformare la cittadinanza europea quale *status* separato e distinto dalla libera circolazione. Rientrava, perciò, nella funzione tipica di un giudice costituzio-

⁵⁴ Corte di giustizia, *Dereci*, cit., §49.

⁵⁵ Corte di giustizia, *Dano*, cit., §77.

⁵⁶ La direttiva 2004/38/CE del 29 aprile 2004 è stata adottata dal Parlamento e dal Consiglio con procedura di codecisione in seguito ad un iter molto lungo, iniziato con una prima proposta della Commissione nel 2001. Il termine di scadenza per il recepimento della direttiva era fissato al 30 aprile 2006.

nale l'applicazione delle norme primarie anche "contro" il legislatore europeo⁵⁷. Ebbene, fino al 2011, con *Zambrano*, la Corte di giustizia ha assecondato quest'ultimo orientamento, mentre poco dopo, a partire dai casi *McCarthy*, *Dereci* e i successivi richiamati, pare aver fatto proprie le preoccupazioni manifestate dal primo orientamento. D'altra parte, le sentenze che più hanno valorizzato il parametro primario sono state adottate nella vigenza della direttiva 2004/38/CE, il cui termine di recepimento era scaduto il 30 aprile 2006. Il mutamento avviene nel 2011, senza che siano state introdotte, per quanto noto, innovazioni significative nella legislazione derivata. Appare, dunque, veramente come una forma di *restraint* autoimposti dalla Corte stessa.

7. L'interpretazione conforme come argine alla domanda di diretta applicazione delle norme primarie

Torniamo ora alla sentenza *Dansk Industri* del 2016 in materia di indennità di disoccupazione, relativa agli effetti diretti orizzontali delle direttive. Essa rileva nella nostra analisi per l'ampio invito rivolto dalla Corte di giustizia al giudice rimettente ad interpretare il diritto nazionale in senso conforme alla direttiva. La disapplicazione del diritto nazionale e la sua sostituzione con la regola di diritto tratta dal parametro primario, costituito dal principio generale di non discriminazione in base all'età, è prospettata, invece, come l'*extrema ratio*. La Corte manifesta così cautela nel dare prevalenza alla norma primaria dotata di effetti diretti orizzontali⁵⁸. Un andamento del tutto simile era

⁵⁷ Per i due orientamenti, M. DOUGAN, *The Constitutional Dimension of the case law on Union Citizenship*, cit., 627-628, 632, che aderisce al secondo; egli distingue la giurisprudenza sulla cittadinanza pre e post direttiva 2004/38/CE. Le prime sentenze sulla cittadinanza, tra cui *Baumbast*, si inseriscono nel quadro di una legislazione secondaria, le direttive degli anni '90, superata da una sopravvenuta modifica dei Trattati, attraverso l'entrata in vigore della cittadinanza europea con il Trattato di Maastricht; la direttiva 2004/38/CE, invece, ha costituito attuazione delle nuove norme primarie, riunendole in un quadro unitario e, tuttavia, non recependo tutti i principi della pregressa giurisprudenza, potendo così darsi una «frizione apparente» tra il tragitto della cittadinanza disegnato dalla Corte di giustizia e la cittadinanza dell'Unione per come intesa dalla *Community legislature*.

⁵⁸ La residualità dell'applicazione diretta del principio generale è ancora più marcata nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale Bot del 25 novembre 2015, §§47-48: «È solo quando risulta impossibile per i giudici nazionali interpretare il diritto interno conformemente alla direttiva 2000/78 che il principio della non discriminazione in ragione dell'età

già presente nella sentenza *Maribel Dominguez* del 2012, sul diritto a maturare ferie in caso di assenza per malattia. Il diritto alle ferie trovava disciplina nella direttiva 2003/88/CE, che tuttavia non poteva applicarsi ad una controversia tra datore di lavoro e lavoratore. In quel caso, l'Avvocato Generale aveva lungamente approfondito se un diritto alle ferie annuali retribuite di rango primario potesse ricavarsi dall'art. 31, paragrafo 2, Carta o essere enucleato dai trattati internazionali e dalle tradizioni costituzionali degli Stati come principio generale del diritto non scritto⁵⁹. Di questo ragionamento non restò traccia nella sentenza, che utilizzò come parametro la sola disposizione pertinente della direttiva. Anche in quell'occasione la Corte invitava il giudice rimettente nell'ordine a: tentare una interpretazione conforme delle norme interne, anche ricercando una norma nazionale diversa da quella ritenuta incompatibile con la direttiva; verificare se la qualità del convenuto, ove riconducibile anche mediatamente ad un soggetto pubblico, consentisse di invocare l'effetto diretto verticale della norma chiara e incondizionata tratta dalla direttiva; in ultima istanza ricorrere, per la parte privata lesa, al risarcimento del danno sul modello della sentenza *Francovich* del 1991. In merito all'interpretazione conforme, la Corte affermava espressamente che «... la questione se una disposizione nazionale che sia contraria al diritto dell'Unione debba essere disapplicata si pone solo se non risulta possibile alcuna interpretazione conforme di tale disposizione»⁶⁰.

La Corte si è dimostrata restia ad attivare il parametro primario, e dunque a ripetere lo schema di giudizio di *Mangold e Küükdveci*, an-

diventa la norma di riferimento che consente di risolvere le controversie fra privati, neutralizzando l'applicazione del diritto nazionale contrario al diritto dell'Unione. Tale principio gioca, dunque, il ruolo di rimedio momentaneo alla mancanza di effetto diretto orizzontale della direttiva 2000/78 nonché all'impossibilità per i giudici nazionali di interpretare il proprio diritto nazionale in modo conforme a detta direttiva. Rilevo peraltro che, nella sua giurisprudenza più recente, la Corte ha chiaramente evidenziato il ruolo primario che intende attribuire all'obbligo di interpretazione conforme», con rinvio alla sentenza *Maribel Dominguez* di cui al testo. «Prima di ricorrere al principio della non discriminazione in ragione dell'età come *soluzione estrema* per la composizione dei conflitti fra il diritto dell'Unione e il diritto nazionale, i giudici nazionali devono, pertanto, debitamente accertare che il loro diritto interno non possa essere interpretato in senso conforme alla direttiva 2000/78» (nostro corsivo).

⁵⁹ Conclusioni Avvocato Generale Trstenjak, 8 settembre 2011, in *Maribel Dominguez*.

⁶⁰ Corte di giustizia, Grande Sezione, 24 gennaio 2012, *Maribel Dominguez*, C-282/10, §23.

che nella successiva sentenza *AMS* del gennaio 2014, rifiutando di riconoscere effetto diretto al diritto all'informazione e consultazione dei lavoratori garantito dall'art. 27 Carta. Anche in quel caso, la Corte ha evitato di ricavare dalla disposizione primaria un principio in grado di superare l'incapacità della direttiva di settore di produrre effetti in una controversia tra datore di lavoro e organizzazioni sindacali⁶¹.

La dottrina ritiene che l'interpretazione conforme abbia assunto «una sorta di priorità tecnica» nell'iter motivazionale del giudice europeo⁶². L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea trova in origine la sua *ratio* nell'esigenza di garantire l'uniforme interpretazione e applicazione del diritto europeo anche privo di effetti diretti. A ciò si aggiunga che l'efficacia di vincolo interpretativo delle sentenze della Corte di giustizia massimizza il risultato di omogeneità della soluzione ermeneutica enunciata. Anziché condurre alla disapplicazione delle norme in contrasto entro un solo ordinamento nazionale, il diritto dell'Unione si impone, in virtù dell'efficacia vincolante nelle sentenze interpretative, a tutti i ventotto Stati membri. Nella giurisprudenza europea la tecnica assume una ulteriore caratteristica, che è stata definita di «cerniera» tra ordinamenti. La dottrina ha osservato

⁶¹ Sulla sentenza *AMS*, e sull'applicazione dei principi sociali della Carta, sia consentito il rinvio a A.O. Cozzi, *Con-fusioni: la definizione di «principio» nelle disposizioni finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra schemi concettuali propri dell'ordinamento UE e prassi costituzionali nazionali*, in F. CORTESE, M. TOMASI, *Le definizioni nel diritto*, Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015, in Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi di Trento, Napoli, 2016, 309-334, disponibile anche in <https://iris.unitn.it/retrieve/handle/11572/163651/113505/COLLANA%20QUADERNI%20VOLUME%2026.pdf>.

⁶² D. SIMON, *La panacée de l'interprétation conforme: injection homéopathique ou thérapie palliative*, in *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, 2013, 279 ss., spec. 298, citato in nota 24 dall'Avvocato Generale Bot nelle sue Conclusioni in *Dansk Industri*, secondo cui la Corte attribuisce sempre più chiaramente al criterio dell'interpretazione conforme una sorta di priorità tecnica rispetto alle altre implicazioni della primazia. Già E. LAMARQUE, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in L. CAPPUCCIO, E. LAMARQUE, *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità. Ragionando intorno al libro di Víctor Ferreres Comella Constitutional Courts and Democratic Values*, Napoli, 2013, 254 ss., rilevava un elemento comune tra i «prototipi» dell'interpretazione conforme alla Costituzione, al diritto dell'Unione e alla CEDU, diversi per origine e finalità, nel passaggio da strumento volontario per risolvere un conflitto apparente di norme, a fronte del quale il giudice ha altre strade per uscire dall'impasse, ad adempimento procedimentale obbligatorio imposto forzatamente al giudice rimettente.

che mentre la disapplicazione è evento traumatico che evidenzia sempre un vincitore, l'Europa, e un vinto, lo Stato nazionale, l'interpretazione conforme assicura la flessibilità nelle relazioni tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali, neutralizzando o sdrammatizzando i conflitti⁶³. Sotto il profilo dell'effettività della tutela, inoltre, il risultato utile ottenuto con l'interpretazione conforme è direttamente disponibile al giudice comune, mentre la disapplicazione, nel caso in cui la norma europea non produca effetti diretti e non vi sia un'altra norma interna idonea a regolare la fattispecie, richiede l'intervento conformativo del potere politico, più complesso e lontano nel tempo⁶⁴. Infine, l'interpretazione conforme ha il vantaggio di deresponsabilizzare la Corte che la impone, lasciando ai giudici comuni il compito di modulare il rapporto con il legislatore o comunque con il potere politico fautore delle norme. Questa finalità coincide con la tendenza della Corte di giustizia, sempre più presente nelle sentenze esaminate in materia di cittadinanza, a rinviare in ultima istanza al giudice rimettente "l'ultima parola", ossia a decidere se la fattispecie concreta mostri gli elementi per essere attratta o meno nel diritto dell'Unione.

A queste *rationes*, il ricorso all'interpretazione conforme nella sentenza *Dansk Industri*, come già in *Maribel Dominguez*, sembra aggiungere un'altra. Nella versione originaria, l'interpretazione conforme attiene al rapporto tra direttiva e norme nazionali, mirando a piegare le seconde per massimizzare gli effetti della prima. Oggi

⁶³ E. LAMARQUE, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 268, che rinvia a G. MARTINICO, *The importance of Consistent Interpretation in Subnational Constitutional Context: Old Wine in New Bottles?*, in *Perspectives on Federalism*, vol. 4, Issue 2, 2012, 283; ID, *Is the European Convention Going to Be "Supreme"?* *A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law Before National Courts*, in *European Journal of International Law*, n. 2 del 2012 (23), 409; appartiene a E. Lamarque la metafora della cerniera, *ivi*, 244 e 258, tra due tessuti di diversa qualità e consistenza, per indicare due piani normativi lontani tra loro, quello europeo e quello nazionale, che pure premono entrambi sul giudice comune, un «novello arlecchino servitore di due padroni», per essere entrambi tenuti in considerazione nella decisione della controversia concreta.

⁶⁴ E. LAMARQUE, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 269, che ragiona di «unica via giurisdizionale per pervenire ad un risultato altrimenti irraggiungibile in mancanza di un intervento del legislatore». L'A. rinvia anche a G. GAJA, *L'esigenza di interpretare le norme nazionali in conformità con il diritto comunitario*, in S. PANUNZIO, E. SCISO (a cura di), *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, Milano, 2002, 139.

l'utilizzo della tecnica dell'interpretazione conforme da parte della Corte di giustizia sembra essere funzionale agli equilibri interni al diritto dell'Unione, toccando il rapporto tra direttive e norme primarie. La Corte, in particolare, evita di ricorrere allo schema di giudizio di *Mangold e Küçükdeveci*. Nelle più recenti sentenze di cui si è dato conto, l'interpretazione conforme salvaguarda la direttiva e costituisce un argine alla domanda di diretta applicazione delle norme primarie, da cui i giudici comuni, abituati dalla stessa Corte di giustizia, sono fortemente tentati.

Il fatto che la salvaguardia delle direttive e il mancato ricorso alle norme primarie risponda a un'esigenza di tutela del legislatore europeo, dunque del compromesso politico che il legislatore europeo ha raggiunto, si coglie in alcune considerazioni di Avvocati Generali. Nelle Conclusioni alla causa *Maribel Dominguez*, per esempio, l'Avvocato Generale Trstenjak ribadisce il rifiuto di riconoscere effetto diretto orizzontale alle direttive perché «La competenza legislativa dell'Unione viene esercitata, ai sensi dei Trattati, congiuntamente dal Consiglio e dal Parlamento europeo. Le prerogative loro riconosciute in quanto legislatori ... devono essere in ogni caso salvaguardate. Non lo impongono soltanto le ragioni di praticabilità già citate, ma anche *l'equilibrio istituzionale* all'interno dell'Unione. Quest'ultimo non si fonda sul principio della separazione dei poteri proprio dello Stato di diritto, quanto piuttosto su un principio di ripartizione delle funzioni in virtù del quale *le funzioni dell'Unione devono essere esercitate da quelle istituzioni che sono state meglio predisposte dai trattati a tale scopo*. A differenza del principio della separazione dei poteri, che serve tra l'altro a garantire la tutela dell'individuo attraverso un contenimento del potere dello Stato, *il principio della ripartizione delle funzioni* è rivolto ad un effettivo raggiungimento delle finalità dell'Unione». La scissione tra principio della ripartizione delle funzioni e tutela dei diritti individuali, e la finalizzazione del primo alla sola realizzazione dell'Unione come entità oggettiva a sé stante, è affermazione preoccupante, che fa eco a superate dottrine sulla derivazione e funzionalizzazione dei diritti all'autorità. Non è questa la sede, tuttavia, per approfondire la distinzione tra i concetti di separazione

dei poteri e di equilibrio istituzionale, o ripartizione delle funzioni⁶⁵. Dall'inciso richiamato, per ciò che qui rileva, si ricava che la volontà di non superare l'efficacia propria delle direttive è motivata e trova giustificazione nel rispetto per il legislatore europeo. Il fatto che sia in gioco un diritto fondamentale non muta queste conclusioni, come nel caso del diritto alle ferie retribuite. Anche ove si discute di un diritto fondamentale, il ricorso allo schema *Mangold* è osteggiato in quanto le direttive «[d]iventerebbero porte di accesso al diritto primario ben oltre quello che gli organi legislativi dell'Unione hanno previsto e hanno voluto prevedere». Inoltre, poiché numerose questioni sostanziali sono di fatto riconducibili a direttive, l'estensione della possibilità dei giudici di non applicare il diritto nazionale per contrasto con una direttiva, percorribile autonomamente senza necessità di previo rinvio pregiudiziale, «comporterebbe una considerevole erosione delle disposizioni di legge nazionali»⁶⁶. L'efficacia propria delle direttive deve essere, perciò, preservata, mentre le norme primarie restano silenti.

8. Conclusioni

Tentiamo ora una sintesi. La giurisprudenza più recente in materia di cittadinanza dell'Unione, diritto di soggiorno e prestazioni socio-assistenziali mostra una tendenza a privilegiare l'applicazione della normazione secondaria, a discapito del parametro primario, tanto che spesso è la Corte di giustizia a integrare d'ufficio le questioni pregiudiziali con il diritto derivato rilevante per la fattispecie. Le pronunce in tema di direttive nelle controversie tra privati, a loro volta, testimoniano il netto favore verso l'interpretazione conforme, mentre l'applicazione diretta di un corrispondente principio generale, già riconosciuto esistente e dotato di effetti diretti in precedenti sentenze, è soluzione divenuta residuale. Entrambi i filoni giurisprudenziali paiono animati dalla stessa esigenza: la Corte fa da scudo al legislatore europeo, ponendo un freno alla domanda dei giudici nazionali di applicare le norme primarie. La Corte evita, ove possibile, di “risalire” ai

⁶⁵ B. DE WITTE, *Institutional Principles: A Special Category of General Principles of EU Law*, in U. BERNITZ, J. NERGELIUS (eds), *General Principles of European Community Law*, The Hague, 2000, 143-159.

⁶⁶ Conclusioni Avvocato Generale Trstenjak, cit., §§159-160, §167.

Trattati. Le fattispecie concrete sono con molta più parsimonia attratte nel più ampio ambito di applicazione dei principi primari. Il conflitto silente da cui siamo partiti si consuma, dunque, nella messa in prima linea della legislazione derivata e nell'arretramento delle norme primarie, ossia di quelle norme che più avevano determinato in passato la tutela di posizioni soggettive di vantaggio dei soggetti privati. La chiave di lettura che abbiamo adottato rivela, perciò, un atteggiamento di deferenza verso il legislatore europeo, che la Corte di giustizia si è autoimposta.

Dal punto di vista costituzionale, questo atteggiamento del giudice europeo determina l'appiattimento di principi di rango primario sulla normazione derivata, trasformando la loro potenziale sostanza costituzionale in sostanza legislativa. Se si guarda, inoltre, al contenuto delle norme primarie che sono state annichilite, esse attengono al diritto di circolare e soggiornare e alla parità di trattamento di soggetti non economicamente attivi. Attengono, inoltre, a diritti sociali garantiti dalla Carta europea, come il diritto alle ferie annuali retribuite o il diritto all'informazione e alla consultazione dei lavoratori. La codificazione di numerosi diritti sociali nella Carta europea era stata accolta da parte della dottrina con entusiasmo perché quegli stessi diritti, già disciplinati da direttive europee, avevano assunto rango primario. Si riteneva, così, che essi sarebbero divenuti vincolanti non soltanto per i legislatori degli Stati chiamati all'attuazione del diritto dell'Unione, ma per lo stesso legislatore europeo. I diritti sociali della Carta avrebbero, in altre parole, assunto la forma di principi la cui realizzazione era divenuta cogente per le istituzioni europee⁶⁷. La giurisprudenza che si è esaminata mostra, invece, che questi diritti continuano a vivere nella legislazione derivata e non riescono a salire al livello di norme primarie. Norme di protezione sociale, dunque, restano confinate al mero rango legislativo. L'inveramento di un modello sociale al di là di

⁶⁷ Si veda per esempio uno dei più autorevoli giuslavoristi europei, B. BERCUSSON, *European Labour Law*, 2nd ed., Cambridge, 2009, 380-381; cfr. già T. BLANKE, *Fair and just working conditions*, in B. BERCUSSON (eds.), *European labour law and the EU Charter of Fundamental Rights*, Bruxelles, 2002, 69 ss. che, a proposito del diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque affermato nell'art. 31 Carta osservava che la disposizione: «*elevates this subjective right to the status of a fundamental social right*».

quanto risulta dalla volontà delle istituzioni politiche appare dunque pregiudicato⁶⁸.

Questo arretramento viene a coincidere con il tempo della fragilità dell'integrazione europea, manifestatasi più duramente proprio negli anni della crisi economica⁶⁹. Che sussista un legame diretto tra la fragilità dell'integrazione europea e la deferenza verso il legislatore europeo può essere solo ipotizzato. Se l'integrazione politica è in affanno, la Corte non è più in grado di scandire autonomamente il tempo di marcia, con il rischio che passi troppo lunghi contribuiscano a spezzare, anziché a rafforzare, compromessi istituzionali già fragili.

⁶⁸ La deferenza verso la normazione derivata emerge, si è detto, in fattispecie che attonano a materie di più intesa e profonda integrazione, in cui la Corte guarda alla circolazione interna all'Unione. Quando la Corte guarda all'esterno dei confini europei, invece, pare rianimarsi una forte spinta costruttiva. Un esempio è dato dalla recente Corte di giustizia, Grande Sezione, *Aleksei Petruhhin*, 6 settembre 2016, C-182/15, in materia penale. Il caso atteneva all'estradizione verso la Federazione Russa di un cittadino estone fermato in Lettonia; le autorità lettoni si erano chieste se gli accordi bilaterali con la Russia che prevedevano il divieto di estradizione dei propri cittadini potessero estendersi anche ai cittadini europei. Anche qui, un indicatore della *vis* espansiva e includente delle tutele offerte dal diritto dell'Unione può consistere nel ricorso alle norme primarie. La Corte si è spinta così a richiedere l'utilizzo alle procedure del mandato di arresto europeo dove non erano previste, estendendole in via analogica. La giustificazione di questo innesco normativo è rinvenuta negli obiettivi dei Trattati, art. 3, par. 2, TUE, sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, e par. 5, sulla promozione dei valori e interessi dell'Unione nelle relazioni esterne, contribuendo alla protezione dei propri cittadini; art. 4, par. 3, primo comma, TUE sul principio di leale collaborazione. Poiché si applica il diritto materiale dell'Unione, si applica anche la Carta (§52), i cui artt. 4 e 19 proibiscono l'allontanamento verso uno Stato in cui esiste un serio rischio di essere sottoposti alla pena di morte, alla tortura o a trattamenti inumani e degradanti.

⁶⁹ Al di là dei casi in materia di cittadinanza che abbiamo richiamato, parte della dottrina ha constatato più in generale il fallimento delle aspettative legate a cosiddette "misure inducenti", ossia misure animate dall'illusione che dispositivi tesi a mimare il costituzionalismo statale fossero in grado di generare nell'Unione una sfera pubblica condivisa e una forma di solidarietà tra popoli. Tra le "misure inducenti" che si sono rivelate insufficienti è annoverata la stessa Carta europea dei diritti fondamentali, la cui invocazione avanti alla Corte di giustizia non è stata in grado di contrastare le istituzioni europee anti-crisi e le politiche di austerità. Sono state così ridimensionate le speranze di far leva sulla strategia dei diritti fondamentali per indurre un comune senso di appartenenza europea; così A. GUZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale*, cit., 8-11, che pure non rinviene una soluzione nel ritorno ad una pura dimensione statale. La disillusione verso le politiche europee fa richiamare all'A. il dibattito dottrinale, più risalente, tra visioni ireniche dell'evoluzione costituzionale europea, intesa come progressiva diffusione spontanea di valori comuni, e orientamenti di rottura, che ne hanno visto una dolorosa trasformazione rispetto ai caratteri del costituzionalismo del dopoguerra; cfr. ivi, 19 ss. e la bibliografia citata.

ALLA RICERCA DELL'IDENTITÀ COSTITUZIONALE TRA CONFLITTI GIURISDIZIONALI E NEGOZIAZIONE POLITICA

di *Pietro Faraguna*

SOMMARIO: *1. Primato del diritto dell'unione v. tutela dell'identità costituzionale; 2. I controlimiti nella prima fase della giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali; 3. La tutela dell'identità costituzionale nazionale fuori dal circuito giurisdizionale; 4. La strada della diffidenza: la regola dell'unanimità; 5. L'integrazione differenziata come strumento di neutralizzazione preventiva dei conflitti; 6. Un'Europa fatta su misura? L'integrazione differenziata e gli interessi nazionali tutelati; 7. Integrazione differenziata: opportunismo politico o tutela di specifiche identità costituzionali?; 8. I controlimiti dalla teoria alla pratica; 9. OMT/Gauweiler, Signor R., Taricco: il cane morde? 10. Quando l'integrazione differenziata non basta (o non funziona): Brexit (e oltre); 11. Osservazioni conclusive.*

1. Primato del diritto dell'unione v. tutela dell'identità costituzionale

I conflitti sono alla base della regolazione dei rapporti di ogni comunità. Una comunità senza conflitti non avrebbe bisogno di alcun ordinamento che disponga regole per far fronte a quei conflitti. In fin dei conti, i conflitti sono il nutrimento del diritto. Non vi è dunque motivo di stupirsi se nell'analisi dell'evoluzione del diritto pubblico europeo, il tema dei conflitti è sempre più al centro del dibattito¹. Nel quadro di questo dibattito, i controlimiti ricevono sempre più attenzione, ponendosi come soluzione (secondo alcuni) o fonte (secondo altri) della tensione tra ragioni costituzionali dell'Unione da una parte e preservazione dell'identità costituzionale degli Stati membri dall'altra. Quello dell'identità è diventato, ormai già da qualche lustro, uno dei temi classici di indagine nel diritto costituzionale europeo. Almeno a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, infatti, la questione è divenuta non solo materia di diritto positivo, mediante

¹ Su tutti si veda M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013.

l'introduzione del principio del rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri nel Trattato sull'Unione europea, ma soprattutto oggetto di grande attenzione dottrinale. Accanto a ciò, l'identità costituzionale – che già ben prima dell'adozione del Trattato di Maastricht era emersa come categoria del diritto costituzionale nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali nazionali – ha cominciato a fare capolino sempre più spesso non soltanto nella giurisprudenza delle Corti che avevano già più dimestichezza con lo strumento, ma è diventata strumento argomentativo imbracciato anche ad altre Corti, e ha fatto infine la sua comparsa anche nella giurisprudenza della stessa Corte di giustizia. A lungo, però, gli argomenti giurisdizionali che poggiavano sulla tutela dell'identità costituzionale sembravano non essere destinati ad operare veramente, ma si sono limitati a svolgere il ruolo di elementi di dissuasione. I controlimiti sono rimasti a lungo una “pistola sul tavolo”², se non addirittura un'arma nucleare da tenere pronta, ma non usare. In virtù di una rappresentazione “drammatica” dei conflitti in materia di controlimiti, vi era, fino a tempi molto recenti, un'impressionante sproporzione tra l'immensa produzione teorica in tema e la quasi totale irrilevanza dei controlimiti nella concreta esperienza della giurisprudenza delle Corti costituzionali degli Stati membri e della Corte di giustizia dell'Unione europea.

In questo articolo si cercherà di elaborare una chiave di lettura che, oltre a poter fornire una ragione di tale macroscopica sproporzione, si pone come critica metodologica dell'inquadramento dell'identità costituzionale in una prospettiva esclusivamente giurisdizionale. Per fare ciò, si darà dapprima conto della tradizionale narrazione dei controlimiti, concentrata principalmente (se non esclusivamente) sulla giurisprudenza di alcune Corti costituzionali nazionali. Successivamente si argomenterà che la tutela dell'identità costituzionale può passare anche attraverso vie non giurisdizionali, e che per lungo tempo ciò non solo è avvenuto, ma ha prodotto risultati soddisfacenti. In questa parte si esplorerà dapprima la diffidenza che ha condotto gli Stati membri a tenere inizialmente alcune materie – particolarmente delicate dalla prospettiva della tutela dell'identità costituzionale – fuori dal metodo comunitario, e successivamente comunque a mantenere quelle stesse materie sotto controllo, continuando ad applicare la regola decisionale dell'unanimità, che nel frattempo per molti altri settori era stata sosti-

² L'espressione è di G. MARTINICO, *L'integrazione silente*, Napoli, 2009, p. 198.

tuita dalla regola decisionale della maggioranza. Quindi si passeranno in rassegna alcune esperienze significative di integrazione differenziata nel diritto primario, con l'intento di verificare se gli interessi tutelati dall'integrazione differenziata abbiano una qualche corrispondenza con gli interessi tutelati dalle giurisprudenze costituzionali nazionali in materia di controlimiti, e con gli interessi che l'applicazione del meccanismo decisionale all'unanimità intende tutelare.

Infine, si indagheranno alcuni recenti passaggi che sembrano suggerire l'avvio di una nuova fase della storia dei controlimiti e dell'affermazione dell'identità costituzionale degli Stati membri, tanto nel circuito giurisdizionale del c.d. dialogo tra Corti, quanto nella gestione politica dei conflitti attorno a interessi nazionali fondamentali.

2. I controlimiti nella prima fase della giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali

I controlimiti hanno conosciuto un'evoluzione repentina nella teoria e nell'esperienza costituzionale dell'Unione europea e dei suoi Stati membri. Sembrano essere innanzitutto una peculiarità tutta europea: seppure concetti in qualche modo comparabili esistano anche in esperienze costituzionali propriamente federali³, il conflitto intorno a un "nucleo duro" costituzionale, almeno nei termini in cui si è sviluppato in Europa, sembra un inedito nella storia del costituzionalismo. E si tratta per di più di un inedito recente. La storia è ormai abbastanza nota⁴: i controlimiti, intesi come limitazione del principio del primato del diritto dell'Unione europea, emergono nelle giurisprudenze delle Corti costituzionali di alcuni Stati membri. La primissima sentenza che pare tratteggiare tale categoria risale ai primi anni '70: è la sentenza Frontini della Corte costituzionale italiana⁵, seguita soltanto pochi anni dopo

³ Per un interessante accostamento della esperienza federale americana in tema di *nullification* alle teorie dei controlimiti e di tutela delle identità costituzionali nazionali degli Stati membri dell'Unione europea, cfr. F-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, Paris, 2013.

⁴ La letteratura in materia di tutela delle identità costituzionali nazionali nell'Unione europea è ormai così ampia, da essere difficilmente censibile. Per una trattazione che ha il doppio pregio di essere esaustiva e recente, si rinvia a: E. CLOOTS, *National identity in the EU law*, Oxford-New York, 2015.

⁵ Corte costituzionale, sent. n. 183/1973. La sentenza ebbe anche l'indiretto effetto di aprire un nuovo capitolo del dibattito dottrinale in tema di rapporti tra ordinamento ita-

dalla più nota sentenza *Solange I* del Tribunale costituzionale federale tedesco⁶, istanza giurisdizionale che da quel momento in poi svolgerà una parte importante in quella vicenda di resistenza nazionale sul fronte dei controlimiti⁷.

Il ruolo di guida assunto dal Tribunale di Karlsruhe su questo terreno non si deve soltanto all'elemento quantitativo, che in ogni caso attribuisce alla Corte costituzionale tedesca un indubbio primato, ma a una capacità di plasmare (e lentamente trasformare) una categoria sfuggente e astratta nelle griglie di una giurisprudenza sempre più precisa e rigorosa. Il giudice costituzionale aveva d'altronde il vantaggio di poggiare la sua giurisprudenza su una clausola di tutela dell'identità costituzionale particolarmente articolata, qual è quella disposta dall'articolo 79.3 della Legge Fondamentale⁸. Ciononostante, il tratto assai caratteristico della giurisprudenza costituzionale tedesca in materia di controlimiti è rappresentato, oltre che dal registro spiccatamente polemico che ha contraddistinto quel segmento giurisprudenziale, dalla capacità di trasformare la teoria dei controlimiti, adattandola ai vari sviluppi del processo di integrazione europea. Così, i controlimiti di Karlsruhe sono passati da una roccaforte costruita attorno allo standard di tutela dei diritti fondamentali (*Solange I* e *II*⁹) a un presidio sul

liano e ordinamento europeo, capitolo il cui primo paragrafo può essere considerato il commento a quella sentenza di P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, pp. 2406 ss.

⁶ *BVerfG*, *BVerfGE* 37, 271.

⁷ Volendo, P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2016, pp. 427-459.

⁸ L'art. 79.3 GG è stato oggetto di attenzione comprensibilmente vasta e profonda nella dottrina giuspubblicistica. Per un inquadramento dei molti nodi teorici che da esso sviluppano, cfr. M. POLZIN, *Irrungen und Wirrungen um den Pouvoir Constituant*, in *Der Staat*, 2014/1, pp. 61 ss.; H. DREIER, *Gilt das Grundgesetz ewig? Fünf Kapitel zum modernen Verfassungsstaat*, München, 2009; H. DREIER, *Art. 79 III*, in ID. (a cura di), *Grundgesetz*, Bd. II, Tübingen, 2006; H. MÖLLER, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes und die Schranken der Verfassungsrevision: Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG und zur verfassungsgebenden Gewalt nach dem Grundgesetz*, Berlin, 2004, specialmente pp. 136 ss.; P. HÄBERLE, *Verfassungsrechtliche Ewigkeitsklauseln als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien*, in ID. *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlin, 1992, pp. 611 ss.; P. KIRCHHOF, *Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 1, 1. Aufl. 1987, Heidelberg, § 19; B.-O. BRYDE, *Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, 1982, in particolare pp. 232 ss.

⁹ *BVerfG*, *BVerfGE* 37, 271 (*Solange I*) e *BVerfG*, *BVerfGE* 73, 339 (*Solange II*).

principio di attribuzione e dunque a strumento utile contro l'autoespansione delle competenze dell'Unione europea (*Maastricht-Urteil*¹⁰), fino a divenire una forma di tutela dell'identità costituzionale tedesca (*Lissabon-Urteil*¹¹). Queste tre tappe fondamentali sono state poi accompagnate da molte variazioni sul tema, alternando un approccio più ruvido ad uno più *europarechtsfreundlich*¹², ma sempre mantenendo – almeno fino a pochissimo tempo fa – un punto fermo: la scure dei controlimiti veniva agitata, ma mai calata. La «ossessione»¹³ tedesca verso i controlimiti rimaneva astratta, facendo guadagnare al Tribunale di Karlsruhe l'appellativo di «can che abbaia, ma non morde»¹⁴. E i controlimiti parevano fungere più da monito che da strumento processuale per risolvere i casi di specie che giungevano all'esame del Tribunale costituzionale federale tedesco, peraltro attraverso un vistoso rilassamento dei criteri di ammissibilità dei ricorsi individuali con cui, spesso (anche se non sempre), le questioni “europee” giungevano al suo esame.

Il punto più alto di questa retorica giurisprudenziale dei controlimiti è forse raggiunto dal famoso *Lissabon-Urteil* della Corte costituzionale tedesca. Pronunciandosi sulla compatibilità della *Zustimmungsgesetz* al Trattato di Lisbona rispetto al *Grundgesetz* (da qui: GG), i giudici di Karlsruhe redigevano una lunga sentenza nella quale, oltre a farsi il punto sui rapporti tra diritto dell'Unione europea e diritto costituzionale tedesco, si teorizzava per la prima volta, in aggiunta al controllo di compatibilità con lo standard di tutela dei diritti fondamentali garantito dal GG (*Solange*) e al controllo degli atti *ultra vires* (*Maastricht-Urteil*), un *Identitätskontrolle* posto a presidio del nucleo di identità costituzionale tedesco. E per quanto il *Bundesverfas-*

¹⁰ *BVerfG*, BVerfGE 89, 155.

¹¹ *BVerfG*, 2 BvE, 2/08.

¹² L'*Europarechtsfreundlichkeit* è, letteralmente, l'amichevolezza nei confronti del diritto europeo, e ha avuto la funzione di smorzare la ruvidità di alcune posizioni della giurisprudenza tedesca. In particolare vi è stato fatto ricorso nel *Mangold/Honeywell-Urteil*, cfr. 2 BvR 2661/06.

¹³ C. TOMUSCHAT, *The Defence of National Identity by the German Constitutional Court*, in A. SAIZ ARNAIZ, C. ALCOBERRO LLIVINA (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration*, Antwerpen, 2013, p. 205.

¹⁴ L'espressione è tratta da C. SCHMID, *All Bark and No Bite: Notes on the Federal Constitutional Court's 'Banana' Decision*, in *European Law Journal*, 2001/1, pp. 95 ss. e successivamente, sempre nella stessa accezione, J.H.H. WEILER, *The Lissabon Urteil and the Fast Food Culture*, in *EJIL*, 2009/3, p. 505.

sungsericht (da qui *BVerfG*) non ritenesse che l'identità costituzionale tedesca fosse violata dal Trattato di Lisbona, i giudici tedeschi si sono in quella sede prodigati a concretizzare quali fossero i beni costituzionali che potevano essere messi in pericolo da un'incontrollata espansione del diritto dell'UE. Al paragrafo 252 della sentenza, i giudici del Tribunale di Karlsruhe redigevano un vero e proprio elenco di materie "sensibili" dal punto di vista della tutela dell'identità costituzionale. Vi si legge, infatti, che «per la capacità di autodeterminazione propria di uno Stato costituzionale si considerano da sempre particolarmente sensibili: 1) le decisioni sul diritto penale sostanziale e procedurale; 2), la possibilità di disporre del monopolio della forza, della forza di polizia all'interno e della forza militare all'esterno; 3) le decisioni fondamentali in materia fiscale su entrate e uscite – motivate anche dalla politica sociale – della mano pubblica; 4) la conformazione delle condizioni di vita allo Stato sociale; 5) le decisioni di particolare rilievo culturale, ad es. in materia di diritto di famiglia, sistema scolastico, educazione e rapporti con le comunità religiose»¹⁵.

Questo avanzamento sul fronte della "resistenza nazionale" all'affermazione incondizionata del principio del primato era importante non soltanto per le affermazioni in sé che avevano un indubbio impatto quanto a raffinamento della teoria dei controlimiti, ma anche per la propagazione degli effetti di quella sentenza ben oltre i confini nazionali. A volte espressamente, altre volte soltanto nei fatti, il *Lisabon-Urteil* è diventato punto di riferimento di molte altre Corti costituzionali, alle prese anch'esse con la necessità di valutare la compatibilità costituzionale del Trattato di Lisbona con le Costituzioni nazionali. Questa migrazione di argomenti costituzionali¹⁶, con il senno di poi, sembrava essere tutt'altro che un effetto collaterale della sentenza del *BVerfG*. A suggerirlo vi è innanzitutto il fatto che la sentenza (che occupa più di un centinaio di pagine della rassegna della giurisprudenza del *BVerfG*) fosse stata pubblicata contestualmente in tedesco e in inglese, tradendo con ciò il chiaro intento del *BVerfG* di rivolgersi a una platea che andava non soltanto al di là delle parti del ricorso individuale che avevano introdotto la questione, ma andava ben al di là dei confini nazionali della Repubblica federale tedesca. E a con-

¹⁵ *BVerfG*, 2 BvE, 2/08, § 252. La traduzione è tratta dalla versione reperibile [sul sito istituzionale della Corte costituzionale italiana \(cortecostituzionale.it\)](http://www.cortecostituzionale.it).

¹⁶ S. CHOUDHRY (a cura di), *The migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, 2006.

ferma “postuma” di questa strategia, vi è l’ultima saga “europea” del *BVerfG*: nella decisione con cui per la prima volta il giudice costituzionale tedesco ha promosso direttamente un rinvio pregiudiziale, i giudici di Karlsruhe hanno fatto riferimento – al fine di supportare la propria concezione dei controlimiti – alla giurisprudenza delle Corti costituzionali e supreme di molti alti Stati membri, laddove queste hanno anch’esse contemplato limiti costituzionali all’accettazione del principio del primato¹⁷. Tale riferimento, a dire il vero in alcune parti un po’ superficiale¹⁸, aveva un che di paradossale, posto che poggiava su una giurisprudenza che proprio il *BVerfG* ha in larga parte contribuito a generare¹⁹. Soprattutto (anche se non solo) negli anni immediatamente successivi l’approvazione del Trattato di Lisbona, i controlimiti erano diventati una sorta di spettro che si aggirava tra le Corti costituzionali e supreme dell’Unione: Polonia²⁰, Ungheria²¹, Repubblica ceca²² sono forse i casi ove l’ispirazione alla giurisprudenza di Karlsruhe è più evidente. A volte le sentenze del “cammino comunitario” tedesco sono espressamente citate²³, altre volte compaiono – pur prive di etichetta – nell’ordito motivazionale.

In alcuni casi altre Corti costituzionali hanno non solo attinto dalla giurisprudenza di Karlsruhe in materia di controlimiti, ma lo hanno fatto estremizzandone le conseguenze. Sembra essere questo il recente caso deciso dalla Corte costituzionale ungherese sulla delicata questione delle misure europee di redistribuzione delle quote di migranti.

¹⁷ Cfr. *BVerfG*, 2 BvR 2728/13, 21 giugno 2016.

¹⁸ M. CLAES, *The Validity and Primacy of EU Law and the ‘Cooperative Relationship’ between National Constitutional Courts and the Court of Justice of the European Union*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016/1, pp. 157 s.

¹⁹ Sull’influenza generata dalla giurisprudenza costituzionale tedesca sugli omologhi di altri Stati membri, soprattutto negli anni successivi all’approvazione del Trattato di Lisbona, cfr. J. RIDEAU, *The Case-law of the Polish, Hungarian and Czech Constitutional Courts on National Identity and the ‘German Model’*, in A. SAIZ ARNAIZ, C. ALCOBERRO LLIVINA (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration*, cit., p. 243 ss.

²⁰ Cfr. Tribunale Costituzionale polacco, caso K32/09 *Trattato di Lisbona*, decisione del 24 novembre 2010,

²¹ Cfr. Corte costituzionale ungherese, 143/2010, decisione del 12 luglio 2010.

²² Cfr. Corte costituzionale ceca, caso Pl. ÚS 19/08 *Trattato di Lisbona I*, decisione del 26 novembre 2008 e caso Pl. ÚS 29/09 *Trattato di Lisbona II*, decisione del 3 novembre 2009.

²³ Così è per quanto riguarda la decisione della Corte costituzionale ceca, caso Pl. ÚS 29/09 *Trattato di Lisbona II*, decisione del 3 novembre 2009, in particolare paragrafi 110 e 137.

La Corte costituzionale ungherese ha infatti fatto esplicito riferimento al trittico *Solange – Maastricht – Lissabon*, per giustificare una decisione che, per ora soltanto astrattamente, ha paventato la possibilità di utilizzare una versione magiara dello strumento tedesco dei controlli-limiti per vigilare su obblighi che in materia vengano posti sullo Stato ungherese²⁴.

In alcuni altri casi la variazione sul tema originale tedesco è posta in essere da altre Corti in modo meno radicale, come nel caso delle pronunce della Corte costituzionale ceca sul Trattato di Lisbona, laddove è accordato un ampio margine di manovra al decisore politico. Le due sentenze sul Trattato di Lisbona, infatti, pur riferendosi anche espressamente alla giurisprudenza tedesca, non si spingono al punto di stilare un elenco dettagliato di materie non trasferibili, quale quello che si legge nel *Lissabon-Urteil*, ma affidano la concreta individuazione dei (contro)limiti al trasferimento di competenze a livello sovranazionale al legislatore, trattandosi tipicamente di *political question*²⁵ rispetto alle quali il legislatore detiene una legittimazione più appropriata. Questo approccio, tendente a privilegiare la dimensione politica del problema della delimitazione di limiti e controlli del principio del primato dell'Unione europea, ricorda a suo modo l'impostazione della giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel* francese, che sul punto aveva dedicato la sua attenzione in occasione dell'approvazione del (poi naufragato) Trattato costituzionale e successivamente del Trattato di Lisbona²⁶. In quei contesti, il giudice costituzionale francese era stato chiamato in causa per mezzo dell'accesso in via preventiva, e – a differenza del Tribunale di Karlsruhe – non aveva paventato limiti “assoluti” al trasferimento di competenze a livello sovranazionale, ma aveva chiarito che per consentire l'entrata in vigore di alcune novità che i Trattati in questione si prefiggevano di introdurre sarebbero state

²⁴ Cfr., Corte costituzionale ungherese, decisione 22/2016 (XII. 5.) AB del 16 dicembre 2016, in merito alla quale è reperibile un comunicato ufficiale in inglese sul [sito istituzionale della Corte stessa \(hunconcourt.hu\)](http://www.hunconcourt.hu). Sulla sentenza in generale, nonché sullo specifico aspetto dell'utilizzo improprio degli strumenti elaborati dalla giurisprudenza tedesca, cfr. il commento di G. HALMAI, *The Hungarian Constitutional Court and Constitutional Identity*, in *Verfassungsblog.de* (10 gennaio 2017).

²⁵ *Ibidem*, paragrafo 111.

²⁶ Ci si riferisce qui a *Conseil constitutionnel*, decisione No. 2004-505 DC del 19 novembre 2004, Rec. 173 (sul poi mai entrato in vigore Trattato costituzionale) e *Conseil constitutionnel*, decisione No. 2007-560 DC Rec. 459 (sul Trattato di Lisbona).

necessarie alcune puntuali modifiche della Costituzione²⁷. Si trattava dunque di un'impostazione radicalmente differente – non è azzardato dire che è proprio concettualmente opposta – a quella del *BVerfG*, da cui si desumono invece limiti costituzionali invalicabili al processo di integrazione europea. Ciò pare tutto sommato essere in linea con la tradizione francese secondo cui la supremazia parlamentare non incontrerebbe limiti, e perciò nessun (contro)limite potrebbe essere invocato *a priori*: il pallino è semplicemente rimesso al Parlamento, libero (ma in alcuni casi, come quello in esame, gravato dell'onere) di modificare la Costituzione, per adattarla allo sviluppo del processo di integrazione europea.

3. La tutela dell'identità costituzionale nazionale fuori dal circuito giurisdizionale

Quale fosse la variante della teoria dei controlimiti abbracciata dalle varie Corti costituzionali nazionali, l'espansione territoriale di tali teorie rimaneva però fedele alla costante che ne aveva caratterizzato le sue prime esperienze: i controlimiti venivano agitati come argomenti, ma mai concretamente applicati dalle Corti. Una letteratura giuridica sempre più imponente rimaneva quasi priva di ogni banco di prova giurisprudenziale, ed era agganciata su alcuni *obiter dicta* e sulla lettura della disposizione del Trattato sull'Unione europea che pone tra gli obiettivi dell'Unione il rispetto dell'uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati e della loro identità nazionale, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale (così Articolo 4(2) TUE). Questa sproporzione tra il volume del dibattito, e le concrete ricadute giurisdizionali ci pare possa essere soggetta a due letture. Da un lato, laddove si considerino gli elementi essenziali dell'identità costituzionale che sono l'esito acquisito del costituzionalismo, quali la tutela dei diritti fondamentali, la separazione dei poteri, il principio democratico e il rispetto della *rule of law*, è più che probabile che tali esiti non vengano negati, ma semmai (ri-)affermati dal processo di integrazione europea. Il rispetto di tali principi non solo è tra gli obiettivi

²⁷ Le novità in questione riguardavano alcune nuove competenze attribuite all'UE, l'introduzione delle passerelle ex art. 48.7 TEU e il conferimento di nuovi poteri al Parlamento europeo.

dell'Unione, ma è patrimonio costituzionale comune degli Stati membri²⁸. È dunque improbabile che ci sia la necessità di attivare i controlli per salvaguardare tali principi: tutt'al più, posto che nemmeno tali principi si sottraggono alle dinamiche del bilanciamento, potrebbero esservi divergenze interpretative sul peso da attribuire a una pluralità di principi confliggenti, che siano tutti riconducibili all'identità costituzionale. Non vi sarebbe dunque ragione di stupirsi del fatto che i controlli compaiono così raramente nella giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali e della Corte di giustizia dell'Unione europea: secondo questa impostazione, si tratterebbe infatti di strumenti adatti a risolvere conflitti così improbabili da potersi relegare nella proverbiale categoria dei casi di scuola.

A questa lettura, che relegherebbe i conflitti con l'identità costituzionale nazionale all'anacronismo, è però forse possibile affiancare una lettura alternativa, che ammette la possibile riconducibilità all'identità costituzionale degli Stati membri di elementi peculiari non necessariamente ricompresi nel patrimonio costituzionale comune europeo (ad esempio una tutela particolarmente forte del diritto alla vita del nascituro, la preservazione della sovranità monetaria, il controllo delle frontiere esterne dello Stato...).

Si tratta di un terreno forse meno esplorato dalla letteratura giuridica, nonostante le cospicue dimensioni ormai assunte dalla letteratura in tema di tutela dell'identità costituzionale. Questa minore attenzione per la tutela di elementi non condivisi dell'identità costituzionale può forse essere ricondotta all'inidoneità strutturale del circuito giurisdizionale a risolvere *ex post* conflitti che potrebbero insorgere tra il diritto dell'Unione e tali peculiari elementi dell'identità costituzionale di uno Stato membro. A ciò si aggiunge una propensione degli studiosi a privilegiare un approccio giurisdizionale al diritto²⁹, in particolare quando si tratti del diritto costituzionale composito europeo, ove il contributo delle Corti è stato cruciale nell'avanzamento di una narrati-

²⁸ Sul patrimonio costituzionale comune europeo, cfr., *ex multis*, A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna 2002 e AA. VV., *The constitutional heritage of Europe*, Proceedings of the UniDem Seminar organised in Montpellier (France) on 22 and 23 November 1996 in co-operation with the Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (CERCOP), Faculty of Law, University of Montpellier, Strasbourg, 1997.

²⁹ Invero, non soltanto in Europa. Su tutti, cfr. M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, 2000.

va costituzionale dell'Unione³⁰. Nei casi in cui sia necessario garantire identità costituzionali "asimmetriche" tra gli Stati membri, i cui elementi non siano inclusi nel patrimonio costituzionale comune europeo, il circuito giurisdizionale sarebbe assai difficilmente idoneo a garantire una differenziazione *ex post* "su misura" del diritto dell'Unione o altre soluzioni che consentano di disinnescare in via preventiva i conflitti con quei peculiari elementi delle identità costituzionali degli Stati membri.

Quel risultato può invece prodursi in modo assai più efficace nel circuito politico-istituzionale, senza che alcuna Corte, nazionale o sovranazionale, sia coinvolta. In particolare, dalla prospettiva degli Stati membri, i metodi più efficaci per far fronte a questo tipo di situazioni possono essere due: mantenere il controllo sulle decisioni che siano suscettibili di toccare elementi sensibili per le loro identità costituzionali, richiedendo il requisito dell'unanimità per adottare decisioni in quei settori; oppure consentire un'applicazione differenziata del diritto dell'Unione, in modo da ritagliare l'integrazione europea con una forma tale che prevenga il conflitto tra il diritto dell'Unione e particolari interessi nazionali che siano ricollegabili all'identità costituzionale di uno Stato membro.

4. La strada della diffidenza: la regola dell'unanimità

Quanto al primo metodo – l'applicazione della regola dell'unanimità – va considerato che tra le decisioni più importanti di una comunità vi sono proprio le regole su come le decisioni debbano essere prese. La stessa distinzione tra i Trattati internazionali e le Costituzioni passa, nella narrazione classica, tra l'applicazione della regola dell'unanimità e quella della maggioranza per la loro modifica. I Trattati sarebbero modificabili soltanto all'unanimità, mentre le Costituzioni – per quanto possano essere dotate di garanzie volte a salvaguardare la rigidità – sono modificabili con a maggioranza, seppur ag-

³⁰ La letteratura sul cammino costituzionale dell'Unione europea è sterminata. Si rinvia a tre pilastri di questa letteratura: J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe: 'Do the New Clothes Have an Emperor?' and Other Essays on European Integration*, Cambridge, 1999; G.F. MANCINI, *The Making of a Constitution for Europe*, in *Common Market Law Review*, 1989/4, pp. 595-614; E. STEIN, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, in *American Journal of International Law*, 1981/1, pp. 1-27.

gravata rispetto a quella necessaria ad approvare una legge ordinaria. La regola dell'unanimità è infatti espressione della diffidenza delle parti in campo: quando tutte le parti pretendono di mantenere la piena sovranità sulla modifica di uno *status quo* si adotta la regola dell'unanimità. La progressiva restrizione delle materie su cui è necessario raggiungere l'unanimità per adottare decisioni nell'Unione europea è una vicenda sufficientemente nota da permettere di non soffermarsi in dettaglio in queste pagine³¹. In estrema sintesi, a partire dall'adozione dell'Atto Unico Europeo, un numero significativo di decisioni potevano essere prese a maggioranza qualificata. La decisione a maggioranza qualificata diventava lentamente la regola, segnando un significativo passo avanti dell'integrazione, ma soltanto nell'applicazione del metodo comunitario. Vi erano altre materie ove la sovranità statale continuava a rimanere impenetrabile. Tra queste vi era certamente il diritto penale, ramo dell'ordinamento che comprende «il diritto d'impronta più spiccatamente statale, nel quale si esprimono le fondamentali scelte di valore costituenti il nocciolo duro dell'identità nazionale»³². Diritto penale che, non a caso, compare nell'elenco delle materie sensibili all'identità costituzionale che era stato stilato dal *BVerfG* nel suo *Lissabon-Urteil*.

Solo recentemente, con il Trattato di Maastricht, si è deciso di procedere ad un'armonizzazione delle politiche criminali, aprendo – anche se solo leggermente – la porta che gli ordinamenti statuali avevano tenuto serrata così a lungo³³. Nello stesso momento in cui gli Stati sembravano per la prima volta disposti a spogliarsi della piena sovranità in ambito penale, il sistema a pilastri riproduceva però quella diffidenza che a lungo aveva governato il meccanismo decisionale nelle materie “comunitarizzate”. Le decisioni in materia di “cooperazione nei settori degli affari interni e della giustizia” erano infatti sottoposte al metodo intergovernativo, richiedendo perciò ancora una volta l'unanimità degli Stati membri. Ad aggiungere una garanzia ulteriore

³¹ Si rimanda, *ex multis*, a G. STROZZI, *Le modifiche relative al Consiglio*, in *Dir. Unione europea*, 2001, p. 82 ss.

³² A. BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, in L. PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, 1999, pp. 42-43.

³³ Su questa vicenda si vedano la ricostruzione di A. BERNARDI, *I controlimiti al diritto dell'Unione Europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in ID. (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, specialmente LXI ss.

vi era la conseguenza che derivava dalla collocazione di tali azioni nel terzo pilastro, ovvero il difetto di giurisdizione della Corte di giustizia: gli Stati che ritenessero le misure adottate nell'ambito del terzo pilastro potenzialmente lesive dei loro interessi, avrebbero in fin dei conti sempre potuto tutelarsi scegliendo la via dell'inadempimento, senza temere l'intervento della Corte di giustizia. Soltanto con il Trattato di Lisbona il sistema dei pilastri è stato smantellato, e anche agli atti adottati nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia ha cominciato ad applicarsi il procedimento legislativo ordinario. Tuttavia, anche in questo passaggio, la diffidenza degli Stati membri a subire la conseguenza applicativa di decisioni prese a maggioranza degli altri Stati, è riemersa in accorgimenti normativi che servivano (e tutt'ora servono) ad apprestare cautele specifiche. Si è stabilito un periodo transitorio di cinque anni per la trasformazione in direttive dei vecchi strumenti del terzo pilastro, e soprattutto si è introdotto il cd. "freno di emergenza". In base a tale norma di salvaguardia, anche nel ristretto ambito di competenza penale attribuito all'Unione europea, ogni membro del Consiglio può bloccare qualunque decisione, qualora «ritenga che un progetto di direttiva ... incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale»³⁴.

Oltre a ciò, il Trattato di Lisbona non ha affatto eliminato i casi in cui le decisioni devono essere adottate all'unanimità. Tra queste vi sono alcune questioni istituzionali di primaria importanza, che nel lessico costituzionale classico sono solitamente inquadrare in quel *frame of government* che è parte essenziale delle Costituzioni moderne: l'accesso di nuovi Stati membri³⁵, l'adesione dell'Unione alla CEDU³⁶, e l'autorizzazione a procedere con accordi di cooperazione rafforzata³⁷. Simili ragioni strutturali stanno dietro all'applicazione della regola dell'unanimità per l'approvazione del bilancio pluriennale³⁸ e delle disposizioni relative al sistema delle risorse proprie dell'Unione³⁹, nonché quelle che sono espressione diretta dell'eguaglianza degli

³⁴ Art. 83.3 TFUE.

³⁵ Art. 49 TUE.

³⁶ Art. 6(2) TUE.

³⁷ Art. 329 TFUE.

³⁸ Art. 312 TFUE.

³⁹ Art. 311 TFUE.

Stati membri nelle Istituzioni⁴⁰. Eppure è spingendosi alle materie per così dire di politiche sostanziali ove ancora vige la regola dell'unanimità che l'eco della giurisprudenza delle Corti costituzionali sui controlimiti sembra lontanamente risuonare. L'unanimità è ancora oggi richiesta per le decisioni in materia di politica estera e di sicurezza comune⁴¹, e per quelle in materia di politica di sicurezza e di difesa comune⁴²; per la conclusione di alcuni tipi di accordi internazionali, e in particolare per quelli in materia di scambi di alcuni determinati servizi⁴³; per le decisioni su imposte dirette e indirette⁴⁴; per molte decisioni in materia di protezione sociale dei lavoratori⁴⁵; per le decisioni volte a completare i diritti di cittadinanza dell'Unione elencati all'art. 20(2) TFUE⁴⁶; per le decisioni adottate al fine di combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale⁴⁷; per le decisioni aventi principalmente natura fiscale, nonché aventi incidenza sull'assetto territoriale, sulla gestione delle risorse idriche, sulla destinazione dei suoli, nonché per le decisioni aventi una sensibile incidenza sulla scelta di uno Stato membro tra diverse fonti di energia e sulla struttura generale dell'approvvigionamento energetico del medesimo⁴⁸; per le decisioni relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali⁴⁹; per la decisione di istituire un Procura

⁴⁰ Così l'art. 14(2) TUE sulla composizione del Parlamento europeo, l'art. 341 TFUE sulle sedi delle istituzioni europee e l'art. 264 TFUE sull'uso delle lingue nelle Istituzioni.

⁴¹ Art. 31 TUE.

⁴² Art. 42(2) TUE.

⁴³ Tra i gli accordi sottoposti alla regola dell'unanimità vi sono quelli che regolano gli aspetti commerciali della proprietà intellettuale e degli investimenti esteri diretti, nonché gli scambi di servizi culturali e audiovisivi, qualora tali accordi rischino di arrecare pregiudizio alla diversità culturale e linguistica dell'Unione e gli scambi di servizi nell'ambito sociale, dell'istruzione e della sanità, qualora tali accordi rischino di perturbare seriamente l'organizzazione nazionale di tali servizi e di arrecare pregiudizio alla competenza degli Stati membri riguardo alla loro prestazione: così Art. 207(4) TFUE.

⁴⁴ Artt. 113, 192(2)(a) e 193 (3) TFUE.

⁴⁵ Si tratta, in particolare, delle decisioni in materia di sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori; protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro; rappresentanza e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro, compresa la cogestione; condizioni di impiego dei cittadini dei paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio dell'Unione: cfr. Art. 153(2)(b) TFUE.

⁴⁶ Art. 25(2) TFUE.

⁴⁷ Art. 19 TFUE.

⁴⁸ Art. 192(2) TFUE.

⁴⁹ Art. 81(3) TFUE.

europea⁵⁰; per le decisioni riguardanti la cooperazione operativa tra le autorità degli Stati membri competenti in materia di servizi di polizia, di servizi delle dogane e di altri servizi nel settore della prevenzione o dell'individuazione dei reati e delle relative indagini⁵¹; per le decisioni relative ai passaporti, alle carte d'identità, ai titoli di soggiorno⁵².

Da questo lungo elenco di materie che gli Stati membri, come “signori dei Trattati”, conservano gelosamente sotto il controllo della regola dell'unanimità non è difficile scorgere degli elementi ricorrenti, e non è difficile vederne una (forse non completa, ma assai larga) sovrapposizione con quelle materie che le giurisprudenze delle Corti costituzionali degli Stati membri individuano come aree “ad alta sensibilità” per la definizione della loro identità costituzionale. Tra gli elementi ricorrenti vi sono infatti certamente gli affari internazionali, nonché le politiche di sicurezza e difesa; la tassazione; il diritto e la procedura penale, comprendendovi anche le misure che hanno a che fare con il monopolio della forza e l'esecuzione penale; e infine i diritti connessi allo *status* di cittadino e il diritto di famiglia.

5. L'integrazione differenziata come strumento di neutralizzazione preventiva dei conflitti

Il mantenimento della regola dell'unanimità può dunque essere uno dei meccanismi attraverso i quali gli Stati membri si salvaguardano quando si presenta la necessità di attribuire all'Unione competenze il cui esercizio potrebbe minacciarne l'identità costituzionale. Non si tratta di una garanzia, poiché potrebbe ben darsi che una decisione assunta all'unanimità violi l'identità costituzionale di uno Stato membro: il Governo dello Stato in questione potrebbe non essere stato in grado o non aver voluto esercitare la sua funzione di vigilanza in seno al Consiglio, oppure la portata di una decisione sull'identità costituzionale potrebbe essere difficilmente valutabile in sede di negoziazione e formazione dell'atto, per manifestarsi solo in fase applicativa.

Un'altra strada che gli Stati membri possono cercare di percorrere per neutralizzare preventivamente possibili conflitti con alcuni pecu-

⁵⁰ Art. 86(1) TFUE.

⁵¹ Art. 87(3) TFUE.

⁵² Art. 77(3) TFUE.

liari elementi delle loro identità costituzionali è quella dell'integrazione differenziata. Elementi di flessibilità nel sistema di integrazione esistevano fin dalla fondazione del progetto di integrazione europea. Già il Trattato di Roma del 1957⁵³ ammetteva un regime di applicazione speciale delle sue disposizioni in diversi casi: si permetteva infatti la continuazione degli accordi di cooperazione regionale preesistenti tra gli Stati del Benelux⁵⁴; l'intera Parte quarta del Trattato era dedicata al riconoscimento di uno *status* speciale e un'applicazione limitata delle norme dei trattati ai Territori d'oltre mare; disposizioni specifiche erano dettate a mo' di compensazione a favore della Germania divisa⁵⁵. La configurazione del diritto dei Trattati al di fuori di uno schema rigido – per così dire, “a taglia unica” – era perciò già parte del codice genetico dell'integrazione europea, e non vi è da stupirsi se il tema è spesso ritornato al centro delle riflessioni sul futuro dell'integrazione europea. I Trattati del 1957, che pur prevedevano meccanismi di applicazione differenziata delle sue norme, venivano sottoscritti da sei Stati assai più omogenei rispetto ai 28 Stati membri che oggi fanno parte dell'Unione europea. L'omogeneità era infinitamente maggiore non soltanto se misurata con il parametro socio-economico⁵⁶, ma anche se misurata con il metro della cultura poli-

⁵³ Per non dire delle molte disposizioni transitorie che man mano sono state accluse ai Trattati di adesione all'Unione, prevedendo regimi differenziati per i nuovi Stati membri. Nel complesso può calcolarsi che approssimativamente metà dei Protocolli allegati al Trattato di Roma prevedevano clausole derogatorie, e che la stessa approssimazione vale per i Trattati di adesione di nuovi Stati membri. Sul punto cfr. D. HANF, *Flexibility Clauses in the Founding Treaties, from Rome to Nice*, in B. DE WITTE, D. HANF, E. VOS, *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, 2001, Antwerpen, pp. 3 ss.

⁵⁴ Cfr. l'articolo 233 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea e successivamente la simile regolazione adottata in riferimento all'accordo di cooperazione tra Danimarca, Finlandia, Islanda (si veda la dichiarazione congiunta sulla cooperazione nordica, 29 agosto 1994, O.J. (C 241) 9, 392).

⁵⁵ Cfr. l'articolo 82 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea.

⁵⁶ Volendo misurare le disparità economiche tra Stati membri in prospettiva diacronica, nel 1957 il prodotto interno lordo *pro capite* più alto era meno del doppio di quello più basso, mentre nel 2007 (riferimento cronologico che permette una valutazione al netto delle oscillazioni dovuto all'eurocrisi), il PIL *pro capite* del Lussemburgo ammontava a più di dieci volte tanto quello della Romania, quello della Germania a più di quattro volte tanto. Risultati simili si ottengono anche confrontando il PIL *per capita* degli Stati membri economicamente più performanti con quello della Bulgaria, dell'Ungheria o della Croazia. I dati sono tratti da *Bureau Economic Analysis, Regional Data*, (sito: bea.gov; ultimo aggiornamento: 10 giugno 2015).

tica⁵⁷ e della tradizione giuridica degli Stati in questione. Quest'ultimo aspetto può essere cruciale nell'ambito della presente indagine, e solitamente è ampiamente trascurato dagli studi sull'integrazione differenziata e dalle valutazioni che sono state alla base delle proposte di avanzamento dell'integrazione europea sulla strada della differenziazione.

Numerose proposte si sono susseguite con il comune denominatore di allontanare il cammino dell'integrazione europea da un inadeguato modello "a taglia unica" che derivava dalla trasposizione dell'esperienza dello Stato nazionale a livello europeo⁵⁸; dall'integrazione "à la Carte" il cui primo padre fu Dahrendorf⁵⁹, all'Europa a più velocità di cui al primo ministro e federalista europeo Tindemans⁶⁰, fino al modello dei cerchi concentrici evocato da Balladur, o alla *Kerneuropa* (evocativi di un nucleo ristretto di integrazione rafforzata) a cui si riferisce il "Schäuble-Lamers-Paper"⁶¹ – ripresa in anni successivi dalle proposte di Fischer⁶², Delors⁶³, Chirac⁶⁴ e Schrö-

⁵⁷ Si pensi soltanto che i sei ministri degli esteri che firmarono il Trattato di Roma nel 1957 erano tutti esponenti di partiti cristiano democratici. Cfr. sul punto T. JUDT, *Post-war. A History of Europe since 1945*, London, 2006.

⁵⁸ Il dibattito sull'integrazione differenziata è contraddistinto da una ricchezza metaforica e terminologica che rischia di creare più confusione che chiarezza, ed è assai precisamente ricostruita nel fondamentale contributo di A.C.G. STUBB, *A Categorization of Differentiated Integration*, in *Journal of Common Market Studies*, 1996/2, pp. 283 ss. Più recentemente, una sistemazione delle teorie dell'integrazione rappresentata è stata intrapresa da K. DYSON, A. SEPOS (a cura di), *Which Europe?: The Politics of Differentiated Integration*, London, 2010.

⁵⁹ Cfr. R. DAHRENDORF, *A Third Europe?*, Third Jean Monnet Lecture at the European University Institute in Florence, 26 Novembre 1969, reperibile sul sito aei.pitt.edu. L'idea era già contenuta in una serie di articoli pubblicati sotto allo pseudonimo "Wieland Europa" sul giornale "die Zeit".

⁶⁰ Cfr. il "Report of Mr. Leo Tindemans to the European Council", in *Bulletin of the European Communities*, Supplement 1/76, 1976, reperibile sul sito bookshop.europa.eu.

⁶¹ See W. SCHÄUBLE, K. LAMERS, *Reflections on European Policy*, in T. SOLOMON, W. NICOLL (a cura di), *Building European Union*, Manchester University Press, Manchester, 1997, pp. 255 ss.

⁶² Cfr. il discorso ove Fischer si riferì alla necessità di individuare un centro di gravità in Europa: J. FISCHER, *Speech at the Humboldt University in Berlin* (12 maggio 2000), in FROM CONFEDERACY TO FEDERATION: THOUGHTS ON THE FINALITY OF EUROPEAN INTEGRATION, BERLIN, 2000, pp. 13–14, reperibile sul sito ec.europa.eu.

⁶³ J. DELORS, *Europe Needs an Avant-Garde, But ...*, in *Center for European Reform* (2 ottobre 2000) reperibile sul sito www.cer.org.uk.

⁶⁴ J. CHIRAC, *Discorso al Bundestag: la nostra Europa* (27 giugno 2000), versione francese reperibile sul sito istituzionale del Bundestag (www.bundestag.de) e traduzione inglese reperibile sul sito www.cvce.eu.

der⁶⁵ – si è dato vita a un vero e proprio vocabolario dell'integrazione differenziata. Quale che fosse la variante della singola proposta, mutava la terapia ma la diagnosi era sempre fondata sul riconoscimento della sempre crescente differenziazione regionale interna dell'Unione in termini socio-economici.

Tuttavia non è da sottovalutare anche il dato della crescente differenziazione in termini di tradizioni giuridiche e costituzionali. Il diritto pubblico europeo ha conosciuto una crescente differenziazione in almeno due sensi, per ciò che interessa la presente prospettiva di ricerca. In un primo senso, diremmo, "orizzontale", il diritto europeo ha finito per ricomprendere una sempre più vasta pluralità di tradizioni costituzionali. Dai tempi dei sei stati del Trattato di Roma del 1957 a quelli dell'allargamento alla Croazia, l'Unione ha infatti accolto Stati membri la cui tradizione giuridica si fonda su radici e percorsi storici assai eterogenei, a partire dal peculiare modello di costituzionalismo britannico (al netto delle turbolente e ancora incerte vicende legate alla *Brexit*), fino ai Paesi nordici e a quelli dei Paesi dell'ex patto di Varsavia. Questa sempre crescente differenziazione ha accolto nel progetto di integrazione europea tradizioni costituzionali aventi origini anche estremamente lontane l'una dall'altra, con ciò rendendo assai più verosimile la possibilità di conflitti con peculiari elementi di identità costituzionale non compresi in quelle tradizioni costituzionali comuni cui fa riferimento l'art. 6 TUE. Tanto più che la possibilità di questo conflitto è agevolata da un processo evolutivo che si è registrato in quello che potremmo dire il senso "verticale" della differenziazione del diritto pubblico in Europa. Nell'orizzonte statuale di molte esperienze costituzionali si è infatti assistito a un'autentica moltiplicazione delle c.d. "clausole di eternità" che identificano principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento costituzionale, e sottratti perciò a qualunque possibilità di modifica. Dal consolidarsi di quelle esperienze di limiti invalicabili ai poteri costituiti sono gemmate le teorie dei controlimiti che in alcuni casi sono stati incluse nel testo stesso della Costituzione⁶⁶, in altri ordinamenti invece sono rimaste scolpite "soltan-

⁶⁵ Invero sia Chirac che Schröder paventarono la minaccia di andare avanti con un'integrazione più profonda per un nucleo duro europeo, di fronte ai freni posti al Trattato costituzionale: la vicenda è ricostruita, ad esempio, in W. VAN GERVEN, *THE EUROPEAN UNION: A POLITY OF STATES AND PEOPLES*, Redwood City CA, 2005, p. 6.

⁶⁶ Così è nel caso della Legge Fondamentale tedesca, il cui art. 79.3 dispone i limiti alla revisione costituzionale che nel 1992 sono stati estesi anche alle modifiche derivanti dal

to” nella giurisprudenza costituzionale⁶⁷. La combinazione di queste due direzioni di sviluppo del diritto pubblico europeo ha dunque condotto alla necessità di integrare tradizioni costituzionali sempre più diverse le une delle altre, e armate di strumenti sempre più rigidi per preservare la peculiarità profonde delle diverse esperienze costituzionali.

Non vi è dunque motivo di meravigliarsi se l'integrazione differenziata ha trovato sempre più spazio nell'evoluzione dell'integrazione europea. L'integrazione differenziata permetteva infatti di conciliare la pressione proveniente da una crescente necessità (e volontà politica) di integrazione giuridica con il problema di integrare tradizioni costituzionali sempre più diverse e gelose del nucleo duro della loro specifica tradizione giuridica e storica. Approssimativamente a partire dal Trattato di Maastricht (e successivamente con il Trattato di Amsterdam e di Nizza, fino al Trattato di Lisbona) si è tentato di dare una si-

processo di integrazione europeo, con un rinvio espresso dall'art. 23 GG (c.d. Europa-Artikel) all'art. 79.3 GG.

⁶⁷ Questo è, come noto, il caso dell'ordinamento costituzionale italiano, ove tanto i limiti alla revisione sono legati a un dato testuale relativamente scarso (l'art. 139 Cost., che sottrae a revisione la forma repubblicana, nonché gli articoli che dispongono l'inviolabilità dei diritti fondamentali e l'indivisibilità della Repubblica), e che tuttora affida interamente la teoria dei controlimiti all'elaborazione giurisprudenziale (per cui ancora oggi può farsi riferimento alla sentenza della Corte costituzionale n. 183/1973). Sul tema, essendo ormai destinato a fallire qualunque sforzo di tracciare un elenco completo dei riferimenti in letteratura, ci si limita ad alcune tappe significative del dibattito: P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, cit.; F. SORRENTINO, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario ed in quello italiano*, in M. CAPPELLETTI, A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982, pp. 61 ss.; G.L. TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee*, in AA. VV., *Studi in onore di G. Sperduti*, Milano, 1984, 734 ss.; G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e i limiti della revisione costituzionale*, in AA. VV., *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Milano, 1987, pp. 1183 ss.; M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995; S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, pp. 267-312; G. MARTINICO, *L'integrazione silente*, cit., pp. 171-200; B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, 2013; volendo, P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015 e infine, soltanto da ultimo in ordine cronologico, rinviando altresì alla vasta bibliografia del medesimo autore, in quella sede ampiamente richiamata: A. RUGGERI, *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i «controlimiti»)*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., pp. 19-43.

stemazione a queste forze convergenti attrezzando da una parte l'Unione europea di strumenti assai più ambiziosi di integrazione, e dell'altra parte inserendo numerose valvole di sfogo che servono a rassicurare gli Stati membri contro la minaccia di una cancellazione dello Stato nazionale e degli interessi da questo veicolati⁶⁸. Tra questi valvole vi era non solo l'introduzione della clausola sul rispetto delle identità nazionali degli Stati membri e l'introduzione del principio di sussidiarietà, ma anche un massiccio ricorso all'integrazione differenziata, sia attraverso un consistente numero di *opt-out* concessi ad alcuni Stati membri nei Protocolli allegati ai Trattati⁶⁹, sia attraverso decisioni volte ad accogliere l'integrazione differenziata come possibile soluzione strutturale all'interno dell'Unione europea. Oltre a venir introdotto – dapprima con l'articolo K.12 del Trattato di Amsterdam, successivamente emendato dai Trattati di Nizza e di Lisbona – un quadro di regolazione degli accordi di cooperazione rafforzata, si dava una sistemazione organica a due esperienze di integrazione differenziata contraddistinte da vicende genetiche diverse, ma altrettanto significative: l'Unione economica e monetaria⁷⁰ e l'area Schengen⁷¹.

⁶⁸ Osserva come l'espansione delle competenze dell'Unione è in qualche modo stata controbilanciata da un maggiore ricorso all'integrazione differenziata M. AVBELJ, *Revisiting Flexible Integration in Times of Post-Enlargement and the Lustration of EU Constitutionalism*, in CROATIAN YEARBOOK OF EUROPEAN LAW AND POLICY, 2008, p. 139. In termini simili, e in tempi più recenti, poggiando dunque anche sull'esperienza del Trattato di Lisbona, M. DOBBS, *Sovereignty, Article 4(2) TEU and the Respect of National Identities: Swinging the Balance in Favour of the Member States?*, in YEARBOOK OF EUROPEAN LAW, 2014/1, p. 298 ss.

⁶⁹ Il Trattato di Maastricht aveva allegati 19 Protocolli e 35 dichiarazioni, tra i quali molti avevano a che fare con specifiche questioni che toccavano gli interessi di un solo Stato membro.

⁷⁰ L'Unione economica e monetaria sorgeva invece come strumento dell'Unione europea, con l'obiettivo di introdurre la moneta unica in tutto il territorio degli Stati membri dell'Unione. Come noto, la riluttanza di alcuni Stati membri rendeva il percorso accidentato, e infine il Regno Unito e la Danimarca ottennero *opt-out de iure* permanenti, mentre la Svezia ottenne una sorta di *opt-out de facto*, posto che la decisione era condizionata a un referendum nazionale che lo Stato membro aveva la discrezionalità di indire e non indire. Diversamente, tutti gli Stati membri che ad oggi non sono parte dell'area Euro, sono soggetti a un obbligo giuridico di entrare a farvi parte, nel momento in cui raggiungono un livello di convergenza soddisfacente verso gli standard nominale e fiscali dell'area Euro, così come definiti dall'art. 140 TFEU e dal Protocollo No. 13 sui criteri di convergenza. Resta vero che il Consiglio europeo deve adottare una deliberazione, ma i requisiti per l'adozione di quella sono predeterminati dai Trattati e non dalla volontà degli Stati membri “con deroga” di entrare o meno nell'area Euro.

Questo *trade-off* tra ampliamento delle competenze europee, caratterizzazione politica del processo di integrazione europea e allargamento delle maglie dell'integrazione differenziata veniva accolto con un certo sospetto da attenta dottrina. Vi si vedeva il rischio di un'Europa "a spizzichi e bocconi"⁷², o comunque un allontanamento dalla visione dell'integrazione adottata da una certa (ormai classica) narrativa⁷³. Altri vedevano questo *trend* con favore⁷⁴, accogliendolo come uno dei possibili sbocchi di un diritto pubblico "post-sovrano"⁷⁵.

6. Un'Europa fatta su misura? L'integrazione differenziata e gli interessi nazionali tutelati

A prescindere da ogni valutazione sulla desiderabilità o meno di questo sviluppo differenziato dell'integrazione europea, pare difficile negarne l'esistenza ove ci si ponga in una prospettiva meramente descrittiva. Può essere a questo punto utile indagare se il crescente ricorso all'integrazione differenziata sia stato indotto anche dalla necessità tutela di specificità nazionali ricollegabili a esigenze di tutela delle loro identità costituzionali nazionali. Un'indagine siffatta non è priva di ostacoli, spesso anche per via delle difficoltà di accedere a un materia-

⁷¹ L'area di libera circolazione delle persone era nata nel 1985 da un accordo concluso al di fuori del quadro degli strumenti dell'UE da cinque degli allora dieci Stati membri. A partire dal Trattato di Amsterdam del 1999, l'area Schengen rappresenta uno dei meccanismi strutturali di integrazione differenziata, e il *Schengen Acquis* entra a far parte dell'*acquis* comunitario (vedi Protocollo B, annesso al Trattato di Amsterdam). Ad oggi 22 dei 28 Stati membri sono parte dell'accordo, e quelli che non lo sono (Bulgaria, Croazia, Cipro e Romania) entreranno a farvi parte quando i requisiti previsti saranno raggiunti. Soltanto l'Irlanda e il Regno Unito (la cui posizione è oggi sottoposta alle incertezze della Brexit) godono di specifici *opt-out*. Sulla "comunitarizzazione" del Trattato di Schengen, cfr. E. M. UÇARER, *The Area of Freedom, Security and Justice*, in EUROPEAN UNION POLITICS, 2016, p. 286.

⁷² Così D. CURTIN, *The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces*, in *Common Market Law Review*, 1993/1, pp. 17–69.

⁷³ M. AVBELJ, *Questioning European Union Constitutionalisms*, in R. A. MILLER, P. ZUMBANSEN, *COMPARATIVE LAW AS TRANSNATIONAL LAW: A DECADE OF THE GERMAN LAW JOURNAL*, OXFORD-NEW YORK, 2012, p. 395.

⁷⁴ Cfr., ad es., J. SAHW, *European Union Legal Studies in Crisis? Towards a New Dynamic*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1996/2, pp. 231 ss.

⁷⁵ Su cui si veda, a tutti, N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty: Law Stata and Nation in the European Commonwealth*, Oxford-New York, 1999.

le di ricerca assai frammentato, privo della rassicurante omogeneità strutturale che caratterizza le decisioni giurisdizionali. Vi sono infatti numerosi esempi di integrazione differenziata, e tra questi casi più e meno eclatanti, più e meno significativi, più e meno estesi: tuttavia il crescente ricorso a soluzioni di applicazione differenziata del diritto dell'Unione appare una realtà di fatto. Fermandosi a un'analisi quantitativa e anche volendosi limitare al diritto primario⁷⁶, il rischio di sovrastimare il significato qualitativo delle esperienze di integrazione differenziata è però tutt'altro che irrilevante. Non tutte le esperienze di integrazione differenziata si pongono infatti a presidio di componenti di una specifica identità costituzionale di uno Stato membro. Se così fosse, dovremmo ammettere che il protocollo no. 3 del Trattato di adesione della Svezia che accorda a tale Stato alcune deroghe all'applicazione delle libertà fondamentali garantite dai Trattati a tutela di diritti esclusivi in materia di allevamento delle renne (*sic!*) a tutela delle popolazioni Sami residenti in quei territori, si ponga a presidio dell'identità costituzionale della Svezia.

All'opposto, vi sono caso in cui un legame tra protocolli e identità costituzionale nazionale sembra quasi esplicitato: così è per quanto riguarda uno dei protocolli più noti allegati ai Trattati, il c.d. Protocollo *Grogan*⁷⁷. Il protocollo interveniva a porre rimedio a un potenziale conflitto tra la Costituzione irlandese, il cui articolo 40.3.3. dispone una tutela particolarmente intensa del diritto alla vita del nascituro, con una giurisprudenza della Corte di giustizia che aveva considerato l'interruzione volontaria di gravidanza un servizio ai sensi dei Trattati⁷⁸, a cui perciò andava applicata la disciplina sulla libera circolazione dei servizi. Questa giurisprudenza era stata ritenuta – forse a torto considerando comunque la possibilità di restringere la libera circola-

⁷⁶ Volendo indagare anche le ipotesi di applicazione diversificata del diritto derivato a favore di uno o più Stati membri, l'indagine si spinge ben oltre alle possibilità di questo scritto, e forse è anche meno significativa sotto il profilo qualitativo. Sulla difficoltà di procedere ad un'analisi sistematica delle esperienze di integrazione differenziata nel diritto derivato, cfr. K. HOLZINGER, F. SCHIMMELFENNIG, *Differentiated Integration in the European Union Many Concepts, Sparse Theory, Few Data*, in *Journal of Public Policy*, 2012/2, pp. 292-305

⁷⁷ Il Protocollo è stato allegato fin dal Trattato di Maastricht (Protocollo No. 17) ed è stato trasposto nei successivi trattati: vedi oggi Protocollo No. 17 allegato al Trattato di Lisbona.

⁷⁸ Corte di giustizia, causa C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. v. Stephen Grogan e altri*.

zione dei servizi per giustificate ragioni di ordine pubblico o pubblica sicurezza – una possibile minaccia della tutela del diritto alla vita disposta dalla Costituzione irlandese, e per questo era stato inserito il suddetto protocollo, che disponeva (e tuttora dispone) mediante una piuttosto generica rassicurazione che «nessuna disposizione dei trattati, del trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica e dei trattati o degli atti che li modificano o li integrano pregiudica l'applicazione in Irlanda dell'articolo 40.3.3 della Costituzione irlandese».

Ciò detto, così come pare azzardato considerare ogni episodio di integrazione differenziata un esempio di tutela dell'identità costituzionale di uno Stato membro, dall'altro lato pare eccessivamente riduttivo riconoscere un interesse costituzionale soltanto laddove le clausole di integrazione differenziata si riferiscano espressamente – come nel caso del Protocollo *Grogan* – alla Costituzione di uno Stato membro.

Osservando la prassi dell'integrazione differenziata si riconoscono infatti alcuni interessi nazionali ricorrenti che evocano assonanze degne di nota con gli interessi nazionali tutelati dalla giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali sui controlimiti⁷⁹.

E ancor prima della ricorrenza degli interessi tutelati, è possibile riconoscere una ricorrenza “geografica” nelle esperienze più avanzate di integrazione differenziata: queste, infatti, non toccano affatto in maniera omogenea tutti gli Stati membri, ma si concentrano attorno a pochi di essi. Tra questi, il Regno Unito detiene senza dubbio il primato di maggiore beneficiario di *opt-out* e protocolli che attribuiscono allo Stato membro uno *status* del tutto peculiare nell'Unione⁸⁰. I settori di integrazione dal quale il Regno Unito si è tenuto fuori non sono soltanto numerosi, ma toccano spesso materie molto importanti – come Schengen e l'Euro – ove la sovranazionalizzazione caratterizza l'eccezionalità dell'esperienza europea rispetto ad altre organizzazioni

⁷⁹ Riportare il dettaglio di un'indagine sulla casistica in questa sede porterebbe più lontano di quanto ci si intenda spingere su questo specifico punto. Per un grado di dettaglio con risoluzione maggiore dei casi di integrazione differenziata sia consentito rinviare a P. FARAGUNA, *Taking Constitutional Identities Away from the Courts*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2016/2, in particolare pp. 534-557.

⁸⁰ Il carattere permanentemente ambiguo dell'adesione “condizionata” del Regno Unito all'Unione ha condotto infine al voto sull'uscita dello Stato dell'Unione, con una vicenda che è tutt'altro che definita, ma che in una certa misura sembra aver risolto la riluttante adesione del Regno Unito in una direzione priva dell'ambiguità generata dalla selva di *opt-out* che hanno fin da subito condizionato la *membership* all'Unione del Regno Unito.

regionali. La riluttanza del Regno Unito ad entrare a far parte dell'area priva di frontiere per la circolazione delle persone origina fin dai tempi della premier Thatcher⁸¹, che rifiutò di firmare il Trattato in questione, e rimase immutata nelle successive fasi in cui l'accordo di Schengen venne portato all'interno del quadro normativo dell'UE. L'europeizzazione avvenne infatti a prezzo di concedere un trattamento privilegiato al Regno Unito, consentendo a questo di stare al di fuori dell'area Schengen, con la libertà però di partecipare a specifiche misure laddove lo richiedesse⁸². Non meno significativa è la posizione del Regno Unito con riguardo all'Unione economica e monetaria, in relazione alla quale in virtù degli accordi raggiunti nella negoziazione del Trattato di Maastricht, il Regno Unito non è obbligato a passare alla terza fase dell'Unione monetaria, quella che prevede l'avvio di una politica monetaria unica sotto la guida della Banca Centrale Europea⁸³. Un terzo esempio assai significativo di integrazione differenziata "a beneficio" del Regno Unito fu negoziato per le azioni dell'allora terzo pilastro, a quel tempo comprendente la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. Anche in questo caso, le deroga era assai flessibile, e permetteva al Regno Unito di partecipare a singole azioni, caso per caso. Tutt'ora (al netto, ovviamente, degli sviluppi che potranno determinarsi in seguito alla *Brexit*) l'esenzione è stata sostanzialmente riprodotta per ciò che riguarda l'area di libertà, sicurezza e giustizia, ove le misure appartenenti allo smantellato terzo pilastro sono state collocate dal Trattato di Lisbona⁸⁴. Un quarto settore estre-

⁸¹ R. ADLER-NISSEN, *Organized Duplicity? When States Opt Out of the European Union*, in ID., T. GAMMELTOFT-HANSEN, *SOVEREIGNTY GAMES: INSTRUMENTALIZING STATE SOVEREIGNTY IN EUROPE AND BEYOND*, London, 2008 p. 95.

⁸² Vedi il Protocollo allegato al Trattato di Amsterdam sulla posizione del Regno e dell'Irlanda, e in particolare gli articoli 3 e 4.

⁸³ Vedi il Protocollo No. 11 (oggi 15) allegato al Trattato di Maastricht.

⁸⁴ La posizione del Regno Unito è definita dai Protocolli No. 21 e No. 36 annessi al Trattato di Lisbona. Il primo riproduceva in sostanza l'*opt-out* previsto in riferimento all'ex terzo pilastro, permettendo con ciò un'elevata flessibilità alla posizione del Regno Unito (e dell'Irlanda), che potevano chiedere di partecipare in determinate misure. Il secondo regola l'applicabilità degli atti dell'Unione nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale adottati prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, disponendo una procedura articolata in base alla quale il Regno Unito poteva decidere, al termine di un periodo transitorio di massimo cinque dall'entrata in vigore del Trattato, di tenersi fuori dall'applicazione di tutti i suddetti atti. Salvo poi poter esercitare un *opt-in* selettivo "da fuori". Ciò è quanto è avvenuto, con la scelta del Regno Unito di dichiarare l'*opt-out* totale dalle circa 130 misure pre-Lisbona a cui aveva parteci-

mamente significativo di applicazione differenziata del diritto dei Trattati al Regno Unito riguarda l'accordo sulla politica sociale, e il relativo documento allegato al Trattato di Maastricht. L'accordo ambiva ad ampliare l'orizzonte delle competenze comunitarie in ambito sociale, toccando materie quali l'informazione e la consultazione dei lavoratori, la parità uomo-donna, l'integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro, e prevedendo peraltro la deliberazione a maggioranza qualificata in molti settori della politica sociale. Vista la ferma opposizione del Regno Unito (o meglio del Governo conservatore allora in carica) a tale documento, al Regno Unito venne garantito un *opt-out*⁸⁵. Il caso è estremamente significativo non per la deroga di per sé, ma perché la deroga è decaduta in occasione dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam. Ciò è avvenuto per una motivazione molto semplice: al governo inglese non vi erano più i conservatori, ma i laburisti che – avendo vinto le elezioni nel 1997 – erano stati chiamati a realizzare il loro programma elettorale che, tra le altre cose, prevedeva di portare il Regno Unito all'interno della politica sociale dell'Unione europea⁸⁶.

Il Regno Unito non è però il solo Stato membro a godere di deroghe significative quanto all'applicazione del diritto primario dell'Unione. In alcune delle fonti che dispongono le deroghe, il Regno Unito è accompagnato – nella medesima posizione – dall'Irlanda. In una certa misura ciò si deve a ragioni di interessi materialmente quasi inestricabili, laddove ad esempio l'*opt-out* dall'area Schengen è supportato non solo dalle ragioni di controllo dei confini esterni che possono applicarsi a uno Stato che è collocato territorialmente su un'isola, ma anche al fatto che l'adesione all'area Schengen sarebbe incompatibile con la *Common Travel Area*, strumento che dal 1923 consente la libera circolazione sull'isola irlandese. Una posizione si-

pato, per poi rientrare selettivamente in circa 35 misure, lasciandosi tuttavia fuori da azioni molto significative in prospettiva politica, quali il Mandato d'arresto europeo, Europol e Eurojust. Sull'articolata vicenda dell'applicabilità delle misure dell'ex terzo pilastro, cfr. A. HINAREJOS, J.R. SPENCER, S. PEERS, *Opting Out of EU Criminal Law: What is Actually Involved?*, CENTRE for European Legal Studies Working Paper, 2012/1, reperibile sul sito resources.law.cam.ac.uk.

⁸⁵ Cfr. il Protocollo No. 14 annesso al Trattato di Maastricht.

⁸⁶ Per una ricostruzione della posizione del Regno Unito in relazione alla politica sociale europea, cfr. S.L. KANG, *HUMAN RIGHTS AND LABOR SOLIDARITY: TRADE UNIONS IN THE GLOBAL ECONOMY*, PHILADELPHIA, 2012.

mile accomuna Irlanda e Regno Unito anche per ciò che concerne le misure dell'area di libertà, sicurezza e giustizia, pur con alcune variazioni. L'elemento caratterizzante la posizione irlandese nei riguardi dell'Unione europea è invece determinato dal c.d. Protocollo irlandese. Il protocollo in questione ha recepito gli esiti di una negoziazione resasi necessaria dopo che gli elettori irlandesi avevano respinto la ratifica del trattato di Lisbona in una prima consultazione referendaria. L'esito negativo del referendum aveva comprensibilmente generato allarme, nella misura in cui replicava i risultati referendari sfavorevoli che avevano determinato l'abbandono del Trattato costituzionale soltanto pochi anni prima. Al voto irlandese seguì dunque un'intensa negoziazione politica, che condusse all'adozione di tre strumenti, solitamente riassunti sotto al titolo informale di "Garanzie irlandesi"⁸⁷: una prima decisione dei Capi di Stato e di Governo, assunta al di fuori del quadro delle istituzioni europee, vincolante sul piano del diritto internazionale e assunta nell'intento di trasporla in un Protocollo ai Trattati alla prima occasione disponibile; una dichiarazione solenne del Consiglio europeo sui diritti dei lavoratori, la politica sociale, e altre tematiche collegate; infine una dichiarazione dell'Irlanda sulla sicurezza nazionale irlandese e la politica in materia di difesa. La dichiarazione, infine trasposta nei Trattati in forma di Protocollo allegato al Trattato di adesione della Croazia, conteneva alcune chiarificazioni che avevano l'obiettivo di rassicurare i cittadini irlandesi riguardo ai temi che erano stati individuati come quelli che avevano condotto a un voto negativo⁸⁸. Le "chiarificazioni" toccavano tre punti: si ribadiva che le disposizioni del Trattato non toccavano in alcun modo i diritti

⁸⁷ Per un'illustrazione delle "Irish Guarantees", cfr. INSTITUTE OF EUROPEAN AFFAIRS, LISBON: THE GUARANTEES EXPLAINED 2009, reperibile a sul sito www.iiea.com.

⁸⁸ Vi era infatti stato un sondaggio commissionato dal Governo irlandese che a sei mesi dal voto aveva cercato di individuare i motivi principali della diffidenza degli irlandesi. Tra questi motivi vi erano: una mancanza di conoscenza, informazione e comprensione dei contenuti del Trattato; la preoccupazione sulla potenziale perdita di un commissario europeo irlandese a seguito della programmata riduzione dei componenti della Commissione; la minaccia di perdere la tradizionale posizione di neutralità irlandese sul piano delle relazioni internazionali, e le preoccupazioni per un possibile servizio di leva in un esercito europeo e infine per la possibile minaccia alla tutela del diritto alla vita, per come esso è garantito nell'ordinamento irlandese. Nello stesso sondaggio emergevano come punti qualificanti la diffidenza dei cittadini irlandesi le preoccupazioni relative ai diritti dei lavoratori, al controllo nazionale sui servizi pubblici essenziali e al regime di tassazione delle società in Irlanda. Su questa vicenda, cfr. D. PHINNEMORE, *The Treaty of Lisbon: Origins and Negotiation*, London, 2013, p. 190.

sanciti dalla Costituzione irlandese con riguardo al diritto alla vita, ai diritti familiari, e quelli relativi all'educazione; si ribadiva quindi che il Trattato non determinava alcuna modifica, per alcuno Stato membro, alle competenze dell'Unione in materia di tassazione; si affermava che la politica di neutralità militare dell'Irlanda sarebbe rimasta integra e non sarebbe stata toccata in alcun modo dal Trattato. Infine, con un ulteriore e importante accordo, gli Stati membri garantivano all'Irlanda che le preoccupazioni relative alla perdita di un commissario irlandese sarebbero state affrontate in modo lapidario, rinunciando cioè alla riduzione del numero dei componenti della Commissione⁸⁹. Forte di queste novità e rassicurazioni, l'Irlanda portò nuovamente al voto la ratifica del Trattato di Lisbona, e alla fine del 2009 l'esito della consultazione fu finalmente positivo.

Un altro Stato membro che può ascrivere alla categoria di Stati che hanno raccolto un numero cospicuo di esenzioni e deroghe nell'applicazione del diritto dei Trattati è la Danimarca⁹⁰. Non diversamente dall'esperienza di integrazione differenziata del Regno Unito, anche in questo caso le vicende originano nel contesto della negoziazione del Trattato di Maastricht. Alla Danimarca venne garantito, in fase di negoziazione, il diritto di far passare la decisione sull'adesione alla moneta unica attraverso un referendum. Referendum che si tenne sull'intero Trattato di Maastricht e diede esito negativo. A seguito di tale esito, un accordo interno tra le maggiori forze politiche aveva individuato la necessità di negoziare un *opt-out* dalla moneta unica come assoluta priorità nazionale. Questa strada portò verso l'accordo di Edimburgo del 1992 con cui nel Consiglio europeo si conveniva di garantire alla Danimarca quattro *opt-out*: oltre alla moneta unica, la Danimarca rimaneva fuori dalla Politica di Sicurezza e Difesa Comune, dall'allora terzo pilastro e dall'applicazione delle norme sulla cittadinanza dell'Unione. Forti dell'accordo di Edimburgo, le forze politiche

⁸⁹ L'accordo fu raggiunto dal Consiglio europeo nella seduta dell'11 e 12 dicembre 2008, garantendo così la permanenza di un rappresentante per ogni Stato membro dentro alla Commissione. Vedi le conclusioni della Presidenza, reperibili sul sito register.consilium.europa.eu e sul significato di questa rinuncia cfr. G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea: Parte istituzionale*, Torino, 2016, p. 131.

⁹⁰ Per un'analisi approfondita delle esperienze di integrazione differenziata conosciute da un Paese che è stato definito «a smart state handling a differentiated integration dilemma», vedi L. MILES. A WIVEL, *A smart State Handling a Differentiated Integration Dilemma?*, in *EA.*, DENMARK AND THE EUROPEAN UNION, London, 2014, pp. 237 ss.

nazionali convocarono un altro referendum sulla ratifica del Trattato di Maastricht, che si risolse con un esito favorevole. Qualche anno dopo (1999), quando l'Unione economica e monetaria doveva entrare nella sua terza fase, il Governo danese ritenne di convocare un nuovo referendum sulla terminazione del relativo *opt-out*, avendone però ancora una volta un esito favorevole al mantenimento. Un destino simile è toccato all'*opt-out* dall'allora terzo pilastro, che era stato rinnovato nella maggior parte delle corrispondenti materie, nelle versioni successive dei Trattati. Attualmente l'*opt-out* compare al Protocollo No. 22 annesso al Trattato di Lisbona, e prevede che le norme Schengen trovino applicazione, ma soltanto in virtù del diritto internazionale (con conseguente sottrazione dalla giurisdizione della Corte di giustizia). Non sono invece applicabili gli atti adottati nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, salvo quelle adottate prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale. Il Protocollo contempla infine una possibile procedura risolutiva delle deroghe, che molto recentemente è stata attivata dal Governo danese che ha convocato un referendum sulla terminazione dell'*opt-out*. Ancora una volta l'esito è stato sfavorevole, o meglio favorevole al mantenimento dello *status* speciale.

Un'ulteriore significativa concentrazione di accorgimenti di integrazione differenziata non è legata a ragioni territoriali, bensì a uno stesso oggetto, ossia la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Nel corso delle negoziazioni sul Trattato di Lisbona, che attribuiva valore giuridico vincolante alla Carta, il Regno Unito e la Polonia avevano ottenuto l'inserimento di un Protocollo avente a oggetto l'applicazione della Carta in quegli Stati membri. La formulazione dell'*opt-out* è assai più ermetica rispetto a quelli già analizzati, e la stessa qualificazione del protocollo alla stregua di un *opt-out* è molto controversa⁹¹. Dopo un articolato preambolo, dato già di per sé ano-

⁹¹ Molte e autorevoli voci della dottrina si erano levate ad affermare la differenza tra i veri e propri *opt-out* e queste disposizioni: cfr. S. PEERS, *The "Opt-out" that Fell to Earth: The British and Polish Protocol Concerning the EU Charter of Fundamental Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2012/2, pp. 375 ss.; I. PERNICE, *The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights*, in S. GRILLER, J. ZILLER (eds.), *THE LISBON TREATY*, New York, 2008, pp. 244-49; C. BARNARD, *The "Opt-Out" for the UK and Poland from the Charter of Fundamental Rights: Triumph of Rhetoric over Reality?*, in S. GRILLER, J. ZILLER (eds.), *THE LISBON TREATY*, CIT., pp. 276-80; P. CRAIG, *THE LISBON TREATY: LAW, POLITICS, AND TREATY*

malo per un protocollo, lo stesso si prodiga, in estrema sintesi, a postulare la compatibilità di leggi, regolamenti e prassi amministrative del Regno Unito e della Polonia con la Carta e la non azionabilità dei diritti sanciti dal capo IV (dal carattere eminentemente sociale e eloquentemente rubricato “solidarietà”)⁹². Quale che sia il valore giuridico da attribuirsi al protocollo, l'elemento comune alla diffidenza britannica e polacca rispetto alla Carta è da attribuirsi alla volontà di mantenere il controllo su un settore profondamente connotativo l'identità nazionale, che nel caso britannico poggia più o meno direttamente su una peculiare caratterizzazione dei rapporti sociali⁹³, e nel

REFORM, Oxford-New York, 2010, pp. 237–40. La qualificazione delle disposizioni alla stregua di *opt-out* era messa in dubbio dagli stessi attori che l'avevano promossa nel Regno Unito, con esplicite esternazioni governative che chiarivano che non ci si trovasse di fronte a un *opt-out*: cfr. House of Lords EU Select Committee, *The Treaty of Lisbon: An Impact Assessment*, 10th Report of Session 2007-08, HL Paper 62-I, para. 5.86. E, ancora, l'allora ministro per gli affari europei Jim Murphy affermò alla House of Commons: «the UK-specific protocol is not an 'opt-out»: vedi European Union Intergovernmental Conference, *House of Commons European Scrutiny Committee*, Thirty-fifth Report of Session 2006-07, para. 57.

⁹² La formulazione, tutt'altro che piana, della parte dispositiva del Protocollo stabilisce che «la Carta non estende la competenza della Corte di giustizia dell'Unione europea o di qualunque altro organo giurisdizionale della Polonia o del Regno Unito a ritenere che le leggi, i regolamenti o le disposizioni, le pratiche o l'azione amministrativa della Polonia o del Regno Unito non siano conformi ai diritti, alle libertà e ai principi fondamentali che essa riafferma» (Articolo 1, comma 1). A ulteriore rassicurazione, il protocollo aggiunge che «nulla nel titolo IV della Carta crea diritti azionabili dinanzi a un organo giurisdizionale applicabili alla Polonia o al Regno Unito, salvo nella misura in cui la Polonia o il Regno Unito abbiano previsto tali diritti nel rispettivo diritto interno» (Articolo 1, comma 2), e infine che «laddove una disposizione della Carta faccia riferimento a leggi e pratiche nazionali, detta disposizione si applica alla Polonia o al Regno Unito soltanto nella misura in cui i diritti o i principi ivi contenuti sono riconosciuti nel diritto o nelle pratiche della Polonia o del Regno Unito» (Articolo 2).

⁹³ Dall'analisi dei lavori preparatori della Carta risulta infatti che «la contrarietà del rappresentante del Governo inglese alla codificazione dei diritti sociali si fondava essenzialmente su quattro argomenti. Innanzitutto, i diritti sociali e economici non sono normalmente “justiciable individually” come lo sono altri diritti, poiché “[t]hese are decisions to be made by Governments chosen through the ballot box”. Il primo argomento era perciò riferito alla discrezionalità politica ed era legato, nella sensibilità inglese, all'alternanza democratica dei Governi eletti. In secondo luogo, i diritti sociali sono diritti attuati in modo diverso negli Stati membri. L'argomento sottintendeva la volontà di preservare il pluralismo dei sistemi nazionali di welfare. Il terzo argomento era relativo all'aspettativa dei cittadini: l'inserimento dei diritti sociali nella Carta avrebbe aumentato l'aspettativa dei cittadini verso l'Unione per avere tutele che essa non era in grado di dare, non avendone né la competenza, né il budget. L'ultimo argomento, di carattere più generale, atteneva

caso polacco non aveva invece tanto a che fare con i diritti proclamati dalla Carta, ma semmai con il timore che l'espansione delle competenze dell'Unione in materia di diritti fondamentali potesse generare un'imposizione di visioni dei diritti della famiglia incompatibili con la tradizione nazionale polacca⁹⁴.

7. Integrazione differenziata: opportunismo politico o tutela di specifiche identità costituzionali?

La breve rassegna di esempi di integrazione differenziata che, tutt'altro che esaustivamente, si è svolta nel paragrafo precedente è servita a tracciare le coordinate di un quadro che per quanto frammentato mostra qualche motivo ricorrente che può essere molto significativo nella prospettiva da cui muove questo contributo. Potrebbe però anche darsi che le deroghe negoziate dai singoli Stati membri siano alla fine sempre frutto di una manovra di mero opportunismo politico⁹⁵, e siano espressione di un fenomeno puramente politico che non ha nulla a che fare con l'identità costituzionale degli Stati membri interessati dagli *opt-out*. Se questo fosse vero, e perciò i casi di integrazione differenziata fossero tutti da ridurre a mero opportunismo politico, dovrebbero anche essere veri alcuni conseguenti scenari. Laddove

alla tecnica redazionale: la Carta mancava della precisione necessaria per avere l'efficacia di un testo giuridicamente vincolante»: così A-O. COZZI, *Con-fusioni: la definizione di «principio» nelle disposizioni finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra schemi concettuali propri dell'ordinamento UE e prassi costituzionali nazionali*, in Atti della giornata di studio Il diritto e le definizioni, 30 e 31 ottobre 2015, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi di Trento, in corso di pubblicazione (file dall'autrice). Per i riferimenti riportati testualmente nella citazione cfr. la posizione del rappresentante inglese Lord Goldsmith: Q.C. GOLDSMITH, *A Charter of Rights, Freedoms and Principles*, in *Common Market Law Review*, 2001/5, pp. 1201-1216

⁹⁴ In questo senso ragiona C. BARNARD, *The "Opt-Out" for the UK and Poland from the Charter of Fundamental Rights: Triumph of Rhetoric over Reality?*, cit., p. 276.

⁹⁵ In questo senso, già nel 1984 vi era chi distingueva le ipotesi di flessibilità nella struttura dell'Unione europea che fossero basate su serie ragioni di eterogeneità socio-economica e flessibilità su fenomeni meramente politici, ritenendo peraltro che soltanto le prime cause potessero essere alla base di accorgimenti di integrazione differenziata, e annoverando tra le ipotesi con un fondamento meramente politico la volontà del Governo britannico di stare fuori dall'Euro. Sul punto vedi C-D. EHLERMANN, *How Flexible is Community Law? An Unusual Approach to the Concept of "Two Speeds"*, in *Michigan Law Review*, 1984/5-6, p. 1289.

le condizioni politiche dello Stato membro beneficiario dell'*opt-out* cambiassero radicalmente, questo dovrebbe essere facilmente e velocemente superabile, considerato che basterebbe il venire meno di una di due fondamentali condizioni: l'integrazione differenziata dovrebbe da un lato rispecchiare la volontà dell'indirizzo di governo, anche qualora questo mutasse, dello Stato membro che ne beneficia e, oltre a ciò, l'integrazione differenziata dovrebbe sempre essere produttiva di un vantaggio a favore dello Stato membro che ne beneficia.

Questo non sembra però essere il caso per ciò che riguarda molti degli esempi a cui si è fatto cenno nel precedente paragrafo. Vi è soltanto un caso in cui un *opt-out* sembra essere legato allo schema della mera preferenza politica contingente, ed è il caso della deroga accordata al Regno Unito in materia di politiche sociali, deroga terminata non appena i laburisti sono andati al governo. Negli altri casi, invece, gli *opt-out* passano indenni attraverso governi di matrice politica diversa e spesso sopravvivono persino a un orientamento contrario delle maggiori forze politiche di quello Stato membro. Nel caso della Danimarca, ad esempio, l'ingresso nell'Euro veniva considerato tutt'altro che problematico⁹⁶, e la diffidenza non era radicata nelle forze politiche di governo, quanto nella combinazione di vari fattori che avevano portato al consolidarsi di una prassi che richiedeva di far passare le decisioni cruciali legate all'appartenenza della Danimarca all'UE attraverso un ampio dibattito pubblico e possibilmente una consultazione referendaria, che – come si è avuto modo di sperimentare nella storia recente e meno recente dell'integrazione europea – spesso si è trasformata in una prova difficilissima da superare. Inoltre, l'ingresso nell'Euro sembrava spingere l'integrazione ben oltre la dimensione economica, posto che la moneta non veniva vista come «un mero strumento di pagamento», bensì come «un'espressione dell'identità nazionale e della sovranità»⁹⁷ danese. Gli *opt-out*, dunque, non necessariamente convengono.

Ulteriore esempio di ciò si trae ancora dal contesto danese, ma stavolta con riguardo all'*opt-out* nelle materie di cui all'area di libertà, sicurezza e giustizia, dove la Danimarca ha finito spesso e volentieri per adottare politiche del tutto analoghe a quelle dell'UE, finendo per

⁹⁶ Sul punto vedi M. MARCUSSEN, *Denmark's Relation to the European Union*, in L. MILES, A WIVEL, *DENMARK AND THE EUROPEAN UNION*, London, 2014, p. 48 ss.

⁹⁷ *Ivi*, p. 55 [traduzione dell'A.]

adoperarsi in una «sistematica replica della normativa UE»⁹⁸. Ciò ha destinato la Danimarca nel ruolo del legislatore-fotocopia, facendo della Danimarca un “*rule-taker*” anziché un “*rule-maker*”: l’esatto contrario, dunque, di quell’intenzione di tutela sovranista dell’autonomia decisionale che sembrerebbe stare alla base dell’*opt-out*.

In molti casi, dunque, la logica che sta dietro alla specifica soluzione di integrazione differenziata sembra molto lontana da quella del mero opportunismo politico: gli *opt-out* non rispondono a ragioni di mera preferenza politica, e a volte non sembrano nemmeno necessariamente convenienti. La narrazione dell’identità sembra assai più adatta a spiegare questo tipo di dinamiche. L’identità non segue, ed anzi vi si oppone strutturalmente, l’indirizzo politico contingente. Gli argomenti identitari non necessariamente puntano verso una direzione conveniente né ragionevole dal punto di vista socio-economico e politico, e anzi spesso puntano altrove. Ciò che suggerisce un legame tra queste esperienze di integrazione differenziata e la tutela dell’identità costituzionale è ancora una volta la straordinaria sovrapposibilità degli interessi che stanno alla base di quelle esperienze di integrazione flessibile e il già citato elenco stilato dal *BVerfG* nel suo *Lissabon-Urteil*.

Tra gli interessi tutelati attraverso i due distinti approcci, vi sono le decisioni in materia familiare, che rientrano sia nel perimetro delle materie ad alta sensibilità costituzionale secondo l’elenco dei giudici di Karlsruhe, che nelle preoccupazioni (e relative rassicurazioni) delle “garanzie irlandesi” e nei motivi che sembrano aver guidato la diffidenza polacca nei riguardi della Carta dei diritti fondamentali dell’UE. Parimenti, nelle “garanzie irlandesi” si trova il riferimento all’essenzialità di mantenere un certo grado di controllo sul livello di tutela sociale dei cittadini, riecheggiando di nuovo le parole del *BVerfG*, successivamente riprese anche dalla Corte costituzionale polacca. Ancora nelle garanzie irlandesi compaiono preoccupazioni e rassicurazioni in materia di preservazione di un margine decisionale significativo a livello nazionale in materia di politica militare e politica estera, ciò che emerge anche nell’elenco del *Lissabon-Urteil* ed è alla base di uno degli *opt-out* di cui beneficia l’Irlanda. Ed ancora nel-

⁹⁸ R. ADLER-NISSEN, *Justice and Home Affairs: Denmark as an Active Differential European*, in L. MILES, A. WIVEL (a cura di), *Denmark and the European Union*, cit., pp. 69 ss.

le garanzie irlandesi si trova la pretesa di mantenere un controllo significativo sulle politiche fiscali, pretesa che è alla base di uno dei segmenti più significativi della giurisprudenza tedesca in materia di controlimiti. Infine, l'ultimo elemento dell'elenco del *Lissabon-Urteil* che sembra emergere anche nelle ipotesi di integrazione differenziata passate in rassegna è l'inclusione tra le materie sensibili per la tutela dell'identità costituzionale delle decisioni fondamentali sul diritto penale sostanziale e processuale, nonché sull'uso della forza. È in quest'area infatti che operano i diversi *opt-out* che sono stati garantiti a favore di più Stati membri (Regno Unito, Irlanda, Danimarca), ciò che suggerisce la propensione di alcuni Stati a mantenere, almeno formalmente, il livello più alto possibile di controllo su queste materie.

I punti di contatto tra circuito giurisdizionale e non giurisdizionale di tutela delle identità costituzionali emergono chiaramente, ciò che sembra suggerire che l'integrazione differenziata non sempre va ridotta al mero opportunismo politico degli Stati membri che godono di *opt-out*. È certamente vero che un'impostazione di questo tipo sconta il rischio di una strumentalizzazione della flessibilità, che è ben possibile venga usata (e sia già stata usata) per tutelare meri interessi nazionali senza alcun tenore costituzionale e privi di qualunque legame con l'identità costituzionale di uno Stato membro. Tuttavia, questo rischio è cospicuo nel breve periodo, mentre nel lungo periodo è destinato a dissolversi: così è avvenuto nel caso della posizione del Regno Unito in relazione al Protocollo sulla politica sociale, il cui *opt-out* è terminato non appena le condizioni di contingenza politica che l'avevano generato sono mutate. Similmente, è ragionevole prevedere che nel lungo periodo qualunque esempio di integrazione differenziata che sia fondato sul mero opportunismo politico sia destinato a svanire. La strada dell'integrazione europea, infatti, procede assai più facilmente in una direzione e assai più difficilmente in quella contraria: una volta esercitato l'*opt-in* non vi sono realistiche possibilità di cambiare idea e ingranare la retromarcia, rinegoziando un *opt-out*. L'unica possibilità che rimane aperta è quella di cambiare completamente strada, uscendo dal tracciato dell'integrazione europea e avviando le procedure per il recesso dall'Unione. È questa certamente un'opzione traumatica e residuale, eppure – mutuando le parole della Corte costi-

tuzionale italiana in una decisione su un tema poi non così lontano – per quanto «sommamente improbabile [...] pur sempre possibile»⁹⁹.

8. I controlimiti dalla teoria alla pratica

L'integrazione differenziata sembra avere funzionato in modo relativamente soddisfacente come metodo per dare un'equilibrata sistemazione alle opposte esigenze di un'integrazione che da un lato si è fatta sempre più profonda e dell'altro ha coinvolto Stati sempre più diversi sia in termini socio-economici che in termini di tradizioni giuridiche.

Da un lato, infatti, i potenziali conflitti con aree che fossero ritenute particolarmente sensibili per le identità costituzionali di uno o più Stati membri venivano neutralizzati preventivamente attraverso il ricorso a deroghe, *opt-out* e altri meccanismi di applicazione differenziata del diritto dell'Unione. Dall'altro lato, le teorie dei controlimiti garantivano una sorta di teorica valvola di sfogo per quegli Stati membri, come Italia e Germania, che non avevano fatto tradizionalmente ricorso all'integrazione differenziata, e rimanevano una rassicurazione assai utile per la gestione di quei conflitti che potevano emergere nelle materie in cui il processo di integrazione europea aveva raggiunto un'estensione e profondità tale da rendere il conflitto una vicenda fisiologica.

I controlimiti rimanevano però una teoria che, pur conoscendo una certa espansione alle Corti di nuovi Stati membri, non portava ad alcuna conseguenza pratica: anche l'*escalation* del *BVerfG*, culminata con il *Lissabon-Urteil*, rimaneva limitata al perimetro retorico e all'immagine del “can che abbaia, ma non morde”.

Questo *trend* rimane stabile, almeno fino a tempi molto recenti, con una sola apparente eccezione, invero estremamente peculiare e anomala. Si tratta del caso delle c.d. pensioni slovacche¹⁰⁰, nel quale la Corte costituzionale ceca, attivando per la prima volta l'arma “atomica” dei

⁹⁹ Corte costituzionale della Repubblica italiana, sent. n. 232 del 1989, punto 3.1. del *c.i.d.*

¹⁰⁰ Corte costituzionale ceca, Pl. ÚS 5/12, *Pensioni slovacche XVII*, decisione del 31 gennaio 2012.

controlimiti, dichiarava *ultra vires* un atto dell'UE (nello specifico si trattava di una sentenza della Corte di giustizia)¹⁰¹.

In una lunga, articolata e complessa vicenda giurisprudenziale, la Corte costituzionale ceca era intervenuta, con una sentenza del 2003¹⁰² (perciò di un anno precedente l'adesione della Repubblica ceca all'UE) ad affermare che nei casi in cui i cittadini cechi avrebbero sofferto una diminuzione delle loro legittime aspettative pensionistiche in virtù dell'applicazione dei criteri previsti dal Trattato sulla regolazione degli effetti della dissoluzione della Federazione, questi avevano diritto a una compensazione a carico del bilancio ceco. A sostegno di questa soluzione, la Corte costituzionale ceca adduceva la lesione che si sarebbe determinata al principio costituzionale di non discriminazione dei cittadini cechi, cui nemmeno una disposizione del Trattato in questione avrebbe potuto derogare.

La soluzione incontrava però la ferma opposizione della suprema istanza giurisdizionale amministrativa ceca¹⁰³, appoggiata dallo stesso

¹⁰¹ La vicenda va inserita nel contesto di un assai peculiare conflitto costituzionale interno tra poteri dello Stato avente radici lontane, tanto da avere a che fare con la regolazione di alcuni rapporti giuridici tra le due Repubbliche a seguito della dissoluzione della federazione. Tra gli aspetti che i due nuovi Stati avevano dovuto regolare, vi era quello del pagamento delle prestazioni previdenziali dei cittadini dei due Stati. La questione presentava alcune criticità, posto che il regime previdenziale era significativamente diverso nelle due entità, sia per via di differenze di rendimento economico (l'economia ceca era tradizionalmente assai più ricca ed efficiente), sia per una differente impostazione del sistema previdenziale. In sintesi, il sistema pensionistico ceco era ispirato a una logica più marcatamente egualitaria, con un'oscillazione relativamente inferiore tra pensioni massime e pensioni minime. Il sistema slovacco, pur nel contesto di un'economia più debole, permetteva invece oscillazioni maggiori. Problemi potevano sorgere quando cittadini di una delle due entità, pur avendo sempre lavorato nel territorio di tale entità, erano sottoposti al regime pensionistico dell'altra entità: ciò poteva avvenire perché le disposizioni del Trattato del 29 ottobre 1992 tra Repubblica ceca e Repubblica slovacca sulle relazioni reciproche applicavano il criterio della residenza (o sede legale) del datore di lavoro, che non sempre corrispondeva al luogo in cui la prestazione lavorativa veniva prestata. Per una ricostruzione più dettagliata di quanto non sia consentito fare in queste pagine, cfr. Z. KÜHN, *Ultra Vires Review and the Demise of Constitutional Pluralism. The Czecho-Slovak Pension Saga, and the Dangers of State Courts' Defiance of EU Law*, in *Maastricht journal of European and comparative law*, 2016, Vol. 23, No. 1, pp. 185-194; M. BOBEK, *Landtová, Holubec, and the Problem of an Uncooperative Court: Implications for the Preliminary Rulings Procedure*, in *European Constitutional Law Review*, 2014/1, pp. 54-89.

¹⁰² Corte costituzionale ceca, no. II.ÚS 405/02, *Pensioni slovacche I*, decisione del 3 giugno 2003.

¹⁰³ Corte amministrativa suprema ceca, no. 6 Ads 62/2003, decisione del 23 febbraio 2005.

Governo ceco. Il punto di diritto era la supremazia del Trattato internazionale rispetto a qualsivoglia disposizione, ancorché costituzionale, nonché – dalla prospettiva governativa – il prevedibile interesse a non gravare il bilancio ceco delle compensazioni in questione. La discordia tra Consiglio di Stato e Corte costituzionale emergeva in alcune pronunce che vedevano però una posizione di maggior forza della Corte costituzionale¹⁰⁴, determinata dal fatto che l'ordinamento ceco offre alla Corte costituzionale la possibilità di pronunciarsi su ricorsi contro le decisioni di decisioni definitive di altri giudici, qualora queste determinassero esiti in contrasto con la Costituzione. Nel 2009 la *querelle* imboccava una nuova strada. Il Consiglio di Stato ceco rivolgeva alla Corte di giustizia un rinvio pregiudiziale, affinché quest'ultima si pronunciasse sulla compatibilità della compensazione di cui alla soluzione introdotta dalla Corte costituzionale ceca con il diritto dell'UE, e in particolare con il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità. La Corte di giustizia si pronunciava sulla questione¹⁰⁵, e – in breve e approssimando un po' a fini descrittivi – riscontrava un'incompatibilità tra la soluzione compensativa predisposta dalla Corte costituzionale ceca e il diritto dell'UE, dando sostanzialmente manforte alla suprema magistratura amministrativa ceca¹⁰⁶. In questo contesto di contingente elusione della voce della Corte costituzionale ceca, quest'ultima percorse una strada del tutto anomala: una lettera personale del Presidente della Corte ceca veniva infatti recapitata alla Corte di giustizia. Tuttavia, come si desume dalla ricostruzione dei fatti del seguito giurisdizionale della vicenda, la lettera veniva restituita al mittente, e del tutto esclusa dal fascicolo della causa della Corte di giustizia¹⁰⁷. Successivamente alla sentenza della Corte di giu-

¹⁰⁴ Vedi, ad esempio, la decisione della Corte costituzionale ceca, n. IV. ÚS 301/05, *Pensioni slovacche VI*, decisione del 13 novembre 2007.

¹⁰⁵ Vedi Corte di Giustizia, caso C-399/09 *Landtovà*, 22 giugno 2011.

¹⁰⁶ Un aspetto interessante di questo passaggio era la strutturale difficoltà di rappresentare – se non il tenore costituzionale dei problemi posti alla Corte di giustizia – quantomeno la visione che il giudice costituzionale aveva di quei problemi: il giudice che aveva operato il rinvio, infatti, prospettava una visione opposta a quella della Corte costituzionale dello Stato membro in questione, e allo stesso modo il Governo ceco aveva supportato le ragioni del Consiglio di Stato di fronte alla Corte di giustizia, avendone tutto l'interesse, se non altro sotto al profilo del peso che la soluzione prospettata dalla Corte costituzionale comportava sul bilancio nazionale.

¹⁰⁷ Questa modalità informale di “dialogo tra Corti” era del tutto inedita e il suo fallimento non escludeva, di per sé, alla Corte costituzionale ceca di ingaggiare nuovamente la

stizia, il Consiglio di Stato ceco adattava la sua giurisprudenza a tali esiti, escludendo perciò che potesse applicarsi una compensazione nel calcolo delle pensioni dei soli cittadini cechi, con ciò disattendendo sostanzialmente la giurisprudenza della Corte costituzionale¹⁰⁸. La ulteriore reazione della Corte costituzionale ceca non tardò: soltanto pochi mesi dopo la sentenza della Corte di giustizia, il giudice costituzionale ceco – lungi dall'imboccare la strada del dialogo “formale” tra Corti, che avrebbe quantomeno contemplato un ulteriore rinvio pregiudiziale – dichiarava la sentenza della Corte di giustizia *ultra vires*¹⁰⁹. I controlimiti venivano applicati per la prima (e, nel momento in cui si scrive, unica¹¹⁰) volta per dichiarare un atto di un'istituzione dell'Unione fuori dalle competenze attribuite, non risparmiando alla Corte di giustizia parole di censura assai aspre¹¹¹. Rimaneva in piedi

Corte di giustizia, promuovendo essa stessa un ulteriore rinvio pregiudiziale, in modo tale da attribuire il giusto peso costituzionale alla questione: ciò che, però, non avvenne.

¹⁰⁸ Vedi, ad esempio, Corte amministrativa suprema ceca, no. 3 Ads 130/2008, decisione del 25 agosto 2011, ove i giudici amministrativi prendono anche esplicitamente in considerazione l'ipotesi che la Corte costituzionale ceca dichiarò la sentenza della Corte di giustizia *ultra vires* (vedi para. 76).

¹⁰⁹ Corte costituzionale ceca, causa no. Pl. ÚS 5/12, *Slovak Pensions XVII*, decisione del 31 gennaio 2012.

¹¹⁰ Il caso del signor R. (2 BvR 2735/14, su cui ci si soffermerà con maggiore dettaglio successivamente nel testo, con il quale il *BVerfG* ha deciso di non dare esecuzione a un mandato di arresto europeo poggiando la sua motivazione sulla lesione dell'identità costituzionale che ne sarebbe derivata) difficilmente può considerarsi di applicazione dei controlimiti. Per i motivi che approfondiremo in seguito, in tal caso può piuttosto dirsi che il *BVerfG* abbia adottato un'anomala interpretazione del diritto dell'UE conforme all'identità costituzionale tedesca.

¹¹¹ Va detto che anche i passaggi di critica più aspra rivolta dalla Corte costituzionale ceca alla Corte di giustizia erano strettamente legati alla peculiarità di quella questione, in particolare laddove si accusava la Corte di giustizia di non aver saputo distinguere tra le esigenze di regolazione derivanti dalla dissoluzione di uno Stato che aveva uno sistema di sicurezza sociale unico rispetto a quelle derivanti dall'esercizio della libertà di circolazione dei lavoratori nell'Unione europea. A giudizio della Corte costituzionale ceca, l'applicazione degli strumenti regolativi sorti per affrontare quest'ultime esigenze ai casi da cui erano originati i rinvii pregiudiziali era una «mancanza di rispetto della storia europea»: Così Corte costituzionale ceca, causa no. Pl. ÚS 5/12, *Slovak Pensions XVII*, decisione del 31 gennaio 2012. Una traduzione ufficiale inglese è reperibile sul sito www.usoud.cz [traduzione italiana dell'A.]. La vicenda, peraltro, non terminava con l'eclatante decisione della Corte costituzionale ceca. Per quanto concerneva il singolo caso di specie, il seguito giurisdizionale pareva tratto da un romanzo mitteleuropeo: il ricorrente, infatti, aveva calcolato male gli effetti dell'applicazione del regime pensionistico ceco rispetto a quello slovacco, e infine ne risultò che dall'applicazione del regime ceco, soluzio-

un possibile cortocircuito permanente, posto che tutti i giudici di merito – compreso il Consiglio di Stato – erano stretti nell'imbarazzo di aderire alla giurisprudenza della Corte costituzionale o della Corte di giustizia. Il problema dell'autorità di due "padroni" altrettanto esigenti, che a lungo era sembrato doversi affacciare soltanto come caso di scuola nell'esperienza giuridica europea, era diventato invece un concreto caso giurisdizionale. Il Consiglio di Stato decise quindi di promuovere un nuovo rinvio pregiudiziale¹¹², questa volta facendosi carico di rappresentare l'altissimo tenore costituzionale della questione: non solo si chiedeva in sostanza che cosa si dovesse fare nel caso in cui una Corte costituzionale rigettasse una decisione vincolante della Corte di giustizia, ma si faceva altresì riferimento al legame che la regolazione dei rapporti tra le due entità della dissolta federazione aveva con l'identità costituzionale della Repubblica ceca. C'erano, in sostanza, tutti gli elementi perché sul "dialogo tra Corti" si abbattesse la tempesta perfetta. A disinnescare la potenziale bomba giunse però il Governo ceco che si adoperò per la compensazione di tutti i ricorrenti mentre il caso era pendente¹¹³: ciò che determinò, infine, il ritiro del rinvio pregiudiziale e la fine – tramite un intervento politico – di una saga giurisdizionale che si prolungava ormai da una decina di anni.

Il caso, dunque, da un lato ha peculiarità tali da renderlo poco adatto a candidarsi a manifesto dei controlimiti costituzionali opposti da una Corte costituzionale al principio del primato dell'UE. Eppure, dall'altro lato, rivela in modo formidabile un aspetto troppo spesso sottovalutato, se non del tutto ignorato, nell'analisi giuspubblicistica: intorno all'identità costituzionale possono sorgere conflitti non soltanto quando ci si muova nella dimensione multilivello, ma anche quando ci si muova nel più tradizionale e rassicurante spazio del costituzionalismo statale. L'utilizzo dello strumento dei controlimiti per intervenire in un contenzioso interno è rivelatore della discordia tra attori costituzionali sulla esatta misura del peso costituzionale dei principi in gio-

ne verso la quale avrebbe condotto la sentenza della Corte costituzionale, non ne avrebbe guadagnato nulla. Dunque lo sforzo della Corte costituzionale, e la prima applicazione dei controlimiti per dichiarare *ultra vires* la precedente sentenza della Corte di giustizia, era stato del tutto vano per quel caso specifico.

¹¹² Corte amministrativa suprema ceca, ordinanza del 9 maggio 2012, No. 6 Ads 18/2012.

¹¹³ Vedi Corte di giustizia, causa C-253/12, cancellata dal ruolo il 27 marzo 2013.

co. Ulteriormente, la vicenda delle pensioni slovacche rivela un altro aspetto cruciale: quando la temperatura del conflitto giurisdizionale diventa incandescente, è l'intervento della politica che può giovare a disinnescare il potenziale conflitto atomico, giungendo a soluzioni che siano soddisfacenti per tutti.

9. OMT/Gauweiler, Signor R., Taricco: il cane morde?

Per quanto il caso delle pensioni slovacche fosse caratterizzato da tali specificità da renderlo assai poco adatto a segnare un momento di svolta nell'approccio delle Corti costituzionali ai controlimiti, uno sguardo d'insieme alla giurisprudenza "europea" di alcune Corti degli Stati membri sembra offrire diversi suggerimenti in questa direzione. In almeno tre casi molto recenti i controlimiti entrano nel "dialogo tra le Corti" con un ruolo piuttosto diverso da quello di ornamento motivazionale a cui erano stati storicamente destinati. Due di questi casi riguardano il *BVerfG* (*OMT*¹¹⁴ e *Signor R.*¹¹⁵) e il terzo è invece tutt'ora pendente davanti alla Corte costituzionale (cd. caso *Taricco*¹¹⁶).

La vicenda *OMT/Gauweiler* non è limitata a un unico giudizio, ma comprende una saga giurisdizionale che passa attraverso tre importanti sentenze: la decisione del *BVerfG* di promuovere per la prima volta un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia¹¹⁷; la decisione della Corte di giustizia¹¹⁸; e infine la decisione "definitiva" del *BVerfG* sul caso

¹¹⁴ *OMT/Gauweiler* è una saga che ricomprende tre sentenze: nella prima sentenza (*BVerfG*, 2 BvR 2728/13, 14 gennaio 2014), il *BVerfG* promuove per la prima volta un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Nella seconda (CGUE, causa C-62/14, 16 giugno 2015) la Corte di giustizia si pronuncia sul rinvio. Nella terza (*BVerfG*, 2 BvR 2728/13, 21 giugno 2016) il *BVerfG* decide sulla questione principale a seguito della pronuncia della Corte di giustizia sul rinvio.

¹¹⁵ *BVerfG*, 2 BvR 2735/14, 15 dicembre 2015.

¹¹⁶ Anche la vicenda *Taricco* consiste in plurime decisioni, tra cui vanno segnalate quella della Corte di giustizia (causa C-105/14, 8 settembre 2015) e quella relativa alla questione di legittimità costituzionale che al momento in cui si scrive risulta decisa dalla Corte costituzionale, ma la cui decisione non è stata ancora depositata né pubblicata.

¹¹⁷ *BVerfG*, 2 BvR 2728/13, 14 gennaio 2014.

¹¹⁸ Causa C-62/14, *Gauweiler et alii c. Governo federale tedesco*. Sulla sentenza, seppur recente, sono già comparsi numerosissimi commenti. Tra i molti si rinvia alla sezione speciale dedicata alla sentenza dal *German Law Journal*, 2015/4, che raccoglie i seguenti contributi: M. CLAES, J-H. REESTMAN, *The Protection of National Constitutional Identity and the*

che aveva originato il rinvio pregiudiziale¹¹⁹. L'oggetto della saga giurisprudenziale era una decisione del Consiglio direttivo della BCE, annunciata il 6 settembre 2012. Con questa decisione, in estrema sintesi, si autorizzava – in un momento di grande volatilità dei titoli di stato con differenziali di rendimento estremi – il Sistema Europeo di Banche Centrali (SEBC) a procedere all'acquisto di titoli in quantità potenzialmente illimitata, pur a condizioni prestabilite (erano ammessi solo acquisti sul mercato secondario di titoli a breve scadenza emessi da Paesi che avevano sottoscritto un programma di condizionalità). La decisione attirava immediatamente l'attenzione del *BVerfG*, che era

Limits of European Integration at the Occasion of the Gauweiler Case, *ivi*, pp. 917-960; H. SAUER, *Doubtful it Stood...: Competence and Power in European Monetary and Constitutional Law in the Aftermath of the CJEU's OMT Judgment*, *ivi*, pp. 971-1002; F. FABBRINI, *After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States*, *ivi*, pp. 1003-1023; S. SIMON, *Direct Cooperation Has Begun: Some Remarks on the Judgment of the ECJ on the OMT Decision of the ECB in Response to the German Federal Constitutional Court's First Request for a Preliminary Ruling*, *ivi*, pp. 1025-1048; M.A. WILKINSON, *The Euro Is Irreversible! ... Or is it?: On OMT, Austerity and the Threat of "Grexit"*, *ivi*, pp. 1049-1072. Si rinvia altresì al numero monografico dedicato alla sentenza dal *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016/1, con contributi, oltre che del curatore dello *special issue*, F. FABBRINI, *The European Court of Justice, the European Central Bank, and the Supremacy of EU Law*, *ivi*, pp. 3-16, di T. TRIDIMAS, N. XANTHOULIS, *A Legal Analysis of the Gauweiler Case: Between Monetary Policy and Constitutional Conflict*, *ivi*, pp. 17-39; D. SARMIENTO, *The Luxembourg 'Double Look': The Advocate General's Opinion and the Judgment in the Gauweiler Case*, *ivi*, pp. 40-54; J-V. LOUIS, *The EMU after the Gauweiler Judgment and the Juncker Report*, *ivi*, pp. 55-78; S. BARONCELLI, *The Gauweiler Judgment in View of the Case Law of the European Court of Justice on European Central Bank Independence: Between Substance and Form*, *ivi*, pp. 79-98; C. JOERGES, *Pereat Iustitia, Fiat Mundus: What is Left of the European Economic Constitution after the Gauweiler Litigation?*, *ivi*, pp. 99-118; M. GOLDMANN, *Constitutional Pluralism as Mutually Assured Discretion: The Court of Justice, the German Federal Constitutional Court, and the ECB*, *ivi*, pp. 119-135; R.D. KELEMEN, *On the Unsustainability of Constitutional Pluralism: European Supremacy and the Survival of the Eurozone*, *ivi*, pp. 136-150; M. CLAES, *The Validity and Primacy of EU Law and the 'Cooperative Relationship' between National Constitutional Courts and the Court of Justice of the European Union*, *ivi*, pp. 151-170; C. ZILIOLI, *The ECB's Powers and Institutional Role in the Financial Crisis: A Confirmation from the Court of Justice of the European Union*, *ivi*, pp. 171-184; Z. KÜHN, *Ultra Vires Review and the Demise of Constitutional Pluralism: The Czech-Slovak Pension Saga, and the Dangers of State Courts' Defiance of EU Law*, *ivi*, pp. 185-194; S. SCIARRA, G. NICASTRO, *A New Conversation: Preliminary References from the Italian Constitutional Court*, *ivi*, pp. 195-203; P. CHARLETON, A. COX, *Accepting the Judgments of the Court of Justice of the European Union as Authoritative: The Supreme Court of Ireland, the European Stability Mechanism and the Importance of Legal Certainty*, *ivi*, pp. 204-215.

¹¹⁹ 2 BvR 2728/13, 21 giugno 2016.

già alle prese con una questione avente a oggetto il Trattato sul Meccanismo Europeo di Stabilità (MES)¹²⁰. Si dubitava infatti che la decisione in questione rientrasse nelle competenze attribuite alla BCE, asserendo che si trattasse di una misura di natura sostanzialmente economica e non monetaria. Si riteneva altresì che la misura in questione finisse per violare l'identità costituzionale tedesca, e in particolare la responsabilità parlamentare sulle decisioni di bilancio, nella misura in cui il volume degli acquisti non era predeterminato, e dunque il rischio di potenziali perdite era fuori dal controllo del Parlamento tedesco. Nel dibattito orale relativo alla causa sul Trattato MES, già pendente davanti al *BVerfG* nel momento in cui il Consiglio direttivo della BCE annunciava il programma *OMT*, veniva dunque introdotta la questione relativa alla decisione della BCE, che il Tribunale federale decideva quindi di trattare autonomamente, optando per la storica decisione di promuovere un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia¹²¹. Pareva coronarsi l'irenico quadro del dialogo tra le Corti apparentemente tracciato da quella giurisprudenza tedesca che, in ossequio al principio del *favor* nei confronti del diritto dell'Unione (*Europarechtfreundlichkeit*), voleva che qualora si dubitasse della compatibilità di un atto di diritto dell'Unione con il limite delle competenze attribuite o con il controlimito dell'identità costituzionale degli Stati membri, il *BVerfG* avrebbe dapprima messo la Corte di giustizia nelle condizioni di provvedere da sé e disinnescare il possibile conflitto in sede di interpretazione pregiudiziale. Eppure, in sostanza, il quadro era assai meno idilliaco. Il registro motivazione del rinvio promosso dal *BVerfG* assomigliava più a un *ultimatum* che alla battuta di un dialogo tra Corti, nella misura in cui sembrava porre alla Corte di giustizia una domanda alla quale era allegata l'unica risposta ammissibile: dichiarare il programma *OMT* fuori dalle competenze della BCE.

¹²⁰ Per una ricostruzione sintetica della questione avente oggetto il Trattato sul Meccanismo Europeo di Stabilità, da cui si è processualmente separata la questione che ha innestato la saga *OMT/Gauweiler*, cfr. G. RIVOSECCI, *Il Meccanismo Europeo di Stabilità e il Fiscal Compact tra Karlsruhe e Lussemburgo*, in *Quad. cost.*, 2014/2, pp. 425-429; ID., *Il Trattato sul Mes e il Fiscal Compact al vaglio del Tribunale Costituzionale Federale e della Corte di giustizia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014/5, pp. 478-487 e R. CAPONI, *Salvaguardare l'euro con ogni mezzo? Il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale tedesca*, *ivi*, pp. 469-478.

¹²¹ Sul rinvio cfr. J. LUTHER, *Il rinvio pregiudiziale di Karlsruhe sui poteri della BCE*, in *Quad. cost.*, 2014/2, pp. 422-425.

La decisione 16 giugno 2015 della Corte di giustizia sulla questione imboccava però un'altra strada, destreggiandosi tra l'incudine del rischio di cedere di fronte alla "prepotenza" istituzionale del *BVerfG* e il martello di aumentare ulteriormente la già alta temperatura del conflitto. Nella sua decisione la Corte di giustizia dichiarava che il programma *OMT* rientrava tra le competenze attribuite alla BCE, eppure allo stesso tempo puntellava il medesimo programma di una serie significativa di cautele che sembravano avere la funzione principale di tendere una mano al *BVerfG*. In estrema sintesi, il programma *OMT*, la cui caratteristica peculiare era proprio la potenziale illimitatezza, finiva per essere sottoposto a una serie di condizioni desunte dal sistema che lo trasformavano in un programma tutt'altro che illimitato. La Corte di giustizia si è prodigata infatti a chiarire che la portata del programma *OMT* «incontra svariati limiti»¹²²: esso infatti riguarda «soltanto i titoli del debito pubblico sottoposti ad un programma di aggiustamento macroeconomico e aventi nuovamente accesso al mercato obbligazionario» e inoltre «si concentra sui titoli di Stato con scadenza inferiore a tre anni»¹²³. La Corte di giustizia ribadiva dunque che il programma riguarda «soltanto una parte limitata dei titoli del debito pubblico», «sicché gli impegni che la BCE può assumere in occasione dell'attuazione di un programma del genere sono, di fatto, circoscritti e limitati»¹²⁴. Il programma illimitato di acquisti non era in fin dei conti così illimitato, nella misura in cui «risulta che un programma il cui volume sia così limitato potrebbe essere validamente adottato dal SEBC senza fissare un limite quantitativo precedentemente all'attuazione del programma stesso, tenendo presente che un limite siffatto è, del resto, suscettibile di indebolire l'efficacia del programma in questione»¹²⁵. Questi equilibrismi linguistici (e logici) offrivano al *BVerfG* buoni argomenti per ritrovare le proprie ragioni sostanzialmente accolte, dietro a una sentenza che formalmente faceva salva la decisione della BCE.

Non è dunque sorprendente che il *BVerfG*, con sentenza del 21 giugno 2016¹²⁶, abbia raccolto l'*assist* della CGUE, astenendosi dal di-

¹²² CGUE, Causa C-62/14, § 85.

¹²³ *Ivi*, § 86.

¹²⁴ *Ivi*, § 87.

¹²⁵ *Ivi*, § 88.

¹²⁶ 2 BvR 2728/13, 21 giugno 2016. Per un'analisi assai più approfondita della sentenza e delle molte questioni a essa collegate, con particolare riferimento al principio democrati-

chiarare il programma *OMT ultra vires* o lesivo dell'identità costituzionale tedesca. Il tribunale di Karlsruhe non ha però nemmeno fatto dietrofront: ha colto la sentenza della CGUE come una reinterpretazione sufficientemente cautelativa del programma *OMT*, che sarebbe non manifestamente *ultra vires* e non lesivo dell'identità costituzionale soltanto a patto che, nell'ormai assai improbabile eventualità che la decisione venisse attuata, le condizioni a cui aveva fatto riferimento la CGUE nella sua sentenza venissero rispettate¹²⁷.

Nell'economia complessiva della saga *OMT/Gauweiler*, dunque, i controlimiti hanno svolto una parte più importante rispetto a quella funzione di ornamento motivazionale o di monito per il futuro che avevano svolto nella giurisprudenza precedente. Il ricorso ai controlimiti, in entrambe le versioni in cui nella saga *OMT* questi sono stati abbracciati (controllo sugli atti *ultra vires* e tutela dell'identità costituzionale), ha finito per avere un impatto niente affatto secondario sulla sentenza della CGUE, la quale in sostanza ha puntellato il programma della BCE in modo da assicurare il *BVerfG* rispetto alle preoccupazioni che erano state esplicitate nel rinvio pregiudiziale. In buona sostanza, la CGUE nella sua sentenza ha interpretato i vincoli che il diritto UE pone sul programma *OMT* alla luce dei controlimiti posti dal *BVerfG* nella sentenza con la quale ha promosso il rinvio, e – infine – il *BVerfG* nella sua decisione finale ha interpretato il diritto tedesco alla luce della sentenza della Corte di giustizia (che a sua volta è frutto di un'interpretazione del diritto UE alla luce del diritto costituzionale tedesco).

Il “negativo” di questa fotografia di contaminazioni interpretative si ritrova anche nella pronuncia con cui lo stesso *BVerfG* ha accolto un

co, i correttivi contromaggioritari e il ruolo della democrazia parlamentare, si rinvia al contributo (e alle ricche indicazioni bibliografiche che vi si trovano) di F. SAITTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: istanze “controdemocratiche”, principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT*, in questa rivista, 2017/1.

¹²⁷ Ciò significa che gli acquisti di titoli di Stato non potrebbero comunque essere preventivamente annunciati; dovrebbero riguardare un volume complessivo di titoli preventivamente limitato; dovrebbero avvenire a distanza di tempo congrua rispetto alla loro emissione sul mercato primario; dovrebbero riguardare titoli di Stati che abbiano comunque già accesso al mercato, e potrebbero essere conservati fino alla loro maturazione soltanto se ciò fosse giustificabile da ragioni di politica monetaria. In altre parole, soltanto finché [...*solange*] le condizioni specificate dalla Corte di giustizia verranno rispettate, il programma sarà da considerarsi compatibile con il GG.

ricorso individuale diretto, con sentenza del 15 dicembre 2015¹²⁸. Trattandosi di una sentenza che ha accolto un ricorso che lamentava la lesione dell'identità costituzionale tedesca in caso di esecuzione di un mandato d'arresto europeo (MAE), era sembrato trattarsi del primo caso in cui il *BVerfG* aveva abbandonato il registro meramente retorico, passando dalle parole ai fatti e azionando la scure dei controlimiti. A ben vedere, tuttavia, la realtà è più complessa. Il caso alla base della vicenda era quello di un cittadino americano, condannato in contumacia da un giudice italiano molti anni prima (1992), che era stato raggiunto in territorio tedesco da un MAE. Il cittadino americano in questione era ricorso al Tribunale di Karlsruhe, affermando di non aver avuto conoscenza del processo svoltosi in Italia, e affermando che l'esecuzione del MAE avrebbe comportato una lesione di quella declinazione del principio della dignità umana che è il principio di responsabilità personale in materia penale. Il caso toccava dunque una delle manifestazioni processuali del principio "super-supremo" dell'ordinamento costituzionale tedesco, ossia la tutela della dignità umana. Le norme processuali regolanti l'esecuzione della condanna in Italia non avrebbero infatti più consentito al destinatario del MAE di accedere a rimedi efficaci, essendo in quella fase precluso dal codice di rito penale italiano il ripristino integrale dell'assunzione probatoria. Il destinatario del MAE lamentava, dunque, di essere stato condannato sulla base di un processo di cui non conosceva l'esistenza, e di non avere, nella prospettiva in cui venisse data esecuzione al MAE, il diritto di produrre le prove della sua innocenza. Per tali motivi, questi chiedeva al *BVerfG* di annullare l'ordine di esecuzione del MAE, lesivo di un contenuto essenziale dell'identità costituzionale tedesca. Il Tribunale di Karlsruhe ha accolto il ricorso, ed effettivamente ha disposto l'annullamento dell'ordine di esecuzione del MAE: tuttavia, il *BVerfG* non ha dichiarato l'incompatibilità del diritto dell'UE con l'identità costituzionale tedesca. Al contrario, il *BVerfG* ha trovato nella decisione quadro sul MAE, come modificata dal Consiglio europeo nel 2009, la giustificazione della sua decisione. In base a quella normativa, infatti, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può rifiutare di eseguire il MAE se l'interessato non sia comparso personalmente al processo. A tale principio si pongono però alcune eccezioni, e tra queste si prevede che l'autorità giudiziaria non possa rifiutare di eseguire

¹²⁸ BVerfG, 2 BvR 2735/14, 15 dicembre 2015.

il MAE, pur in caso il destinatario non abbia ricevuto personalmente la notifica del processo, qualora questi «riceverà personalmente e senza indugio la notifica dopo la consegna e sarà espressamente informato del diritto a un nuovo processo o ad un ricorso in appello cui l'interessato ha il diritto di partecipare e che consente di riesaminare il merito della causa, comprese le nuove prove, e può condurre alla riforma della decisione originaria»¹²⁹. Ed è su questo punto che il *BVerfG* ha ritenuto la normativa italiana incompatibile non solo con il principio di responsabilità personale in materia penale, ricompreso nel perimetro dell'identità costituzionale tedesca, ma anche con la stessa decisione quadro sul MAE. In sintesi, il *BVerfG* ha operato una lettura delle norme del MAE alla luce dell'identità costituzionale tedesca, con il risultato di giungere a una ricomposizione interpretativa del quadro generale. Di questa ricomposizione si è preso l'intera responsabilità il Tribunale di Karlsruhe¹³⁰, nella parte in cui questo si è sottratto dal promuovere un (ipoteticamente percorribile) rinvio pregiudiziale, portando a supporto della sua decisione la dottrina dell'*acte claire*, e ritenendo in sostanza non vi sia alcun nodo interpretativo da sciogliere¹³¹.

¹²⁹ Art. 4a, comma 1, lett. d (i), 2002/584/GAI: Decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.

¹³⁰ Molti hanno ritenuto che la decisione del *BVerfG* sia stata pochi mesi dopo supportata dalla stessa Corte di giustizia (cause riunite C-404/15 e C-659/15, *Aranyosi e Căldăraru*, 5 aprile 2016), oppure più sfumatamente hanno ritenuto che il caso rivelasse comunque una certa attenzione al tema da parte della Corte di giustizia. Cfr. nel primo senso, G. REPETTO, *Ancora su mandato d'arresto e diritti fondamentali di fronte alla Corte di Giustizia: il caso Aranyosi*, in diritticomparati.it (19 maggio 2016) e F. MEYER, *From Solange II to Forever I. The German Federal Constitutional Court and the European Arrest Warrant (and how the CJEU responded)*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2016/7, pp. 277-294 e nel secondo senso A. BERNARDI, *I controllimiti al diritto dell'Unione Europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, cit., pp. XCI ss. Al di là di questo aspetto dibattuto, si veda, sulla interessante sentenza della Corte di giustizia G. ASTA, *La sentenza della Corte di Lussemburgo sul caso Aranyosi e Căldăraru: una (difficile) coesistenza tra tutela dei diritti fondamentali e mandato di arresto europeo*, in *Rivista AIC – Osservatorio* (19 luglio 2016); F. CANCELLARO, *La Corte di Giustizia si pronuncia sul rapporto tra mandato d'arresto europeo e condizioni di detenzione nello Stato emittente*, in *Dir. pen. cont.*, 18 aprile 2016; A. MARTUFI, *La Corte di giustizia al crocevia tra effettività del mandato d'arresto e inviolabilità dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2016/9, pp. 1243 ss.

¹³¹ *BVerfG*, 2 BvR 2735/14, 15 dicembre 2015, § 125. Il passaggio motivazione glissa sul precedente della CGUE sul caso Melloni che sembrava semmai chiaro nella direzione opposta: in quella sentenza, infatti, la CGUE aveva chiarito che «il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, non

I giudici di Karlsruhe hanno optato per quella che si potrebbe definire una interpretazione della decisione quadro conforme all'identità costituzionale tedesca, reclamando una sorta di diritto di priorità interpretativa, nella misura in cui hanno escluso la strada del rinvio pregiudiziale, che avrebbe potuto condurre la Corte di giustizia a risolvere il caso nella medesima direzione (peraltro con l'ulteriore vantaggio di una pronuncia avente effetti in tutto il territorio dell'Unione, e non solo in Germania, com'è necessariamente per la sentenza del *BVerfG*).

Tanto nella saga *OMT/Gauweiler*, quanto nel caso del Signor R., il ricorso all'identità costituzionale non ha svolto una funzione meramente persuasiva né tantomeno ha un ruolo soltanto di ornamento, ma ha svolto un ruolo fondamentale nella motivazione, contribuendo in modo significativo a determinare l'esito della decisione.

Caratteristiche simili sembrano essere proprie di un caso che nel momento in cui si scrive è tuttora pendente davanti alla Corte costituzionale italiana¹³², e che – non diversamente dalla vicenda *OMT/Gauweiler* – impegna più livelli di esercizio della funzione giurisdizionale in un esercizio di quello che la letteratura ha già da molto tempo definito “dialogo tra le Corti”¹³³. L'oggetto del contendere è la normativa italiana in materia di computo del decorso dei termini pre-

può sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel territorio di tale Stato» (CGUE, causa C-399/11, *Stefano Melloni contro Ministero Fiscal*, § 59).

¹³² Nel momento in cui si scrive (14 gennaio 2017), la questione *Taricco* è stata decisa dalla Corte costituzionale, ma la pronuncia non è ancora stata depositata.

¹³³ Il dialogo tra le corti è divenuto un vero e proprio *topos* della letteratura giuspubblicistica, in particolare (ma non solo) in Europa. Per alcuni punti di riferimento, cfr. A-M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET, J.H.H. WEILER, *The European Courts and National Courts: Doctrine and Jurisprudence*, London, 1998; A-M. SLAUGHTER, *Judicial Globalization*, in *Virginia Journal of International Law*, 1999, Vol. 40, pp. 1103 ss.; F.G. JACOBS, *Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice*, in *Texas International Law Journal*, 2003/3, pp. 547 ss.; A-M. SLAUGHTER, *A Global Community of Courts*, in *Harvard International Law*, 2003/1, pp. 191 ss.; M.A. WATERS, *Mediating Norms and Identity: The Role of Transnational Judicial Dialogue in Creating and Enforcing International Law*, in *Georgia Law Journal*, 2004/2, pp. 487 ss.; S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009; M. CARTABIA, *Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously*, in *European Constitutional Law Review*, 2009/1, pp. 5-31; A. VOßKUHLE, *Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts: der Europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in *European Constitutional Law Review*, 2010/2, pp. 175-198; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; G. MARTINICO, O. POLLICINO, *The Interaction between Europe's Legal Systems: Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Cheltenham, 2012.

scrizionali, nella misura in cui termini prescrizionali relativamente brevi rendevano assai difficile – se non strutturalmente quasi impossibile – perseguire illeciti penali posti a tutela (anche) degli interessi finanziari dell'Unione europea¹³⁴. Per questa ragione, e in estrema sintesi, la CGUE aveva interpretato il diritto dell'Unione nel senso che questo osta all'applicazione dei limiti massimi prescrizionali nei casi sottoposti all'attenzione della Corte¹³⁵. In tal modo si metteva il giudice italiano, che mediante il rinvio pregiudiziale aveva chiamato in causa la CGUE, di fronte alla prospettiva di dover disapplicare la normativa sulla prescrizione. Ciò determinava dunque la punibilità di soggetti che, in base alla situazione pre-sentenza *Taricco*, sarebbero stati non punibili grazie al decorso della prescrizione. Tale effetto aveva generato dubbi di compatibilità con il principio di legalità in materia penale, in ossequio alla concezione sostanzialistica che comprende nel principio dell'irretroattività delle norme penali tutte quelle che incidono sulle condizioni di punibilità, e dunque anche quelle sul computo della prescrizione. Tale concezione, invero assai rara guardando ad altri ordinamenti¹³⁶, ha invece un radicamento piuttosto solido nella tradizione penalistica italiana¹³⁷. In virtù di tale quadro, dapprima la Corte di appello di Milano¹³⁸, successivamente la Corte di

¹³⁴ Alla vicenda *Taricco*, pur non essendo ancora stata pronunciata la sentenza della Corte costituzionale, è stata già dedicata grandissima attenzione dalla dottrina italiana, con innumerevoli contributi “preventivi” a commento delle ordinanze di rimessione e della precedente decisione della Corte di giustizia. Per una panoramica ampia (sia dal punto di vista tematico che della prospettiva disciplinare) e allo stesso tempo approfondita, si rinvia qui ai contributi raccolti in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit..

¹³⁵ Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco c. Italia*.

¹³⁶ Per un confronto con le soluzioni adottate da altri ordinamenti quanto a modificabilità del regime della prescrizione, e relativa applicabilità ai processi in corso, cfr. F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in *Dir. pen. cont.* (9 maggio 2016), pp. 22-26.

¹³⁷ Per una ricostruzione dell'istituto e delle diverse teorie che ne sono a fondamento, cfr. A. MOLARI, voce *Prescrizione del reato e della pena (diritto penale)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, pp. 680 ss. e F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, in particolare pp. 63-71.

¹³⁸ Corte di appello di Milano, Sez. II pen., ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale nel procedimento n. 6421/14 R.G.A. del 18 settembre 2015 (da qui “ord. rim.”).

Cassazione (mediante due ordinanze “gemelle”¹³⁹), e infine anche il Tribunale di Siracusa¹⁴⁰ hanno introdotto davanti alla Corte costituzionale delle questioni di legittimità costituzionale ove i controlimiti svolgono una parte fondamentale nella definizione dei parametri. Soprattutto nelle assai più articolate ordinanze provenienti dalla Cassazione, infatti, i controlimiti vengono invocati nelle loro più diverse manifestazioni¹⁴¹. Da una parte sembra trarsi dalle indicazioni del giudice remittente l’argomentazione di una violazione di una sorta di “diritto fondamentale all’oblio” che proietta dunque i controlimiti nella loro dimensione individuale, ricordando in qualche modo la giurisprudenza *Solange*¹⁴² del *BVerfG*. Dall’altra parte ciò che pare essere problematico è la violazione del limite delle competenze attribuite che la sentenza *Taricco* della CGUE avrebbe determinato, spingendo gli effetti dei Trattati troppo in là in una materia, quale quella penale, ove la conservazione del controllo statale, e della legittimazione democratica che dal controllo statale deriverebbe, è particolarmente pronunciata. In questa dimensione – relativa alla definizione delle competenze – i controlimiti sembrano invece evocare il *Maastricht-Urteil*¹⁴³ del *BVerfG*. Infine, da un’altra parte ancora, i controlimiti sembrano esse-

¹³⁹ La Corte di cassazione aveva dapprima ritenuto di dare applicazione alla sentenza *Taricco*: in questo senso vedi Cass. pen., Sez. III, sent. 15 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210, reperibile con nota di F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, in *Dir. pen. cont.* (22 gennaio 2016). Ancora sul primo orientamento della Cassazione, cfr. G. REPETTO, *Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti*, già reperibile in *Rivista AIC*, 2016/2 (10 maggio 2016) e in corso di pubblicazione per *Giur. cost.*; in senso nettamente critico, L. BIN, *La prima sentenza “post Taricco” della Cassazione*, in *Archivio Penale*, 2016/1, pp. 1-16. Successivamente, due decisioni pronunciate a un solo giorno di distanza hanno ritenuto invece di rinviare la questione alla Corte costituzionale: la prima, Cass. pen., Sez. III, ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346; e la seconda, Cass. pen., Sez. III, ord. 31 marzo 2016 (dep. 1 agosto 2016), n. 33538. Sulle questioni introdotte da queste ordinanze i commenti sono stati così numerosi da renderne impossibile una anche sommaria tracciatura in nota. Si rinvia, dunque, anche qui alle indicazioni contenute nei contributi sul tema in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit.

¹⁴⁰ Tribunale di Siracusa, ord. 25 maggio 2016, R.G. 2211/14.

¹⁴¹ Sulla multi-dimensionalità dei controlimiti invocati a parametro di legittimità costituzionale dai remittenti, sia consentito rinviare a P. FARAGUNA, *Il caso Taricco: controlimiti in tre dimensioni*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., pp. 359-377.

¹⁴² *BVerfG*, BVerfGE 37, 271 (*Solange I*) e *BVerfG*, BVerfGE 73, 339 (*Solange II*).

¹⁴³ *BVerfG*, BVerfGE 89, 155.

re imbracciati come uno scudo per proteggere una peculiare declinazione del principio di legalità in materia penale, declinazione che secondo i giudici rimettenti potrebbe assurgere a principio supremo dell'ordinamento. In questa terza e ultima dimensione, i giudici del rinvio sembrano in qualche modo chiedere alla Corte costituzionale italiana di esercitare quell'*Identitätskontrolle* che il *BVerfG* ha plasmato (per ora, soltanto nelle sue linee teoriche) nel suo famoso *Lisabon-Urteil*¹⁴⁴.

Qualunque sarà la decisione che la Corte costituzionale pronuncerà sulle questioni prospettate da queste ordinanze di rimessione, anche in questo caso i controlimiti paiono essere proiettati in una prospettiva nuova, lontani da quella funzione meramente persuasiva e retorica che era stata loro propria per molti anni. A ben vedere, anche per la giurisprudenza costituzionale italiana questa è un'assoluta novità: è vero infatti che nel 2014 la Corte costituzionale ha calato la scure dei controlimiti nella sentenza n. 238, ma in quel caso non si trattava di impedire l'applicazione di un atto dell'UE, bensì di porre un argine all'applicazione di una norma internazionale consuetudinaria¹⁴⁵. Si

¹⁴⁴ 2 BvE, 2/08.

¹⁴⁵ La sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014 rimane comunque una sentenza di fondamentale importanza, e lo testimonia anche il volume dei commenti e degli studi che vi sono stati dedicati. Senza pretesa di esaustività, e a testimonianza del volume del dibattito in un lasso di tempo relativamente breve: G. BOGGERO, *The Legal Implications of Sentenza No. 238/2014 by Italy's Constitutional Court for Italian Municipal Judges: Is Overcoming the "Triepelian Approach" Possible?*, in *ZaöRV*, 2016/1, pp. 1-22; N. COLACINO, *La tutela giurisdizionale dei diritti inviolabili tra obblighi internazionali e Stato di diritto*, in federalismi.it (29 febbraio 2016); F. GIRELLI, *La super doppia pronuncia: l'immunità degli Stati dalla giurisdizione per crimini internazionali in Italia non esiste*, in federalismi.it (29 febbraio 2016); S. BATTINI, *È costituzionale il diritto internazionale?*, in *Giornale di dir. amm.*, 2015, No. 3, pp. 368 ss.; G. CATALDI, *La Corte costituzionale e il ricorso ai controlimiti nel rapporto tra consuetudini internazionali e diritti fondamentali: oportet ut scandala eveniant*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2015, 1, pp. 41-50; A. CHIUSOLO, *Immunità giurisdizionale e diritti inviolabili: una nuova frontiera per la giustocrazia*, in forumcostituzionale.it (14 luglio 2015); N. COLACINO, *La conferma della regola attraverso l'eccezione? Immunità statale ed esercizio della giurisdizione sui «crimina» iure imperii*, in *Quest. Giust.*, 2015, No. 1, pp. 70-75; P. FARAGUNA, *La sentenza costituzionale n. 238/2014: tra illecito internazionale e controlimiti*, in *Studium iuris*, 2015/3, pp. 267-276; P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, cit., specialmente pp. 11-26; D. GIRARDI, *Gli argini costituzionali alla norma sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile*, in *Giur. it.*, 2015/2, pp. 339 ss.; M.E. GENNUSA, *Corte costituzionale e obblighi internazionali: qualcosa di nuovo e di molto vecchio*, in *Quad. cost.*, 2015/3, pp. 831-846; F. GIRELLI, *Alla ricerca di un'applicazione condivisa dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione*, in *Quest. Giust.*, 2015/1, pp. 94-99; T. GROPPI, *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a*

trattava, dunque, di un caso comunque assai importante, ma con conseguenze e implicazioni del tutto diverse da quelle che solleva la questione *Taricco*, se non altro per le maggiori capacità di reazione di cui è dotato l'ordinamento dell'Unione rispetto a quello internazionale.

marginale della sent. n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana, in giurcost.org (9 gennaio 2015); E. LAMARQUE, *La Corte costituzionale ha voluto dimostrare di sapere anche mordere*, in *Quest. Giust.*, 2015/1, pp. 76-83; M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogeneità dei fini*, in *Quest. Giust.*, 2015/1, pp. 84-93; E. LUPO, *I controlimiti per la rima volta risolti verso una sentenza della Corte internazionale di giustizia*, in *Quest. Giust.*, 2015/1, pp. 64-69; L. MARINI, *Il conflitto fra Italia e Germania, tra Corte costituzionale, Corte internazionale di giustizia e Consiglio di sicurezza*, in *Quest. Giust.*, 2015/1, pp. 100-104; G. PALOMBELLA, *Senza identità. Dal diritto internazionale alla Corte costituzionale tra consuetudine, jus cogens e principi supremi*, in *Quad. cost.*, 2015/3, pp. 815-830; A. PALMIERI, *Crimini contro l'umanità, danni e risarcimenti: la Consulta attenua l'immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile italiana*, in *Foro it.*, 2015/4, pp. 1163-1165; M.I. PAPA, *Il ruolo della Corte costituzionale nella ricognizione del diritto internazionale generale esistente e nella promozione del suo sviluppo progressivo. Osservazioni critiche a margine della sent. n. 238/2014*, in *Rivista AIC*, 2015/3, pp. 1-25; P. PUSTORINO, *La sent. n. 238/2014 della Corte costituzionale: limiti e prospettive nell'ottica della giurisprudenza italiana*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2015/1, pp. 51-60; P. RIVELLO, *Una pronuncia della Corte costituzionale a tutela dei diritti inviolabili della persona nel quadro dei rapporti tra diritto consuetudinario internazionale e diritto interno*, in *Cass. pen.*, 2015/3, pp. 1049 ss.; A. SANDULLI, *All'estremo limite dei contro limiti: la Corte costituzionale e l'ordine legale internazionale*, in *Foro it.*, 2015/4, pp. 1166 ss.; F. SALERNO, *Giustizia costituzionale versus giustizia internazionale nell'applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in *Quad. cost.*, 2015/1, pp. 33-58; E. SCISO, *La regola sulla immunità giurisdizionale dello Stato davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2015/1, pp. 61-84; G. SILVESTRI, *Sovranità vs. Diritti fondamentali*, in *Quest. Giust.*, 2015/1, pp. 57-63; S. SENESE, *Corte costituzionale e sovranità*, in *Questione Giustizia*, 2015/1, pp. 51-56; M. BRANCA, *Il punto sui "controlimiti"*, in *Giur. cost.*, 2014/5, pp. 3899 ss.; R. CAPONI, *Immunità dello Stato dalla giurisdizione, negoziato diplomatico e diritto di azione nella vicenda delle pretese risarcitorie per i crimini nazisti*, in *Giur. cost.*, 2014/5, pp. 3908 ss.; B. CONFORTI, *La Corte costituzionale e i diritti umani misconosciuti sul piano internazionale*, in *Giur. cost.*, 2014/5, pp. 3885-3891; P. FARAGUNA, *La sentenza n. 238/2014: i controlimiti in azione*, in *Quad. cost.*, 2014/4, pp. 899-901; L. GRADONI, *La sentenza n. 238 del 2014: Corte costituzionale italiana «controvento» sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*, in *Quad. cost.*, 2014/4, pp. 905-908; G. GUARINO, *Corte costituzionale e Diritto internazionale: il ritorno dell'estoppel?*, in giurcost.org (21 novembre 2014); A. GUAZZAROTTI, *Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. n. 238/2014*, in forumcostituzionale.it (5 novembre 2014); S. LEONE, *La sentenza n. 238 del 2014: una soluzione preordinata ad accentrare il sindacato sulle consuetudini internazionali*, in *Quad. cost.*, 2014/4, pp. 902-904; C. PINELLI, *Diritto di difesa e immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera sul risarcimento per danni da crimini di guerra e contro l'umanità*, in *Giur. cost.*, 2014/5, pp. 3891 ss.; F. RIMOLI, *La Corte e la Shoah: osservazioni brevi su una sentenza coraggiosa*, in *Giur. cost.*, 2014/5, pp. 3915-3922; A. RUGGERI, *Conflitto tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quali i possibili seguiti della 238 del 2014*, in giurcost.org (5 marzo 2015).

In qualunque direzione verrà decisa la questione dalla Corte costituzionale italiana, i tre casi esaminati (*OMT/Gauweiler*, *Signor R.*, *Taricco*) sembrano segnare una nuova stagione dei controlimiti, contraddistinta da una assai minore reticenza delle istanze giurisdizionali nazionali a imbracciare il parametro dei controlimiti, per trarne degli effetti apprezzabili, sia nella prospettiva dei singoli casi di specie, sia nella più ampia prospettiva di quel dialogo tra le Corti che è in fin dei conti un pezzo di un mosaico dialogico assai più grande: il processo di integrazione europea mediante il diritto. Se questo nuovo “vento” dei controlimiti anticipi una pericolosa tempesta, o se sia invece una brezza navigabile, lo si potrà valutare soltanto nei prossimi sviluppi. Dediccheremo ciononostante a questo dubbio le osservazioni conclusive, non prima di aver toccato un ultimo tema, ovvero il nuovo vento che spira non sul dialogo tra Corti, bensì sulle dinamiche della negoziazione politica sul terreno dell'integrazione differenziata.

10. Quando l'integrazione differenziata non basta (o non funziona): *Brexit* (e oltre)

Non sono soltanto i controlimiti infatti ad avere conosciuto sviluppi del tutto nuovi nell'orizzonte europeo: anche gli strumenti di negoziazione politica di tutela di interessi nazionali hanno imboccato strade mai battute prima. Come noto, infatti, il 23 giugno 2016 i cittadini britannici si sono espressi favorevolmente all'uscita del Regno Unito dall'Unione europea. Il referendum sulla *Brexit* apre scenari ancora tutti da definire per quanto riguarda il futuro sia del Regno Unito che dell'UE. Gli elementi incerti sono moltissimi e altrettanti sono i piani di analisi che vi si possono applicare, anche alla luce dei pronunciamenti giurisdizionali che hanno seguito il referendum¹⁴⁶: dalla natura della democrazia parlamentare in Europa, al futuro del processo di integrazione europea, il voto del 23 giugno segna un momento storico qualunque sarà il suo sviluppo. Eppure, non è su tutti questi aspetti che ci interessa, soffermarci ai fini di questo studio, bensì su un segmento di quella vicenda che si è già concluso. Vi è infatti un punto specifico del processo politico che ha condotto al voto, solo apparen-

¹⁴⁶ Cfr. la decisione della High Court of Justice di Londra del 3 novembre 2016 nel caso *R (Miller) -v- Secretary of State for Exiting the European Union*.

temente secondario, cui merita dedicare attenzione nel quadro di questo studio.

Il referendum del 23 giugno 2016 è stato infatti preceduto da una fase di negoziazione intergovernativa che aveva condotto, in sede di Consiglio europeo, a una “decisione dei Capi di Stato o di Governo, riuniti in sede di Consiglio europeo concernente una nuova intesa per il Regno Unito nell’Unione europea” (in seguito: la Decisione)¹⁴⁷. Il cosiddetto *deal* tra Regno Unito e UE aveva il chiaro scopo di intervenire sul dibattito politico pre-referendum, nell’ambizione di offrire al Premier inglese strumenti sufficienti a rassicurare gli elettori inglesi, orientandoli verso l’opzione *Remain*. È ormai una questione di cronaca il sostanziale fallimento della strategia, a fronte della prevalenza delle preferenze verso l’uscita del Regno Unito dall’UE nel referendum del 23 giugno. Ciononostante può essere estremamente interessante, nel quadro di questa analisi, indagare brevemente il metodo e il contenuto di quel *deal*. Dal punto di vista metodologico, la decisione non era innanzitutto il frutto di una negoziazione breve o semplice. Le premesse erano già complicate: il Premier Cameron aveva dapprima parlato, nel suo *Bloomberg Speech*¹⁴⁸, della necessità di riforme europee: un quadro ben diverso rispetto a quello che, il 10 novembre 2015 emerge dal suo discorso alla Chatham House¹⁴⁹ e dalla sua lettera al Presidente del Consiglio europeo Tusk¹⁵⁰, dove vengono stabiliti degli obiettivi ben più specifici collocati in quattro settori: la governance economica, la competitività, la sovranità e il governo dei flussi migratori. Quanto al contenuto della decisione¹⁵¹, vi erano molti aspetti che

¹⁴⁷ Vedi le conclusioni del Consiglio europeo 18-19 febbraio 2016, reperibili sul sito [Consilium.europa.eu](http://www.consilium.europa.eu) (di seguito in nota come “La Decisione”).

¹⁴⁸ Vedi EU Speech at Bloomberg, 23 gennaio 2013, il cui testo è reperibile sul sito [Gov.uk](http://www.gov.uk).

¹⁴⁹ Vedi il discorso “The Future of Britain’s Relationship with the European Union”, Chatham House, Londra, 10 novembre 2015, il cui video integrale (e il cui testo) è reperibile sul sito www.chathamhouse.org.

¹⁵⁰ Vedi la lettera inviata dal Primo Ministro inglese David Cameron al Presidente del Consiglio europeo Donald Tusk il 10 novembre 2015, reperibile sul sito [Gov.uk](http://www.gov.uk).

¹⁵¹ La definizione del contenuto della decisione è giunta al termine di un processo non semplice: il 17 dicembre emergeva da un incontro del Consiglio europeo la volontà dei Capi di Stato e di Governo di lavorare verso una soluzione comune per risolvere il “problema inglese”. Veniva calendarizzato un Consiglio europeo specificamente dedicato al tema, da tenersi il 18-19 febbraio 2016, con la promessa del Presidente Tusk di arrivare alla seduta sulla base di una bozza di testo già predisposta. La prima bozza veniva fatta circolare il 2 febbraio e la seconda una decina di giorni dopo. Il testo finale, recante una versione signi-

meritano qualche attenzione. Ciò che interessa particolarmente ai nostri fini è il ruolo fondamentale assunto dallo strumento dell'integrazione differenziata come quadro generale nel quale inserire il *deal*. La Decisione è infatti contenuta nell'Allegato I delle Conclusioni del Consiglio, che si struttura in un'articolata premessa e in quattro sezioni "dispositive". L'articolata premessa è tutta volta a delineare l'equilibrio tra ragioni dell'integrazione e ragioni della differenziazione. Vi si trova infatti l'affermazione per cui i Trattati mirano al «processo di creazione di un'Unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa»¹⁵², ma dall'altra parte vengono subito elencate tutte le disposizioni che introducono fattori importanti di differenziazione, dagli *opt-out* agli accordi di cooperazione rafforzata. Tutto ciò, ad avviso dei Capi di Stato e di Governo, avrebbe reso possibili «percorsi di integrazione diversi per Stati membri diversi, consentendo a quelli che intendono approfondire l'integrazione di andare avanti e rispettando nel contempo i diritti di quelli che non intendono procedere in tal senso»¹⁵³. La Decisione elencava poi tutte le fonti di integrazione rafforzata già applicabili al Regno Unito, di cui si è detto nelle pagine precedenti di questo articolo, e passava dunque agli impegni, che venivano suddivisi sulla scorta delle quattro aree nelle quali il Premier Cameron aveva espresso le «questioni che preoccupano il Regno Unito»¹⁵⁴. In estrema sintesi, un primo impegno sulla governance economica avrebbe dovuto intervenire sull'attrito tra Stati membri che adottano l'Euro e Stati membri che non l'adottano. Da un lato, i primi (tra i quali, naturalmente, il Regno Unito) si impegnavano a non porre ostacoli a una maggiore integrazione economica nella zona Euro. Dall'altra parte, l'impegno era volto a evitare che i rischi derivanti da questa maggiore integrazione ricadessero anche sui Paesi al di fuori della zona euro. In una seconda sezione del *deal*, rubricata "della competitività", la Decisione si limitava a ribadire obiettivi già nelle corde del processo di integrazione europea, quali il completamento del mercato unico, la semplificazione normativa e la riduzione degli oneri amministrativi per le imprese e la conclusione di nuovi accordi com-

ficativamente diversa rispetto a quella della prima bozza, veniva fatto circolare nella notte del 18 febbraio.

¹⁵² Cfr. la Decisione, *cit.*, p. 10.

¹⁵³ *Ibidem.*

¹⁵⁴ *Ivi*, p. 3.

merciali e di investimento con i Paesi terzi. In una terza sezione, eloquentemente rubricata “della Sovranità”, si prometteva inoltre al Regno Unito di venire svincolato dall’impegno per la creazione di un’Unione sempre più stretta tra popoli, sottraendo dunque il Regno Unito da ogni vincolo a prendere parte a ulteriori passi di integrazione politica nell’Unione europea. In questa sezione, oltre a contenuti dal grande valore simbolico, si prometteva l’introduzione di una procedura di “cartellino rosso” nella verifica del rispetto del principio di sussidiarietà¹⁵⁵. Infine, nel quarto impegno si prevedevano future modifiche al diritto dell’Unione, miranti a limitare i flussi di lavoratori che fossero di portata tale da mettere in difficoltà i sistemi di sicurezza sociale degli Stati ospitanti. I Capi di Stato e di Governo si impegnavano, in quella direzione, a riconoscere la facoltà di introdurre alcune condizioni restrittive per l’accesso dei lavoratori migranti di altri Stati UE alle prestazioni di *welfare*. Gli Stati si impegnavano quindi a introdurre un c.d. “freno di emergenza”¹⁵⁶ e a rendere possibile

¹⁵⁵ Il meccanismo del “cartellino rosso” prevedeva per la prima volta un potere di veto dei Parlamenti nazionali nel procedimento legislativo europeo: infatti, se un numero di Parlamenti nazionali che rappresentano più del 55% dei voti avessero espresso, entro 12 settimane dalla sua trasmissione, pareri motivati contro un progetto di atto legislativo per il mancato rispetto del principio di sussidiarietà, il Consiglio UE ne avrebbe dovuto discutere e, se non fosse data risposta alle preoccupazioni espresse nei pareri, l’esame del progetto avrebbe dovuto essere interrotto. Sul ruolo assunto oggi dai Parlamenti nazionali nel processo decisionale europeo, e in particolare anche nella verifica del rispetto del principio di sussidiarietà cfr. N. LUPO, *I poteri europei dei Parlamenti nazionali: questioni terminologiche, classificazioni e primi effetti*, in ID., A. MANZELLA, *Il sistema parlamentare euro-nazionale. Lezioni*, Torino, 2014, pp. 101-132. Con riferimento ai casi di cartellini alzati dai Parlamenti nazionali, cfr. M. GOLDONI, *The Early Warning System and the Monti II Regulation: The Case for a Political Interpretation*, in *European Constitutional Law Review*, 2014/1, pp. 90-108; F. FABBRINI, K. GRANAT, “Yellow card, but not foul”: *The role of the National Parliaments on the right to strike*, in *Common Market Law Review*, 2013/1, pp. 115 ss.; C. FASONE, *Parlamenti nazionali e controllo di sussidiarietà: il secondo cartellino giallo sull’istituzione della Procura europea*, in *Quad. cost.*, 2014/1, pp. 165 ss. e recentemente sul terzo caso di cartellino giallo N. LUPO, *Le molteplici funzioni dell’early warning system, alla luce del terzo “cartellino giallo” sui lavoratori distaccati*, in *Astrid Rassegna*, 2016/20, pp. 1-10.

¹⁵⁶ In estrema sintesi lo strumento prevedeva che il Consiglio europeo, su proposta della Commissione, avrebbe potuto autorizzare uno Stato membro a limitare le prestazioni di welfare per i lavoratori nuovi arrivati alle prestazioni sociali connesse all’esercizio dell’attività lavorativa, escludendo quindi le misure di welfare universale. Pur essendo introdotte limitazioni temporali di queste restrizioni, l’impatto in termini di compressione del principio di solidarietà sarebbe stato significativo. Si trattava peraltro di un ulteriore episodio di un rapporto di tensione sempre più articolato tra principio di solidarietà tra Stati e principio di solidarietà tra cittadini nell’UE: su questo complesso e affascinante

l'indicizzazione delle prestazioni per i figli a carico¹⁵⁷, rendendole in sostanza meno gravose per lo Stato ospitante. Infine nella decisione si trovavano anche impegni volti ad ampliare la facoltà di uno Stato membro di negare l'ingresso sul proprio territorio di un cittadino di un altro Stato membro o di espellerlo una volta entrato, in base al comportamento della persona in questione ma anche in assenza di una minaccia imminente o di precedenti penali.

In questo tentativo di costruire un nuovo complesso *status* europeo (ancora più) particolare per il Regno Unito non vi era, in realtà, nulla di particolarmente nuovo. I britannici avevano infatti sempre intrattenuto legami diffidenti con l'Unione, e la lunga serie di *opt-out* già applicabili ne è una testimonianza. La grande novità della vicenda *Brexit* e del *deal* che avrebbe dovuto disinnescare la miccia del referendum, stava nel contesto di questa ricerca di uno *status* privilegiato. Il quadro, infatti, non era più quello di un Regno Unito riluttante a prendere parte a uno nuovo passo avanti nel cammino dell'integrazione europea, bensì quello di un Regno Unito che voleva fare un passo indietro mentre l'Unione rimaneva al punto di integrazione in cui si trova tutt'ora. La vicenda *Brexit* sembra così dimostrare che la strada dell'integrazione differenziata è assai più percorribile per uno Stato membro che, a tutela dei suoi interessi nazionali (anche costituzionali), voglia svincolarsi dai termini di un accordo in fase di negoziazione ma non ancora esistente, rispetto a uno Stato membro che, magari a tutela dei medesimi interessi, voglia liberarsi da vincoli di accordi di cui è già parte.

11. Osservazioni conclusive

Se e come *Brexit* si realizzerà è una questione ancora tutt'altro che risolta¹⁵⁸. Eppure, comunque vada, il referendum inglese segna un

tema, cfr. A. GUAZZAROTTI, *Unione europea e conflitti tra solidarietà*, in *questa rivista*, 2016/2.

¹⁵⁷ In sintesi l'impegno era volto a introdurre una normativa che, per le prestazioni per i figli a carico, avrebbe dato la possibilità allo Stato ospitante di indicizzarle rispetto al tenore di vita e alle prestazioni dello Stato membro in cui i figli del beneficiario risiedono.

¹⁵⁸ Sui nodi aperti cfr. G. MARTINICO, M. GOLDONI, *Il ritiro della marea? Alcune considerazioni giuridico-costituzionali sul c.d. Brexit*, in federalismi.it (21 settembre 2016).

nuovo momento nella gestione politica dei conflitti all'interno dell'Unione europea. Non tanto e soltanto per l'esito che la consultazione referendaria ha avuto, ma per le tappe di negoziazione attraverso cui si è arrivati al voto, nonché – certamente – per il fatto stesso di essere arrivati al voto. Vista nel suo complesso, tuttavia, la questione *Brexit* si inserisce in un quadro generale del percorso di (dis?)integrazione europea che non tocca soltanto la già peculiare posizione del Regno Unito nell'Unione.

Tutti gli strumenti di gestione dei conflitti sembrano essere oggi sotto stress. Da un lato le Corti costituzionali, che fino a pochissimo tempo fa si erano limitate a teorizzare i controlimiti, hanno incominciato a farvi ricorso. Come si è avuto modo di documentare, le vicende tedesche della saga *OMT-Gauweiler* e del caso *Herr R.* sul mandato di arresto europeo, nonché la ancora pendente questione *Taricco* sul versante della Corte costituzionale italiana, hanno spinto i controlimiti a svolgere una funzione di parametri in questioni di legittimità costituzionale tutt'altro che scontate. Potrebbe però essere affrettato ritenere questi sviluppi il sintomo di una forza di disgregazione giuridica all'interno dell'Unione, alimentata anche da attori, quali sono i giudici, tradizionalmente ritenuti forza propulsiva fondamentale dell'integrazione europea. Se da un lato il concreto ricorso ai controlimiti per risolvere questioni di legittimità costituzionale è un fenomeno nuovo che desta alcune preoccupazioni di tenuta del sistema, da un altro lato una “normalizzazione” dei controlimiti come strumento di risoluzione di controversie multilivello non è uno sviluppo per nulla imprevedibile e non necessariamente preoccupante. Si è infatti avuto modo di vedere come gli Stati membri, al fine di tutelare aree particolarmente sensibili sul terreno dell'identità costituzionale nazionale, abbiano in origine fatto ricorso a “limiti” più che “controlimiti”. Prima mediante l'esclusione di materie che toccavano il cuore della tradizionale sovranità statale dall'impatto dell'Unione europea, poi attraverso il mantenimento del meccanismo decisionale dell'unanimità su tali sensibili materie. Il limite dell'integrazione sovranazionale veniva posto davanti alle materie potenzialmente sensibili per le identità costituzionali degli Stati membri. Soltanto in tempi più recenti si sono aperti alcuni spiragli di intervento dell'Unione in questi versanti, e non deve perciò stupire che soltanto recentemente siano sorti i primi conflitti che toccano aree come il diritto e l'esecuzione penale (*Taricco* e *Signor R.*), le politiche fiscali (*OMT/Gauweiler*). Caduto il limite

della (non) sovranazionalizzazione di determinate materie, i controlimiti hanno trovato più spazio. Fino a oggi questi “nuovi” conflitti sono stati gestiti con accortezza, tramite un utilizzo attento dello strumento del rinvio pregiudiziale e con decisioni permanentemente interlocutorie, che sottolineano la reciproca vigilanza che le Corti esercitano in un ordinamento integrato e ispirato al pluralismo costituzionale. In questo quadro, i controlimiti paiono destinati verso una funzione fisiologica che è tutto sommato in linea con quella “europeizzazione” dei controlimiti a cui la clausola dei Trattati che dispone il rispetto delle identità costituzionali nazionali sembra ambire.

Il fatto, poi, che tanto sul fronte della gestione giurisdizionale dei controlimiti, quanto sul fronte della negoziazione politica intorno a primari interessi nazionali si siano molto recentemente battute strade mai percorse prima non pare essere una coincidenza. Come si è cercato di documentare, l'approccio giurisdizionale e quello politico alla tutela di interessi legati a specificità costituzionali di determinati Stati membri sono sempre esistiti, e in particolare a partire dal “momento costituzionale” che l'Unione ha conosciuto con l'approvazione del Trattato di Maastricht i due approcci si sono reciprocamente completati. L'integrazione differenziata, lo si è visto, è stata una risorsa importante per disinnescare preventivamente potenziali conflitti nella pericolosa zona dell'identità costituzionale, eppure è stata spesso vista con sospetto, come un odioso ostacolo sulla strada della costruzione di un'integrazione politica europea forse troppo condizionata dal modello dello Stato nazionale. Certamente, in un breve termine, concedere trattamenti differenziati – se non addirittura “privilegiati” – a un solo Stato membro può essere un costo politico che gli altri Stati pagano assai malvolentieri. E infatti è sempre avvenuto che *opt-out* venissero concessi per superare le riluttanze di alcuni Stati membri in una fase di elaborazione di un passo ulteriore del processo di integrazione europea. Gli Stati membri che preferivano il mantenimento dello *status quo* godevano infatti del privilegio di essere in una posizione di *veto player*, che li poneva in una posizione di forza nella negoziazione di un *opt-out*. Ciò ha spesso condotto quegli Stati membri che erano intenzionati a fare un passo avanti nel processo di integrazione europea ad accordare agli Stati riluttanti condizioni speciali che non erano necessariamente basate sulla tutela di alcun interesse costituzionale, né tanto meno di alcun aspetto dell'identità costituzionale di quello Stato membro. Al contrario, si è trattato a volte di venire semplicemente in-

contro a preferenze politiche momentaneamente prevalenti nello Stato membro in questione. Ciò, però, non necessariamente ha condotto verso esiti disgregativi, almeno ove si faccia un bilancio nel lungo periodo. Se il trattamento privilegiato è semplicemente un prezzo da pagare per blandire preferenze politiche difformi di un Governo di uno Stato membro, tali preferenze mostrano la loro natura con il passare del tempo. Se di mere contingenze politiche si tratta, queste saranno necessariamente destinate a modificarsi e saranno soggette a quel mutamento che è proprio delle preferenze politiche: cambieranno i governi, e le ragioni del trattamento privilegiato verranno meno. Diversamente, laddove l'*opt-out* tuteli interessi costituzionali profondamente radicati in uno specifico ordinamento, non sarà il mutamento delle condizioni politiche di quel paese a determinare un diverso atteggiamento rispetto all'*opt-out*.

La negoziazione politica che ha preceduto il voto inglese del 23 giugno 2016 sembra invece dimostrare che lo strumento dell'integrazione differenziata è assai più ostico da utilizzare a tutela di interessi di uno Stato membro nel caso in cui lo Stato in questione voglia a un centro punto sottrarsi all'applicazione del diritto dell'Unione in alcuni settori, essendovi già stato sottoposto. In questo caso, infatti, lo Stato membro in questione non è nella posizione di *veto player*, e la riluttanza degli altri Stati membri a concedere un trattamento privilegiato condurrà probabilmente al mantenimento dello *status quo*. In poche parole: gli *opt-out* sono assai più facili da ottenere, e possono fungere da efficaci strumenti di neutralizzazione di conflitti intorno a specifiche tradizioni costituzionali di uno o più Stati membri, quando si tratta di tenersi fuori da un nuovo accordo, rispetto a quando si tratti di uscire da un accordo nel quale si è già entrati¹⁵⁹. *Ex post* l'approccio più efficace per tutelare specifiche tradizioni costituzionali di fronte a imprevisti sviluppi del diritto dell'Unione pare ancora essere quello giurisdizionale, pur con i limiti strutturali che derivano dalla disponibilità in mano al giudice di strumenti necessariamente meno versatili di quelli che hanno a disposizione le istituzioni dell'Unione e i Governi e i Parlamenti degli Stati membri.

¹⁵⁹ Su questa asimmetria, cfr. D.A. KROLL, D. LEUFFEN, *Ties that bind, can also strangle: the Brexit threat and the hardships of reforming the EU*, in *Journal of European Public Policy*, 2016/9, p. 1313.

LA *SOFT LAW* COMUNITARIA E IL DIRITTO STATALE: CONFLITTO FRA ORDINAMENTI O FINE DEL CONFLITTO DEMOCRATICO?

di *Alessandra Algostino*

SOMMARIO: 1. *Premessa*; 2. *I contorni della soft law*; 3. *Il senso della soft law comunitaria*; 4. *Osservazioni conclusive: soft law versus democrazia?*

«Caro Primo Ministro,

Il Consiglio direttivo della Banca centrale europea [...] ritiene che sia necessaria un'azione pressante da parte delle autorità italiane per ristabilire la fiducia degli investitori [...].

È necessaria una complessiva, radicale e credibile strategia di riforme [...].

Confidiamo che il Governo assumerà le azioni appropriate»¹.

M. DRAGHI, J.-C. TRICHET, 5 agosto 2011

1. Premessa

Il 5 agosto 2011, la Banca Centrale Europea (BCE), invia al Governo italiano, anzi, al suo Primo Ministro², una lettera (negli intenti dei mittenti riservata ma ormai piuttosto nota), a firma di Mario Draghi e Jean-Claude Trichet, nella quale esprime la necessità che l'Italia proceda ad una serie di riforme, in aderenza ad una «complessiva» e «radicale» strategia. Gli interventi richiesti spaziano dalla contrattazione collettiva alle pensioni, dalla liberalizzazione dei servizi pubbli-

¹ Lettera della Banca Centrale Europea al Governo italiano del 5 agosto 2011, a firma di J. C. TRICHET e M. DRAGHI, consultabile sul sito del *Il Sole 24 ore*, 29 settembre 2011 (www.ilsole24ore.com).

² La versione inglese della *Lettera* (reperibile su www.corriere.it) recita testualmente «Prime Minister». Per inciso, è facile leggere nella scelta del destinatario della *Lettera* un indice del processo di presidenzializzazione degli esecutivi; comprovata dal fatto che, nonostante alcuni dei provvedimenti sollecitati siano di competenza del Parlamento, la missiva sia indirizzata al *solo* vertice dell'esecutivo.

ci alla disciplina del licenziamento dei lavoratori, passando dalla riforma dell'amministrazione pubblica, per approdare al principio di pareggio di bilancio; senza scordare di indicare anche il tipo di atto con il quale ottemperare³.

Difficile trovare un esempio che meglio condensi i caratteri della *soft law*⁴, così come dei meccanismi della *governance*⁵. Informalità e potere di fatto sono gli elementi che si palesano *prima facie*: da un lato, la non-forma dell'atto – una lettera –; dall'altro, l'esercizio di un potere che esula dalle facoltà proprie del soggetto autore dell'atto⁶, ovvero una carenza di legittimazione, sempre – *ça va sans dire* – che si muova dal presupposto di un ordinamento democratico⁷. Tutto si gioca nell'ottica dell'effettività, che travolge procedure e forme precostituite così come legittimazione ad intervenire.

Una fonte, dunque, la *soft law*, senza dubbio duttile e fluida, quanto a procedura e legittimazione, non giuridicamente vincolante, ma non per questo meno costringente. L'immagine è quella di una rete a maglie di acciaio. Prova ne è nel caso emblematico appena ricordato

³ In particolare nella *Lettera* (citata *ante*) si caldeggia («consideriamo cruciale») l'utilizzo del decreto-legge e, per le regole di bilancio, il ricorso alla revisione costituzionale («sarebbe appropriata anche una riforma costituzionale»).

⁴ I confini della *soft law*, come si dirà meglio *infra*, sono labili e spaziano da una accezione più ristretta e specifica (adottata, ad esempio, in ambito comunitario in relazione agli atti atipici) ad una più ampia e sfumata, alla quale può ascrivere la *Lettera*.

⁵ Oltre i testi citati *infra*, per un primo approccio e per ulteriori indicazioni bibliografiche, si rinvia a A. ARIENZO, *La governance*, Ediesse, Roma, 2013.

⁶ Osserva M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana*, Atti del XXVI Convegno annuale, Torino, 27-29 ottobre 2011, Jovene, Napoli, 2014, p. 64: «la vicenda sollecita non pochi interrogativi. Anzitutto, sulla forma: perché la lettera ha toni ultimativi, nei confronti di uno Stato pur sempre sovrano, che poco si addicono ad una Banca centrale; perché la lettera, pur se intenzionata ad incidere sul processo decisionale pubblico e *parlamentare* di quello Stato sovrano, non è stata divulgata ed è rimasta nei cassetti dei mittenti e del destinatario sino a che un quotidiano non l'ha divulgata, con la conseguenza che nemmeno le nostre Assemblee rappresentative, pur sollecitate ad agire, ne sapevano alcunché. Interrogativi sui contenuti, per quanto la lettera dice e per quanto non dice. Per quanto dice, perché non solo indica minutamente i settori nei quali si dovrebbe tagliare la spesa, ma impone anche di farlo per decreto legge, impingendo nella sovranità del Parlamento, tenuto a convertirlo “by end September 2011”...».

⁷ Da ultimo, *ex multis*, ragiona di «conseguenze serie... sotto il profilo della legittimazione democratica» in relazione alla BCE, rilevate la sua indipendenza e le sue notevoli attribuzioni, G. CERRINA FERONI, *Organismi sovranazionali e legittimazione democratica. Spunti per una riflessione*, in *Federalismi.it*, n. 20/2016, p. 6.

l'assolvimento puntuale delle richieste avanzate nella lettera. A titolo di esempio, si può citare l'adozione del principio di pareggio di bilancio con la legge costituzionale, come da *desiderata*, n. 1 del 2012, ma si possono ricordare anche il D. L. n. 138 del 2011, convertito in L. n. 148 del 2011, che sancisce il netto *favor* per la contrattazione collettiva di livello aziendale⁸, o la L. n. 92 del 2012, che interviene sul licenziamento illegittimo, modificando l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (L. n. 300 del 1970), o il D. L. n. 201 del 2011 (il c.d. decreto "Salva Italia"), convertito in L. n. 214 del 2011, che all'art. 24 riforma il sistema pensionistico, etc.⁹.

La *soft law* influenza sempre più, oltre che la sfera della decisione politica, la produzione del diritto: è possibile darne una definizione? E ancora: si può individuare un fondamento – una norma di riconoscimento o una norma sulla competenza – che quantomeno istituisca una facoltà ad intervenire, se pur al di fuori di un procedimento formale? In nome di chi e per che cosa agisce l'effettività?

Il presente studio si propone di contestualizzare tali interrogativi, con un *focus* sul rapporto fra la *soft law* comunitaria e il sistema delle fonti del diritto dell'ordinamento italiano. A profilarsi è un conflitto fra ordinamenti, ma non solo: date le caratteristiche della *soft law*, il conflitto fra fonti rischia – e si anticipano alcune riflessioni conclusive – di trascinare in una erosione dei parametri democratici.

2. I contorni della *soft law*

Pur volendo soffermarsi sullo specifico della *soft law* comunitaria, non si può prescindere dal muovere dalla questione preliminare della definizione della *soft law*.

⁸ Sul punto ci si permette di rinviare a A. ALGOSTINO, *Diritti flessibili nell'era dei feudi aziendali. Considerazioni intorno all'accordo su democrazia e rappresentanza del 28 giugno 2011 e all'art. 8 bis della manovra finanziaria-bis (l. 148 del 2011)*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2011.

⁹ Per un approfondimento sul "seguito" normativo della lettera della BCE, si veda E. OLIVITO, *Crisi economico-finanziaria ed equilibri costituzionali. Qualche spunto a partire dalla lettera della BCE al Governo italiano*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014.

La locuzione *soft law* è di origine dottrinale¹⁰ e non esiste allo stato una precisa definizione stabilmente condivisa¹¹, per cui occorre procedere tentando di delineare i contorni e enucleare gli elementi che concorrono a qualificare un atto o un fatto come appartenente alla *soft law*. Ciò, muovendo dalla constatazione che la morbidezza della *soft law*, oltre ad essere declinata in termini di flessibilità delle procedure e vaghezza dell'orizzonte giustificativo, si riflette nell'eterogeneità¹² delle forme¹³, comprendendo un «insieme disomogeneo di atti e fatti normativi»¹⁴. Per limitarsi a qualche esempio¹⁵, all'alveo della *soft law* sono generalmente ricondotte le dichiarazioni di principi e le risoluzioni dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, gli accordi *non-binding*, così come, più ampiamente, raccomandazioni, dichiarazioni, pareri, comunicazioni, orientamenti, codici di condotta, adottati da organizzazioni internazionali e sovranazionali, ma anche da istituzioni nazionali, come le autorità amministrative indipendenti o i comitati etici, registrando non di rado una commistione fra pubblico e privato¹⁶. Spesso poi si rinviene la distinzione fra atti di *pre-law*, *post-law* e

¹⁰ La *soft law* nasce in primo luogo come elaborazione della dottrina internazionalista (senza qui approfondire il punto, ci si limita a segnalare R. R. BAXTER, *International Law in "Her Infinite Variety"*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 29, n. 4, 1980, pp. 549 ss.).

¹¹ Da ultimo, cfr. F. TERPAN, *Soft Law in the European Union: The Changing Nature of EU Law*, in *European Law Journal*, 2014, p. 6: «the difficulty with soft law is the very fluidity of the notion. Paradoxically, soft law is an oft-used concept, which is still given very different meanings as no consensus has emerged in scholarship».

¹² L'eterogeneità pare indubbiamente uno degli elementi caratterizzanti la *soft law*. Per la dottrina italiana, fra gli altri, in questo senso, cfr. B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e diritto*, n. 1/2003, p. 9: «il diritto può essere *soft* con riguardo alla sua autorità, al suo contenuto, alla sua efficacia. Può esserlo, inoltre, in quanto espressione di una giuridicità allo stato incoativo. L'eterogeneità appare, pertanto, un suo tratto peculiare» (si veda anche ID., *Il soft law nella teoria delle fonti*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 123).

¹³ Difficile non notare la vicinanza con la *governance: soft law* (per la produzione giuridica) e *governance* (per il processo decisionale) come processi speculari, alternativi (e potenzialmente contrappositivi) rispetto a *hard law* e *government*.

¹⁴ E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008, p. 2.

¹⁵ Per un primo approfondimento su atti di *soft law* a livello di diritto internazionale, comunitario, transnazionale e nazionale, si veda E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, cit.

¹⁶ Altro elemento – la commistione fra pubblico e privato – che segna la consonanza fra *soft law* e *governance*. In relazione alla *governance*, si vedano, per un primo approccio, P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Seuil, Paris, 2006,

para-law, a seconda che la *soft law* preceda l'adozione di fonti formali di *hard law* (libri bianchi, libri verdi, programmi), si limiti ad interpretarle ed integrarle (direttive interpretative, circolari) o ne rappresenti *tout court* una alternativa (raccomandazioni, comunicazioni, pareri)¹⁷. L'ultima ipotesi restituisce in misura maggiore il segno della trasformazione che sta subendo il diritto, attraverso l'esautoramento e la sostituzione delle fonti tradizionali da parte del diritto morbido, ma anche le prime due ipotesi mostrano il peso che quest'ultimo esercita sulla produzione e sull'applicazione dell'*hard law*, attraverso l'interpretazione, l'indirizzo e l'orientamento.

Tratto comune degli atti di *soft law* – che registra una convergenza della dottrina – è l'esercizio di effetti giuridici rilevanti, pur senza il possesso di efficacia giuridica vincolante: si ragiona cioè di «rules of conduct which, in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects»¹⁸.

Se la giuridicità dell'*hard law* discende in particolare dall'essere posto da autorità a ciò legittimate e seguendo la procedura precostituita, in aderenza ad una concezione formale o istituzionalistica del diritto, il carattere giuridico della *soft law* discende dalla sua effettività, in adesione ad una prospettiva funzionalista o, meglio, *esclusivamente* funzionalista. Non si possono certo negare, infatti, né il ruolo che l'effettività gioca anche sul piano delle fonti formali¹⁹ né la possibilità

trad. it. *La politica nell'era della sfiducia*, Città Aperta Edizioni, Troina (En), 2009, p. 264, per il quale la *governance* richiama «un réseau hétérogène et interactif de participants», dove «opérateurs publics et privés se mêlent et interagissent», esercitando ciascuno il suo potere “governante”, che sia politico, economico, mediatico; M. R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 30, che definisce la *governance* «la più seria rimessa in gioco» della separazione tra diritto pubblico e diritto privato; con specifico riferimento alla *soft law*, cfr., tra gli altri, R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., pp. 33, 38.

¹⁷ Sulla classificazione della *soft law* attraverso il riferimento alle tre funzioni indicate, cfr. L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, 2004, p. 120; R. BIN, *Soft law, no law*, cit., pp. 37-38.

¹⁸ F. SNYDER, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *The Modern Law Review*, 1993, vol. 56, n. 1, p. 32; nella dottrina italiana, recentemente, con un'ampia ricostruzione sul punto, si veda E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, cit., pp. 3 ss.

¹⁹ Per tutti, cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo I, X ed. rielaborata ed aggiornata a cura di F. MODUGNO, A. BALDASSARRE e C. MEZZANOTTE, Cedam, Padova, 1991, p. 8: «una disubbidienza diffusa verrebbe a togliere alle norme il requisito dell'“effettività”»; più recentemente, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teo-*

che anche l'*hard law* assuma una prospettiva funzionale, come avviene con il diritto costituzionale.

Il discorso può in parte variare nel caso in cui sia ravvisabile un fondamento, ovvero una norma (formale) sulla produzione giuridica che prevede l'intervento di atti di *soft law*, ma il piano dell'effettività concreta interviene comunque quando si passa al piano dell'adozione (non formalizzata) e dell'applicazione²⁰.

La *soft law* poi – osserva dottrina condivisa – manca della sanzione e della forza coattiva che tradizionalmente è associata alla norma²¹ e si pone al di fuori dell'orizzonte della validità²², esplicando i suoi effetti a livello pratico, con intensità e gradi di normatività variabili²³.

Se sull'assenza di coazione vi è convergenza, peraltro, sulla normatività, si registra la presenza di due tesi differenti: «the binary view and the idea of graduate normativity»²⁴. La teoria “binaria” accentua

rici, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, P. SCHLESINGER, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 75: «una norma non può considerarsi giuridicamente esistente – anche se risponde ai criteri di validità dell'ordinamento vigente – qualora non sia per nulla accettata e osservata dai suoi destinatari».

²⁰ In questo senso si può richiamare R. BIN, *Soft law, no law*, cit., pp. 32-33, quando osserva, a proposito del potere normativo delle autorità indipendenti, come gli «atti entrano nel “sistema” perché previsti dalla legge, dall'*hard law*...», ma anche come «i poteri regolamentari... sono delimitati in modo abbastanza generico sia per estensione che per grado di discrezionalità esercitabile».

²¹ Senza dimenticare che la teoria sanzionatoria del diritto non è priva di lacune e fallacie; basti pensare all'esistenza di norme giuridiche prive di sanzione oppure ascrivibili al c.d. diritto promozionale o a quello premiale (per tutti, cfr. N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, 1977, ed. Laterza, Roma-Bari, 2007), ma anche alla non esclusiva pertinenza della sanzione al mondo giuridico.

²² Cfr., fra gli altri, M. R. FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 71.

²³ Diffuso nei ragionamenti sulla *soft law* è il richiamo ad una normatività graduata (*ex multis*, P. WEIL, *Towards Relative Normativity in International Law?*, in *The American Journal of International Law*, 1983, v. 77, n. 3, pp. 413 ss., critico sui «potential dangers that some recent developments... bring in their wake for the future of international law as a normative system intended to perform certain functions»; R. R. BAXTER, *International Law*, cit.; A. SOMMA, *Some like it soft. Soft law e hard law nella costruzione del diritto privato europeo*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 154); ovvero, all'inesistenza di un confine netto fra ciò che è diritto e ciò che non lo è (in questo senso, C. THIBIERGE, *Le droit souple, réflexion sur les textures du droit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, n. 4, pp. 599 ss.).

²⁴ A. PETERS, I. PAGOTTO, *Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective*, in *NewGov - New Modes of Governance Project*, 2006, p. 6 (le Autrici aderiscono alla «continuum view»); per riferimenti bibliografici alle differenti prospettive, cfr. anche T.

la contrapposizione tra *soft law* e *hard law*, ritenendo la prima non «ancora diritto», mentre la teoria “gradualistica” considera come essa «è già diritto»²⁵.

Senza voler qui entrare in complessi dibattiti sul concetto di norma e di diritto, resta che, pur mancando della coattività propria delle norme adottate, attraverso procedimenti e forme predeterminate, dalle istituzioni a ciò preposte, la *soft law* costituisce, o mira a costituire, *di fatto* una fonte del diritto. Si potrebbe, cioè, anche affermare che la *soft law* non è una fonte del diritto in senso formale e legale, ma contribuisce a produrre diritto²⁶. Può essere qualificata come fonte *extra ordinem*, fermo restando che ciò facilmente significa anche *contra ordinem*. La sua esistenza è riconducibile all’effettività²⁷ e suoi parametri sono l’efficacia e il risultato. Essa è coerente «con l’assetto reale dei poteri che si manifestano e si stabilizzano»²⁸.

Come in relazione ad ogni fatto suscettibile di incidere sul diritto, si può sostenere, da un lato, che la *soft law* non può essere ignorata – come magistralmente insegna la Costituzione quando prende atto degli «ostacoli» esistenti (art. 3, c. 2); dall’altro, che la constatazione della

FAJARDO, *Soft Law*, Oxford Bibliographies (www.oxfordbibliographies.com), 30 January 2014, pp. 6-8.

²⁵ Così J. LUTHER, *Riconoscimento di forza normativa ad atti non prodotti da poteri-fonte (la soft law)*, in M. DOGLIANI (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 67.

²⁶ Per una espunzione netta dal sistema delle fonti del diritto della *soft law*, si rinvia a R. BIN, *Soft law, no law*, cit., p. 37: «il soft law, per definizione, non c’entra con le “fonti del diritto”, ossia con l’hard law»; ad esso invece è riconosciuto un ruolo nel processo di interpretazione; diversamente, B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, cit., pp. 12-14, che ascrive il *soft law* fra le fonti del diritto, muovendo da una concetto ampio di fonte («vi sono fonti che forniscono all’operatore giuridico immediatamente una norma valida e fonti che offrono soltanto idee, ispirazioni, orientamenti, effetti di indirizo... Le fonti, così, presentano gradi diversi di oggettivazione») e da una normatività graduale, con un intreccio tra teoria delle fonti e teoria dell’interpretazione.

²⁷ *Ex multis*: A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, Art. 1-9, in A. SCIALOJA e G. BRANCA, *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1977, p. 541: le fonti *extra ordinem* rappresentano «un prodotto immediato del principio di effettività il quale... funziona direttamente come una norma sulla produzione giuridica...»; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, v. 1. *Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1988, p. 260: «le fonti materiali sono per definizione sempre effettive».

²⁸ Così G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, v. 1. *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., p. 259, interpreta la legittimità quando si ragiona di fonti *extra ordinem* o materiali (non riconducibili «alle norme sulla produzione del diritto facenti capo alla costituzione, quale «fonte delle fonti» (formali)).

sua esistenza non implica necessariamente la sua accettazione, anzi, in quanto rappresenta un “ostacolo”, essa deve essere rimossa.

Proseguendo, si può cioè precisare come la *soft law* sia – specie se del tutto irrituale quanto a fondamento e forme (come, per intenderci, nell’ipotesi della *Lettera* della BCE) – fonte del diritto/strumento di produzione giuridica su un piano puramente descrittivo, un piano *di fatto*, non di rado ai confini fra giuridico e non giuridico.

Diverso è il discorso se si trascorre ad un piano prescrittivo, ovvero, coerente rispetto ad un sistema delle fonti situato nella prospettiva del costituzionalismo e della democrazia costituzionale, con un approccio di tipo sostanzialista e contenutistico²⁹. In questa ipotesi la *soft law* può integrare uno strumento di indebita – e democraticamente illegittima – influenza sulle istituzioni e i cittadini. Ciò, ovviamente, assumendo quale parametro della prescrittività il concetto di costituzione dell’art. 16 della Dichiarazione francese dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789, così come sviluppato nel costituzionalismo novecentesco sino alla sua versione emancipante³⁰, relegando fra le costituzioni descrittive quelle «indifferenti al mantenimento del loro contenuto»³¹, ovvero quelle che si limitano a riflettere i meri rapporti di potere e/o assumono una *grundnorm* noncurante rispetto al contesto

²⁹ Sul tema si veda G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, spec. p. 154, a proposito della positivizzazione e dell’incorporazione dei principi del diritto naturale nelle costituzioni.

³⁰ In senso ampio, sulla storia del costituzionalismo, si segnalano, fra gli altri, C. H. MCILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, 1947, trad. it. *Costituzionalismo antico e moderno*, il Mulino, Bologna, 1990; M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1994; G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano, 2006; H. MOHNHAUPT, D. GRIMM, *Costituzione. Storia di un concetto dall’Antichità a oggi*, Carocci, Roma, 2008; V. ONIDA, *La Costituzione ieri e oggi*, il Mulino, Bologna, 2008, spec. pp. 52 ss.; M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari, 2009; R. L. BLANCOVALDÉS, *La construcción de la libertad. Apuntes para una historia del constitucionalismo europeo*, Alianza, Madrid, 2010; per la specificazione del costituzionalismo come «emancipante», cfr. A. DI GIOVINE, M. DOGLIANI, *Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?*, in *Quest. giust.*, n. 2/1993, pp. 321 ss..

³¹ M. DOGLIANI, *Validità e normatività delle costituzioni (a proposito del programma di Costituzionalismo.it)*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2004, che prosegue rilevando, intesa la normatività come il contrario della descrittività, come le costituzioni normative possano divenire descrittive con il «diffondersi di concezioni svalutative... a fronte dell’emergere di nuove regole *contra* o *extra constitutionem* accreditate e legittimate come conformi ad un’ineluttabile “natura”: evoluzione tecnologica, evoluzione geopolitica, natura obbiettiva (a-politica) dello stato di diritto, natura obbiettiva (a-politica) dell’UE come spazio “adatto” all’attuale fase della globalizzazione...».

democratico, quale la massimizzazione – all'interno di un'economia competitiva di mercato – dei profitti (per pochi).

«In ultima istanza ciò che conta e da cui tutto dipende è l'idea del diritto»³², nel senso di struttura, di funzione, ma anche di contenuto, ovvero di rapporto rispetto ad una opzione politica³³, per cui, un atto di *soft law* perfettamente coerente con l'obiettivo della stabilità dei prezzi e/o delle creazione di un mercato competitivo, nel contesto di un ordinamento descrittivo e fattuale, o, più semplicemente fondato sull'economia sociale di mercato fortemente competitiva come meta-principio, può essere illegittimo in un ordinamento che rispecchia i canoni della democrazia e pone al centro il progetto di emancipazione sociale (dove determinate istituzioni, forme e fini/funzioni).

Si aggiunga che anche nell'ipotesi di un atto di *soft law* che sia, dal punto di vista del contenuto, *secundum Constitutionem*, può comunque essere ravvisata una violazione della Costituzione, sia in senso formale, in quanto non vi è una riconducibilità alla Costituzione come *higher law* e norma ultima sulla produzione giuridica, sia in quanto la posizione di atto esterno rispetto al quadro delle fonti formali (quali manifestazioni di potere normativo avente il proprio fondamento ultimo nella sovranità popolare), ma dotato di effetti giuridici, può concretizzare una violazione del principio di sovranità popolare, eludendo la rappresentanza, precludendo spazio alla politica e possibilità di espressione al conflitto sociale³⁴. La *soft law* per sua natura mira,

³² G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 3.

³³ Per un riferimento sintetico e recente, cfr. F. BILANCIA, *Positivismo giuridico e studio del diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2010: «il fenomeno giuridico viene così ad essere valutato in base alla propria *funzione*, ma nulla esclude che si possa procedere altrimenti nel definire la sua stessa propria natura. Il diritto ad esempio è più spesso valutato in relazione alla sua *struttura*, alla sua *forma*; oppure in relazione ai *contenuti di valore* cui si ispira e che intende realizzare o, infine, in base alla *volontà* del potere, dell'autorità dalle cui decisioni provengono i comandi di cui si compone. In questa breve introduzione siamo già riusciti ad individuare almeno quattro differenti profili del fenomeno giuridico cui possono corrispondere metodi altrettanto distinti di rappresentazione della sua propria essenza, approcci e modelli di osservazione e valutazione del diritto che storicamente la scienza ha altresì a volte composto tra loro in differenti combinazioni o, altrimenti, gerarchicamente ordinato... Il diritto è sempre riconducibile ad un sistema di valutazione, ad un paradigma composto quale insieme di opzioni politiche che nel rappresentarne storicamente il fondamento concorrono altresì a qualificare l'osservazione, lo studio e la riflessione che su tale oggetto vengano condotte...».

³⁴ Oltre la considerazione che «deviare dalle forme tipiche della produzione di norme generali significa smarrire uno dei capisaldi dello Stato di diritto» (R. BIN, *Soft law, no law*, cit., p. 35).

quando non a produrre direttamente effetti giuridici, ad influenzare la produzione giuridica, senza essere vincolata al rispetto dei parametri propri di uno stato democratico e di diritto. In questo senso il suo contenuto può essere il più disparato, ovvero essa è potenzialmente una formula vuota, neutra, ma evoca di per sé una contrapposizione rispetto all'(*hard*) *law*. Una formula vuota, peraltro, che, in mancanza di strumenti adeguati, è facile preda e strumento di affermazione dei valori dominanti, quali quelli oggi connessi ad una globalizzazione economica all'insegna dell'"economia sociale di mercato fortemente competitiva".

Il discorso sulla *soft law* conduce ad interrogarsi sul concetto di diritto. Senza lasciarsi avvolgere dal fascino che il tema evoca, si può muovere, riducendo ad estrema sintesi, dall'enucleazione di due narrazioni-base del diritto. Il diritto può essere concepito come comando, imposizione, da parte di chi esercita il potere, evocando obbedienza: lo *ius* non come *iustitia* ma come *iubere*³⁵. Oppure, il diritto può essere visto come frutto di auto-organizzazione, se pur attraverso la mediazione della rappresentanza, ponendosi nell'ottica dell'osservanza³⁶, nella prospettiva di «una forma di associazione che difenda e protegga le persone e i beni degli associati sfruttando al massimo la forza comune, associazione nella quale ogni uomo, pur unendosi a tutti gli altri, non obbedisca tuttavia che a se stesso e resti libero come prima»³⁷. La Costituzione, intesa in senso prescrittivo, interviene ad assicurare in quest'ultima ipotesi che il principio di maggioranza non degeneri in tirannia della maggioranza³⁸; fermo restando che la mediazione della rappresentanza deve possedere gli anticorpi necessari ad impedire che essa si tramuti in finzione della rappresentanza, ovvero in schiavitù

³⁵ Cfr. G. FERRARA, *Diritto soggettivo, diritto oggettivo. Uno sguardo sugli apici del giuridico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2008.

³⁶ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2003, spec. p. 15.

³⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit politique*, 1762, I, 6, trad. it. *Il contratto sociale*, Rizzoli, Milano, 1962, p. 63.

³⁸ «Cosa è mai la maggioranza, presa in corpo, se non un individuo che ha opinioni e spesso interessi contrari ad un altro individuo che si chiama minoranza. Ora, se voi ammettete che un uomo fornito di tutto il potere può abusarne contro i suoi avversari, perché non ammettere ciò anche per la maggioranza?» (A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, 1835-1840, trad. it. *La democrazia in America*, Rizzoli, Milano, 1997, Libro II, cap. VII, p. 257).

mascherata dal ricorso al voto ogni cinque anni³⁹. Il diritto può essere strumento di asservimento al potere (nel nome, ad esempio, del profitto di pochi come con la *global economic governance*)⁴⁰ oppure strumento di emancipazione e limitazione del potere (nel nome della persona e nell'orizzonte del costituzionalismo).

Ora, senza mitizzare la legge come espressione della volontà generale⁴¹, mitizzazione, peraltro, esclusa quasi di *default* stante il processo ormai in stadio avanzato di presidenzializzazione e verticalizzazione del potere nonché di svolta in senso maggioritario del sistema politico complessivamente inteso⁴², è evidente la differenza fra un diritto prodotto da organi che possiedono una legittimazione democratica e ai quali è attribuita la competenza ad intervenire in un determinato ambito e un diritto che si impone in virtù della sua forza (persuasiva).

In proposito non si può non osservare come la persuasività presenti quantomeno degli elementi di ambiguità. In altri termini, tornando alla *soft law* non convince la sua ascrizione al diritto osservato, ovvero la sua configurazione come fonte basata sul consenso o, meglio, non convince *a priori*. Entrano in causa, infatti, alcune variabili inerenti la natura del consenso, che può nascere da una partecipazione effettiva e da parte di soggetti che possiedono una legittimazione democratica,

³⁹ ... in – possiamo aggiungere –, ricorrendo ad un fortunato ossimoro, «autocrazia elettiva» (così M. BOVERO, *Ma la democrazia ha un futuro? Uno sguardo dall'Italia*, in *Ragion pratica* 25, 2005, p. 436; cfr. anche ID., *Democrazia al crepuscolo?*, in M. BOVERO, V. PAZÈ (a cura di), *La democrazia in nove lezioni*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 12).

⁴⁰ Sulla diseguaglianza intrinseca all'attuale globalizzazione economica, basti citare i dati del recente Rapporto Oxfam, presentato in occasione del Forum di Davos, *An economy for the 1%. How privilege and power in the economy drive extreme inequality and how this can be stopped*, 18 January 2016 (210 Oxfam Briefing Paper, www.oxfam.org): il patrimonio delle 62 persone più facoltose del pianeta è cresciuto negli ultimi cinque anni (2010-2015) del 41% (oltre 500 miliardi di dollari), mentre la metà più povera del pianeta si è impoverita in misura pari al 41% (per un primo commento, cfr. A. BARANES, *Il mondo in mano all'1% di supermiliardari*, in *il manifesto*, 19 gennaio 2016, che, fra l'altro, evidenzia come le diseguaglianze stiano non solo aumentando, ma anche accelerando).

⁴¹ Con l'ovvia precisazione che quando si ragiona di "volontà generale" nello stato democratico-pluralistico o sociale, se ne adotta una accezione non strettamente rousseauiana ma fondata sul richiamo all'interesse generale, al quadro costituzionale e al suo essere il precipitato della composizione di interessi plurali, quando non *tout court* confliggenti.

⁴² Per tacere dei malesseri della legge, come il prevalere dell'aspetto provvedimentale e settoriale sulla regolazione generale e astratta, o come la presenza di un numero esorbitante e confuso di norme, sia che ciò si legga come dato strutturale (così G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Torino, 2008, p. 87), sia che si insista sulla "cattiva tecnica" (per una diagnostica dei "mali delle leggi", cfr. M. DOGLIANI (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato*, cit.).

oppure può consistere in un semplice allineamento sulle posizioni di soggetti detentori di potere (politico, sociale, economico)⁴³. Chiarendo il concetto: la mancanza di coazione giuridica fa sì che la *soft law* richieda un adempimento formalmente volontario da parte dei destinatari, ma è evidente che il potere dei soggetti dal quale proviene può di fatto coartare la scelta (di ottemperare o meno alle proposte/orientamenti espressi nell'atto di *soft law*), senza che vi siano una legittimazione, procedure e forme⁴⁴ che garantiscano l'ascrivibilità del potere ad un orizzonte democratico.

Certo, l'idea di un «un prodotto aperto, capace di essere reattivo a sempre nuove situazioni»⁴⁵ e aperto al coinvolgimento fluido dei soggetti interessati, non manca di fascino, ma può anche essere un canto delle sirene che maschera sotto forme gradevoli la dura legge del più forte: assenza di rigidità, in altre parole, può significare anche libero gioco dei rapporti di forza, senza barriere a tutela dei più deboli. In questa prospettiva il costituzionalismo nasce da aspirazioni ideali e fiduciose nell'avvenire ma anche dalla consapevolezza del «male»: la costituzione, se vuole essere «la garanzia della libertà di un popolo», deve limitare e regolare il potere perché «un grado di potere troppo grande... è un male quali che siano le mani cui lo si affida»⁴⁶. La forza, per restare a Benjamin Constant, «appartiene a chi se ne impadronisce: non costituisce un diritto e se la riconoscete come legittima, sarà tale nelle mani di chiunque...»⁴⁷.

Ma torniamo alla persuasività e all'osservanza, come categorie opposte alla coazione e all'obbedienza. Ora, anticipando possibili obiezioni, si può osservare come la persuasività possa essere declinata non necessariamente nei termini di una imposizione discendente

⁴³ In argomento, si veda A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., p. 541, che, tra i fattori che determinano in pratica «l'operatività del principio di effettività», annovera il «consenso formatosi fra gli appartenenti alla comunità circa l'opportunità o la doverosità di osservare determinate regole» così come «pressioni di ordine politico, economico, culturale o di altro genere, non escluse quelle derivanti dalla minaccia dell'uso della forza... o dalla suggestione di qualunque altro strumento di persuasione palese od occulto».

⁴⁴ Per tutti, basti ricordare Tocqueville (A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., Libro III, parte IV, cap. VII, ed. cit. p. 740), quando scrive delle «forme», il cui «principale merito è di servire di barriera fra il forte e il debole...».

⁴⁵ B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, cit., p. 9.

⁴⁶ B. CONSTANT, *Principes de politique*, versione 1815, trad. it. *Principi di politica*, a cura di U. CERRONI, Editori Riuniti, 1970, pp. 49, 54.

⁴⁷ B. CONSTANT, *Principi di politica*, cit., p. 53.

dall'esercizio di potere (un potere di fatto), ma anche come adesione ad argomentazioni convincenti, sulla base dell'autorevolezza derivante ad esempio dalla ragione. È l'ipotesi, quest'ultima, che ricorre in relazione alla forza persuasiva di pronunce giurisprudenziali che non abbiano *ex lege* efficacia *erga omnes* o non siano coperte dal principio dello *stare decisis*. Il fondamento del diritto può essere individuato in tali casi nella ragione e trova un riconoscimento nel ruolo e nella posizione propria degli organi giudiziari, imprescindibili in una democrazia, proprio anche in quanto non direttamente riconducibili al voto popolare e al principio di maggioranza. Si tratta, dunque, senza misconoscere il rischio di oligarchizzazione del diritto che può manifestarsi in presenza di un forte attivismo giudiziario, di questione in radice differente da quella nel quale l'influenza è ascrivibile ad un potere di fatto, esercitato *ultra vires*.

Non irrilevante in questo contesto è la considerazione che la *soft law* può provenire da istituzioni pubbliche (dotate, ma anche non dotate, di diretta legittimazione democratica, come nell'esempio citato in apertura), da soggetti privati, dal *mélange* di soggetti privati e pubblici.

Emblematico è il caso dei *Principi Unidroit*⁴⁸, elaborati in materia di contratti del commercio internazionale⁴⁹: un codice nel quale l'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato raccoglie e coordina la nuova *lex mercatoria*, recependo, ma anche rielaborando alla luce dei principi generali del diritto, il diritto prodotto dalla classe imprenditoriale⁵⁰. I *Principi Unidroit* sono norme di *soft law*, non giuridicamente vincolanti, prodotte da soggetti privati e rielaborate nell'ambito di un'organizzazione intergovernativa indipendente (nata attraverso un accordo multilaterale⁵¹, di cui attualmente sono mem-

⁴⁸ Cfr. M. J. BONELL, *Un "Codice" Internazionale del Diritto dei Contratti. I principi Unidroit dei Contratti Commerciali Internazionali*, Milano, Giuffrè, 2006; F. MARRELLA, *La nuova "lex mercatoria". Principi Unidroit e usi dei contratti del commercio internazionale*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2003, v. XXX.

⁴⁹ Esistono ormai tre raccolte di *Principi Unidroit* (1994, 2004 e 2010; i relativi testi sono reperibili sul sito dell'organizzazione, www.unidroit.org).

⁵⁰ Così F. GALGANO, *Lex mercatoria*, il Mulino, Bologna, ed. 2010, pp. 252-253.

⁵¹ Si potrebbe anche precisare ri-nata, in quanto la versione attuale dell'organizzazione, risalente al 1940, ridà vita all'Istituto creato nel 1926 come organo ausiliario della Società delle Nazioni.

bri, avendo aderito allo Statuto, 63 Stati, fra i quali l'Italia⁵²), e conoscono importanti applicazioni negli arbitrati internazionali. Potremmo sintetizzare: un diritto privato, ammorbidito dall'intervento di un soggetto in senso lato pubblico, ma comunque dalla legittimazione democratica inconsistente, applicato nell'ambito di procedimenti flessibili rimessi alla gestione delle parti (private)⁵³, ma influenti anche sugli Stati⁵⁴.

Nemmeno convince la visione positiva della *soft law* come diritto fondato sulla cooperazione, che nasce dalla partecipazione dei soggetti interessati: come non pensare che essa non possa costituire veicolo per l'affermazione degli interessi più forti⁵⁵?

Riprendendo il discorso intorno all'idea di diritto, pare di scorgere nella *soft law* una fonte che più facilmente accede all'immagine di un diritto recettivo del fatto (ovvero del concreto atteggiarsi del/dei poteri), in contrapposizione rispetto ad un diritto come quello costituzionale, che esprime anche un dover essere, con una forte valenza controfattuale, come quella emblematicamente espressa nell'art. 3, c. 2, della Costituzione italiana. Il che può equivalere ad affermare che, a Costituzione vigente, la *soft law* non è fonte del diritto.

È un diritto, però, quello morbido, che insinuandosi con la sua duttilità e il suo approccio "persuasivo", non limitandosi a occupare spazi lasciati vuoti dall'*hard law*, mira sempre più ad instaurare con esso un rapporto gerarchico⁵⁶, che si estrinseca non tanto in un annullamento

⁵² L'elenco degli Stati, consultato in data 13 ottobre 2016, è reperibile in www.unidroit.org/fr/presentation/etats-membres.

⁵³ Si pensi in specie ai meccanismi ISDS (*Investor-State Dispute Settlement*); per una loro analisi con la chiave di lettura del costituzionalista, ma anche per indicazioni bibliografiche, sia consentito citare A. ALGOSTINO, *ISDS (Investor-State Dispute Settlement), il cuore di tenebra della global economic governance*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016, parte II, pp. 103 ss.

⁵⁴ Scrive T. E. FROSINI, *Legislazione e comparazione*, in *Dir. Pubbl. Comp. ed Europeo*, n. 1/2015, p. 67, a proposito dell'affermarsi, con la c.d. globalizzazione, di «nuove e varie fonti del diritto come la *soft law*», come esse «sono frutto di una prassi giuridica che altera la gerarchia normativa e che sottrae agli Stati la titolarità del diritto consentendo ad altri soggetti, soprattutto privati, di partecipare attivamente alla produzione del diritto».

⁵⁵ Per una critica alla concezione neocorporativa del processo decisionale («che determina l'inesorabile prevalere dell'interesse forte sull'interesse debole») e una riscoperta del conflitto e del ruolo dei parlamenti, cfr. A. SOMMA, *Some like it soft*, cit., pp. 168-170.

⁵⁶ Come rileva A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., p. 543, a proposito delle fonti *extra ordinem*, esse «si pongono in alternativa alle fonti legali e prevalgono o meno su di esse, caso per caso, a seconda della pressione che i fattori di carattere extragiuridico... concretamente sviluppano».

del diritto formale, quanto nella restrizione dei suoi spazi e in una sua subordinazione, con l'esautoramento della Costituzione come *higher law*⁵⁷.

L'immagine irenica di un intreccio virtuoso e conciliante fra diritto *soft* e diritto *hard* lascia lo spazio – pare di poter provvisoriamente asserire – ad una fotografia che ritrae l'esistenza di un conflitto, di una lotta per il diritto (e per la Costituzione⁵⁸). È un conflitto che riguarda processi decisionali e forme, ma anche il contenuto, suscettibile di veicolare presupposti, in senso lato costituzionali, inconciliabili, o comunque estranei, rispetto al costituzionalismo moderno.

3. Il senso della *soft law* comunitaria

Così precisati i contorni ed il contesto legati alla *soft law*, si può specificare quanto osservato in relazione alla *soft law* comunitaria.

Nell'ambito dell'Unione europea il ricorso agli strumenti di *soft law* è diffuso⁵⁹, sia che si tratti di atti che trovano una loro previsione in trattati/norme comunitarie sia che si ragioni di atti privi di una base legale⁶⁰. Il sistema delle fonti è costruito *ab origine*, e poi interpretato dalla Corte di Giustizia, in modo meno rigido di quanto avviene negli

⁵⁷ Osserva A. SOMMA, *Some like it soft*, cit., pp. 154-155: le prime riflessioni sulla *soft law* si sono sviluppate «entro il diritto internazionale pubblico, materia desiderosa di emanciparsi dal potere statale» (nonché «incapace di esprimere un ordine dotato di una reale forza coercitiva»).

⁵⁸ In argomento, ci si limita a richiamare M. DOGLIANI (fra gli altri, *La costituzione italiana del 1947 nella sua fase contemporanea*, in Atti dei Convegni Lincei, *Lo stato della Costituzione italiana e l'avvio della Costituzione europea* (Roma, 14-15 luglio 2003), Accademia Nazionale dei Lincei, pp. 33 ss., e in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2003) e G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

⁵⁹ La *soft law* «it has always played a role in European integration» (così D. M. TRUBEK, M. P. COTTRELL, M. NANCE, “*Soft Law*”, “*Hard Law*” and *European Integration: Toward a Theory of Hybridity*, University of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1002, November 2005, p. 1); per una critica all'apertura del diritto comunitario alla *soft law*, cfr. U. MATTEI, *The European Codification Process. Cut and Paste*, Kluwer, The Hague, 2003, spec. pp. 107 ss.

⁶⁰ Per una ricognizione della *soft law* dell'Unione europea, si vedano, fra gli altri, in specie, L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, cit.; F. TERPAN, *Soft Law in the European Union*, cit.; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, cit.; A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in Convegno annuale AIC – 2005, “L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali”, Catania, 14-15 ottobre 2015 (reperibile in www.archivio.rivistaaic.it).

ordinamenti nazionali; si pensi per limitarsi a due profili⁶¹, al ricorrente riferimento all'adozione di «misure», quando non «azioni»⁶², senza specificazione dell'atto, e all'approccio sostanzialista⁶³ (che induce, restando all'esempio più noto, a ritenere immediatamente applicabili le direttive, laddove il contenuto lo consenta, al di là del *nomen iuris* e degli effetti che i trattati vi riconnettono⁶⁴⁶⁵).

Ne *La governance europea—Un libro bianco* (un atto, esso stesso, di *soft law*), redatto dalla Commissione europea, si legge: «l'atto normativo è soltanto parte di una più ampia soluzione, nella quale si combinano norme formali con altri strumenti non vincolanti quali raccomandazioni, orientamenti o anche autoregolamentazione secondo

⁶¹ E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, cit., p. 72, menziona anche il ruolo giocato dal principio di sussidiarietà, che può porsi «come un criterio di scelta tra opzioni normative differenti e tra di loro alternative».

⁶² Restando ai primi articoli: il termine «misure» compare nell'art. 5 TFUE, par. 1 («Gli Stati membri coordinano le loro politiche economiche nell'ambito dell'Unione. A tal fine il Consiglio adotta delle misure, in particolare gli indirizzi di massima per dette politiche») e par. 2 («L'Unione prende misure per assicurare il coordinamento delle politiche occupazionali degli Stati membri, in particolare definendo gli orientamenti per dette politiche»); nell'art. 26 TFUE («L'Unione adotta le misure destinate all'instaurazione o al funzionamento del mercato interno, conformemente alle disposizioni pertinenti dei trattati»); così come nell'art. 20 TFUE, il quale, in tema di diritti connessi al possesso della cittadinanza europea, rinvia a generiche misure per condizioni e limiti di esercizio degli stessi («Tali diritti sono esercitati secondo le condizioni e i limiti definiti dai trattati e dalle misure adottate in applicazione degli stessi»). Una veloce ricerca per parole restituisce la presenza del termine «misure» ben 245 volte nel testo del TFUE (anche espungendo i casi nei quali il termine compaia con altri significati, è evidente il rilievo del rinvio).

⁶³ Per tutti, cfr. case 147/83, *Münchener Import-Weinkellerei Herold Binderer GmbH v. Commission of the European Communities*, sent. 29 gennaio 1985 (in *Raccolta della Giurisprudenza 1985*, pp. 270-271): «la scelta della forma non può cambiare la natura di un atto» (par. 11); «bisogna dunque valutare la natura dell'atto impugnato ed in particolare gli effetti giuridici che esso mira a produrre o produce effettivamente» (par. 12).

⁶⁴ Cfr. art. 288 TFUE («...La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi...»).

⁶⁵ Sulle fonti comunitarie come sistema non «costruito su base formale», cfr. A. D'ATENA, *L'anomalo assetto delle fonti comunitarie*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 4/2001, pp. 591 ss., che argomenta in questo senso muovendo da alcune «constatazioni empiriche»: «enorme varietà dei procedimenti di produzione normativa»; «categorizzazione degli atti normativi comunitari... effettuata prescindendo completamente dalla componente formale»; insussistenza di «piena corrispondenza» «tra tipi di prescrizioni e procedimenti»; insussistenza di «piena corrispondenza» «tra tipi di atti ed organi deliberativi»; essendo anzi «vero il contrario»; procedimenti «non utilizzati solo per gli atti normativi, ma anche per atti diversi (di tipo amministrativo)» (pp. 592-595).

uno schema concordato in comune»⁶⁶, d'accordo con la dottrina che ragiona di «“hybrid” constellations in which both hard and soft processes operate in the same domain and affect the same actors»⁶⁷.

La *soft law* in ambito comunitario è stata così definita: «Community soft law concerns the rules of conduct which find themselves on the legally non-binding level (in the sense of enforceable and sanctionable) but which according to their drafters have to be awarded a legal scope, that has to be specified at every turn and therefore do not show a uniform value of intensity with regard to their legal scope, but do have in common that they are directed at (intention of drafters) and have as effect (through the medium of the Community legal order) that they influence the conduct of Member States, institutions, undertakings and individuals, however without containing Community rights and obligations»⁶⁸.

Alla *soft law* comunitaria sono generalmente ricondotti, citando senza pretesa di esaustività: raccomandazioni, pareri, libri bianchi e libri verdi, programmi di azione, codici di condotta, risoluzioni, comunicazioni, conclusioni⁶⁹, e, come risulta dalla citazione in apertura, anche atti quali semplici “lettere”, così come accordi “morbidi” con Paesi terzi (quali i partenariati bilaterali per la mobilità e la migrazione)⁷⁰, nonché, in senso ampio, gli accordi interistituzionali e il metodo aperto di coordinamento⁷¹.

⁶⁶ Commissione, *La governance europea – Un libro bianco*, in *Gazz. Uff. Com. europee*, C 287/1 del 12.10.2001, COM (2001) 428 def./2, p. 17.

⁶⁷ D. M. TRUBEK, M. P. COTTRELL, M. NANCE, “*Soft Law*”, “*Hard Law*” and *European Integration*, cit., pp. 3-4.

⁶⁸ Così G. M. BORCHARDT, K.C. WELLENS, *Soft Law in European Community Law*, in *European Law Review*, 1989, 14, p. 285 (con la precisazione che gli Autori propongono la definizione come ipotesi di lavoro, da verificare nel corso della ricerca).

⁶⁹ Sul sito dedicato all'accesso al diritto dell'Unione europea – EUR-Lex –, alla voce “Strumenti giuridici dell'UE”, si legge «al di là di questi atti enunciati all'articolo 288 del TFUE, la pratica ha condotto allo sviluppo di tutta una serie di atti atipici: accordi interistituzionali, risoluzioni, conclusioni, comunicazioni, libri verdi e libri bianchi» (sito consultato il 24 ottobre 2016).

⁷⁰ Degno di nota è stato il dibattito circa l'iscrizione fra gli atti di *soft law* della Carta dei diritti fondamentali (Nizza, 2000), anche se ormai il discorso è superato con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che le attribuisce «lo stesso valore giuridico dei trattati» (art. 6 TUE).

⁷¹ In questo senso – come è stato notato (A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 3) – la *soft law* si può considerare sia come una tipologia di atti sia come una tecnica di regolazione (sia come comprendente entrambi); similmente, F. BANO, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il “soft law”*, in *Lavoro e diritto*, n. 1/2003, pp. 53-54,

Ora, l'intento non è qui approfondire in maniera sistematica i vari atti e la casistica della *soft law* comunitaria, ma assumere elementi che possano contribuire a chiarire il rapporto fra essa e il sistema nazionale delle fonti, ovvero, in senso più ampio, i rapporti fra i due ordinamenti.

In primo luogo, qualche suggestione interessante proviene dall'analisi dell'efficacia delle raccomandazioni, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Raccomandazioni e pareri sono esplicitamente contemplati all'art. 288 TFUE che li qualifica come atti non vincolanti: essi possiedono una base legale, che non conferisce tuttavia loro un'efficacia giuridicamente vincolante; dunque, in quanto esercitano effetti giuridici, ricadono sotto la definizione di *soft law*⁷². In proposito è stato ricordato come «recommendations have no binding force», «however, the Court of Justice has held that national courts are bound to take them into consideration in deciding disputes»⁷³. In specifico, la Corte di Giustizia ha chiarito che «i giudici nazionali sono tenuti a prendere in considerazione le raccomandazioni ai fini della soluzione delle controversie sottoposte al loro giudizio, in particolare quando esse sono di aiuto nell'interpretazione di norme nazionali adottate allo scopo di garantire la loro attuazione, o mirano a completare norme comunitarie aventi natura vincolante»⁷⁴.

rileva come la *soft law* si riferisce «non solo ad uno specifico complesso di regole, ma anche al *metodo* con il quale vengono prodotte e utilizzate tali regole». Con specifico riguardo alla fonti – può aggiungersi – ciò può essere specificato come applicazione del carattere *soft* tanto in relazione agli effetti dell'atto quanto in relazione alle sue procedure (che possono godere, ad esempio, della “procedimentalizzazione flessibile” degli accordi interistituzionali).

⁷² Per una approfondita disamina, corredata da molti esempi, cfr. L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, cit., spec. pp. 162 ss.

⁷³ F. SNYDER, *The Effectiveness of European Community Law*, cit. p. 32.

⁷⁴ Così Corte di Giustizia, case C-322/88, *Grimaldi v Fonds des Maladies Professionnelles*, sent. 13 dicembre 1989, par. 18 (in *Raccolta della Giurisprudenza 1989*, p. 4421). Nel caso di specie, si afferma che «le raccomandazioni della Commissione 23 luglio 1962, per l'adozione di un elenco europeo delle malattie professionali, e 20 luglio 1966, n. 66/462, relativa alle condizioni di indennizzabilità delle vittime di malattie professionali, non possono di per sé attribuire ai singoli diritti di cui essi possano avvalersi dinanzi ai giudici nazionali. Tuttavia, questi ultimi sono tenuti a prendere in considerazione le raccomandazioni ai fini della soluzione delle controversie sottoposte al loro giudizio, in particolare qualora siano di aiuto nell'interpretazione di altre norme nazionali o comunitarie» (par. 19).

È un'influenza, quella esercitata dalle raccomandazioni, che spesso è *ultra vires*, in quanto, come precisa la Corte di Giustizia, esse «sono in genere adottate dalle istituzioni Comunitarie», oltre che nelle ipotesi nelle quali le istituzioni stesse «ritengono che non vi sia motivo di adottare norme più vincolanti», «quando queste non dispongono, in forza del trattato, del potere di adottare atti obbligatori»⁷⁵. Se alle istituzioni comunitarie non è riconosciuta in un determinato settore la competenza in ordine ad atti vincolanti, l'adozione di atti che non lo sono ma mirano comunque a produrre effetti giuridici, non è un tentativo di ampliamento surrettizio rispetto a materie (non) devolute? Si può realizzare in tal modo un'indebita – priva anche della copertura costituzionale dei Trattati comunitari ex art. 11 (e art. 117, c. 1) Cost. – influenza sul legislatore e/o sul giudice nazionale, con un effetto a cascata sulla sovranità popolare, in quanto si produce diritto al di fuori dei meccanismi predeterminati dal quadro costituzionale.

Il discorso della produzione di effetti *ultra vires* o, più ampiamente, di effetti giuridici in mancanza di efficacia vincolante, può declinarsi sia in relazione agli atti qualificati come «atipici», nel senso che si discostano, per «natura, caratteri ed effetti», dalla tipologia dell'atto al quale sono ricondotti, o del quale presentano (alcune) caratteristiche, sia in relazione agli «atti non previsti», i quali non compaiono nell'art. 288 TFUE, che opera una ricognizione degli atti giuridici dell'Unione, e «talora non sono neanche contemplati dai Trattati»⁷⁶.

Tali atti «possono produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi», come in alcuni casi ha ammesso la Corte di giustizia e, comunque, possono «provocare una legittima aspettativa negli amministrati che si conformino al loro contenuto»⁷⁷.

Non isolati sono i casi nei quali la Corte di Giustizia si è pronunciata in ordine ad atti di *soft law* sul presupposto della loro capacità di produrre effetti vincolanti⁷⁸.

⁷⁵ Corte di Giustizia, case C-322/88, *Grimaldi v Fonds des Maladies Professionnelles*, cit., par. 13.

⁷⁶ G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Giapichelli, Torino, ed. 2013, pp. 305-307.

⁷⁷ G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 307. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, cit., p. 89, ragiona, in relazione alle comunicazioni della Commissione, di assunzione di «valore lato sensu normativo», in quanto esse possono influenzare i comportamenti dei soggetti e generare in essi affidamento.

⁷⁸ Per un'ampia casistica, cfr. L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, cit. (per riferimenti, si veda la *Table of Cases*, pp. XVII ss.).

A titolo di esempio, si possono qui richiamare, *ex multis*, due pronunce aventi ad oggetto atti rispettivamente ascrivibili alla *soft law* declinata come *para-law* e *pre-law*.

Nel primo caso la sentenza concerne un codice di condotta riguardante «le irregolarità nonché l'organizzazione di un sistema d'informazioni sulle irregolarità» nell'ambito dei finanziamenti legati ai fondi strutturali. Ribadito che «secondo la costante giurisprudenza della Corte, l'azione di annullamento deve potersi esperire nei confronti di qualsiasi provvedimento adottato dalle istituzioni, indipendentemente dalla sua natura e dalla sua forma, che miri a produrre effetti giuridici», la Corte rileva come il codice in questione, rubricato «modalità di applicazione», impone «agli Stati membri obblighi specifici relativi al contenuto dell'informazione nonché alla frequenza e alle modalità della comunicazione di detta informazione alla Commissione» e «costituisce un atto destinato a produrre effetti giuridici propri», donde la possibilità che esso possa costituire «oggetto di ricorso di annullamento»⁷⁹. Nel caso specifico, il provvedimento viene poi annullato in quanto «costituisce un atto adottato da un'autorità incompetente»⁸⁰. Si pone l'accento, cioè, sull'indebita estensione della competenza, non sulla produzione di effetti giuridici, che, comunque, stante il tipo di atto, non dovrebbero esservi⁸¹. *A contrario* ci si può dunque domandare: se la Commissione fosse stata titolare della competenza, l'atto, pur senza essere strutturalmente idoneo a generare effetti giuridici, avrebbe potuto (legittimamente) produrli? La premessa della Corte induce ad una risposta affermativa sia in ragione dell'opzione per un criterio sostanzialista sia in quanto si possono leggere la ricevibilità del ricorso e la possibilità di ottenere un annullamento come un riconoscimento della possibilità per l'atto di esplicare effetti giuridici.

Ora, i codici di condotta sono generalmente ascritti fra gli atti di *para-law*, cioè la forma di *soft law* maggiormente e direttamente incisiva, «alternative to legislation»: «their very designation already im-

⁷⁹ Corte di Giustizia, case C-303/90, *French Republic v Commission of the European Communities*, sent. 13 novembre 1991 (in *Raccolta della Giurisprudenza*, 1991, I-5340 ss.).

⁸⁰ Corte di Giustizia, case C-303/90, *French Republic v Commission of the European Communities*, cit., par. 35 (p. I-1349).

⁸¹ Cfr. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, cit., p. 72: «l'assetto delle fonti comunitarie... risulta essere particolarmente flessibile, ben potendo le istituzioni utilizzare gli strumenti e le misure ritenuti più idonei, con il limite di non eccedere il proprio ambito competenziale».

plies that codes of conduct aim at laying down rules of conduct, which are naturally intended to influence the behaviour of their addressees»⁸². È la produzione di effetti giuridici in sé che suscita non pochi dubbi di legittimità: la questione non è tanto il rispetto del *nomen iuris*, quanto il fatto che si perseguono fini (la produzione di effetti giuridici) senza rispettare le procedure alle quali è connessa l'efficacia giuridica, con un *vulnus* che si ripercuote sulla democraticità degli atti (sulla sovranità popolare, sulla rappresentanza, ...), amplificando il già strutturale – e ampiamente riconosciuto – deficit democratico delle istituzioni europee.

Il secondo esempio che si riporta concerne un atto di *pre-law*: le linee direttrici della Commissione del 15 ottobre 1997 in materia di fondi strutturali, relativamente alle rettifiche finanziarie nette⁸³.

La Corte richiama anche in questo caso la «giurisprudenza costante», secondo la quale il «ricorso d'annullamento deve potersi esperire nei confronti di qualsiasi provvedimento adottato dalle istituzioni, indipendentemente dalla sua natura e dalla sua forma, che miri a produrre effetti giuridici»⁸⁴. Il giudice europeo, tuttavia, nel caso in esame, rileva come le «linee direttrici producono effetti solamente nella sfera interna dell'amministrazione e non creano diritti o obblighi in capo a terzi. Atti del genere non rappresentano quindi atti lesivi idonei, in quanto tali, ad essere oggetto di un ricorso d'annullamento»⁸⁵. Le linee direttrici, dunque, non vengono considerate idonee «a produrre effetti giuridici» e il ricorso è dichiarato irricevibile⁸⁶. Nel prosieguo, quindi, si osserva che non sussistono motivi ostativi all'adozione nel caso di specie (le rettifiche finanziarie in applicazione dell'art. 24 del regolamento n. 4253/88) di linee direttrici, rilevando anzi come esse «contribuiscono a garantire che, quando la Commissione adotta decisioni in base a detto articolo, gli Stati membri o le autorità da essi de-

⁸² L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, cit., pp. 211, 214.

⁸³ *Linee direttrici relative alle rettifiche finanziarie nette in applicazione dell'articolo 24 del regolamento (CEE) n. 4253/88*.

⁸⁴ Corte di Giustizia (sesta Camera), case C-443/97, *Kingdom of Spain v Commission of the European Communities*, sent. 6 aprile 2000, in *Raccolta della Giurisprudenza*, 2000, pp. I-2429 ss., par. 27 (p. I-2442).

⁸⁵ Corte di Giustizia (sesta Camera), case C-443/97, *Kingdom of Spain v Commission of the European Communities*, cit., par. 28 (p. I-2442).

⁸⁶ Corte di Giustizia (sesta Camera), case C-443/97, *Kingdom of Spain v Commission of the European Communities*, cit., par. 36 (p. I-2444).

signate fruiscono, in situazioni analoghe, di un trattamento identico»⁸⁷. Ancora, si specifica, l'atto in questione «rende manifesta soltanto l'intenzione» della Commissione «di seguire una determinata linea di condotta nell'esercizio della competenza attribuitale dall'art. 24 del regolamento di coordinamento»⁸⁸. Le linee-diretrici costituiscono, quindi, un tipico atto di *pre-law*, un «parametro normativo delle future decisioni della Commissione in materia», ovvero «una disciplina astratta della materia»⁸⁹.

Analogo discorso può farsi per gli atti come libri verdi, libri bianchi e programmi d'azione, ovvero atti preparatori adottati dalla Commissione (nella forma della comunicazione)⁹⁰, che, in vario modo (generalmente i *Green Papers* svolgono una prima ricognizione, mentre i *White Papers* contengono proposte più concrete e dettagliate)⁹¹, possiedono una funzione di *pre-law*, di prefigurazione e anticipazione di interventi normativi.

Affermare che un atto di *soft law* è anticipatorio rispetto ad un atto normativo equivale ad attribuire alla *soft law* la produzione di «indirect legal effects»⁹², sia nei confronti della successiva produzione normativa comunitaria (eventualmente influenzando le decisioni anche di altri organi), sia nei confronti dei legislatori degli Stati membri.

Se la *soft law* stabilisce una certa disciplina, anticipando in ipotesi l'oggetto di un successivo regolamento, il rischio è di coartare la volontà del Parlamento, già dimidiata dal ruolo della Commissione e del Consiglio dell'Unione nel procedimento legislativo.

Ancora: se «eventuali futuri atti comunitari aventi valore vincolante non potranno (pena la violazione dei principi di certezza e di affidamento) che recepire gli sviluppi e le indicazioni»⁹³ di cui a tali atti di *soft law*, il mancato riconoscimento della produzione di effetti giuridi-

⁸⁷ Corte di Giustizia (sesta Camera), case C-443/97, *Kingdom of Spain v Commission of the European Communities*, cit., par. 32 (p. I-2443).

⁸⁸ Corte di Giustizia (sesta Camera), case C-443/97, *Kingdom of Spain v Commission of the European Communities*, cit., par. 34 (p. I-2443).

⁸⁹ A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 9.

⁹⁰ L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, cit., pp. 123 ss.

⁹¹ Per un approfondimento sul punto, cfr. sempre L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, cit., pp. 124 ss.

⁹² Si veda L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, cit., pp. 321 ss. (per una sintesi, cfr. spec. p. 360).

⁹³ Così A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 9.

ci rischia semplicemente di sostanzirsi in una loro sottrazione alla giurisdizione della Corte di Giustizia.

Quanto, peraltro, al richiamo al principio di certezza e affidamento, ci si può domandare se non è piuttosto la *soft law* in sé, stante la fluidità che la connota, a revocare in dubbio la certezza del diritto; per tacere del fatto che il principio di certezza del diritto non può annullare l'obbligo di rispettare le procedure democratiche.

L'influenza sul legislatore nazionale trova poi veicolo e forza anche nel richiamo al «principio di leale cooperazione» fra l'Unione e gli Stati membri⁹⁴, laddove si prevede che questi ultimi «adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione» e «facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione»⁹⁵.

In sintesi, come è stato osservato, gli atti in questione «possono prestarsi... al tentativo di creare degli obblighi di comportamento, falsando i meccanismi istituzionali, senza offrire adeguate garanzie per gli interessati»⁹⁶.

Si potrebbero ovviamente esaminare molti altri casi, ma gli esempi citati consentono già di evidenziare tre constatazioni, dalle quali si possono trarre alcune osservazioni di carattere generale.

Ciò precisando che, se anche «arguments about hard and soft law are based largely on pragmatic and functional questions» («how do these processes work; which one works best?»), non convince l'assunto: «the debate about hard and soft law cannot be resolved in the abstract or in a general way»⁹⁷. Tale discorso, infatti, si livella sul piano dell'efficienza, “scordando” che tema centrale e imprescindibile è quello della legittimazione democratica.

⁹⁴ La Corte – è stato osservato – «motiva la ricevibilità e, successivamente, legittima la sua decisione su tre basi diverse»: il principio di certezza, il principio di cooperazione e il principio di competenza (così A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 9).

⁹⁵ Art. 4, par. 3, TUE.

⁹⁶ G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 307.

⁹⁷ D. M. TRUBEK, M. P. COTTRELL, M. NANCE, “Soft Law”, “Hard Law” and European Integration, cit., p. 3.

Prima constatazione: la Corte di Giustizia riconosce l'adottabilità degli atti di *soft law*, ovvero la possibilità che atti atipici e/o non previsti producano effetti giuridici⁹⁸.

Al di là del dato del riconoscimento della *soft law*, non si può non notare come la Corte di Giustizia si (auto-)attribuisca in tal modo rilevanti poteri. Essa si pronuncia sulla validità dell'atto, non solo verificando la conformità dello stesso al quadro normativo comunitario, bensì, anche in difformità rispetto al dato formale, effettuando un riconoscimento, dal carattere "creativo", della possibilità per l'atto di produrre effetti giuridici, ovvero si pone quasi come una fonte sulla produzione.

Ciò integra un *vulnus* rispetto a vari elementi chiave di un ordinamento democratico; per citarne alcuni, la separazione fra i poteri, lo stato di diritto, la legittimazione democratica del diritto. Le violazioni sono poi aggravate dalla considerazione della composizione della Corte di Giustizia: un giudice per Stato membro e undici avvocati generali designati «di comune accordo dai governi degli Stati membri per sei anni»⁹⁹, con mandato rinnovabile. Il requisito dell'indipendenza pare quantomeno lacunoso, a vantaggio, in specie, degli esecutivi.

Seconda constatazione. Pare di poter individuare, rilevando il carattere paradigmatico dei casi citati, la Commissione come la principale artefice della *soft law* comunitaria. Ora, la procedura legislativa europea (ordinaria) è strutturalmente caratterizzata da una forte presenza degli esecutivi, Commissione e Consiglio dell'Unione europea, costituendo un esempio del riconosciuto deficit democratico che connota le istituzioni europee. Basti ricordare, in sintesi, come solo la Commissione europea abbia un potere di iniziativa legislativa e come il Consiglio dell'Unione europea compartecipi necessariamente con il Parlamento all'esame e all'approvazione della proposta¹⁰⁰. Se a ciò si aggiunge il dato della *soft law* prodotta dalla Commissione, ma anche dagli altri organi esecutivi dell'Unione, nonché, da organi totalmente

⁹⁸ «Sebbene nella giurisprudenza della Corte non compaia mai il termine *soft law*... è indubbio che la sua giurisprudenza sugli atti atipici e/o non nominati... ha costituito e costituisce un fertile terreno di alimentazione del fenomeno stesso, attraverso l'indiretta legittimazione costituita dall'ingresso di tali atti nel giudizio comunitario» (A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 14); ferme restando poi le differenti interpretazioni circa il grado di vincolatività della *soft law*.

⁹⁹ Art. 19, par. 2, TUE.

¹⁰⁰ Art. 294 TFUE.

sganciati da qualsivoglia legittimazione democratica, come la Banca Centrale Europea, risulta evidente l'espropriazione della produzione di diritto esercitata dall'esecutivo ai danni dell'organo rappresentativo.

Terza constatazione: la *soft law* comunitaria è suscettibile di influenzare il diritto nazionale. Le fonti europee, come è noto, costituiscono ormai parte cospicua del sistema normativo statale, con tutti i dubbi che ne derivano in ordine all'esautoramento, non tanto della sovranità in sé, quanto della sovranità popolare (stante il citato deficit democratico delle istituzioni e dei processi decisionali in sede di Unione europea, per tacere del possibile contrasto fra i principi fondanti l'Unione europea e i principi fondamentali della Costituzione)¹⁰¹. Qual è in questo contesto il significato della *soft law*?

Procedendo per opposti, si possono tratteggiare due interpretazioni, che conoscono poi numerose sfumature intermedie. Da un lato, vi è la tesi che legge la *soft law* comunitaria come metodo per incrementare la cooperazione con gli Stati, quando non la partecipazione delle parti sociali, attraverso procedimenti non impositivi e che garantiscono un maggior coinvolgimento, con l'effetto collaterale – si può aggiungere – che la funzione attribuita alla *soft law* potenzialmente potrebbe, almeno parzialmente, bilanciare il deficit democratico.

Dall'altro lato, si situa la lettura della *soft law* come strumento opaco, che assicura ampia discrezionalità e possibilità di eludere le procedure formali, con una estensione delle facoltà degli organi esecutivi e/o comunque dell'intervento di organi e soggetti che agiscono senza una legittimazione democratica (come la BCE). Il tasso di democrazia dell'Unione scende ulteriormente, segnando una distanza ancora maggiore rispetto ai canoni della democrazia di quanto non accada con la produzione dell'*hard law* comunitaria.

A sostegno di quest'ultima interpretazione, oltre quanto si è già argomentato *ante*, si possono citare gli obiettivi ai quali tende la *soft law*, così come esplicitati dalla Commissione europea: «l'Unione deve essere in grado di reagire con maggiore prontezza al modificarsi delle condizioni di mercato e ai nuovi problemi che si presentano, abbre-

¹⁰¹ Contrasto cui consegue la possibilità di attivare i controlimiti; in merito ci si limita qui a richiamare, in relazione proprio anche alla questione della democraticità del processo di integrazione europea, la giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco, dalle note sentenze *Maastricht* e *Lisbona* all'ultima pronuncia del Tribunale, del 21 giugno 2016, sulla questione delle OMT (*Technical Features of Outright Monetary Transactions*).

viando i tempi lunghi necessari per adottare e applicare le norme comunitarie»¹⁰².

Emerge chiaramente il nesso fra la *soft law*, con la sua «giuridicità destrutturata e multiforme»¹⁰³, e l'ordinamento – la *governance* – dell'«economia sociale di mercato fortemente competitiva», alla quale si riferisce l'art. 3, par. 3, TUE¹⁰⁴, con la sua esigenza di regole conformabili e, nel contempo, la lontananza dall'idea della legge come atto normativo predisposto in modo da assicurarne la riconducibilità alla rappresentanza, nonché caratterizzato da generalità e astrattezza.

La *soft law*, in questo senso, si pone come emblema della destrutturazione del sistema delle fonti, che diviene sempre più liquido, informale, flessibile e policentrico¹⁰⁵, un sistema sempre più indifferente – e insofferente – rispetto al parametro della legittimazione democratica e rispondente a sovranità *altre* rispetto a quella popolare.

Come è stato osservato: «*the most important European constitutional principles prima facie discourage an excessive use of soft law. Among these there are rule of law (including the protection of legitimate expectations, legal certainty), transparency, democracy, the institutional balance*»¹⁰⁶.

A livello di Unione europea, lo stesso Parlamento europeo sottolinea come «*where the Community has legislative competence but there seems to be a lack of political will to introduce legislation, the use of soft law is liable to circumvent the properly competent legislative bodies, may flout the principles of democracy and the rule of law under Article 6 of the EU Treaty, and also those of subsidiarity and*

¹⁰² Commissione, *La governance europea – Un libro bianco*, cit., p. 16.

¹⁰³ F. BANO, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione*, cit., p. 61.

¹⁰⁴ Da ultimo, alla necessità di imprimere «una sterzata al perdurante economicismo dell'Unione» (in relazione al caso *Taricco* e all'azione dei controlimiti), si riferisce M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, p. 17.

¹⁰⁵ L'immagine della rete, come è noto, si sostituisce a quella della piramide: in argomento, cfr. F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés Universitaires Saint Louis, Brussels, 2002; M. G. LOSANO, *Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovratatali*, in *Riv. Internaz. Fil. Dir.*, 2005, spec. pp. 427 ss.; P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, il Mulino, Bologna, 2009.

¹⁰⁶ A. PETERS, *Soft Law as New Mode of Governance*, in U. DIEDRICHS, W. REINERS, W. WESSELS (edited by), *The Dynamics of Change in EU Governance*, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2011, p. 39.

proportionality under Article 5 of the EC Treaty, and may result in the Commission's acting ultra vires»¹⁰⁷.

4. Osservazioni conclusive: *soft law* versus democrazia?

Quanto detto induce ad impostare la questione del rapporto fra *soft law* comunitaria e diritto nazionale – come anticipato – non tanto (o non solo) nei termini di influenza di un ordinamento su un altro, ma di conflitto fra differenti orizzonti costituzionali.

La *soft law* con il suo legame organico con la *governance*, con l'economia sociale di mercato, con la sua vicinanza agli esecutivi, con la sua indifferenza per le forme, così come il suo disinteresse per la legittimazione democratica, è espressione di una prospettiva molto lontana, per non dire antitetica, rispetto a quella del costituzionalismo.

In questo senso è evidente una radicale discontinuità fra l'ordinamento comunitario e gli ordinamenti delle costituzioni europee del secondo Novecento e, in specie, quello italiano, fondati sul riconoscimento del pluralismo sociale e politico, sulla sua rappresentanza, sulla prospettiva riequilibratrice e redistributiva dell'eguaglianza sostanziale.

Senza misconoscere le inattuazioni e il gap fra essere e dover essere che (sempre) hanno accompagnato il percorso del costituzionalismo, oggi la costituzione intesa in senso prescrittivo, con il suo culmine (allo stato) nel costituzionalismo emancipante, vive un momento particolarmente difficile, esposta al fuoco incrociato di due fronti, complici e convergenti.

Primo: la diffusione di un approccio descrittivo, con l'appiattimento della costituzione sulla *governance*, quale concreta raffigurazione dei rapporti e dei processi decisionali, che coinvolgono, come accennato, un *mélange* di soggetti pubblici e privati, che agiscono essenzialmente sulla base di rapporti di forza.

Secondo: la progressiva espansione ed egemonia di un paradigma, in senso lato costituzionale, *altro* rispetto a quello del costituzionalismo, ovvero l'elevazione a principio di un sistema economico il cui fine è l'incremento del profitto per sempre più ristrette *élites* economi-

¹⁰⁷ European Parliament, *Resolution of 4 September 2007 on institutional and legal implications of the use of "soft law" instruments* (2007/2028(INI)), par. X.

co-finanziarie, in antitesi rispetto ad un progetto che nei suoi geni costitutivi ha la limitazione del potere, nel nome del libero sviluppo, dell'eguaglianza e della «partecipazione effettiva» della persona (art. 3, c. 2, Cost.). Un modello, quello del neoliberalismo, che dal campo economico tracima in quello politico, sociale, antropologico.

Si diffonde una concezione cooperativa del diritto e della società, che rifiuta il conflitto, occultando in tal modo la vittoria di una delle parti¹⁰⁸, una visione cooperativa che non a caso è quella propria dei sostenitori dell'ordoliberalismo¹⁰⁹.

I processi delineati hanno progressivamente smussato le tensioni fra l'ordinamento dell'Unione europea e gli ordinamenti statali, ma non nel senso di una costituzionalizzazione dello spazio europeo, bensì, nel senso, inverso, di una de-costituzionalizzazione dei territori nazionali. Non si tratta, cioè, di ragionare dell'esistenza di una dottrina costituzionalistica in veste transnazionale, quanto della capacità di resistenza della stessa anche nella sfera nazionale, con la precisazione che «resistenza» è da articolarsi non solo in prospettiva statica ma anche dinamica, cioè attraverso l'immaginazione di forme nuove. Fermo restando, inoltre, che una delle possibili vie – invero al momento, stante la pervasività del modello *global economic governance*, non certo prospettabile in tempi rapidi – potrebbe essere quella di una autentica ed effettiva estensione del paradigma costituzionale, nel senso dinamico testé accennato, a livello globale¹¹⁰.

Il depotenziamento della prescrittività della Costituzione emerge sia nel dilagare di poteri di fatto, dei quali la *soft law* costituisce uno

¹⁰⁸ Sul punto, cfr. L. GALLINO, *La lotta di classe dopo la lotta di classe*, intervista a cura di P. BORGNA, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 12: «non è affatto venuta meno la lotta di classe. Semmai, la lotta che era stata condotta dal basso per migliorare il proprio destino ha ceduto il posto ad una lotta condotta dall'alto per recuperare i privilegi, i profitti e soprattutto il potere»; similmente, M. TRONTI, *Lavoro*, in *Dem. e dir.*, nn. 1-2/2012, pp. 10-11: «la lotta di classe c'è», ma «è diventata unipolare»: «i capitalisti fanno lotta di classe a senso unico». In senso ampio, sull'esistenza delle classi sociali, nonostante l'oscuramento da parte dei *maître à penser* dominanti, o la loro minore visibilità (ovvero, in termini marxisti, la loro esistenza *in sé* ma non *per sé*), si vedano J. HOLLOWAY, *Che fine ha fatto la lotta di classe?*, manifestolibri, Roma, 2007; D. LOSURDO, *La lotta di classe. Una storia politica e filosofica*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

¹⁰⁹ Cfr. A. SOMMA, *Some like it soft*, cit., p. 170, e ID., *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, DeriveApprodi, Roma, 2014.

¹¹⁰ In argomento, per una sintesi dei vari approcci, cfr., recentemente, R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014.

strumento e un esempio¹¹¹, sia nella sostituzione, anche formale, dei paradigmi di riferimento (come avviene con l'introduzione nella Costituzione del principio di pareggio di bilancio o la rilettura in senso conforme ai trattati UE degli articoli 41 e 42).

Gli ultimi anni, complice l'“emergenza” – nella sua doppia declinazione di crisi economica e immigrazione –, vedono un aumento esponenziale del fenomeno. Per restare alla *soft law*¹¹², emblematicamente, si possono citare, in relazione alla crisi economica, la lettera della BCE ricordata in apertura; quanto all'immigrazione¹¹³, l'istituzione e la gestione dei c.d. *hot spots*¹¹⁴, i centri nei quali vengono identificati i migranti al loro arrivo e che costituiscono allo stesso tempo un luogo ed una procedura¹¹⁵. La loro fonte è l'Agenda europea sulla migrazione, adottata dalla Commissione europea il 13 maggio 2015¹¹⁶, attraverso una comunicazione; nell'ordinamento italiano, la relativa disciplina si trova in alcune disposizioni amministrative, denominate “Procedure Operative Standard (SOP)”, pubblicate dal Ministero dell'Interno¹¹⁷. Un regime giuridico, dunque, quello degli *hot spots*, tutto giocato a livello di *soft law*: eppure si incide, anche a tacere della riserva di legge prevista in materia di condizione giuridica dello straniero dall'art. 10, c. 2, Cost., sull'esercizio di diritti fundamenta-

¹¹¹ Si può annotare come la *soft law* sia suscettibile, proprio in quanto aderente ad un potere di fatto, di distorcere o di piegare ai propri fini anche le stesse istituzioni europee.

¹¹² Per inciso, la *soft law* esercita un ruolo sempre più significativo anche in un altro ambito oggetto di profonde trasformazioni: il lavoro (per un primo approccio, cfr. F. BANO, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione*, cit.).

¹¹³ Altro discorso è quello relativo all'apporto che i migranti possono dare ad una rifondazione del patto sociale (per considerazioni in merito, si rinvia a A. ALGOSTINO, *I diritti fondamentali alla prova: migranti e beni vitali*, in Associazione “Gruppo di Pisa”, Convegno annuale “Cos'è un diritto fondamentale?”, Cassino, 10-11 giugno 2016, in www.gruppodipisa.it).

¹¹⁴ Per un riferimento ampio al ruolo della *soft law* in relazione alle migrazioni, cfr. I. GJERGJI, *Sulla governance delle migrazioni. Sociologia dell'underworld del comando globale*, Franco Angeli, Milano, 2016, che ragiona della «proliferazione di una moltitudine di norme “morbide” (*soft law*) e flessibili nel settore delle migrazioni».

¹¹⁵ Nelle “Procedure Operative Standard (SOP)”, pubblicate dal Ministero dell'Interno, si dice che essi sono da intendersi in una duplice accezione, come «area designata» e «metodo di lavoro» ([sito istituzionale del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione](#), 10 giugno 2016).

¹¹⁶ Commissione europea, 13.5.2015 COM(2015) 240 final, Bruxelles.

¹¹⁷ Il documento è reperibile sul [sito istituzionale del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione](#); sul carattere *soft* anche delle decisioni del Consiglio europeo 1523 del 14 settembre 2015 e 1601 del 22 settembre 2015, richiamate nelle “Procedure Operative Standard (SOP)”, cfr. I. GJERGJI, *Sulla governance delle migrazioni*, cit., pp. 75-76.

li della persona (*in primis*, sulla libertà personale e sul diritto di asilo)¹¹⁸.

Il conflitto assume sempre più le vesti di uno scontro non tanto fra ordinamenti quanto tra differenti prospettive, in senso lato costituzionali, costituzionalismo e finanzcapitalismo¹¹⁹, ovvero, in estrema sintesi, democrazia e capitalismo¹²⁰, demistificando la «narrazione neoliberale per cui non vi è democrazia senza capitalismo» come «narrazione troppo spesso utilizzata per occultare il proposito di costruire il capitalismo senza democrazia»¹²¹.

La *soft law* comunitaria, dunque, senza dubbio influenza il sistema delle fonti statali, ma ciò pare declinabile non solo nei termini di una questione di gerarchia (formale e informale) fra fonti del diritto, ma soprattutto come collisione fra la *soft law*, quale fonte privilegiata del-

¹¹⁸ Per prime osservazioni, cfr. R. CHERCHI, *I diritti dello straniero e la democrazia*, in Associazione “Gruppo di Pisa”, Convegno annuale “Cos’è un diritto fondamentale?”, Cassino, 10-11 giugno 2016, www.gruppodipisa.it, p. 48; gli interventi di F. VASSALLO PAELOGO, in Associazione Diritti e Frontiere, www.a-dif.org; il Documento ASGI 21-10-2015, *Garantire i diritti degli stranieri soccorsi in mare e sbarcati*, in www.asgi.it.

¹¹⁹ Da ultimo, individua «l’asimmetria fra oligarchie finanziarie mondiali e democrazie nazionali» come «una delle maggiori sfide per il futuro del costituzionalismo dei moderni», C. PINELLI, *Oligarchie finanziarie mondiali, democrazie nazionali e la dicotomia pubblico/privato. Qualche riflessione per i giuristi*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016, parte II, p. 189.

¹²⁰ Quello fra democrazia e capitalismo è stato definito un matrimonio non felice (S. BOWLES, H. GINTIS, *Divorzio tra capitalismo e democrazia?*, in *La democrazia ibernata* (Dossier di *Le Monde Diplomatique*, n. 2), Torino, 1979, pp. 37 ss.) od anche d’interesse (così A. DI GIOVINE, *L’ingegneria costituzionale fra crisi delle istituzioni e strategie politiche*, in *Crisi politica e riforma delle istituzioni. Dal caso italiano alla Comunità Europea*, Tirrenia – Stampatori, Torino, 1981, p. 13), o, comunque, caratterizzato da una coesistenza contraddittoria (C. OFFE, *Lo stato nel capitalismo maturo*, Etas, Milano, 1977, p. 156) o parziale (N. BOBBIO, *Quale socialismo?*, Einaudi, Torino, 1976, p. 63); più recentemente, sul controverso rapporto democrazia-capitalismo, si segnalano, nell’ampia bibliografia sul tema, J.-P. FITOUSSI, *La démocratie et le marché*, 2004, trad. it. *La democrazia e il mercato*, Feltrinelli, Milano, 2004; R. B. REICH, *Supercapitalism. The Transformation of Business, Democracy and Everyday Life*, 2007, trad. it. *Supercapitalismo. Come cambia l’economia globale e i rischi per la democrazia*, Fazi Editore, Roma, 2008; M. SALVATI, *Capitalismo, mercato e democrazia*, il Mulino, Bologna, 2009; S. ŽIŽEK, *Dalla democrazia alla violenza divina*, in G. AGAMBEN, A. BADIOU, D. BENSĀID, W. BROWN, J.-L. NANCY, J. RANCIÈRE, K. ROSS, S. ŽIŽEK, *In che stato è la democrazia?*, Nottetempo, Roma, 2010, pp. 155 ss.; W. STREECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli, Milano, 2013; P. MASON, *Postcapitalismo. Una guida al nostro futuro*, il Saggiatore, Milano, 2016.

¹²¹ A. SOMMA, *Uscire dal capitalismo: come e con chi*, in *Micromega-on line* (temi.repubblica.it/micromega-online/), 18 novembre 2016, p. 10.

la *global economic governance*¹²², e la Costituzione, quale fonte statale che si oppone alla degradazione degli Stati a meri attori esecutivi delle volontà della nebulosa governante il finanzia-capitalismo¹²³. Il discorso, dal piano dell'antinomia tra fonti, attraverso il richiamo alla natura eteronoma della *soft law*, sconfinava nelle questioni concernenti la legittimazione (democratica) e la sovranità¹²⁴ (popolare).

La *soft law* – potremmo sintetizzare – si pone come diritto parame-trato sull'efficienza (economica) in contrapposizione al diritto che nasce dal confronto tra forze politiche che esprimono il conflitto sociale¹²⁵: essa, dunque, ben si presta a interpretare, e veicolare, l'egemonia dell'economico sul politico e l'espulsione delle istanze emancipatorie e redistributive dallo spazio politico e giuridico¹²⁶.

¹²² Con la precisazione che l'Unione europea, dati i suoi tratti, si presenta istitutivamente come coerente rispetto all'orizzonte della *global economic governance*.

¹²³ *Ex multis*, sul dominio della finanza, nella dottrina italiana, si vedano L. GALLINO (in specie *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Torino, 2011), nonché, da ultimo, G. ZAGREBELSKY (*Moscacieca*, Laterza, Roma-Bari, 2015).

¹²⁴ In argomento, in questa sede ci si limita a richiamare, anche per ulteriori ampi riferimenti bibliografici, le relazioni di A. MORRONE e F. BILANCIA, sotto la voce "Sovranità", al XXXI Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti (AIC), Trento, 11-12 novembre 2016.

¹²⁵ Sulla «necessità di riabilitare il conflitto sociale nel diritto pubblico europeo», cfr. M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Cedam, Padova, 2013.

¹²⁶ In questo senso, cfr. A. SOMMA, *Governare il vuoto? Neoliberalismo e direzione tecnologica della società*, in *Micromega-on line (temi.repubblica.it/micromega-online/)*, 29 luglio 2016: «l'idea di un diritto "morbido" è mistificatoria esattamente come lo scenario evocato dalla governance. È buona per giustificare l'espulsione della politica dal processo decisionale, che dunque non può opporre ostacoli alle istanze della sfera economica»; si veda altresì S. SASSEN, *Espulsioni. Brutalità e complessità nell'economia globale*, Bologna, il Mulino, 2015, che legge l'espulsione come cifra dell'economia mondiale.

CRISI DEI RIFUGIATI E PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ ED EQUA RIPARTIZIONE DELLE RESPONSABILITÀ TRA GLI STATI MEMBRI DELL'UNIONE EUROPEA^(*)

di *Maria Irene Papa*

SOMMARIO: 1. *Premessa*; 2. *Il contenuto e la portata del principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità ai sensi dell'art. 80 TFUE*; 3. *Gli strumenti finanziari, operativi e logistici di solidarietà*; 4. *Il "sistema Dublino" quale antitesi della solidarietà intra-UE*; 5. *Il principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità alla prova delle misure temporanee di ricollocazione*; 6. *Le proposte di revisione del sistema di Dublino: verso un meccanismo permanente di ricollocazione?*; 7. *Osservazioni conclusive*.

1. Premessa

L'art. 80 TFUE, introdotto dal Trattato di Lisbona, definisce un principio di portata generale in materia di controlli alle frontiere, asilo e immigrazione, in base al quale: «le politiche dell'Unione [in tali settori] e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario»¹. Tale principio trova poi, in relazione unicamente

(*) Il presente scritto tiene conto degli sviluppi intervenuti nella materia oggetto di studio fino al mese di dicembre 2016.

¹ Tale disposizione va collegata inoltre all'art. 67, par. 2, TFUE, che apre il titolo sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, e include appunto la «solidarietà tra Stati membri» tra i principi fondanti della politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne. Sul principio di solidarietà ed equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri v. soprattutto G. CAGGIANO, *L'insostenibile onere della gestione delle frontiere esterne e della competenza di "paese di primo ingresso" per gli Stati frontalieri nel Mediterraneo*, in *Gli Stranieri*, 2011, p. 45 ss.; M. GESTRI, *La politica europea dell'immigrazione: solidarietà tra Stati membri e misure nazionali di regolarizzazione*, in A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011, p. 895 ss.; D. VAN-HEULE, J. VAN SELM, C. BOSWELL, *L'attuazione dell'articolo 80 del TFUE sul principio di solidarietà ed equa ripartizione della responsabilità, anche sul piano finanziario, tra gli Stati membri nel settore dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione*, Bruxelles, 2011, disponibile sul [sito istituzionale del Parlamento europeo](#); H. GRAY, *Surveying the Founda-*

alla politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, un'ulteriore specificazione – in un'ottica per così dire “emergenziale” – nell'art. 78, par. 3, TFUE, che, prevede l'adozione, da parte del Consiglio, di misure temporanee a beneficio di Stati membri che si trovino a dover affrontare una situazione «caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi».

Il contenuto dell'art. 80 TFUE riproduce senza modifiche significative quello dell'art. III-268 del fallito Trattato costituzionale. Quest'ultima disposizione costituiva a sua volta un tentativo di rafforzamento ed estensione del principio della *promozione* «dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono i rifugiati e gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi» stabilito dall'art. 63, par. 2, lett. b), TCE².

tions: Article 80 TFEU and the Common European Asylum System, in *Liverpool Law Review*, 2013, p. 175 ss.; G. MORGESE, *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione europea*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, p. 365 ss.

² Rispetto a tale precedente, peraltro, l'art. 80 TFUE estende l'ambito di applicazione della solidarietà all'intero settore delle politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione, generalizzandone inoltre la portata a tutti gli Stati membri e non solo a quelli che ricevono i flussi di sfollati e rifugiati. L'art. 63, par. 2, lett. b), TCE ha costituito la base giuridica per l'istituzione del Fondo europeo per i rifugiati (decisione n. 573/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 maggio 2007, che istituisce il Fondo europeo per i rifugiati per il periodo 2008-2013, in *GUUE* L 144 del 6 giugno 2007, p. 1 ss.), nonché per l'adozione della direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi, in *GUCE* L 212 del 20 luglio 2001, p. 12 ss. La direttiva, emanata in risposta alla crisi dei profughi in fuga dalla guerra in Kosovo alla fine degli anni '90, prevede una procedura di carattere eccezionale, volta a garantire una speciale forma di protezione di durata annuale (prorogabile di sei mesi in sei mesi, per un periodo massimo di un anno) «per far fronte ad un afflusso massiccio o ad un imminente afflusso massiccio di sfollati provenienti da paesi terzi». Si tratta in pratica di un meccanismo di solidarietà finalizzato a «promuovere l'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi» (art. 1), e fondato sul sostegno finanziario agli Stati di accoglienza e sull'eventuale trasferimento – a titolo volontario – verso Stati membri le cui capacità di accoglienza siano sottoutilizzate (senza peraltro che sia stabilito alcun criterio specifico di distribuzione degli sfollati o di determinazione della capacità di accoglienza dei vari Stati). L'accertamento dell'esistenza di un afflusso massiccio è rimesso al Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata sulla base di una proposta formulata dalla Commissione, di propria iniziativa o previo esame di una richiesta avanzata da uno Stato membro: non si trat-

Il presente scritto intende fornire un'occasione di riflessione sulla portata normativa e sull'attuazione del principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità con riguardo specifico alla politica comune in materia di asilo. Proprio questo settore, per le caratteristiche intrinseche del fenomeno da regolare, dovrebbe costituire il *locus* privilegiato di applicazione dell'art. 80 TFUE. La necessità che in tale ambito la cooperazione internazionale si realizzi attraverso una distribuzione equilibrata degli oneri è infatti ampiamente riconosciuta dalle rilevanti norme internazionali in materia di asilo e di protezione dei rifugiati³.

Non stupisce quindi che negli ultimi mesi, di fronte all'aggravarsi continuo e drammatico della crisi dei rifugiati, e all'intensificarsi della pressione migratoria sui Paesi in prima linea (tra cui l'Italia), i richiami alla solidarietà intra-UE, negli ambienti politici e accademici, si siano fatti sempre più pressanti. Le istituzioni europee hanno cercato di rispondere a tali richieste con l'introduzione di nuovi strumenti giuridici, la cui implementazione, in un clima di accesa contrapposizione tra gli Stati membri, ha fino ad oggi prodotto risultati largamente deludenti. In tale contesto, peraltro destinato ad arricchirsi a breve di nuovi interventi legislativi da parte delle istituzioni europee, al principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità è stato spesso attribuito un significato divergente, se non a volte addirittura contraddittorio, rispetto alla sua formulazione nel Trattato sul funzionamento dell'Unione.

ta quindi di un meccanismo di attivazione automatica, ma tutto dipende dalla volontà delle istituzioni politiche interessate. E questa volontà, come l'esperienza dimostra, latita: tant'è che il meccanismo in questione non ha mai funzionato, e le (rare) richieste di attivazione, come ad esempio quella presentata dall'Italia nel 2011 in relazione all'esodo causato dagli eventi della c.d. Primavera araba, sono rimaste insoddisfatte. In ogni caso, è proprio in tale direttiva che la solidarietà viene concepita nei termini che verranno poi ripresi e ampliati dall'art. 80 TFUE.

³ V. *infra*, la nota 13.

2. Il contenuto e la portata del principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità ai sensi dell'art. 80 TFUE

La dottrina individua nel carattere vago e generico della formulazione dell'art. 80 TFUE un elemento di intrinseca debolezza del principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra Stati membri. Eppure dalla lettura della norma in questione alcuni dati emergono con una certa evidenza.

Innanzitutto, il legame che intercorre tra solidarietà ed equa ripartizione della responsabilità: l'art. 80 TFUE identifica infatti un *unico* principio sulla base della combinazione di questi concetti⁴, e non due principi separati, eventualmente confliggenti e quindi da bilanciare, come sembrerebbe invece risultare da alcune prese di posizione degli Stati membri e delle istituzioni dell'Unione europea. Mi riferisco in particolare alla tendenza, ricorrente soprattutto nelle più recenti prese di posizione del Consiglio e della Commissione, a condizionare l'applicazione del principio di solidarietà ed equa ripartizione della responsabilità in favore di specifici Stati membri alla corretta attuazione da parte di questi ultimi delle norme europee in materia di asilo, senza considerare che, come vedremo⁵, sono proprio queste norme che accentuano e aggravano le disparità tra gli oneri degli Stati membri in tale settore. La combinazione “solidarietà e responsabilità” (*rectius*: “solidarietà in cambio di responsabilità”), tanto enfatizzata ad esempio negli Orientamenti strategici della programmazione legislativa e operativa nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (2015-2020) adottati al termine della riunione del Consiglio europeo tenutasi a Ypres, il 26 e 27 giugno 2014⁶, e ancora nella Dichiarazione e tabella di marcia di Bratislava, adottata dal Consiglio europeo il 16 settembre 2016, ridimensionando la portata dell'obiettivo di *burden sharing*, finisce in effetti con lo snaturare il principio sancito dall'art. 80⁷.

⁴ Così G. MORGESE, *Solidarietà*, cit., p. 373. V. anche P. DE BRUYCKER, E. TSOURDI, *The Bratislava Declaration on Migration: European Irresponsibility Instead of Solidarity*, in www.eumigrationlawblog.eu, 27 settembre 2016, i quali osservano come l'art. 80 TFUE «is about one and not two principles and, more importantly, about the principles of “solidarity and fair sharing of responsibility”» (enfasi nell'originale).

⁵ *Infra*, par. 4.

⁶ Conclusioni del Consiglio europeo, punti 5 e 7.

⁷ V. ancora, in tal senso, le considerazioni di P. DE BRUYCKER, E. TSOURDI, *The Bratislava Declaration*, cit.

In secondo luogo, il principio di solidarietà ed equa ripartizione degli oneri è destinato ad incidere sui rapporti tra gli Stati membri dell'Unione europea e tra l'Unione e gli Stati membri (c.d. solidarietà intra-UE)⁸, mentre evidentemente nessun rilievo diretto viene attribuito dalla disposizione in esame alla solidarietà tra Stati membri e Stati terzi, o a quella tra Stati membri e rifugiati⁹. Esso va quindi chiaramente distinto dal valore della solidarietà, elencato, insieme ad altri ideali posti alla base del processo di integrazione europea, dall'art. 2 TUE¹⁰. Quest'ultima disposizione richiama infatti una nozione di solidarietà dal contenuto molto più ampio e generale rispetto a quella accolta dall'art. 80 TFUE, e si riferisce in ogni caso prevalentemente alla solidarietà tra individui¹¹. Lo stesso può dirsi con riguardo al principio di leale cooperazione *ex* art. 4, par. 3, TUE¹² (spesso associato, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, all'idea di solidarietà): tale principio, in quanto principio generale del diritto dell'Unione, resta ovviamente applicabile anche in materia di asilo, ma mantiene una sua autonomia rispetto alla disposizione attualmente in esame, la quale

⁸ V., nello stesso senso, M. GESTRI, *La politica europea dell'immigrazione*, cit., p. 897, nota 10; G. MORGESE, *Solidarietà*, cit., p. 372; G. NOLL, *Failure by Design? On the Constitution of EU Solidarity' in Searching for Solidarity*, in *EU Asylum and Border Policies, A Collection of Short Papers following the Odysseus Network's First Annual Policy Conference*, in *odysseus-network.eu*, p. 3.

⁹ Da questo punto di vista, non è senza rilievo il fatto che l'art. 67, par. 2, TFUE, nell'anticipare i contenuti della politica comune in materia di asilo, immigrazione e controlli alle frontiere (*supra*, nota 1), individua due principi separati a fondamento dell'azione dell'UE in tale settore: la solidarietà tra gli Stati membri (ripresa e specificata nell'art. 80 TFUE in termini di equa ripartizione delle responsabilità) e l'*equità* (termine evidentemente meno forte) *nei confronti dei cittadini degli Stati terzi*.

¹⁰ «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

¹¹ Così ancora M. GESTRI, *op. ult. loc. cit.*

Si noti che il termine "solidarietà" ricorre per ben ventitré volte nei Trattati istitutivi dell'Unione europea: il significato da attribuirvi però non è univoco, ma va ricostruito separatamente per ogni singola disposizione rilevante. Al riguardo, v., tra gli altri, S. DE LA ROSA, *La transversalité de la solidarité dans les politiques matérielles de l'Union*, in C. BOUTAYEB (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne. Éléments constitutionnels et matériels*, Paris, 2011, p. 165 ss.

¹² «In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati».

si caratterizza per una intensità maggiore del sostegno richiesto agli Stati membri.

L'art. 80 TFUE traduce la consapevolezza dell'esistenza di una intrinseca contrapposizione tra la natura collettiva degli obblighi internazionali in materia di tutela dei rifugiati, da una parte, e la tendenza naturale alla concentrazione dei flussi di rifugiati verso alcuni Stati geograficamente più esposti, dall'altra. Si tratta, come è evidente, di un fenomeno che non riguarda solo il continente europeo, ma che si presenta anche a livello globale, come testimonia lo stesso preambolo della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status dei rifugiati¹³. È chiaro che tale situazione può minare la stessa tenuta dei sistemi di asilo e di accoglienza degli Stati più oberati e in ultima analisi determinare e/o incentivare la violazione, da parte di questi stessi Stati, degli obblighi di tutela dei rifugiati. In altre parole, la condivisione equilibrata delle responsabilità è prima di tutto un'esigenza delle norme internazionali vigenti in questo settore, norme che sono finalizzate alla garanzia di un interesse solidale e collettivo dell'intera Comunità internazionale¹⁴, e la cui attuazione non può quindi ricadere solo su alcuni Paesi¹⁵.

Coerentemente con questa prospettiva, l'art. 80 TFUE, al fine di compensare l'eventuale disparità degli oneri all'interno dell'Unione, introduce un vero e proprio "duty to support"¹⁶, facendone una *condi-*

¹³ Ad esempio, nel preambolo della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status dei rifugiati si legge che: «the grant of asylum may place unduly heavy burdens on certain countries, and that a satisfactory solution of a problem of which the United Nations has recognized the international scope and nature cannot therefore be achieved without international co-operation». V. anche la Convenzione dell'Organizzazione dell'Unità Africana (OUA) del 1969 regolante gli specifici aspetti dei problemi dei rifugiati in Africa (ratificata attualmente da 46 Stati africani), il cui art. 2, par. 4, stabilisce che «[w]here a Member State finds difficulty in continuing to grant asylum to refugees, such Member State may appeal directly to other Member States and through the OAU, and such other Member States shall in the spirit of African solidarity and international co-operation take appropriate measures to lighten the burden of the Member State granting asylum».

¹⁴ Sulle peculiari modalità di funzionamento degli obblighi internazionali posti a tutela degli interessi collettivi della Comunità internazionale v. ampiamente i numerosi scritti di Picone sull'argomento, ora raccolti nel volume P. PICONE, *Comunità internazionale e obblighi "erga omnes"*. *Studi critici di diritto internazionale*, III ed., Napoli, 2013.

¹⁵ Cfr. in tal senso J.-P.L. FONTEYNE, *Burden-Sharing: An Analysis of the Nature and Function of International Solidarity in Cases of Mass Influx of Refugees*, in *Australian Year Book of International Law*, 1978-1980, p. 162 ss.

¹⁶ E.L. TSOURDI, *Intra-EU Solidarity and the Implementation of the EU Asylum Policy: A Refugee or Governance "Crisis"?*, in *EU Asylum and Border Policies*, cit., p. 8.

tio sine qua non della politica europea di asilo. Esso deve informare l'elaborazione stessa della politica europea in questa materia, intervenendo quindi non solo sulla sua attuazione: il che significa che tale principio è concepito per essere applicato dall'Unione sempre e non solo per far fronte a situazioni di emergenza¹⁷. Ne deriva che, a differenza di altre ipotesi previste dai Trattati europei, come quelle disciplinate dall'art. 122, par. 1, TFUE, relativo all'assistenza economica o finanziaria a Stati membri che si trovino in una particolare situazione di difficoltà, o dall'art. 222 TFUE, concernente misure di sostegno in favore di uno Stato membro oggetto di un attacco terroristico o vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo, in questo ambito la finalità assistenziale costituisce in linea di principio solo un aspetto per così dire contingente ed eventuale. D'altronde, è in questa accezione che il principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità sembrerebbe essere stato valorizzato anche nella sentenza *N.S.*, unico caso fino ad oggi nella giurisprudenza della Corte di giustizia in cui l'art. 80 TFUE è stato espressamente richiamato¹⁸.

Tuttavia, la portata del principio di solidarietà ed equa ripartizione degli oneri risulta ridimensionata dalla specificazione, contenuta nella seconda frase dell'art. 80 TFUE, per cui «ogniqualevolta necessario, gli atti dell'Unione adottati in virtù del presente capo contengono misure appropriate ai fini dell'applicazione di tale principio» (corsivo aggiunto). A ciò si aggiunga che non è chiaro quale sia l'intensità di solidarietà richiesta, né sono indicati gli strumenti attraverso cui riequilibrare il carico di responsabilità tra gli Stati membri: tuttavia, dalla circostanza che la disposizione faccia riferimento alla solidarietà finanziaria come ad una delle *possibili* espressioni del principio si de-

¹⁷ Come si vedrà, invece, nella prassi il principio è stato invocato e applicato in un'ottica prevalentemente emergenziale, per alleviare il carico di Stati membri i cui sistemi di asilo siano sottoposti a pressioni migratorie eccessive. Questo tipo di approccio si rinviene già nel *Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, in *GUUE* C 115 del 4 maggio 2010, p. 1 ss., p. 32, par. 6.2.2.

¹⁸ Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza del 21 dicembre 2011, *N.S. e altri*, cause riunite C-411/10 e C-493/10, punto 93. Rileva in particolare la contrapposizione tra l'art. 80 TFUE e la direttiva sulla protezione temporanea che emerge in questo brano della sentenza: «l'art. 80 TFUE prevede che la politica dell'asilo e la sua attuazione siano regolate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. La direttiva 2001/55 costituisce un esempio di tale solidarietà *ma*, come è stato indicato in udienza, i meccanismi di solidarietà che essa contiene sarebbero limitati a situazioni del tutto eccezionali rientranti nell'ambito di applicazione di tale direttiva, ossia l'afflusso massiccio di sfollati» (corsivo aggiunto).

duce che anche altri canali di cooperazione sono eventualmente utilizzabili.

In ogni caso, la flessibilità che si ricava dall'art. 80 TFUE, se impedisce di attribuire alla disposizione indicata la capacità di produrre effetti diretti¹⁹, certamente non incide sul carattere vincolante del principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità, il quale conserva intatto il valore, che si evince dalla prima frase della medesima disposizione, di regola (vincolante) che *governa (rectius: "deve" governare)*²⁰ le politiche dell'Unione relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione²¹. La sua attuazione può quindi eventualmente essere oggetto di controllo giurisdizionale²².

È controverso tuttavia se l'art. 80 TFUE possa essere utilizzato come autonoma base giuridica per interventi solidaristici volti a garantire una equa distribuzione degli oneri²³. Sul punto le istituzioni politiche dell'Unione hanno assunto posizioni discordanti. Emblematico in tal senso è il contrasto che si è registrato in occasione dell'approvazione della proposta di regolamento relativo all'istituzione del Fondo asilo, migrazione e integrazione. Il Consiglio rifiutò di individuare nell'art. 80 TFUE un possibile fondamento giuridico per l'attività normativa delle istituzioni in materia di immigrazione e asilo, ritenendo che l'applicazione concreta del principio di solidarietà ed equa ripartizione degli oneri dovesse essere rimessa agli

¹⁹ In questo senso cfr. M. GESTRI, *La politica europea dell'immigrazione*, cit., p. 904, e P. DE BRUYCKER, E.L. TSOURDI, *Building the Common European Asylum System beyond Legislative Harmonisation: Practical Cooperation, Solidarity and External Dimension*, in V. CHETAİL, P. DE BRUYCKER, F. MAIANI (eds), *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law*, Leiden, 2016, p. 473 ss., p. 499.

²⁰ È sintomatico in tal senso l'uso dell'ausiliare "shall" nella versione inglese della norma.

²¹ P. DE BRUYCKER, E.L. TSOURDI, op. ult. loc. cit.

²² M. GESTRI, *La politica europea dell'immigrazione*, cit., pp. 903-904. In senso diverso, v. invece G. MORGESE, *Solidarietà*, cit., pp. 373-374, secondo il quale il carattere indefinito della necessità cui si riferisce l'art. 80 TFUE renderebbe il principio di solidarietà ed equa distribuzione delle responsabilità meramente facoltativo.

²³ In senso negativo v., ad esempio, S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, 3rd ed., Oxford, 2012, p. 311; K. HAILBRONNER, D. THYM, *Legal Framework for EU Asylum Policy*, in K. HAILBRONNER, D. THYM (eds), *EU Immigration and Asylum Law. Commentary*, 2nd ed., München, 2016, p. 1044. Questi ultimi si riferiscono all'art. 80 TFUE come ad una «horizontal provision that may influence the interpretation of other Treaty competences on border controls, asylum and immigration»: gli articoli 77-79 TFUE dovrebbero conseguentemente essere interpretati e applicati alla luce del principio enunciato dall'art. 80 TFUE.

atti adottabili dall'Unione ai sensi degli articoli 77, 78 e 79 TFUE. La Commissione e il Parlamento, pur avendo alla fine accettato, «in uno spirito di compromesso», il testo del regolamento quale risultante dalla posizione del Consiglio, dichiararono entrambi di non condividere l'interpretazione dell'art. 80 TFUE da questo sostenuta e di non voler precludersi il ricorso a tale base giuridica in futuro²⁴. Sta di fatto che fino ad oggi nessun atto dell'Unione indica l'art. 80 TFUE come suo fondamento. La stessa attitudine del Parlamento sembra essersi ammorbidita nel corso del tempo: così, nelle sue più recenti prese di posizione l'art. 80 TFUE è inteso come una possibile base giuridica da utilizzare «congiuntamente» agli articoli da 77 a 79 TFUE al fine di dare attuazione al principio di solidarietà²⁵.

3. Gli strumenti finanziari, operativi e logistici di solidarietà

Nella prassi dell'Unione, tre sono le principali modalità di implementazione del principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità: finanziaria, operativa e logistica²⁶.

Tra tutte, le misure di solidarietà finanziaria, oltre ad essere, come si è visto, le uniche espressamente menzionate dall'art. 80 TFUE, hanno sicuramente rappresentato fino ad oggi il principale strumento di intervento dell'Unione in questo ambito. In particolare, a seguito della recente opera di razionalizzazione che ha interessato le misure europee destinate al sostegno finanziario in materia di immigrazione, il Fondo asilo migrazione e integrazione ha sostituito i fondi precedentemente attivi (il Fondo europeo per l'integrazione, il Fondo europeo

²⁴ Le dichiarazioni delle tre istituzioni sono riprodotte nell'allegato alla posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura il 13 marzo 2014 in vista dell'adozione del regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il Fondo asilo, migrazione e integrazione.

²⁵ V., da ultimo, l'art. 1 della risoluzione del Parlamento europeo del 12 aprile 2016 sulla situazione nel Mediterraneo e la necessità di un approccio globale dell'UE in materia di immigrazione, P8_TA(2016)0102.

²⁶ Cfr. in proposito la *Comunicazione sul rafforzamento della solidarietà all'interno dell'UE in materia di asilo. Un programma dell'UE per una migliore ripartizione delle responsabilità e maggiore fiducia reciproca*, adottata alla fine del 2011, in seguito agli eventi della Primavera araba (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, COM(2011) 835 def., 2 dicembre 2011).

per i rifugiati e il Fondo europeo per i rimpatri)²⁷. Tra gli obiettivi a cui è finalizzata la creazione del Fondo è espressamente indicato quello di «migliorare la solidarietà e la ripartizione delle responsabilità fra gli Stati membri, specie quelli più esposti ai flussi migratori e di richiedenti asilo, anche attraverso la cooperazione pratica»²⁸. Nello specifico, una parte della dotazione del Fondo serve a cofinanziare iniziative nazionali volte a migliorare l'efficacia del sistema di condivisione delle responsabilità fra i Paesi membri; un'altra parte è invece stanziata per attività dell'UE, comprese azioni di emergenza per la gestione dei flussi migratori²⁹. Tuttavia l'effetto redistributivo del Fondo è piuttosto limitato³⁰. Ciò è dovuto principalmente al metodo di ripartizione utilizzato per la maggior parte delle risorse finanziarie disponibili (quelle destinate al c.d. *shared management*, vale a dire circa l'88%). Tale metodo, infatti, essendo basato sul totale dei richiedenti asilo (65%) e dei beneficiari di protezione presenti sul territorio di ciascuno Stato membro (35%), avvantaggia nettamente i Paesi più grandi (che ovviamente ricevono in termini assoluti un numero elevato di richieste), a scapito di quelli più piccoli che in rapporto all'ammontare alla loro dimensione sono sottoposti a carichi più gravosi e i cui sistemi di asilo e di accoglienza sono molto meno sviluppati³¹.

L'implementazione della solidarietà tecnico-operativa (*practical cooperation*) è invece prevalentemente affidata all'attività dell'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (di seguito EASO, acronimo dall'inglese: European Asylum Support Office), istituito dal regolamento n. 439 del 19 maggio 2010 e in funzione da giugno 2011³². Tra

²⁷ Cfr. regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, che istituisce il Fondo asilo, migrazione e integrazione, in *GUUE* L 150 del 20 maggio 2014, p. 168 ss.

²⁸ Art. 1, par. 2, lett. d), del regolamento n. 516/2014.

²⁹ Per ulteriori dettagli si consulti la [pagina web della Direzione generale "Migrazione e affari interni" della Commissione.](#)

³⁰ V. P. DE BRUYCKER, E.L. TSOURDI, *Building*, cit., p. 503.

³¹ V. l'allegato I del regolamento n. 516/2014. Considerato che da questo punto di vista il Fondo riproduce sostanzialmente i criteri distributivi adottati per il precedente Fondo europeo per i rifugiati, sono ancora attuali le osservazioni critiche svolte da E.R. THIELEMANN, *Symbolic Politics or Effective Burden-Sharing? Redistribution, Side-Payments and the European Refugee Fund*, in *Journal of Common Market Studies*, 2005, p. 807 ss.

³² Regolamento (UE) n. 439/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 maggio 2010, che istituisce l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo, in *GUUE* L 132 del 29 maggio 2010, p. 11 ss. Ai sensi del *considerando* n. 7 del regolamento, «[p]er gli Stati membri il cui sistema di asilo e accoglienza subisca pressioni specifiche e sproporzionate dovute

i compiti dell'Ufficio figura quello di fornire sostegno agli Stati membri i cui sistemi di asilo e accoglienza siano sottoposti a forte pressione³³, e di coordinare la prestazione di tale sostegno da parte degli altri Stati membri, anche attraverso l'invio, negli Stati più in difficoltà, di *asylum support teams* formate da esperti messi a disposizione dagli altri Stati membri³⁴.

Anche in questo caso, però, le risorse finanziarie di cui l'Ufficio dispone non sono all'altezza delle ambizioni del mandato ad esso affidato. Inoltre, l'attivazione degli strumenti di solidarietà previsti dal suo regolamento istitutivo, in particolare la messa a disposizione di squadre di esperti nazionali, ha carattere facoltativo, e gli Stati membri hanno mostrato poca disponibilità a partecipare a tali iniziative in modo sostanziale³⁵. Ne deriva che l'attività dell'EASO fino ad oggi si è rivelata insufficiente, e non è stata in grado né di fornire un contributo significativo alla soluzione delle disfunzioni strutturali dell'attuale sistema di *burden sharing* all'interno dell'UE, né ad attenuare le situazioni più critiche³⁶.

L'altra dimensione della solidarietà, quella della redistribuzione geografica dei richiedenti protezione internazionale, è stata per molto tempo la meno battuta, anche se è da sempre quella più frequentemente invocata dai Paesi in difficoltà³⁷. Eppure il regolamento istitutivo del Fondo asilo e immigrazione prevede incentivi finanziari, nella

specialmente alla loro situazione geografica o demografica, l'Ufficio di sostegno dovrebbe sostenere lo sviluppo della solidarietà all'interno dell'Unione per favorire una migliore ricollocazione dei beneficiari di protezione internazionale fra gli Stati membri, garantendo al tempo stesso che i sistemi di asilo e accoglienza non siano oggetto d'abuso».

³³ Ai sensi dell'art. 8 del regolamento, tale «pressione particolare» può essere determinata «dall'arrivo improvviso di un vasto numero di cittadini di paesi terzi che possono aver bisogno di protezione internazionale e dalla situazione geografica o demografica dello Stato membro».

³⁴ V. il *considerando* n. 8.

³⁵ Per tali rilievi cfr. M. GARLICK, *The Dublin System*, cit., p. 189 ss.

³⁶ Per una rassegna dei risultati raggiunti dall'EASO nei suoi primi dieci anni di funzionamento, v. M. GARLICK, *Practical Cooperation and the First Years of the EASO*, in *EU Asylum and Border Policies*, cit., p. 10 ss.

³⁷ Lo stesso Parlamento europeo da tempo sostiene la necessità di iniziative di questo genere. V., ad esempio, la risoluzione del 23 ottobre 2013 sui flussi migratori nel Mediterraneo, con particolare attenzione ai tragici eventi al largo di Lampedusa, P7_TA(2013)0448, par. 8, in cui la ricollocazione dei beneficiari di protezione internazionale e dei richiedenti asilo viene individuata come «una delle forme più concrete di solidarietà e di condivisione delle responsabilità».

forma di somme forfettarie, per favorire il trasferimento di beneficiari di protezione da uno Stato membro ad un altro³⁸. Inoltre all'EASO, ai sensi dell'art. 5 del suo regolamento istitutivo, sono assegnati compiti di promozione, agevolazione e sostegno delle attività connesse alla ricollocazione all'interno dell'Unione. Tuttavia la stessa disposizione specifica che «[l]a ricollocazione all'interno dell'Unione è effettuata *solo su base concordata* tra gli Stati membri e con il consenso del beneficiario della protezione internazionale, nonché, se del caso, in consultazione con l'UNHCR» (corsivo aggiunto).

È in questo quadro che si colloca il progetto pilota EUREMA (*EU Relocation Malta Project* – Progetto UE di ricollocazione da Malta), varato nel 2009. Il progetto, cofinanziato dal Fondo europeo per i rifugiati per un importo di circa due milioni di euro, prevedeva la ricollocazione, su base volontaria, di 260 beneficiari di protezione internazionale dall'isola di Malta in altri Stati membri. Dieci Stati membri (Francia, Germania, Lussemburgo, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Slovacchia, Slovenia, Romania e Ungheria) hanno inizialmente preso parte all'iniziativa, accettando di accogliere, tra il 2010 e il 2011, 227 rifugiati. Nel 2012, in una seconda fase (EUREMA II), sono state ricollocate in tutto 356 persone da un totale di sedici Stati membri e Stati associati (in alcuni casi, al di fuori del quadro formale del progetto, in virtù di accordi bilaterali stipulati con Malta)³⁹. Si tratta comunque di cifre tutto sommato modeste, se si considera che Malta ha ricevuto dal 2009 al 2011 ben 4.380 richieste di asilo. Inoltre, l'esperienza di EUREMA ha evidenziato la tendenza degli Stati partecipanti a selezionare i beneficiari della ricollocazione in funzione di requisiti spesso molto restrittivi, legati per lo più al possesso di specifiche qualifiche professionali, nonché in alcuni casi anche la resistenza degli stessi rifugiati, in ragione di una percezione talvolta negativa circa le reali opportunità di integrazione nei Paesi di destinazione⁴⁰. Ciò non toglie

³⁸ In quest'ottica è previsto, ai sensi dell'art. 18 del regolamento istitutivo, che gli Stati membri che si rendano disponibili per il trasferimento di beneficiari di protezione internazionale da altri Stati membri ricevano, in aggiunta alla dotazione ordinaria, una somma forfettaria di 6.000 euro per ciascun beneficiario trasferito.

³⁹ Cfr. *EASO fact finding report on intra-EU relocation activities from Malta*, 12 luglio 2012, disponibile al seguente indirizzo: www.refworld.org/docid/52aef8094.html (ultima visita: dicembre 2016).

⁴⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Quarta relazione annuale sull'immigrazione e l'asilo (2012)*, COM(2013) 422 final, 17 giugno 2013, p. 14.

che la ricollocazione dei richiedenti viene spesso individuata come la soluzione potenzialmente più efficace in vista di un riequilibrio degli oneri connessi alla tutela dei richiedenti protezione internazionale. Non a caso, come si vedrà, proprio sull'opportunità di introdurre misure di questo tipo – su base non più esclusivamente volontaria, ma anche obbligatoria – si è incentrato principalmente il dibattito degli ultimi anni relativo alla solidarietà intra-UE in materia di asilo. Tale opzione è però anche la più controversa, date le fortissime resistenze manifestate nei suoi confronti da molti Stati membri dell'UE.

4. Il “sistema Dublino” quale antitesi della solidarietà intra-UE

A dispetto del ruolo di primo piano che il diritto primario assegna alle esigenze di condivisione delle responsabilità in materia di asilo, le norme di diritto derivato, tradendo lo spirito dell'art. 80 TFUE, non riflettono in maniera adeguata l'idea di una missione comune nel campo della tutela dei richiedenti protezione internazionale, da realizzare attraverso una ripartizione solidale e sostenibile degli oneri all'interno dell'Unione.

Sintomatico di tale approccio è il regolamento Dublino III, che rappresenta, per costante affermazione delle istituzioni europee, la pietra angolare del sistema europeo comune d'asilo⁴¹. Esso mantiene inalterato l'impianto della Convenzione di Dublino del 15 giugno 1990⁴², incentrato sostanzialmente sul principio dell'unicità della

⁴¹ Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione) (c.d. regolamento “Dublino III”), in *GUUE* L 180 del 29 giugno 2013, p. 31 ss. Il “sistema Dublino” è poi completato dal regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che istituisce l’“Eurodac” per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013, in *GUUE* L 180 del 29 giugno 2013, p. 1 ss.

⁴² *GUCE* C 254 del 19 agosto 1997, p. 1 ss. La Convenzione è stata “comunitarizzata” a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam e della conseguente attribuzione alla CE della competenza a stabilire «criteri e meccanismi per determinare quale Stato membro è competente per l'esame della domanda di asilo presentata da un cittadino di un paese terzo in uno degli Stati membri» (art. 63, par. 1, lett. a), TCE), confluenso nel regolamento CE n. 343/2003, in *GUCE* L 50 del 25 febbraio 2003, c.d. “Dublino II”, poi sostituito dal regolamento (UE) n. 604/2013.

competenza all'esame della domanda di protezione, ai sensi del quale, al fine di evitare domande multiple di protezione internazionale e di neutralizzare i fenomeni del c.d. *asylum shopping* e dei "rifugiati vaganti", tale competenza deve essere attribuita ad un unico Stato, identificato sulla base di criteri oggettivi⁴³.

Come è noto, tra i criteri fissati dal regolamento Dublino III ai fini della determinazione dello Stato competente, un rilievo assolutamente preponderante è di fatto assegnato alla regola del Paese di primo ingresso (regolare o irregolare)⁴⁴. Tale Stato deve farsi interamente carico della gestione dei richiedenti asilo: dall'esame delle domande di protezione, all'accoglienza, al rimpatrio dei soggetti espellibili. Ne deriva una situazione di squilibrio *strutturale* tra le responsabilità degli Stati frontalieri da una parte, e quelle che ricadono sui restanti Stati membri, dall'altra.

Non sembra dunque che l'esigenza di «instaurare un equilibrio tra i criteri di competenza in uno spirito di solidarietà», evidenziata nel preambolo del regolamento, si sia tradotta nell'adozione di soluzioni veramente efficaci⁴⁵. Al contrario, come è stato rilevato, la regola dello Stato di primo ingresso rappresenta «l'antitesi della solidarietà e il

tuito dall'attuale regolamento Dublino III, il quale, pur innovando su alcuni aspetti specifici, non incide, come si è detto, sugli aspetti fondamentali della disciplina precedente.

⁴³ V. l'art. 3, par. 1, del regolamento n. 604/2013.

⁴⁴ V. l'art. 13 del regolamento. Non si tratta del principale criterio secondo l'ordine fissato dal regolamento (prima di questo sono indicati: il criterio connesso al principio dell'unità del nucleo familiare e quello relativo al rilascio di permessi di soggiorno o visti), ma di quello certamente di più larga applicazione nella prassi. Tuttavia, la regola dell'unicità della competenza incontra nel regolamento alcune eccezioni (c.d. "clausole discrezionali"): la clausola di sovranità (*infra*, passo del testo corrispondente alla nota 53) e la clausola umanitaria (art. 17, par. 2: «[l]o Stato membro nel quale è manifestata la volontà di chiedere la protezione internazionale e che procede alla determinazione dello Stato membro competente, o lo Stato membro competente, può, in ogni momento prima che sia adottata una prima decisione sul merito, chiedere a un altro Stato membro di prendere in carico un richiedente al fine di procedere al ricongiungimento di persone legate da qualsiasi vincolo di parentela, per ragioni umanitarie fondate in particolare su motivi familiari o culturali»). A tali ipotesi va poi ad aggiungersi il caso in cui, ai sensi dell'art. 3, par. 2, vi siano fondati motivi di ritenere che nello Stato membro designato dal regolamento sussistano «carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza [...], che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante». Laddove ricorra una situazione siffatta, si procede a verificare, «a cascata», gli altri criteri previsti, e, qualora nessuno di questi risulti applicabile al caso di specie, la competenza viene attribuita allo Stato membro in cui la domanda è stata presentata.

⁴⁵ *Considerando* n. 25.

risultato di una iniqua ripartizione degli oneri tra gli Stati dell'Unione»⁴⁶.

In aggiunta, l'esperienza della crisi dei rifugiati degli ultimi anni ha chiaramente dimostrato come, di fronte a persistenti pressioni migratorie concentrate su specifiche rotte per varie ragioni più facilmente accessibili (in particolare, dalle organizzazioni criminali dedite al traffico di migranti), la prevalenza del criterio del primo ingresso amplifichi le conseguenze della pressione migratoria e comporti un carico materialmente insostenibile per i sistemi di asilo degli Stati più esposti dal punto di vista geografico –tra l'altro già oberati dalla responsabilità del controllo delle frontiere esterne e delle attività di ricerca e soccorso –, con ripercussioni pesantissime sulla capacità di tali Stati di garantire ai richiedenti un trattamento compatibile con gli standard minimi in materia di diritti fondamentali⁴⁷ e sulla tenuta del sistema europeo comune di asilo complessivamente considerato⁴⁸.

⁴⁶ G. MORGESE, *Solidarietà*, cit., p. 370.

⁴⁷ Per questi motivi, la Corte europea dei diritti umani ha condannato i trasferimenti dei richiedenti in Paesi che, sia pur competenti sulla base dei “criteri Dublino”, presentino carenze sistematiche nelle procedure di asilo o nelle condizioni di accoglienza. È questa la situazione che in particolare è stata riscontrata con riguardo alla Grecia: cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Appl. no. 30696/09, sentenza del 21 gennaio 2011, su cui v. soprattutto i commenti di: L. MAGI, *Protezione dei richiedenti asilo “par ricochet” o protezione “par moitié”?: la Grande Camera ripartisce fra gli Stati contraenti le responsabilità per violazione della Convenzione europea conseguenti al trasferimento di un richiedente asilo in attuazione del regolamento “Dublino II”*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 824 ss.; M. MARCHEGIANI, *Regolamento “Dublino II” e Convenzione europea dei diritti umani: il caso “M.S.S.” c. “Belgio” e “Grecia”*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 357 ss.; E. REBASTI, *Corte europea dei diritti umani e sistema comune europeo in materia d'asilo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 343 ss. Anche l'Italia è stata condannata in relazione ad un caso simile a *M.S.S.*, relativo al trasferimento di un gruppo di richiedenti asilo di origine afghana verso la Grecia: v. *Shafiri e altri c. Italia e Grecia*, sentenza del 21 ottobre 2014. Ma ancor maggiore rilievo assume ai nostri fini la sentenza della Grande Camera del 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Svizzera*, che riguarda il ricorso di una coppia afghana presentato contro la Svizzera per la decisione di quest'ultima di trasferire, in applicazione del regolamento Dublino III (applicabile alla Svizzera in forza dell'accordo di associazione con l'UE del 26 ottobre 2004), la loro famiglia verso l'Italia, in quanto Stato di primo ingresso. Pur senza arrivare ad equiparare la situazione italiana a quella del sistema greco all'epoca della sentenza *M.S.S.*, la Corte, tenendo conto delle difficoltà sistematiche rivelate dal sistema italiano di asilo e accoglienza e alla specifiche esigenze dei ricorrenti (necessità di condizioni di accoglienza commisurate all'età dei minori coinvolti e idonee a salvaguardare l'unità familiare), ha subordinato il trasferimento all'ottenimento dallo Stato di destinazione di adeguate assicurazioni in ordine al rispetto delle garanzie previste dalla CEDU.

Nonostante ciò, gli Stati membri dell'Unione europea hanno mostrato una decisa resistenza a intervenire sui criteri di ripartizione delle competenze in materia di asilo. Ciò dimostra come, malgrado il passaggio dalla Convenzione (di Dublino) – tipico strumento di cooperazione intergovernativa – al regolamento (attualmente Dublino III) – espressione invece di una competenza unitaria a livello europeo –, il perseguimento dell'interesse comune sia di fatto ancora oggi vanificato dalla prevalenza degli interessi egoistici dei singoli Stati.

In questo contesto la solidarietà intra-UE ha assunto una più limitata rilevanza quale criterio per l'individuazione di interventi correttivi volti a smussare, almeno nelle situazioni emergenziali, le maggiori

Con riguardo invece alla giurisprudenza della Corte di giustizia, il *leading case* è la sentenza sul caso *N.S. e altri*, cit. *supra* nella nota 18, che, nel solco della sentenza *M.S.S.* della Corte europea dei diritti umani, ha determinato la sospensione dei “trasferimenti Dublino” verso la Grecia. Al riguardo v., *ex multis*, L. GRASSO, *Rispetto dei diritti fondamentali di richiedenti asilo ed operatività della sovereignty clause del regolamento Dublino II*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2012, p. 733 ss.; G. MELLON, *The Charter of Fundamental Rights and the Dublin Convention: An Analysis of N.S. v. Secretary of State for the Home Department (C-411/10)*, in *European Public Law*, 2012, p. 655 ss.; G. MORGESE, *Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 147 ss.

⁴⁸ In mancanza di adeguati correttivi, infatti, l'insostenibilità di questo sistema per i Paesi in prima linea si è tradotta in un elevato livello di inosservanza delle regole europee in materia di asilo, in particolare dell'obbligo di procedere all'identificazione e alla rilevazione delle impronte digitali delle persone che arrivano in maniera irregolare alle frontiere esterne dell'UE – con conseguente mancata registrazione nella banca dati Eurodac –, soprattutto da parte dell'Italia e della Grecia, che sono i Paesi evidentemente più oberati. Contemporaneamente, in ragione della perdurante disparità nei regimi previsti dagli Stati membri in materia di asilo (con procedure, standard per il riconoscimento della protezione e condizioni di accoglienza ampiamente diversificati), nonché del divieto per i beneficiari di protezione di spostarsi in Stati membri diversi da quello in cui hanno acquisito lo status, non si sono eliminati gli incentivi per i movimenti secondari. I richiedenti asilo non hanno infatti evidentemente motivo di accettare la collocazione imposta dal sistema di Dublino senza tenere in nessuna considerazione le loro aspettative e concrete opportunità di integrazione. Tutto ciò a sua volta, in una sorta di corto-circuito generale del sistema, ha finito per esacerbare le tensioni tra gli Stati membri dell'UE, specialmente tra gli Stati di ingresso e quelli che rappresentano la destinazione scelta dai migranti, inducendo vari Stati a sospendere il sistema Schengen e a ripristinare i controlli alle frontiere interne. V. ampiamente al riguardo C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 701 ss., e B. NASCIBENE, *Considerazioni conclusive. Le incertezze delle politiche europee di immigrazione e asilo*, in S. AMADEO E F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, p. 395 ss.

criticità del sistema. È in questa ottica che si inquadra l'introduzione, nel regolamento Dublino III, di un "meccanismo di allerta rapido, di preparazione e di gestione delle crisi" atto a prevenire il deterioramento o il collasso dei sistemi di asilo⁴⁹.

Tale meccanismo, disciplinato dall'art. 33 del regolamento, può essere attivato, sulla base delle informazioni raccolte dall'AESO, nel caso di «un rischio comprovato di speciale pressione sul sistema di asilo di uno Stato membro e/o da problemi nel funzionamento del sistema di asilo di uno Stato membro». In una prima fase esso comporta la redazione, da parte dello Stato membro interessato, su sollecitazione della Commissione o di propria iniziativa, e con l'eventuale assistenza della Commissione, di altri Stati membri, dell'EASO e di altre agenzie pertinenti, di un *piano d'azione preventivo*, contenente l'indicazione delle misure che lo Stato in questione si impegna ad assumere per porre rimedio alle carenze riscontrate e ad evitare il deteriorarsi della situazione. Il piano così predisposto viene, quindi, sottoposto al Consiglio e alla Commissione europea, la quale ne informa il Parlamento europeo. Qualora il piano d'azione preventivo fallisca, si passa alla seconda fase, in cui la Commissione può richiedere allo Stato membro di redigere, entro tre mesi, un *piano d'azione per la gestione della crisi* e di riferire, a cadenze regolari, sulla sua attuazione.

Come si vede, l'intera procedura è alquanto farraginoso e complessa, e sembra offrire poche garanzie di successo⁵⁰. In primo luogo, mancano indicatori chiari e univoci per misurare il livello di pressione gravante sui sistemi nazionali di asilo. In secondo luogo, la responsabilità della gestione della situazione di crisi resta sostanzialmente a carico dello Stato interessato, e nulla è previsto per il caso in cui anche il piano di azione dovesse fallire. L'unica apertura in favore dell'adozione di misure di assistenza e partecipazione da parte degli altri Stati membri sta nella previsione della facoltà per il Parlamento europeo e il Consiglio, «per tutta la durata del processo», di «esaminare e fornire orientamenti in merito a eventuali misure di solidarietà-

⁴⁹ Per approfondimenti sul punto v. O. FERACI, *Il nuovo regolamento "Dublino III" e la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo*, in *OsservatorioSullefonti.it*, 2/2013, e A. DEL GUERCIO, *La seconda fase di realizzazione del sistema europeo comune d'asilo*, in *www.osservatorioaic.it*, settembre 2014.

⁵⁰ Per una analoga valutazione cfr. anche G. MORGESE, *Solidarietà*, cit., p. 385, e O. FERACI, *Il nuovo regolamento "Dublino III"*, cit., p. 27.

tà che ritengano opportune»⁵¹. Ma il carattere eventuale e ampiamente discrezionale di tale valutazione, nonché la portata comunque non vincolante delle indicazioni fornite da tali istituzioni (la norma parla di «orientamenti») indeboliscono fortemente la prospettiva di un contributo solidaristico al superamento della crisi⁵².

In definitiva, nel sistema di Dublino la solidarietà è prevalentemente rimessa alla volontà degli Stati membri, i quali potrebbero decidere di assumere la competenza all'esame della domanda derogando ai criteri fissati dal regolamento, in applicazione della c.d. «clausola di sovranità», prevista dall'art. 17 del regolamento («ciascuno Stato membro può decidere di esaminare una domanda di protezione internazio-

⁵¹ V. par. 4 dell'art. 33.

⁵² Il giudizio di inadeguatezza diventa ancora più netto se si confronta la procedura disciplinata dall'art. 33 del regolamento Dublino III con il procedimento di sospensione temporanea dei trasferimenti dei richiedenti asilo previsto, nella originaria proposta della Commissione, per le situazioni in cui uno Stato membro si trovasse «in situazioni di particolare urgenza, tali da comportare pressioni eccezionali sulle sue capacità di accoglienza, sul suo regime di asilo o sulle sue infrastrutture» e il trasferimento di richiedenti protezione internazionale in applicazione del regolamento potesse comportare un aggravio della situazione con il rischio ulteriore di violazione dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo. Secondo la proposta, la competenza a decidere la sospensione sarebbe spettata alla Commissione (di propria iniziativa o su richiesta di uno Stato membro) e la sospensione avrebbe potuto riguardare sia casi relativi a singoli trasferimenti di richiedenti asilo sia tutti i trasferimenti verso un certo Stato membro (art. 31, paragrafi 2 e 3, della proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (Rifusione), COM(2008) 820 def., 31 dicembre 2008). Al riguardo il Consiglio aveva principalmente motivato la sua opposizione con il timore che la previsione di una procedura di sospensione dei trasferimenti avrebbe potuto costituire un ulteriore incentivo alla migrazione irregolare nonché incoraggiare gli Stati membri a non rispettare il regolamento (v. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo a norma dell'articolo 294, paragrafo 6, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea riguardante la posizione del Consiglio in vista dell'adozione di una proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, COM(2013) 416 final, 10 giugno 2013, p. 3.).

È probabile che le potenzialità di questo meccanismo siano state comunque sopravvalutate dai suoi sostenitori: come è stato notato, considerata la breve durata della sospensione prevista – solo tre mesi –, difficilmente con l'adozione di questo strumento sarebbe stato possibile risolvere le criticità del sistema Dublino (M. GARLICK, *The Dublin System, Solidarity and Individual Rights*, in V. CHETAIL, P. DE BRUYCKER, F. MAIANI (eds.), *Reforming*, cit., p. 159 ss., p. 187). In ogni caso, si trattava comunque di un primo tentativo di individuare uno strumento specifico per ridurre almeno le disparità più gravi.

nale presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel presente regolamento. Lo Stato membro che decide di esaminare una domanda di protezione internazionale ai sensi del presente paragrafo diventa lo Stato membro competente e assume gli obblighi connessi a tale competenza»⁵³. Ma la prassi dimostra una scarsissima propensione degli Stati ad attivarsi in tal senso⁵⁴.

5. Il principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità alla prova delle misure temporanee di ricollocazione

Nel settembre 2015, sulla scia dell'emozione suscitata dal gravissimo naufragio al largo delle coste libiche del 18 aprile 2015, in cui persero la vita circa 800 persone, e facendo seguito alle indicazioni contenute nell'*Agenda europea sulla migrazione* della Commissione⁵⁵

⁵³ La possibilità di un ricorso alla clausola di sovranità in uno spirito solidaristico emerge anche dalla sentenza *N.S.*, cit. La valorizzazione di detta clausola in tale sentenza, per quanto prevalentemente finalizzata a garantire il rispetto degli *standard* di tutela dei diritti umani previsti dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella prospettiva già chiarita dalla Corte di Strasburgo nel caso *M.S.S.*, appare dal punto di vista della Corte di giustizia funzionale *anche* a realizzare la finalità di cui all'art. 80 TFUE. Assai indicativo il rilievo dato alla situazione di estrema pressione a carico della Grecia: «è pacifico tra le parti che hanno presentato osservazioni alla Corte che detto Stato membro era, nel 2010, il punto di ingresso nell'Unione del 90% circa dei migranti clandestini, di modo che l'onere sopportato da detto Stato membro in ragione di tale afflusso è sproporzionato rispetto a quello sopportato dagli altri Stati membri e che le autorità greche sono materialmente incapaci di farvi fronte. La Repubblica ellenica ha fatto presente che gli Stati membri non avevano accettato la proposta della Commissione di sospendere l'applicazione del regolamento n. 343/2003 e di modificarlo attenuando il criterio del primo ingresso» (sentenza, cit., punto 87, corsivo aggiunto). Per la Corte l'obbligo di applicare la clausola di sovranità si ricollega quindi, *inter alia*, alla finalità di permettere agli Stati più operati «di rispettare i loro obblighi di tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo» (*ibidem*, punto 94). Gli Stati membri, decidendo di non trasferire i richiedenti asilo verso lo Stato competente, il cui sistema di asilo non sia più in grado di gestire arrivi incontrollati su ampia scala, di fatto metterebbero in atto una misura di solidarietà in favore di tale Stato.

⁵⁴ Un esempio del tutto isolato resta la decisione della Germania nell'agosto 2015 di sospendere l'applicazione del regolamento Dublino per i richiedenti asilo provenienti dalla Siria (con il blocco dei trasferimenti verso i Paesi di arrivo). Tuttavia, tale apertura da parte del Governo tedesco ha finito per amplificare i flussi migratori verso la Germania, con la conseguenza che in poco tempo si è raggiunta una soglia non più sostenibile, e la Germania è dovuta tornare sui suoi passi: cfr. G. CAGGIANO, *Alla ricerca*, cit., p. 461.

⁵⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM(2015) 240 final, 13 maggio

e nelle conclusioni del Consiglio europeo del 23 aprile 2015 e del 25 e 26 maggio 2015⁵⁶, il Consiglio ha adottato due decisioni finalizzate ad alleviare le pressioni, di dimensioni eccezionali, gravanti sui sistemi di asilo e di accoglienza dell'Italia e della Grecia⁵⁷, utilizzando per la

2015, p. 5. Si tratta del documento in cui la Commissione ha esposto le iniziative, a breve, medio e lungo termine, da intraprendere per arrivare a soluzioni di natura strutturale per consentire all'Unione di gestire in modo più efficiente le sfide poste dalle politiche migratorie.

⁵⁶ Cfr., in particolare, le conclusioni del Consiglio europeo del 23 aprile 2015 e del 25 e 26 maggio 2015, nonché la risoluzione del Parlamento europeo del 29 aprile 2015 sulle recenti tragedie nel Mediterraneo e sulle politiche dell'UE in materia di migrazione e asilo (P8_TA(2015)0176).

⁵⁷ V. decisione UE 2015/1523 del Consiglio, del 14 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, in *GUUE* L 239 del 15 settembre 2015, p. 146 ss., e decisione UE n. 2015/1601 del Consiglio, del 22 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, in *GUUE* L 248 del 24 settembre 2015, p. 80 ss. In base ai Protocolli nn. 21 e 22, allegati al TUE e al TFUE, Irlanda e Regno Unito, da una parte, e Danimarca, dall'altra, non sono vincolati dalle due decisioni in esame. Tuttavia l'Irlanda ha deciso di usufruire della clausola di *opting in ex art. 4* del Protocollo n. 21, comunicando la sua volontà di partecipare alla ricollocazione: cfr. doc. 12711/15 del 6 ottobre 2015. È inoltre prevista la partecipazione, sulla base di intese bilaterali concluse rispettivamente con Italia e Grecia, anche degli Stati associati (art. 11 di entrambe le decisioni). Attualmente, contribuiscono al piano di ricollocazione la Norvegia e la Svizzera.

Su tali decisioni v. ampiamente M. BORRACCETTI, "To Quota" or "Not to Quota"? *The EU Facing Effective Solidarity in Its Asylum Policy*, in *www.eurojus.it*, 31 luglio 2015; S. CARRERA, E. GUILD, *Can the New Refugee Relocation System Work? Perils in the Dublin Logic and Flawed Reception Conditions in the EU*, *CEPS Policy Brief*, n. 332, ottobre 2015, in *www.ceps.eu*; M. DI FILIPPO, *Le misure sulla ricollocazione dei richiedenti asilo adottate dall'Unione europea nel 2015: considerazioni critiche e prospettive*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2015, p. 33 ss.; G. MORGESE, *Recenti iniziative dell'Unione Europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, *ibidem*, p. 15 ss.; S. PEERS, *Relocation of Asylum-Seekers in the EU: Law and Policy*, in *eulawanalysis.blogspot.com*, 24 settembre 2015; M. TISSIER-RAFFIN, *Crise européenne de l'asile: l'Europe n'est pas à l'hauteur de ses ambitions*, in *Revue des droits de l'homme*, 2015, p. 1 ss.; B. NASCIBENE, *Refugees, the European Union and the "Dublin system"*. *The Reasons for a Crisis*, in *www.europeanpapers.eu*, 2016, p. 101 ss.

In questo contesto, va inoltre menzionata l'adozione, nello stesso periodo, di una raccomandazione della Commissione relativa ad un programma volontario di reinsediamento europeo (destinato a persone già riconosciute come bisognose di protezione internazionale, e che si trovano in Paesi extraeuropei di prima accoglienza): raccomandazione (UE) 2015/914 della Commissione, dell'8 giugno 2015, in *GUUE* L 148 del 13 giugno 2015, p. 32 ss. Tale misura, per quanto certamente in grado di alleviare in via indiretta il carico di responsabilità cui sono sottoposti i Paesi in prima linea, va piuttosto inquadrata nella c.d. "solidarietà esterna" e per questo motivo non sarà oggetto di specifica analisi in questo scritto. Al riguardo si rinvia, per approfondimenti, a G. MORGESE, *Recenti iniziative*, cit., specialmente p. 28 ss.

prima volta l'art. 78, par. 3, TFUE, quale base giuridica per l'assunzione di misure temporanee a beneficio di Stati membri interessati da «una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di Paesi terzi»⁵⁸.

Nello specifico, le decisioni indicate comportano l'introduzione, in deroga ai criteri sul riparto di competenze stabiliti dal regolamento Dublino III⁵⁹, di un sistema transitorio, di durata biennale, di quote obbligatorie di redistribuzione interna dei richiedenti protezione internazionale dagli Stati membri più oberati verso gli altri Stati membri (per un totale di 40.000 trasferimenti previsti dalla prima e di 120.000 dalla seconda⁶⁰). Si tratta dunque, almeno apparentemente, di un tenta-

⁵⁸ La procedura prevista dall'art. 78, par. 3, del TFUE è una procedura non legislativa, in base alla quale il Consiglio adotta l'atto su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo. La situazione di emergenza che giustifica il ricorso a tale fondamento giuridico determina, come si vede, l'abbandono della procedura legislativa ordinaria, che costituisce invece, dopo la riforma di Lisbona, il metodo generale di adozione degli atti dell'Unione in materia di asilo. Non essendo specificato il sistema di votazione, la regola applicabile alle decisioni adottate ai sensi della norma in discorso è quella residuale, della maggioranza qualificata, in linea con quanto stabilito dall'art. 16, par. 3, TUE.

Si noti che proprio in merito alla scelta di questa base giuridica è stato osservato che l'attuale crisi migratoria non potrebbe qualificarsi come una «situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso *improvviso* di cittadini di paesi terzi», così come richiesto dall'art. 78, par. 3, TFUE (M. BORRACCETTI, "To Quota", cit.). Su questo, come su altri aspetti connessi al funzionamento di tale base giuridica, un chiarimento potrebbe essere fornito dalla Corte di giustizia in occasione dell'esame di due ricorsi di annullamento presentati contro la decisione n. 1601 da Slovacchia e Ungheria (rispettivamente: il 2 dicembre 2015, causa C-643/15, e il 3 dicembre 2015, causa C-647/15), su cui cfr., per approfondimenti, K. GROENENDIJK, B. NAGY, *Hungary's Appeal Against Relocation to the CJEU: Upfront Attack or Rear Guard Battle?*, in *eumigrationlawblog.eu*, 16 dicembre 2015; Z. VIKARSKA, *The Slovak Challenge to the Asylum-Seekers' Relocation Decision: A Balancing Act*, in *eulawanalysis.blogspot.it*, 29 dicembre 2015; A. DI PASCALE, *Il ricollocamento: appena nato è già finito?*, in *rivista.eurojus.it*, 16 febbraio 2016.

⁵⁹ In realtà, in aggiunta alla norma prevista dall'art. 13, par. 1, relativa appunto al riparto di competenze in materia di esame delle domande di protezione internazionale, la deroga temporanea riguarda anche le fasi procedurali di cui agli articoli 21, 22 e 29 del regolamento Dublino III, nonché l'art. 7, par. 2, del regolamento n. 516/2014 istitutivo del Fondo asilo, migrazione e integrazione (GUUE L 150 del 20 maggio 2014, p. 168 ss.). Per il resto, «[l]e misure di ricollocazione non dispensano gli Stati membri dall'applicare integralmente il regolamento (UE) n. 604/2013» (così il *considerando* n. 19 della prima decisione), comprese le garanzie ivi previste in favore dei richiedenti, tra cui il diritto a un ricorso effettivo.

⁶⁰ Si tratta, nel primo caso, di 24.000 richiedenti dall'Italia e 16.000 dalla Grecia; nel secondo di 15.600 dall'Italia e 50.400 dalla Grecia. A queste cifre andrebbe poi aggiunta la quota di 54.000 persone, originariamente assegnata all'Ungheria dalla proposta della

tivo volto a riequilibrare la suddivisione delle responsabilità all'interno dell'Unione, dando attuazione al principio di solidarietà ed equa condivisione degli oneri⁶¹. Peraltro, l'assistenza così garantita agli Stati membri in prima linea non è concepita a titolo per così dire "gratuito", ma deve essere comunque compensata dall'impegno, da parte di questi stessi Stati, di rispettare gli obblighi di identificazione dei migranti, attraverso il rilevamento e la registrazione delle impronte digitali, e di adottare, sulla base di una specifica e rigorosa tabella di marcia, altre «misure complementari» volte al miglioramento delle modalità di gestione dei richiedenti asilo⁶². Questo evidentemente al fine di una maggiore responsabilizzazione di tali Stati, in vista del futuro ritorno a pieno regime del sistema Dublino⁶³.

Commissione relativa alla decisione n. 1601 (proposta di decisione del Consiglio, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia, della Grecia e dell'Ungheria, COM(2015) 451 final, 9 settembre 2015), ma rimasta poi in sospenso, in attesa di essere ripartita tra Grecia e Italia, a decorrere dal 26 settembre 2016, dopo che l'Ungheria stessa, in sede di adozione dell'atto da parte del Consiglio, aveva rifiutato il suo inserimento tra i beneficiari della ricollocazione. Il 29 settembre 2016 è peraltro intervenuta la decisione (UE) 2016/1754 del Consiglio, del 29 settembre 2016, che modifica la decisione (UE) 2015/1601, in *GUUE* L 268 del 1° ottobre 2016, p. 82 ss. Tale decisione, dando seguito a quanto previsto dalla Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016 (su cui v., per tutti, C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 415 ss., e E. ROMAN, *L'accordo UE-Turchia: le criticità di un accordo a tutti i costi*, in *www.sidiblog.org*, 21 marzo 2016), stabilisce che la quota residua di 54.000 persone da ricollocare, prevista dalla decisione n. 1601, sia utilizzabile per i reinsediamenti e altre forme di ammissione legale dalla Turchia. Evidentemente, il Consiglio e la Commissione non hanno ritenuto di condividere il parere del Parlamento europeo, il quale aveva invece giustamente sconsigliato di utilizzare per il reinsediamento le quote destinate – in misura peraltro già largamente insufficiente – alla ricollocazione (risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 15 settembre 2016 sulla proposta di decisione del Consiglio che modifica la decisione (UE) 2015/1601 del Consiglio, del 22 settembre 2015: P8_TA-PROV(2016)0354).

⁶¹ V. i *consideranda* n. 2 di entrambe le decisioni, che puntualmente richiamano in proposito l'art. 80 TFUE.

⁶² Cfr., per entrambe le decisioni, l'art. 5, par. 9, e l'art. 8. Ai sensi di quest'ultima disposizione, Italia e Grecia hanno dovuto presentare una tabella di marcia con l'indicazione di misure specifiche volte a fornire soluzioni strutturali alle carenze dei loro sistemi di asilo, accoglienza e rimpatrio. In caso di mancato rispetto degli impegni assunti sulla base di tale tabella di marcia, la Commissione, dopo aver offerto allo Stato inadempiente la possibilità di esporre le proprie ragioni, ha il potere di sospendere per tre mesi (con possibilità di ulteriori tre mesi di proroga) l'applicazione del meccanismo di ricollocazione nei confronti del medesimo.

⁶³ V. i *consideranda* nn. 14 della decisione n. 1523 e 18 della decisione n. 1601. È in quest'ottica che si spiegano anche i richiami all'esigenza di eliminare i movimenti seconda-

Beneficiari del meccanismo di ricollocazione sono dunque Grecia e Italia, in quanto Paesi più esposti alle pressioni migratorie, anche se la seconda decisione – che, nelle intenzioni originarie della Commissione, avrebbe dovuto riguardare anche l’Ungheria⁶⁴ – contemplava la possibilità di includere, entro il termine del primo anno di applicazione, ormai concluso, altri Stati membri che si fossero trovati a dover fronteggiare afflussi straordinari a causa dell’evoluzione della situazione⁶⁵.

Quanto all’ambito di applicazione soggettiva, ai fini della determinazione delle persone potenzialmente interessate dal meccanismo, vengono in rilievo due condizioni cumulative, in virtù delle quali possono accedere alla ricollocazione solo i richiedenti che: *a*) abbiano presentato domanda di protezione in uno degli Stati beneficiari (e acconsentito alla rilevazione delle impronte digitali ai sensi del regolamento Eurodac⁶⁶), sempreché tali Stati siano competenti a esaminare

ri dei richiedenti protezione (v. in particolare i *consideranda* nn. 32-34 della decisione n. 1523 e nn. 38-40 della decisione n. 1601) e i limiti alla ricollocazione previsti dagli articoli 6, par. 9, di entrambe le decisioni (cfr. *infra*, nota 66).

⁶⁴ *Supra*, nota 60.

⁶⁵ V. gli articoli 1, par. 2, e 4, par. 3, della decisione n. 1601. L’evenienza di ulteriori situazioni di emergenza è alla base inoltre del potere del Consiglio di decidere, sempre ai sensi dell’art. 78, par. 3, TFUE, la sospensione della partecipazione alla ricollocazione degli Stati interessati da afflussi improvvisi di cittadini di Paesi terzi, nonché eventuali misure di compensazione per l’Italia e per la Grecia (v., per entrambe le decisioni, l’art. 9, sulla cui base è stata decisa la sospensione degli obblighi di ricollocazione della Svezia –Stato che nel 2015 è stato di gran lunga il Paese dell’Unione con il più alto numero di richiedenti protezione internazionale *pro capite*, con 11.503 richiedenti per milione di abitanti –fino al giugno 2017: v. decisione (UE) 2016/946 del Consiglio, del 9 giugno 2016, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio della Svezia, conformemente all’articolo 9 della decisione (UE) 2015/1523 e all’articolo 9 della decisione (UE) 2015/1601, in *GUUE* L 157 del 9 giugno 2016, p. 23 ss.). A tale previsione va ad aggiungersi, quale ulteriore elemento di flessibilità, previsto però questa volta unicamente dalla seconda decisione, un’altra ipotesi di sospensione della ricollocazione, fino al 30% dei richiedenti assegnati ad uno Stato, in caso di incapacità temporanea di quest’ultimo a partecipare «per motivi debitamente giustificati e compatibili con i valori fondamentali dell’Unione sanciti dall’articolo 2 del Trattato sull’Unione europea» (art. 4, par. 5, della decisione n. 1601). Tale previsione è stata applicata in favore dell’Austria: v. decisione di esecuzione (UE) 2016/408 del Consiglio, del 10 marzo 2016, relativa alla sospensione temporanea della ricollocazione del 30% dei richiedenti assegnati all’Austria a norma della decisione (UE) 2015/1601, in *GUUE* L 74 del 19 marzo 2016.

⁶⁶ In base agli articoli 6, par. 9, di entrambe le decisioni, la ricollocazione non potrà infatti applicarsi alle persone che rifiutino di sottoporsi al rilevamento delle impronte digita-

la domanda in base ai criteri previsti dal regolamento Dublino III; e *b*) appartengano a una nazionalità per la quale, secondo le ultime statistiche trimestrali Eurostat, la percentuale delle decisioni di riconoscimento della protezione internazionale prese in primo grado sia pari o superiore al 75%⁶⁷.

La procedura di ricollocazione è articolata in più fasi: ciascuno Stato membro deve indicare un punto di contatto nazionale, da comunicare agli altri Stati membri e all'EASO, e rendere noto periodicamente il numero di richiedenti che è in grado di ricollocare sul proprio territorio. Tanto l'identificazione quanto la scelta della destinazione dei soggetti da trasferire spetta invece allo Stato beneficiario della ricollocazione, il quale decide, con l'assistenza dell'EASO e, eventualmente, di funzionari di collegamento degli altri Stati membri. Al riguardo va rilevato che, mentre relativamente alla selezione delle persone da ricollocare occorre dare precedenza ai soggetti considerati più vulnerabili secondo la direttiva accoglienza⁶⁸, in merito, invece, alla determinazione dello Stato di destinazione, la discrezionalità delle autorità greche e italiane non incontra limiti espressi, se non la specificazione, il cui valore risulta peraltro ridimensionato dalla sua collocazione nel preambolo delle decisioni in esame, della necessità di tenere conto «delle qualifiche e delle caratteristiche specifiche dei richiedenti interessati, quali le loro competenze linguistiche e altre indicazioni individuali basate su dimostrati legami familiari, culturali o sociali che po-

li. Identica preclusione opera anche con riguardo a coloro che eludano la procedura di ricollocazione: *ibidem*.

⁶⁷ Stando ai dati che risultano dall'ultima relazione trimestrale Eurostat disponibile, relativa al terzo trimestre del 2016 (disponibile sul sito istituzionale della Commissione europea), sono attualmente ammessi al meccanismo temporaneo di ricollocazione le seguenti nazionalità: Burundi, Guinea equatoriale, Maldive, Oman, Qatar, Siria e Yemen. Si noti che, al momento dell'adozione delle decisioni in commento, le nazionalità rientranti nel piano di ricollocazione erano invece solo quelle di Eritrea, Iraq e Siria.

⁶⁸ Ad esempio, i minori non accompagnati, le persone anziane e quelle gravemente malate: v. la direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifiusione), in *GUUE* L 180 del 29 giugno 2013, p. 96 ss. Questa previsione va poi integrata con gli ulteriori criteri indicati per ciascuna decisione dal rispettivo art. 6, in particolare: l'interesse superiore del minore (par. 1) e l'esigenza di mantenere l'unità familiare, ricollocando tutti i membri di una stessa famiglia nel territorio del medesimo Stato membro (par. 2).

trebbero facilitarne l'integrazione nello Stato membro di ricollocazione»⁶⁹.

Per il resto, sono previste solo alcune, limitate, garanzie in favore dei soggetti interessati, tra cui il diritto di ricevere adeguate informazioni, in una lingua ad essi comprensibile, in merito alla procedura di ricollocazione nonché, per iscritto, alla decisione di ricollocazione adottata nei loro confronti, e quello di essere ricollocati con i propri familiari nello stesso Stato membro, ma non il diritto di partecipare alla procedura, né tantomeno quello di esprimere il proprio consenso al trasferimento⁷⁰. I richiedenti sono quindi costretti a subire la scelta delle autorità greche e italiane, il che, oltre a sollevare dubbi di compatibilità con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali⁷¹, appare poco congruente rispetto alla finalità di evitare i c.d. movimenti secondari, come d'altronde ha dimostrato ampiamente il fallimento dell'approccio "coercitivo" seguito dal sistema Dublino in questi anni⁷². Tra l'altro, il diritto di ricorso avverso la decisione di ricolloca-

⁶⁹ V. il *considerando* n. 28 della decisione n. 1523 e il *considerando* n. 34 della decisione n. 1601 (il quale, inoltre, pone significativamente in rilievo come «[l]'integrazione dei richiedenti in evidente bisogno di protezione internazionale nella società di accoglienza è la pietra angolare di un sistema europeo comune di asilo efficace»), che poi aggiungono «[n]el caso di richiedenti particolarmente vulnerabili, dovrebbe essere presa in considerazione la capacità dello Stato membro di ricollocazione di assicurare loro un sostegno adeguato e la necessità di garantire un'equa distribuzione di tali richiedenti tra gli Stati membri. Nel debito rispetto del principio di non discriminazione, lo Stato membro di ricollocazione può indicare le sue preferenze riguardo ai richiedenti sulla scorta delle informazioni di cui sopra, e su questa base l'Italia e la Grecia, in consultazione con l'EASO e, se del caso, con funzionari di collegamento, possono compilare elenchi di potenziali richiedenti identificati per la ricollocazione in tale Stato membro». Come è stato notato, tali indicazioni sono state inserite dal Consiglio in risposta ai suggerimenti contenuti nel parere reso dal Parlamento sulla proposta della Commissione relativa alla decisione n. 1523: v. M. DI FILIPPO, *Le misure*, cit., p. 42. Secondo l'a., esse potrebbero essere utilizzate per colmare, in via interpretativa, gli eccessivi spazi di discrezionalità lasciati agli Stati beneficiari in merito alla scelta della destinazione dei singoli soggetti da ricollocare. V., per considerazioni nello stesso senso, anche G. CAGGIANO, *Alla ricerca*, cit., p. 470.

⁷⁰ Secondo M. DI FILIPPO, op. ult. cit., p. 44 ss., una maggiore partecipazione del richiedente destinatario della ricollocazione potrebbe invece risultare dall'applicazione combinata delle decisioni in esame e del regolamento Dublino III (che resta in ogni caso applicabile relativamente alle disposizioni non derogate dalle decisioni in esame: v. *supra*, nota 59), tenendo in particolare in considerazione gli articoli 4 e 5 di quest'ultimo, riguardanti il coinvolgimento dei richiedenti asilo nella procedura di riconoscimento dello status.

⁷¹ Sul punto v. le considerazioni di E. SALIS, *La proposta della Commissione Europea per la relocation: punto di svolta o compromesso al ribasso?*, in *fieri.it*, 4 giugno 2015.

⁷² Per questi motivi è stato sostenuto che, ai fini della scelta dello Stato di collocazione, e anche in vista di una efficace integrazione dei richiedenti, sarebbe stato più appropriato

zione è limitato solo all'ipotesi in cui dalla stessa «derivino serie violazioni dei [...] diritti fondamentali» (con ciò probabilmente alludendosi al divieto di *refoulement* in Paesi in cui sussista il rischio di trattamenti disumani e degradanti, secondo le indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza sia della Corte europea dei diritti umani sia della Corte di giustizia⁷³)⁷⁴. Dal punto di vista dello Stato di destinazione, invece, sussiste un sia pur limitato margine di opposizione alla proposta di ricollocazione, qualora ricorrano fondati motivi di pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico, o serie ragioni per applicare le disposizioni in materia di esclusione previste dagli articoli 12 e 17 della direttiva 2011/95/UE (c.d. direttiva qualifiche)⁷⁵.

Il trasferimento deve realizzarsi in tempi rapidi, in modo da concludersi non più tardi di due mesi dal momento in cui lo Stato di trasferimento ha fornito le informazioni sulla sua capacità di assorbimento. A ricollocazione avvenuta, la competenza ad esaminare la domanda di protezione e a provvedere, in caso di esito positivo della verifica dei requisiti, all'accoglienza e all'integrazione dei rifugiati, passa quindi dallo Stato di primo arrivo allo Stato di trasferimento, il quale riceverà un sostegno finanziario di 6.000 euro per ogni persona ricollocata⁷⁶.

Come è evidente, la riuscita del progetto riposa principalmente sulla disponibilità degli Stati a fornire il loro contributo in termini di posti di ricollocazione. In proposito, la Commissione aveva originariamente prospettato un meccanismo *obbligatorio* di distribuzione dei richiedenti tra i vari Stati membri, con quote determinate secondo una chiave di distribuzione fondata, in percentuali variabili, sui seguenti parametri: PIL, popolazione, tasso di disoccupazione e numero passa-

valorizzare le preferenze e le caratteristiche di questi ultimi (S. PEERS, *Relocation*, cit.) o l'esistenza di collegamenti effettivi con un determinato Stato membro (M. DI FILIPPO, op. cit., p. 54 ss.).

⁷³ *Supra*, nota 47.

⁷⁴ V. i *consideranda* n. 30 della decisione n. 1523 e n. 35 della decisione n. 1601.

⁷⁵ V. l'art. 5, par. 7, di entrambe le decisioni.

⁷⁶ In tutte e due le decisioni, questa previsione è contenuta nell'art. 10. Nel caso della decisione n. 1601, tale articolo prevede anche il versamento alla Grecia e all'Italia di una somma forfettaria, per ciascun richiedente trasferito, pari ad almeno 500 euro.

to di richiedenti asilo e di rifugiati reinsediati⁷⁷. Ma per superare le resistenze manifestate da vari Stati all'imposizione "dall'alto" di quote di accoglienza, si è optato alla fine, con riguardo alla prima *tranche* di ricollocazioni, per un sistema di impegni, *su base volontaria*, successivamente formalizzati in una risoluzione adottata, il 22 luglio 2015, all'unanimità dai rappresentanti dei governi riuniti in sede di Consiglio, che confermava la disponibilità per un totale di 40.000 ricollocazioni, anche se l'accordo riguardava per la fase iniziale solo le quote relative ad un ammontare di 32.256 richiedenti⁷⁸. Nel caso della seconda decisione, invece, si è preferito tornare all'idea originaria di quote obbligatorie⁷⁹, il che ha prodotto l'effetto di accentuare la spaccatura all'interno dell'UE, acuendo l'ostilità di alcuni Governi – e di una parte sempre più consistente di opinione pubblica – nei confronti della ricollocazione⁸⁰.

D'altronde l'opposizione di vari Stati membri già aveva comportato, in sede di adozione della seconda decisione, un importante ridimensionamento del *draft* della Commissione, con lo stralcio della c.d.

⁷⁷ V. l'allegato dell'*Agenda europea sulla migrazione*, cit., e la proposta di decisione del Consiglio che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, COM(2015) 286 final, 27 maggio 2015.

⁷⁸ Risoluzione dei rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio sulla ricollocazione, dalla Grecia e dall'Italia, di 40.000 persone in evidente bisogno di protezione internazionale, del 20 luglio 2015. La tabella allegata contiene gli impegni dei singoli Stati: spicca in particolare lo zero nelle caselle relative all'Austria e all'Ungheria. Tale risoluzione era maturata a seguito dell'invito, contenuto nelle Conclusioni del Consiglio europeo del 25 e 26 giugno 2015, a tutti gli Stati membri a raggiungere entro la fine di luglio 2015 un accordo sulla distribuzione dei richiedenti, che rispecchiasse le situazioni specifiche degli Stati membri. In ordine al ricorso al metodo intergovernativo nell'ambito di un procedimento decisionale fondato sui Trattati (nella specie sull'art. 78, par. 3, TFUE) v. peraltro le perplessità espresse da P. MORI, *La decisione sulla ricollocazione delle persone bisognose di protezione internazionale: un irrituale ricorso al metodo intergovernativo?*, in www.dirittounione europea.eu, settembre 2015.

⁷⁹ I posti a carico di ciascuno Stato sono specificati negli allegati I e II della decisione n. 1601.

⁸⁰ Come è evidente già dall'esito della votazione relativa alla adozione della decisione: quattro Stati – Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia e Ungheria – hanno infatti espresso voto contrario. Tali resistenze si sono inoltre tradotte in due ricorsi di annullamento, attualmente pendenti davanti alla Corte di giustizia (v. *supra*, nota 58), e nella decisione del Governo ungherese di indire un *referendum* sul sistema di quote obbligatorie di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale provenienti dall'Italia e dalla Grecia, il quale peraltro, come è noto, nonostante la maggioranza schiacciante – ben il 98% – di voti contrari alla ricollocazione, non ha raggiunto il *quorum* necessario per la validità della consultazione.

clausola di solidarietà, finalizzata a compensare la eventuale *temporanea* incapacità di uno Stato membro a partecipare alla ricollocazione con l'obbligo a carico dello stesso di versare al Fondo asilo, migrazione e integrazione un importo pari allo 0,002% del suo PIL (importo riducibile proporzionalmente in caso di partecipazione parziale alla ricollocazione), in modo da finanziare l'assistenza per gli sforzi sostenuti da tutti gli altri (che avrebbero dovuto sobbarcarsi l'onere di gestire la quota inevasa dallo Stato in questione)⁸¹. La conseguente mancanza di rimedi specifici per gli inadempimenti imputabili agli Stati di eventuale ricollocazione determina una situazione di evidente asimmetria (ancora una volta!) tra gli obblighi imposti a questi ultimi – i quali peraltro risultano anche temperati dalla previsione di varie ipotesi di sospensione⁸² – e quelli incumbenti sugli Stati beneficiari⁸³, che sono invece corredati da garanzie specifiche ai sensi delle due decisioni in esame⁸⁴.

Tra l'altro, già in partenza, il concetto di “equa ripartizione” posto alla base della ricollocazione temporanea non sembra rispecchiare pienamente quello accolto dall'art. 80 TFUE. Emblematici in tal senso i *consideranda* n. 21 della decisione n. 1523 e n. 26 della decisione 1601, in cui le misure proposte vengono definite «un'equa ripartizione degli oneri *tra l'Italia e la Grecia, da un lato, e gli altri Stati membri, dall'altro*» (corsivo aggiunto). Evidentemente quindi non si tratta di un meccanismo di redistribuzione *tra tutti gli Stati membri*, ma di un mero correttivo parziale, oltre che temporaneo, di una situazione di diseguaglianza strutturale tra gli Stati in prima linea, da una parte, e tutti gli altri, dall'altra, che è destinata ad essere mantenuta.

Sul piano della applicazione concreta, va poi registrato il dato dei risultati assai deludenti in termini di trasferimenti realizzati⁸⁵. Al per-

⁸¹ Cfr. COM(2015) 451 final, cit., art. 4, par. 4.

⁸² Su cui v. *supra*, nota 65. In proposito è stato giustamente messo in rilievo come «mentre gli Stati beneficiari hanno come unica contro-parte la Commissione per la verifica dell'attuazione delle rispettive tabelle di marcia, gli altri Stati vedono nel Consiglio (in cui essi stessi sono rappresentati) il soggetto dotato del potere decisionale con riguardo a sospensioni temporanee delle quote di ricollocazione e di variazioni a proprio favore dello schema di ricollocazione»: v. ancora M. DI FILIPPO, *Le misure*, cit., p. 51.

⁸³ Così anche M. BORRACCETTI, “*To Quota*”, cit., p. 3.

⁸⁴ Ci si riferisce in particolare alla procedura di sospensione del meccanismo di ricollocazione descritta *supra*, nella nota 62.

⁸⁵ V. *Eight report on relocation and resettlement, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council*, COM(2016) 791 final, 8

sistente rifiuto di alcuni Stati a contribuire ai trasferimenti⁸⁶, e alla partecipazione ridotta di molti altri⁸⁷, la Commissione ha fino ad oggi opposto solo ripetuti inviti ad accelerare l'attuazione dei programmi⁸⁸, limitandosi a risersarsi, con una formula ormai divenuta di rito, il diritto di adottare provvedimenti nei confronti degli Stati che non ottemperino ai rispettivi obblighi, senza peraltro attivarsi in tal senso⁸⁹. Sull'esito insoddisfacente del piano di ricollocazione pesano inoltre anche alcune scelte di partenza, come il numero esiguo di persone ammissibili, la limitazione quanto alla nazionalità dei potenziali beneficiari⁹⁰, nonché il disinteresse mostrato per le aspettative dei soggetti

dicembre 2016, secondo il quale il totale delle persone ricollocate a partire dall'entrata in vigore dei piani di *relocation* fino al 6 dicembre 2016 è di 8.162 (6.212 dalla Grecia e 1.950 dall'Italia; p. 2), numeri evidentemente risibili se paragonati agli impegni stabiliti dal Consiglio, nonché al totale degli arrivi che hanno interessato negli ultimi mesi gli Stati beneficiari. Ancora più a rilento procede la ricollocazione di minori non accompagnati, nonostante il loro numero, soprattutto in Italia (dove si contano 24.595 arrivi dal 1° gennaio al 2 dicembre 2016: *ibidem*, p. 4), sia in continuo, drammatico aumento.

⁸⁶ L'Austria e l'Ungheria non hanno ancora presentato nessun impegno: v. *Eight report on relocation and resettlement*, cit., p. 6. Una ferrea opposizione nei confronti dell'«automatic permanent relocation mechanism» è stata inoltre manifestata dai Primi ministri degli Stati del c.d. Visegrad Group (Polonia, Repubblica Ceca, Slovacchia e Ungheria), nella *Joint Statement on Migration* adottata al termine dell'*extraordinary summit* di Praga del 15 febbraio 2016 (www.visegradgroup.eu/calendar/2016/joint-statement-on).

⁸⁷ Emblematico è l'atteggiamento della Polonia, che, già poco propensa alla ricollocazione nella prima fase di attuazione del programma, a partire dal mese di aprile 2016 non ha presentato più nessun impegno né ha ricollocato nessun richiedente (*Eight report on relocation and resettlement*, cit., p. 6). Altri Stati, come la Slovacchia e la Repubblica Ceca, anch'essi in generale scarsamente coinvolti nei trasferimenti (nel periodo di riferimento coperto dall'ultima relazione della Commissione non hanno reso disponibili nuovi posti, né hanno ricollocato nessun richiedente: *ibidem*), presentano un tasso di rifiuto molto elevato rispetto ai rimanenti Stati membri. Questo dato è invece ricavabile dalla Sesta relazione sulla ricollocazione e il reinsediamento (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, COM(2016) 636 final, 28 settembre 2016, pp. 6-7).

⁸⁸ A cui vanno aggiunte le sollecitazioni espresse dal Consiglio europeo: v. il punto 8 delle Conclusioni adottate dal Consiglio europeo nella riunione del 20 e 21 ottobre 2016.

⁸⁹ V., da ultimo, *Eight report on relocation and resettlement*, cit., p. 17.

⁹⁰ Tra l'altro, va dato conto di una notevole variabilità delle statistiche Eurostat relative alle decisioni di riconoscimento della protezione internazionale prese in primo grado, il che conduce a una continua modifica delle nazionalità, che superando la soglia richiesta del 75% di riconoscimento, possono partecipare al piano di ricollocazione. Benché le variazioni da trimestre a trimestre non incidano sulla ricollocazione dei migranti già ammessi al programma nel trimestre precedente ma non ancora ricollocati, è chiaro che tale situazione

inseriti nel programma, che spinge molto spesso questi ultimi a perpetuare quelle pratiche di elusione delle procedure di identificazione e i movimenti secondari, che nelle intenzioni della Commissione avrebbero dovuto essere fortemente ridimensionati dall'introduzione di questo nuovo strumento.

Sul piano dell'attuazione del *burden sharing*, l'impatto è quindi minimo. Ma, anche indipendentemente dai risultati modesti ottenuti sino ad oggi, il meccanismo di ricollocazione già in partenza non è in grado di incidere sulla competenza di Italia e Grecia in ordine all'esame dei casi più complessi⁹¹ e al trattenimento e rimpatrio di coloro che non hanno diritto alla protezione, ma accolla a questi Stati l'ulteriore onere dell'introduzione di idonei correttivi ai loro sistemi di asilo e accoglienza ormai al collasso. In questo modo, contraddicendo le sue stesse premesse, esso finisce con il perpetuare, se non aggravare, la situazione di squilibrio a carico di questi Stati.

6. Le proposte di revisione del sistema di Dublino: verso un meccanismo permanente di ricollocazione?

Nonostante l'esito fallimentare delle misure temporanee di ricollocazione, la Commissione, coerentemente con gli orientamenti già anticipati nell'*Agenda europea sulla migrazione*⁹², ha avanzato nel settembre 2015 una proposta concernente un nuovo meccanismo di ricollocazione, pur sempre di natura emergenziale, ma questa volta da inserire stabilmente nel sistema europeo comune di asilo⁹³, e attivabile in

introduce un elemento di incertezza che finisce con il complicare ulteriormente l'attuazione del programma.

⁹¹ Questo punto è segnalato anche nella risoluzione del Parlamento europeo del 12 aprile 2016 sulla situazione nel Mediterraneo, cit., par. 17. V. inoltre E.L. TSOURDI, *Intra-EU Solidarity*, cit., pp. 7-8.

⁹² *Supra*, nota 55.

⁹³ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un meccanismo di ricollocazione di crisi e modifica il regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, COM(2015) 450 final, 9 settembre 2015.

risposta a specifiche situazioni di crisi, a beneficio di Stati membri i cui sistemi di asilo si trovino in stato di sofferenza.

La sorte della proposta è tutt'ora incerta. L'*iter* legislativo è in questo caso più complesso rispetto a quello sulla cui base sono stati adottati i precedenti schemi di ricollocazione: trattandosi, infatti, di una modifica permanente del regime di riparto delle competenze di esame delle domande di asilo, la proposta della Commissione deve seguire la procedura legislativa ordinaria, così come stabilito dall'art. 67, par. 2, con tutte le garanzie che il ricorso a tale procedura comporta (soprattutto dal punto di vista della partecipazione del Parlamento europeo, che assume la veste di co-legislatore, e dei Parlamenti nazionali, in relazione al controllo sul rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità).

Per molti versi, il sistema proposto ricalca il modello delle decisioni sulla ricollocazione temporanea: il meccanismo dovrebbe riguardare solo le nazionalità per le quali, in base delle ultime statistiche trimestrali Eurostat, la percentuale delle decisioni di riconoscimento della protezione internazionale prese in primo grado sia pari o superiore al 75%⁹⁴; ma la Commissione sostituirebbe i singoli Stati beneficiari nella gestione del meccanismo della ricollocazione, con riguardo in particolare all'adozione sia delle decisioni di attivazione sia di quelle di sospensione dell'applicazione. A tali compiti essa provvederebbe attraverso atti delegati da adottare nella cornice (obiettivi, contenuto, portata e modalità di controllo da parte delle istituzioni deleganti) definita dal progetto di regolamento in esame. In particolare, è previsto che l'entrata in vigore di tali atti sia subordinata all'assenza di obiezioni da parte del Parlamento europeo e del Consiglio entro il termine di un mese dalla data in cui siano stati notificati dalla Commissione.

Alla Commissione spetterebbe in particolare: *a*) accertare, sulla base di «informazioni comprovate» (in particolare di quelle ottenute dall'EASO e da FRONTEX), la sussistenza delle condizioni materiali richieste per l'attivazione della ricollocazione⁹⁵; *b*) determinare il nu-

⁹⁴ V. la proposta di art. 33 *bis* del regolamento Dublino III. La Commissione aveva inizialmente pensato ad un sistema aperto a qualsiasi richiedente che avesse una ragionevole probabilità di ottenere protezione internazionale, ad esempio perché non proveniente da un Paese designato come sicuro: v. COM(2016) 197 final, cit., p. 8.

⁹⁵ Nello Stato membro potenziale beneficiario della ricollocazione deve sussistere una situazione di crisi che ostacoli l'applicazione del regolamento Dublino «a causa dell'estrema pressione esercitata da un afflusso massiccio e sproporzionato di cittadini di paesi terzi

mero di persone da ricollocare⁹⁶; c) definire la ripartizione di tali persone tra gli Stati membri secondo la chiave di distribuzione prevista dall'art. 33 *ter*⁹⁷, e d) stabilire la durata dell'applicazione del meccanismo.

La ricollocazione, sulla base del nuovo meccanismo, essendo comunque volta a fronteggiare specifiche situazioni di crisi in un determinato Stato membro, avrebbe pur sempre un'applicazione temporanea, e pertanto tale meccanismo non è destinato ad incidere in modo strutturale sui criteri di attribuzione della competenza in materia di esame delle domande di protezione previsti dal regolamento Dublino. La logica di fondo resta dunque emergenziale, e legata all'avverarsi di situazioni di elevata criticità. Si tratta pertanto di una modifica che non è in grado di riequilibrare stabilmente la ripartizione delle responsabilità a carico degli Stati membri. Nell'ottica della continuità con il regime precedente, l'introduzione di un meccanismo permanente di ricollocazione non dovrebbe determinare, secondo la proposta della Commissione, l'accantonamento del meccanismo – peraltro mai attivato – di allerta rapido, di preparazione e di gestione delle crisi disciplinato dall'art. 33, par. 3, del regolamento (UE) n. 604/2013. I due strumenti, pur finalizzati entrambi ad attuare la solidarietà tra gli Stati

o apolidi che ne sottopon[ga] il sistema di asilo a considerevoli sollecitazioni» (art. 33 *bis*, par. 1). Secondo il progetto, la situazione di crisi deve essere di tale entità da sottoporre a un'estrema pressione anche un sistema di asilo ben preparato e funzionante, tenendo conto delle dimensioni dello Stato interessato (art. 33 *bis*, par. 5). La valutazione deve essere operata sulla base di indicatori specificati nella proposta, quali il totale dei richiedenti protezione internazionale e degli ingressi irregolari di cittadini di Paesi terzi e apolidi nei sei mesi precedenti l'attivazione del meccanismo; l'aumento di tale numero rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente; il numero di domande presentate nello Stato beneficiario nei diciotto mesi antecedenti rispetto alla media dell'Unione (*ibidem*).

⁹⁶ Al riguardo, ai sensi dell'art. 33 *bis*, par. 6, la Commissione deve tenere conto del numero di richiedenti nello Stato membro beneficiario nei diciotto mesi e soprattutto nei sei mesi precedenti l'attivazione del meccanismo rispetto alla media dell'Unione; della capacità del sistema di asilo dello Stato in questione; e della partecipazione di tale Stato a precedenti misure di solidarietà o della misura in cui ha beneficiato di precedenti misure di questo tipo. In ogni caso, il numero di richiedenti da ricollocare non può superare il 40% del totale di domande presentate in tale Stato nei sei mesi precedenti.

⁹⁷ Anche in questo caso, l'allegato III della proposta riprende sostanzialmente la chiave di distribuzione elaborata con riguardo alla ricollocazione temporanea: v. *supra*, il testo corrispondente alla nota 77.

membri, manterrebbero ciascuno una propria autonomia⁹⁸. Il progetto ripropone infine la clausola di solidarietà finanziaria stralciata dalla decisione n. 1601⁹⁹.

È venuta meno invece la prospettiva, che era stata avanzata inizialmente dalla Commissione, dell'introduzione di un nuovo sistema di ripartizione delle domande di asilo incentrato in partenza, e quindi in condizioni *ordinarie*, su una chiave di distribuzione capace di riflettere, sulla base della combinazione di vari parametri oggettivi, le capacità di assorbimento dei singoli Stati membri¹⁰⁰.

In particolare – ciò che appare come un limite considerevole – è escluso qualsiasi automatismo: tutto dipenderà dalla disponibilità della Commissione, la quale già in passato si è dimostrata refrattaria ad attivare gli strumenti di solidarietà esistenti. Senza contare che, anche laddove la Commissione intendesse ricorrere alla ricollocazione, la sua decisione potrebbe essere bloccata dal Consiglio, nell'esercizio del potere di controllo sull'esercizio della delega legislativa.

Parallelamente, la Commissione ha inoltre avviato una riflessione più approfondita in ordine alla necessità, ormai ineludibile, di procedere ad una riforma complessiva del sistema europeo comune di asilo, rivelatosi ampiamente inadeguato di fronte alle crescenti ondate migratorie verso l'Europa¹⁰¹. Su tale base, sono stati elaborati due pacchetti di riforme, presentati rispettivamente il 4 maggio 2016 e il 13 luglio 2016, per un totale di sette proposte legislative. In vista della auspicata realizzazione della solidarietà intraeuropea è soprattutto il primo gruppo di proposte a rivestire maggiore interesse: esse riguardano la revisione dei regolamenti Dublino III, Eurodac ed EASO, e mirano a istituire un sistema più equilibrato di determinazione della

⁹⁸ Peraltro l'applicazione dell'art. 33, par. 3, del regolamento non costituisce neanche una condizione preliminare ai fini dell'attivazione delle misure di ricollocazione: v. *considerando* n. 3.

⁹⁹ V. *supra*, il passo del testo corrispondente alla nota 81. La clausola riguarda il caso in cui uno Stato membro, in circostanze eccezionali e per motivi debitamente giustificati e compatibili con i valori fondamentali dell'Unione sanciti dall'art. 2 del TUE, non possa partecipare, in tutto o in parte, alla ricollocazione, per un periodo di un anno. Lo Stato membro in questione, dopo aver notificato tale sua incapacità, è obbligato a versare al Fondo asilo, migrazione e integrazione del bilancio UE un importo pari allo 0,002% del suo PIL, che va a compensare la mancata partecipazione e a finanziare il contributo degli altri Stati membri alla gestione della crisi.

¹⁰⁰ V. COM(2016) 197 final, cit., p. 8.

¹⁰¹ *Ibidem*.

competenza per l'esame delle domande di asilo, a rafforzare il sistema Eurodac e ad ampliare il mandato dell'EASO.

Con riguardo alla proposta di rifusione del regolamento Dublino III, la Commissione finalmente prende atto, senza mezze misure, del fatto che «il sistema di Dublino non è stato concepito per garantire una distribuzione sostenibile delle responsabilità nei confronti dei richiedenti asilo nell'ambito dell'UE»¹⁰²: parole che sembrano preannunciare un intervento radicale di riforma, nel segno del principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità. Tuttavia, le aspettative sono state ancora una volta tradite. Il cambiamento prospettato si pone infatti, almeno per gli aspetti che interessano in questa sede, nel solco della continuità rispetto al regime attualmente in vigore¹⁰³.

Ovviamente, non è possibile entrare adesso nel dettaglio delle proposte avanzate. Mi limiterò pertanto ad una breve analisi nell'ottica dell'implementazione del principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità, che pure è assunta dal progetto di regolamento "Dublino IV" come una delle sue finalità principali¹⁰⁴. Si noti comunque che tali proposte non hanno fatto venir meno l'idea dell'introduzione del meccanismo di ricollocazione di crisi. Tuttavia, la stessa Commissione si è riservata l'opzione di ritirla in futuro, in funzione degli esiti del dibattito sul progetto di regolamento "Dublino IV"¹⁰⁵.

Quest'ultimo mantiene sostanzialmente immutati gli attuali criteri di riparto della competenza di esame delle domande di protezione, integrandoli con un meccanismo correttivo di assegnazione, inteso a realizzare una forma di gestione solidale delle situazioni in cui uno Stato membro si trovi a dover affrontare un numero sproporzionato di ri-

¹⁰² Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di paese terzo o da un apolide (rifusione), COM(2016) 270 final, 4 maggio 2016, pp. 3 (per la citazione) e 9.

¹⁰³ V. per una prima valutazione della proposta P. MORI, *La proposta di riforma del sistema europeo comune d'asilo: verso Dublino IV?*, in *rivista.eurojus.it*, 7 settembre 2016; *ECRE Comments on the Commission Proposal for a Dublin IV Regulation*, in *www.ecre.org*, ottobre 2016.

¹⁰⁴ COM(2016) 270 final, cit., p. 4.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 5.

chieste di protezione per le quali sia in prima battuta competente¹⁰⁶. Tale meccanismo comporta automaticamente l'assegnazione agli altri Stati delle nuove domande di protezione presentate in quello Stato. L'automatismo si collega alla previa determinazione, ai sensi della proposta di regolamento, dei valori relativi: *a*) alla capacità di accoglienza di ciascuno Stato (che sarà calcolata in funzione di due parametri a cui è assegnato lo stesso peso: la popolazione complessiva (50%) e il PIL (50%)); e *b*) al livello di flussi di richiedenti considerato "sproporzionato" (da considerarsi raggiunto quando il numero di domande di protezione più il numero delle persone reinsediate da Stati terzi superi il 150% della capacità di accoglienza). Per il suo concreto funzionamento, il meccanismo richiede inoltre un sistema centralizzato di registrazione di tutte le domande di protezione e di monitoraggio della quota assegnata a ciascuno Stato, che sarà gestito dall' eu-LISA (Agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia). Al raggiungimento della soglia critica, i richiedenti in eccesso saranno quindi ricollocati proporzionalmente negli altri Stati membri che non abbiano a loro volta superato la rispettiva capacità massima¹⁰⁷. Dopo il trasferimento, lo Stato membro di assegnazione procederà alla determinazione della competenza per l'esame della domanda: qualora, all'esito di tale valutazione, un altro Stato risulti competente in base ai residui criteri di Dublino (ad esempio in ragione della presenza di familiari del richiedente sul suo territorio), lo Stato di assegnazione trasferirà il richiedente verso quest'ultimo (con evidente allungamento dei tempi per l'accesso del richiedente alla procedura di asilo). Il sistema correttivo è poi corredato da una "buy-out option": ai sensi dell'art. 37 della proposta, uno Stato può decidere di non partecipare alla ricollocazione, per un periodo di dodici mesi, senza dover motivare la sua scelta, ma in questo caso sarà tenuto a versare allo Stato designato in sua sostituzione come competente per l'esame delle domande un contributo pari a 250.000 euro per ogni persona ricollocata¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Il meccanismo correttivo di assegnazione è disciplinato dall'art. 34 della proposta di regolamento Dublino IV.

¹⁰⁷ Si noti che, a differenza dei meccanismi di ricollocazione (temporanea e permanente), il meccanismo qui in esame non è limitato solo ai richiedenti in evidente bisogno di protezione internazionale.

¹⁰⁸ Secondo la proposta della Commissione, l'attuale meccanismo di allerta rapido, di preparazione e di gestione delle crisi sarà eliminato dal nuovo regolamento Dublino, e as-

La proposta della Commissione rappresenta un primo tentativo di introdurre nel sistema Dublino l'obiettivo dell'equa ripartizione delle responsabilità¹⁰⁹. Tuttavia, a parte i dubbi circa la disponibilità degli Stati ad accettare i trasferimenti necessari – dubbi più che legittimi dopo l'esperienza dei programmi temporanei di ricollocazione varati nel 2015 –, il sistema già in partenza presenta dei limiti significativi. Il primo e il più evidente attiene alla scelta di mantenere e rafforzare la regola della competenza del primo ingresso¹¹⁰, che costituisce per molti versi una delle cause principali del collasso dei sistemi di asilo e accoglienza dei Paesi in prima linea. Ancora una volta, quindi, l'equa ripartizione delle responsabilità viene in rilievo solo «ogniqualevolta uno Stato membro [sia] eccessivamente sotto pressione»¹¹¹, mentre è stato accantonato l'obiettivo di individuare una chiave permanente più proporzionata di distribuzione dei richiedenti protezione tra tutti i Paesi membri dell'Unione.

Con riguardo specifico poi al meccanismo correttivo di allocazione, la soglia prevista per la sua attivazione (150% del valore di riferimento) appare eccessivamente elevata, e di fatto finirebbe con il limitare fortemente le possibilità di ricorso alla ricollocazione per i Paesi di primo ingresso. Ma soprattutto la proposta cristallizza l'iniquità del sistema di Dublino: mentre infatti si tollera che un solo Stato possa arrivare fino al 150% della sua capacità di accoglienza, il contributo obbligatorio da parte degli altri Stati si esaurisce automaticamente al raggiungimento del 100% della loro capacità.

sorbito tra i compiti della nuova Agenzia dell'Unione europea per l'asilo che a sua volta dovrebbe prendere il posto dell'EASO (*ibidem*, p. 18).

¹⁰⁹ Al riguardo, va rilevato che l'art. 80 TFUE (del tutto ignorato nel regolamento Dublino III) viene espressamente menzionato nel *considerando* n. 22 del progetto in esame.

¹¹⁰ In ordine a questo aspetto e a ulteriori limiti del progetto di riforma su cui non è possibile soffermarsi in questa sede si rinvia ai rilievi critici mossi da P. MORI, *La proposta*, cit., soprattutto nel par. 8.

¹¹¹ V. la dichiarazione del primo Vicepresidente della Commissione, Frans Timmermans, riportata nel comunicato stampa della Commissione del 4 maggio 2016, IP/16/1620.

7. Osservazioni conclusive

Di fronte all'immane tragedia dei migranti che cercano in Europa rifugio da situazioni di violenza, persecuzione e miseria, la necessità di attivare un maggiore spirito solidaristico nell'attuazione delle politiche europee in materia di asilo è diventata un *leitmotiv* ricorrente nel dibattito politico e scientifico relativo alla riforma del sistema europeo comune di asilo. Ma, al di là delle petizioni di principio, le proposte attualmente in discussione si pongono prevalentemente nel segno della continuità rispetto alla disciplina precedente. Le uniche concessioni fatte al principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità sono concepite come rimedi per alleviare le pressioni sui Paesi frontaliere in situazioni emergenziali, e non sono quindi idonee ad intervenire in maniera strutturale sull'asimmetria degli oneri all'interno dell'Unione. Ma è evidente che il problema non è più quello di arginare flussi migratori eccezionali ed imprevisti: la crisi dei rifugiati ha ormai acquisito un carattere endemico e strutturale.

Le esperienze fallimentari delle più recenti iniziative adottate nell'ambito dell'Unione europea sono servite piuttosto a smascherare una volta per tutte la retorica dell'approccio della "solidarietà in cambio di responsabilità"¹¹², mettendo definitivamente in risalto le divisioni interne e l'incapacità degli Stati membri di decidere soluzioni veramente efficaci. In questo contesto, la crisi del sistema europeo comune di asilo minaccia sempre di più la stessa tenuta degli ideali di base del processo di integrazione europea¹¹³. Assai significative appaiono da questo punto di vista le dichiarazioni rilasciate dal Presidente della Commissione, Juncker, dopo la riunione del Consiglio euro-

¹¹² V. *supra*, il passo del testo corrispondente alla nota 4.

¹¹³ V. al riguardo le considerazioni di R. BIEBER, F. MAIANI, *Sans solidarité point d'Union européenne. Regards croisés sur les crises de l'Union économique et monétaire et du Système européen commun d'asile*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2012, p. 295 ss., p. 298: «[l]’approfondissement de l’intégration – et l’interdépendance accrue qui en résulte – renforce par ailleurs le besoin de solidarité dans la mesure où il renforce le risque que la défaillance d’un seul Etat membre porte atteinte à l’intérêt commun. Il doit ainsi exister en permanence un rapport d’adéquation entre le niveau d’ambition des missions attribuées à l’Union, l’intensité de la solidarité, et les moyens mis à disposition de l’Union pour garantir la décharge des responsabilités communes et la protection de l’intérêt commun. A défaut, le risque n’est pas seulement que certains projets d’intégration initiés au sein de l’Union échouent. Au contraire, il peut s’ensuivre [...] une décrédibilisation du projet européen dans son ensemble, et une érosion des valeurs sur lesquelles il repose».

peo del 25 e 26 aprile 2015, in cui gli Stati avevano rifiutato il sistema obbligatorio di quote, con riguardo alla prima decisione sulla ricollocazione temporanea¹¹⁴: «vu l'ampleur du phénomène qui est celui des réfugiés, donner une perspective de vie à 60.000 personnes en fait est un effort, disons-le en toute quiétude, modeste. Et que nous mettions des heures à nous mettre d'accord sur le système à appliquer prouve à l'évidence que l'Europe n'est pas à la hauteur des ambitions qu'elle déclame à chaque occasion lorsqu'elle s'exprime vers l'extérieur»¹¹⁵.

Purtroppo, neanche le ultime notizie appaiono incoraggianti: mentre è ormai palese che è indispensabile un impegno forte sul piano dell'attuazione dell'art. 80 TFUE, i Paesi del gruppo Visegrad propongono una nuova formula di solidarietà per la politica migratoria dell'UE, la “solidarietà flessibile”, sostanzialmente fondata su contributi volontari degli Stati membri¹¹⁶. Nulla di veramente originale, dunque. Solo l'ennesimo tentativo di svuotare il principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità di ogni reale significato e di perpetuare un approccio, basato principalmente sul perseguimento degli interessi nazionali e sul ricorso all'unilateralismo, che si è rilevato fino ad oggi drammaticamente perdente.

¹¹⁴ V. *supra*, il passo del testo corrispondente alla nota 78.

¹¹⁵ V. www.rfi.fr/europe/20150626-migrants-renzi-est-pas-europe-nous-avons-imaginee (ultima visita: dicembre 2016).

¹¹⁶ Si veda *Joint Statement of the Heads of Governments of the V4 Countries*, Bratislava, 16 settembre 2016: «Migration policy should be based on the principle of the “flexible solidarity”. This concept should enable Member States to decide on specific forms of contribution taking into account their experience and potential. Furthermore any distribution mechanism should be voluntary».

L'UNIONE EUROPEA
E LE DEROGHE ALLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE
IN FUNZIONE DI GOVERNO DEI FLUSSI MIGRATORI

di *Eleonora Rinaldi*

SOMMARIO: *1. Premessa; 2. Segue. Alle origini dello “Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia”: l’Accordo del 1985 e la progressiva integrazione dell’acquis di Schengen nei Trattati; 3. L’abolizione dei controlli intra-frontalieri e le “clausole di eccezione” previste dal Codice Frontiere Schengen; 4. L’applicazione di criteri uniformi in fase di attraversamento delle frontiere esterne da parte dei cittadini di Stati terzi come elemento costitutivo della fiducia reciproca tra gli Stati membri e fattore di integrazione politica.*

1. Premessa

L’analisi dell’ambito applicativo delle norme del Codice Frontiere Schengen che consentono il ripristino generalizzato dei controlli intra-frontalieri in caso di minaccia all’ordine pubblico e alla sicurezza interna dei singoli Stati fornisce un angolo visuale privilegiato della crisi dell’Unione Europea¹: dallo stesso emergono infatti significative incoerenze in fase di attuazione della normativa di riferimento che, diretto portato di una profonda diversità di vedute tra gli Stati membri in ordine alle finalità del processo di integrazione europea², di quest’ultimo rischiano di compromettere la realizzazione³.

La recente applicazione delle norme in discorso sarà pertanto presa in considerazione da due punti di vista.

¹Sulla crisi del processo di integrazione europea la bibliografia è, come intuibile, ingente; mi limito pertanto a rinviare al recente contributo di J. HABERMAS, *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, Suhrkamp Verlag, Berlin, 2011, (english edition), *The Crisis on The European Union*, Polity Press, Cambridge (UK), 2012, 12 ss.

² Mi sembra emblematico quanto può leggersi in <http://www.dw.com/en/austria-begins-erecting-fence-on-border-with-slovenia/a-18900764> relativamente alla costruzione da parte dell’Austria, sulla linea di confine con la Slovenia, di una barriera lunga 3,2 km.

³ In questa prospettiva e per quanto specificamente interessa in questa sede, si sofferma sull’incidenza dei flussi migratori, già D. HELD, *Democracy and The Global Order*, Polity Press, London, 1995, 99 ss.

Anzitutto, si prenderà in considerazione l'ineliminabile tensione tra abolizione dei controlli alle frontiere *interne* e volontà degli Stati di conservare il controllo del proprio territorio, in particolare attraverso l'esercizio di alcune competenze in materia di gestione dei flussi migratori.

La circostanza che il movente concreto addotto a sostegno del ripristino dei controlli intra-frontalieri sia stato più volte espressamente indicato nell'esigenza di fronteggiare la minaccia *continua* recata alla sicurezza interna dal massiccio afflusso di richiedenti protezione internazionale solleva, infatti, la questione del legittimo impiego del medesimo⁴, se non altro perché il 26esimo Considerando del Preambolo del "Codice Frontiere" precisa che «la migrazione e l'attraversamento delle frontiere esterne di un gran numero di cittadini di paesi terzi non dovrebbero essere in sé considerati una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza interna»⁵ e che il diritto europeo prevede una diversa (eccezionale) procedura per organizzare una tutela immediata e temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati provenienti da Paesi terzi⁶.

Né il fatto che la Commissione europea abbia sostanzialmente avalato il ricorso al ripristino temporaneo dei controlli intra-frontalieri da parte delle Amministrazioni di alcuni Paesi⁷ dirime ogni dubbio circa la legittimità dello stesso⁸, ché la funzionalizzazione ad obiettivi di

⁴ Tali eccezioni sono tuttavia invocabili in caso di *minaccia grave all'ordine pubblico ed alla sicurezza interna* o laddove «*circostanze eccezionali* in cui il funzionamento dello spazio senza controllo alle frontiere interne è messo a rischio a seguito di carenze gravi e persistenti nel controllo di frontiera alle frontiere esterne». L'articolo 29, par. 1 del *Codice unionale frontiere Schengen* precisa peraltro che tale ipotesi rileva nella misura in cui «tali circostanze costituiscano una minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna nello spazio senza controllo alle frontiere interne o parti di esso».

⁵ Per il virgolettato riportato nel testo cfr. il Preambolo del già citato *Codice unionale frontiere Schengen*.

⁶ La procedura in discorso, disciplinata dalla direttiva n. 2001/55/CE (approvata in seguito alla guerra svoltasi nella ex-Yugoslavia negli anni Novanta e tuttora mai applicata) è stata pensata proprio per fronteggiare in casi in cui, in ragione della consistenza numerica, i flussi non possano essere affrontati con il comune sistema d'asilo (di cui anzi pregiudicherebbero il corretto funzionamento).

⁷ Cfr. C(2015)7100, *Commission Opinion of 23.10.2015 on the necessity and proportionality of the controls at internal borders reintroduced by Germany and Austria*, consultabile in www.ec.europa.eu, (specie p. 9).

⁸ La circostanza che il movente concreto delle modifiche apportate sia talora indicato nella volontà di sospendere (o forse escludere) alcuni Paesi (per esempio la Grecia) dall'area Schengen - come indicato da E. GUILD, E. BROUWER, K. GROENDIJK, S. CARRERA, *What*

contenimento della pressione migratoria ne compromette inevitabilmente il carattere eccezionale, che pure andrebbe salvaguardato trattandosi di misura restrittiva della libertà di circolazione.

Dalla sostanziale conflittualità tra assenza di controlli in fase di attraversamento delle frontiere interne ed esigenza di governo dei flussi migratori emerge inoltre che la ragione ultima della tensione esistente tra piena attuazione della libertà di circolazione nello spazio europeo e volontà di ciascuno Stato di continuare a “decidere” se, e a quali condizioni, i cittadini dei Paesi terzi possano fare ingresso nel proprio territorio e soggiornarvi, risiede nel fatto che i singoli Stati interpretano in modo diverso le finalità dell'integrazione europea e che, in questo specifico settore, istituti e principi fondanti la medesima sono spesso impiegati per rafforzare prerogative nazionali.

È impossibile ovviamente prevedere le conseguenze ultime di tale fenomeno⁹; in questa sede si tenterà unicamente di riflettere su alcune “debolezze” dello Spazio europeo in cui dovrebbe esplicarsi la libertà di circolazione, provando ad ipotizzare possibili soluzioni.

2. *Segue.* Alle origini dello “Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia”: l'Accordo del 1985 e la progressiva integrazione dell'*acquis* di Schengen nei Trattati

L'analisi dell'ambito applicativo delle “clausole di eccezione” al Sistema Schengen quale profilo specifico della crisi dell'Unione Europea impone di soffermarsi sul legame peculiare esistente tra creazione di uno Spazio europeo in cui la libertà di circolazione possa esplicarsi in assenza di controlli intra-frontalieri e modalità di attraversamento delle frontiere esterne divenute “comuni”.

is happening to The Schengen Borders?, in *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, cit., specie 8 ss. – aggrava peraltro gli interrogativi di fondo indicati nel testo.

⁹Con particolare riguardo all'applicazione delle “clausole di eccezione” al Codice Frontiere Schengen fa riflettere l'adozione da parte della Commissione di una nuova decisione di esecuzione che (ai sensi dell'articolo 29 del Codice unionale Schengen) stabilisce una raccomandazione di prolungare temporaneamente i controlli alle frontiere interne in circostanze eccezionali che mettano a rischio il funzionamento complessivo dello Spazio Schengen per Austria, Germania, Danimarca, Norvegia e Svezia, cfr. COM (2016), 7111 del 25 ottobre 2016.

Di quest'ultimo si dà atto del resto sin dalle prime fasi del cammino che apre il processo di realizzazione dello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, ch  il Libro Bianco della Commissione europea sul *completamento del mercato interno* del 1984, bench  ispirato dalla funzionalizzazione della libert  di circolazione alla realizzazione del mercato unico, subito associa l'abolizione dei controlli intra-frontalieri all'esigenza di garantire il coordinamento delle norme nazionali in materia di attraversamento delle frontiere esterne¹⁰.

L'oggettiva difficolt  di delineare l'ampiezza di tale legame spiega, tuttavia, il perseguimento graduale di tale obiettivo, tanto pi  evidente se si ricorda che il primo Accordo finalizzato a creare uno *spazio unico* in cui la libert  di circolazione e soggiorno possa essere esercitata in assenza di controlli sulle persone in fase di attraversamento delle confini nazionali   sottoscritto (nella cittadina di Schengen, nel 1985) soltanto da una parte degli Stati all'epoca aderenti alla Comunit  economica europea ed interamente ricondotto all'orbita del diritto internazionale¹¹.

In questa logica, esso anzi distingue espressamente tra misure applicabili *a breve termine*, perch  finalizzate a perfezionare «i processi gi  realizzati in seno alle Comunit  europee, allo scopo di garantire «la libera circolazione delle persone, delle merci, e dei servizi»¹², e misure applicabili *a lungo termine*¹³: rispetto a queste, gli Stati aderenti prevedono infatti di “trasferire” solo in un momento successivo all'eliminazione dei controlli alle frontiere comuni il controllo delle

¹⁰ Nell'ambito delle norme comuni rilevanti ai fini dell'attraversamento delle frontiere esterne sono incluse anche quelle disciplinanti le condizioni di ingresso, soggiorno ed accesso al lavoro dei cittadini di Stati terzi, unitamente all'adozione di misure *comuni* in materia di asilo e protezione dei rifugiati, cfr. COM (85), 310 *final*, pagg. 17-18, in *www.ec.europa.eu*.

¹¹La dottrina sugli accordi di Schengen  , come intuibile, copiosa ed esprime, oltre tutto, approcci diversi ai problemi rilevanti mano a mano che il c.d. *acquis* di Schengen diviene parte “integrante” dell'ordinamento europeo. Mi limito, pertanto, a rinviare ad alcuni (ormai risalenti) contributi relativi all'entrata dell'Italia nel *sistema Schengen*, ed anzitutto ad AA. VV., *L'Italia e Schengen*, Atti del Convegno organizzato dal Comitato di controllo sull'attuazione e il funzionamento della Convenzione di Schengen, Camera dei Deputati, Segreteria generale – Ufficio pubblicazioni e informazione parlamentare, Roma 1998, 23 ss. cui *adde* almeno B. NASCIBENE (a cura di, con la collaborazione di M. PASTORE), *Da Schengen a Maastricht: apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Giuffr , Milano 1995.

¹² Cos  gli articoli 1-16 del Titolo I.

¹³Cfr. il Preambolo degli Accordi ed il Primo considerando.

frontiere esterne¹⁴ e si orientano a perseguire tale obiettivo attraverso un'armonizzazione progressiva delle disposizioni su divieti e restrizioni, l'adozione di misure specificamente finalizzate a salvaguardare la *sicurezza* delle popolazioni degli Stati membri (anche in settori quali la repressione dell'*immigrazione clandestina*), l'armonizzazione delle politiche sui *visti* ed «alcuni» aspetti del diritto degli stranieri¹⁵.

L'Accordo del 1985 non detta pertanto una disciplina completa dell'*ingresso* e del *soggiorno* dei cittadini provenienti da Paesi terzi: occupandosi unicamente delle norme immediatamente funzionali all'eliminazione dei controlli “intra-comunitari” esso prevede semplicemente che l'attraversamento delle frontiere esterne possa essere effettuato presso valichi appositi (dove le persone subiranno controlli secondo modalità dettagliatamente disciplinate)¹⁶ e che, laddove in possesso di un *visto uniforme* (valido cioè per l'intera Area), il cittadino di un *Paese terzo* possa esercitare il diritto di circolare liberamente in tutti i Paesi che hanno sottoscritto gli Accordi.

Solo per i soggiorni non superiori a tre mesi (i soggiorni “di breve durata”) si prevede il rilascio di un *visto* valido anche in Stati diversi da quello “di frontiera”¹⁷, fermo restando che tale visto, oltre ad avere validità temporalmente limitata, consente unicamente l'*ingresso* nello Stato in discorso, non consentendo l'accesso al lavoro, che richiede invece la verifica dei documenti di viaggio e delle altre condizioni di ingresso disciplinati a livello nazionale, nonché (ai sensi dell'articolo 96 della Convenzione di applicazione, di cui a breve dirò) la non segnalazione nel Sistema Schengen¹⁸.

¹⁴Vedi gli artt. 17-30 dell'Accordo di Schengen.

¹⁵Così testualmente l'articolo 20 dell'Accordo (relativamente al quale mi sembra peraltro da sottolineare il timido impiego dell'aggettivo «alcuni» con riguardo all'armonizzazione delle regole riguardanti la condizione dello straniero extra-comunitario). Secondo G. CORNELISSE, *What's wrong with Schengen? Border Disputes and the Nature of Integration in the Area without Internal Borders*, in *Common Market Law Review*, 2014 (51), Issue 3, 741-770, le c.d. “misure di accompagnamento” all'abolizione dei controlli alle frontiere interne non sono inizialmente valorizzate al fine di elaborare una politica migratoria comune agli Stati membri proprio in ragione del loro carattere strumentale alla realizzazione del mercato unico e solo dal 1989 (con la caduta del Muro di Berlino) acquisiscono un'autonoma ragione d'essere.

¹⁶ La disciplina sarà dettata dall'articolo 6 della Convenzione di applicazione.

¹⁷ Le condizioni per il rilascio del visto relativo al soggiorno di breve durata sono definite dall'articolo 5 della Convenzione di applicazione.

¹⁸ Cfr. ancora l'articolo 7 dell'Accordo di Schengen. La dissociazione tra abolizione dei controlli interni alle frontiere e politica comune in materia di asilo ed immigrazione (cui è

I visti per un soggiorno di oltre tre mesi rimangono invece *visti nazionali* (rilasciati da ciascuno Stato nel rispetto della propria legislazione): essi consentono solo di transitare nel territorio delle altre Parti contraenti fino allo Stato di destinazione, mentre il permesso di soggiorno rilasciato dal singolo Stato permette anch'esso allo straniero extra-comunitario di circolare in altri Stati per un periodo non superiore a tre mesi¹⁹.

Alla sottoscrizione dell'Accordo segue, nel 1990, quella della Convenzione di applicazione che, con il dichiarato obbiettivo di far progredire la realizzazione dello «spazio senza frontiere interne»²⁰, detta, per un verso, una serie di norme relative all'introduzione di una disciplina uniforme dei controlli alle frontiere, per altro aspetto consentendo deroghe eccezionali alla libertà di circolazione se giustificate da *esigenze nazionali*²¹ (fermo restando che le misure adottate per motivi di ordine pubblico o sicurezza nazionale devono essere comunicate alle altre Parti contraenti ed al *Comitato esecutivo* appositamente istituito per vigilare sulla corretta applicazione della Convenzione)²².

Struttura portante degli Accordi di Schengen (*rectius*: della Convenzione di applicazione) è il Sistema di informazione Schengen (SIS) che, vero «sistema nervoso» dello Spazio unico europeo (tuttora può essere considerato in questi termini)²³, consente di sostituire ai controlli ai posti di frontiera una rete di banche dati nazionali (collegate ad una banca dati centrale) idonea ad assicurare la circolazione delle

da ricondurre l'adozione di una disciplina comune dei visti di lunga durata) è dunque pressoché immediata e limitate eccezioni sono previste solo in favore dei *rifugiati* cui, in seguito alla sottoscrizione della Convenzione sullo stato dei rifugiati del 28 luglio 1951 (la c.d. Convenzione di Ginevra), i singoli Stati sono tenuti a "facilitare" l'accesso al lavoro, rimanendo escluso (almeno in questa fase) l'esercizio della libertà di circolazione a livello comunitario. L'estensione della libertà di circolazione e soggiorno in territorio europeo ai beneficiari di protezione internazionale avverrà a distanza di anni, grazie alla direttiva 2011/95/UE, che estenderà a questi ultimi i diritti dei migranti regolari lungo-soggiornanti.

¹⁹ Cfr. C. CORSI, *Il trattamento dello straniero*, Cedam, Padova, 2001, 382 ss.

²⁰ Così l'articolo 7A del Trattato CE all'epoca vigente.

²¹ L'articolo 2 della Convenzione di applicazione già parla di «esigenze di ordine pubblico o di sicurezza nazionale».

²² Cfr. l'articolo 131 della Convenzione di applicazione.

²³ Per il virgolettato nel testo, cfr. E. DE CAPITANI – F. FERRARO, *Schengen tra riforma e rinazionalizzazione*, in G. AMATO – R. GUALTIERI (a cura di), *Prove di Europa unita. Le istituzioni europee di fronte alla crisi*, Passigli Editori, Firenze, 2013, 202.

informazioni ritenute idonee a preservare «l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica, compresa la sicurezza dello Stato»²⁴.

Anche il SIS è orientato a compensare l'abolizione dei controlli alle frontiere interne con l'esistenza di prerogative in capo agli Stati membri: destinato a preservare, conformemente alle disposizioni della Convenzione di applicazione, «l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato» e ad «assicurare l'applicazione nel territorio delle Parti contraenti delle disposizioni sulla circolazione delle persone stabilite ... nella Convenzione», esso opera infatti in una logica squisitamente procedurale e, pur incidendo sia sulla circolazione dei cittadini degli Stati membri che sulla concessione dei visti uniformi agli stranieri (ma anche dei permessi di soggiorno)²⁵, rimane imperniato su *valutazioni nazionali* circa la concreta esistenza di un pericolo per *la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico interno*²⁶.

La sottoscrizione (nel 1990) della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (da cui il SIS nasce) segna ciononostante un'evoluzione significativa nel processo di integrazione europea, in quanto non solo risolve fondamentali questioni definitorie (precisando in particolare le nozioni di *frontiera interna ed esterna*, di straniero, di Paese terzo, di valico e controllo di frontiera, di titolo di soggiorno e di domanda di asilo)²⁷ ma – nell'intento di addivenire all'abolizione dei controlli alle frontiere interne – inizia ad occuparsi delle *regole uniformi* in materia di ingresso e soggiorno dello straniero: “laboratorio sperimentale” per la creazione di uno spazio europeo in cui la libertà di circolazione risulti effettiva, la CAAS esemplifica pertanto la

²⁴In base a quanto testualmente previsto dall'articolo 93 della Convenzione di applicazione degli Accordi di Schengen.

²⁵ Resta fermo tuttavia che il SIS non può essere utilizzato per negare l'ingresso in uno Stato membro ad un cittadino comunitario.

²⁶Laddove uno straniero extra-comunitario sia segnalato nella banca dati in discorso grazie alla decisione di un'autorità amministrativa o giurisdizionale di uno Stato membro «fondat(a) sulla circostanza che la presenza dello straniero costituisce una minaccia per l'ordine o la sicurezza pubblica o per la sicurezza nazionale», la segnalazione può ostare infatti alla concessione del visto e, laddove quest'ultimo sia egualmente accordato (in relazione alla sussistenza di interessi meritevoli di tutela) è comunque esclusa la possibilità di circolare nell'Area Schengen. Sul rilascio del visto di breve durata allo straniero può incidere tuttavia solo la categoria di segnalazioni prevista dall'articolo 96 della Convenzione di applicazione dell'Accordo.

²⁷ Vedi l'articolo 1 della Convenzione di applicazione.

prima, embrionale estensione delle competenze comunitarie alla disciplina degli ambiti materiali rilevanti a tal fine²⁸.

Né può tacersi l'effetto di stimolo ascrivibile agli Accordi in discorso rispetto ad altre forme di cooperazione inter-governativa, puntualmente comprovato, già nell'ottobre del 1986, dalla costituzione del Gruppo *ad hoc* immigrazione, che giungerà a redigere la Convenzione per la determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri della Comunità (l'ormai celebre Convenzione di Dublino)²⁹.

Il Gruppo immigrazione perviene invero anche alla predisposizione di una bozza di Convenzione per l'attraversamento delle frontiere esterne che tuttavia, a causa della controversia che da tempo contrappone la Spagna ed il Regno Unito relativamente a Gibilterra, non sarà mai firmata³⁰.

La stessa elaborazione di una disciplina relativa ai lavoratori extra-comunitari legalmente soggiornanti nei diversi Stati membri progredisce del resto con difficoltà (e con essa la garanzia di pari trattamento tra questi ultimi ed i lavoratori comunitari), tanto che la Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (approvata dal Consiglio europeo di Strasburgo il 9 dicembre 1989) che pure avrebbe dovuto riguardare indistintamente lavoratori comunitari ed extra-comunitari – malgrado “le buone intenzioni” dichiarate nel Preambolo, secondo cui «spetta agli Stati membri garantire che i lavoratori dei paesi terzi e i loro familiari che soggiornano legalmente possano beneficiare, per le condizioni di vita e di lavoro, di un trattamento comparabile a quello

²⁸Gli Stati sottoscrittori (cui in seguito si aggiungeranno quasi tutti gli altri Stati aderenti ai Trattati comunitari) sono infatti subito consapevoli delle «conseguenze negative» che «da un alleggerimento dei controlli alle frontiere comuni» derivano riguardo alla sicurezza dei Paesi aderenti (cfr. l'articolo 7 dell'Accordo Schengen). Quanto al rapporto tra gli Accordi di Schengen ed il diritto comunitario, l'articolo 134 della CAAS ne subordina espressamente l'applicabilità alla compatibilità con quest'ultimo.

²⁹La Convenzione, firmata a Dublino il 15 giugno 1990 e pubblicata in GUCE, C 254 del 19 agosto 1997, entrerà in vigore dal 1° settembre 1997.

³⁰Su questa vicenda cfr. M. CONDINANZI – A. LANG – B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, II ed., Giuffrè, Milano, 2006, specie 258. Sulla resistenza in particolare del Regno Unito, a cedere le proprie prerogative in materia di controllo dei confini nazionali, cfr., inoltre, E. GUILD, *Immigration law in The European Community*, Kluwer Law International, 2001 e D. WEBBER, *The Politics of Differentiated Integration in The EU: Origins, Decision Making and Outcomes*, in *The Monash European an EU Centre (MEEUC), Working Paper*, 1/2012, 4 ss.

concesso ai lavoratori dello Stato membro interessato» – riferisce le proprie disposizioni ai soli lavoratori comunitari³¹.

Anche all'indomani della costituzionalizzazione della cittadinanza europea, una visione comune in ordine al trattamento dei cittadini di Stati terzi stenta insomma ad affermarsi³²; l'incorporazione nei Trattati istitutivi *dell'acquis* di Schengen³³ avviene anzi solo qualche anno dopo (con il Trattato di Amsterdam del 1997) e – pur costituendo un'innovazione assai rilevante³⁴ – prevede un compromesso destinato ad incidere in modo significativo sulla realizzazione dello Spazio europeo di *libertà* giacché, mentre le politiche relative all'attraversamento delle frontiere, all'asilo ed all'immigrazione sono ricondotte al metodo comunitario, la materia della «sicurezza pubbli-

³¹ La Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori approvata a 11 (senza il Regno Unito) risulta pubblicata in *Rivista di diritto internazionale*, 1989, 1000 ss. Le disposizioni dalla stessa dettate sono ora “riprese” dal Trattato di Lisbona (articolo 151 TFUE) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

³² L'incorporazione dell'*acquis* di Schengen non avviene, del resto, di pari passo all'evoluzione del diritto dell'Unione ed anzi, a dimostrazione del carattere altalenante, oltre che graduale, dell'integrazione tra gli Stati membri, è preceduta dalla costituzionalizzazione della cittadinanza europea (pure incentrata sul riconoscimento generalizzato della libertà di circolazione) che, dovuta al Trattato di Maastricht (1992), prescinde dall'inserimento in quest'ultimo del “Sistema Schengen”. Un approccio ancora timido all'esigenza di adottare decisioni comuni in settori nevralgici per l'efficiente funzionamento del mercato interno preclude pertanto l'adozione di regole comuni riguardo al trattamento da destinare ai cittadini di Stati terzi (anche se, rilevano M. CONDINANZI – A. LANG – B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, II ed., cit., 261, l'articolo K1 «già menziona distintamente i settori della disciplina del diritto di asilo, dell'attraversamento delle frontiere e dell'immigrazione»).

³³ Il Protocollo (n.2) di integrazione dell'*acquis* di Schengen nel quadro del diritto comunitario definisce come parte dell'*acquis* di Schengen: l'Accordo del 1985 e la Convenzione di applicazione, i Protocolli addizionali e gli Accordi, le Decisioni e le Dichiarazioni adottati dal Comitato esecutivo e dal Gruppo centrale previsti dall'Accordo (cfr. la Decisione 1999/435/CE (del Consiglio) del 20 maggio 1999, in GUCE del 22 settembre 2000, n. 43, che include peraltro più di 500 pagine di legislazione rilevante).

³⁴ L'integrazione del c.d. Sistema Schengen nel quadro normativo previsto dal Trattato di Amsterdam (1997) è ritenuta una sorta di «rivoluzione copernicana» da B. NASCIMBENE, *Lo spazio Schengen: libertà di circolazione e controlli alle frontiere esterne*, in AA.VV., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra problemi applicativi e prospettive*, Atti del Convegno organizzato dal Comitato di controllo sull'attuazione e il funzionamento della Convenzione di Schengen, cit., 26, ché, da questo momento, il Consiglio risulta legittimato a tradurre gli accordi in discorso e le misure attuative successivamente adottate, in atti di diritto derivato dell'Unione (riconducendoli - a seconda che si tratti di materia penale o no – al primo o al terzo pilastro) di cui si prevede il controllo di legittimità da parte della Corte di Giustizia.

ca» e la cooperazione giudiziaria in campo penale rimangono nell'orbita della cooperazione inter-governativa³⁵.

Né può tacersi che le difficoltà correlate all'elaborazione di criteri condivisi relativamente al rilascio dei visti d'ingresso e dei permessi di soggiorno (oltre che relativamente alle condizioni di accesso al lavoro) con riguardo ai cittadini di Stati terzi sono destinate a tradursi in un ostacolo per la libertà di circolazione dei cittadini comunitari: è la stessa Corte di Giustizia – massima promotrice, ad avviso di molti, del processo di integrazione europea – a riconoscerlo nella celebre sentenza *Wijzenbeek* in cui, chiamata ad accertare se l'instaurazione del mercato interno e l'abolizione dei controlli alle frontiere rendano illegittimo il controllo dei documenti di identità all'atto dell'ingresso in uno Stato membro³⁶, nega l'illegittimità di quest'ultimo in quanto l'esame dei documenti sia funzionale ad accertare la cittadinanza della persona; né potrebbe essere diversamente, dal momento che solo l'esistenza di una visione comune in ordine ai «controlli alle frontiere esterne, (alla) politica d'immigrazione, ... (ai) visti (ed all') asilo» renderebbe inammissibile la prova della *cittadinanza* richiesta all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne³⁷.

³⁵Ulteriore compromesso è rappresentato dalla definizione del *sistema Schengen* come “cooperazione rafforzata” al fine di consentire a due, degli allora Stati membri della Comunità europea (Regno Unito ed Irlanda) di non accettare gli Accordi. Sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'Unione Europea grazie al Trattato di Amsterdam, avuto particolare riguardo alla non adesione di Regno Unito, Irlanda e Danimarca, cfr. ancora M. CONDINANZI – A. LANG – B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, cit., 249 ss., specie 267 ss. Sulle materie rientranti nel II e III Pilastro del Trattato di Amsterdam, rinvio inoltre a A. TIZZANO, *Brevi considerazioni introduttive sul Trattato di Amsterdam*, in *La Comunità internazionale*, (52) 1997, 673 ss., specie 689 ss.

³⁶Il fatto concreto rilevante nella causa principale consiste nel rifiuto opposto dal signor *Wijzenbeek* – in violazione della normativa olandese applicabile – di presentare il passaporto e di comprovare la nazionalità olandese al momento dell'entrata nei Paesi Bassi, cfr. CGCE, sentenza 21 settembre 1999, C-378/97, *Wijzenbeek*.

³⁷CGCE, sentenza *Wijzenbeek*, cit. (le cui acquisizioni sul punto possono ritenersi recepite dalla dir. 2004/38/UE), specie il passaggio argomentativo contenuto nel paragrafo 43 della motivazione secondo cui: «al momento dei fatti di cui alla causa principale, non esistevano norme comuni né norme di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri, in particolare in materia di controlli alle frontiere esterne, di politica d'immigrazione, di visti e di asilo. Di conseguenza, anche nel caso in cui, in forza dell'art. 7 A o dell'art. 8 A del Trattato, i cittadini degli Stati membri avessero un diritto incondizionato di circolare liberamente sul territorio degli Stati membri, questi ultimi conserverebbero il diritto di effettuare controlli d'identità alle frontiere interne della Comunità, obbligando ogni interessato a presentare una carta d'identità o un passaporto validi, come previsto dalle direttive 68/360, 73/148, 90/364, 90/365 e 93/96, al fine di poter accertare se la persona interessata sia

Con il Trattato di Lisbona, tuttavia, superata l'originaria ripartizione "per pilastri", la realizzazione dello Spazio europeo di libertà risulta espressamente affidata sia all'abolizione dei controlli alle frontiere interne che all'elaborazione di una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne³⁸; a questo riguardo, anzi, il TFUE prevede basi giuridiche distinte con riguardo a ciascun settore, riconducendo all'alveo del diritto dell'Unione sia gli oggetti già rientranti nelle competenze "comunitarie" che quelli finora non inclusi in tale area.

Le riflessioni sull'esigenza di adeguare le regole istituzionali dello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia al nuovo contesto di diritto primario muovono da tali premesse e, nella misura in cui si orientano a sottrarre agli Stati prerogative finora gelosamente custodite – così da migliorare il grado di integrazione in un settore intimamente correlato alla creazione di un'Unione in senso politico – si "scontrano" con non poche questioni problematiche.

3. L'abolizione dei controlli intra-frontalieri e le "clausole di eccezione" previste dal Codice Frontiere Schengen

Incorporato nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, l'*acquis* di Schengen trova oggi le proprie basi giuridiche negli articoli 77-79.

un cittadino di uno Stato membro, avente quindi il diritto di circolare liberamente sul territorio degli Stati membri, o un cittadino di un paese terzo, non avente tale diritto».

³⁸ Cfr. l'articolo 67 TFUE e l'intero Titolo V del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea intitolato allo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia. L'incorporazione si deve in particolare al Protocollo n. 19 allegato al Trattato, specificamente intitolato «Sull'*acquis* di Schengen integrato nell'ambito dell'Unione Europea». Neppure può tacersi l'avvenuto accoglimento della libertà di circolazione nell'orbita della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, sempre in seguito al Trattato di Lisbona, acquisisce lo stesso valore giuridico dei Trattati. L'articolo 45 (par. 1) della Carta attribuisce, infatti, ad «ogni cittadino dell'Unione... il diritto di soggiornare e circolare e di soggiornare liberamente nel territorio di uno Stato membro», ferma restando l'applicabilità (ai sensi dell'articolo 52, par. 2) ai diritti ivi riconosciuti delle condizioni e dei limiti definiti dai Trattati. L'estensione della libertà di circolazione ai cittadini di Paesi terzi costituisce invece una facoltà di cui il legislatore europeo può avvalersi in base all'articolo 45, par. 2, della Carta dei diritti.

Esso consta al momento di un *corpus* normativo ben più consistente di quello “originario” ed include sia gli atti che hanno progressivamente accresciuto l’*acquis* che alcune regole adottate all’inizio del processo di integrazione tra gli Stati membri³⁹.

È l’articolo 77 TFUE a prevedere lo sviluppo, da parte dell’Unione europea di una politica volta a garantire l’assenza di qualsiasi controllo sulle persone, a prescindere dalla nazionalità, all’atto dell’attraversamento delle frontiere interne, associando a quest’ultima il controllo delle persone e la sorveglianza efficace dell’attraversamento delle frontiere esterne, nonché l’instaurazione progressiva di un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne.

A tal fine esso fornisce di base giuridica tutti gli atti necessari a concretizzare le scelte rilevanti, giacché riguardanti a) la *politica comune dei visti* e di altri titoli di soggiorno di breve durata; b) i *controlli* ai quali sono sottoposte le persone che attraversano le frontiere esterne; c) le *condizioni* alle quali i cittadini dei paesi terzi possono circolare liberamente nell’Unione per un breve periodo; d) *qualsiasi misura necessaria per l’istituzione progressiva di un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne*; e) l’*assenza di qualsiasi controllo sulle persone*, a prescindere dalla nazionalità, all’atto dell’attraversamento delle frontiere interne.

Su queste premesse, il “Codice Frontiere” attualmente vigente disciplina sia l’attraversamento dei confini nazionali in assenza di controlli – vietando le misure di effetto «equivalente» ed i controlli sistematici in luoghi posti nei pressi della frontiera – che l’attraversamento delle frontiere esterne, in quanto indissolubilmente connesso all’eliminazione dei controlli intra-frontalieri⁴⁰.

³⁹ Per una ricognizione completa dei principali atti normativi riconducibili all’*acquis* di Schengen, cfr. S. PEERS, *The future of Schengen System*, in *Swedish Institute for European Policy Studies*, Report no. 6, November 2013, 17 ss. L’adozione dell’*acquis* di Schengen è indicata inoltre come condizione di adesione all’Unione europea da parte di nuovi Stati. Tale principio non vale invece per gli Stati membri che (a suo tempo) non hanno aderito agli Accordi di Schengen (Irlanda e Regno Unito) i quali regolano con apposite intese bilaterali l’attraversamento dei rispettivi confini, mentre i rapporti con gli altri Stati membri (con cui tali Stati non hanno frontiere terrestri comuni) sono oggetto del Protocollo n. 20 allegato al Trattato di Lisbona. La soppressione dei controlli non vale inoltre per gli Stati membri che, per varie ragioni, non hanno potuto accettare subito l’*acquis* di Schengen (Bulgaria, Cipro e Romania), mentre vale per Stati *terzi* all’Unione europea (quali l’Islanda, il Liechtenstein, la Norvegia e la Svizzera).

⁴⁰ Nel Regolamento n. 399/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio sono state trasfuse tutte le modifiche apportate nel tempo al Regolamento n. 562/2006 (il “vecchio” Co-

La disciplina delle condizioni procedurali di attraversamento delle frontiere esterne è inoltre integrata da misure finalizzate a garantire la *cooperazione operativa* tra le Amministrazioni nazionali: si tratta di soluzioni destinate a garantire l'operatività del c.d. *sistema integrato di gestione delle frontiere esterne* essenzialmente attraverso il consolidamento di pratiche uniformi da parte delle Amministrazioni competenti, coordinate da un'Agenzia europea appositamente istituita (*Frontex*)⁴¹ e tutte chiamate a partecipare al Sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (EUROSUR), destinato a rafforzare lo scambio di informazioni tra queste ultime⁴².

La politica comune dei visti è, ovviamente, anch'essa un elemento fondamentale della politica comune relativa all'attraversamento delle frontiere esterne e, incentrata sulla definizione di criteri uniformi per il rilascio dei visti di breve durata⁴³, risulta integrata dal Regolamento che definisce la lista dei Paesi terzi i cui cittadini possono accedere al territorio europeo in assenza di visto⁴⁴ e dall'istituzione del Sistema di informazione visti (c.d. VIS), l'archivio elettronico nell'ambito del quale sono conservati i dati relativi ai visti ed al quale possono acce-

dice Frontiere Schengen). Il Regolamento del 2016 costituisce oltre tutto la prima, fra le diverse misure relative al controllo alle frontiere, adottate all'esito della procedura legislativa ordinaria, caratterizzata come noto dalla procedura di co-decisione (che coinvolge il Parlamento europeo ed il Consiglio e trova base legislativa nell'articolo 77, par. 2 del TFUE).

⁴¹Tali misure sono volte ad assicurare il coordinamento delle azioni intraprese dagli Stati membri ai fini dell'applicazione delle misure comuni per la gestione delle frontiere esterne (Reg. 2007/2004).

⁴²Fondamentale il ruolo ascrivito dal Regolamento n. 1987/2006 al c.d. SIS II che, "pensato" per inserire e condividere nel Sistema di informazione Schengen i dati relativi a persone coinvolte in reati gravi o non aventi comunque il diritto di entrare nel territorio dell'Unione europea, è finalizzato a garantire la cooperazione tra le amministrazioni nazionali. Ai sensi del Regolamento citato tutte le persone condannate per reati gravi *devono* infatti essere registrate nel Sistema di informazione Schengen II dagli Stati membri, mentre i cittadini di Stati terzi che abbiano violato le regole in materia di immigrazione *possono* essere registrati, ferma restando l'osservanza, in fase di adozione di tale decisione, del principio di proporzionalità, cfr. E. BROWNER, *The Other Side of the Moon: The Schengen Information System and Human Rights*, CEPS Working Document, No. 288, April 2008, 3 ss.

⁴³ Cfr. il Regolamento n. 810/2009 (c.d. Codice Visti).

⁴⁴ Cfr. il Regolamento n. 539/2001 del 15 marzo 2001.

dere le autorità nazionali competenti per il rilascio degli stessi nonché (ove occorra) le autorità nazionali di polizia ed EUROPOL⁴⁵.

La cooperazione operativa (in particolare lo scambio informativo tra le autorità dei diversi Stati) costituisce dunque uno dei principi cardine ai fini della realizzazione di una politica comune nel settore ed anzi l'esigenza di garantirne la funzionalizzazione all'efficiente funzionamento dello Spazio europeo senza frontiere interne è stata ritenuta talmente rilevante da indurre la Corte di Giustizia ad escludere dall'accesso al VIS le forze di polizia di alcuni Stati che ne avevano fatto richiesta, in ragione della mancata "rinuncia" da parte di questi ultimi al controllo dei confini nazionali⁴⁶.

Tuttora, peraltro, rispetto ai cittadini di Stati terzi solo il rilascio dei *visti* c.d. di breve durata ricade nell'ambito di applicazione di criteri uniformi a livello europeo, mentre la concessione dei visti di lunga durata idonei a consentire l'ingresso ed il soggiorno in uno Stato membro per più di tre mesi rientra (in linea di principio) nell'orbita delle politiche in materia di immigrazione regolare adottate dai legislatori nazionali e consente di entrare nell'Unione europea (al momento almeno) solo per transitare verso il Paese di destinazione⁴⁷.

Sulla "sorveglianza uniforme" delle frontiere esterne incidono infine le norme europee attualmente vigenti in materia di prevenzione e repressione dell'immigrazione clandestina⁴⁸ giacché, pur essendo il controllo dell'attraversamento delle frontiere formalmente distinto dalla materia *immigrazione*, le norme applicabili ai cittadini dei Paesi terzi che si trovano *illegalmente* negli Stati membri perché non soddisfano o non soddisfano più le condizioni di ingresso indicate dal Codice frontiere, incidono anch'esse sulla politica comune volta a garantire l'assenza di controlli sulle persone all'interno dello Spazio europeo.

⁴⁵ Il Sistema di informazione visti è stato istituito dalla Decisione del Consiglio n. 512/2004 dell'8 aprile 2004 ed il funzionamento dello stesso è disciplinato dal Regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio n. 767/2008 del 9 luglio 2008.

⁴⁶ In questa prospettiva, esclusa la riconducibilità della decisione istitutiva all'orbita della cooperazione di polizia, la Corte di Giustizia ha infatti respinto il ricorso presentato dal Regno Unito e dall'Irlanda del Nord avverso la decisione n. 2008/633 con la quale il Consiglio aveva escluso dall'accesso al VIS i due Stati ricorrenti, in quanto non partecipanti alle altre misure concretanti l'*acquis* di Schengen, cfr. Corte di Giustizia, C-482/08, 26 ottobre 2010, *Regno Unito e Irlanda del Nord c. Consiglio dell'Unione europea*.

⁴⁷ V. *Supra* il paragrafo 2.

⁴⁸ In particolare la direttiva n. 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

Incardinato sulla cooperazione operativa tra le amministrazioni nazionali, il controllo sull'attraversamento delle frontiere esterne rimane dunque demandato alla competenza pressoché esclusiva degli Stati membri e, solo recentemente integrato dal Regolamento istitutivo di una Guardia costiera e di frontiera europea (peraltro abilitata ad agire solo con il consenso degli Stati interessati)⁴⁹, rientra nell'orbita delle responsabilità incombenti su questi ultimi.

In questa logica, il "Sistema Schengen" "ripete" del resto i principi cardine dell'intera costruzione europea che, come noto, demanda l'uniforme attuazione delle *regole comuni* alle istituzioni nazionali, a queste affidando la maturazione del senso di appartenenza ad una medesima comunità politica (grazie alla parità di trattamento dei singoli individui)⁵⁰.

La circostanza che l'attuale pressione migratoria abbia innescato una significativa tendenza all'inosservanza delle norme di diritto europeo rilevanti per il contenimento dei *flussi migratori* induce pertanto a riflettere sulle cause di tale fenomeno, giacché questo potrebbe disvelare non semplicemente la contingente incapacità di alcuni Stati di garantire l'uniforme attuazione delle norme sovranazionali ma l'inadeguatezza sostanziale del meccanismo cui finora è stata affidata l'evoluzione del processo di integrazione europea.

Di tale inadeguatezza, la discutibile applicazione delle norme del codice Frontiere relative al ripristino temporaneo dei controlli intra-frontalieri costituisce invero un caso emblematico, in quanto queste, nate come deroghe eccezionali alla libertà di circolazione, sono da tempo impiegate essenzialmente a fini di contenimento della pressione migratoria⁵¹: è noto del resto che, già nel 2011, la decisione dello Sta-

⁴⁹Cfr. il Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 settembre 2016 (entrato in vigore il 6 ottobre), n. 2016/1624 (su cui ritornerò più avanti, *Infra*).

⁵⁰ Con riguardo a tale profilo, infatti, sembra tuttora prevalente l'operatività dei principi affermati dalla Corte di Giustizia nella risalente sentenza resa il 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos*, in *Raccolta giurisprudenziale della Corte di Giustizia della Comunità europea*, 1963, 7 ss., specie par. B della motivazione.

⁵¹ Nella versione originaria del «Codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone» ("Codice Frontiere Schengen"), la possibilità di ripristinare *temporaneamente* i controlli alle frontiere interne era infatti *eccezionalmente* riconosciuta a ciascuno Stato «in caso di *minaccia grave* per l'ordine pubblico e la sicurezza interna» - sia in relazione ad eventi prevedibili che non prevedibili - per un periodo di tempo limitato (30 giorni prorogabili) e con riguardo a posti di frontiera determinati. Sull'applicazione inizialmente circoscritta delle clausole di eccezione del Codice Frontiere, via via estesa ad ipotesi ulteriori, rinvio a K. GRENDIJK, *Reinstatement of Controls at the*

to italiano di far fronte ad un massiccio sbarco di immigrati tunisini, accordando ai medesimi lo *status* di beneficiari di protezione internazionale (e con esso un permesso di soggiorno idoneo a consentire la libera circolazione nell'Area Schengen per sei mesi), suscitava la risposta degli Stati confinanti (della Francia in particolare) che, al fine di evitare ingressi indesiderati, immediatamente ripristinava i controlli intra-frontalieri (sulla base degli articoli 23-25 del “vecchio” Codice Frontiere)⁵².

Il dibattito sull'opportunità di definire a livello centrale le ipotesi in cui il ripristino dei controlli può essere disposto risale anzi a tale vicenda e, “ripreso” nei contenuti essenziali in seguito ai flussi migratori del biennio 2013-15⁵³, ha direttamente ispirato l'approvazione delle norme attualmente vigenti che, oltre a consentire in modo più ampio il ripristino dei controlli intra-frontalieri, introducono un meccanismo nuovo, specificamente finalizzato a fronteggiare le «circostanze eccezionali che mettono a rischio il *funzionamento globale* dello spazio senza controllo delle frontiere interne» ed utilizzabile sotto la *leadership* del Consiglio e della Commissione europea⁵⁴.

Internal Borders of Europe: Why the Against Whom?, in *European Law Journal*, 2010, 150-170.

⁵²La decisione dell'allora Ministro degli Interni italiano Roberto Maroni di rilasciare permessi temporanei di circolazione a migliaia di migranti irregolari provenienti dalla Tunisia – permettendo a costoro la libera circolazione nell'area Schengen – provocò infatti la reazione del Governo francese che ripristinò i controlli ad alcuni posti di frontiera esistenti tra i due Stati. Sulla vicenda franco-italiana e sulle iniziative cui la stessa diede origine, cfr. M. BENVENUTI, *La protezione internazionale degli stranieri tra polarità vecchie e nuove*, in (a cura di) F. ANGELINI, M. BENVENUTI, A. SCHILLACI, *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza. Atti del Convegno di Roma, 2-3 febbraio 2011*, Jovene, Napoli, 2011, 59 ss., specie 80-84.

⁵³In seguito a tali “forzature”, le norme del “Codice Frontiere” sono state infatti modificate dal Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1051/2013. Attualmente le “clausole di eccezione” sono previste dagli artt. 25-29 del Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, n. 399/2016 (giacché il Codice frontiere Schengen, più volte modificato, è stato ripubblicato in versione consolidata come ribattezzato *Codice unionale frontiere Schengen*) e disciplinano sia il ripristino dei controlli su iniziativa dei singoli Stati (che possono giovare della possibilità di prolungarne la durata fino a due anni) che la procedura “gestita” dal Consiglio e dalla Commissione europea.

⁵⁴Cfr. l'articolo 29, comma 4 del nuovo *Codice unionale frontiere Schengen*, alla luce del quale - come «*extrema ratio* e laddove tutte le altre misure precedentemente adottate (e perfino l'intervento alle frontiere esterne del corpo di guardia di frontiera appositamente creato a livello europeo) non abbiano consentito di ridurre efficacemente la grave minaccia individuata» - il Consiglio può *raccomandare* ad uno Stato membro la reintroduzione dei

Frutto di numerosi compromessi, queste ultime (anche di recente applicate)⁵⁵ non hanno tuttavia introdotto una procedura in cui il ripristino temporaneo dei controlli è deciso unicamente dalle istituzioni europee ma consentono tuttora di procedere anche su iniziativa dei singoli Stati⁵⁶, sì che, posto che il ripristino temporaneo dei controlli è consentito – in via di *extrema ratio* – solo laddove la minaccia sia grave e previo bilanciamento tra il *probabile* impatto della stessa «per l'ordine pubblico o la sicurezza interna nello Stato membro interessato»⁵⁷ e «l'impatto *probabile* di una tale misura sulla libera circolazione delle persone all'interno dello spazio senza controllo alle frontiere interne»⁵⁸, non è chiaro come tale bilanciamento possa tradursi in una delimitazione effettiva della discrezionalità esercitabile a livello nazionale, in particolare quando le diverse Amministrazioni statuali si avvalgono del potere di determinare la consistenza concreta delle ragioni di ordine pubblico legittimanti restrizioni alla libertà di circolazione.

In presenza di una procedura solo parzialmente centralizzata (prevista dall'articolo 29 del Codice), la decisione in ordine all'esistenza di «una minaccia grave per l'ordine pubblico e la sicurezza interna di

controlli alle frontiere interne quando sia a rischio il *funzionamento globale dello Spazio Schengen* (per un periodo massimo di due anni).

⁵⁵ Austria, Germania e Norvegia si sono avvalsi recentemente della procedura “centralizzata”, la cui durata, inizialmente prevista fino al 12 novembre 2016, è stata, in data 25 ottobre 2016, prorogata di ulteriori tre mesi con Decisione di esecuzione del Consiglio recante una raccomandazione relativa alla proroga dei controlli temporanei alle frontiere interne in circostanze eccezionali in cui è a rischio il funzionamento globale dello spazio Schengen (decisione adottata su proposta della Commissione, COM 2016, 711 *final*, *Council implementing decision: setting out a Recommendation for prolonging temporary internal border control in exceptional circumstances putting the overall functioning of the Schengen area at risk*). Il *Report* relativo a tutte le ipotesi in cui (a partire dal 2006) gli Stati membri hanno notificato alla Commissione europea la reintroduzione temporanea dei controlli alle frontiere interne («*Member's States notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 et seq. of the Schengen Borders Code*») è consultabile in www.ec.europa.eu. Per riflessioni sulla portata recente del fenomeno rinvio invece a S. CARRERA, M. MERLINO, J. PARKIN, *A Race against Solidarity: the Schengen Regime and the Franco-Italian Affair*, in *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, Centre for European Policy Studies, Brussels, 2011.

⁵⁶ Come previsto dall'articolo 25, u.c. del Codice Frontiere.

⁵⁷ Si contempla espressamente l'ipotesi di «attentati o minacce terroristiche, comprese quelle connesse alla criminalità organizzata».

⁵⁸ Così testualmente l'articolo 25, comma 4, del “Codice Frontiere Schengen”.

uno Stato» continua insomma a sollevare non poche questioni problematiche giacché il concetto di ordine pubblico è, non solo naturalmente elastico, ma *storicamente variabile* a seconda delle esperienze giuridico-organizzative cui partecipa e «del modo di atteggiarsi in esse del rapporto tra libertà individuale e necessità sociale»⁵⁹; esso pertanto, laddove riferito agli Stati membri, solleva la non irrilevante questione del *come* la consistenza da questo assunta possa essere armonizzata con i principi costitutivi dello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia fino a consentire l'emersione di un'accezione condivisa a livello europeo⁶⁰.

In questa direzione invero, gli sforzi (della Corte di Giustizia in particolare) non sono mancati e, alla luce di un'interpretazione consolidata, l'invocazione dell'ordine pubblico quale limite della fondamentale libertà di circolazione, benché riferita alla tutela di interessi nazionali variabili «(nel tempo) da un Paese all'altro e da un'epoca all'altra»⁶¹ risulta da tempo subordinata all'osservanza del principio di proporzionalità⁶².

⁵⁹ Così già G. ZANOBINI, *Ordine pubblico*, in *Enciclopedia italiana*, XXV, Roma 1953, 465, e G. PANZA, *Ordine pubblico. I) Teoria generale*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1991, 1, cui rinvio per le indicazioni bibliografiche relative al diverso significato del concetto come limite all'autonomia dei privati. Sullo specifico concetto di ordine pubblico rilevante nel diritto amministrativo, cfr. invece, almeno L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *N.mo Digesto italiano*, XII, Utet, Torino, 1965, 130 e G. CORSO, *Ordine pubblico (diritto pubblico)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Giuffrè, Milano 1980, 1057.

⁶⁰ Sulla problematica *autonomia* della nozione di ordine pubblico comunitario (non costituente il denominatore comune delle diversissime nozioni operanti negli Stati membri), rinvio a A. CERRI, *Ordine pubblico. II) Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1990, 1 ss. nonché, ampiamente, F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Cedam, Padova, 2007; da ultimo cfr. anche P. RUBECHINI, *La costruzione dell'ordine pubblico europeo*, Tangram, Trento, 2014.

⁶¹ Si tratta di una giurisprudenza che rimonta addirittura alle misure restrittive della libertà di circolazione dei lavoratori comunitari. Già nella nota sentenza sul caso di *Yvonne Van Duyn* - cfr. Corte di Giustizia, causa 41/74, *Yvonne van Duyn c. Home office*, in Raccolta delle sentenze della Corte di Giustizia della Comunità europea, 1974, 1337 ss., ma anche in *www.eur-lex.europa.eu* - il rifiuto di ingresso opposto per motivi di ordine pubblico (individuati nell'appartenenza ad un certo gruppo od organizzazione) ad una cittadina olandese intenzionata trasferirsi in Gran Bretagna per accettare un posto da segretaria in una comunità scienziata è in questa logica ritenuto conforme al diritto comunitario (sul punto vedi anche le riflessioni di F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, cit., 174-175).

⁶² L'idea retrostante è che la tutela della libertà di circolazione e quella dell'ordine pubblico costituiscano due imperativi completamente eterogenei cui, malgrado le migliori intenzioni, risulta impossibile attribuire un contenuto predefinito. Il carattere per molti

L'adozione di misure restrittive della libertà di circolazione adottate nella forma di *misure generali* di polizia che colpiscano intere categorie di persone o collettività e di provvedimenti di *prevenzione generale* (aventi il fine di procurare un effetto dissuasivo in merito a comportamenti criminosi) è stata dunque vietata⁶³, dal momento che l'imposizione del limite deve conseguire ad un *pericolo specifico* per il Paese ospite e dipendere da circostanze di fatto idonee a comprovare la concreta pericolosità del singolo individuo⁶⁴.

Né mi sembra superfluo ricordare che la legittimità delle restrizioni della libertà di circolazione è stata esclusa per il solo fatto che si manifesti «una perturbazione dell'ordine sociale» e che quest'ultima, insita

aspetti contingente della nozione impone pertanto di demandare il giudizio sulla *gravità* della minaccia recata ad interessi ritenuti fondamentali per la collettività di riferimento alla competenza dell'autorità nazionale, cfr. Corte di Giustizia, sentenza *Van Duyn*, cit. Tale impostazione risulta confermata anche con riguardo alla riserva di ordine pubblico prevista nel "Sistema Schengen" di cui tuttavia il giudice comunitario ha da tempo chiarito l'esigenza di interpretazione conforme al diritto comunitario: incorporato nel diritto dei Trattati, il c.d. Sistema Schengen "subisce" infatti un'interpretazione della clausola diversa (e più restrittiva) rispetto a quella scaturente dall'articolo 96 della Convenzione di applicazione, in ragione del rango di diritto fondamentale dell'ordinamento europeo ascritto alla libertà di circolazione, cfr. Corte di Giustizia, causa C-503/03, 31 gennaio 2006, *Commissione c. Spagna*, ed in particolare il punto 48 della motivazione (in www.curia.eu.int).

⁶³In questo senso già Corte di Giustizia, causa 67/74, 26 febbraio 1975, *Carmelo Angelo Bonsignore c. Oberstadtdirektor der Stat Köln*, in *Raccolta* 1975, 297, in cui espressamente si chiarisce che «a termini dell'art. 3, n. 1 e 2 della direttiva n. 64/221, i provvedimenti di ordine pubblico o di sicurezza pubblica devono essere adottati esclusivamente in relazione al comportamento personale dell'individuo nei riguardi del quale essi sono applicati (e) la sola esistenza di condanne penali non può automaticamente giustificare l'adozione di tali provvedimenti». Sempre in questa pronuncia si chiarisce inoltre che l'ordinamento comunitario non giudica ammissibile un provvedimento «adottato nell'intento di dissuadere altri stranieri, cioè qualora esso sia fondato, secondo i termini usati dal giudice *a quo* su considerazioni di prevenzione generale».

⁶⁴Cfr. Corte di Giustizia, causa 36/75, 28 ottobre 1975, *Roland Rutli c. Ministre de l'Intérieur*, in *Raccolta* 1975, 1219 ss. Il rapporto peculiare con il territorio dello Stato ospite espresso dalla residenza effettiva nel medesimo ed il grado di «integrazione sociale e culturale» ivi raggiunto comporta inoltre limiti stringenti in fase di valutazione sulla *legittimità/proporzionalità* delle misure restrittive della libertà di circolazione e concorre a delineare uno *statuto del cittadino europeo* la cui definizione diventa solido parametro di riferimento per la disciplina della condizione dello straniero extra-comunitario legalmente presente nel territorio europeo, cfr. già B. NASCIBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Giuffrè, Milano, 1984, specie 329 ss. Non può pertanto tacersi il rilievo ascrivibile all'avvenuta estensione (dovuta alla dir. 2011/109/CE) del permesso di soggiorno previsto per i migranti regolari lungo-soggiornanti ai beneficiari di protezione internazionale.

in qualunque violazione di legge, dev'essere accompagnata ad «una minaccia effettiva ed *abbastanza grave* per uno degli interessi fondamentali della collettività»⁶⁵.

Diversamente, un'interpretazione che identifichi una minaccia grave all'ordine pubblico interno nell'afflusso massiccio di migranti deve ritenersi dissociata dalla considerazione di circostanze di fatto idonee a comprovare la concreta pericolosità del fenomeno e, in quanto non necessariamente conseguente alla riscontrata esistenza di *concreti* turbamenti dell'ordine pubblico (dovuti, per esempio, alla concentrazione di un numero eccessivo di migranti nella stessa area così da ingenerare tensioni sociali) appare sproporzionata⁶⁶, andando a tutelare semmai la sicurezza interna delle popolazioni intesa come generica esigenza di prevenzione dei reati⁶⁷, sulla premessa che l'ingresso di stranieri comporti *ex se* il rischio di attacchi terroristici.

Il ripristino dei controlli intra-frontalieri deciso in queste ipotesi veicola, pertanto, un'applicazione delle norme europee in materia di attraversamento delle frontiere che, finalizzata a tutelare uno speciale ordine pubblico rilevante in materia di immigrazione, non solo esprime una dialettica irrisolta fra gestione comune delle minacce provenienti dall'esterno e tutela della sicurezza interna (demandata ai singoli Stati) ma, giacché conseguente all'assenza di una nozione condivisa di ordine pubblico, appare suscettibile di condizionare il processo di integrazione europea ben oltre la vicenda della crisi dei rifugiati.

Già in una sentenza del 2010, del resto, il giudice europeo, non interpellato sulla legittimità dell'applicazione diretta degli articoli 25-29 del Codice Frontiere, ma sulla conformità al diritto dell'Unione di norme di polizia francesi disciplinanti lo svolgimento di controlli *si-*

⁶⁵ Cfr. Corte di Giustizia, causa 30/77, 27 ottobre 1977, *Regina (la Regina) c. Pierre Bouchereau*, in *Raccolta* 1977, 1999.

⁶⁶ Su questo profilo si sofferma anche F. IPPOLITO, *La tragedia delle frontiere esterne*, in *European Papers*, 1/2016, 653 ss.

⁶⁷ Sul concetto di *ordine pubblico* come «semplice osservanza delle leggi» cfr. A. CERRI, *Ordine pubblico. II) Diritto costituzionale*, cit., 3. A conferma di quanto sostenuto del testo, cfr. la comunicazione della Commissione europea COM (2015), del 23 maggio 2015, 7100 *final*, specie le motivazioni esposte dalla Germania, a sostegno del ripristino dei controlli intra-frontalieri, nei paragrafi 13 e 14. Rileva inoltre, in questa prospettiva, anche la diversa questione definitoria relativa al concetto di *ordine costituzionale*, tendenzialmente sovrapposto ad un'accezione *ideale* di ordine pubblico, su cui cfr. ancora A. CERRI, *Ordine pubblico*, cit., e, con specifico riguardo alla nozione di *ordine pubblico europeo*, ancora ID., *Ordine pubblico. II) Diritto costituzionale. Postilla di aggiornamento (2007)*, in *Enc. giur.*, cit., 1.

stematici sull'identità delle persone in uno spazio compreso tra la frontiera (con il Belgio) ed una linea di confine tracciata entro 20 km da quest'ultima, aveva *escluso*, in linea di principio l'incompatibilità, con l'articolo 67 TFUE, dei controlli sull'osservanza dell'obbligo di custodire portare con sé ed esibire documenti di identità (benché svolgentisi all'interno di una zona di confine ed in modo indipendente da circostanza specifiche), sancendone la non conformità al diritto dell'Unione solo in quanto i poteri dell'autorità competente non risultavano sufficientemente delimitati ad evitare che gli stessi avessero un *effetto equivalente ai controlli di frontiera*⁶⁸.

Non stupisce pertanto che, più recentemente, in una nuova pronuncia riguardante l'applicazione di norme (tedesche) in materia di polizia dell'immigrazione palesemente preordinate ad evitare *ingressi irregolari*, lo svolgimento di tali controlli in prossimità di zone di frontiera sia stato ritenuto conforme all'articolo 20 del Codice Frontiere, giacché il controllo «sull'identità, nazionalità o residenza» si svolge in questo caso al fine di combattere la situazione di *soggiorno irregolare* (malgrado l'applicazione avvenga nelle sole zone di frontiera), risultando *adeguatamente limitato* quanto ad intensità e frequenza⁶⁹.

La recente “crisi dei rifugiati” drammatizza, insomma, i limiti di una riforma che, innestata in un quadro giuridico lacunoso sul versante della definizione delle condizioni sostanziali di ingresso e soggiorno nel territorio dell'Unione dei cittadini extra-comunitari⁷⁰, si presta

⁶⁸Lo svolgimento dei controlli aveva peraltro consentito di “individuare” due migranti irregolari di nazionalità algerina, cfr. Corte di Giustizia, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*, par. 68.

⁶⁹Cfr. Corte di Giustizia, C-278/12, sentenza 19 luglio 2010, *Adil*, par. 40. Peraltro, come osserva G. CORNELISSE, *Border Disputes on The Nature*, cit., nota 121, non è chiaro come il controllo in prossimità della zona di frontiera possa, nel contesto specifico della “crisi dei rifugiati”, assolvere al fine di evitare ingressi irregolari, dal momento che i richiedenti asilo non possono “tecnicamente” essere considerati migranti irregolari (ai fini della direttiva *Rimpatri*), almeno finché la procedura incardinata presso uno Stato membro non si concluda in senso negativo (come stabilito dalla Corte di Giustizia, C-534/11, 30 maggio 2013, *Arslan*).

⁷⁰Il ripristino dei controlli intra-frontalieri si deve infatti all'insufficienza della regola dello “Stato di primo ingresso” quale criterio di individuazione dello Stato competente ad esaminare le domande dei richiedenti asilo che, da tempo evidenziata, non è stata adeguatamente valutata dal punto di vista dell'incidenza esplicita sull'esercizio della libertà di circolazione (il ripristino dei controlli è infatti funzionale a re-inviare i migranti sottoposti a controllo nello Stato in cui è avvenuto il primo ingresso irregolare). L'obbiettivo perseguito dalla normazione europea attualmente vigente in materia è infatti costituito dalla garanzia di «un trattamento di *livello equivalente* quanto alle condizioni di accoglienza e di

ad essere funzionalizzata al raggiungimento di obiettivi diversi rispetto a quelli che ne hanno ispirato l'adozione.

Il conflitto irrisolto tra Europa “senza frontiere” interne e prerogative nazionali si assesta così lungo la distinzione, operata caso per caso dal giudice europeo, tra controlli di polizia svolti all’*interno* del territorio nazionale (consentiti) e controlli “*sul* confine territoriale” comune con altri Stati membri (in linea di principio vietati)⁷¹: è un profilo peculiare della crisi attuale dell’ordinamento europeo che, “costruito” sull’abolizione dei controlli intra-frontalieri quale elemento essen-

pari livello quanto alle garanzie procedurali e alla determinazione dello status» (così già G. MORGESE, *Gli sviluppi della politica dell’Unione europea in materia di asilo in base al Programma di Stoccolma*, in *Gli stranieri*, 1/ 2011, 155 ss., 161). Peraltro – anche a voler omettere una serie di rilievi in ordine agli oneri che tale principio finisce per imporre agli Stati i cui confini sono limite esterno dello spazio europeo - tale presunzione non solo non ha valore normativo ma «appare ispirata da esigenze apertamente apologetiche», cfr. E. CANNIZZARO, *Interessi statali e diritti individuali nella politica dell’Unione relativa a visti, asilo e immigrazione*, Relazione al Convegno “Il processo bi-direzionale di integrazione”, 3-4 ottobre 2013, Università di Roma Tre, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l’integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell’Unione e ordinamento italiano*, Giappichelli, Torino, 2014, 236. La presunzione che i diritti fondamentali siano rispettati in ciascuno Stato membro (così che ogni Stato possa essere considerato “paese sicuro” ai fini dell’esercizio della competenza ad esaminare la domanda di asilo) è stata da tempo smentita dalla giurisprudenza della Corte EDU che ha ritenuto inapplicabile la c.d. *presunzione di protezione equivalente del diritto dell’Unione europea* (e più in generale dei diritti umani) in diversi Stati membri, cfr., per tutte, la sentenza della Corte europea dei diritti dell’Uomo, *M.S.S. contro Belgio e Grecia*, del 21 gennaio 2011 (il cui orientamento risulta ampiamente recepito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea). Le acquisizioni della giurisprudenza europea sono state di recente ribadite anche dal “nostro” Consiglio di Stato, nella sentenza del 27 settembre 2016, n. 4004 di accoglimento del ricorso presentato in Italia contro il provvedimento della Direzione centrale dei servizi civili per l’immigrazione e l’asilo che aveva stabilito il trasferimento di un migrante richiedente asilo in Italia in ragione del fatto che la richiesta era già stata avanzata in Ungheria.

⁷¹Cfr., da ultimo, in materia di restrizioni alla libertà di circolazione dell’immigrato beneficiario di protezione internazionale, Corte di Giustizia, sentenza del 1° marzo 2016, cause riunite C-443/14 e C-444/14, *Kreis Warendorf c. Ibrahim Alo e Amira Osso c. Region of Hannover*, che ritiene legittimo l’obbligo di residenza imposto ai due ricorrenti in ragione di *seri* motivi di politica migratoria, quali l’esigenza di garantire l’integrazione dei beneficiari di protezione sussidiaria nel luogo in cui si trovano anche attraverso un’adeguata distribuzione sul territorio degli oneri sociali derivanti da tale *status* e purché misure analoghe possano essere disposte anche nei confronti degli immigrati legalmente residenti (sempre per ragioni umanitarie). In senso critico sulla possibilità di demandare interamente al giudice europeo il compito di mediazione degli interessi confliggenti, cfr. da ultimo, E. OLIVITO, in E. OLIVITO – G. REPETTO, nell’*Editoriale* di questo fascicolo, 19.

ziale per la realizzazione di uno *Spazio* in cui sia garantita la libertà di circolazione delle persone, reclama, a questo punto, la definizione uniforme delle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari⁷².

4. L'applicazione di criteri uniformi in fase di attraversamento delle frontiere esterne da parte dei cittadini di Stati terzi come elemento costitutivo della fiducia reciproca tra gli Stati membri e fattore di integrazione politica

L'esigenza di garantire l'applicazione di criteri uniformi in fase di attraversamento delle frontiere esterne da parte dei cittadini di Stati terzi sorge – lo si è visto – già durante la crisi franco-italiana del 2011 che pone, insieme a molte altre, la questione dell'armonizzazione della discrezionalità (tuttora) esercitabile dalle istituzioni nazionali.

Non può infatti ritenersi casuale che, proprio durante tale crisi, venga affrontata la riforma del meccanismo di valutazione del funzionamento del “Sistema Schengen” fino a quel momento interamente affidato agli Stati membri (ed oggi invece demandato alla Commissione ed agli Stati congiuntamente)⁷³: l'abolizione dei controlli intrafrontalieri presuppone infatti la piena fiducia di tutti gli Stati in ordine al funzionamento del sistema integrato di gestione della frontiere esterne ed in particolare in ordine alle modalità di controllo della frontiera *comune* da parte degli Stati membri volta a volta competenti.

L'idea retrostante alla riforma in discorso è che le autorità cui il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea assegna il potere legislativo (Parlamento europeo e Consiglio) possano controllare l'applicazione a livello nazionale delle norme precedentemente approvate⁷⁴.

⁷² Così già B. NASCIBENE, *Flussi migratori tra sovranità statale e cooperazione internazionale. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, IX Convegno della Società di diritto internazionale, Roma, 17-18 giugno 2004, ESI, Napoli, 2005, 71 ss., specie 82.

⁷³ La riforma del sistema di valutazione delle modalità di attuazione dell'*acquis* di Schengen è ora disciplinata dal Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1053/2013.

⁷⁴ Cfr. l'articolo 20 del Regolamento n. 1053/2013, ai sensi del quale la Commissione presenta al Parlamento europeo ed al Consiglio la relazione contenente gli esiti della procedura di valutazione.

Già in seguito alla crisi del 2011, la Commissione europea predispone pertanto due proposte destinate ad essere “trattate” attraverso la procedura di co-decisione, la prima delle quali riguardante l’introduzione di una procedura centralizzata di ripristino dei controlli intra-frontalieri⁷⁵, la seconda concernente la riforma del «sistema di valutazione Schengen»⁷⁶.

Intorno alla riforma del meccanismo di valutazione sulle modalità di attuazione del “Sistema Schengen” sorge così un conflitto costituzionale tra Parlamento europeo e Consiglio che, riguardante la base giuridica prescelta (dal Consiglio) per l’approvazione del Regolamento contenente le linee della riforma in discorso, lascia emergere il carattere irrinunciabile di soluzioni procedurali adeguate a garantire una mediazione effettiva degli interessi confliggenti in questo settore.

La scelta di modificare la base giuridica di adozione dell’atto (privilegiando l’articolo 70 TFUE anziché l’articolo 77) comporta infatti, in prima battuta, l’esclusione del Parlamento europeo dal procedimento di approvazione e, quale reazione, la decisione di quest’ultimo di bloccare l’adozione di una serie di altre misure in materia di Giustizia e affari interni.

Il conflitto in discorso ha poi trovato una soluzione “politica” giacché, pur confermata la scelta dell’articolo 70 TFUE, il Parlamento è stato coinvolto nell’approvazione delle nuove regole che demandano, sia alla Commissione che agli Stati membri, la responsabilità relativa al corretto funzionamento del meccanismo di valutazione e monitoraggio sull’attuazione dell’*acquis* di Schengen⁷⁷.

In seguito, la questione della base giuridica utilizzabile per l’approvazione delle misure finalizzate a garantire un’applicazione uniforme del diritto europeo in fase di controllo delle frontiere esterne si è riproposta con riguardo all’istituzione della Guardia costiera e di frontiera europea quale agenzia chiamata a coordinare le amministrazioni nazionali preposte al controllo della frontiera esterna.

In una prima occasione è stata infatti adottata, da parte della Commissione europea, una decisione di esecuzione, sulla premessa che le misure relative avessero carattere esecutivo di atti precedentemente

⁷⁵ V. la proposta della Commissione 2011/242.

⁷⁶ Cfr. la proposta della Commissione 2010/312.

⁷⁷ Sulla vicenda, anche Y. PASCOUAU, *Schengen and Solidarity: the fragile balance between mutual trust and mistrust*, in *European Policy Centre Discussion Paper*, 4 July 2012, in www.epc.eu/documents/uploads/pub_2784_schengen_solidarity_pdf.

adottati in materia; su ricorso del Parlamento europeo (che ne evidenzia l'innovatività), tale decisione è stata tuttavia annullata⁷⁸ ed ha “promosso” l'approvazione, con procedura legislativa ordinaria, del Regolamento istitutivo della Guardia di frontiera e di costiera europea oggi vigente⁷⁹.

La creazione di un'Agenzia con funzioni di coordinamento delle operazioni di controllo delle frontiere esterne e di un meccanismo di valutazione del Sistema Schengen costituiscono progressi estremamente significativi, giacché, al momento, una parte consistente delle norme europee incidenti sull'attraversamento delle frontiere esterne da parte dei cittadini di Stati terzi consente agli Stati membri di esercitare un'ampia discrezionalità in fase attuativa.

L'origine dei movimenti “secondari” e della sfiducia degli Stati che decidono il ripristino dei controlli intra-frontalieri risiede del resto negli ampi margini di manovra riconosciuti dalle norme europee in materia di ingresso e soggiorno dello straniero che, all'origine di significative disparità di trattamento tra migranti, nei diversi Stati membri, non soltanto veicolano ampie violazioni dei diritti fondamentali⁸⁰, ma incrementano l'impiego in chiave “difensiva” del ripristino temporaneo dei controlli intra-frontalieri.

Si tratta di divergenze imputabili a lacune di vario tipo, che vanno dal carattere facoltativo delle disposizioni contenute nella direttiva *procedure*⁸¹ e nella direttiva *accoglienza*⁸² (entrambe rilevanti in ma-

⁷⁸ Cfr. Corte di Giustizia, C-355/10, sentenza del 5 settembre 2012, *Parlamento europeo c. Consiglio*.

⁷⁹ Cfr. Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, n. 2016/1624, del 16 settembre 2016, entrato in vigore il 6 ottobre. Questa ovviamente non implica che gli Stati membri perdano (non per ora almeno) i propri poteri in materia di controllo delle frontiere (e di repressione dell'immigrazione clandestina a tutela della sicurezza delle popolazioni), ma concorre a veicolare un'armonizzazione dei criteri impiegati dalle diverse Amministrazioni in fase di sorveglianza della frontiera esterna e di verifica dei requisiti di ingresso nell'Area rispetto ai cittadini extra-comunitari.

⁸⁰ Con specifico riguardo al caso italiano, l'incompleto recepimento della direttiva 2008/115/CE (c.d. “Rimpatri”) - giacché la legge italiana non garantisce in modo adeguato i diritti fondamentali (in particolare il diritto al contraddittorio ed il diritto ad un ricorso effettivo) dei migranti identificati e registrati - ha per esempio determinato svariate condanne da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, ric. 16483/12, sentenza del 1° settembre 2015, *Khlaifia e a. c. Italia*, nonché Corte europea dei diritti dell'uomo, ric. 27765/09, sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Janaa e a. c. Italia*.

⁸¹ Direttiva 2013/32/UE.

⁸² Direttiva 2013/33/UE.

teria asilo) alla circostanza che, benché la direttiva *qualifiche*⁸³ stabilisca norme relative al riconoscimento ed alla protezione da accordare a livello di Unione europea, nella pratica il tasso di riconoscimento dello *status* di rifugiato varia in modo significativo tra gli Stati membri⁸⁴.

Né può tacersi l'incidenza ascrivibile alla mancata previsione, da parte della direttiva "Rimpatri"⁸⁵, dei mezzi utilizzabili in caso di fallimento dei tentativi di rimpatrio volontario dei migranti irregolari⁸⁶.

Senonché, pur potendosi convenire sul rilievo che una parte significativa delle disparità di trattamento operate tra i migranti dipenda dall'inadeguatezza del c.d. "sistema Dublino"⁸⁷ – che, in presenza di

⁸³ Direttiva 2011/95/UE.

⁸⁴ Secondo la comunicazione della Commissione del 6 aprile 2016, per esempio, le richieste dei richiedenti asilo provenienti dall'Afghanistan sono accolte nel 100% dei casi in Italia e nel 5,88% dei casi in Bulgaria (cfr. COM 2016, 197 *final*, «Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio: Riformare il Sistema Europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa», pag. 5). Né risulta esservi convergenza riguardo alla decisione di accordare lo *status* di rifugiato (spettante a chi sfugge da persecuzioni) o quello di beneficiario di protezione internazionale (spettante invece a chi fugge dal rischio di subire danni gravi anche in caso di conflitti armati) ai richiedenti provenienti da un certo Paese, anche in questo caso sollecitando importanti movimenti secondari. Sulle ragioni sottese agli innumerevoli tentativi di elusione, da parte dei migranti, delle regole contenute nel Regolamento Dublino III, alimentando i c.d. movimenti secondari, cfr. C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, 701-747.

⁸⁵ Direttiva 2008/115/CE.

⁸⁶ Sull'esigenza di colmare tali carenze si è soffermato di recente anche B. NASCIMBENE, *Refugees, The European Union and the "Dublin System"*. *The reasons for a Crisis*, in *European Papers*, 1/2016, 101-113 (specie 113).

⁸⁷ Non è dubbio che, in questa logica, la soluzione auspicabile sia l'istituzione di una procedura unica e centralizzata in materia di asilo, tuttavia l'Europa è ancora lontana dal raggiungimento di tale obiettivo, cfr. la Proposta di adozione di un regolamento sostitutivo del c.d. Regolamento Dublino III (citata nella nota precedente) - cfr. COM (2016) 270, *Proposal for a Regulation of The European Parliament and Council establishing the Criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining and application for international protection lodged in one of the Member States by a third country national on a stateless person* (in www.ec.europa.eu) che, confermando la regola dello Stato di primo ingresso ai fini dell'individuazione del foro competente ad esaminare la domanda di asilo, prevede che in caso afflusso eccezionale di migranti "scatti" un meccanismo di *ricollocazione obbligatoria* verso gli altri Stati membri (cui questi possono sottrarsi versando allo Stato di ingresso la somma corrispondente all'onere finanziario sostenuto per ciascun rifugiato). Anche nell'ultimo "pacchetto" di misure presentato dalla Commissione europea ai fini dell'adozione di nuove regole in materia di Sistema europeo comune, l'introduzione di uno *status* uniforme valido in tutta l'Unione per i soggetti beneficiari di asilo o protezione internazionale è pertanto considerata oggetto di una "seconda tappa" del percorso legislati-

flussi migratori massicci e concentrati lungo specifiche rotte, “assegna” la competenza giuridica sulla grande maggioranza delle istanze presentate dai richiedenti asilo ad un numero limitato di Stati membri⁸⁸ – la sola considerazione di questo profilo “tradirebbe” un approccio parziale al problema, giacché l’esplosione dei movimenti migratori è divenuta “cassa di risonanza” di contraddizioni ulteriori dell’ordinamento europeo.

Al di là dell’impiego avvenuto durante la c.d. crisi dei rifugiati, motivi di ordine pubblico sono invocabili del resto anche in fase di ingresso degli stranieri che richiedano un visto di breve durata, ché pur non potendosi negare la concessione dello stesso laddove il richiedente soddisfi tutte le condizioni richieste dal Codice Frontiere, lo Stato competente conserva, anche in queste ipotesi, un ampio margine in fase di valutazione della sussistenza dei motivi che consentono il rifiuto (dovendo anzi svolgere in tal senso una valutazione scrupolosa, in quanto la concessione del visto ha effetti nell’intera area Schengen)⁸⁹.

L’armonizzazione dei criteri di esercizio della discrezionalità di cui le istituzioni nazionali si avvalgono in fase di valutazione della sussistenza di motivi di ordine pubblico ostativi all’ingresso nello Spazio europeo costituisce pertanto una questione estremamente rilevante (tanto più quando correlata all’adempimento di un obbligo), dal momento che l’ordinamento europeo non prevede, per ora, criteri uniformi che garantiscano il raggiungimento di tale obiettivo e la man-

vo di riforma. Su quest’ultimo profilo cfr. inoltre le riflessioni di G. CAGGIANO, *Attività e prospettive di intervento dell’Agenzia Frontex nel Mediterraneo*, in G. CAGGIANO (a cura di), *Scritti di diritto europeo dell’immigrazione*, Giappichelli, Torino, 2016, 73 ss.

⁸⁸ Ciò risulta da ultimo puntualmente riconosciuto nella Comunicazione della Commissione europea intitolata “Riformare il Sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all’Europa”, COM (2016), 197 final, 6 aprile 2016, in www.ec.europa.eu. Sulle inadeguatezze imputabili al sistema europeo comune di asilo, cfr. almeno G. CAGGIANO, *L’insostenibile onere della gestione delle frontiere esterne e della competenza di “Paese di primo ingresso” per gli Stati frontalieri del Mediterraneo*, in *Gli Stranieri*, 2/2011, 585-586, e lo scritto già citato di B. NASCIBENE, *Refugees, The European Union and the “Dublin System”*. *The reasons for a Crisis*, cit., 101 ss. Per un esame delle proposte finalizzate a riformare il “sistema Dublino” eliminando le criticità più significative, rinvio invece a E. GUILD, C. COSTELLO, M. GARLICK, V. MORENO-LAX, S. CARRERA, *Enhancing the Common European Asylum System and Alternatives to Dublin Study for the Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs*, 2015, in www.europarl.europa.eu.

⁸⁹ Cfr. Corte di Giustizia, C-84/12, sentenza del 19 dicembre 2013, *Koushaki v. Germany*, specie par. 55.

canza di una normazione sufficientemente precisa e vincolante ingenera sfiducia tra gli Stati membri, condizionando negativamente il funzionamento dello Spazio Schengen.

La locuzione comunemente utilizzata per descrivere lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia quale Spazio senza frontiere non indica insomma, al momento, il dissolvimento dei confini territoriali quale connotato irrinunciabile del dispiegarsi di poteri sovrani; l'Unione Europea continua anzi a costituire un'istituzione sovranazionale che sovrappone le proprie frontiere al confine territoriale degli Stati posti "al limite" dell'Unione e, grazie all'individuazione di un'ideale frontiera esterna, semplicemente consente di "alleggerire" i controlli sui confini interni tenendo in vita i limiti territoriali di esercizio delle competenze (legislative, amministrative e giurisdizionali) nazionali⁹⁰.

Al di là del valore simbolico certamente ascrivibile alla creazione di uno *Spazio* senza frontiere, la preservazione delle aspirazioni costituzionali dell'Unione europea reclama pertanto il superamento della logica del *quadro minimo* di riferimento ai legislatori nazionali, in particolare andando a sopperire alle carenze della legislazione europea in materia di attraversamento delle frontiere esterne⁹¹, così da sovranazionalizzare le scelte relative alle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di Paesi terzi, creando i presupposti per il mutuo riconoscimento dei provvedimenti adottati dagli Stati membri in materia⁹².

⁹⁰Cfr., da ultimo, K. F. GÄRDITZ, *Territoriality, Democracy, and Borders: A Retrospective on The Refugee Crisis*, in (17) *German Law Journal*, no. 6 (2016), 912.

⁹¹ Va letta in questa logica la norma di apertura del Titolo V del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea dedicato allo «spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia» laddove precisa l'esigenza di realizzazione di quest'ultimo «nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri» associando, ancora una volta, alla libertà di circolazione delle persone in assenza di controlli alle frontiere interne lo sviluppo di *politiche comuni* in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne «fondat(e) sulla solidarietà tra Stati membri (ed) equ(e) nei confronti dei cittadini dei Paesi terzi». A tale disposizione occorre aggiungere quanto previsto dall'articolo 68 TFUE secondo cui il Consiglio europeo «definisce gli orientamenti strategici della programmazione legislativa ed operativa nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia», fermo restando che gli atti diretti a concretizzare tale programmazione sono adottati secondo le regole comuni del Trattato (e dunque facendo ricorso, per ciò che riguarda il settore asilo ed immigrazione alla procedura legislativa ordinaria, cfr. artt. 78 e 79 TFUE). In attuazione di tale principio è stata presentata dalla Commissione europea una proposta di Regolamento COM (2015) 450 *final* tesa a modificare il Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 604/2013 (c.d. Dublino III).

⁹² La strada del mutuo riconoscimento dei provvedimenti adottati in materia di asilo è indicata dalla stessa Commissione europea nell'Agenda europea sulla migrazione, COM

La circostanza che, alla luce del Trattato, le competenze dell'Unione europea in materia di controlli alle frontiere esterne, asilo ed immigrazione siano *concorrenti* con quelle degli Stati indica del resto, semplicemente, che questi ultimi conservano competenza normativa fintanto che l'Unione non abbia esercitato la propria e che le perduranti competenze nazionali sono dovute al fatto che l'Unione ha esercitato le proprie solo in minima parte⁹³.

La predisposizione, da parte del legislatore europeo, di criteri idonei a delimitare maggiormente la discrezionalità esercitabile dalle istituzioni nazionali negli ambiti materiali rilevanti per la creazione di uno Spazio europeo in cui possa esplicarsi la libertà di circolazione delle persone costituisce dunque un passaggio irrinunciabile: difficile prevedere il futuro, ma dal raggiungimento di tale obiettivo, giacché direttamente correlato alla configurazione di una precisa identità politica⁹⁴, dipende gran parte delle concrete possibilità di realizzazione di un'unione dei popoli europei⁹⁵.

(2015) 240 *final*, 13 maggio 2015, specie pag. 19, ed include ovviamente l'esigenza di una riflessione *a lungo termine* sull'istituzione di un unico processo decisionale in materia di asilo al fine di garantire la parità di trattamento dei richiedenti asilo in tutta Europa.

⁹³ Sul rapporto tra garanzia dei diritti fondamentali (all'epoca "comunitari") e "governo della legge", cfr. già F. SORRENTINO, *Intervento* al Convegno "Le Comunità europee e i diritti dell'uomo" (Venezia, 9-11 novembre 1979), in AA. VV., *Europa e diritti umani*, Edizioni EDA, Torino, 1981, 231-232 e, da ultimo, B. NASCIBENE, *Refugees, The European Union and the "Dublin System"*, cit., specie 113, nonché M. SAVINO, *The Refugee Crisis as a Challenge for Public Law: The Italian Case*, in (17) *German Law Journal*, cit., 988 ss. (con specifico riguardo all'insufficiente disciplina legislativa delle misure amministrative adottate nei confronti dei rifugiati approdati in Italia, v. 1001 ss.).

⁹⁴ Si ritiene da molti che il diritto incondizionato di entrare (e soggiornare) liberamente nel territorio di uno Stato (ma anche di espatriare e rientrare) costituisca un diritto politico, riservato come tale ai soli cittadini di uno Stato. Si tratta di una concezione riecheggiata anche dal nostro articolo 16 Cost. che, menzionando espressamente i cittadini, riserva a costoro il diritto costituzionalmente garantito di circolare e soggiornare liberamente nel territorio nazionale, salvo uscirne e rientrarvi, cfr. per tutti M. CARTABIA, *Cittadinanza europea*, in ENC. GIUR., Treccani, Roma 1995, 5 e, sulle origini storiche del c.d. diritto di *incolato*, B. NASCIBENE, *Lo straniero nel diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1980, 12 ss. Non si tratta invero della sola, possibile ricostruzione di tale libertà che anzi, sempre in prospettiva storica, è da molti autori associata all'esercizio della libertà personale ed in questa prospettiva riconosciuta in modo incondizionato anche agli stranieri giacché rispondente al bisogno fondamentale dell'individuo di spostarsi e stabilirsi in un certo luogo, cfr., per tutti, L. FERRAJOLI, *La libertà di circolazione e soggiorno. Per chi?*, in M. BOVERO (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma-Bari, 2004, 179. Mi sembra peraltro che, anche senza prendere posizione in merito al peso ascrivibile al dato lette-

rale delle norme che riferiscono tale libertà ai soli cittadini, l'impossibilità di riconoscere una *generalizzata* libertà di circolare e soggiornare nel territorio nazionale agli stranieri sia implicitamente riconosciuta anche da quanti - dopo averne sostenuto la riconduzione all'orbita delle *libertà civili* - ritengono ammissibili gli interventi legislativi atti a disciplinare il regime d'ingresso, soggiorno, espulsione e rimpatrio dello straniero, purché in conformità delle norme e dei trattati internazionali. Per questa seconda ricostruzione, con specifico riguardo all'ordinamento italiano, v. già M. MAZZIOTTI, *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Giuffrè, Milano, 1960, 14 ss.

⁹⁵Questo aspetto emerge in particolare dalla riluttanza di svariati Stati membri ad accettare (in modo complementare al ripristino dei controlli) meccanismi di trasferimento obbligatorio dei migranti, in applicazione del principio di solidarietà (emblematici i ricorsi per annullamento contro la decisione adottata dalla Commissione europea, 2015/1601 del 22 settembre 2015, depositati dalla Slovacchia, C-643/15, *Slovakia v. Council*, e dall'Ungheria, C-647/15, *Hungary v. Council*). Per un'impostazione in termini generali del rapporto tra vincolo di cittadinanza e godimento dei diritti fondamentali (impostazione che mi sembra valida malgrado gli importanti mutamenti politico-istituzionali nel frattempo intervenuti nell'Unione europea), cfr. già M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 2/1992, 203 ss. che, anche di recente, ritorna sull'impossibilità di teorizzare «un illimitato diritto umano all'immigrazione e all'accoglienza», cfr. ID., *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 2.

**I CONFLITTI NELLA PROSPETTIVA DELLA
TEORIA GENERALE DELLE FONTI DEL DIRITTO
NEL CASO DELLA DISCIPLINA EUROUNITARIA
DELLA FINANZA PUBBLICA**

di *Alessandra Cerruti e Ilenia Massa Pinto**

SOMMARIO: 1. *Processo di deformalizzazione dell'ordinamento giuridico e principio rappresentativo*; 2. *Alle origini era il Trattato di Maastricht*; 3. *Indeterminatezza degli obblighi discendenti dai Trattati e libertà dei fini*; 4. *Indeterminatezza delle norme di diritto derivato e discrezionalità dell'autorità a cui è rimesso il potere interpretativo*; 5. *Il ruolo della soft law europea nell'evoluzione della disciplina sulla finanza pubblica*; 6. *Conclusioni*.

1. Processo di deformalizzazione dell'ordinamento giuridico e principio rappresentativo

Se l'ordinamento giuridico a livello statale è sottoposto da decenni a un processo di *deformalizzazione*, a livello sovrastatale la *deformalizzazione* è stata un suo tratto caratteristico *ab initio*.

Con l'espressione *deformalizzazione* dell'ordinamento giuridico ci si riferisce a un complesso di fenomeni, anche assai diversi tra loro, e che operano altresì su piani diversi, ma che hanno in comune un elemento essenziale: quello di realizzare, e al medesimo tempo di manifestare, la crisi dell'artificialismo politico, inteso, a sua volta, come il tratto costitutivo del diritto moderno in generale, e del carattere normativo delle costituzioni in particolare (intese, queste ultime, come consapevoli atti di volontà – sostenuti certo da un continuativo ed evolutivo riconoscimento nella durata della loro storia – conformativi dell'ordine politico e sociale). Questo complesso di fenomeni si caratterizza dunque per il tentativo di passare da un'idea del diritto (e della costituzione) come progetto consapevole di organizzazione della so-

* Il lavoro è frutto della riflessione comune delle Autrici. Tuttavia i paragrafi 1, 2 e 6 sono stati redatti da Ilenia Massa Pinto e i paragrafi 3, 4 e 5 da Alessandra Cerruti.

cietà a un'idea del diritto (e della costituzione) come espressione spontanea dello stato di fatto della società stessa¹.

Se così è, quel complesso di fenomeni che qui si è indicato con la formula sintetica della *deformalizzazione*, non può essere considerato altro che un sintomo, a sua volta, della perdita di centralità del principio rappresentativo: il legame tra rappresentanza politica – intesa, nel suo significato proprio, di costituzione in unità politica del pluralismo conflittuale –, responsabilità politica e produzione del diritto – nel quale si sostanzia(va) il carattere dell'artificialismo politico di cui si è detto – si è fortemente indebolito e la produzione del diritto viene sempre più collegata a fenomeni extra-politici. Questo indebolimento è giudicato con favore da coloro che confidano nell'avvento di un diritto extra-politico, appunto, e nella decostruzione dell'ordinamento positivo fondato su quel legame in nome di una dinamica socio-economica interpretata come capace di ricavare da sé le proprie leggi².

¹ Rispetto alla dicotomia formalismo/antiformalismo, intorno alla quale ruota il dibattito teorico che sta sullo sfondo di quel complesso di fenomeni nel testo sinteticamente definiti con l'espressione "processo di deformalizzazione", si vuole qui ricordare la insuperata lezione di Norberto Bobbio, secondo la quale «[l]a storia non è nuova: formalismo e antiformalismo sono le posizioni estreme, e sempre ricorrenti, tra cui oscilla il pendolo della giurisprudenza, come, in estetica, classicismo e romanticismo. Quando la mia generazione si affacciò agli studi», racconta Bobbio, «il tecnicismo giuridico – così come si chiamava la nuova incarnazione del formalismo – stava celebrando il suo trionfo sulle tendenze sociologiche, sulla scuola del diritto libero, sulla libera ricerca scientifica: una vera e propria rivolta contro l'antiformalismo. La rivolta contro la rivolta, a cui oggi assistiamo, non è che un momento normale dell'alterna vicenda degli studi giuridici: coloro che, abbracciando a cagione dell'età il corso di due generazioni, hanno vissuto sia i giorni fasti sia i giorni nefasti del tecnicismo non se ne meravigliano; anzi, alzandosi a contemplare il processo storico nel suo vario e complesso moto, hanno appreso a guardarsi dagli ardori troppo iconoclasti, dalle impazienze troppo frementi, dalle attese troppo fiduciose. Il loro compito oggi può esser quello di fare in modo che nella reazione al passato non vada perduto quel che vi era di valido, di degno di essere conservato; di evitare che, in odio a qualche eccesso, si voglia ricominciare tutto da capo, e per amore del nuovo per il nuovo si facciano passare per scoperte le riesumazioni. Mi rendo perfettamente conto che la storia procede a sbalzi; e del resto sono sin troppo evidenti le ragioni storiche, sociali, ideali della trasformazione anche nel pensiero giuridico, per giustificare un atteggiamento d'incomprensione, di resistenza, o peggio di sfida. Ma, appunto, uno dei compiti dell'uomo di ragione e di scienza è far sì che gli sbalzi non siano troppo bruschi» (N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1972, pp. 78-79).

² Cfr. G. TEUBNER (a cura di), *Global law without a state*, Aldershot, Dartmouth, 1997; ID., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione: l'emergere delle costituzioni civili*, Armando, Roma, 2005; R. PRANDINI – G. TEUBNER (a cura di), *Costituzioni societarie: politica e diritto oltre lo Stato*, Franco Angeli, Milano, 2011; G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali: norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Bruno Mondadori, Milano, 2012; F.

Non è qui possibile ripercorrere i termini teorici della discussione che vede contrapporsi ai sostenitori della decostruzione gli intellettuali critici nei confronti di un *global law without a state*, i quali temono, in ultima analisi, che la prospettiva di liberazione promessa dalle tesi della decostruzione non sia in grado di far fronte agli squilibri interni e internazionali e che, dunque, non sia possibile fare a meno di un'autorità politica conformata al principio rappresentativo. Secondo questi critici, la società pluralistica, poliarchica, policorporativa, sussidiaria, che affida alle autorità indipendenti e alle giurisdizioni la disciplina e la soluzione dei propri conflitti, si è rivelata, in ultima analisi, una società nella quale le prospettive di una realizzazione del principio di uguaglianza si sono notevolmente allontanate. I conflitti, spesso drammatici, che caratterizzano il tempo presente, e le tensioni alle quali gli ordinamenti sono sottoposti, dimostrano, del resto, che «il costituzionalismo democratico ha bisogno (...), per essere difeso, di un'egemonia culturale, cioè di una lotta sul terreno dell'immaginario, che non può certo essere rimessa ai giudici e alle procedure. E, soprattutto, di essere rilanciato politicamente, prendendo sul serio, però, i vincoli realistici e i limiti interni che la crisi dei presupposti del progetto moderno ha reso evidenti», nella consapevolezza

OST – M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002. In Italia questa posizione ha assunto il volto della critica contro l'assolutismo giuridico statale: cfr. P. GROSSI, *Le comunità intermedie tra moderno e pos-moderno*, Genova, Marietti, 2015, p. 45, nota 12: «Per “fonti del diritto”, nel linguaggio dei giuristi, si intendono le forme che il diritto assume nella vita sociale (legge, consuetudine, sentenza di un giudice, riflessione di uno scienziato, atto delle amministrazioni pubbliche, prassi). In un ordine giuridico pluralistico (per esempio, il Medioevo) le fonti scaturiscono direttamente dal grembo della società (anche la legge, che è lettura da parte del Principe dei valori condivisi nella società), sono plurali e concorrono tutte senza una precisa scansione gerarchica alla formazione dell'ordinamento giuridico. Via via che ci si inoltra nella modernità, la produzione del diritto riscuote sempre più l'attenzione del potere politico, che cerca di controllarla. Il controllo definitivo avverrà con la soluzione giacobina e, poi, napoleonica, consistente nella rigidissima collocazione delle fonti in una scala gerarchica, al cui sommo sta la legge del Sovrano». Del medesimo A., cfr., di recente, *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015 e *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2016. Si è altresì contrapposto un «diritto della necessità» - prodotto nel circuito della rappresentanza politica - a un «diritto della possibilità» - prodotto dai contratti e dalle sentenze (in argomento cfr. M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000; ID., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006; ID., *Prima lezione di diritto globale*, Laterza, Roma-Bari, 2012).

della perdurante necessità della funzione di sintesi della politica democratica rispetto al pluralismo di interessi: «l'immagine di un mondo unificato dall'economia e dalla tecnica, e perciò liberato dalla politica, non più bisognoso di forme di ordinamento istituzionale della vita sociale, oltre a essere smentita dai fatti, ha rivelato ormai appieno tutta la sua carica mistificante e niente affatto innocente»³.

Il processo di *deformalizzazione* si realizza, a livello statale, sotto una molteplicità di punti di vista: sotto il profilo del rapporto tra fonti, sotto il profilo del rapporto tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale, sotto il profilo dell'attribuzione della responsabilità politica, etc. Ma in tutti i casi si tratta di un processo che rivela, in ultima analisi, la drammatica crisi della rappresentanza politica, nel suo significato più profondo: in quel significato, cioè, che rinvia all'idea hobbesiana, e a quel filone di pensiero che passa attraverso l'elaborazione weberiana e kelseniana, della necessità della costituzione in unità politica a partire dal pluralismo conflittuale e attraverso i partiti politici. La crisi della legge è la crisi del "limite" politicamente definito, ossia del riconoscimento della rappresentanza democratica come insostituibile strumento per la costruzione di un potere, o, meglio, di un'*auctoritas*, cui tutti si sottopongono in nome di un presente accettabile e di un futuro migliore. È proprio questa disponibilità ad accettare i faticosi meccanismi della rappresentanza democratica, l'obbligazione politica e i doveri che essa presuppone, che oggi è palesemente oggetto di diffidenza.

Il campo nel quale queste premesse indefettibili sono state messe maggiormente a dura prova è stato quello del processo d'integrazione europea: la peculiarità di quel processo storico-giuridico ha consentito di trasferire al livello sovranazionale i discorsi decostruttivi già elaborati a livello statale. La (presunta) inadeguatezza delle categorie statali tradizionali è stata il grimaldello per l'edificazione di un ordinamento *sui generis*, con una inedita forma di governo, o, meglio, di *governance*, con un sistema flessibile delle sue fonti del diritto, e del loro rap-

³ G. PRETEROSSÌ, *La politica negata*, Laterza, Roma-Bari, 2011, pp. XV e XX. Sul dibattito al quale si è fatto cenno nel testo cfr. almeno L. CEPPEA, *Giustizia come decostruzione: Teubner versus Derrida e Habermas*, in *Teoria Politica*, 1998, 2, pp. 89-103. Sugli effetti giuridici dei riflessi macroeconomici delle scelte di politica economica degli Stati nel sistema Euro, con attenzione rivolta anche alla garanzia delle prestazioni sociali assunte quali parametro macroeconomico, cfr. F. BILANCIA, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e unione monetaria*, in *Rivistaaic.it.*, 2014, n. 2.

porto con le fonti statali, con una tutela del tutto spolicizzata dei diritti previsti nelle sue Carte: l'ordinamento sovranazionale è stato (de)costruito sin dall'inizio secondo la logica della *deformalizzazione*.

I fatti hanno dimostrato che coloro che erano più propensi ad aderire a una narrazione ottimistica del processo d'integrazione europea – sulla base della considerazione che le anomalie evidenziate dai critici risultavano tali solo perché ci si ostinava a leggere il fenomeno europeo con gli occhiali del diritto costituzionale statale, ossia con le categorie formali di un diritto che avrebbe ormai fatto il suo tempo – avevano torto: la liberazione conseguita alla *deformalizzazione* non solo non ha condotto ad alcuna forma alternativa di democratizzazione, ma ha allontanato ogni prospettiva di realizzazione del principio di uguaglianza, a livello nazionale e a livello sovranazionale⁴.

Questi esiti hanno dimostrato che le forme e i concetti chiave del costituzionalismo antico e moderno non sono dogmi vuoti, meri accidenti della storia della cultura alla quale apparteniamo, neutrali strumenti tecnici con i quali i giuristi hanno stipulato di esprimersi, ma sono piuttosto il punto di approdo di secoli di lotte combattute in nome di principi, ancora del tutto condivisibili, e dei quali non ci si può perciò sbarazzare rincorrendo una presunta “post-modernità”, che spesso si rivela peraltro quale indesiderabile ritorno a un'epoca “pre-moderna”. I concetti chiave del costituzionalismo antico e moderno sono stati elaborati in momenti di grande tensione, e anzi di tragedia: per sbarazzarcene occorrerebbe dimostrare che sono venute meno le esigenze reali per le quali quei concetti e quelle categorie sono stati costruiti. Oggi, semmai, è vero esattamente il contrario: un ritorno ai concetti e alle categorie del costituzionalismo è assolutamente necessario e non è forse azzardato sostenere che, in futuro, paradossalmente, potrebbero essere proprio le tragedie a livello planetario (povertà, immigrazione, guerre di aggressione, terrorismo, devastazione ambientale) a mettere in moto un possibile circolo virtuoso che promuova quel “conflitto che impone di essere concluso con un armistizio” intorno a principi fondamentali, tra soggetti collettivi europei, armistizio

⁴ Sulle due opposte narrazioni che hanno accompagnato sin dall'inizio il processo d'integrazione europea – la prima elevandolo a *mito*, la seconda degradandolo a *complotto* – sia consentito il rinvio a I. MASSA PINTO, *Il processo d'integrazione europea*, in M. CAVINO – L. IMARISIO – S. SICARDI (a cura di), *Interpreti e interpretazioni della Costituzione. La Repubblica italiana 1993-2013*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 471 ss., e alla bibliografia ivi richiamata.

nel quale solo può consistere una costituzione democratica. In quest’ottica, solo la ricerca, da parte dell’Europa, di risposte unitarie, nello scenario geopolitico, alle grandi emergenze sociali e politiche che l’umanità ha di fronte, potranno porre i presupposti per il formarsi di una costituzione europea. La realtà però oggi sembra andare esattamente nella direzione opposta.

Questi meri cenni teorici introduttivi saranno di seguito messi alla prova attraverso l’analisi della disciplina eurounitaria in materia di finanza pubblica: in questo settore la tensione alla quale è stata sottoposta la teoria generale del diritto – e i principi che a questa sottostanno – è massima – perché massimo è il grado di *deformalizzazione* al quale è stata sottoposta –, e, pertanto, questo settore è sembrato particolarmente utile per dimostrare che le proclamazioni volte a sbarazzarsi delle categorie tradizionali di fronte al carattere inedito dei problemi rappresenta solo una fuga dalla responsabilità dello scienziato o, peggio, un tentativo per servire obiettivi incompatibili con la Costituzione vigente.

2. Alle origini era il Trattato di Maastricht

Non si può certo negare che le recenti vicende politico-economiche siano la prova della maggiore fondatezza dell’approccio narrativo di carattere più pessimistico, che spinge a guardare al processo d’integrazione europea come all’esperienza del crollo di un grande sogno collettivo, o, per lo meno, che obbliga a individuare nel cammino europeo una soluzione di continuità che si sarebbe verificata, almeno nell’immaginario comune, a partire da Maastricht⁵.

⁵ Secondo altri, invece, anche i primi passi che avrebbero poi condotto agli sviluppi successivi dell’integrazione europea, devono essere imputati ai calcoli strategici degli stessi Stati nazionali, in quel particolare frangente storico in cui gli obiettivi principali erano rivolti a trarre i maggiori vantaggi nella ricostruzione delle economie nazionali, a scongiurare il risorgere della potenza tedesca, a gestire l’occupazione dell’Urss vittoriosa in Europa e in Asia dopo la rottura dell’alleanza anti-hitleriana, a ricompattare il fronte della Guerra fredda, e, in ultima analisi, a costituire una terza potenza mondiale durante gli anni di quella guerra. Questa narrazione è propria di coloro che, partendo dalla premessa che l’avvio dell’integrazione europea aveva poco a che fare con l’idealismo politico e molto a che fare con la volontà dei sei Paesi fondatori di raggiungere, attraverso un’azione congiunta, certi interessi nazionali: la prosperità, la sicurezza esterna e interna dalla rinascenza Germania e dal comunismo (cfr. M. Gilbert, *Storia politica dell’integrazione europea*, La-

Infatti, sebbene le misure di contenimento e di controllo della spesa pubblica decise a livello sovranazionale, e che in questi ultimi tempi stanno producendo effetti devastanti tra gli strati sociali più deboli dei Paesi in maggiore difficoltà economico-finanziaria, siano da ricondursi, come meglio si vedrà, ad atti successivi al Trattato di Maastricht, è quest'ultimo, nell'immaginario diffuso, il simbolo della grande trasformazione, che avrebbe convertito un grande sogno politico collettivo in uno strategico progetto economico al servizio degli interessi di pochi.

Peraltro, che il processo d'integrazione europea sia stato caratterizzato da alterne vicende⁶, giudicate, a seconda dei punti di vista, come dei passi in avanti o come dei passi indietro, è fuori discussione. Se è possibile avanzare una considerazione generale rispetto ai diversi appuntamenti della storia dell'ultimo ventennio, è forse opportuno sottolineare che ciascuno di questi appuntamenti si è svolto lungo un duplice binario: il primo, quello delle élite protagoniste del processo, che non hanno esitato a portare avanti un percorso, seppur accidentato, ma costante, nel segno degli obiettivi prefissati sin dai primi Trattati degli anni Cinquanta, e, anzi, accrescendo, via via, in termini quantitativi e qualitativi, gli obiettivi medesimi; il secondo, quello dei cittadini, dei popoli, i quali si sono sempre dimostrati, quando ne hanno avuto l'occasione, per lo più lontani e ostili al proseguimento del cammino europeo⁷.

terza, Roma-Bari, 2013, 6 ed.), giungono alla conclusione che l'intero processo d'integrazione poi realizzatosi non sarebbe stato altro che il risultato di una serie di scelte razionali adottate dalle forze politiche dominanti dei diversi Paesi nel perseguimento di interessi meramente egoistici, di natura prevalentemente economica: innanzitutto gli interessi commerciali delle *lobbies* domestiche e, in secondo luogo, e spesso elaborate a tutela dei primi, le preferenze macroeconomiche dei governi nazionali. Così, in particolare, l'introduzione della moneta unica, e la prescrizione di tutti i parametri e i procedimenti di controllo economico-finanziari, via via imposti dalle istituzioni comunitarie, attraverso una complessità di strumenti giuridici non sempre riconducibili alle previsioni dei Trattati, sarebbero state finalizzate alla realizzazione di un preciso disegno politico strategico.

⁶ Ancora di recente si è fatto notare che «l'Europa vive di crisi» (S. CASSESE, «L'Europa vive di crisi», in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2016, n. 3, pp. 779 ss.).

⁷ Questo dato, secondo alcuni, avrebbe caratterizzato sin dall'inizio il processo d'integrazione europea: secondo G. SCACCIA, *L'equilibrio di bilancio fra Costituzione e vincoli europei*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2013, n. 2, p. 3, «l'edificio europeo è stato eretto prevalentemente sulla base di decisioni di élite illuminate, di aristocrazie della toga, di Corti e di leader visionari, lasciando il *demos* in posizione defilata». Questo sarebbe dovuto al fatto

Nel quadro del processo di *deformalizzazione* di cui si è detto, il primo sintomo che qui s'intende rilevare riguarda il rapporto tra i vincoli che il Trattato di Maastricht impose agli Stati membri, al fine di poter accedere all'ultima fase di un procedimento finalizzato all'instaurazione della moneta unica, e la disciplina successiva adottata in materia.

Come noto, l'art. 104 C del Trattato (oggi art. 126 TFUE) prevede che gli Stati membri debbano evitare disavanzi pubblici eccessivi e che la Commissione sorveglia l'evoluzione della situazione di bilancio e dell'entità del debito pubblico negli Stati membri al fine di individuare errori rilevanti. In particolare, tale sorveglianza si realizza sulla base di due indicatori: l'uno applicabile a una grandezza di flusso, ossia il *deficit*, l'altro applicabile allo *stock* complessivo di debito pubblico. I valori di riferimento vengono poi individuati, nel Protocollo sulla procedura per i disavanzi eccessivi, nel 3% per il rapporto tra il disavanzo pubblico e il prodotto interno lordo e nel 60% per il rapporto tra il debito pubblico e il prodotto interno lordo.

Questi erano dunque i noti parametri di Maastricht. Tuttavia, ancor prima dell'introduzione dell'euro, fu adottato il c.d. Patto di stabilità e crescita (Psc), espressione con la quale ci si riferisce a tre fonti del diritto: la risoluzione del Consiglio europeo relativa al Patto di stabilità (Amsterdam, 17 giugno 1997); il regolamento n. 1466/97 del Consiglio del 7 luglio 1997, per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche; e, infine, il regolamento n. 1467/97 del

che, specie nell'immediato dopoguerra, le masse, i popoli d'Europa, non sarebbero stati in grado di superare le ferite della guerra. L'A. cita, a tal proposito, l'intervento di Albert Camus sul futuro della civiltà europea, svoltosi nel 1955 ad Atene presso la sede dell'Union Culturelle Gréco-Française: «la "sovrانيتà" per molto tempo ha messo bastoni in tutte le ruote della storia internazionale. Continuerà a farlo. Le ferite della guerra così recente sono ancora troppo aperte, troppo dolorose perché si possa sperare che le collettività nazionali facciano quello sforzo di cui solo gli individui superiori sono capaci, che consiste nel dominare i propri risentimenti» (A. CAMUS, *Il futuro della civiltà europea*, Castelveccchi, Roma, 2012, pp. 24-25). Secondo Scaccia, peraltro, il riemergere di un preoccupante antieuropeismo sarebbe imputabile proprio ai crescenti doveri di solidarietà che l'edificazione di una vera comunità politica comporta: «Il riflusso nazionalistico cui assistiamo è, del resto, comprensibile, perché la condivisione di crescenti doveri di solidarietà implica necessariamente più estese cessioni di sovranità e quindi costi elevati in termini di consenso e di legittimazione politica da parte delle classi governanti» (p. 3).

Consiglio del 7 luglio 1997, per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi.

In sintesi, la risoluzione del Consiglio europeo, che invitava gli Stati membri ad attuare il Trattato e il Patto di stabilità e crescita «in modo rigoroso e tempestivo», e che definiva il Patto medesimo come avente «carattere preventivo e dissuasivo», benché dichiarasse espressamente di non mutare «in alcun modo i requisiti per la partecipazione alla terza fase dell'Uem», di fatto preparava l'entrata in vigore dei due successivi regolamenti che prevedevano una disciplina più severa rispetto ai parametri di Maastricht, sia per i disavanzi di bilancio sia per le procedure applicative e le relative sanzioni, la quale, sempre secondo la risoluzione, avrebbe consentito, in futuro, «agli Stati membri di far fronte alle normali fluttuazioni cicliche, mantenendo il disavanzo pubblico entro il valore di riferimento del 3% del Pil».

Dal punto di vista della teoria delle fonti, la questione riguarda proprio la qualificazione del rapporto tra queste fonti di diritto derivato e i parametri fissati nelle disposizioni del Trattato e del suo Protocollo, rispetto ai quali le disposizioni del diritto derivato avrebbero dovuto porsi quali fonti gerarchicamente subordinate. Sebbene infatti i regolamenti si autoqualificassero in modo espresso quali regole per «accelerare e chiarire le modalità d'attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi istituita con l'art. 104 C del Trattato al fine di prevenire l'emergere di disavanzi pubblici eccessivi che si siano tuttavia determinati», e specificassero in modo altrettanto espresso che «le disposizioni del presente regolamento [sono] adottate [...] ai sensi dell'art. 104 C», in realtà essi non avrebbero potuto contestualmente non riconoscere che in realtà, con la loro disciplina, si introduceva un *nuovo* sistema integrato di norme per l'applicazione dell'articolo 104 C» medesimo⁸.

In sintesi, il regolamento n. 1466 prevede che ciascuno Stato membro presenti al Consiglio e alla Commissione un programma annuale di stabilità, il quale, tra l'altro, deve contenere informazioni in ordine all'«obiettivo a medio termine di una situazione di bilancio della pubblica amministrazione, con un saldo prossimo al pareggio o in attivo» (art. 3, punto 2, lett. a).

Tale disciplina più rigorosa è stata poi ulteriormente ribadita e specificata nelle fonti di diritto derivato adottate successivamente: da ul-

⁸ Come si legge nel Considerato n. 1 del regolamento n. 1467/97 citato.

timo, anche con il c.d. *Six Pack*, ossia con un pacchetto di fonti composto da cinque regolamenti e da una direttiva⁹, e con un Trattato, il c.d. *fiscal compact*, ossia il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'Unione economica e monetaria, approvato a Bruxelles il 2 marzo 2012, reso esecutivo in Italia con la legge 23 luglio 2012 n. 114, ed entrato in vigore il 1° gennaio 2013¹⁰.

Di queste fonti, in particolare, il regolamento (Ue) n. 1175/2011 del Parlamento e del Consiglio, del 16 novembre 2011, modifica il regolamento (Ce) n. 1466/1997 del Consiglio e si pone l'obiettivo di «sviluppare ulteriormente, a livello nazionale e dell'Unione, il contenuto dei programmi di stabilità e convergenza nonché la loro procedura di esame alla luce dell'esperienza maturata con l'attuazione del Psc»¹¹, tenendo conto che «l'esperienza acquisita e gli errori commessi nel corso dei primi dieci anni dell'Unione economica e monetaria evidenziano la necessità nell'Unione di una governance economica rafforzata, che dovrebbe fondarsi su una maggiore titolarità nazionale delle regole e delle politiche stabilite di comune accordo, nonché su un quadro più solido a livello di Unione per la sorveglianza delle politiche economiche nazionali»¹². A tal fine si dichiara esplicitamente che, da un lato, «è opportuno che l'aderenza delle posizioni di bilancio all'obiettivo di medio termine consenta agli Stati membri di disporre di un margine di sicurezza rispetto al valore di riferimento del 3% del Pil al fine di assicurare finanze pubbliche sostenibili», dall'altro, «è opportuno imporre un percorso più rapido di avvicinamento all'obiettivo di bilancio a medio termine per gli Stati membri con un

⁹ Regolamento (Ue) n. 1173/2011 relativo all'effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio della zona euro; regolamento (Ue) n. 1175/2011 per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche; regolamento (Ue) n. 1177/2011 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi; direttiva 2011/85/UE relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri; regolamento (Ue) n. 472/2013 sul rafforzamento della sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri nella zona euro che si trovano o rischiano di trovarsi in gravi difficoltà per quanto riguarda la loro stabilità finanziaria; regolamento (Ue) n. 473/2013 sulle disposizioni comuni per il monitoraggio e la valutazione dei documenti programmatici di bilancio e per la correzione dei disavanzi eccessivi negli Stati membri della zona euro.

¹⁰ Tale Trattato fu firmato dagli Stati dell'Ue a eccezione del Regno Unito e della Repubblica Ceca.

¹¹ Regolamento (Ue) n. 1175/2011, Quinto Considerando.

¹² Regolamento (Ue) n. 1175/2011, Ottavo Considerando.

livello di indebitamento superiore al 60% del Pil o che presentino rischi considerevoli in termini di stabilità complessiva del debito»¹³.

Sulla base di tali premesse, il regolamento modifica la disciplina precedente prevedendo che ciascuno Stato membro abbia uno specifico obiettivo a medio termine calcolato sulla base della propria posizione di bilancio, che deve tuttavia essere compreso tra il -1% del Pil e il pareggio o l'attivo, in termini corretti per il ciclo, al netto delle misure temporanee e *una tantum*.

Infine, il 1° gennaio 2013 è entrato in vigore il c.d. *fiscal compact*, che, ancora più rigorosamente, fissa l'obiettivo a medio termine in un disavanzo strutturale dello 0,5% del Pil (che può arrivare fino all'1% quando il rapporto tra il debito pubblico e il Pil è significativamente inferiore al 60%), e impone agli Stati membri di recepire la regola del pareggio di bilancio nei rispettivi ordinamenti giuridici nazionali «tramite disposizioni vincolanti, permanenti e preferibilmente di natura costituzionale»¹⁴. Inoltre prevede l'obbligo per gli Stati membri il

¹³ Regolamento (Ue) n. 1175/2011, Diciassettesimo e Ventunesimo Considerando.

¹⁴ Così si legge in uno dei «Rilevando» del Trattato. Ma cfr. altresì l'art. 3, comma 2, il quale fa espresso riferimento a «disposizioni vincolanti e di natura permanente – preferibilmente costituzionali – o il cui rispetto fedele è in altro modo rigorosamente garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio». A fronte della (peraltro inusuale) solerzia con la quale l'Italia ha provveduto ad adottare la legge costituzionale n. 1 del 2012, M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in Atti del LVIII Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione, *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 708-710, ha sostenuto che la disciplina europea e internazionale in materia, non prevedeva in realtà un vero e proprio *dovere* giuridico di revisione costituzionale, ma «quella della revisione costituzionale era [...] solo una delle possibili azioni suggerite» (p. 709). E l'A. conclude che «se l'Italia e ancor più sollecitamente la Spagna hanno cambiato le loro Costituzioni, allora, non lo si deve tanto alla cogenza di un vincolo internazionale quanto alla loro debolezza politica e finanziaria. Giuridicamente, però, altre strade sarebbero state percorribili» (p. 713). *Contra* N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in *Astrid-Rassegna*, n. 164, 2012, p. 6, e G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica europea*, in ID. (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 422, per il quale «La rilevanza costituzionale delle trasformazioni in atto è confermata e rafforzata dal disegno istituzionale tracciato con il *fiscal compact*. Il vincolo a recepire con disposizioni di carattere permanente, preferibilmente di livello costituzionale, i nuovi parametri di finanza pubblica, costituisce un ulteriore esempio di unione di carte fondamentali nazionali. Si crea così un vero e proprio intreccio di Costituzioni, confermato dalla facoltà attribuita a ciascuno Stato membro di agire di fronte alla Corte di giustizia per denunciare il mancato adeguamento di singole carte fondamentali ai nuovi vincoli comuni. Altri Stati membri diventano così attori del processo costituente nazionale, che viene sottratto al monopolio del popolo sovrano. Anche le Corti costituzionali assistono all'erosione del loro ruolo. Esse, infatti, sono

cui debito supera il 60% del Pil di adottare misure per ridurlo a un ritmo soddisfacente consistente nella riduzione della misura di almeno 1/20 della eccedenza rispetto alla soglia del 60%, calcolata nel corso degli ultimi tre anni. Si prevede inoltre un semi-automatismo delle procedure per l'irrogazione delle sanzioni per i Paesi che violano le regole del Patto: le sanzioni sono infatti proposte dalla Commissione e si considerano approvate dal Consiglio a meno che esso non le respinga con voto a maggioranza qualificata (*reverse majority voting*) degli Stati dell'area euro (e non si tiene conto del voto dello Stato interessato). Ai Paesi che registrano un disavanzo eccessivo si applica la sanzione di un deposito non fruttifero pari allo 0,2% del Pil realizzato nell'anno precedente, convertita in ammenda in caso di non osservanza della raccomandazione di correggere il disavanzo eccessivo.

Dal punto di vista macroeconomico, le scelte compiute a livello europeo, e dalle quali derivano quelle compiute a livello statale¹⁵, sono

affiancate dalla Corte di giustizia, che assume il ruolo di garante della conformità del processo di revisione costituzionale ai vincoli assunti con il *fiscal compact*. Per una disamina comparata tra i principali Paesi europei sulle modalità di recepimento dei vincoli europei in questa materia, cfr. i saggi raccolti in R. BIFULCO – O. ROSELLI (a cura di), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, Giappichelli, Torino, 2013; I. CIOLLI, *I Paesi dell'Eurozona e i vincoli di bilancio. Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari*, in *Rivistaaic.it*, 2012, n. 1; R. BIFULCO, *Il pareggio di bilancio in prospettiva comparata: un confronto tra Italia e Germania*, in *Il Filangieri. Quaderno 2011. Costituzione e pareggio di bilancio*, Jovene, Napoli, 2012, pp. 249 ss.; C. DECARO, *La limitazione costituzionale del debito in prospettiva comparata: Francia e Spagna*, *ivi*, pp. 267 ss.; M. CAPESCIOTTI, *Il pareggio di bilancio nella Costituzione: alcuni Paesi europei a confronto*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, Jovene, Napoli, 2013, IV, pp. 1829 ss.

¹⁵ Le quali, secondo M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, cit., p. 716, risulterebbero ancora più gravose di quelle riconducibili direttamente alla disciplina sovranazionale e internazionale: «Nell'edificio istituzionale di diritto internazionale e sovranazionale che è stato così costruito lo spazio per delle conseguenze giuridiche sugli atti e sulle omissioni degli Stati non c'è. Questo spazio c'è, invece, nel diritto interno e si apre proprio con la riforma dell'art. 81 Cost., che introduce parametri che il nostro giudice costituzionale può ora far valere in sede di sindacato di costituzionalità delle leggi. La revisione della Costituzione, dunque, è tutt'altro che irrilevante, perché modifica radicalmente il regime della legislazione nazionale». *Contra* G. L. TOSATO, *I vincoli europei sulle politiche di bilancio*, Relazione tenuta al Convegno Arsae/Luiss, *Costituzione e «pareggio» di bilancio*, svoltosi a Rom il 18 maggio 2012, in *Astrid-online.it*, p. 3, per il quale se, da un lato, il *fiscal compact* non fa che limitarsi a ribadire la regola del bilancio in pareggio o in attivo, dall'altro, lo stesso obbligo per gli Stati contraenti di inserire la "regola aurea" del pareggio di bilancio nel proprio diritto interno non sarebbe stato necessario, poiché «l'obbligo

state oggetto di aspre critiche. Si tratta, in ultima analisi, di scelte politiche, rispetto alle quali sarebbe per lo meno necessario far cadere il velo della loro presunta necessità scientifica¹⁶.

Tuttavia la questione che qui s'intende mettere sotto i riflettori riguarda la disciplina sopra descritta quale sintomo della decostruzione del sistema delle fonti di cui si è detto: in particolare, ci si chiede se la disciplina sui vincoli di bilancio introdotta successivamente al Trattato di Maastricht si ponga nel solco di quest'ultimo, o debba invece considerarsi *praeter*, se non addirittura *contra legem*, in quanto posta in violazione di fonti di grado superiore.

Contro l'opinione di coloro che ritengono che la disciplina successiva si fondi non già sull'art. 126, bensì sull'art. 121 TFUE, che affida al Consiglio il compito di realizzare una sorveglianza multilaterale tra gli Stati membri e richiede che sia assicurata una convergenza *duratura* dei loro risultati economici¹⁷, altri hanno sottolineato come la scelta, «ben ponderata e saggia», che sta alla base della determinazione dei c.d. parametri di Maastricht – i quali, in ultima analisi, avrebbero consentito un margine ragionevole di indebitamento per gli Stati, unico strumento residuo per le loro politiche economiche volte alla crescita –, sia stata travolta dalla disciplina successiva, che, imponendo un bilancio prossimo al pareggio o in attivo, «equivale ad un indebitamento nell'anno pari allo 0%». Secondo tale dottrina, le misure adottate saggiamente a Maastricht «d'un colpo [...] venivano fatte scomparire. Non era una questione di percentuali. [Quelle] norme co-

del pareggio di bilancio era già operante nel diritto dell'Unione; e questo, in base a consolidati principi, ha valore prioritario sul diritto interno. Gli Stati membri avrebbero quindi dovuto conformarsi a quell'obbligo, senza che fosse necessario replicarlo in un patto apposito».

¹⁶ Insiste sulla considerazione che «la trasformazione del sistema è stata il portato non tanto di un processo oggettivo di aggiustamento dei mercati, quanto di una soggettiva e precisa scelta politica», M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*. Relazione al Convegno Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012, Corte costituzionale, 22 novembre 2013, in www.cortecostituzionale.it, p. 3. In argomento cfr. i saggi raccolti in S. CESARATTO – M. PIVETTI (a cura di), *Oltre l'austerità*, Micromega, Roma, 2012 e in L. PAGGI (a cura di), *Un'altra Italia in un'altra Europa. Mercato e interesse nazionale*, Carocci, Roma, 2011; L. FANTACCI – A. PAPETTI, *Il debito dell'Europa con se stessa. Analisi e riforma della governance europea di fronte alla crisi*, in *Costituzionalismo.it*, 2013, n. 2.

¹⁷ Cfr. per esempio A. BRANCASI, *Bilancio (equilibrio di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XVII, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 167-186, spec. p. 176.

stituivano lo strumento specifico messo a disposizione degli Stati per la attuazione delle loro politiche economiche volte all'obiettivo della crescita. La funzione dei due parametri sarebbe stata tanto essenziale per gli Stati, quanto lo sono le ali per gli uccelli. Una volta che ne fossero stati privati, gli Stati non sarebbero stati in grado di volare. Costretti a terra, sarebbero divenuti vittime di un processo generalizzato e dal ritmo gradualmente crescente di impoverimento. È ciò che si è verificato»¹⁸.

Dunque: i parametri più rigorosi, introdotti con fonti di diritto derivato, e dunque subordinate gerarchicamente ai Trattati, sono da intendersi quali ragionevoli strumenti necessari al fine di assicurare il raggiungimento degli obiettivi indicati nei Trattati medesimi, ovvero sono da considerarsi quali obiettivi politicamente diversi, e, in quanto tali, invalidamente introdotti, in quanto peraltro i parametri di Maastricht sono stati altresì confermati sia nel Trattato di Amsterdam sia in quello di Lisbona?¹⁹

¹⁸ G. GUARINO, *Salvare l'euro, salvare l'Europa. Una intervista immaginaria*, in www.giuseppeguarino.it, 7 marzo 2013, pp. 7-8; ID., *Un saggio di «verità» sull'Europa e sull'euro*, *ivi*, 21 ottobre 2013. Del medesimo A. cfr. ora *Cittadini europei e crisi dell'euro*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014. In dottrina non pare aver destato alcuna preoccupazione la segnalata divergenza tra le fonti di diritto derivato e i Trattati: cfr. G. L. TOSATO, *I vincoli europei sulle politiche di bilancio*, cit., p. 1, per il quale «le regole di Maastricht sono state specificate nel Patto di stabilità e crescita (Psc) del 1997» e il *fiscal compact* ha un significato meramente politico poiché «l'obbligo del pareggio di bilancio era già operante nel diritto dell'Unione»; F. DONATI, *Crisi dell'euro, governance economica e democrazia nell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, n. 2, pp. 337 ss.; G. SCACCIA, *L'equilibrio di bilancio fra Costituzione e vincoli europei*, cit., p. 11, che parla espressamente di «coerenza» tra le previsioni del Trattato e il Regolamento Ce n. 1466/1997. Si sono invece posti la questione G. RIVOSECCHI, *Il governo europeo dei conti pubblici tra crisi economico-finanziaria e riflessi sul sistema delle fonti*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2011, n. 1, p. 12; I. CIOLLI, *I Paesi dell'Eurozona e i vincoli di bilancio. Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari*, cit. p. 4, per la quale le proposte di modificare le normative nazionali in materia di vincoli ai bilanci si spiegano proprio per la difficoltà di procedere alla modificazione dei Trattati.

¹⁹ La superiorità gerarchica del diritto c.d. primario dei Trattati rispetto al diritto derivato consegue dall'art. 263, § 2, TFUE (già art. 230 TCE), nella parte in cui prevede tra i motivi di impugnazione degli atti adottati dalle istituzioni «la violazione del [...] Trattato». Quanto alla possibile critica consistente nell'osservazione che i parametri più rigorosi sono stati confermati anche nel c.d. *fiscal compact*, Guarino risponde che quest'ultimo Trattato dichiara di volersi applicare solo nei limiti in cui si conformi ai Trattati europei, e poiché è in stridente contrasto con Lisbona non si dovrebbe applicare. Si ricordi peraltro che il c.d. *fiscal compact* è (solo) un trattato di diritto internazionale, e che le «norme del diritto internazionale generale e pattizio occupano una posizione intermedia tra i Trattati e la normativa secondaria e sono subordinate rispetto al diritto primario» (A. CELOTTO,

Ma quello della determinazione dei vincoli di bilancio per gli Stati non è l'unico settore nel quale le istituzioni europee si sono mosse *al di fuori* dei Trattati: la normativa sulle misure di salvataggio degli Stati in difficoltà (soprattutto l'istituzione del Meccanismo Europeo di Stabilità), nonché le decisioni della Banca centrale europea²⁰ aventi a oggetto l'acquisto di titoli del debito pubblico sul mercato secondario (soprattutto l'approvazione del Securities Market Program), sono state adottate, in questi ultimi anni, essenzialmente *al di fuori* dello stesso diritto dell'Unione e, in ultima analisi, attraverso strumenti di diritto internazionale che, in quanto tali, hanno potuto muoversi liberamente, anche violando le disposizioni dei Trattati, e, dunque, *al di fuori* di qualsiasi dibattito da parte dell'opinione pubblica europea e degli organi rappresentativi²¹. Così, ad esempio, tutte le decisioni assunte

L'Italia e l'Unione europea, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 236).

²⁰ Su cui, da ultimo, cfr. P. COSTA, *Il ruolo del Presidente della Banca centrale europea tra finzione tecnica e realtà politica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2016, parte II, pp. 59 ss.; C. BUZZACCHI, *Bilancio e stabilità. Oltre l'equilibrio finanziario*, Giuffrè, Milano, 2015, spec. pp. 224 ss.; A. CANEPA, *Crisi dei debiti sovrani e regolazione europea: una prima rassegna e classificazione di meccanismi e strumenti adottati nella recente crisi economico-finanziaria*, in *Rivistaic*, 2015, n. 1.

²¹ L'intera vicenda è ricostruita da F. DONATI, *Crisi dell'euro, governance economica e democrazia nell'Unione europea*, cit. In argomento M. RUFFERT, *The European Debt Crisis and European Union Law*, in *Common Market Law Review*, 2011, pp. 1777 ss., per il quale gli strumenti per fronteggiare la crisi del debito sovrano violano alcune previsioni del TFUE, e, in particolare, il divieto di salvataggio finanziario ex art. 125 TFUE; R. SMITS, *The European Debt Crisis and European Union: Comments and Call for Action*, *ivi*, 2012, pp. 827 ss.; A. DE GREGORIO MERINO, *Legal Developments in the Economic and Monetary Union during the Debt Crisis: The Mechanism of Financial Assistance*, *ivi*, 2012, pp. 1613 ss.; L. GIANNITI, *Il meccanismo di stabilità e la revisione semplificata del Trattato di Lisbona: un'ipoteca tedesca sul processo di integrazione?*, in www.iai.it (Documenti Istituto Affari Internazionali, febbraio 2011); P. BILANCIA, *La nuova governance dell'eurozona: alla ricerca del «demos»*, in F. ANGELINI – M. BENVENUTI (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012, Jovene, Napoli, 2012, pp. 19 ss.; G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica europea*, cit., in particolare p. 243, dove si parla di «fuga» nel diritto internazionale; R. CALVANO, *La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale ed europea*, in *Costituzionalismo.it*, 2013, n. 3; L. AMMANNATI, *Il rapporto tra concorrenza e welfare di fronte alla crisi*, in G. COLOMBINI – M. PASSALACQUA (a cura di), *Mercati e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di stato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 174 ss. Nel senso della compatibilità con il diritto dell'Unione europea del Meccanismo Europeo di Stabilità (MES), istituito dai 17 Stati dell'Eurozona con il Trattato del 2 febbraio 2012, si è pronunciata altresì la Corte di giustizia, seduta plenaria, 27 novembre

nell'ambito del Meccanismo Europeo di Stabilità (MES) sfuggono a qualsiasi controllo sostanziale da parte degli organi rappresentativi²².

Le ragioni profonde che spiegherebbero questi dati vengono ricondotte alle vicende verificatesi con l'inizio della crisi, le quali avrebbero messo in evidenza la debolezza del modello di unione economica e monetaria disegnato a Maastricht, fondato sulla distinzione tra la politica monetaria, affidata all'esclusiva competenza dell'Unione e della sua Banca centrale, e la politica economica e di bilancio, sulla quale ciascuno Stato membro continua a esercitare la sua sovranità. L'idea di fondo è che la politica monetaria, che deve garantire la stabilità dei prezzi, deve essere affidata a un organo tecnico indipendente, mentre la politica economica e di bilancio, implicando effetti redistributivi, non può che essere il frutto di scelte politiche. In altre parole, «le istituzioni europee e le cancellerie nazionali hanno reagito alla crisi economico-finanziaria rinunciando a “comunitarizzare” il più intenso dei doveri di solidarietà, e cioè il dovere tributario. Era stata questa, invece, la soluzione accolta dagli Stati Uniti, qualche anno dopo la proclamazione di indipendenza, per fronteggiare una crisi del debito della Confederazione e dei singoli Stati»²³.

2012, causa C-370/12, *Pringle c. Irlanda*. Il Consiglio europeo del 24-25 marzo 2011, che aveva reso possibile l'istituzione del MES modificando, con procedura semplificata, l'art. 136 TFUE, lo ha qualificato «istituzione internazionale sottoposta al diritto internazionale pubblico».

²² Sul punto si è pronunciato il Tribunale costituzionale tedesco, secondo il quale la compatibilità del MES col principio democratico sancito dalla Legge Fondamentale tedesca, che impone di mantenere in capo all'organo rappresentativo le scelte fondamentali in materia di bilancio, deriverebbe dal fatto che tale meccanismo comporta per la Germania una responsabilità finanziaria limitata alla quota di sottoscrizione liberamente approvata dal Bundestag (BverfGE, decisione del 12 settembre 2012, su cui cfr. P. RIDOLA, “*Karlsruhe locuta causa finita?*” *Il Bundesverfassungsgericht, il fondo salva-stati e gli incerti destini della democrazia federalista in Europa*, in *Federalismi.it*, 2012; F. PEDRINI, *Le «cautele» di Karlsruhe in ordine al Fondo «salva Stati» (commento alla sentenza del Tribunale costituzionale del 12 settembre 2012)*, in *Quaderni Costituzionali*, 2012, pp. 894 ss.; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 124 ss.). Il Tribunale costituzionale tedesco si è pronunciato in argomento anche nel 2014, con analoghe conclusioni. Sul ruolo delle corti costituzionali in tema di strumenti adottati per far fronte alla crisi, cfr. F. DONATI, *La crisi dell'Euro tra Corti costituzionali e Corte di giustizia*, in *Federalismi.it*, 2014, n. 17.

²³ G. SCACCIA, *L'equilibrio di bilancio fra Costituzione e vincoli europei*, cit., p. 4.

3. Indeterminatezza degli obblighi discendenti dai Trattati e libertà dei fini

Tracce del processo di *deformalizzazione* in cui si esprime la perdita di centralità del principio rappresentativo possono essere trovate sia nei Trattati istitutivi, che a partire da Maastricht hanno delineato per sommi capi la *governance* economico-finanziaria europea, sia nelle fonti di diritto derivato che l'hanno specificata e fatta evolvere (e qui il fenomeno interessa tanto il ramo preventivo quanto quello correttivo del Patto di stabilità e crescita). Esse non emergono però soltanto dal problematico rapporto tra la fonte di grado superiore e la disciplina che ne deriva, né si traducono esclusivamente nella fuga dai Trattati e dal diritto dell'Unione di cui si è detto. Un ulteriore e significativo fattore di *deformalizzazione* sembra infatti discendere dalla mancanza di precisione che caratterizza l'intera disciplina europea in materia di finanza pubblica²⁴ e che, come dimostra la sua più recente evoluzione interpretativa (nuovamente all'insegna della flessibilità), è propria dello stesso processo attraverso il quale essa si è sviluppata nel corso di un ventennio, ancora oggi «*ben lungi dall'essere precisamente definito*»²⁵.

Vaga è innanzitutto la disciplina di finanza pubblica posta direttamente dai Trattati, cosicché non è possibile, sulla scorta della sola disposizione pattizia, determinarne il significato e coglierne in termini univoci la portata. L'indeterminatezza dell'obbligo posto dalla fonte primaria si riflette e si riproduce poi sul piano delle fonti derivate, aprendo inevitabilmente ai destinatari della disciplina – istituzioni europee e Stati membri – consistenti spazi interpretativi. Tali spazi interpretativi vengono colmati progressivamente, perlopiù attraverso meccanismi decisionali di natura intergovernativa, che permettono di fissare (fino alla prossima occasione) la norma che emerge dalla nego-

²⁴ Sottolinea tale imprecisione F. TERPAN, *La gouvernance économique de l'Union Européenne: une juridicisation en trompe-l'oeil?*, in M. VELLANO (a cura di), *Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, pp.443-458, p. 453.

²⁵ Così C. BERGONZINI, *Il nuovo principio dell'equilibrio di bilancio: le prime ricadute sull'ordinamento italiano*, in C. BERGONZINI - S. BORELLI - A. GUZZAROTTI (a cura di), *La legge dei numeri, Governance economica europea e marginalizzazione dei diritti*, Jovene, Napoli, 2016, pp. 147-166, spec. p. 150.

ziazione tra i rappresentanti degli Stati membri. Non mancano casi, tuttavia, in cui l'applicazione da parte delle istituzioni di una tra le (varie) norme compatibili con i Trattati ha addirittura preceduto la formalizzazione, ai livelli inferiori dell'ordinamento europeo, di una disposizione che la esplicitasse.

Un primo esempio di indeterminatezza addebitabile ai Trattati è rappresentato dal non agevole percorso ricostruttivo che occorre intraprendere per giungere ad una puntuale definizione del divieto di «*disavanzi pubblici eccessivi*». Com'è noto, la condotta vietata agli Stati membri dall'art. 126, par. 1, del TFUE consiste nel superamento dei valori di riferimento recati dal Protocollo (n. 12) sulla procedura per i disavanzi eccessivi, allegato al Trattato di Maastricht. La disposizione pattizia in esame, però, è doppiamente indeterminata: non solo perché è l'art. 1 del Protocollo a specificare i parametri quantitativi che vanno ad integrare tali valori di riferimento, ma anche perché il suo art. 2 delimita il campo stesso – altrimenti assai ampio – dei significati attribuibili ai termini «*pubblico*» e «*disavanzo*», rinviando espressamente alle definizioni di «*pubblica amministrazione*» e di «*indebitamento netto*» fornite nel Sistema europeo di conti economici integrati (cd. SEC). Per l'effetto, il Trattato si trova ad essere integrato e specificato nel suo significato da uno *standard* contabile internazionale, elaborato al fine di garantire la comparabilità e l'affidabilità delle statistiche economiche prodotte dagli Stati. Sebbene a partire dal 1996 tale *standard* abbia assunto, nell'ambito dell'ordinamento europeo, forma tipica e vincolante²⁶, si noti che esso viene periodicamente adeguato agli aggiornamenti di un documento tecnico con caratteristiche di spiccata *deformalizzazione*, elaborato congiuntamente dalle Nazioni Unite, dal FMI, dalla Commissione delle Comunità europee, dall'OCSE e dalla Banca mondiale²⁷.

²⁶ Mentre i Sec del 1970 e del 1979 erano contenuti in documenti amministrativi dell'Eurostat, a partire dal 1996 la Comunità europea si è dotata di un Sistema di conti economici vincolante per gli Stati membri, seppure ai limitati fini dell'attuazione e del monitoraggio degli obiettivi fissati dall'Unione economica e monetaria, restando liberi gli Stati di strutturare la contabilità, per tutte le altre proprie esigenze, in base a diverse metodologie (cfr. i *consideranda* e l'art. 1, par. 3, del Reg. (CE) n. 2223/1996, del 25 giugno 1996, relativo al Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nella Comunità).

²⁷ Si tratta del Sistema dei Conti Nazionali (*System of National Accounts*), formulato per la prima volta dalla Commissione statistica delle Nazioni Unite nel 1953 e, successivamente, aggiornato dalle istituzioni ed organizzazioni citate nel testo. Lo SNA attual-

Ancor più evidente è l'indeterminatezza che consegue alla previsione, da parte dell'art. 126, par. 2, TFUE di tutta una serie di circostanze eccezionali, capaci di escludere la rilevanza degli squilibri del disavanzo pubblico o del debito pubblico rispetto al PIL (e quindi la violazione del Trattato)²⁸. Una di queste circostanze eccezionali, ad esempio, fa salva la condotta dello Stato membro oggetto di sorveglianza qualora il suo rapporto deficit/PIL «sia diminuito in modo sostanziale e continuo e abbia raggiunto un livello che si avvicina al valore di riferimento», ponendo un obiettivo di *second best* che – in presenza di tassi di crescita dell'economia molto più deboli di quanto previsto a Maastricht – ha finito per rappresentare il parametro di valutazione effettivo per molti degli Stati membri²⁹. Infatti, anche se sin dal 1997 il saldo di riferimento è stato formalmente fissato in termini di pareggio o di *surplus* di bilancio, di fatto la politica fiscale degli Stati membri è stata condotta e valutata sulla base dell'obiettivo – meno impegnativo, ma di consistenza tutt'altro che trascurabile – di garantire un costante avvicinamento ad esso.

Ma in che cosa consiste esattamente «un livello [del rapporto tra disavanzo pubblico e PIL] che si avvicina al termine di riferimento»? Il contenuto del percorso di avvicinamento all'obiettivo di medio termine è stato in gran parte dettato dal Regolamento UE n. 1055/2005, che ha modificato il Psc in senso più permissivo rispetto alla sua formulazione originaria del 1997³⁰. Tuttavia, alcune delle mi-

mente in vigore risale al 2008 ed è stato recepito, a livello europeo, con il nome di SEC2010.

²⁸ Come si vedrà nel par. 5, nella dottrina europeistica non manca chi ha rinvenuto proprio in tale circostanza la manifestazione di un “ammorbidente” del divieto di disavanzi pubblici eccessivi.

²⁹ È noto che l'applicazione delle disposizioni recate dal Psc è da sempre caratterizzata da una diffusa inosservanza (Banca Centrale europea, *I dieci anni del Patto di Stabilità e Crescita*, in «Bollettino mensile», 2008, n. 10, pp. 57-70, spec. p. 61) ed è ulteriormente peggiorata nel corso della recente crisi economico-finanziaria (nel 2011, nel mezzo della crisi, ben 24 Stati su 27 erano inadempienti rispetto al proprio obiettivo di bilancio). Anche quando non si è tradotta in un inadempimento rispetto ai valori di riferimento posti dai Trattati, tuttavia, la posizione di molti degli Stati membri rispetto ad essi - in particolare per quanto riguarda il livello di debito pubblico - è stata di graduale avvicinamento piuttosto che di precisa aderenza.

³⁰ Da ultimo, il cd. *Six pack* lo ha invece rafforzato, sia prevedendo l'irrogabilità, a fronte di un significativo inadempimento, di vere e proprie misure sanzionatorie anche nella fase preventiva del Psc (cfr. Reg. UE n. 1173/2011, spec. cap. III), sia aggiungendo agli

sure che la riforma ha introdotto erano già state anticipate in via interpretativa, tramite atti atipici formalmente non vincolanti prodotti da istituzioni tecniche o in sede intergovernativa. È il caso soprattutto del cd. *minimal fiscal effort*, cioè dell'obbligo – per i Paesi la cui posizione di bilancio sia ancora lontana dal pareggio o dall'attivo – di realizzare un miglioramento annuo del saldo di bilancio almeno pari allo 0,5% del proprio PIL³¹. Dopo essere stata auspicata dalla Commissione nella sua Comunicazione sul *Rafforzamento del coordinamento delle politiche di bilancio*³², infatti, tale regola è entrata a far parte degli obiettivi di politica fiscale con il recepimento da parte del Consiglio europeo³³ delle valutazioni espresse dai Ministri delle Finanze degli Stati membri in sede di Consiglio ECOFIN, ove tale impegno era stato inserito tra gli «indirizzi di massima per le politiche economiche» del 2003³⁴. Così, muovendo da una sede al contempo tecnica e intergovernativa, il *minimal fiscal effort* è divenuto regola determinante per la valutazione della posizione di bilancio degli Stati membri ancor prima che, con la modifica formale del Regolamento n. 1466/1997, fossero individuati i criteri per compiere la valutazione globale circa l'adeguatezza del percorso di riavvicinamento.

L'applicazione di una tra le norme compatibili con i Trattati ha talvolta addirittura preceduto la formalizzazione, ai livelli inferiori dell'ordinamento europeo, di una qualunque disposizione che specificasse la vaga formulazione recata dai Trattati. Lo si nota quando si cerca di determinare il significato dell'altra clausola eccezionale contenuta nell'art. 126, par. 2, lett. a), del TFUE, che fa salvi i disavanzi

elementi di valutazione circa l'adeguatezza del percorso di riavvicinamento il rispetto di una stringente regola sulla spesa (artt. 5 e 6 del Reg. CE n. 1466/1997 e s.m.i., come modificato dal Reg. UE n. 1175/2011).

³¹ Cfr. art. 5, par. 1, c. 2, Reg. CE n. 1466/1997, come modificato dal Reg. UE n. 1055/2005; il successivo Reg. UE n. 1175/2011 ha poi specificato che, per i Paesi - come l'Italia - che abbiano un rapporto debito pubblico/PIL superiore al 60% o presentino rischi per la sostenibilità complessiva del debito, il miglioramento annuo del saldo di bilancio deve essere anche superiore al +0,5% del PIL.

³² Commission of the European Communities, *Strengthening the co-ordination of budgetary policies*, COM (2002) 668 def., 27th november 2002, par. 5, punto ii).

³³ Cfr. Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 20-21 marzo 2003, punto 16, contenente il contestuale ed espresso invito «[a]l Consiglio e [a]gli Stati membri ad attuarne le conclusioni».

³⁴ Cfr. il documento di preparazione del Consiglio europeo di primavera redatto dal Consiglio Economia e Finanza, 6877/03 (Presse 61), del 7 marzo 2003, p. VIII.

qualora «*il superamento del valore di riferimento sia solo eccezionale e temporaneo e il valore resti vicino al valore di riferimento*». Nell'ambito del braccio correttivo del Psc, questa disposizione ha fondato sin dall'inizio la valutazione della posizione degli Stati membri da parte della Commissione, sulla quale si fonda l'eventuale avvio della procedura per disavanzo eccessivo³⁵. Sebbene anche in tale ramo del Psc i termini della clausola siano tutt'altro che univoci (tant'è che l'eccezionalità del superamento ha ricevuto, nel tempo, mutevoli qualificazioni³⁶), è nell'ambito del braccio preventivo che l'indeterminatezza della disciplina pattizia ha prodotto l'effetto che si è preannunciato: in un primo momento, essa è stata perlopiù irrilevante nella fase del coordinamento e della sorveglianza multilaterale delle politiche fiscali, non fondando alcuna delle valutazioni che le istituzioni europee sono chiamate a condurre a tal fine; di recente, invece, sulla disposizione pattizia è stata fondata la possibilità di un'ulteriore temporanea deviazione dal percorso di avvicinamento, ove riconducibile all'andamento eccezionalmente negativo della congiuntura. Come la stessa Commissione europea ha riconosciuto, tale elemento ha influito sulla valutazione delle posizioni di bilancio durante la crisi del 2008, anche se prima del Reg. UE n. 1175/2011 tale possibilità non era ancora espressamente prevista nella parte preventiva del Psc³⁷.

³⁵ Cfr. l'art. 2 del Regolamento CE n. 1467/1997.

³⁶ Mentre nella versione originaria del Reg. 1467/1997 si legge che «la Commissione considera in linea di principio, che il superamento del valore di riferimento provocato da una grave recessione economica sia eccezionale solo qualora sussista un declino annuo del PIL in termini reali pari almeno al 2 %» (art. 2, par. 2), dopo la modifica ad opera del Reg. UE n. 1056/2005 la medesima disposizione recita: «La Commissione e il Consiglio [...] possono considerare eccezionale, ai sensi dell'articolo 104, paragrafo 2, lettera a), secondo trattino, un superamento del valore di riferimento determinato da una grave recessione economica se tale superamento è dovuto a un tasso di crescita negativo del volume annuo del PIL o a una diminuzione cumulata della produzione durante un periodo prolungato di crescita molto bassa del volume annuo del PIL rispetto alla crescita potenziale».

³⁷ Cfr. Commissione europea, *Sfruttare al meglio la flessibilità consentita dalle norme vigenti del Patto di stabilità e crescita*, COM (2015) 12 def., del 13 gennaio 2015, p. 18. L'art. 5, par. 1, ult. periodo, del Reg. CE n. 1466/1997 e s.m.i., come modificato nel 2011, ora recita infatti: «Qualora si produca un evento inconsueto al di fuori del controllo dello Stato membro interessato che abbia rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria generale di detto Stato o in caso di grave recessione economica della zona euro o dell'intera dell'Unione, gli Stati membri possono essere autorizzati ad allontanarsi temporaneamente dal percorso di aggiustamento all'obiettivo di bilancio a medio termine di cui al terzo comma, a condizione che la sostenibilità di bilancio a medio termine non ne risulti compromessa».

Infine, che la vaghezza della formulazione dei Trattati si rifletta sugli atti di diritto derivato che vi danno attuazione e comporti l'aprirsi di uno spazio interpretativo è testimoniato anche dalla vicenda della progressiva individuazione dello specifico saldo di bilancio soggetto alla sorveglianza multilaterale nell'ambito del braccio preventivo del Psc. In proposito, da Maastricht in poi, i Trattati si sono limitati a indicare la necessità di monitorare (*ex ante* ed *ex post*) il saldo indebitamento netto dei conti economici consolidati delle amministrazioni pubbliche degli Stati membri. Restava tuttavia impregiudicata dalla fonte primaria l'opzione per la configurazione del saldo in termini nominali ovvero – come poi sarà – in termini strutturali. Nella sua formulazione originaria, neppure il Regolamento (CE) n. 1466/1997 aveva espressamente sciolto tale ambiguità. La rigidità dell'obbligo di raggiungere annualmente un «*saldo prossimo al pareggio o in attivo*»³⁸ contribuì però, nei primi anni Duemila, ad alimentare la nota polemica in ordine alla “stupidità” delle regole fiscali europee, nata dalla loro evidente disapplicazione da parte dei Paesi più importanti dell'area euro (e dalla scelta del Consiglio di non sanzionarla, chiudendo la procedura per deficit eccessivo aperta nei confronti di Francia e Germania). In questo contesto, ancora una volta lo spazio interpretativo discendente dalla formulazione delle disposizioni dei Trattati sarà colmato attraverso atti atipici non vincolanti, che appaiono prodromici all'incorporazione negli atti tipici di una tra le diverse interpretazioni possibili della lettera della disposizione. Lo stesso documento del Consiglio europeo ECOFIN del marzo 2003 a cui si deve l'elaborazione del *minimal fiscal effort*, infatti, ha altresì suggerito che il saldo di bilancio soggetto alla sorveglianza europea fosse «*adeguato] ciclicamente*»³⁹. Tale formulazione, ancora piuttosto vaga, sarà in seguito chiarita dall'art. 2 *bis* del Reg. UE n. 1055/2005, secondo il quale gli obiettivi di bilancio a medio termine specifici per paese, «*specificati in una forcilla stabilita tra il – 1 % del PIL e il pareggio o l'attivo*», vanno calcolati «*in termini corretti per il ciclo, al netto delle misure temporanee e una tantum*»⁴⁰. Nel suggerire al Consiglio

³⁸ Art. 3, c. 2, lett. a, del Reg. CE n. 1466/1997, nella sua formulazione originaria.

³⁹ Consiglio Economia e Finanza, 6877/03 (Presse 61), del 7 marzo 2003, p. VIII.

⁴⁰ Lo scopo dichiarato fu quello di «tener conto delle diversità delle posizioni e degli sviluppi sul piano economico e di bilancio» di ciascuno Stato membro, permettendo loro «di affrontare le normali fluttuazioni cicliche» seppur nel rispetto - nel medio termine - dei limiti negativi fissati dall'art. 126 TFUE ed al contempo di recuperare «margini di mano-

di considerare un saldo «*adeguat[o] ciclicamente*», tuttavia, già dal 2003 i Governi dei Paesi membri avevano spostato dal saldo nominale a quello strutturale, depurato di alcune sue componenti, il termine di riferimento utilizzato nel contesto europeo per la sorveglianza multilaterale, con conseguenze di non poco conto sui rispettivi margini di manovra di politica fiscale⁴¹.

In tutti gli esempi riportati, la selezione di una tra le interpretazioni compatibili con il testo della fonte primaria o la sua specificazione concreta sono state realizzate da istituzioni di rilievo internazionale (come per la produzione degli *standard* contabili su cui si fonda il SEC) o europeo (come la Commissione per l'anticipazione del *minimal fiscal effort* e per l'introduzione della possibilità di deviare dal percorso di avvicinamento all'OMT in caso di grave recessione economica), non raramente anche di carattere intergovernativo (come il Consiglio ECOFIN, che ha deciso di considerare il saldo di bilancio in termini strutturali e recepito le indicazioni della Commissione sullo sforzo minimo di aggiustamento del bilancio), che vi hanno proceduto in via di fatto o sulla base di una previa negoziazione.

A prima vista, tale fenomeno sembra operare a favore degli Stati membri, poiché lo si è visto agire in senso ampliativo della loro discrezionalità, introducendo eccezioni al divieto di disavanzi pubblici eccessivi o escludendo dal saldo soggetto al vincolo alcune consistenti componenti di entrata e di spesa. Né tale evoluzione sembra potersi considerare sempre ed *ex se* in contrasto con il principio democratico, dal momento che in alcuni di questi casi sono gli stessi Governi degli Stati membri (non estranei al tradizionale circuito politico-

vra nel bilancio, segnatamente per gli investimenti pubblici» (Considerando nn. 5 e 6, Reg. UE n. 1055/2005).

⁴¹ La considerazione del saldo di bilancio della pubblica amministrazione in termini strutturali, eliminando gli effetti prodotti dall'andamento della congiuntura economica sul valore nominale dell'indebitamento netto, mira a far emergere quelli ascrivibili alla politica discrezionale di bilancio perseguita dalle autorità nazionali e, quindi, a permetterne una più "corretta" interpretazione. In particolare, mentre la sottrazione al saldo degli importi relativi alle misure *una tantum* e temporanee discende dalla transitorietà dei loro effetti (che le rende non significative per la valutazione della sostenibilità delle finanze pubbliche), l'eliminazione della componente ciclica dal saldo nominale del conto consolidato delle pubbliche amministrazioni ha effetti rilevanti, sia per la sua maggiore consistenza, sia perché finisce per permettere che la regola dell'equilibrio sia rispettata anche in presenza di un disavanzo nominale. Se così è, è evidente che la portata dell'evoluzione della disciplina di finanza pubblica realizzata in via informale e interpretativa non è nulla.

rappresentativo), nella loro qualità di rappresentanti dei “signori dei Trattati”, a determinare nelle sedi intergovernative questa o quella evoluzione della disciplina.

Tuttavia, gli effetti di tale processo non sono neutri sotto il profilo dei principi del diritto pubblico e costituzionale. Come è stato rilevato, la struttura di *governance* europea è caratterizzata da un doppio livello: ad un processo decisionale di tipo sovranazionale, incentrato sull’asse Commissione-Parlamento-Consiglio, tuttora si affianca un metodo di lavoro squisitamente intergovernativo⁴², cui spetta la delicata funzione di integrare e di porre le basi per l’ampliamento del primo, ma che estromette sia il Parlamento europeo sia quelli nazionali. Così, il processo di integrazione europea – pur non essendone l’unica causa – contribuisce alla perdita di centralità del principio rappresentativo quale fondamento del potere di produrre diritto, sbilanciando in favore dell’Esecutivo la forma di governo dei Paesi membri⁴³ e rendendo più difficile l’esercizio di un controllo democratico sulle scelte compiute in Europa (in sede intergovernativa, negoziale e ampiamente *deformalizzata*) da parte dei cittadini che ne sopporteranno le conseguenze.

Inoltre, gli spazi di maggiore discrezionalità politica che il fenomeno analizzato sembra comportare per gli Stati membri vanno ridimensionati. Da un lato, perché l’evoluzione in un senso o nell’altro della disciplina di finanza pubblica è ascrivibile, più che al naturale e spontaneo convergere in sede sovranazionale degli interessi di tutti i Paesi membri, all’orientamento ivi espresso dai Governi dei Paesi economicamente più forti⁴⁴. Dall’altro lato, perché attraverso l’integrazione e

⁴² Per tale ricostruzione si veda, tra gli altri, M. LOSSANI, *Come si costruiscono gli indicatori dell’economia finanziaria*, in *La legge dei numeri*, cit., pp. 1-12, spec. pp. 11-12.

⁴³ Da ultimo, A. SCIORTINO, *Il Governo tra tecnica e politica: le funzioni*, cit., p. 24, sottolinea gli effetti sulla forma di governo dello «spostamento del baricentro delle decisioni finanziarie a favore degli esecutivi, causata anche dalla responsabilità diretta di questi ultimi in sede comunitaria per l’andamento dei conti pubblici» e si interroga sulla «tenuta del modello proprio della democrazia parlamentare secondo cui i Parlamenti nazionali hanno da sempre rivendicato un controllo sull’indirizzo politico finanziario», che si è dimostrato «cruciale per operare il bilanciamento in concreto tra diritti sociali ed esigenze di riequilibrio finanziario».

⁴⁴ E dunque, tra questi, in particolare al governo tedesco. Ne sottolinea gli effetti negativi sugli equilibri istituzionali e costituzionali A. SCIORTINO, *Il Governo tra tecnica e politica: le funzioni*, in *Il Governo tra tecnica e politica*. Atti del Seminario Annuale del Gruppo di Pisa - Como, 20.11.2015 -, a cura di G. GRASSO, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 9-44, p. 23.

la specificazione della disciplina indeterminata posta dai Trattati viene ad esprimersi un forte condizionamento delle scelte e delle politiche nazionali. Nelle pieghe delle specificazioni e delle svolte interpretative che l'indeterminatezza dei Trattati rende necessarie e possibili, infatti, spesso si celano opzioni politicamente non neutre⁴⁵ e comunque la discrezionalità che sembra aprirsi alle autorità nazionali deve essere esercitata nel rispetto di fini che sono inevitabilmente predeterminati, a causa dell'adesione ai Trattati e della qualificazione finalistica di molte delle competenze dell'Unione⁴⁶. Per l'effetto, l'esercizio dell'indirizzo politico-finanziario si trova ad essere, non soltanto sottratto alla co-determinazione da parte degli organi nazionali rappresentativi, ma in buona parte anche ristretto per gli Esecutivi, alle cui determinazioni s'impone il fine superiore di realizzare e favorire la convergenza delle economie nazionali, in nome dei principi e nella direzione prefigurata dai Trattati.

⁴⁵ Si consenta di rinviare in merito a A. CERRUTI, *Il senno di poi è una scienza esatta. Flessibilità e informalità nelle decisioni di bilancio*, in *Il Governo tra tecnica e politica*, cit., pp. 211-218, spec. p. 215 con riferimento alla clausola del Psc che incentiva l'attuazione di importanti "riforme strutturali".

⁴⁶ Sottolineano questo aspetto, seppur con toni diversi, tanto M. DANI, in *Numeri e principio democratico: due concezioni a confronto nel diritto pubblico europeo*, in *La legge dei numeri*, cit., pp. 101-111, spec. p. 109 («Lo si può facilmente notare nelle norme che disciplinano la politica monetaria, vincolata al perseguimento dell'obiettivo della stabilità dei prezzi; le politiche dell'occupazione, dirette a promuovere l'impiegabilità della forza lavoro; e le politiche industriali, chiamate ad incrementare la competitività delle imprese e ad incoraggiare l'imprenditorialità. Di conseguenza, l'esercizio delle competenze legislative da parte dell'Unione [ma anche degli Stati membri negli ambiti di disciplina influenzati dalle competenze europee] non è caratterizzato dalla stessa libertà dei fini riscontrabile nelle democrazie costituzionali, ma si svolge in spazi di discrezionalità politica più ridotti»), quanto D. MONE, in *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio ed il potenziale vulnus alla teoria dei controlimiti*, in *Rivistaaic*, 2014, n. 3, pp. 16 e 25, e in ID., *Corte costituzionale italiana, Corte di Giustizia dell'Unione europea e tutela delle identità nazionali quando il principio dell'equilibrio/pareggio di bilancio comprime i diritti fondamentali*, in *Diritti fondamentali*, 31 dicembre 2015, con specifico riferimento al principio della stabilità dei prezzi. Secondo l'Autrice, la l. cost. n. 1/2012 potrebbe essere ritenuta incompatibile con la Costituzione (attivando i cd. controlimiti alle cessioni di sovranità in relazione ai vincoli discendenti dalla disciplina di bilancio europea) nella misura in cui ha assoggettato le decisioni politiche di bilancio italiane a parametri «espressione di una gerarchia di principi non coincidente ed eventualmente contrastante» con quella costituzionale, rendendo possibile «che una legge ispirata al principio del pareggio comunitario costituzionalizzato [pregiudichi] la dignità della persona attraverso una compressione di diritti fondamentali ad essa funzionali».

In conclusione, non si può non rilevare ancora una volta la profonda distanza intercorrente tra l'ordinamento *sui generis* dell'Unione europea e gli ordinamenti costituzionali democratici che esso si propone di integrare. Mentre all'interno degli ordinamenti nazionali l'indeterminatezza insita nelle disposizioni della fonte di vertice trae fondamento dal riconoscimento dell'esistenza di conflitti all'interno del corpo politico e della conseguente necessità di lasciare impregiudicata per (gli alterni) titolari della funzione di indirizzo politico la scelta degli obiettivi da perseguire (e dei mezzi per farlo), così non è a livello europeo⁴⁷. Ivi l'indeterminatezza si fonda, piuttosto, sulla sua funzionalità rispetto agli scopi (e ai limiti) dell'Unione, consentendo agli Stati membri di agire per gradi e per tentativi nel processo di integrazione, determinando gradualmente (senza il bisogno di complessi compromessi sul mutamento formale della lettera della disposizione pattizia) il reale contenuto degli obblighi imposti alla politica di bilancio degli Stati membri.

4. Indeterminatezza delle norme di diritto derivato e discrezionalità dell'autorità a cui è rimesso il potere interpretativo

Oltre ad attrarre verso l'alto (e al di fuori dei Parlamenti) luoghi e protagonisti della selezione dell'indirizzo politico e a costringere quest'ultimo entro i limiti posti dai fini che sono riconosciuti nei Trattati europei (tra loro molto più apertamente sbilanciati in favore del mercato di quanto non accada nelle Costituzioni nazionali), l'indeterminatezza degli obblighi derivanti dalla disciplina europea di finanza pubblica presenta una seconda conseguenza di rilievo per le categorie tradizionali del diritto pubblico. Inevitabilmente, infatti, all'indeterminatezza consegue l'aprirsi di un ampio potere discrezionale in sede interpretativa, che è perlopiù rimesso ad istituzioni tecniche. Come si è già visto, tra queste vi sono, innanzitutto, la Commis-

⁴⁷ L'osservazione è avanzata da M. DANÍ, *op. cit.*, pp. 105-106, ma in un'ottica diversa da quella proposta nel testo, perché volta a sottolineare il contrasto tra l'indeterminatezza propria del linguaggio costituzionale (destinata a tradursi in operazioni di bilanciamento e in valutazioni sulla proporzionalità) ed il linguaggio apparentemente univoco e non bilanciabile delle regole numeriche scelte dalla disciplina eurounitaria di finanza pubblica. In realtà, come si è visto e si vedrà, anche il linguaggio dei numeri sa essere, in buona parte, indeterminato.

sione europea (vera e propria istituzione *sui generis* dell'ordinamento sovranazionale europeo, caratterizzata dalle competenze tecniche dei suoi membri e del tutto estranea al circuito politico-rappresentativo) ed i Governi degli Stati membri, nelle sedi in cui si riuniscono tramite loro rappresentanti dotati di particolari competenze tecniche (come il citato Consiglio ECOFIN). Ve ne sono, tuttavia, anche altre, e meno conosciute.

Nell'ambito del braccio preventivo del Psc, l'esempio più interessante per chiarire questo aspetto è fornito dall'analisi dell'evoluzione dell'indicatore conosciuto come «*obiettivo di medio termine*»⁴⁸. Pur senza godere di alcun aggancio diretto nel testo dei Trattati, sin dalla sua prima introduzione con il Reg. CE n. 1466/1997, l'obiettivo di medio termine ha finito per rappresentare «*the central norm*» nel quadro del coordinamento delle politiche di bilancio⁴⁹, poiché costituisce il parametro rispetto al quale dovrebbe essere valutata – in prima battuta – la posizione di bilancio di ciascuno Stato membro. L'OMT consiste in un determinato valore previsionale (fissato nel Programma di stabilità del Paese e quindi, per l'Italia, contenuto nel Documento di Economia e Finanza annuale) del saldo indebitamento netto del conto consolidato delle pubbliche amministrazioni, calcolato in termini strutturali. In seguito alla riforma costituzionale del 2012, inoltre, esso ha assunto una rilevanza fondamentale per l'individuazione della portata dello stesso principio costituzionale di equilibrio dei bilanci: l'art. 2 della legge n. 243/2012 ha infatti definitivamente chiarito che la sua concreta determinazione non può che evincersi dagli atti normativi sovranazionali⁵⁰, ai quali le Camere hanno fatto un «*rinvio recettizio in bianco*»⁵¹.

Data la sua centralità, non è un caso se le modalità tecniche di fissazione dell'OMT hanno a lungo costituito occasione di forte conflitto tra istituzioni europee e nazionali. In un primo momento, come si è vi-

⁴⁸ Perlopiù abbreviato OMT (seppur talvolta indicato - all'inglese - come MTO) e da non confondere con le Outright Monetary Transactions intraprese dalla BCE nel corso della recente crisi.

⁴⁹ D. CHALMERS, *The European Redistributive State and a European Law of Struggle*, in *European Law Journal*, XVIII, 2012, n. 5, pp. 667-693, spec. p. 678.

⁵⁰ In questi termini anche O. CHESSA, *Pareggio strutturale di bilancio, keynesismo e unione monetaria*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, n. 3, p. 455-484, spec. p. 460.

⁵¹ P. DE IOANNA, *Costituzione fiscale e democrazia rappresentativa: un cambio di paradigma*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 2015, Special issue, pp. 81-96, p. 81 e *passim*.

sto, per la natura rigida dell'obiettivo di pareggio o *surplus* introdotto nel 1997, che non teneva in debita considerazione le particolari caratteristiche dei vari Stati membri; in un secondo momento (e sino ad oggi), per il concreto meccanismo di calcolo posto alla sua base⁵².

A partire dal 2001, l'atto che specifica i criteri in base ai quali esso è determinato dalle istituzioni europee è un vero e proprio Codice di condotta, contenente «*Specifications on the implementation of the Stability and Growth Pact and Guidelines on the format and content of Stability and Convergence Programmes*», pensato per aiutare gli Stati membri ad individuare il proprio obiettivo di medio termine⁵³. Esso ha la veste giuridica di un'opinione del Comitato Economico e Finanziario⁵⁴ ed è pertanto un atto di diritto derivato, atipico e di natura non vincolante, prodotto da un'istituzione composta di soggetti nominati dagli Stati membri, dalla Commissione e dalla BCE, con funzioni ausiliarie rispetto a Consiglio e Commissione⁵⁵.

Pur autoqualificandosi come «*a code of good practice and checklist to be used by Member States in preparing stability or convergence programmes [that] will facilitate the examination and discussion of*

⁵² Cfr. O. CHESSA, *Pareggio strutturale di bilancio, keynesismo e unione monetaria*, cit., e la dottrina ivi citata in relazione al concetto di *output gap*.

⁵³ L'introduzione dello stesso Codice di condotta precisa che «while not a part of the Stability and Growth Pact, this Directive is instrumental to the achievement of its objectives».

⁵⁴ Istituito ex art. 134, par. 2, TFUE (già art. 109 C del TCE) per promuovere il coordinamento delle politiche degli Stati membri necessario per il funzionamento del mercato interno, il Comitato economico e finanziario è un'istituzione composta di soggetti nominati dagli Stati membri, dalla Commissione e dalla BCE (non più di due membri ciascuno), con funzioni ausiliarie rispetto a Consiglio e Commissione. Esso è divenuto operativo dal 1° gennaio 1999 e può emanare opinioni a norma dell'art. 5 del proprio Statuto (cfr. allegato alla Decisione del Consiglio dell'Unione Europea 1998/8/CE, del 31 dicembre 1998, reperibile sulla sua pagina internet istituzionale: https://europa.eu/efc/welcome-economic-and-financial-committee-efc-website_en).

⁵⁵ In proposito, la decisione 98/743/CE del Consiglio del 21 dicembre 1998, sulle disposizioni specifiche relative alla composizione del comitato economico e finanziario, ha stabilito che:

«Articolo 1 - Gli Stati membri, la Commissione e la Banca centrale europea nominano ciascuno due membri del comitato economico e finanziario. Essi possono altresì nominare due supplenti.

Articolo 2 - I membri titolari del comitato ed i supplenti sono scelti tra esperti in possesso di altissima competenza nel campo dell'economia e della finanza.

Articolo 3 - I due membri nominati dagli Stati membri sono scelti rispettivamente tra gli alti funzionari dell'amministrazione e della banca centrale nazionale. I supplenti sono scelti alle medesime condizioni».

the programmes», sin dalla sua prima formulazione il Codice di condotta prodotto dal Comitato economico e finanziario prevedeva espressamente l'obbligo per gli Stati membri di seguire le linee guida «*as far as possible*» e di giustificare «*any departure [from it]*»⁵⁶. In un primo momento, esso si è limitato a stabilire le linee essenziali dell'obiettivo di medio termine, specificandone l'orizzonte temporale ed invitando i Governi dei Paesi membri che si assumevano l'impegno politico («*political commitment*») di raggiungerlo a spiegare le valutazioni che avevano guidato la loro scelta dello specifico valore di riferimento. Nel corso del tempo, però, il livello di precisione e il grado di specificazione dell'OMT da parte del Codice sono gradualmente aumentati, in linea con il procedere delle negoziazioni ed il susseguirsi delle modifiche formali al Regolamento n. 1466/1997.

Nel 2005, un aggiornamento al Codice di condotta ha chiarito che a guidare ciascun Paese in tale compito avrebbe dovuto essere la considerazione della triplice finalità indicata dal nuovo art. 2 *bis* del Reg. (UE) n. 1055/2005, e cioè quella di: fornire un margine di sicurezza rispetto alla soglia del 3% per il rapporto tra disavanzo e PIL; assicurare rapidi progressi verso la sostenibilità delle finanze pubbliche, ivi compresa la componente del debito; infine, consentire un margine di manovra per realizzare investimenti pubblici in funzione di stimolo alla crescita. Restavano tuttavia da definire le concrete modalità di calcolo dell'obiettivo quantitativo ed irrisolte alcune rilevanti questioni concettuali e metodologiche, che furono oggetto di ripetute analisi tecniche e di una lunga negoziazione.

Nel 2009, un nuovo Codice di condotta ha evidenziato che ogni specifico OMT ha tre componenti: una prima, calcolata sulla base del criterio del debito, che riserva un maggior spazio di manovra ai Paesi con debito pubblico relativamente basso; una seconda, che richiede agli Stati con un rapporto debito/PIL superiore al parametro di Maastricht uno sforzo supplementare per far progredire rapidamente il proprio rapporto debito/PIL verso il valore di riferimento; ed infine una terza componente, basata sulla previsione dell'incremento futuro della spesa *age-related* e che impone l'anticipazione di una frazione di tali uscite. Il disvelamento dello specifico algoritmo di calibrazione dell'OMT si deve però soltanto all'aggiornamento 2012 del Codice di

⁵⁶ Le citazioni sono tratte dal primo Codice di condotta, redatto dal Comitato economico e finanziario e richiamato dalle Conclusioni del Consiglio ECOFIN del 10 luglio 2001.

condotta. Da esso l'obiettivo di medio termine viene fatto coincidere con il più stringente tra tre valori alternativi, che rappresentano la traduzione in formule matematiche delle tre componenti suddette.

Da ultimo, la versione attualmente in vigore del Codice di condotta, approvata il 5 luglio 2016, ha recepito le modifiche introdotte in via interpretativa dalla Commissione con la già citata Comunicazione del gennaio 2015, i cui effetti sulla disciplina del Psc sono stati ampiamente annunciati all'opinione pubblica degli Stati membri nella misura in cui ha introdotto una clausola di flessibilità ulteriore rispetto a quelle sino ad ora previste dai Regolamenti, che autorizza deviazioni dall'OMT per spese legate ad investimenti di respiro europeo⁵⁷ con effetti a lungo termine positivi, diretti e verificabili sul bilancio⁵⁸. In questa occasione, il mutamento delle regole per via interpretativa è stato tutto interno alla Commissione e, ancora una volta, si è tradotto in una serie di atti atipici non vincolanti, tra cui, addirittura, uno strumento di comunicazione informale come la lettera con cui, nel luglio 2013, il Commissario Olli Rehn ha annunciato ai Ministri dell'Economia dei Paesi membri l'intenzione di applicare – anticipando la svolta interpretativa poi recepita dalla Comunicazione – una nuova clausola sugli investimenti⁵⁹. Ancora una volta, il cambio di orientamento non ha necessitato di una formale revisione né dei Regolamenti che costituiscono il Psc, né tantomeno dei Trattati⁶⁰.

⁵⁷ Si tratta della politica strutturale e di coesione, reti trans-europee o nuovo Fondo Europeo per gli Investimenti Strategici previsto dal Piano Juncker.

⁵⁸ A. CERRUTI, *Il senno di poi è una scienza esatta. Flessibilità e informalità nelle decisioni di bilancio*, cit., p. 216.

⁵⁹ In seguito alla pubblicazione della Comunicazione sul *Piano per un'UEM autentica e approfondita* (COM (2012) 777 def. del 30.11.2012, il commissario Olli Rehn inviava ai Ministri dell'Economia dei Paesi membri una lettera che annunciava l'applicazione - a partire dalla valutazione dei bilanci nazionali per il 2014 - di una svolta interpretativa, di fatto idonea a integrare una clausola di flessibilità ulteriore (sul suo contenuto vedi Senato-Servizio del bilancio, XVII legislatura, *La clausola sugli investimenti pubblici nella governance economica europea*, in «Nota breve», 2013, n. 3). L'orientamento interpretativo nel quale consiste dal 2013 tale "clausola sugli investimenti" veniva formalizzato - e in parte modificato - mediante una Comunicazione interpretativa della Commissione europea, *Sfruttare al meglio la flessibilità consentita dalle norme vigenti del Patto di Stabilità e Crescita*, COM (2015) 12 def., del 13.1.2015.

⁶⁰ Ufficio Parlamentare di Bilancio, *Le nuove indicazioni della Commissione europea su flessibilità nel Patto di Stabilità e crescita*, in «Focus tematici», 2015, n. 1, p. 1, specifica che «le nuove indicazioni della Commissione trovano applicazione immediata perché non necessitano di provvedimenti normativi».

Mentre nel paragrafo precedente ci si è concentrati sull'evolversi del parametro normativo europeo attraverso la sua progressiva specificazione in sede intergovernativa (e sugli effetti di ciò sull'equilibrio Governo-Parlamento nell'espressione dell'indirizzo politico-finanziario), qui si vuole porre l'accento sugli effetti che l'indeterminatezza delle norme in cui si esprime la *governance* economica europea produce sull'equilibrio dei rapporti tra autorità politiche e autorità tecniche⁶¹.

Sotto questo profilo, la parte del leone spetta indubbiamente alla Commissione (come dimostrano gli esempi della recente Comunicazione interpretativa flessibilizzante e della lettera che l'ha anticipata), alla quale si affianca, con sempre maggiore protagonismo, la Banca Centrale Europea (peraltro spesso muovendosi, come si è visto, al di fuori dei Trattati⁶²). Non stupisce, allora, che proprio a tali istituzioni spetti nominare «*tra esperti in possesso di altissima competenza nel campo dell'economia e della finanza*» alcuni dei membri del Comitato economico finanziario (del cui ruolo nella specificazione degli obblighi di politica fiscale si è detto), né che i restanti membri siano individuati, nella misura di due per ciascuno Stato membro, scegliendo «*rispettivamente tra gli alti funzionari dell'amministrazione e della banca centrale nazionale*»⁶³.

Di fronte a istituzioni che, fondandosi sulla competenza, non trovano la propria legittimazione nel principio democratico-rappresentativo, a porre problemi nella prospettiva della teoria generale delle fonti non è tanto l'esistenza in sé di un simile spazio di discrezionalità, ma soprattutto il fatto che esse si trovano a poter agire al di fuori dei limiti che, negli ordinamenti nazionali, sono invece assicurati dall'esistenza di un contesto normativo prodotto da organi politico-rappresentativi e dalla sua sovraordinazione agli atti amministrativi per mezzo del principio di legalità. La rilevata capacità delle fonti atipiche e tecniche europee di anticipare e predeterminare lo sviluppo stesso delle fonti vincolanti adottate con il coinvolgimento dei Parlamenti fa temere, inve-

⁶¹ Il problema sta proprio nel mantenimento di quell'equilibrio, come ricorda P. CARROZZA, *Tecnica e politica: la necessaria complementarità*, in *Il Governo tra tecnica e politica*, cit., pp. 81-99.

⁶² Si rinvia, sul punto, alle osservazioni svolte a pag. 11 del presente contributo in relazione al programma di acquisto di titoli di debito pubblico, nonché alla dottrina ivi citata.

⁶³ Cfr. gli artt. 2 e 3 della decisione 98/743/CE del Consiglio del 21 dicembre 1998, sulle disposizioni specifiche relative alla composizione del comitato economico e finanziario.

ce, che l'unica legittimazione di quell'ampio potere discrezionale risieda nel rinvio ad una realtà esterna al diritto. Nel caso della disciplina europea di finanza pubblica, il rinvio sembra operare nei confronti delle regole asseritamente desumibili dall'economia. Senza presupporre l'esistenza di simili regole, infatti, sarebbe impossibile – come fanno i Trattati – qualificare in termini di “errore” le politiche fiscali degli Stati membri e altresì “correggerle” qualora i disavanzi o gli scostamenti dal parametro europeo diventino “eccessivi”⁶⁴. Il rischio, però, è quello di non intendere più l'economia come «*un vivente che studia un vivente*» (e quindi come disciplina sperimentale ed eminentemente sociale)⁶⁵, bensì come una scienza dura, oggettiva e neutrale, che permette di distinguere vero e falso, giusto e sbagliato, neutralizzando il conflitto – tutto politico – che attraversa la società in ogni sua forma di espressione, economia compresa.

5. Il ruolo della *soft law* europea nell'evoluzione della disciplina sulla finanza pubblica

I casi analizzati intendevano mostrare come l'indeterminatezza che caratterizza le fonti europee vincolanti sul coordinamento della finanza pubblica abbia contribuito a marginalizzare gli organi politico-rappresentativi tradizionalmente deputati alla mediazione dei conflitti e a sostituirvi istituzioni apparentemente neutre, portatrici di una legittimazione esclusivamente tecnica e dotate di ampia discrezionalità nell'interpretare ed integrare tale disciplina. La graduale specificazione o lo scioglimento dell'ambiguità insita nel testo normativo è stata ricondotta a documenti di varia natura, rivelatisi in concreto determinanti per cogliere il significato delle fonti di rango primario o secondario di volta in volta in esame. Eccezion fatta per il caso in cui l'applicazione – *de facto* – di una svolta interpretativa ha addirittura anticipato la sua fissazione per iscritto, si è trattato: talvolta, di specifiche Comunicazioni della Commissione; talaltra, di determinazioni assunte dal Consiglio ECOFIN; altre volte ancora, di un vero e proprio

⁶⁴ Cfr., espressamente, art. 126, par. 2, TFUE; A. GUAZZAROTTI, *La legge dei numeri e la sua forza disgregatrice*, in *La legge dei numeri*, cit., pp. 167-190, spec. p. 182.

⁶⁵ Così P. DE IOANNA, da ultimo in *Costituzione fiscale e democrazia rappresentativa*, cit., p. 84.

“Codice di condotta”, prodotto da un organo tecnico di supporto ad entrambe le istituzioni citate.

La portata delle conseguenze fatte discendere dall'indeterminatezza della disciplina europea spinge, però, a posporre a tali rilievi una breve precisazione di carattere teorico. Occorre, infatti, chiedersi: da un lato, se una simile indeterminatezza non finisca per riflettersi sulla natura normativa delle disposizioni contenute nel Trattato e nei Regolamenti europei; e dall'altro, se vi siano caratteri comuni a tutti i diversi strumenti normativi evocati e se già non esista (e in tal caso quale sia) lo strumento teorico che possa aiutare ad inquadrarli.

Sotto il primo profilo, occorre innanzitutto ricordare che «*il rapporto fra un grado superiore e uno inferiore dell'ordinamento giuridico, come fra costituzione e legge [... o fra i Trattati europei e una qualsiasi fonte da essi derivata, ndr] è un rapporto di determinazione o di vincolo. [...] Ma questa determinazione non è mai completa*»⁶⁶. Talvolta, tale indeterminatezza è frutto della stessa intenzione dell'organo che ha posto la norma più elevata, talaltra discende dall'ambiguità della parola o della serie di parole con cui è espressa la norma, ma in ogni caso «*la norma di grado superiore non può vincolare in tutti i sensi l'atto per mezzo del quale viene eseguita. Sempre deve rimanere un margine più o meno ampio di potere discrezionale in modo che la norma di grado superiore [...] abbia sempre e soltanto il carattere di uno schema che deve essere riempito*» per mezzo di un altro atto, il quale dipende «*da circostanze esterne che l'organo che ha dato la disposizione non ha previsto e, in gran parte, non può neppure prevedere*»⁶⁷.

In alcuni degli esempi forniti, la validità di quest'ultima osservazione – che non è legata ad un particolare ordinamento o tipo di fonte – è evidente. La scelta di mantenere imprecisa la formulazione del Trattato o della fonte derivata, per poi specificarla tramite strumenti più agili (proprio perché) dotati di un profilo formale più debole e, infine, recepirne la portata in atti tipici e vincolanti, sembra infatti essere quasi imposta dall'elevato livello di incertezza connaturato alla mate-

⁶⁶ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* [1934], trad. it. a cura di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2016¹⁸, pp. 117-118.

⁶⁷ *Ivi*, pp. 118-119.

ria da regolare⁶⁸. Un'incertezza che discende tanto dall'eterogeneità delle situazioni (lo stato pregresso dei conti pubblici e l'andamento delle economie dei singoli Paesi membri) che la disposizione è destinata a regolare, quanto dalla natura parzialmente indisponibile dei fattori in gioco, non interamente imputabili al comportamento dei destinatari della norma (*in primis*, i Governi degli Stati membri).

Anche se forse inevitabile, dunque, proprio l'indeterminatezza che caratterizza l'art. 126 TFUE ha spinto parte della dottrina europeistica ad interrogarsi sulla natura dell'obbligo che contiene (in termini, peraltro, non di rado estesi anche alle regole poste dal Psc) e ripercorrere brevemente gli snodi di tale percorso può aiutare ad inquadrare il fenomeno sin qui analizzato entro confini teorici più definiti.

Secondo un'ormai classica ricostruzione di ascendenza internazionalistica⁶⁹, possono essere definite come *legal norms* le disposizioni che risultano contemporaneamente caratterizzate dalle dimensioni dell'«*obligation*», della «*precision*» e della «*delegation*», poiché (1) prescrivono o vietano un certo comportamento (2) in modo non ambiguo e (3) attribuendo a terze parti il potere di attuarle, interpretarle, applicarle e/o risolvere controversie in base ad esse. Qualora uno di questi elementi venisse a mancare, secondo autorevole dottrina, la norma non perderebbe di per sé il proprio carattere legale, ma diventerebbe possibile misurarne la differenza rispetto ad un idealtipo e, così, distinguere tra ciò che è *hard law* e tutto ciò che non lo è (cd. *soft law*)⁷⁰. Il difficile compito di fissare i confini tra le categorie dottrinali della *hard law* e della *soft law* – ampiamente controversi tanto tra gli internazionalisti quanto tra gli europeisti – è del tutto estraneo ai fini

⁶⁸ È il caso di entrambe le clausole che escludono la violazione del divieto di disavanzi pubblici eccessivi a norma dell'art. 126 TFUE: il percorso di graduale avvicinamento all'OMT e le deviazioni eccezionali e temporanee.

⁶⁹ K.W ABBOTT, R.O KEOHANE, A. MORAVCSIK, A.M. SLAUGHTER, E D.SNIDAL, *The Concept of Legalization*, in «International Organization», 2000, n. 3, pp. 401-419.

⁷⁰ «Soft law begins once legal arrangements are weakened along one or more of the dimensions», circostanza che finisce per produrre una varietà - a priori non delineabile - di norme di *soft law*, dal momento che «the choice between hard and soft law is not a binary one» (K.W ABBOTT e D.SNIDAL, *Hard Law and Soft Law in International Governance*, in «International Organization», 2000, n. 3, pp. 421-456, spec. pp. 421-422). Si noti, tuttavia, che tanto la stessa nozione di *soft law* quanto la sua emersione quale problema nel dibattito internazionale sono ben più risalenti rispetto alla specifica ricostruzione ricordata nel testo. Di recente in tale campo, ha sottolineato il ruolo sempre più centrale giocato dalla *soft law* nella regolazione della finanza (pubblica e privata) a livello globale, C. BRUMMER, *Soft law and the global financial system*, New York, 2012.

del presente contributo⁷¹. Tuttavia, qui interessa sottolineare che, sulla base di tale ricostruzione, vi è chi ha rinvenuto nell'imprecisa formulazione dell'art. 126 TFUE e della versione originaria del Psc un esempio di «*medium precision*», quanto al livello di determinazione dell'obiettivo posto dalla norma, e di «*low precision*» quanto ad i mezzi per raggiungerlo⁷². Sulla base di analoghe premesse, ancor più recentemente questa disposizione è stata qualificata in termini di «*(soft) hard obligation*»⁷³.

Se così è, non stupisce che la disciplina sulla cd. *fiscal governance* (ed in particolare il braccio preventivo del Psc) sia stata spesso annoverata dalla dottrina europeistica, se non già tra i primi⁷⁴, comunque a

⁷¹ Ci si limita pertanto, in questa sede, a rinviare ad alcuni tra i contributi più importanti in ottica costituzionalistica che se ne occupano: J. LUTHER, *Riconoscimento di forza normativa ad atti non prodotti da poteri-fonte (la soft law)*, in *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, a cura di M. DOGLIANI, Torino, 2012, pp. 67-69; *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, a cura di A. SOMMA, Torino, 2009; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008; e, con particolare riferimento alla *soft law* prodotta a livello europeo, A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto tra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in questo volume (*Costituzionalismo.it*, n. 3/2016, parte I, pp. 255 ss.), e A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, Relazione al Convegno annuale AIC di Catania, 14-15 ottobre 2005, "L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali", reperibile in www.archivio.rivistaaic.it.

⁷² W. SCHELKLE, *EU Fiscal Governance: Hard Law in the Shadow of Soft Law*, in «*Columbia Journal of European Law*», 2007, n. 3, pp. 705-731, spec. p. 712.

⁷³ F. TERPAN, *Soft Law in the European Union. The Changing Nature of EU Law*, in *European Law Journal*, 2014, n. 1, p. 17; nonché ID., *La gouvernance économique de l'Union Européenne*, cit., spec. pp. 448-449.

⁷⁴ Mentre alcuni degli studi più risalenti sulla *soft law*, pur preannunciando la potenzialità espansiva di tale nuova forma di regolazione morbida e sfuggente, muovevano dall'esame della disciplina in materia di aiuti di Stato («*though most significant regarding state aids perhaps, the use of soft law in this way is unlikely to be limited to this field. Instead, it may be hypothesised, it is simply an indication of a more general phenomenon within the Community legal system*»): F. SYNDER, *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*, in *The Construction of Europe: Essays in Honour of Emile Noel*, a cura di S.D. MARTIN, Deventer, 1994, pp. 197-225, spec. p. 219), gli ambiti in cui il fenomeno è stato più studiato in tale ambito sono quelli: della strategia europea per l'occupazione (attraverso il cd. *Open Method Coordination*, qualificato in termini di *soft law* in quanto alternativo al classico - e ben più formalizzato - metodo comunitario e in quanto consistente nel porre agli Stati membri obiettivi generali, da perseguire seguendo specifiche linee guida di comportamento, non vincolanti e non giustiziabili); della politica sociale (sempre attraverso l'OMC, a partire dal Consiglio europeo di Lisbona del 2000); e, infine, del coordinamento delle politiche economiche (sottoforma di indirizzi di massima per le politiche economiche, cd. *Broad Economic Policy Guidelines*) e fiscali.

pieno titolo tra gli esempi di *soft law* comunitaria⁷⁵ e che tutti gli atti con effetti sostanzialmente normativi sinora analizzati siano riconducibili ad uno dei classici ambiti in cui tale riflessione si è svolta⁷⁶.

Dopo aver così preannunciato la portata stessa della puntualizzazione teorica in corso, è possibile rivolgersi al secondo profilo indicato in premessa e, dunque, alla ricerca di caratteri comuni ai vari documenti europei che hanno permesso – di fatto – di ridurre l'indeterminatezza delle fonti di rango primario e derivato in materia di disciplina della finanza pubblica.

Alla luce dei Trattati istitutivi essi sono innanzitutto degli atti atipici, perché non rientrano tra quelli espressamente previsti dall'art. 288 TFUE⁷⁷; in quanto tali, essi sono anche incapaci di creare obblighi vincolanti per gli Stati membri. Inoltre, tutti si sono dimostrati in grado di produrre, di fatto, degli effetti pratici – seppur notevolmente diversi⁷⁸ –, nella misura in cui hanno specificato una formulazione ambigua della fonte di grado superiore o hanno comunque contribuito al-

⁷⁵ «Multilateral surveillance is the soft law half of a hybrid tool of coordination» (M. TRUBECK, P. COTTRELL, M. NANCE, “Soft law”, “Hard law” and European Integration: Towards a Theory of Hybridity, University of Wisconsin Legal Studies Research Paper n. 1002, 2005, p. 23); «in terms of the distinction between hard and soft law, where hard law lies at one end of a continuum and soft law at the other, the multilateral surveillance and the excessive deficit procedures are different, the latter being “harder”» (F. AMTENBRINK - J. DE HAAN, *Economic Governance in the EU: Fiscal Policy Discipline versus Flexibility*, in «Common Market Law Review», 2001, n. 3, pp. 1057-1106, spec. p. 1076); da ultimo, anche F. TERPAN, *Soft Law in the European Union. The Changing Nature of EU Law*, cit., p. 21.

⁷⁶ Ciò, perlopiù, nell'ambito del coordinamento delle politiche fiscali inquadrato dal Psc, ma in almeno un caso anche all'interno del quadro del coordinamento delle politiche economiche, dal momento che, come si è visto, la regola relativa al *minimal fiscal effort* era stata anticipata nel 2003 proprio all'interno degli adottati indirizzi di massima per le politiche economiche (cfr. p. 14, nota n. 34).

⁷⁷ Per la distinzione tra atti atipici e atti non previsti e per l'inquadramento di entrambi (al di dentro o al di fuori) della categoria della *soft law* comunitaria si rinvia a A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria e il diritto statale*, cit., p. 15 ss.

⁷⁸ In particolare, nonostante la debolezza formale della fonte che lo reca e pur essendo sprovvisto (fino alla sua eventuale trasposizione in atti tipici e vincolanti) di strumenti coercitivi che ne assicurino il rispetto, il Codice di condotta si dimostra capace di fornire interpretazioni ed informazioni aggiuntive rispetto al Psc, di creare un comune quadro cognitivo per gli operatori dei singoli Stati membri e, in definitiva, di influenzare la condotta dei destinatari al pari delle norme di *hard law* (così, F. TERPAN, *Soft Law in the European Union*, spec. p. 12, secondo il quale, proprio per questo motivo, i documenti che fissino delle *guidelines* comuni appartengono alla categoria della *soft law* anziché alla sfera del giuridicamente irrilevante).

la sua interpretazione. Diverse sono, invece: le finalità che li sorreggono⁷⁹ ed il loro destino, ossia il fatto che si sia già verificato o meno l'evento di una loro successiva incorporazione in atti tipici e vincolanti.

Quest'ultimo aspetto, in particolare, meriterebbe ulteriore riflessione. Quando si realizza, infatti, la successiva traduzione del contenuto della fonte di *soft law* in termini *hard* rischia forse addirittura di invertire l'ordine logico che tradizionalmente regola il rapporto tra fonte sovraordinata (con un preciso profilo formale e vincolante, ma di contenuto necessariamente o intenzionalmente indeterminato) e la fonte destinata a precisarne il contenuto (che nell'ambito qui considerato si dimostra dotata di un profilo formale quantomeno molto debole e apparentemente priva di vincolatività ma è comunque capace di produrre rilevanti effetti giuridici)⁸⁰.

Per il momento, tuttavia, ci si limita a sottolineare che quanto osservato può condurre a classificare ciascuno degli atti atipici e non vincolanti sinora evocati in termini di "diritto morbido", di un diritto, cioè, caratterizzato dall'effettività piuttosto che dalla validità e dotato di una differente – e controversa – legittimazione, legata ai criteri di necessità ed efficacia invece che alla sua posizione in un prefissato sistema di poteri-fonte⁸¹. Se un simile inquadramento fosse ritenuto uti-

⁷⁹ In alcune occasioni - tra cui spicca la vicenda della progressiva definizione dell'obiettivo di medio termine in termini strutturali - la *ratio* del ricorso a tali fonti pare invece risiedere nella necessità di giungere gradualmente, quasi come se si procedesse per tentativi, all'individuazione precisa dell'obbligo, così da creare tra i destinatari delle norme un consenso che *ab initio* sarebbe stato comunque prematuro o magari, sul punto, ancora inesistente. In altri casi, invece, a spiegare l'opzione in favore di un minore livello di formalizzazione è più semplicemente la necessità di reagire in modo rapido, flessibile ed efficace a particolari - tanto più se gravi - contingenze (così, forse, è possibile spiegare: sia l'introduzione *de facto* nella procedura preventiva di sorveglianza multilaterale della clausola relativa al verificarsi di gravi recessioni economiche, (debolmente) formalizzata solo dalla più recente Comunicazione interpretativa della Commissione; sia lo spostamento dal saldo di bilancio nominale a quello considerato in termini strutturali realizzato dalla Commissione all'inizio degli anni Duemila, per via della delusione delle aspettative di crescita riposte nel processo di convergenza delle economie nazionali).

⁸⁰ Si concentrano sul ruolo giocato dall'Unione europea nel processo di "indurimento" degli standard della «global regulation of finance [che si esprime e si appoggia, *ndr*] on soft law rules promulgated by non-treaty-based networks», A. NEWMAN E D. BACH, *The European Union as hardening agent: soft law and the diffusion of global financial regulation*, in «Journal of European Public Policy», 2014, n. 3, pp. 430-452.

⁸¹ Non a caso, molte delle ricostruzioni suddette muovono da un prospettiva funzionalistica, ricercando le ragioni per cui la *soft law* sarebbe più efficace della (e dunque preferi-

le, potrebbe giungersi a dire che la *soft law* rappresenta uno dei principali strumenti – fondato sull’effettività e valutabile solo in termini di efficacia e di risultato – attraverso il quale il processo di *deformalizzazione* che si è inteso indagare, concretamente, opera.

La selezione delle interpretazioni riconducibili al testo della disposizione indeterminata di natura vincolante, svolta – attraverso accordi “sostanzialmente politici” a ridotta formalizzazione – in sede tecnica e in via intergovernativa, (selezione – si noti – in sé tutt’altro che scevra di portata conflittuale) sembra oggi muovere il progressivo avanzamento dell’integrazione europea, reso necessario dall’incompletezza della transizione politica dell’Unione, e si dimostra funzionale ad una sua evoluzione capace di prescindere – almeno per il momento – dal coinvolgimento e dall’adesione ad un progetto politico condiviso dei cittadini dei Paesi che, di fatto, sempre più unisce. Una strategia, questa, che però non è affatto neutra sotto il profilo della teoria generale delle fonti, come si è inteso dimostrare, e che al contrario rischia di travolgere i – sempre (più) necessari – meccanismi che presiedono alla legittimazione del potere, in qualsiasi contesto questo si trovi ad esprimersi...tanto più in presenza di crescenti (eppur sempre meno mediati e regolati) conflitti sociali.

6. Conclusioni

La disciplina della finanza pubblica risulta essere, dunque, un laboratorio particolarmente utile per mostrare il tratto caratteristico dell’ordinamento giuridico sovranazionale: la ricostruzione sopra proposta consente infatti di ricondurre i fenomeni evidenziati, sebbene as-

bile alla) *hard law*. Su tale caratteristica, cfr. le osservazioni di A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria e il diritto statale*, cit., pp. 5-6. Per una classica rassegna delle ragioni offerte dalla dottrina internazionalistica (tra cui le esigenze di gestire l’incertezza derivante dalla variabilità delle condizioni esterne o dall’eterogeneità dei contesti coinvolti, di fornire soluzioni rapide e di ridurre gli elevati costi di transazione che la cooperazione tra soggetti in disaccordo o restii a cedere sovranità comporta), si rimanda invece alla ricostruzione effettuata da M. TRUBECK, P. COTTRELL, M. NANCE, “*Soft law*”, “*Hard law*” and *European Integration: Towards a Theory of Hybridity*, University of Wisconsin Legal Studies Research Paper n. 1002, 2005, pp. 11-12 e alla dottrina ivi citata.

sai diversi tra loro, a quel generale processo di *deformalizzazione* di cui si è detto in apertura.

Agli inizi del secolo, peraltro, tale processo era stato auspicato con grande enfasi dai sostenitori di un “modello costituzionale europeo” *sui generis*. È interessante rilevare che le argomentazioni di costoro, incentrate in ultima analisi sulla critica al paradigma dello Stato moderno, ricordavano molto da vicino l’avversione con cui i controrivoluzionari, nella prima metà del XIX secolo, avevano osteggiato la sua stessa edificazione: il velo è però ormai caduto e la realtà ha dimostrato che sotto il paradigma post-moderno non c’è altro che un ritorno al pre-moderno⁸².

La retorica del “modello costituzionale europeo” *sui generis*, ossia la retorica di «un tipo di forma politica ricercata nella dimensione orizzontale ed obiettiva dell’ordinamento, ben più che nella dimensione verticale e subbiettiva del potere pubblico di normazione, nella dimensione dell’integrazione tra le parti, tra i poteri e le norme, ben più che nella dimensione della gerarchia tra i poteri e tra le norme, insomma [di] un tipo di forma politica che sembra quasi del tutto sfuggire a quella tradizione moderna che vuole che non vi sia alcuna unità politica senza rappresentazione dell’intero in una persona pubblica, di

⁸² Cfr. I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Jovene, Napoli, 2003, pp. 307 ss., dove si è dimostrato che il tentativo di elaborare un nuovo armamentario di istituti e di tecniche funzionali a un ordinamento *sui generis* qual è l’Unione europea, ossia il tentativo di spiegare e di legittimare il fenomeno europeo con categorie che superino l’esperienza degli Stati nazionali edificatisi con l’affermazione prima, e con l’implementazione dopo, dei principi del costituzionalismo rivoluzionario, si è servito delle medesime argomentazioni con le quali quegli stessi principi furono teoricamente rifiutati proprio nel momento storico della loro proclamazione. Quei principi furono ritenuti, in sé, inconcepibili dalle teorie controrivoluzionarie, che riportarono alla luce, proprio nel momento in cui gli eventi storici, sulla scia delle riflessioni teoriche, andavano in tutt’altra direzione, la concezione antica dello Stato e del potere. Anche per tutta l’età moderna tale concezione, pur costretta sulla difensiva dall’irrompere del razionalismo individualistico, continuò a segnare profondamente di sé il dibattito filosofico e politico. Proprio nel momento in cui i rivoluzionari francesi realizzavano a grandezza naturale l’esperimento delle filosofie contrattualistiche, con il quale l’uomo della natura diventa un cittadino, i controrivoluzionari elaborarono sistematicamente una dottrina dello Stato, della sua costituzione e dei suoi poteri, che rifiutava in radice i fondamenti e i corollari giuridici di quelle filosofie, e che riproponeva la teoria dei poteri sociali-naturali dello Stato *sussidiario*, il quale, a sua volta, si opponeva al moderno discorso della rappresentanza politica e della sovranità.

tipo statale, assunta come sovrana»⁸³, ha mostrato tutta la sua carica mistificatoria. Anche i modelli alternativi di *policy making* incentrati sulla “rete”, anziché su un’ autorità politica unificante, hanno dimostrato tutta la loro fragilità di fronte alle grandi sfide che l’ Europa si trova ad affrontare. L’ Europa delle reti è un’ espressione che veniva evocata nel suo evidente significato metaforico: essa «allude al fatto che l’ insieme delle relazioni all’ interno dell’ Unione europea potrebbe essere visto come una rete, in cui un ordine gerarchico, altamente strutturato e prevedibile, viene sostituito da un sistema di relazioni più fluide e paritarie tra “nodi” variamente dislocati nello spazio istituzionale e nel territorio. Secondo questa ipotesi, la forma reticolare non è solo la caratteristica di alcune infrastrutture transeuropee ma sarebbe anche la caratteristica dei processi attraverso cui vengono formulate le politiche europee»⁸⁴. Ma l’ Europa delle reti, di althusiana memoria,

⁸³ Così M. FIORAVANTI – S. MANNONI, *Il «modello costituzionale» europeo: tradizioni e prospettive*, in G. BONACCHI (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 27; cfr. altresì G. MARRAMAO, *L’ Europa dopo il Leviatano. Tecnica, politica, costituzione*, *ivi*, pp. 119-143. Peraltro, rispetto alla stessa retorica della crisi dello Stato moderno e delle sue categorie, cfr. R. ANDRAU, *Dieu, l’ Europe et les politiques*, Bruno Leprince Éditeur, Paris, 2002, secondo il quale «le constat contient sa part de vérité malgré l’outrance vite dogmatique du vocabulaire utilisé: certes, l’État dans le contexte économique actuel n’ a plus les moyens d’ action dont il disposait avant la forme qu’ a prise aujourd’ hui la mondialisation de l’ économie, et la création sur des bases strictement économiques de l’ Union Européenne. Mais faut-il parler d’ un dépérissement de l’ État, phénomène aussi naturel que les glaciations et les réchauffements de la planète? À l’ inverse, ce phénomène prétendument naturel n’ est-il pas plutôt le résultat d’ une volonté politique qui, pour se montrer discrète, ne s’ est pas moins affirmé dans tous les traités internationaux? (...) L’ Union Européenne et les contraintes qu’ elle impose, en particulier aux services publics, sont bien le fruit de la volonté politique des États qui la constituent puisque aucun n’ a été contraint par une force extérieure de ratifier le traité de Maastricht et les suivants (...). Une volonté politique tenace s’ emploie à nous convaincre qu’ il faut raboter l’ État; et au terme d’ un sabotage acharné, on constate que l’ État n’ est plus ce qu’ il était et qu’ il faut passer à autre chose!» (pp. 104-105).

⁸⁴ Così L. BOBBIO – M. MORISI, *Reti infrastrutturali, reti decisionali e rappresentanza nell’ Unione europea*, in *Teoria Politica*, 2001, 1, p. 65. Cfr. altresì A. LIPPI, *La «rete» come metafora e come unità d’ analisi del policy making*, *ivi*, pp. 87 ss.; S. CASSESE, *Le reti come figura organizzativa della collaborazione*, in A. PREDIERI – M. MORISI, *L’ Europa delle reti*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 44; E. SCODITTI, *La Costituzione senza popolo. Unione europea e nazioni*, Dedalo, Bari, 2001, il quale evoca «al posto del Leviatano le mille sottilissime catene di Lilliput» (p. 238). Cfr. G. AMATO, *Stato europeo? Meglio una rete*, in *La Rinascita della sinistra*, 12 luglio 2002; ID., *All’ Europa non serve un sovrano*, in *La Stampa*, 13 luglio 2000: «la verità è che il potere sovrano, spostandosi, evapora. Scompare. I poteri sono trasferiti a livelli superiori senza che questi diventino sovrani, e per questo io parlo di trasferimento di funzioni e non di poteri (...): quel che sta prendendo forma, e che l’ Unione eu-

non ha saputo mantenere le sue promesse di realizzazione di una democrazia alternativa orientata all'*output* e dove il potere sovrano *evapora*⁸⁵. Con troppa leggerezza si erano evocate immagini ireniche di un nuovo ordine post-hobbesiano, come se con l'evaporazione del potere si potessero dissolvere anche i conflitti sottostanti.

Dietro la crisi dello Stato sovrano – che avrebbe dovuto essere sostituito da un nuovo paradigma istituzionale «di poliarchia, di arcipelago, di architettura distribuita, di policentrismo»⁸⁶, e che mal sopporta «la lamentela continua del deficit democratico», poiché «porta in primo piano una funzione di controllo popolare che non discende da un'esigenza interna al sistema e sembra scaturire da una diffusa cultura partecipativa»⁸⁷ – si potrebbe annidare però un rischio paradossale:

ropea prefigura alla perfezione, è un nuovo ordine post-hobbesiano, post-statuale. In esso non esistono più i singoli, identificabili sovrani. Al loro posto esiste una moltitudine di autorità a diversi livelli di aggregazione, a ciascuna delle quali fanno capo diversi interessi degli esseri umani: livelli che posseggono competenze ambigue, condivise con altre autorità. Per Hobbes il sovrano era subito riconoscibile: era legato a un territorio, accentrava tutti i poteri. Oggi nessuno è più sovrano. Al suo posto abbiamo un'Unione europea multilivello, composta di più soggettività». E ancora: «perché non tornare all'epoca precedente Hobbes? Il Medio Evo aveva un'umanità ben più ricca, e una pluri-identità che oggi può servire da modello. Il Medio Evo è bellissimo: sa avere suoi centri decisionali, senza affidarsi interamente a nessuno». Cfr. la replica polemica ad Amato di G. RUFFOLO, *Chi dirige l'orchestra della UE*, in *La Repubblica*, 16 luglio 2000.

⁸⁵ Cfr. F. W. SCHARPF, *The Problem Solving Capacity of Multi-Level Governance* (1997), trad. it., *Governare l'Europa. Legittimità democratica ed efficacia delle politiche nell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 1999; G. MARKS – F. W. SCHARPF – P. SCHMITTER – W. STREEK, *Governance in the European Union*, Sage, London, 1996; P. DOBNER – M. LOUGHLIN (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, su cui v. F. BILANCIA, *Is Constitutionalism on the wane? Moving from P. Dobner – M. Loughlin, The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, towards an updated bibliography, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016, parte IV, pp. 1 ss., e la bibliografia ivi citata.

⁸⁶ G. DE RITA, *Il regno inerme. Società e crisi delle istituzioni*, Einaudi, Torino, 2002, p. 82.

⁸⁷ S. CASSESE, *Democrazia e Unione europea*, in *Giornale di Storia Costituzionale*, 2002, n. 3, p. 12. A tal proposito, cfr. le riflessioni di G. PALOMBELLA, *Tradizioni, politica e innovazione nel nuovo ordine europeo*, in E. SCODITTI, *La Costituzione senza popolo. Unione europea e nazioni*, cit., p. 28: «L'assenza di un vertice pienamente affidato alla legittimazione democratica diventa *non un deficit* ma un tratto peculiare di un mondo diverso rispetto alla concentrazione rappresentativa delle politiche statali: l'Unione si sviluppa attraverso autorità di regolazione che filtrano le politiche locali e regionali con la compatibilità europea, equilibrano i flussi decisionali e arbitrano anche in termini di efficienza, le prevalenze e le priorità delle politiche comuni. Ma la *governance* multilivello non consente di *prevedere* quali saranno di volta in volta le interazioni tra le diverse istanze organizzative, soprana-

non sarà forse che proprio le teorie post-moderne, che si erano richiamate espressamente a quelle pre-moderne mentre invocavano la bontà della dissoluzione dello Stato sovrano, si fanno, esse stesse, estremi difensori della *sovranità* in quanto tale, del suo carattere in ultima istanza arbitrario, data la consapevolezza dell'inutilità degli sforzi dell'uomo di fondarla su altro che sulla forza?⁸⁸

zionali, subnazionali e nazionali, che prenderanno effettivamente corpo in relazione ai centri di interesse. L'invisibilità di un sovrano diventa dunque il segno della sua *effettiva assenza*».

⁸⁸ Come noto, è stato Schmitt a vedere in De Maistre un decisionista, un sostenitore del fondo irrazionale del potere politico e delle sue decisioni (C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität* (1934), trad. it., *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in G. MIGLIO – P. SCHIERA (a cura di), *Le categorie del «politico»*. *Saggi di teoria politica*, Il Mulino, Bologna, 1972, pp. 75-86).

UNIONE BANCARIA EUROPEA
E MERCATO UNICO DEI SERVIZI FINANZIARI
DINAMICHE DI INTEGRAZIONE E LIMITI DEL PROCESSO
DI FEDERALIZZAZIONE DELLE FUNZIONI IN MATERIA DI
VIGILANZA E RISOLUZIONE DELLE CRISI BANCARIE

di *Andrea Pierini*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive all'oggetto e finalità dell'indagine: l'Unione bancaria come strumento di integrazione; 2. Le problematiche di partenza, permanente frammentazione dei mercati creditizi ed effetti della grande crisi finanziaria ed economica iniziata nel 2007-2008; 3. Il processo di federalizzazione delle funzioni in materia di vigilanza prudenziale; 4. La parallela integrazione degli strumenti di risoluzione delle crisi bancarie; 5. Il pluralismo amministrativo come elemento caratterizzante l'articolazione del SSM; 6. L'articolazione maggiormente decentrata del SRM in confronto al SSM; 7. Problematiche inerenti l'implementazione dell'Unione bancaria: legittimità conferimenti, differenziazioni, lacune, conflitti; 8. Alcune notazioni conclusive di sintesi.

**1. Considerazioni introduttive all'oggetto e finalità dell'indagine:
l'Unione bancaria come strumento di integrazione**

Il processo di istituzione ed implementazione di un'Unione bancaria europea, quale modello di regolamentazione dei mercati creditizi fondato sulla centralizzazione in capo alla Banca Centrale Europea delle funzioni di vigilanza prudenziale sui grandi gruppi bancari, operanti nell'Eurozona, sull'introduzione di un meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie, nonché di un fondo di garanzia europeo per i depositi, segna indubbiamente una riforma radicale del sistema dei controlli pubblici e dei meccanismi di stabilizzazione dello stesso sistema bancario, orientata dagli obiettivi di garantire non più semplicemente l'armonizzazione delle *regulations* di settore, ma una reale

integrazione dei mercati predetti, che porti alla creazione di un vero e proprio sistema bancario europeo¹.

A fronte, pertanto, di un'evoluzione del medesimo processo d'integrazione europea, che mostra i segni di una tendenza inversa verso l'attenuazione della spinta federalista, nonché l'emersione di veri e propri fenomeni di disintegrazione e di rinascita dei nazionalismi, è evidente come l'approvazione della serie di profonde riforme dell'ordinamento dei mercati creditizi succedutesi a partire dal 2010, come conseguenza della grave crisi finanziaria di carattere sistemico iniziata nel 2007-2008, vada nella direzione, opposta, della centralizzazione delle funzioni di regolamentazione e vigilanza degli stessi mercati, oltre che dei meccanismi di gestione e risoluzione delle crisi bancarie.

Una trasformazione fondamentale, dunque, quella indotta dalla stessa crisi (tanto più successivamente alla sua evoluzione, a partire dal 2010, in crisi del debito sovrano interessante proprio una serie di Stati dell'Eurozona)², che testimonia il passaggio da un'articolazione

¹ V. M. MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale di Banca d'Italia*, n. 73, 2013.

² Da questo punto di vista, si tendono ad individuare tre fasi evolutive della crisi finanziaria iniziata nel 2007 (v. F. SACCOMANNI, *L'Unione Europea di fronte alla crisi globale: le implicazioni per le banche, la finanza e la politica economica*, Intervento del Direttore Generale della Banca d'Italia tenuto al *Bundesministerium der Finanzen* di Berlino l'8 febbraio 2011, in www.bancaditalia.it: la prima, coincisa con lo scoppio negli Stati Uniti della c.d. crisi dei mutui *subprime* ed il *default* di alcune *large interconnected financial institutions*, con conseguente diffusione sistemica in Europa degli effetti di quest'ultima, in virtù del coinvolgimento di una serie di istituti bancari inglesi ed europei (come le banche irlandesi), anch'esse fortemente esposte sul mercato dei c.d. titoli tossici. Basilare per lo scoppio della crisi era stata, come noto, la diffusione tra le stesse banche, di una strategia di *business* denominata «*originate-to distribute*» – OTD – in quanto fondata sul ricorso alla leva finanziaria ed alla cartolarizzazione dei crediti, attraverso le quali diveniva possibile costruire ed emettere sui mercati titoli strutturati il cui valore veniva a dipendere da quello assunto da altri schemi negoziali ad essi collegati, quali titoli, valute, tassi d'interesse, tassi di cambio, indici di borsa. La seconda fase della crisi ha avuto inizio nel 2009 ed è stata caratterizzata, soprattutto in Europa, da una forte recessione dell'economia reale, la quale ha reso necessaria una politica monetaria fortemente espansiva da parte della BCE, nonché misure di sostegno fiscale dei Governi degli Stati. In tale modo, i paesi con una maggiore solidità del sistema economico ed in situazione di maggiore equilibrio dei conti pubblici hanno potuto intraprendere nuovi percorsi di crescita e di attenuazione degli effetti della recessione. Infine, la terza fase della crisi, sviluppatasi a partire dal 2010, ha colpito soprattutto i paesi europei periferici, aventi i più elevati deficit pubblici sovrani e minore tasso di crescita (quali, in primo luogo, la Grecia e successivamente il Portogallo, la Spagna, l'Italia), sui cui titoli di stato si era concentrata la speculazione finanziaria, rendendosi necessarie, per

del sistema bancario europeo in una pluralità di mercati nazionali, la cui regolamentazione restava ancorata all'applicazione del principio della titolarità ed esercizio, da parte delle autorità nazionali di controllo, delle funzioni di regolamentazione e vigilanza sugli stessi mercati creditizi (*home country control*), nel quadro, tuttavia, dell'armonizzazione minima indotta dalle direttive comunitarie, nonché del concorrente principio del mutuo riconoscimento degli enti creditizi autorizzati in ciascuno stato e delle attività esercitate da questi ultimi in forza della libertà di stabilimento³, ad un «sistema comune» di regole uniformate a livello europeo⁴.

Viene, in tale modo, ad attenuarsi, in relazione al mercato bancario, quella fondamentale asimmetria, inerente lo stesso processo di integrazione europea, determinata dall'originaria attribuzione alla BCE, in base al Trattato di Maastricht del 1992⁵, dei poteri in materia di politica monetaria, in funzione del primario obiettivo sancito dall'art. 105 TUE, del mantenimento della stabilità dei prezzi, in assenza, tuttavia, di un parallelo conferimento alle istituzioni comunitarie di poteri in materia di politiche economiche comuni.

Nonostante, infatti, le previsioni, contenute rispettivamente nell'art. 127 TFUE, il quale consentiva l'attribuzione alla BCE, previa utilizzazione di una procedura legislativa speciale, di «compiti specifici in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie, escluse le imprese di assicurazione», nonché nello Statuto della stessa BCE, che conferivano a quest'ultima un ruolo consultivo, finalizzato a promuovere il raccordo e la cooperazione tra le banche centrali e le autorità di vigilanza nazionali su questioni di interesse comune, quali la stabilità del sistema

effetto dell'interconnessione dei mercati e dei conseguenti rischi di contagio della crisi (anche a seguito della notevole esposizione del sistema bancario in titoli di stato dei paesi coinvolti dalla crisi del debito sovrano), l'adozione di misure di sostegno da parte delle istituzioni europee, nonché di misure di controllo della spesa (*austerity*) da parte degli Stati coinvolti.

³ Sulle debolezze del sistema predetto si v. A. ENRIA, *Il sistema bancario italiano nella prospettiva della vigilanza europea*, audizione Senato della Repubblica 6^a Commissione permanente (Finanze e Tesoro), Roma, 3 marzo 2015, disponibile sul [sito istituzionale del Senato della Repubblica](#).

⁴ V. M. MACCHIA, *Modelli di coordinamento della vigilanza bancaria*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 2, 2016, p. 368.

⁵ Art. 105 c. 1 TUE.

finanziario ed anche la vigilanza prudenziale⁶, permaneva una sostanziale divaricazione tra titolarità ed esercizio dei compiti di politica monetaria e di vigilanza, nella misura in cui per i primi si realizzava la sostanziale concentrazione in un'unica autorità sovranazionale, restando, invece, i secondi, essenzialmente di pertinenza delle Autorità di settore dei singoli Stati, sulla base del surrichiamato principio dell'*home country control*.

Il processo di trasformazione in atto verso la costruzione di un'Unione bancaria innova, dunque, profondamente ad un tale originario assetto di distribuzione delle competenze, passandosi da un modello improntato al decentramento di queste ultime ad uno connotato da una più accentuata federalizzazione funzionale e da una *governance* multilivello delle stesse funzioni⁷.

Obiettivo del presente lavoro è, pertanto, quello di analizzare le principali tappe evolutive del surrichiamato processo di federalizzazione verso la costruzione dell'Unione bancaria europea, sia attraverso la ricostruzione in chiave diacronica dei fondamentali passaggi ordinamentali ad oggi intervenuti ai fini della realizzazione dei primi due pilastri dell'Unione, che a mezzo dell'esame sincronico delle peculiari caratteristiche degli stessi meccanismi introdotti, in quanto implicanti differenti combinazioni di elementi di centralizzazione e di pluralismo istituzionale.

La stessa dialettica, del resto intrinseca ad ogni processo federativo, tra istanza dell'uniformità e della differenziazione, induce, infatti, a di-

⁶ Funzione meramente consultiva, desumibile dall'art. 4 dello Statuto della BCE, per cui la BCE «deve essere consultata in merito a qualsiasi proposta di atto comunitario che rientra nelle sue competenze» e dall'art. 25 (intitolato espressamente «vigilanza prudenziale») per cui (25.1) «(l)a BCE può fornire pareri e essere consultata dal Consiglio, dalla Commissione e dalle autorità competenti degli Stati membri sul campo d'applicazione e sull'attuazione della legislazione comunitaria relativa alla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e concernente la stabilità del sistema finanziario» ed ancora (25.2) «conformemente alle decisioni del Consiglio ai sensi dell'articolo 105, paragrafo 6, del trattato, la BCE può svolgere compiti specifici in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie, eccettuate le imprese di assicurazioni». Del pari l'art. 3.3 del medesimo Statuto prevede che (c)onformemente all'articolo 105, paragrafo 5, del trattato, il SEBC contribuisce ad una buona conduzione delle politiche perseguite dalle competenti autorità per quanto riguarda la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e la stabilità del sistema finanziario.

⁷ Di «sistema in via di accentramento» parla, da ultimo, L. TORCHIA, *La nuova governance economica dell'Unione europea e l'Unione bancaria*, in M. P. CHITI, V. SANTORO, (a cura di) *L'unione bancaria europea*, Pacini Ed., Firenze, 2016, p. 55 ss.

versi esiti la conclusiva valutazione complessiva delle trasformazioni in atto, sia dal punto di vista dell'anamnesi dei risultati raggiunti nella costruzione dei pilastri dell'Unione, che delle problematiche aperte (in quanto suscettibili di incidere sugli stessi obiettivi perseguiti dal Legislatore europeo).

Dal punto di vista sistematico, dunque, la medesima disamina, secondo la logica e gli strumenti del *federalizing process*, delle principali novità intervenute nell'ordinamento europeo dei mercati creditizi, dopo il preliminare richiamo delle problematiche causate dalla precedente, strutturale frammentazione degli stessi mercati, sarà suddivisa in parti dirette ad evidenziare gli elementi di integrazione sopravvenuti, con necessari analisi comparativa di quelli attinenti la vigilanza bancaria e la risoluzione delle crisi delle stesse istituzioni creditizie (costituenti i primi due pilastri dell'Unione bancaria in corso di implementazione).

2. Le problematiche di partenza: permanente frammentazione dei mercati creditizi ed effetti della grande crisi finanziaria ed economica iniziata nel 2007-2008

L'analisi dei processi riformatori con i quali l'ordinamento europeo sta rispondendo alla lunga crisi finanziaria manifestatasi a partire dal 2008 deve, pertanto, tenere conto della comune finalità, sopra richiamata, di porre rimedio alla serie di criticità evidenziate dal precedente quadro regolamentare, così come testimoniate dalle spinte verso la frammentazione dei mercati creditizi interni, emerse soprattutto durante la crisi del debito sovrano del 2011.

Una frammentazione indotta dallo strutturale disallineamento tra ambito territoriale (oramai transfrontaliero) di esplicazione dell'attività da parte dei grandi gruppi bancari e permanente applicazione del principio, anch'esso surrichiamato, dell'*home country control* nella titolarità e dell'esercizio delle funzioni di vigilanza sulle stesse banche e di risoluzione delle crisi di queste ultime.

Se si considera, primariamente, al riguardo, il profilo delle competenze in materia di vigilanza prudenziale, la stessa frammentazione dei compiti di regolamentazione e supervisione dei mercati creditizi tra una pluralità di supervisor statali indotta dal precedente sistema, aveva determinato, nel tempo, una serie di quelli che gli economisti defi-

niscono problemi di *agency*, in quanto derivanti, sia dalla necessità di adeguare ed integrare gli stessi modelli di vigilanza incentrati sul controllo istituzione per istituzione (c.d. vigilanza microprudenziale), al fine di introdurre un più ampio presidio sovranazionale sui rischi di carattere sistemico (vigilanza macroprudenziale sulla stabilità del sistema finanziario nel suo complesso)⁸, che dall'ulteriore difficoltà di combinare sempre l'articolazione su base nazionale delle competenze in materia di vigilanza, con l'affermazione dei grandi gruppi bancari ad operatività transfrontaliera⁹.

Una tale evoluzione verso lo sviluppo di banche e gruppi bancari (oltre che di conglomerati finanziari)¹⁰ operanti su scala multinazionale, attraverso filiali e/o società controllate e/o sussidiarie, pur sempre sottoposte al controllo della stessa *holding* creditizia, secondo il modello di «banca universale» o «mista» (in quanto esercente sia le tradi-

⁸ Dal punto di vista dell'oggetto delle funzioni predette, la vigilanza bancaria comprende una duplice attività: da un lato, la c.d. regolamentazione prudenziale, in quanto costituita dall'emanazione delle norme per l'ottenimento dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria e di quelle destinate a garantire la sana e prudente gestione dell'istituzione creditizia; dall'altro lato, la c.d. supervisione, microprudenziale, in quanto volta a salvaguardare la solidità e l'efficienza delle singole imprese finanziarie e proteggere gli utenti dei servizi finanziari. La stessa si traduce, quindi, nel materiale esercizio dei poteri autorizzatori e di valutazione delle operazioni relative al capitale delle banche, di quelli prescrittivi (ad es. di requisiti patrimoniali) e limitativi (di determinate attività ed operazioni), nonché nell'attività di controllo, che si esplica nelle verifiche ispettive e nei poteri informativi, in quanto finalizzati a monitorare il rispetto degli standard prudenziali ed a sanzionare eventuali violazioni di questi ultimi.

Strettamente connessa alla da ultimo richiamata «vigilanza micro – prudenziale» od «operatore per operatore», è poi la c.d. «vigilanza macroprudenziale», in quanto diretta a monitorare i fattori di rischio e di vulnerabilità del sistema finanziario nel suo complesso, con particolare riferimento ai rischi sistemici, in quanto determinati dalla possibilità la crisi di una banca o di un intermediario possa trasferirsi allo stesso complessivo sistema finanziario (ed anche all'economia reale), in considerazione del carattere interconnesso dei settori in cui si articola quest'ultimo (bancario, assicurativo e dei mercati mobiliari). Ciò, ai fini dell'adozione di misure di tipo macroeconomico (cd. politiche macroprudenziali) dirette a fronteggiare gli stessi rischi sistemici.

⁹ Sulle esternalità negative derivanti dall'allocazione a livello degli Stati membri dei poteri di supervisione sui mercati finanziari, si v. E. WYMEERSCH, *The Single Supervisory Mechanism, Institutional Aspects* in D. BUSCH, G. FERRARINI (ed.), *European Banking Union*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 93 e ss.

¹⁰ In quanto costituiti da gruppi di imprese, attivi in maniera significativa nei settori assicurativo e bancario o dei servizi di investimento, che comprendano almeno un'impresa assicurativa e una operante nel settore bancario o dei servizi di investimento, e che abbiano al vertice un'impresa regolamentata oppure svolgano attività principalmente nel settore finanziario.

zionali attività di banca commerciale, che di erogazione di servizi finanziari alle imprese), ha, infatti, evidenziato le debolezze di sistemi di vigilanza micro-prudenziale, come quelli degli Stati europei, in quanto implicanti la divaricazione tra ambiti nazionali di esplicazione dei medesimi poteri di vigilanza e dimensione oramai sovranazionale di esercizio delle attività delle istituzioni bancarie e finanziarie sottoposte a controllo¹¹.

Di qui, da una parte, la possibilità per queste ultime di incentivare fenomeni di arbitraggio regolamentare, attraverso la possibilità di dislocare le proprie attività bancarie e di *trading finanziario*, in modo tale da soggiacere a *standards* prudenziali e di trasparenza meno stringenti (rischio di arbitraggio regolamentare in grado, dunque, a sua volta, di indebolire il sistema dei controlli in ciascuna giurisdizione statale e di favorire comportamenti protezionistici, nonché di cattura dei regolatori da parte dei grandi esponenti bancari e finanziari); dall'altra parte, la conseguente necessità di introdurre criteri di individuazione e di coordinamento delle autorità di vigilanza statali, competenti ad esercitare, di volta in volta, i poteri di vigilanza consolidata sulle stesse istituzioni ad operatività transfrontaliera¹².

Del pari carente era il quadro normativo europeo relativo agli strumenti di risoluzione e gestione delle crisi bancarie, in considerazione del fatto che, sino all'avvio del processo di riforma in commento, erano stati operati degli interventi di armonizzazione minima, costituiti

¹¹ Sulle problematiche derivanti dalla frammentazione statale dei compiti di vigilanza, a fronte dell'avvento delle banche multinazionali, si v. G. FERRARINI, F. CHIODINI, *Nationally fragmented supervision over multinational banks as a source of global systemic risk: a critical analysis of recent EU reforms*, in E. Wymeersch et al., *Financial Regulation and Supervision – A Post Crisis Analysis*, Oxford University Press, 2012, p. 195 ss.

¹² Un problema, quest'ultimo, di cui si era da tempo fatto carico lo stesso Comitato di Basilea, quale organismo internazionale incaricato di dettare standard minimi in materia di vigilanza prudenziale, il quale, sin dal 1975, aveva dettato criteri per l'individuazione dell'autorità di vigilanza competente per la vigilanza sugli stabilimenti esteri delle banche (criteri poi aggiornati nel 1983 e nel 1992). Si stabiliva che, allorchè queste ultime agiscano mediante filiali estere, le stesse siano assoggettate a controllo da parte dell'autorità di vigilanza del paese di origine, mentre in caso di costituzione di società controllate e/o sussidiarie, le stesse siano sottoposte a controllo da parte delle autorità di vigilanza dello Stato ospitante. V. BCBS, *Principi per la vigilanza sugli stabilimenti esteri delle banche* (Maggio 1983), in www.bis.org/publ/bcbsc312it.pdf; ID. *Requisiti minimi per la vigilanza sui gruppi bancari internazionali e i loro stabilimenti esteri* (Luglio 1992), www.bis.org/publ/bcbsc314it.pdf.

dall'approvazione della Direttiva (CE) n. 19/1994¹³, avente ad oggetto i sistemi di garanzia dei depositi e della successiva Direttiva 2001/24/CE, in materia di risanamento e risoluzione degli enti creditizi.

Anche in tale caso, dunque, l'affermazione di grandi gruppi bancari che, per dimensione, volume d'affari, grado di interconnessione e di internazionalizzazione delle rispettive attività, sono qualificabili come *global systemically important banks (G-SIBs)*¹⁴, ha assunto la valenza di fattore determinante per l'applicazione del principio del "*too big to fail*" ("TBTF"), dacché, in caso di dissesto degli stessi gruppi, potevano verificarsi effetti di *spill-over* negativi in altri Stati, con conseguenti rischi per la stabilità complessiva dei mercati e potenziale effetto domino.

Una tale frammentazione del mercato bancario era del resto conseguente alla permanente volontà degli Stati membri dell'Unione di mantenere la propria sovranità sul credito, incentivandosi, in tale modo, sia i surrichiamati fenomeni di arbitraggio regolamentare dovuti alla diversità ed alle lacune degli standard prudenziali imposti alle istituzioni bancarie (ad es. in materia di determinazione delle componenti del capitale di vigilanza¹⁵) e del sistema dei controlli, che l'adozione di vere e proprie misure protezionistiche in grado di limitare l'integrazione tra mercati finanziari.

Un quadro problematico che, come sopra evidenziato, ha subito un'ulteriore esasperazione a seguito del dispiegarsi degli effetti della crisi dei debiti sovrani del 2010-2011, allorché il c.d. circolo vizioso derivante dalla stretta interconnessione tra debito privato e debito pubblico¹⁶, ha contribuito, da un lato, ad incrementare l'adozione, da

¹³ Una normativa diretta a garantire un livello minimo armonizzato di tutela di questi ultimi, attraverso l'obbligatoria istituzione e/o il riconoscimento ufficiale, da parte degli Stati membri, di appositi meccanismi di tutela degli stessi depositi (art. 3).

¹⁴ Secondo i parametri dettati dal Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, *Banche di rilevanza sistemica globale: metodologia di valutazione e requisito addizionale di assorbimento delle perdite*, Novembre 2011, in www.bis.org/publ/bcbst07_it.pdf.

¹⁵ Laddove le regole in materia di requisiti patrimoniali minimi delle banche approvate dal Comitato di Basilea rispettivamente nel 1988 – c.d. Pacchetto Basilea 1 – e nel 2004 – c.d. Pacchetto Basilea 2 – avevano evidenziato una serie di limiti, rispetto all'obiettivo perseguito di limitare l'assunzione di rischi da parte delle banche.

¹⁶ Un circolo vizioso derivante dall'aggravamento dei deficit di bilancio degli Stati europei per effetto degli interventi pubblici di salvataggio delle banche colpite dagli effetti sistemici della crisi dei mutui sviluppatasi negli Stati Uniti nel 2007-2008, del conseguente aggravarsi del rischio sovrano per gli stessi Stati con maggiore vulnerabilità delle condi-

parte degli Stati, delle stesse misure di protezione dei propri mercati bancari e finanziari e, dall'altro lato, di una serie diversificata e per nulla coordinata di misure di risoluzione delle crisi delle stesse istituzioni creditizie nazionali, in situazioni di *default* per effetto sempre della crisi del debito.

Dal primo punto di vista, vengono in rilievo, una serie di misure protezionistiche¹⁷, quali quelle adottate, soprattutto nel periodo compreso tra il 2008-2013 in Europa, dalle banche centrali, dai regolatori e dai governi nazionali a seguito dello scoppio della crisi dei debiti sovrani, in quanto dirette a rafforzare la stabilità dei rispettivi mercati bancari e finanziari, ma nello stesso tempo in grado di produrre effetti negativi riflessi sull'integrazione degli stessi mercati.

Il riferimento è in tale caso ad una vasta tipologia di misure comprendenti le politiche macroprudenziali in grado di limitare i flussi di capitale (come quelle volte ad introdurre requisiti più stringenti per la tenuta di depositi e l'effettuazione di operazioni in valuta estera – *currency based measures*)¹⁸, quelle introdotte dai regolatori nazionali al fine di limitare direttamente i flussi di capitale e di liquidità transfrontalieri all'interno dei gruppi bancari operanti sui rispettivi territori¹⁹,

zioni di finanza pubblica e minori tassi di crescita e dei connessi riflessi sulla stabilità degli Istituti bancari con sede in tali paesi o con consistenti esposizioni in titoli pubblici di questi ultimi. Nell'immediatezza dello scoppio della crisi del debito sovrano, i paesi dell'Eurozona presentavano, infatti, differenze significative nelle condizioni di finanza pubblica e nel tasso di crescita. I cosiddetti Paesi *core*, come la Germania ed il Regno Unito, si connotavano per livelli contenuti di debito pubblico e per un'attività economica più solida, mentre i cosiddetti Paesi PIIGS (Portogallo, Irlanda, Italia, Grecia e Spagna), o «periferici», si caratterizzavano per una maggiore vulnerabilità legata a dinamiche non sostenibili del debito pubblico, dovuta all'indebitamento accumulato negli anni, all'incremento incontrollato del deficit e a bassi tassi di crescita del PIL. Sulla connessione tra effetti della grave crisi finanziaria del 2007-2008 e processo di creazione di un'Unione bancaria europea, v. da ultimo, L. CUOCOLO, *Constitutional Issues of the Banking Union, between European Law and National Legal Orders*, Bocconi University - Department of Law, September 2015, Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2658672, p. 19 ss., in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2658672.

¹⁷ Sul punto si v. S. DURUSOY et al., *Economic Crisis and Protectionism Policies: The Case of the EU Countries*, in *Int. J. Hum. Soc. Sc.* Vol. 5, No. 6(1), June 2015, p. 63-64.

¹⁸ V. A. DE CRESCENZIO et al., *Currency-based measures targeting banks – Balancing national regulation of risk and financial openness*, OECD Working Papers on International Investment 2015/03, in www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/working-papers.htm.

¹⁹ Con particolare riferimento ai limiti imposti alle società sussidiarie di gruppi stranieri.

nonché ad imporre agli operatori stranieri più stretti requisiti di accesso ed operatività sui mercati nazionali, come nel caso dell'obbligatoria istituzione di società sussidiarie (e non quindi di mere filiali) sottoposte a vigilanza prudenziale delle autorità dello Stato membro ospite (si parla in tali casi di *geographic ring fencing measures* – GRF). Parimenti rilevanti appaiono, poi, le politiche di «repressione finanziaria», in quanto dirette a facilitare l'accesso al credito dei Governi nazionali attraverso attività dirette ad indurre o obbligare alcune categorie di investitori ad acquistare titoli di Stato nazionali, in modo tale da mantenere artificialmente bassi i tassi di interesse, applicati soprattutto sui titoli di stato.

Infine, dal secondo punto di vista sopra evidenziato, fondamentale è la considerazione della serie di politiche di risoluzione dei dissesti di istituzioni bancarie coinvolte sempre dalla crisi sistemica iniziata nel 2007-2008, in quanto dirette a subordinare gli interventi di ricapitalizzazione e/o di aiuto pubblico alla riduzione delle attività transfrontaliere degli stessi istituti²⁰.

È questo il caso delle misure post crisi adottate in Stati come la Francia, il Regno Unito e l'Italia, in quanto dirette a vincolare gli istituti bancari che avessero ottenuto supporto pubblico in termini di (ri)capitalizzazione e/o prestiti, ad impiegare le stesse risorse all'interno degli Stati²¹ e, comunque, per operazioni all'estero di imprese nazionali²².

²⁰ Ciò, con le finalità principali di rafforzare la stabilità del sistema bancario interno attraverso la riduzione dei rischi assunti nei paesi stranieri, di preservare l'accesso al credito sul mercato interno, di impedire che i costi subiti dai contribuenti per i medesimi interventi di *bail out* delle istituzioni bancarie e finanziarie operanti all'interno dei confini nazionali, si traducessero in benefici per creditori ed investitori operatori grazie allo spostamento delle risorse acquisite attraverso la ricapitalizzazione verso altri paesi.

²¹ Come previsto in Italia per i c.d. Tremonti Bond, quali strumenti ibridi introdotti per la ricapitalizzazione degli istituti di credito quotati, aventi la forma di obbligazioni bancarie speciali sottoscritte dal ministero dell'Economia, sottoposte tuttavia a vincolo di destinazione costituito dall'assunzione di impegni da parte delle banche di assicurare un flusso di crediti a Pmi e famiglie.

²² Sulla stessa linea si pongono, poi, quelle introdotte in Svizzera per escludere i prestiti concessi alle imprese stabilite in territorio elvetico da alcuni indicatori di patrimonializzazione delle stesse istituzioni ed ancor di più quelle conseguenti ai programmi di salvataggio adottati sia negli Stati Uniti che in Europa, in quanto dirette a mantenere un regime derogatorio (*grandfathering treatment*), per quanto riguarda gli strumenti che siano stati utilizzati nell'ambito di interventi di salvataggio disposti dal Governo.

Misure, queste ultime, che si collocano nell'ambito di un quadro più ampio e variegato di strumenti di salvataggio degli istituti bancari in dissesto, posti in essere dagli Stati membri dell'UE, in quanto oscillanti tra la nazionalizzazione delle stesse banche, attraverso l'acquisto diretto da parte dello Stato di azioni ed obbligazioni, l'acquisto di attività deteriorate, la concessione di garanzie sulle passività bancarie e di linee di liquidità a favore degli stessi istituti insolventi²³.

²³ A subire per prima, le conseguenze della crisi dei mutui immobiliari *subprime*, era stata la Gran Bretagna, la quale, dopo l'iniziale salvataggio della Banca Northern Rock (quinto istituto di credito del Regno Unito, che ha finito per essere nazionalizzata con spese per lo Stato di circa 64,5 miliardi di euro 51,1 miliardi di sterline), procedeva al salvataggio di altri grandi gruppi bancari colpiti dalla crisi quali Royal Bank of Scotland (536 miliardi di euro), Lloyds Banking group (568 miliardi di euro). A sua volta il governo francese è stato il primo ad intervenire dopo quello britannico, riversando sul mercato 17,1 miliardi di euro nel dicembre 2008 a mezzo della sottoscrizione di azioni di Bnp Paribas per 7,7 miliardi, di azioni e titoli subordinati di Société Générale per 3,4 miliardi, di titoli subordinati del Crédit Agricole per 3 miliardi e azioni del gruppo Bpce per altri 3 miliard. Un fiume di denaro che bloccò la speculazione e che successivamente rientrò nelle casse pubbliche. Ad avere il primato, però, nella zona Euro per i salvataggi delle proprie banche, è stata sicuramente la Germania, la quale tra la fine del 2008 e l'inizio del 2009, non ha esitato a pagare 33,2 miliardi di euro per garantire la sopravvivenza della sola Commerzbank, sottoscrivendone azioni e obbligazioni, per poi procedere al finanziamento delle Landesbank, le banche di territorio, vero buco nero del sistema creditizio tedesco. La Spagna, invece, alla grave crisi del credito ha risposto coinvolgendo l'Unione europea, che ha concesso al governo madrileno prestiti per oltre 40 miliardi. Questi ultimi sono serviti soprattutto per colmare i buchi creati da quattro banche: Brankia (18 miliardi), Catalunya Bank (9) Ncg Banco (5,5) e il Banco di Valencia (4,5), tutte nazionalizzate tramite il Frob, il fondo di ristrutturazione, a cui successivamente Madrid ha affiancato Sareb, la bad bank di sistema. Inoltre, consistenti piani di salvataggio per istituti di credito sono stati improntati anche in Belgio, Danimarca, Grecia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo e Svezia. Nel complesso gli aiuti erogati dai governi delle banche dei rispettivi sistemi nazionali hanno raggiunto i 3.166 miliardi di euro in Europa, sotto forma di garanzie (2.443 miliardi), ricapitalizzazioni (472 miliardi) e linee di credito e prestiti (251 miliardi), dati EUROSTAT 2013. I dati sui costi sostenuti dai paesi europei tra il 2008 e il 2014 per intervenire a favore delle banche in difficoltà con ricapitalizzazioni e misure a fronte delle attività deteriorate mostrano che il costo è stato molto elevato, pari a 641,77 mld (di cui 122,7 recuperati), corrispondenti al 4,6% del PIL 2014, con punte fino al 34% del PIL per l'Irlanda. Nel caso dell'Irlanda le difficoltà delle banche, nate a causa di una bolla immobiliare, si sono trasmesse allo Stato, ma in alcuni casi si è verificato l'opposto: sono state le difficoltà dello Stato a indebolire le condizioni finanziarie delle banche, come nel caso della Grecia. Sulla tipologia delle misure di risoluzione delle crisi bancarie adottate dagli Stati europei, v., da ultimo, A. DE ALDISIO, *Il Meccanismo di Risoluzione Unico. La distribuzione dei compiti tra il Comitato di risoluzione unico e le autorità di risoluzione nazionali e altri aspetti istituzionali*, in R. D'AMBROSIO (a cura di), *Scritti sull'unione bancaria, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale di Banca d'Italia*, n. 81, luglio 2016, p. 140 e 141.

Evidente è, dunque, come l'effetto combinato di tali misure, al di là dell'avvenuto superamento del relativo, necessario vaglio di legittimità alla stregua del diritto comunitario²⁴, sia stato quello di incentivare la frammentazione tra i mercati bancari, manifestatasi sia a livello europeo che globale per effetto della crisi sistemica iniziata nel 2007-2008, nell'ambito di quella che da alcune parti è stata definita come una più generale tendenza verso una vera e propria «de-globalizzazione finanziaria».

Di qui, quel legame, universalmente riconosciuto, tra i fattori scatenanti e gli effetti indotti dalla stessa crisi sistemica iniziata nel 2008 e l'avvio di un profondo processo di riforma dei controlli pubblici sul sistema bancario, nonché delle procedure di risoluzione delle crisi delle stesse istituzioni creditizie, in quanto connotato dall'esigenza di rafforzare l'integrazione e la regolamentazione comune dei mercati, in vista degli ulteriori obiettivi perseguiti di incrementare non solamente la stabilità microeconomica, nonché la sana e prudente gestione dei singoli intermediari, ma, più in generale, la stabilità macroeconomica del sistema finanziario complessivamente considerato.

Armonizzazione delle regole in materia di vigilanza prudenziale e di risoluzione delle crisi bancarie, nonché rafforzamento e coordinamento del sistema dei controlli e delle stesse procedure di risoluzione, diventano, dunque, gli elementi portanti di un percorso di revisione dell'ordinamento dei mercati creditizi che raccoglie, in primo luogo, le raccomandazioni indirizzate il 25 febbraio 2009 alla Commissione – oltre che al Parlamento e al Consiglio europeo - dal Gruppo di esperti (c.d. De Larosière), incaricato dalla stessa Commissione di elaborare un ampio programma di riforma della *regulation* europea dei mercati finanziari, con gli obiettivi dichiarati di fare avanzare l'Unione Europea verso «un nuovo programma normativo», una «vigilanza più forte e consolidata» e «procedure efficienti di gestione delle crisi»²⁵.

²⁴ Laddove, a partire dalla sentenza *Züchner* del 1980 (Sent. 14 Luglio 1981, in causa 172/80, GERHARD ZÜCHNER C. BAYERISCHE VEREINSBANK), era stata sancita l'applicazione alle banche delle regole in materia di concorrenza di cui agli artt. 81-82 Trattato CEE, superandosi le risalenti obiezioni circa la qualificabilità come imprese delle stesse istituzioni creditizie.

²⁵ V. Report of High Level Group on Financial Supervision in the UE, Brussels, 25.2.2009, in www.esrb.europa.eu/shared/pdf/de_larosiere_report_it.pdf.

Sotto ulteriore profilo, lo stesso processo di riforma avviato in Europa risulta coerente con la piattaforma di proposte di revisione globale della *regulation* dei mercati finanziari delineata dagli organismi internazionali di governo dell'economia sin dal vertice tenuto dal G-20, a Pittsburgh nel settembre 2009, in quanto fondata sulla necessità condivisa di rafforzare la stabilità dei mercati finanziari attraverso una serie coordinata di interventi diretti ad incrementare i requisiti di capitalizzazione degli istituti bancari, al fine di migliorare qualità e quantità del capitale detenuto dagli stessi istituti e di limitare il ricorso alla leva finanziaria, nonché di assoggettare ad una vigilanza più stringente ed a meccanismi di risoluzione delle crisi più efficaci, le istituzioni finanziarie aventi rilevanza sistemica (SIFIs)²⁶.

Come evidenziato, dunque, all'inizio della presente trattazione, l'insieme di tali spinte, ingenerate dalla crisi sistemica iniziata negli anni 2007-2008, verso una complessiva riforma della *governance* e

²⁶ Ciò, in modo tale da limitare i fenomeni di *moral hazard* e gli effetti in termini di aggravio per i contribuenti e per le finanze pubbliche, derivanti dall'applicazione del principio *too big to fail* e dai conseguenti interventi di *bail out* dei grandi gruppi bancari e finanziari coinvolti dalla crisi (interventi a loro volta in grado di incentivare l'assunzione dei rischi morali surrichiamati, nella misura in cui gli stessi finiscono per far sì che i profitti delle attività delle stesse SIFI rimangano privati, mentre le perdite conseguenti al relativo *default* vengono ad essere spalmate tra i contribuenti e quindi socializzate). Il tutto, sarebbe poi da completarsi attraverso un programma di revisione della regolamentazione strutturale dell'attività bancaria, in quanto diretta a colmare le lacune (*loopholes*) evidenziate nella regolamentazione prudenziale ante crisi, con particolare riferimento alla necessità di imporre ai gruppi comprendenti istituzioni svolgenti attività di *deposit banking* (come tali, soggetti ad un penetrante controllo in punto di sana e prudente gestione) e/o comunque costituenti conglomerati finanziari da considerarsi rilevanti dal punto di vista sistemico, una serie di limiti all'esercizio di attività di investimento in prodotti finanziari scambiati su mercati «fuori dai recinti» (*Over The Counter – OTC*), ossia non soggetti ai controlli ed alle speciali regole imposte per i mercati «organizzati» (attività di investimento in titoli strutturati, alla base della crisi dei mutui sviluppatasi negli Stati Uniti nel 2007 e successivamente estesa, con effetto sistemico, ai mercati europei).

In questo senso, peraltro, si muovono le recenti iniziative legislative volte a separare dall'attività creditizia tradizionale le attività collaterali di investimento, foriere di significativi rischi tali da pregiudicare la sopravvivenza dello stesso intermediario. La scelta di adottare una sorta di cinese wall (cfr. BREWER e NASH), separando le attività proprie degli istituti di credito è propria di molti paesi del circuito anglosassone e non solo. Il riferimento è alla c.d. Volcker Rule negli Stati Uniti e alle singole leggi nazionali del Regno Unito, Germania e Francia, che affrontano il problema delle misure strutturali. Nell'ordinamento europeo può citarsi la proposta di regolamento sulle misure strutturali delle banche presentata nel 2014 dalla Commissione sulla scia del rapporto Liikanen, governatore della Banca centrale finlandese. Cfr. hLeG, High-Level Expert Group on Reforming the Structure of the EU Banking Sector, Liikanen Report, ottobre 2012.

della *regulation* dei mercati finanziari, ha determinato in Europa quell'ampio processo di federalizzazione delle stesse funzioni di supervisione e di regolamentazione prudenziale del sistema bancario, cui si faceva cenno nelle considerazioni introduttive al presente contributo, con profondi riflessi sull'architettura della vigilanza e dei meccanismi di risoluzione delle crisi bancarie.

Evidente è, tuttavia, come tali spinte verso l'approvazione di riforme comuni, in grado di realizzare una più ampia integrazione dei mercati bancari europei, stiano ponendo una serie di questioni particolarmente complesse, concernenti, da un lato, il fondamento di legittimità e la delimitazione delle nuove attribuzioni conferite alle autorità europee in materia di vigilanza e risoluzione delle crisi bancarie e, dall'altro lato, la determinazione dei meccanismi di implementazione del nuovo riparto di competenze, con particolare riferimento al necessario coordinamento tra queste ultime²⁷.

Ne consegue il dispiegarsi di quella dialettica, anch'essa surrichiamata e tipica di ogni *federalizing process*, tra dimensione dell'unità e quella della differenziazione, in quanto derivante dalle problematiche di sovrapposizione-conflitto ingenerate dal medesimo processo di integrazione verticale delle funzioni predette, con i permanenti ambiti di competenza, oltre che di discrezionalità amministrativa, spettanti agli Stati.

Viene, in rilievo, infine, il profilo dell'idoneità delle stesse riforme introdotte a garantire la realizzazione degli obiettivi alla base dello stesso disegno di integrazione della *governance* del sistema bancario.

Sugli stessi elementi di integrazione e di differenziazione, da rinvenirsi nel processo di creazione dell'Unione bancaria europea, si soffermerà, dunque, la successiva trattazione.

3. Il processo di federalizzazione delle funzioni in materia di vigilanza prudenziale

Se si analizzano, dunque, dai punti di vista passati in rassegna nell'introduzione al presente lavoro, le principali novità introdotte in Europa in materia di vigilanza bancaria per effetto della crisi finanzia-

²⁷ Di comunitarizzazione delle funzioni di vigilanza, ha parlato, ad es., M. CLARICH, *Autorità di vigilanza sul mercato finanziario*, in *Enc. Dir.*, 2012, Annali V, p. 155.

ria iniziata nel 2007-2008, la *eadem ratio* delle stesse riforme approvate è apparsa essere quella di superare quel quadro variegato di modelli di supervisione, che rispecchiavano le distinzioni tra sistemi bancari statali e che si traducevano in altrettante differenze relative ad aspetti fondamentali, attinenti non solamente all'architettura della vigilanza, ma anche alla determinazione degli standard prudenziali cui sottoporre la gestione delle istituzioni creditizie²⁸, nonché i regimi sanzionatori previsti per la violazione delle regole predette e per la commissione di reati finanziari.

Del resto, la stessa consapevolezza dell'impatto negativo di tali differenziazioni sull'evoluzione della regolamentazione e della vigilanza sull'attività bancaria, in quanto suscettibile di ingenerare una *race to the bottom* verso l'allentamento dei vincoli e dei controlli imposti sulle stesse istituzioni creditizie (parlandosi alternativamente di *regulatory and supervisory competition in laxity*) aveva indotto, già da prima dello scoppio della crisi del 2007, all'avvio di un processo di armonizzazione minima delle regole e delle prassi di vigilanza, con lo scopo di assicurare una supervisione finanziaria maggiormente coerente ed uniforme all'interno dell'UE.

Uno sviluppo, quest'ultimo, che, iniziato con la creazione di organismi composti da rappresentanti delle istituzioni comunitarie e delle autorità di vigilanza nazionali, quali sedi di consultazione e di elaborazione di proposte relative all'approvazione di atti legislativi comunitari²⁹, aveva subito un ulteriore rafforzamento a partire dal 2001, attraverso l'applicazione del c.d. Metodo Lamfalussy ed il conseguente inserimento organico dei comitati predetti nel processo di elaborazione delle strategie comuni e delle normative europee in materia bancaria e delle misure tecniche di attuazione di queste ultime.

A fronte, dunque, dei vantaggi indotti, dal tentativo di consolidare un procedimento di elaborazione di un *corpus* armonizzato di norme e

²⁸ Con particolare riferimento alla determinazione dei relativi requisiti patrimoniali in termini di capitale di vigilanza e degli strumenti destinati ad essere computati in quest'ultimo.

²⁹ Quali il Comitato consultivo bancario (*Banking Advisory Committee*, istituito nel 1977 costituente la più importante sede in cui veniva discussano discusse a livello europeo le normative in materia bancaria) ed il Comitato per la Vigilanza Bancaria del SEBC (*Banking Supervision Committee*, istituito dal Consiglio Direttivo della BCE nel 1998 e composto da rappresentanti della BCE e delle Autorità nazionali di vigilanza), espressione della comune volontà di realizzare una più ampia cooperazione tra Eurosistema ed autorità di vigilanza su materie di interesse comune, quali la legislazione bancaria.

misure attuative in materia di vigilanza, in quanto fondato sulla partecipazione e consultazione istituzionalizzata dei rappresentanti delle istituzioni comunitarie, della autorità di vigilanza nazionali e dell'industria dei servizi finanziari, venivano parimenti in evidenza una serie di limiti dello stesso meccanismo³⁰, tra i quali, soprattutto, quello dell'indubbia macchinosità di un processo di consultazione articolato su più livelli ed involgente una molteplicità di soggetti tecnici e politici, a fronte della permanente titolarità, da parte delle Autorità nazionali, delle medesime funzioni di vigilanza prudenziale sul mercato del credito³¹.

Dopo il fallimento di quel modello di regolazione, improntato pur sempre all'armonizzazione minimale, così come evidenziato in maniera definitiva dalla cd. crisi dei debiti sovrani del 2010-2011, la necessità della costruzione di «un forte sistema europeo integrato di regolamentazione e di vigilanza»³², è apparsa pertanto come un'esigenza non più rinviabile.

Ne è conseguito l'avvio, a partire dal 2010, di un ampio processo di revisione dell'articolazione delle competenze in materia di vigilanza

³⁰ D. ALFORD, *The Lamfalussy Process and EU Bank Regulation: Another Step on the Road to Pan-European Regulation?*, in *Ann. Rev. Bank. Fin. L.* 25 (1), 2006, 389-435, W. I. ROBINSON, *Historical Materialism and Globalization*, chap. *Capitalist Globalization and the Transnationalization of the State*, 2002, pp. 210-229.

³¹ Limite cui si aggiungeva la sottolineatura dell'opacità e dei deficit di responsabilità e di democrazia, inerenti la stessa Procedura Lamfalussy, in quanto fondata, in misura prevalente, sull'apporto di Comitati tecnici ed in grado, quindi, di bypassare il controllo ancorato a parametri di responsabilità politica del Parlamento Europeo e del Consiglio (il cui ruolo veniva, infatti, come sopra evidenziato, limitato alla formulazione di principi generali).

³² V. Premessa Rapporto De Larosière, cit., pag. 3, in cui si sottolinea parimenti la necessità di un avanzamento «verso una vigilanza più forte e coordinata: macroprudenziale e microprudenziale; basata sulle strutture esistenti; ambiziosa, passo dopo passo ma con un obiettivo semplice; una vigilanza più forte e coordinata per tutti i soggetti finanziari nell'Unione europea, con standard equivalenti per tutti, in modo da preservare condizioni di concorrenza in tutto il mercato interno». Di qui, l'ulteriore raccomandazione per cui: «Dopo aver esaminato le disposizioni in vigore, in particolare la cooperazione all'interno dei comitati di livello 3, il gruppo ritiene che la struttura e il ruolo attribuiti ai comitati esistenti non siano sufficienti a garantire la stabilità finanziaria nell'UE e in tutti gli Stati membri. Pur avendo contribuito notevolmente al processo di integrazione finanziaria europea, i comitati di livello 3 presentano molte inefficienze che non possono più essere affrontate nell'ambito dell'attuale struttura giuridica (cioè nella loro veste di organi consultivi della Commissione). Per questo motivo il gruppo propone di istituire un sistema europeo di vigilanza finanziaria (*European System of Financial Supervision, ESFS*)», *ibidem* p. 50.

prudenziale, processo per i cui sviluppi si è rivelata ancora una volta determinante la dialettica tra la necessità di incrementare il coordinamento e la centralizzazione delle stesse funzioni di supervisione e la permanente volontà degli Stati di mantenere ampie prerogative sovrane in materia di ordinamento e controllo dei rispettivi mercati creditizi.

Una dialettica che ha, quindi, condotto all'adozione di soluzioni di carattere compromissorio, in quanto connotate, in un primo tempo, dal tentativo di rafforzare il coordinamento nell'esercizio delle funzioni di vigilanza da parte delle autorità nazionali ed il mutuo riconoscimento delle decisioni di queste ultime, nell'ambito di un quadro di regole armonizzato; ciò, in modo tale da attenuare l'impatto delle problematiche di frammentazione surrichiamate, indotte in particolare dalla vigilanza sulle istituzioni bancarie ad operatività transfrontaliera e, nello stesso tempo, di mantenere la centralità del livello statale nella titolarità e nell'esercizio dei medesimi compiti di supervisione.

Successivamente, sempre nell'intento di costruire un sistema di vigilanza europea integrata, che fosse in grado di rafforzare l'efficienza, efficacia, nonché l'uniformità dei medesimi controlli sul credito, si è assistito all'avvio di un percorso di revisione istituzionale diretto a realizzare una più marcata centralizzazione dell'architettura della vigilanza, realizzata attraverso la creazione di un livello europeo di esercizio delle funzioni ad essa inerenti, per effetto dell'attribuzione ad un'autorità europea (individuata nella BCE) di poteri di supervisione diretta sulle grandi istituzioni creditizie (aventi rilevanza sistemica), operanti all'interno dell'Area Euro.

Per designare un tale processo di federalizzazione di tipo centripeto, è stata, dunque, correttamente utilizzata la definizione di «fattispecie a formazione progressiva», la quale appare in effetti applicabile, oltre che al percorso verso la creazione dei tre pilastri dell'Unione bancaria all'interno dell'area Euro³³, anche al più ampio processo di costruzione di una vigilanza integrata europea, in quanto connotato da un'articolazione multilivello, complessa ed asimmetrica («a cerchi

³³ V. S. BARONCELLI, *L'Unione bancaria europea e il meccanismo di risoluzione delle crisi*, in *Quad. Cost.*, n. 2, giugno 2014, p. 447; M. C. DE BIASIO, *Le criticità dell'Unione Bancaria Europea*, p. 3 ss, in www.unibocconi.it/wps/wcm/connect/fb502e2d-0482-4016-a3af-4ddc33cf5fa6/Paper+De+Biasio.pdf?MOD=AJPERES.

concentrici») delle funzioni di regolamentazione e supervisione del mercato bancario³⁴.

Un processo, concretatosi in diversi plessi normativi, essenzialmente riconducibili, da un lato, alla legislazione comunitaria diretta a favorire l'introduzione di un quadro di regole armonizzate, applicabili all'intera Unione e concernenti i requisiti prudenziali per prevenire le crisi bancarie, nonché i meccanismi di risoluzione di queste ultime e di tutela dei depositi (regole aventi, dunque, come ambito territoriale di applicazione, il cerchio dalla superficie più ampia) e, dall'altro lato, agli altri interventi normativi, finalizzati a realizzare, all'interno dell'area più delimitata dell'Eurosistema (integrante, quindi, il cerchio di superficie meno ampia, ricompreso nel precedente) una più stretta integrazione dell'architettura della vigilanza, delle procedure di risoluzione delle crisi bancarie (mentre non è ancora stata introdotta un'assicurazione europea dei depositi).

È, dunque, proprio al primo degli *steps* sopra indicati, attraverso i quali si è sviluppata la «progressione» verso la formazione di un sistema di vigilanza europea integrata³⁵, in quanto facente leva sull'incremento dell'armonizzazione normativa e del coordinamento dell'esercizio delle competenze in materia di supervisione (senza tuttavia, rinuncia, da parte degli Stati, alla primaria competenza in materia), che è possibile ricondurre gli interventi normativi approvati tra il 2009 ed il 2010, come, innanzitutto, la Direttiva 2009/111 (facente parte del c.d. pacchetto CRD II)³⁶.

Finalità di quest'ultima era, infatti, proprio il miglioramento del coordinamento della supervisione sugli enti creditizi transfrontalieri, ottenuto attraverso l'individuazione, da parte di un supervisore primario - *lead supervisor* - costituito dall'autorità dello stato in cui la controllante il gruppo ha la propria sede, cui sono stati attribuiti i poteri di

³⁴ V. M. MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale di Banca d'Italia*, n. 73, 2013, p. 10 in www.bancaditalia.it/pubblicazioni/quaderni-giuridici/2013-0073/Quaderno-73.pdf.

³⁵ Locuzione utilizzata nel contributo di A. LAMANDINI, *Il diritto bancario dell'Unione*, in R. D'AMBROSIO (a cura di), *Scritti sull'unione bancaria*, cit., p. 23.

³⁶ Di cui facevano parte tre direttive (2009/27, 2009/83 e 2009/111), che riguardavano le seguenti materie: patrimonio di vigilanza, grandi fidi, cartolarizzazione, liquidità, collegi dei supervisori, cooperazione tra le autorità in caso di crisi, informativa al pubblico.

supervisione consolidata sulle istituzioni sottoposte a controllo operanti negli altri Stati³⁷.

Di rilievo anche maggiore, ai fini del perseguimento della medesima esigenza di incrementare l'armonizzazione delle regole e delle prassi di vigilanza prudenziale, è stata la successiva istituzione di un Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria (SEVIF), raccogliendosi sul punto apposta raccomandazione contenuta nel rapporto De Larosière per la creazione di un «sistema europeo di vigilanza e gestione delle crisi»³⁸.

Si è assistito in tale modo alla proliferazione di una serie di autorità europee di settore, incaricate di partecipare alla formazione della normativa secondaria (norme tecniche di regolamentazione o di attuazione) in materia di supervisione sui mercati, di coordinare l'applicazione delle stesse norme di vigilanza e garantire la cooperazione tra le autorità nazionali di controllo.

Trattasi dell'Autorità Bancaria Europea (*European Banking Authority* EBA) per il settore bancario, dell'Autorità Europea degli Strumenti Finanziari e dei Mercati (*European Securities and Markets Authority* – ESMA) per i mercati mobiliari e l'Autorità Europea delle Assicurazione e delle Pensioni Aziendali e Professionali (*European Insurance and Occupational Pension Authority* - EIOPA) per il mercato delle assicurazioni e dei fondi pensione³⁹.

Dello stesso SEVIF fa parte una rete tra le autorità nazionali di vigilanza finanziaria, in quanto finalizzata ad aumentare la cooperazione tra queste ultime (nonché con quelle europee).

Completava il quadro l'istituzione del *Comitato Europeo per il Rischio Sistemico* (CERS), quale autorità europea con funzioni di vigilanza macroprudenziale sulla stabilità dei mercati finanziari nel loro complesso.

In pratica, dunque, attraverso l'istituzione del SEVIF e la direttiva sulla supervisione sugli enti creditizi transfrontalieri, veniva perseguita la duplice esigenza, surrichiamata, di incrementare la cooperazione tra autorità di vigilanza, sia nella direttrice orizzontale dei rapporti tra autorità statali, che in quella verticale della creazione di un livello so-

³⁷ V. Art. 1.2(c).

³⁸ De Larosière report, pag. 46 ss.

³⁹ Rispettivamente costituite, l'EBA dal Regolamento (UE) del 24 novembre 2010, n. 1093/2010, l'ESMA dal Regolamento (UE) del 24 novembre 2010, n. 1095/2010, l'EIOPA dal Regolamento (UE) del 24 novembre 2010, n. 1094/2010.

vranaionale di coordinamento e di risoluzione di eventuali conflitti tra le stesse autorità.

Un'evidenza confermata, ad es., per il comparto bancario, dall'ampiezza delle competenze riconosciute all'EBA⁴⁰, oltre che per la costruzione di un corpo di norme e prassi comuni di regolamentazione e vigilanza di elevata qualità⁴¹, come organismo sovranazionale in grado di svolgere una funzione di coordinamento (attraverso il costante scambio di informazioni, nonché l'emanazione di orientamenti e raccomandazioni), mediazione e risoluzione dei conflitti tra autorità nazionali.

Tutti poteri in grado, dunque, di rafforzare il coordinamento internazionale nell'esercizio delle stesse azioni di vigilanza, il contenimento dei rischi di arbitraggio regolamentare surrichiamati ed una migliore tutela dei consumatori ed investitori.

Nonostante l'intervenuto superamento del vaglio di legittimità alla stregua del diritto dell'UE, della nuova configurazione dei poteri in materia di vigilanza sui mercati finanziari (su cui v. *infra*), conseguente all'istituzione del SEVIF, il limite di un tale approccio era, tuttavia, costituito dal fatto che le medesime autorità europee facenti parte di quest'ultimo, sia dal punto di vista della relativa composizione⁴², che del mandato alle stesse conferito, assumevano più che altro un ruolo di coordinamento delle autorità nazionali di settore dei singoli Stati, piuttosto che di vigilanza diretta nei confronti delle singole istituzioni finanziarie.

In altre parole, si dava vita ad un nuovo ordinamento della vigilanza europea, nel quale le Autorità nazionali di settore, agenti sempre sulla base di una legittimazione e di un mandato locale, venivano a cooperare nell'ambito di una rete, costituita dal Sistema Europeo di

⁴⁰ Su cui si v. G. CERRINA FERONI, *Verso il Meccanismo Unico di Vigilanza sulle Banche. Ruolo e prospettive dell'European Banking Authority (EBA)*, Relazione tenuta al Congresso sul tema "La Sovranità finanziaria condizionata", Università di Siena, Dipartimento di Giurisprudenza, il 9 Maggio 2014, in *Federalismi.it*, n. 17/2014; v., anche, A. PISANESCHI, *La regolazione bancaria multilivello e l'art. 47 della Costituzione*, in M. P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), op. cit., 159 ss.

⁴¹ Art. 8 Reg. (UE) del 24 novembre 2010, n. 1093/2010.

⁴² In quanto fondata su di una struttura di *governance* comune, comprensiva di un Consiglio dei supervisor (Board of Supervisors), un Comitato di gestione (Management Board), un Presidente e un direttore esecutivo, nell'ambito della quale il primo, costituente il principale organo decisionale, vede la primaria presenza con diritto di voto, oltre che dal Presidente, dei rappresentanti delle autorità nazionali di vigilanza di ciascun paese.

Vigilanza Finanziaria (SEVIF), nel quale veniva ricompreso pure il già citato Comitato Europeo per il Rischio Sistemico⁴³.

Una struttura di rete, dunque, che, mantenendo ferma la titolarità dei poteri di supervisione in capo alle *authorities* di settore degli Stati membri, si è dimostrata debole e, comunque, non in grado di intervenire tempestivamente ed efficacemente, con particolare riferimento all'esercizio della vigilanza e del risanamento di grandi gruppi bancari multinazionali coinvolti dalla crisi.

In tali fattispecie, infatti, l'assenza di un'autorità di vigilanza europea in grado di centralizzare l'esercizio delle funzioni predette, ha prodotto differenti risposte e soluzioni da parte degli Stati, in cui i gruppi interessati dalla crisi avevano il proprio ambito di operatività, evidenziandosi in tale modo irrisolti problemi di coordinamento tra le iniziative adottate dai vari Governi nazionali.

Ne è derivata l'ulteriore spinta verso la creazione di una vigilanza integrata più stretta all'interno dell'area Euro, spinta tradottasi nell'approvazione degli interventi legislativi diretti ad introdurre il Meccanismo di Vigilanza Unico (SSM) ed il Meccanismo Unico di Risoluzione delle crisi bancarie (SRM), costituenti i primi due pilastri dell'Unione bancaria, non essendosi, invece, a tutt'oggi, pervenuti all'introduzione di una garanzia europea dei depositi bancari, integrante il terzo pilastro.

Con il Regolamento (UE) n. 1024/2013, che ha attribuito alla Banca Centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi, è stato, infatti, istituito un livello sovranazionale di esercizio diretto delle stesse funzioni di vigilanza (comprehensive delle tradizionali attività di vigilanza ispettiva, informativa e sanzionatoria), attribuendosi queste ultime alla BCE, nell'ambito di un Meccanismo di Vigilanza Unico che include al suo interno anche le Autorità nazionali⁴⁴.

⁴³ Nella misura in cui la logica perseguita, di creazione di una rete tra autorità di vigilanza che rafforzasse la cooperazione tra supervisori e l'adozione di decisioni comuni, dovesse riguardare necessariamente sia la vigilanza macroprudenziale che quella microprudenziale (attesa la stretta correlazione tra i 2 ambiti di esplicazione dell'attività di supervisione).

⁴⁴ Per un'approfondita analisi del Meccanismo di Vigilanza Unico, si v. S. ANTONIAZZI, *L'Unione bancaria europea: i nuovi compiti della BCE di vigilanza prudenziale degli enti creditizi e il meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie* (Parte Prima), in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2/2014, p. 359 ss.; M. MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale di Banca d'Italia*, n.

Vengono, in tale modo, attribuiti alla Banca Centrale Europea i poteri di supervisione diretta sulle istituzioni bancarie integranti parametri di significatività previsti dalla stessa normativa (art. 6 c. 4 Reg. 1024/2013, che fa riferimento alle dimensioni, all'importanza per l'economia dell'Unione o di qualsiasi Stato membro partecipante, alla significatività delle attività transfrontaliere del gruppo), le ulteriori competenze esclusive previste dall'art. 4 della stessa normativa (aventi ad oggetto poteri nevralgici quali quelli di rilascio e revoca dell'autorizzazione per l'esercizio dell'attività creditizia, nonché di valutazione delle operazioni di acquisizione e cessione di partecipazioni qualificate in enti creditizi), nonché, infine, poteri di vigilanza indiretta sulle banche non significative, la cui supervisione resta demandata alle Autorità nazionali di controllo, sotto la sorveglianza generale della BCE, con possibilità per quest'ultima di decidere in qualsiasi momento di avocare a sé i poteri di vigilanza sulle stesse banche *less significant*.

Sul piano dell'architettura della vigilanza, la conseguenza è stata, dunque, quella della creazione di un *network* composto dalla BCE e dalle autorità nazionali degli Stati membri partecipanti al SSM, i quali cooperano nell'ambito di un sistema «a due livelli» (*two tiers system*), in quanto fondato sulla divisione e nello stesso tempo il raccordo di competenze tra istituzioni coinvolte nell'esercizio degli stessi compiti di vigilanza, utilizzando moduli di distribuzione verticale dei poteri improntati alla coamministrazione ed all'integrazione procedimentale.

In tale modo, è stato realizzato un deciso passo verso la federalizzazione del medesimo modello di vigilanza prudenziale sulle banche, le cui principali finalità sono ancora una volta quelle di salvaguardare la sicurezza e la solidità del sistema bancario europeo, di accrescere l'integrazione e la stabilità finanziaria e di assicurare una vigilanza coerente.

73, 2013; M. MACCHIA, *L'architettura europea dell'unione bancaria tra tecnica e politica*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, n. 6/2015, p. 1579 ss.; S. ANTONIAZZI, *Il Meccanismo di vigilanza prudenziale. Quadro d'insieme*, in M. P. CHITI, L. SANTORO (a cura di), op. cit., p. 175 ss.; E. WYMEERSCH, *The Single Supervisory Mechanism – Institutional Aspects*, in D. BUSCH, G. FERRARINI (ed.), *European Banking Union*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 93 ss., A. PISANESCHI, *Banca centrale europea, vigilanza bancaria e sovranità degli Stati*, in *Federalismi* n. 17/2014, del 17/9/2014.

Un tale processo di rafforzamento di una vigilanza europea integrata è andato, poi, di pari passo con quello dell'introduzione di una disciplina unica e di armonizzazione delle normative prudenziali degli Stati membri, cui sottoporre banche ed imprese investimento, costituita dal c.d. pacchetto CRD-IV (componente nel suo insieme il *single rulebook* applicabile all'intera UE).

Dello stesso fanno parte il Regolamento sui requisiti patrimoniali (Regolamento UE n. 575/2013 CRR)⁴⁵ contenente requisiti prudenziali in materia di fondi propri, liquidità e rischio di credito per le imprese di investimento e gli enti creditizi («banche») e Direttiva sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento («direttiva sui requisiti patrimoniali» - Direttiva 2013/36/UE - CRD)⁴⁶.

In conclusione, dunque, sempre l'introduzione del SSM (unitamente al SRM, su cui si v. *infra*), nel segnare un deciso passo verso l'integrazione dei mercati creditizi europei, dal punto di vista della centralizzazione del sistema dei controlli, implica, evidentemente, una serie di sostanziali novità, valutabili sia dal punto di vista delle analogie/differenziazioni rispetto ai diversi approcci alla vigilanza in essere nei vari Stati prima della riforma, che da quello della conformità del modello introdotto nell'Eurozona con gli standard elaborati dagli organismi internazionali, con particolare riferimento ai Principi fondamentali per un'efficace vigilanza bancaria (Principi fondamentali) predisposti dal BCBS⁴⁷.

Dal primo punto di vista, infatti, è indubbio che il panorama europeo dei sistemi di vigilanza sul credito si presentasse variegato al suo interno, in quanto oscillante tra quelli fondati sul coinvolgimento delle Banche centrali nell'esercizio degli stessi poteri di supervisione (come ad es. in Stati quali l'Italia, la Spagna, la Grecia) e quelli cd. integrati, per essere questi ultimi fondati sull'attribuzione ad un "supervisore universale" delle funzioni di vigilanza intersettoriale su tutta l'industria dei servizi finanziari, funzioni comprensive non solamente della vigilanza prudenziale, ma pure di quella sulle pratiche di *business* e la tutela dei consumatori (modello recepito, seppure con alcune

⁴⁵ Regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013.

⁴⁶ Direttiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013.

⁴⁷ In www.bis.org/publ/bcbs230_it.pdf.

differenzazioni, in Austria, Finlandia, Germania e Gran Bretagna, prima della recente modifica intervenuta nel 2013⁴⁸).

In tale ultimo caso, è evidente che il ruolo spettante alle banche centrali resti quello tradizionale di guardiano della stabilità dei prezzi, attraverso l'esercizio delle funzioni di politica monetaria⁴⁹.

A fronte, dunque, della varietà del quadro comparativo dei modelli di vigilanza statali sui mercati bancari, è indubbio che la crisi del 2008 abbia impresso una svolta al dibattito sviluppatosi in ordine ai vantaggi e svantaggi dei modelli predetti, nel senso di favorire la tendenza surrichiamata verso un rafforzamento del ruolo delle Banche centrali nell'esercizio della vigilanza sul credito.

Da un lato, infatti, vengono in rilievo i tradizionali argomenti utilizzati in favore dell'integrazione delle funzioni di vigilanza in un unico supervisore universale, in quanto facenti leva sulla conformazione oramai integrata dell'industria dei servizi finanziari e le conseguenti economie di scala e di scopo, nonché la chiara imputazione delle responsabilità ottenibili attraverso la concentrazione delle funzioni predette in un supervisore unico. Dall'altro lato, determinanti per giustificare la tendenza sopra richiamata ed incrementata dalla crisi del 2008, verso il coinvolgimento delle Banche centrali nell'esercizio dei poteri di supervisione sui mercati creditizi⁵⁰, si sono rivelate le sinergie informative derivanti dal contemporaneo esercizio delle funzioni di poli-

⁴⁸ Nel Regno Unito, infatti, a seguito delle debolezze del sistema evidenziate dal caso Northern Rock, con l'approvazione del Financial Services Act del 2012, sono stati restituiti alla Banca d'Inghilterra compiti di supervisione sul sistema bancario, in precedenza attribuiti alla *Financial Service Authority* (FSA). Ciò, sia dal punto di vista della regolazione macro-prudenziale (attraverso l'istituzione di un *Financial Policy Committee* – FPC), che della supervisione micro-prudenziale, attraverso l'attribuzione dei relativi poteri su banche, assicurazioni e maggiori intermediari finanziari ad una *Prudential Regulatory Authority* (PRA), costituita come sussidiaria della Banca d'Inghilterra, restando unicamente la fissazione e la supervisione dell'applicazione delle regole di business degli intermediari finanziari devolute ad altra Autorità, separata dalla Banca centrale, costituita dalla *Financial Conduct Authority* (FCA).

⁴⁹ Modello definito, altrimenti, come “*pure central bank*” o “*narrow central bank*”, v. D. MASCIANDARO, *Monetary policy and banking supervision: still at arm's length? A comparative analysis*, in *Eur. J. Comp. Ec.*, vol. 9, n. 3, 2012, p. 351.

⁵⁰ V. D. MASCIANDARO, *Back to the Future? Central Banks as Prudential Supervisors in the Aftermath of the Crisis*, in *Eur. Comp. Fin. L. Rev.* vol. 9, n. 2, 2012, p. 112.

tica monetaria e di controllo sul sistema dei pagamenti⁵¹ e di quelle di regolazione e vigilanza prudenziale sullo stesso sistema bancario.

Attività, queste ultime, in grado di trarre obiettivi vantaggi, in termini di efficienza ed efficacia dell'azione degli stessi supervisori e dei regolatori, a seguito della disponibilità di una serie di informazioni relative al funzionamento del sistema economico, alla stabilità complessiva del sistema finanziario, nonché all'efficienza ed all'integrazione dei mercati.

A fronte, dunque, delle linee di tendenza surrichiamate, riscontrabili peraltro, anche al di fuori dell'Unione Europea (come ad es. negli Stati Uniti, in Giappone), la modalità prescelta, in presenza di una pluralità di opzioni contrapponibili, per realizzare un tale accentramento di funzioni in materia di vigilanza bancaria all'interno dell'Eurozona, è stata quella del trasferimento alla Banca Centrale Europea degli stessi compiti di supervisione, nell'ambito, tuttavia, di una divisione verticale di questi ultimi, che mantenesse fermo un ruolo determinante delle autorità statali⁵².

Tale soluzione ha trovato il proprio fondamento di legittimità sul piano del diritto comunitario nel richiamo dell'art. 127 (6) TFUE, il quale prevede espressamente la possibilità di un conferimento alla BCE, da operarsi a mezzo di regolamenti adottati secondo una procedura legislativa rafforzata⁵³, di «compiti specifici in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle

⁵¹ Inteso come l'insieme degli strumenti, delle procedure, dei circuiti di regolamento e delle norme volti a realizzare il passaggio della moneta da un operatore all'altro.

⁵² Di particolare interesse appare anche il modello di vigilanza sui mercati finanziari sviluppato nell'ordinamento federale canadese, nel quale l'attenta supervisione sugli stessi intermediari creditizi e la buona patrimonializzazione di questi ultimi, ha fatto sì che il sistema abbia resistito efficacemente alla crisi finanziaria del 2007-2008, senza situazioni di dissesto e/o pericolo di fallimento delle proprie banche (anche per la limitata esposizione di queste ultime sul mercato dei mutui statunitensi) e conseguente necessità di interventi di *bail out* delle stesse istituzioni. L'architettura della vigilanza bancaria canadese integra, infatti, un modello ibrido, fondato sulla sinergica integrazione tra un livello federale, nel quale la responsabilità è condivisa tra il Ministero delle Finanze e le altre autorità federali di regolamentazione finanziaria, tra cui la Banca del Canada (BOC), l'*Office of the Superintendent of Financial Institutions (OSFI)* e il *Canada Deposit Insurance Corporation (CDIC)* ed un livello decentrato di esercizio delle stesse funzioni, laddove ai Governi provinciali spetta la vigilanza prudenziale sulle cooperative creditizie, su di una serie di intermediari non bancari (come fondi d'investimento e società di consulenza finanziaria), nonché sulle compagnie assicurative incorporate nelle province.

⁵³ Che prevede a sua volta la delibera all'unanimità del Consiglio previa consultazione del Parlamento europeo e della Banca centrale europea.

altre istituzioni finanziarie», ad esclusione delle imprese di assicurazione.

La conseguente possibilità di radicare il suddetto trasferimento di funzioni in materia di vigilanza prudenziale alla BCE sui Trattati vigenti, senza necessità di procedere ad una modifica di questi ultimi, unitamente alle surrichiamate ragioni di efficienza e di efficacia della stessa azione di controllo, esercitabile dall'istituzione bancaria centrale, sono risultati, dunque, determinanti per superare le altre opzioni proposte, quali quella dell'istituzione, previa, appunto, revisione dei Trattati, di un'autorità *ad hoc*⁵⁴, oppure quella di un ampliamento delle funzioni spettanti all'Autorità Bancaria Europea (EBA)⁵⁵.

Sotto ulteriore profilo, la stessa attribuzione alla BCE di compiti in materia di vigilanza ha determinato la necessità di introdurre meccanismi diretti ad affrontare i potenziali conflitti di interesse ingenerati dalla stessa concentrazione in capo alle Banche centrali dei compiti di politica monetaria e di vigilanza⁵⁶, attraverso la separazione strutturale e funzionale, da realizzarsi all'interno delle medesime istituzioni, delle modalità di esercizio dei compiti predetti.

Anche di tale esigenza si fa, dunque, puntualmente carico il regolamento n. 1024/2013, nella misura in cui lo stesso prevede la separazione (sancita dall'art. 25) tra competenze della BCE in materia di politica monetaria e di vigilanza, attraverso la creazione di un Consiglio di vigilanza (art. 26), composto di un presidente e un vicepresidente e quattro rappresentanti della BCE ed un rappresentante dell'autorità nazionale competente di ciascuno Stato membro partecipante, quale organo interno incaricato della pianificazione e dell'esecuzione dei

⁵⁴ Ipotesi patrocinata soprattutto da Stati quali la Germania ed il Regno Unito, per i quali, ai fini della comunitarizzazione delle stesse funzioni di vigilanza, sarebbe stata comunque necessaria una modifica dei Trattati.

⁵⁵ Ipotesi a sua volta suscettibile di ingenerare difficoltà attuative, sia per le permanenti questioni interpretative aventi ad oggetto a compatibilità con i Trattati delle funzioni attribuite all'EBA, che per il diverso ambito territoriale di applicazione del MVU (in quanto limitato all'Eurozona) e di quelle attribuite all'EBA.

⁵⁶ Ciò, nella misura in cui è stato da più parti sottolineato come, l'esercizio contestuale delle due funzioni sarebbe suscettibile di determinare una politica monetaria eccessivamente debole, in quanto finalizzata ad evitare effetti avversi sulla redditività e sulla solvibilità delle istituzioni creditizie. Sul punto si v. C. A. E. GOODHART, *The Organizational Structure of Banking Supervision*, *FSI Occasional Paper*, No. 1, November, p. 10-25; per una serie di rilievi critici in ordine alla fondatezza delle obiezioni predette, si v. anche Banca Centrale Europea, *Il ruolo delle banche centrali nella vigilanza prudenziale*, p. 6, in www.bancaditalia.it.

compiti di supervisione attribuiti alla BCE, e l'ulteriore separazione organizzativa del personale utilizzato per i compiti predetti.

Sotto ulteriore profilo cui si faceva cenno in precedenza, lo stesso processo di revisione dell'architettura della vigilanza prudenziale sul sistema bancario in atto in Europa pone la questione della conformità del medesimo sistema agli standard internazionali in materia di supervisione bancaria («*Core Principles for Effective Banking Supervision*»), rivisti nel 2012 dal Comitato di Basilea.

Questi ultimi, infatti, pur a fronte della sostanziale neutralità in ordine alla scelta dei modelli istituzionali da applicare per una revisione dell'architettura della stessa vigilanza, prevedono che quest'ultima debba essere, comunque, tale da conformarsi ad una serie di canoni riguardanti, rispettivamente, da un lato (Principi da 1 a 13), i poteri, le responsabilità e le funzioni delle autorità di vigilanza, mentre, dall'altro lato (Principi da 14 a 29), la regolamentazione e ai requisiti prudenziali destinati alle banche.

Se si considerano, dunque, i lineamenti organizzativi del SSM, si rinviene in essi lo sforzo del legislatore comunitario di introdurre principi in linea con quelli enunciati dal Comitato di Basilea⁵⁷, attinenti sia la struttura organizzativa delle stesse attività di supervisione, che gli standard qualitativi finalizzati ad assicurare l'efficienza ed efficacia di queste ultime.

Dal primo punto di vista (principi di organizzazione), vengono in rilievo i principi del conferimento alla BCE di «compiti specifici» in materia di vigilanza «su tutti gli enti creditizi autorizzati negli Stati membri e le succursali ivi stabilite»⁵⁸ (operandosi in tale modo una centralizzazione dei medesimi compiti); di integrità e decentramento (per essere la stessa attività di vigilanza fondata su procedure decentrate, in quanto fondate sull'apporto delle autorità nazionali, cui spettano i compiti di vigilanza non attribuiti alla BCE)⁵⁹; di omogeneità nell'ambito del MVU (laddove i principi e le procedure di vigilanza vengono applicati agli enti creditizi di tutti gli Stati membri partecipanti in maniera adeguatamente armonizzata per garantire la coerenza delle azioni di vigilanza, al fine di evitare disparità di trattamento e

⁵⁷ Esposti anche nella Guida alla vigilanza bancaria elaborata nel settembre 2014 dalla BCE, reperibile in www.bankingsupervision.europa.eu.

⁵⁸ Reg. 1024/2013 considerando n. (15), (16).

⁵⁹ *Ibidem*, considerando n. (28).

frammentazione); di coerenza e conformità con il mercato unico, nonché di proporzionalità (per cui la regolamentazione e le prassi di vigilanza dell'MVU sono commisurate all'importanza sistemica e al profilo di rischio degli enti creditizi sottoposti a vigilanza).

Sul piano, invece, dei principi attinenti la qualità della vigilanza esercitata nell'ambito del MVU, assumono rilievo quelli di indipendenza, trasparenza e responsabilità dei supervisori⁶⁰, dell'approccio alla stessa attività di vigilanza fondato sull'analisi del rischio (laddove, coerentemente con il surrichiamato principio di proporzionalità, l'intensità della vigilanza viene a dipendere anche dal livello di rischio per la stabilità finanziaria indotto dall'eventuale fallimento di una determinata istituzione), della previsione di livelli adeguati di vigilanza per tutti gli enti creditizi, nonché di misure correttive efficaci e tempestive.

Una linea di continuità che conferma, dunque, ancora una volta, il carattere policentrico del processo di elaborazione delle regolamentazione della vigilanza bancaria, in quanto frutto dell'apporto di standard internazionali elaborati da organismi tecnici, destinati ad assumere la valenza di *soft law* nei confronti del legislatore comunitario, chiamato ad operare in sede di *hard law*, interventi di uniformazione della *regulation* statale di settore, improntati agli stessi principi.

4. La parallela integrazione degli strumenti di risoluzione delle crisi bancarie

Se, dunque, il processo di federalizzazione delle funzioni in materia di vigilanza prudenziale, sebbene nell'ambito di un'articolazione pluralistica e decentrata dei moduli di ripartizione e coordinamento delle relative competenze tra istituzione centrale (BCE) e livello statale (ANC), costituisce la principale caratteristica del primo pilastro dell'Unione bancaria, nondimeno un parallela tendenza all'accentramento è ravvisabile in relazione al secondo pilastro di quest'ultima, costituito dalla creazione di un Meccanismo Unico di Risoluzione delle crisi bancarie (*Single Resolution Mechanism*)⁶¹.

⁶⁰ Considerando (55).

⁶¹ S. ANTONIAZZI, *op. cit.*, p. 731.

Anche in questo caso, l'evoluzione verso l'istituzione di un comune strumentario istituzionale di gestione delle crisi bancarie, nonché l'approvazione di un *corpus* di regole armonizzato, in grado di disciplinare le stesse procedure di risoluzione, costituiscono la conseguenza della consapevolezza, indotta sempre dalla crisi finanziaria iniziata nel 2007-2008, dell'inadeguatezza dei tradizionali meccanismi statali di gestione delle crisi bancarie⁶², soprattutto a fronte della surrinchiamata evoluzione verso l'integrazione dell'industria dei servizi finanziari e la concentrazione di quest'ultima in grandi conglomerati, svolgenti contemporaneamente attività bancaria, assicurativa e di intermediazione sui mercati mobiliari e con operatività *crossborder*⁶³.

Di qui, la frammentazione e l'assenza di coordinamento tra i piani di salvataggio adottati dai governi nazionali, con massiccio ricorso ad aiuti di Stato⁶⁴ ed il manifestarsi di ulteriori effetti cui si accennava all'inizio della presente trattazione, quali, da un lato, il *vicious circle*, determinato dal collegamento tra crisi del settore bancario e del debito sovrano degli Stati maggiormente esposti per effetto dei salvataggi, nonché, dall'altro lato, il coinvolgimento del settore privato nei programmi di ristrutturazione e svalutazione dei debiti sovrani, come quello greco (*Private Sector Involvement* - PSI)⁶⁵.

Del resto, l'impegno per l'adozione di efficaci strumenti di risoluzione delle crisi bancarie, che potessero ovviare alle distorsioni del mercato, con effetti sulla complessiva stabilità finanziaria, indotte dal

⁶² A. ENRIA, *Unione bancaria e mercato unico nell'UE*, Luigi Einaudi Lecture, Università di Torino, intervento del Presidente dell'Autorità Bancaria Europea, 16 ottobre 2014, p. 7.

⁶³ S. DEL GATTO, *Il Single Resolution Mechanism. Quadro d'insieme*, in *L'Unione bancaria europea*, M. P. CHITI E V. SANTORO, (a cura di), op. cit., p. 272.

⁶⁴ Ne è conseguita la conferma di due assunti quali, da un lato, la tesi, sostenuta dall'economista Mervyn King, già Governatore della Banca d'Inghilterra, secondo cui le banche europee sarebbero state «*Internationals in life but Nationals in death*» e, dall'altra parte, dell'ulteriore dato inequivocabile per cui un'errata valutazione dei rischi inerenti il settore e l'attività bancaria può compromettere la stabilità finanziaria degli Stati membri e dell'Unione. Sul punto merita un richiamo R. D. GUYNN, *Are Bailouts Inevitable?*, 29 *Yale J. Reg.*, 2012, p. 121, p. 137-40.

⁶⁵ Il fatto, dunque, che lo stato di salute delle banche risultasse pericolosamente connesso alle condizioni dello Stato di stabilimento ed operatività delle stesse istituzioni creditizie, implicava che parametri fondamentali per valutare la solidità di queste ultime, divenissero il rischio di credito del paese che offriva loro la propria rete di sicurezza, nonché la qualità dei titoli del debito sovrano, che le banche avevano nei loro portafogli. Si veda in proposito S. MICOSSI, *Dalla crisi del debito sovrano all'Unione bancaria*, in *L'Unione bancaria europea*, M. P. CHITI E V. SANTORO (a cura di), Pacini Editore, Pisa, 2016, p. 40 e ss.

default di grandi istituzioni qualificabili come SIFIs (*Systemically important financial institutions*) era stato assunto già nel 2011 dagli Stati facenti parte del G-20 ed, a tale fine, il Financial Stability Board aveva approvato un documento, già citato, dal titolo, «Key attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions» (in sintesi *Key attributes*)⁶⁶, contenente la fissazione di una serie di standard internazionali per la riforma degli stessi modelli di risoluzione⁶⁷.

Una piattaforma di principi, in forza dei quali ciascun ordinamento dovrebbe dotarsi di un'autorità amministrativa di risoluzione, destinata necessariamente ad interagire con un sistema di garanzia dei depositi, autorità che dovrebbe essere dotata di adeguate risorse ed ampi poteri legislativamente stabiliti, di gestione delle crisi delle stesse istituzioni bancarie aventi rilevanza sistemica, inclusi necessariamente gli strumenti di *bail in*, in quanto diretti ad assicurare che le perdite del gruppo siano poste, nel rispetto della *par condicio creditorum* e della gerarchia delle pretese creditorie, in primo luogo, a carico degli *shareholders* e delle classi di creditori non garantiti⁶⁸.

Con riferimento, poi, alle istituzioni bancarie ad operatività transfrontaliera, dovrebbe essere incrementato il coordinamento tra gli stessi interventi di risoluzione, anche attraverso l'esercizio dei relativi poteri nei confronti delle succursali di gruppi stranieri e la capacità di utilizzare gli stessi poteri in funzione di supporto di piani di risoluzione elaborati da autorità degli stati di origine del gruppo. Il tutto, oltre la previsione della possibilità di stipulare accordi vincolanti tra autorità di Stati diversi.

Rispetto, dunque, a questa griglia di standard internazionali per l'introduzione di adeguati meccanismi di risoluzione delle crisi delle istituzioni creditizie, sia in Europa che negli altri Paesi facenti parte del FSB, è stato avviato un processo di implementazione degli stessi principi, attraverso ampi interventi di riforma della *regulation* di setto-

⁶⁶ FSB (October 2011), *Key attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, in www.fsb.org/wp-content/uploads/r_111104cc.pdf.

⁶⁷ D. VATTERMOLI, *Il bail-in*, in *L'Unione bancaria europea*, M. P. CHITI E V. SANTORO (a cura di), *op. cit.*, p. 519 e ss.

⁶⁸ E. HUPKES, *Special Bank Resolution and shareholders' rights: balancing competing interests*, in *J. Fin. Reg. Compliance*, Vol. 17, No. 3, Emerald, Bingley, 2009, p. 277 e ss.

re (rispetto alla cui attuazione il FSB mantiene una costante supervisione⁶⁹).

Di qui, lo scopo della successiva istituzione, all'interno dell'UE, del SRM, in quanto connotato dall'intento di «federalizzare» le norme ed accentrare, almeno in parte, le procedure di risoluzione degli istituti creditizi, in modo tale da rendere, quanto più possibile, armonizzata, unitaria e coerente la gestione delle crisi bancarie in Europa e, contestualmente, di minimizzare i costi per i contribuenti e per l'economia reale delle stesse procedure, perseguendosi, in ultima analisi, il fine generale della stabilità del sistema finanziario⁷⁰.

Dopo una prima fase di confronto intergovernativo, nell'ambito della quale l'originario progetto elaborato nel settembre 2012 dalla Commissione Europea per l'istituzione di un nuovo Meccanismo di risoluzione delle crisi bancarie⁷¹ aveva determinato lo sviluppo di un dibattito concentrato in particolare circa i meccanismi di finanziamento del Fondo unico di risoluzione e di *governance* del Meccanismo, l'architettura finale della disciplina di quest'ultimo è stata affidata al regolamento UE/2014/806 (*Single Resolution Mechanism Regulation*, SRMR), con cui è stato introdotto il Meccanismo di risoluzione unico delle banche in dissesto e delle società di intermediazione mobiliare (SIM), che prestano servizi, implicanti l'assunzione di rischi in proprio.

Conformemente, dunque, ai *Key attributes* dettati dal FSB, la nuova disciplina individua un'autorità europea con compiti di elaborazione e valutazione dei piani di risoluzione, destinata ad operare nell'ambito di un quadro armonizzato di strumenti di risanamento e

⁶⁹ Si v., da ultimo, *Second Thematic Review on Resolution Regimes, Peer Review Report*, 18 March 2016, in www.fsb.org/wp-content/uploads/r_111104cc.pdf.

⁷⁰ Così, l'art. 14 del regolamento SRM indica precipuamente i seguenti obiettivi del Meccanismo unico di risoluzione delle crisi: a) garantire la continuità delle funzioni essenziali; b) evitare effetti negativi significativi sulla stabilità finanziaria, anche per prevenire il contagio, e mantenere la disciplina di mercato; c) salvaguardare i fondi pubblici riducendo al minimo il ricorso al sostegno finanziario pubblico straordinario; d) tutelare i depositanti coperti dalla direttiva 2014/49/UE e gli investitori coperti dalla direttiva 97/9/CE, che riguarda i sistemi di indennizzo. Sul punto v. S. ANTONIAZZI, *op. cit.*, p. 720 e 721 e V. FERRARO, *Il rapporto con le banche centrali nazionali*, in *L'Unione bancaria Europea*, M. P. CHITI E V. SANTORO, (a cura di) *op. cit.*, p. 335 e ss.

⁷¹ La *Road Map* per la costruzione del secondo pilastro dell'Unione Bancaria era stata tracciata dalla Commissione nel settembre 2012, nella *Comunicazione relativa all'Unione Bancaria e alla proposta di regolamento sulla vigilanza prudenziale della BCE*, sul punto S. ANTONIAZZI, *op. cit.*, p. 718 e ss.

risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento, introdotto grazie all'approvazione della di poco precedente direttiva 2014/59/UE del 15 maggio 2014 (*Banking Recovery and Resolution Directive*, BRRD)⁷².

Anche in questo caso, tuttavia, fermi restando gli obiettivi di carattere generale alla base della BRRD, quali quelli di rafforzare la fiducia nel sistema bancario, di impedire in caso di crisi la corsa agli sportelli ed il contagio alle altre istituzioni creditizie, di ridurre al minimo la relazione negativa, quasi patologica, tra banche ed emittenti sovrani, nonché di eliminare la frammentazione del mercato interno dei servizi finanziari⁷³, si riproduce quell'asimmetria dell'ambito d'applicazione delle stesse normative comunitarie suindicate, asimmetria riconducibile sempre alla figura dei due cerchi concentrici, già illustrata in relazione al SSM.

Da un lato, infatti, la BRRD, che si trova a circoscrivere il cerchio più esterno del sistema normativo europeo in materia di risanamento e risoluzione delle banche, è applicabile a tutti gli Stati membri dell'Unione e mira ad un'armonizzazione minimale⁷⁴, ma comunque dettagliata, dei regimi applicabili alle crisi bancarie, la cui attuazione è rimessa, sul piano del diritto interno, alla competenza di ciascuna Autorità nazionale di risoluzione.

Vengono in tale modo disciplinati, da un lato, i presupposti comuni per l'attivazione del procedimento di risoluzione⁷⁵ e, dall'altro lato,

⁷² Sul rapporto tra Regolamento SRM e Direttiva 2014/59/UE si vedano le considerazioni svolte in A. GARDELLA, *Bail-in and the financing of resolution within the SRM framework*, in BUSCH, FERRARINI, *op. cit.*, p. 373, e in italiano in *Banca, Borsa, Titoli di credito*, 2015, I, pag. 587.

⁷³ F. DI LERNIA, *Le crisi bancarie alla luce del single resolution mechanism: la rivoluzione del bail-in*, *Rivista trimestrale di diritto dell'economia, Rassegna di dottrina e giurisprudenza, supplemento*, n. 1/2016, p. 25. Cfr. www.consilium.europa.eu.

⁷⁴ Di armonizzazione minimale parla F. CAPRIGLIONE, *Luci ed ombre nel salvataggio di quattro banche in crisi. Scritto per il Convegno "Salvataggio bancario e tutela del risparmio"*, in *Riv. Dir. Banc.*, 2/2016, p. 9.

⁷⁵ I tre presupposti per l'attivazione del procedimento di risoluzione sono fissati dalla BRRD (ex art. 32) e ribaditi nel regolamento SRM all'art. 18, par. 1. In primo luogo, l'ente deve essere in stato di dissesto conclamato o a rischio *default*, deve pertanto ricorrere una delle situazioni definite nel dettaglio dagli artt. 18, par. 4 SRMR e 32, par. 4 BRRD. Secondariamente, non possono ragionevolmente prospettarsi soluzioni alternative, nella forma degli interventi del settore privato o delle azioni di vigilanza. Infine, l'azione di risoluzione deve essere necessaria nell'interesse pubblico. Una volta accertata la sussistenza dei detti presupposti, anche alla luce delle segnalazioni e valutazioni delle altre autorità coinvolte, su tutte la BCE, verrà innescato il SRM.

una molteplicità di strumenti e procedure di gestione delle crisi, finalizzati ad attuare il principio secondo cui i costi per il superamento di queste ultime non dovrebbero più gravare sui contribuenti, ma essere sopportati, in primo luogo, dagli azionisti e dai creditori non garantiti e, in secondo luogo, dal sistema bancario⁷⁶.

Di qui, la serie di strumenti disciplinati dalla Direttiva, in quanto ricomprendenti la vendita dell'attività d'impresa della banca, nella sua totalità o in parte, ad altra banca (*sale of business*)⁷⁷, la costituzione di un ente-ponte (*bridge-bank*)⁷⁸, la separazione delle attività, con trasfe-

⁷⁶ Nello specifico, l'art. 34 della direttiva BRRD contiene i fondamentali principi, conformi ai *Key attributes* sopra citati, per cui gli azionisti dell'ente soggetto a risoluzione dovranno sopportare per primi le perdite; che i creditori supporteranno le perdite dopo gli azionisti, secondo l'ordine di priorità delle loro pretese con procedura ordinaria di insolvenza; che i depositi protetti saranno interamente salvaguardati; che, salvo che sia diversamente stabilito, i creditori di una stessa classe dovranno ricevere cere pari trattamento; che nessun creditore dovrà sostenere perdite più ingenti di quelle che avrebbe sostenuto se l'ente fosse stato liquidato con procedura ordinaria di insolvenza, sul presupposto che la risoluzione deve comunque configurarsi come meno costosa rispetto alla liquidazione; che l'organo di amministrazione e l'alta dirigenza vengano di regola sostituiti, pur mantenendo doveri di collaborazione, imprescindibili per conseguire gli obiettivi della risoluzione; che, infine, le persone fisiche e giuridiche, siano tenute a rispondere delle loro responsabilità per il dissesto dell'ente, sottostando alle norme di diritto civile o penale dello Stato membro.

⁷⁷ Tale strumento può realizzarsi attraverso due modalità. La prima coincide con la c.d. vendita delle attività e passività, la seconda consiste nella vendita diretta delle azioni e altri titoli di proprietà che appartengono ai soci e agli altri titolari del diritto di proprietà. In merito si rimanda a M. COSSA, *L'ente-ponte nella direttiva 2014/59 BRRD*, in M. P. CHITI E V. SANTORO (a cura di), op. cit., p. 502 ss. e M. RISPOLI FARINA E L. SCIPIONE, *La vendita e la separazione delle attività*, in M. P. CHITI E V. SANTORO, (a cura di), op. cit., p. 556 ss.

⁷⁸ Disciplinato dall'art. 40, l'ente-ponte è un'istituzione temporanea, interamente o parzialmente di proprietà pubblica, predisposta per amministrare le azioni e gli "altri titoli di proprietà" di una banca in crisi. In questo caso, le Autorità di risoluzione devono preliminarmente individuare tutte le azioni, i titoli di proprietà, le attività sane e, infine, le funzioni essenziali della banca in risoluzione. Queste verranno prima convogliate nella nuova banca-ponte e poi cedute alla stessa. Infine, la banca-ponte sarà venduta ad un altro istituto bancario, mentre le attività deteriorate saranno successivamente liquidate tramite ordinaria procedura d'insolvenza. Essendo uno strumento temporaneo, l'ente-ponte cessa automaticamente di esistere a seguito della fusione con un altro istituto, con la vendita totale dei componenti positivi, ma anche per l'eventuale liquidazione concorsuale. L'ente-ponte, quale strumento di risoluzione, era già noto alla legislazione statunitense, giacché il *Dodd-Frank Act* statunitense, nel section 310 prevede la possibilità di istituire un *bridge financial company*, ma trovava anche riconoscimento in Europa prima dell'avvento dell'Unione Bancaria, in particolare nella legislazione inglese del 2009. Negli Stati Uniti la FDIC può creare una banca ponte al verificarsi di un fallimento bancario, qualora non ci sia tempo sufficiente per cedere l'impresa sul mercato o per adottare altre misure. Nel Re-

rimento di quelle deteriorate ad un veicolo di gestione (*bad-bank*)⁷⁹, che ne ripulirà lo stato patrimoniale ed, infine, il *bail in*, che, a differenza del *bail-out*, consente il salvataggio del sistema bancario o di una banca, in primo luogo, con risorse interne alla banca stessa⁸⁰.

gno Unito il *Banking Act 2009, part 3*, ha introdotto una nuova procedura di gestione aziendale di un potenziale istituto di credito in dissesto, la *Bank Administration*, diretta a sottoporre ad amministrazione (giudiziaria) la banca in crisi. La *Bank Administration* si inserisce nel più ampio *Special Resolution Regime*, ossia del sistema di disposizioni dirette ad impedire il fallimento di una banca. Parte dell'istituto in crisi viene trasferito alla banca ponte in modo che la *residual bank*, ossia la banca privata di parte della sua originaria azienda, continui a fornire i servizi o a garantire le infrastrutture che si rendano necessarie per consentire al soggetto subentrante di avviare efficientemente la propria attività. Nel 2010 tale strumento è stato introdotto anche in Germania con il *Gesetz zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute Restrukturierungsfondsgesetz - RStruktFG*. RStruktFG, nel 2011 è stato introdotto in Irlanda grazie alla previsione di cui al part 4, del *Central Bank and Credit Institutions (Resolution) Act 2011 n. 27*, e infine in Portogallo nel 2012 (articolo 145°-G, decreto-lei n° 31-A/2012 del 10 febbraio 2012). Per approfondire si veda M. Cossa, op. cit., p. 499 e ss.

⁷⁹ A livello internazionale il ricorso alla costituzione di una *bad bank* non è infrequente: all'inizio degli anni Novanta in Svezia fu creata una delle prime *bad bank* al mondo, la *Sericum*, altrettanto in Gran Bretagna la compagnia assicurativa *Lloyd's* creò *Equitas*. Anche in Germania si è fatto ricorso alla *bad bank*, basti pensare al già citato caso della *Commerzbank*. Al di là di ciò, la *bad bank* rimane un istituto controverso, eppure dall'inizio della crisi finanziaria esplosa nel 2008, il ricorso a tale strumento è stato sempre più frequente e l'esperienza europea è costellata di storie di successi e fallimenti. L'esperienza più recente, si richiamino alla mente i casi di MKB in Ungheria e Banca Marche, Banca Etruria, Carife e Carichiati in Italia, e ancora SAREB in Spagna e NAMA in Irlanda, dimostra come questo strumento sia tanto duttile da consentire la costituzione di *bad bank* per gestire i prestiti deteriorati di una singola banca o di un numero limitato di banche o addirittura creare *bad bank* di sistema. Cfr. M. RISPOLI FARINA E L. SCIPIONE, op. cit., p. 560 e ss.

⁸⁰ Quest'ultimo attribuisce all'Autorità di risoluzione (che può essere il SRB o la NRA dello Stato ove si trova l'ente creditizio) il potere di ricapitalizzare l'istituto di credito in difficoltà attraverso il coinvolgimento dei privati. Il *bail-in* consente all'Autorità di risoluzione l'esercizio dei poteri di svalutazione e di conversione delle passività di un ente in risoluzione. V. D. ROSSANO, *Nuove strategie per la gestione delle crisi bancarie: il bail-in e la sua concreta applicazione*, reperibile in www.federalismi.it, n. 1/2016, 13 gennaio 2016, p. 3 e 4.

Complessivamente, quindi, gli strumenti di risoluzione previsti dalla direttiva BRRD possono essere raggruppati in due grandi categorie: *gone concern* e *going concern solutions*. Al primo gruppo appartengono la vendita dell'attività d'impresa, la creazione dell'ente ponte e la separazione delle attività, che hanno il compito di salvare le componenti di business rimaste sane e liquidare le componenti deteriorate. Nel secondo rientra, invece, il *debt write down tool*, detto *bail-in*, che si prefigge l'obiettivo di ripristinare la normale funzionalità e stabilità finanziaria della banca, per scongiurarne l'insolvenza. Chiaro è, quindi, che l'ordinario sistema per procedure viene oggi sostituito da un meccanismo per strumenti, innestati in un'unica procedura.

Dal canto suo, il regolamento UE n. 806/2014, in linea con la sopra richiamata tendenza alla centralizzazione delle funzioni in materia di vigilanza e regolamentazione del sistema bancario dei paesi dell'area Euro, introduce un sistema multilivello di ripartizione delle funzioni in materia di gestione delle crisi bancarie, basato sulla cooperazione tra autorità di risoluzione nazionali ed europee, tra le quali sono ripartite le competenze, con un coordinamento accentrato a livello di UE⁸¹.

Nello stesso tempo, l'intento perseguito attraverso l'introduzione del SRM è quello di allineare l'ambito d'esplicazione delle responsabilità in materia di vigilanza a quelle di gestione delle crisi.

Da tale ultimo punto di vista, infatti, vi è coincidenza tra ambito d'applicazione del SSM e del SRM, in quanto il regolamento istitutivo di quest'ultimo è applicabile sempre ai soli Stati aderenti alla moneta unica, già soggetti al Meccanismo di Vigilanza Unico, nonché a quelli che decidano di instaurare una «cooperazione stretta», ai sensi dell'art. 7 del regolamento n. 1024/2013⁸².

Il sistema costruito dal regolamento UE n. 806/2014 si compone, quindi, di due elementi fondamentali: un'autorità europea di risoluzione, il Comitato unico di risoluzione (*Single Resolution Board*, SRB), che assieme alle Autorità nazionali di risoluzione (NRA) è incaricato della gestione delle crisi, ed il Fondo di risoluzione unico (*Single Resolution Fund*, SRF), destinato ad essere alimentato, dopo una prima fase in cui verranno resi disponibili finanziamenti ponte, dai contributi degli intermediari del settore bancario dei paesi dell'area euro con conseguente svincolo da finanziamenti pubblici mutuati su base nazionale.

Al tentativo, perseguito attraverso l'istituzione del Fondo unico di risoluzione, di recidere il legame tra crisi bancarie ed interventi di *bail out* a carico dei contribuenti degli Stati, si accompagna, dunque, l'accentramento delle funzioni in materia di risanamento e risoluzione delle crisi bancarie, indotto dall'istituzione di un livello europeo di esercizio diretto dei medesimi poteri di avvio, valutazione e decisione degli strumenti di risoluzione previsti dalla BRRD.

⁸¹ O. CAPOLINO, *Banking Recovery and Resolution: riparto delle funzioni, compiti e responsabilità*, Regole e Mercato in Atti del Convegno conclusivo del progetto PRIN 2010-11, Siena, dal 7 al 9 aprile 2016, p. 12 e M. C. DE BIASIO, *op. cit.*, pp. 3 e ss.

⁸² Cfr. S. DEL GATTO, *op. cit.*, pg. 270 e 271, K. SIMEONOV, *Challenges for the establishment of the Single Resolution Mechanism*, *Online Journal Modelling the New Europe*, n. 7/2013.

Di qui, la creazione del Comitato Unico di Risoluzione, costituente un'Agenzia dell'Unione Europea, dotata di autonoma personalità giuridica con funzione di adozione delle decisioni di risoluzione relative alle banche considerate significative, ai fini della sottoposizione a vigilanza da parte della BCE nell'ambito del SSM, a quelle non significative la cui vigilanza sia stata comunque avocata dalla stessa BCE, nonché alle banche ad operatività *crossborder*⁸³.

La gestione delle crisi delle banche non rientranti tra quelle sottoposte ai poteri di risoluzione del Comitato, è rimessa, invece, alla competenza della Autorità nazionali di risoluzione, le quali operano, tuttavia, sotto il controllo e le direttive dello stesso organo centrale⁸⁴.

Anche in tale caso, dunque, l'introduzione di un'autorità unica europea per la gestione delle crisi bancarie, avente ambito di competenza coincidente con quello della BCE nell'ambito del SSM, ma, comunque, distinta dall'autorità bancaria centrale, risulta finalizzata, da un lato, ad evitare i potenziali conflitti di interesse conseguenti all'attribuzione ad un'unica autorità dei compiti di vigilanza e di risoluzione e, dall'altro lato, a garantire, anche grazie al concerto tra istituzioni nell'avvio delle procedure di risoluzione (v. *infra*), la sinergia e strumentalità tra l'attività di vigilanza preventiva esercitata dalla Banca Centrale sui grandi gruppi bancari operanti nell'area Euro e la

⁸³ La *governance* del SRB rispecchia la tensione tra spinte europeiste ed interessi nazionali. L'aspetto essenziale è la presenza di due diverse composizioni del Comitato, che può riunirsi in sessione plenaria o in sessione esecutiva (artt. 49 e ss, SRMR). Questa diversa composizione mira a coniugare le esigenze di accentramento del processo decisionale nelle mani di un soggetto terzo, *super partes* rispetto agli interessi nazionali, con quella della cooperazione con le Autorità nazionali di risoluzione. Il SRB in sessione plenaria è composto da cinque membri, il Presidente del Comitato e altri quattro membri di nomina europea che svolgono il loro mandato a tempo pieno, cui si aggiungono i rappresentanti delle Autorità nazionali di risoluzione (NRA), uno per ciascuno stato membro dell'Unione bancaria. Tutti questi hanno diritto di voto in qualità di membri permanenti. La composizione del Comitato in sessione plenaria viene integrata da un rappresentante della Commissione e uno della Banca Centrale, in qualità di osservatori permanenti, ma senza diritto di voto. Analogamente il Board in sessione esecutiva conta membri con diritto di voto e semplici osservatori. Nello specifico, hanno diritto di voto il Presidente del Comitato esecutivo, i quattro membri permanenti di nomina europea e i rappresentanti delle NRA degli Stati membri, che partecipano solo alle deliberazioni riguardanti banche in dissesto, le succursali o filiazioni, stanziate sul loro territorio. A questi si aggiungono gli osservatori, cioè un rappresentante della BCE e uno della Commissione europea, oltre agli osservatori invitati *ad hoc*.

⁸⁴ V. FERRARO, *op. cit.*, p. 342 ss.

gestione delle fasi successive, di eventuale risanamento e risoluzione delle crisi involgenti gli stessi istituti⁸⁵.

Sotto ulteriore profilo, il rafforzamento dell'omogeneità degli stessi interventi di risoluzione, conseguente all'attribuzione ad un'autorità europea di rilevanti poteri decisorii e di coordinamenti in ordine agli stessi piani di risoluzione, assume valenza strumentale alla più efficace gestione delle crisi di gruppi bancari ad operatività transfrontaliera.

Ne deriva, infatti, la limitazione degli effetti negativi indotti dalle già richiamate differenze tra i precedenti interventi da parte delle autorità statali, in quanto suscettibili di pregiudicare la stabilità finanziaria delle aree coinvolte, nonché di determinare differenti trattamenti per le categorie di *stakeholders*.

Anche in tale caso è possibile, poi, svolgere alcune valutazioni di carattere comparativo in ordine ai lineamenti essenziali del nuovo assetto delle competenze e degli strumenti prescelti per la risoluzione delle crisi bancarie, laddove, come evidenziato all'inizio del presente paragrafo, è in atto un processo di revisione delle normative di settore che sia conforme agli standard internazionali prescritti dal FSB (integranti evidentemente prescrizioni di *soft law* destinate ad essere recepite dai singoli ordinamenti nazionali)⁸⁶.

Il sistema prescelto dall'UE, se pur chiaramente ispirato a sistemi federali integrati, come ad esempio quello adottato negli Stati Uniti, evidenzia, infatti, alcune fondamentali diversità, suscettibili di incidere sul funzionamento dello stesso meccanismo, come si vedrà anche meglio nei paragrafi successivi.

Al di là della comunanza di fini delle procedure di risoluzione, in quanto costituiti dalla necessità di gestire rapidamente la fase di risoluzione, in modo tale da consentire la conservazione delle attività dell'istituzione suscettibili di incidere sulla stabilità del sistema finanziario (come ad es. quelle di pagamento) e di minimizzare l'impatto

⁸⁵ Rapporto di strumentalità evidenziato anche nei Principi Fondamentali per un'efficace vigilanza bancaria elaborati dal BCBS nei quali si evidenzia come: «Benché non sia compito dell'autorità di vigilanza prevenire i fallimenti bancari, la vigilanza prudenziale è intesa a ridurre sia la probabilità sia le ripercussioni di tali fallimenti. È inevitabile che le banche incorrano periodicamente in difficoltà; al fine di ridurre al minimo il loro impatto sia per le banche stesse sia per i settori bancario e finanziario nel loro insieme, occorrono sistemi e misure efficaci di preparazione, gestione e ordinata risoluzione delle crisi», p. 11.

⁸⁶ V. O. CAPOLINO, *Il Testo unico bancario e il diritto dell'Unione Europea*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, n. 75, marzo 2014, p. 19.

per i contribuenti delle procedure di risoluzione, esistono, in realtà, alcune fondamentali differenze tra le medesime procedure, attinenti sia la scelta ed ambito di applicazione degli strumenti di risoluzione, che l'articolazione delle relative funzioni.

Se da un lato, in effetti, la scelta del legislatore comunitario si connota per la massima estensione applicativa degli strumenti di risoluzione, in quanto utilizzabili per tutte le istituzioni creditizie svolgenti attività di banca commerciale, indipendentemente dalla relativa dimensione (integrandosi in tale modo un corpo speciale di norme applicabile alla gestione delle crisi bancarie, rispetto alla disciplina di carattere generale delle procedure concorsuali), in altri ordinamenti, come ad es. gli Stati Uniti d'America, la nuova procedura di risoluzione prevista dal Dodd Frank Act⁸⁷ è applicabile solamente alle istituzioni finanziarie il cui *default* possa determinare rischi per la stabilità del sistema finanziario (*ergo* le SIFI, altrimenti definite come *Large Interconnected Financial Institutions*), restando, invece, l'insolvenza delle altre banche assoggettata alla disciplina ordinaria prevista dal *Bankruptcy Code* (scelta, quella di limitare l'applicabilità dei piani di risoluzione alle Domestic o Globally Systemic Important Banks, operata, peraltro anche in altri paesi come Svizzera ed Australia).

Sotto altro profilo, ulteriori differenze sussistono per quanto riguarda sia i presupposti per l'avvio delle procedure di risoluzione, che la scelta degli strumenti a disposizione delle stesse autorità di risoluzione, laddove mentre la BRRD prevede che siano utilizzabili tutti gli strumenti individuati dai Key attributes (così come avviene, ad esempio, anche in Svizzera), ivi compreso il *bail in* (attualmente impiegato, in aggiunta agli ordinamenti summenzionati, solamente negli Stati Uniti), in altri Stati (come tra gli altri Australia, Canada, Singapore, Giappone) alcuni degli stessi strumenti di gestione delle crisi non sono disponibili.

Infine, altrettanto variegata è l'architettura degli stessi modelli di risoluzione, laddove alla scelta del legislatore europeo di adottare un'articolazione, comunque decentrata del SRM (in quanto fondata sulla necessaria cooperazione, rispetto alle fasi di decisione e di implementazione, tra SRB e NRA), fa riscontro la diversa opzione di altri ordinamenti per un più marcato accentramento delle stesse procedure in un'Autorità di risoluzione (come avviene, ancora una volta, tra

⁸⁷ Sec. 204 Dodd Frank Act - Pub. L. 111-240, 27 settembre 2010.

gli altri, negli Stati Uniti, in cui la decisione e l'implementazione dei piani di risoluzione viene rimessa primariamente alla *Federal Insurance Deposit Corporation* per le banche coperte dall'assicurazione federale dei depositi).

5. Il pluralismo amministrativo come elemento caratterizzante l'articolazione del SSM

Il quadro sopra delineato dei principali interventi del legislatore comunitario in materia di regolamentazione e vigilanza bancaria, nonché di risoluzione delle crisi delle stesse istituzioni creditizie, oltre che evidenziare la comune tendenza verso il rafforzamento della centralizzazione e del coordinamento delle stesse funzioni, pone la fondamentale questione della determinazione delle modalità concrete di ripartizione dei medesimi poteri tra livelli istituzionali coinvolti.

Una questione, quella della divisione delle competenze, accentuata dalla «geometria variabile» della stessa architettura europea del sistema dei controlli sul settore bancario e delle relative procedure di risoluzione⁸⁸, nella misura in cui il sistema predetto, superando l'originaria attribuzione, in conformità al principio dell'*home country control*, alle autorità nazionali delle stesse funzioni, si fonda attualmente sulla divisione e sovrapposizione, sia in senso orizzontale che verticale di queste ultime, oltre che sull'asimmetria dei relativi ambiti territoriali di applicazione.

È altresì indubbio che la medesima questione dell'allocazione dei poteri e dell'articolazione dei rapporti tra autorità, sia in grado di influire su quella della più generale valutazione delle caratteristiche e della funzionalità degli stessi pilastri dell'Unione bancaria in corso di realizzazione all'interno dell'Eurozona, dal punto di vista della compatibilità di quest'ultima con gli obiettivi, alla base dello stesso processo di riforma, di reincrementare l'integrazione tra i mercati bancari europei, a fronte della riemersione delle tendenze protezionistiche cui si accennava sempre nell'introduzione alla presente trattazione.

⁸⁸ V. M. MANCINI, *La Banking Union: il riparto delle funzioni di regolazione e di vigilanza*, intervento tenuto al Convegno conclusivo del progetto PRIN 2010-11 su *Regole e mercato*, Siena, 7-9 aprile 2016, reperibile in www.regolazionedeimercati.it, p. 13.

Il tutto, in linea con l'ampio consenso formatosi a seguito della crisi dei debiti sovrani su di una serie di direttrici comuni degli stessi processi di riforma⁸⁹, in quanto costituite dal surrichiamato coinvolgimento delle banche centrali nell'esercizio delle funzioni in materia di vigilanza prudenziale (in considerazione del ruolo assunto e delle conseguenti informazioni acquisite da queste ultime in materia di politiche macro prudenziali e di stabilità dei mercati), dalla consapevolezza che una vigilanza prudenziale efficace ed in grado di prevenire rischi sistemici deve avere ad oggetto non solamente le istituzioni bancarie (e, all'interno di queste ultime, non solo quelle di grande dimensione), infine, dalla necessità di introdurre sistemi di risoluzione delle crisi bancarie e di garanzia dei depositi, che siano in grado di limitarne gli effetti per i risparmiatori e parallelamente di contenere i rischi derivanti dal *default* di istituzioni rilevanti dal punto di vista sistemico.

Se si considera, dunque, utilizzando i parametri di valutazione sopra richiamati, il nuovo modello di *governance* dell'Unione bancaria, emerge immediatamente il dato caratterizzante della complessità del sistema, determinata sia dall'articolazione multilivello delle competenze ad essa inerenti, che dalla molteplicità di moduli di riparto delle stesse competenze tra livelli istituzionali coinvolti nel relativo esercizio.

Un primo elemento di complessità è, infatti, costituito dalla stessa separazione tra vigilanza prudenziale, in quanto devoluta alla BCE ed alle ANC nell'ambito del MVU, e competenza regolamentare, spettante, invece, prioritariamente al raccordo tra la Commissione e l'EBA.

Si introducono, in tale modo, elementi di atipicità rispetto alla tradizionale configurazione del ruolo e delle funzioni delle autorità amministrative indipendenti statali di settore (essendo queste ultime di solito attributarie di poteri di normazione secondaria e di controllo sui mercati di rispettiva competenza, come nel caso del ruolo di regolazione e supervisione tradizionalmente assunto dalla Banca d'Italia rispetto all'ordinamento del credito in Italia)⁹⁰, nonché sulla divisione

⁸⁹ Su cui si v. E. FERRAN, *European Banking Union, Imperfect, But It Can Work*, in D. BUSCH, G. FERRARINI (ed.), *European Banking Union*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 61. Obiettivi peraltro condivisi nei considerando (13), (16).

⁹⁰ Sui poteri regolamentari spettanti alle autorità amministrative indipendenti, v. M. MANETTI, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, in AA.VV., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Jovene, Napoli, 2009, Vol. I, p. 191; M. A. RUSSO, *Le autorità amministrative indipendenti e, in particolare, i loro poteri regolamentari*, su *Diritto & formazione*, 2002, p.

verticale tra livello centrale e statale di esercizio delle funzioni di supervisione.

Tale separazione è confermata dal Reg. 1024/2013, laddove quest'ultimo prevede, in linea generale, che la BCE svolga le proprie funzioni facendo salvi le competenze e i compiti dell'ABE (oltre che delle altre autorità facenti parte del SEVIF) (art. 3 c. 3) e, nello specifico, che la stessa BCE sia soggetta alle norme tecniche di regolamentazione e di attuazione vincolanti elaborate dall'ABE ed adottate dalla Commissione a norma degli articoli da 10 a 15 del regolamento (UE) n. 1093/2010 (art. 6 c. 3)⁹¹.

Di qui, il carattere subordinato della potestà regolamentare riconosciuta alla BCE dalla norma da ultimo citata, in quanto avente ad oggetto l'adozione di regolamenti, qualora ciò sia necessario per organizzare o precisare le modalità di assolvimento dei compiti attribuite dallo stesso regolamento.

Si profila, in tale modo, una gerarchia di fonti normative in materia di regolamentazione prudenziale, che vede al vertice la normazione di rango primario contenuta nella legislazione comunitaria (con particolare riferimento al c.d. pacchetto CRD IV) ed in subordine il quadro

1783. La scelta più diffusa in Europa è stata quella di affidare il ruolo di Autorità nazionale di vigilanza alle stesse Banche nazionali, peraltro, in alcuni ordinamenti la funzione di vigilanza è esercitata da autorità diverse, come nel caso del Regno Unito, dove fino al Financial Service Act 2012 vi era un unico regolatore il *Financial Services Authority* con la funzione di vigilare su banche, società di assicurazioni ed altri settori. La riforma del 2012 ha introdotto tre diverse autorità settoriali: *Financial Policy Committee della Bank of England* per la regolazione prudenziale; *Financial Conduct Authority* per la protezione dei consumatori e la regolazione del mercato; *Prudential Regulation Authority* responsabile per la regolazione prudenziale delle società. L'obiettivo della riforma era quello di migliorare l'effettività della vigilanza sulla stabilità finanziaria, invece di un'unica istituzione che adotta tutte le decisioni per i diversi settori, in questa stessa ottica ha operato la *Financial Services Banking Reform Act* del 2013, introducendo strumenti di controllo più incisivi sulla dirigenza nelle banche. Diverso è, invece, il sistema tedesco in cui, già prima del MVU, la vigilanza si presenta divisa tra *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* e la *Bundesbank*; la prima autorità ha il compito di rilasciare l'autorizzazione bancaria per le istituti creditizi, mentre la seconda è titolare della vigilanza in senso stretto. In proposito si rimanda a S. ANTONIAZZI, *op. cit.*, pp. 177 e ss.

⁹¹ Sul tema v. G. CERRINA FERONI, *Verso il Meccanismo Unico di Vigilanza sulle Banche...*, cit., p. 15 ss.; S. DEL GATTO, *Il problema dei rapporti tra la Banca Centrale Europea e l'Autorità Bancaria Europea*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, n. 4/2015, p. 1221 ss.; S. ANTONIAZZI, *L'Unione bancaria europea*, cit., p. 391; A. GARDELLA, *L'EBA e i rapporti con la BCE e con le altre autorità di supervisione e di regolamentazione*, in M. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *op. cit.*, p. 132 ss.

normativo secondario nel quale rientrano, sempre in ordine gerarchico, da un lato, le norme tecniche di regolamentazione ed attuazione elaborate dall'EBA e, dall'altro lato, i regolamenti approvati dalla BCE e dalle ANC, nei rispettivi ambiti di competenza.

Nonostante, poi, l'ulteriore tentativo del legislatore comunitario di operare una primaria delimitazione, sempre sulla base dell'applicazione del principio di attribuzione, delle funzioni di controllo sul credito, rispettivamente spettanti alla BCE ed alle ANC nell'ambito del MVU, nonché di quelle di risoluzione delle crisi bancarie assegnate al SRB ed alle NRA nell'ambito del SRM, nondimeno la stessa divisione verticale dei poteri tra livello centrale e decentrato avviene sulla base di una molteplicità di moduli e principi, suscettibili di articolare in senso pluralistico la strutturazione dei rapporti amministrativi tra autorità coinvolte.

Un tale "pluralismo amministrativo"⁹² deriva dal fatto che la declinazione dei poteri sopra indicati non si fonda su di un'interpretazione di tipo duale e separata dello stesso principio di attribuzione, così come avviene, invece, in altri contesti ordinamentali di tipo federale come gli Stati Uniti d'America, nei quali l'esistenza di un doppio sistema bancario, federale e locale, dà vita a separati circuiti di regolamentazione e supervisione delle banche operanti rispettivamente in base ad autorizzazione (*charter*) federale o statale.

Al contrario, in Europa, l'architettura del primo pilastro dell'Unione bancaria si connota, piuttosto, per l'utilizzazione di moduli di coamministrazione, in quanto fondati sulla costante cooperazione tra livello centrale e decentrato di esercizio dei compiti di vigilanza, operando, di volta in volta, le autorità competenti in posizione

⁹² V. M. AVBELY, *Constitutional and Administrative Pluralism in the EU System of Banking Supervision*, in *German L. J.*, Vol. 17, No. 05 (2016), p. 779 e ss. Di «sistema composito» ha parlato S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in AA.VV., *Dal testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione dei poteri*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, n. 75, marzo 2014, p. 19. L'autore evidenzia l'applicabilità al campo bancario in Europa delle figure composite sperimentate all'interno degli Stati, in quanto contraddistinte dai seguenti caratteri: «concorso di amministrazioni separate, ma contitolari di funzioni o di parti di funzioni, che vengono conferite ad un'amministrazione comune, alla quale esse contribuiscono anche organizzativamente; integrazione in forma associativa, non ordinabile in forma gerarchica, nè in funzione del centro o della periferia, ma in funzione del servizio o funzione da svolgere; prevalenza del profilo funzionale su quello soggettivo, che passa in secondo piano, in quanto i soggetti fanno parte dell'organizzazione comune, non viceversa (per cui le amministrazioni composte sono adespote)», *ibidem*.

di equilibrio interistituzionale (dovuto alla titolarità di poteri concorrenti), di direzione, di coordinamento, di ausiliarità.

Si oscilla, in altre parole, tra il modello del federalismo amministrativo, in quanto fondato sull'applicazione del principio di attribuzione e sulla conseguente articolazione in linea verticale dei rapporti tra autorità centrali e locali e l'utilizzazione di moduli di coamministrazione e di rete tra istituzioni, nell'ambito dei quali vale il principio del concorso paritario tra autorità separate in posizione di equordinazione.

Altrettanto variabili sono il ruolo ed i poteri attribuiti alla BCE nell'ambito del MVU, configurandosi in prima approssimazione una tripartizione di modalità di implementazione dello stesso sistema di vigilanza integrata⁹³, in quanto facente leva, in primo luogo, sull'esercizio diretto di poteri da parte della stessa Banca Centrale nei confronti delle istituzioni creditizie considerate significative; in secondo luogo, sull'emanazione di raccomandazioni, istruzioni indirizzate alle Autorità nazionali competenti (in modo che siano queste ultime ad applicare gli indirizzi e linee guida in materia di vigilanza della stessa istituzione centrale); infine, sull'applicazione da parte della stessa BCE del diritto nazionale attuativo del diritto dell'Unione (come ad es. nel caso della legislazione nazionale attuativa di direttive comunitarie).

Lungo tali direttrici, sia orizzontali che verticali, si dipanano, pertanto, i rapporti interistituzionali all'interno del sistema europeo di vigilanza integrata, laddove, se si considera, primariamente, l'istituzione del SEVIF e la conseguente attribuzione all'EBA del potere di concorrere, con la Commissione, all'elaborazione di norme tecniche di regolamentazione e di attuazione, dalla stessa distribuzione dei poteri di vigilanza regolamentare emerge la necessità di declinare in linea orizzontale, secondo una logica di equilibrio interistituzionale, i poteri tra organismi coinvolti nello stesso processo di produzione normativa.

Per altro verso, la creazione, all'interno dell'Eurosistema, del primo pilastro dell'Unione bancaria, consistente in un sistema di supervisione unico composto dal *network* tra la BCE e le Autorità di vigilanza nazionali, implica la parallela, duplice necessità di regolare, in linea verticale, ambiti di competenza e rapporti tra livello centrale e livello decentrato di esercizio degli stessi compiti, nonché i confini tra i pote-

⁹³ A. WITTE, *The application of national banking supervision law by the ECB: three parallel modes of executing EU law?*, in *Maastricht J. Eur. Comp.*, L. 21, 1, 2014, p. 89-109.

ri attribuiti al MVU nell'area Euro e quelli spettanti al SEVIF nell'intera Unione Europea.

Di tali esigenze si fanno, pertanto, chiaramente carico le stesse disposizioni istitutive del MVU, la cui implementazione da parte delle autorità coinvolte mira a realizzare, da un lato, una maggiore armonizzazione della regolamentazione prudenziale e delle prassi di vigilanza [attraverso la cooperazione delle autorità operanti nell'ambito dello stesso MVU con gli altri organi di normazione quali l'EBA, il Parlamento europeo, l'Eurogruppo, la Commissione europea e il Comitato europeo per il rischio sistemico (CERS), nell'ambito dei rispettivi mandati] e, dall'altro lato, a rafforzare la sorveglianza sul sistema bancario, sulla base della ripartizione di responsabilità tra la BCE e le ANC.

Se si considera, infatti, lo stesso assetto dei rapporti tra BCE ed Autorità nazionali delineato dal Regolamento istitutivo del MVU, emerge come il principio di attribuzione presieda sia al conferimento alla BCE delle competenze esclusive di cui all'art. 4 lett. a) e c) del Regolamento 1024/2013, con particolare riferimento a quelle di concessione e revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria e della valutazione di acquisizioni e di cessioni di partecipazioni qualificate in enti creditizi, che di quelle di vigilanza nei confronti degli enti da considerarsi significativi, sulla base dell'applicazione dei parametri di cui all'art. 6 par. 4 della normativa sopra richiamata⁹⁴. Altrettanto è da dirsi, poi, per la «clausola dei poteri residui» di cui all'art. 6 par. 6, che devolve alle autorità nazionali i compiti e le pertinenti decisioni di vigilanza relativi agli enti creditizi non integranti i requisiti di significatività previsti dal par. 4.

L'utilizzazione del principio di attribuzione ai fini della disciplina dei rapporti tra livelli istituzionali coinvolti nell'esercizio delle funzioni di supervisione sulle banche non implica, tuttavia, che lo stesso principio venga declinato attraverso moduli di netta separazione funzionale, prevedendosi, piuttosto, il ricorso costante a strumenti di coo-

⁹⁴ Parametri facenti leva sulle dimensioni del gruppo, sull'importanza per l'economia dell'Unione o di qualsiasi Stato membro partecipante, nonché sul grado di internazionalizzazione delle relative attività. Gli stessi si pongono pertanto pienamente in linea con quelli indicati dal BCBS per l'individuazione delle Banche da considerarsi rilevanti dal punto di vista sistemico. Id, *Banche di rilevanza sistemica globale: metodologia di valutazione aggiornata e requisito addizionale di assorbimento delle perdite*, Luglio 2013, p. 5, www.bis.org/publ/bcbs255_it.pdf.

perazione ed integrazione procedimentale tra gli stessi livelli centrale e statale.

Se si volge, infatti, di nuovo l'attenzione alle competenze esclusive spettanti alla BCE ai sensi dell'art. 4 del Regolamento 1023/2013, dall'analisi delle stesse risulta che il potere di rilasciare l'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia riconosciuto alla BCE costituisce, comunque, l'esito di un sub-procedimento di natura decentrata, in quanto svolgentesi innanzi alle Autorità nazionali⁹⁵.

Ai sensi dell'art. 14 del Regolamento, queste ultime sono, infatti, chiamate a ricevere le domande provenienti dalle istituzioni richiedenti l'autorizzazione all'accesso all'attività creditizia nello Stato di rispettiva competenza ed a notificare alla BCE un progetto di decisione con cui viene proposto il rilascio dell'autorizzazione, conseguente all'accertamento della sussistenza dei relativi presupposti previsti dal pertinente diritto nazionale (autorizzazione che si intende rilasciata dalla BCE in difetto di obiezioni da parte di quest'ultima, da sollevarsi entro 10 giorni dalla notifica).

Ne consegue che, pur a fronte di una competenza esclusiva della BCE nel rilascio dell'autorizzazione, il procedimento di formazione della stessa decisione adottata dall'istituzione centrale vede la rilevante partecipazione delle ANC, le quali, oltre a svolgere un ruolo servente ed istruttorio nei confronti della BCE, conservano margini di discrezionalità per quanto riguarda, sia l'accertamento dell'esistenza delle condizioni di autorizzazione previsti dal diritto nazionale (nella misura in cui gli Stati membri possono stabilire condizioni supplementari rispetto a quelle, integranti il *minimum* standard, previste dalla Direttiva 2006/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2006, relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio⁹⁶), sia la conduzione del sub-procedimento di verifica

⁹⁵ Sempre un procedimento composto, in quanto fondato sulla compartecipazione della BCE e delle Autorità nazionali di vigilanza è previsto dall'art. 15 del Reg. 1024/2013, anche per le decisioni in materia di acquisizione e di cessione di partecipazioni qualificate in enti creditizi.

⁹⁶ Le condizioni essenziali di autorizzazione relative all'attività degli enti creditizi e del suo esercizio previste dalla Direttiva sono:

- 1) l'esistenza di fondi propri distinti;
- 2) l'esistenza di un capitale iniziale di almeno 5 milioni di euro;
- 3) l'esistenza di almeno due persone che determinino effettivamente
- 4) l'orientamento dell'attività dell'ente creditizio (con l'esperienza e l'onorabilità necessarie per svolgere questo compito);

dei presupposti suddetti (spettando evidentemente alla BCE l'accertamento finale del rispetto della normativa comunitaria).

Sotto altro profilo, anche l'ulteriore divisione delle competenze tra BCE ed Autorità nazionali di vigilanza nella supervisione, rispettivamente degli Enti creditizi da considerarsi significativi o non significativi ai sensi dell'art. 6 del Reg. 1024/2013, postula la necessaria, leale cooperazione tra livello istituzionale centrale e quello decentrato, comunque, entrambi coinvolti nell'esercizio dei compiti predetti⁹⁷.

Da una parte, infatti, per la vigilanza diretta sugli enti da considerarsi significativi, viene espressamente previsto che la BCE sia costantemente «assistita» dalle autorità nazionali (art. 6 c. 3) nella preparazione ed attuazione degli atti inerenti l'esercizio delle funzioni conferite alla stessa istituzione centrale, con conseguente obbligatorio scambio di informazioni tra quest'ultima e le autorità statali (c. 2).

Dall'altra parte, alla designazione delle medesime ANC come supervisori primari degli enti creditizi da considerarsi *non significant*, fa riscontro l'attribuzione alla BCE di un potere di vigilanza indiretta sulle stesse istituzioni.

Un potere, quest'ultimo, espressione del ruolo di sorveglianza generale attribuito alla BCE, quale responsabile del funzionamento efficace e coerente del MVU e della supervisione volta a garantire la massima qualità delle attività di vigilanza condotte dalle ANC, nonché la coerenza dei requisiti di vigilanza di tutti gli enti creditizi contemplati dal MVU.

Espressione di tale ruolo sono i poteri riconosciuti alla BCE dal comma 5 dell'art. 6, tra i quali assumono rilievo quelli di emanazione di regolamenti, orientamenti o istruzioni generali rivolti alle autorità nazionali competenti (lett. a), di assumere in ogni momento la vigilanza diretta di un qualsiasi istituto al fine di assicurare l'applicazione

5) la comunicazione alle autorità competenti dell'identità degli azionisti o dei soci, diretti o indiretti, persone fisiche o giuridiche, che vi detengono una partecipazione qualificata, nonché dell'ammontare di questa partecipazione.

⁹⁷ Dovere di cooperazione in buona fede, previsto in linea generale dall'art. 3 del Reg. 1024/2013 e più volte ribadito nella normativa in relazione all'esercizio dei singoli poteri (v. ad es., art. 6 e per quanto riguarda i poteri di vigilanza e di indagine, l'art. 9 c. 2). Sulla distribuzione delle attribuzioni tra BCE ed autorità nazionali, v. il contributo di L. TORCHIA, *L'Unione bancaria europea: un approccio continentale?*, in *Giorn. Dir. Amm.*, I, 2015, p. 4 e ss.

coerente di standard di vigilanza elevati (lett. b), di richiesta di informazioni alle stesse ANC (lett. e).

Da ciò consegue un complesso sistema di relazioni fondate sull'integrazione amministrativa costante tra istituzioni coinvolte nell'esercizio dei compiti di vigilanza, integrazione che presuppone, oltre che la sinergia informativa sopra richiamata, il ricorso a strumenti e metodologie operative comuni, come quella dell'istituzione di gruppi tecnici di lavoro (*network*), che vedono la compartecipazione di personale delle autorità nazionali e della BCE.

Un'applicazione costante del principio della cooperazione e dell'integrazione procedimentale tra BCE ed ANC, che assume, dunque, valenza funzionale al superamento delle difficoltà indotte dal fatto di non avere proceduto ad una maggiore semplificazione del sistema, attraverso l'individuazione di un supervisore unico europeo del sistema bancario, con conseguente introduzione di un complesso sistema multilivello di esercizio delle stesse funzioni di vigilanza.

6. L'articolazione maggiormente decentrata del SRM in confronto al SSM

Una tale complessità nell'allocazione dei poteri amministrativi all'interno dell'Unione bancaria, è del resto pienamente rinvenibile anche nell'ambito dell'organizzazione del SRM, laddove, come sopra evidenziato, all'istituzione di un'autorità europea (SRB) titolare dei poteri di elaborare i piani di risoluzione e di adottare le decisioni relative sempre alla risoluzione degli enti creditizi individuati sulla base dei parametri di cui al Regolamento n. 806/2014 UE, fa riscontro, da un lato, la partecipazione di altre istituzioni comunitarie (quali la BCE, la Commissione europea, il Consiglio europeo) all'avvio della procedura e, dall'altro lato, un'articolazione di quest'ultima «a cascata», a mezzo del forte coinvolgimento delle NRA, sia nell'istruttoria che nell'implementazione degli stessi piani di risoluzione⁹⁸.

La struttura del procedimento decisionale nell'ambito dell'SRM ricalda, infatti, in primo luogo, il principio del necessario concerto tra le istituzioni comunitarie nella regolazione e determinazione di questioni di rilevanza europea, benché insistenti geograficamente solo su di uno

⁹⁸ V. FERRARO, *op. cit.*, p. 342 e S. CASSESE, *op. cit.*, p. 1 e ss.

degli Stati membri. Un principio che si traduce nel nesso di consequenzialità tra accertamento della sussistenza dei presupposti per la risoluzione, anche alla luce delle segnalazioni e valutazioni delle altre autorità coinvolte, su tutte la BCE, ed avvio della procedura di risoluzione nell'ambito del SRM.

In quest'ottica, alla BCE spetta, nell'esercizio delle proprie funzioni di vigilanza, ai sensi del regolamento SSM, di segnalare al Comitato di risoluzione unico gli istituti di credito per i quali siano verificati i presupposti per la risoluzione⁹⁹.

Un *iter* di formazione della decisione di avvio della risoluzione di una banca, che evidenzia, dunque, chiaramente, come il passaggio dalla fase di pre-crisi a quello della risoluzione sia demandato alla decisione della BCE, in quanto competente a dichiarare la *non viability* della banca e, quindi, ad innescare lo stesso processo di risoluzione.

A questo punto, «*if there is a systemic threat and if there is no private alternative solution*», il *Single Resolution Board* dispone del potere di adottare i programmi e le decisioni di risoluzione relativi alle istituzioni creditizie da considerarsi significative nell'ambito del SSM, a quelle in relazione alle quali la BCE abbia deciso di esercitare il potere di avocazione diretta dei poteri di vigilanza, nonché per i gruppi ad operatività transfrontaliera (art. 7 c. 2 SRMR). Viene inoltre deferito allo stesso SRB il potere di adottare il *resolution plan*, ogni qual volta sia necessario utilizzare i fondi del SRF.

Del pari, la centralità della nuova agenzia europea di risoluzione delle crisi bancarie è testimoniata dall'attribuzione alla stessa autorità di ulteriori, fondamentali poteri quali quelli di emanare istruzioni ed orientamenti generali, nel rispetto delle norme tecniche vincolanti dell'EBA, di essere previamente informata dalle Autorità di risoluzione nazionali in ordine alle misure che queste ultime intendono adottare, di approvarle e di essere parimenti informata sulla loro attuazione¹⁰⁰.

Inoltre, il Comitato può esercitare poteri di indagine, ispettivi e di richiesta di informazioni, nonché emettere pareri e *warning* sulle mi-

⁹⁹ L'art. 18 del regolamento UE n. 1024/2013 prevede che in caso di inerzia della BCE, il Comitato in sessione esecutiva possa intervenire *motu proprio*. La BCE deve essere informata dal Comitato circa lo stato di dissesto di un istituto bancario e se non reagisce entro 3 giorni dalla comunicazione, l'organo di risoluzione può intervenire direttamente.

¹⁰⁰ A. DE ALDISIO, *op. cit.*, pg. 143 e ss.

sure proposte, indicando eventuali elementi non conformi al Regolamento o alle istruzioni emanate dallo stesso *Board*¹⁰¹.

Quando, poi, le autorità di risoluzione nazionali non si conformino alle richieste di modifica della decisione avanzate dal Comitato, questo può esercitare direttamente i poteri affidati alle autorità di risoluzione nazionali dal Regolamento¹⁰².

Al *Single Resolution Board* è dato, infatti, il potere di avocazione, che legittima un penetrante intervento dell'autorità amministrativa europea¹⁰³, laddove, nel caso in cui si abbia una conclamata situazione di dissesto, segnalata dalla BCE o dalle autorità del SSM, il *Board*, verificata l'inerzia della NRA territorialmente responsabile, ha il potere di surrogarne le competenze e di gestirne le funzioni, ivi compresa quella istruttoria.

Il SRB, come autorità amministrativa accentrata assume così il potere di verificare i presupposti per l'avvio della procedura di risoluzione e di redigere autonomamente un piano di risoluzione da sottoporre alle istituzioni comunitarie coinvolte nel processo decisionale. Altrettanto, accade nella fase di attuazione ed esecuzione del piano adottato, quando le NRA rimangano inattive o attuino in maniera non conforme le deliberazioni o le istruzioni del SRB.

L'ulteriore partecipazione, da parte delle altre istituzioni comunitarie, al procedimento di approvazione del programma di risoluzione si traduce nel potere riconosciuto alla Commissione di valutare ed approvare definitivamente quest'ultimo, oppure di opporsi alla sua adozione a seguito di un parere negativo sugli aspetti di discrezionalità tecnica che lo connotano (se del caso, previo coinvolgimento del Consiglio europeo, allorché intenda obiettare circa la sussistenza del *public interest* necessario all'avvio della procedura o sull'entità del coinvolgimento del *Resolution Fund*)¹⁰⁴. Previsioni, dunque, che con-

¹⁰¹ L. SCIPIONE, *La pianificazione del risanamento e della risoluzione*, in M. P. CHITI E V. SANTORO (a cura di), *op. cit.*, p. 427 e ss.

¹⁰² Cfr. Regolamento SRM, art. 31.1 e art. 7.4.

¹⁰³ Cfr. art. 7 par. 4 lett. b), regolamento UE n. 806/2014. V. FERRARO, *op. cit.*, p. 346.

¹⁰⁴ Il Consiglio delibera a maggioranza semplice. In tale processo rimane ad oggi poco chiaro se ed eventualmente in che modo e misura, alle votazioni del Consiglio relative ad opposizioni a decisioni del Comitato, possano prendere parte anche gli stati non partecipanti al SRM in quanto appartenenti alla zona Euro. Da un lato è ovvio infatti che per sua conformazione e funzione il Consiglio è l'organo rappresentativo di tutti gli Stati membri dell'Unione europea, che quindi non possono vedersi esautorati del proprio diritto di voto garantito dai trattati. Dall'altro, però, va segnalato che dai documenti preparatori

sentono a questa istituzione di esprimere un ampio margine di apprezzamento¹⁰⁵.

Sempre nell'ambito del meccanismo descritto dal regolamento SRM, le Autorità nazionali di risoluzione assumono poi un ruolo fondamentale, quali responsabili dell'attuazione delle concrete misure di risoluzione adottate dal Comitato in relazione agli istituti creditizi stabiliti negli Stati membri, nonché in ossequio agli orientamenti e alle linee guida stabiliti dallo stesso Comitato.

Le stesse ANR¹⁰⁶ sono poi incaricate di pianificare ed adottare i piani di risoluzione relativi alle banche di cui il Comitato di risoluzione unico non è direttamente responsabile, e rimangono, comunque, responsabili della gestione delle crisi degli intermediari meno significativi¹⁰⁷.

Al riguardo, meritano di essere sottolineati, da un lato, l'ampia discrezionalità riconosciuta agli Stati nell'individuazione delle rispettive autorità di risoluzione e, dall'altro lato, gli altrettanto ampi poteri riconosciuti a queste ultime, sia durante la fase istruttoria che in quella di implementazione delle stesse procedure di risoluzione (con conseguente articolazione decentrata del SRM).

Dal primo punto di vista, infatti, la direttiva comunitaria BRRD stabilisce che ciascuno Stato membro debba designare l'autorità deputata ad esercitare i poteri di risoluzione, lasciando agli Stati membri

delle riunioni del Consiglio, emerge come sia stato negoziato un accordo intergovernativo ai sensi del quale gli Stati non partecipanti si dovranno impegnare a non rovesciare la decisione presa dalla maggioranza degli Stati partecipanti.

¹⁰⁵ Cfr. art. 18, par. 7, comma 2, del regolamento UE n. 806/2014. Se il Consiglio obietta alla risoluzione di un ente creditizio, rilevando la carenza del *public interest*, quest'ultimo è posto in liquidazione conformemente alla procedura ordinaria disciplinata dal diritto nazionale.

¹⁰⁶ Ogni NRA è scelta autonomamente dai singoli Stati partecipanti, senza vincoli o interferenze provenienti dalla disciplina europea. In Italia, il D.lgs. n. 72 del 12 maggio 2015 e la legge di delegazione europea 2014, approvata il 2 luglio 2015, hanno attribuito alla Banca d'Italia la funzione di Autorità nazionale di risoluzione. La Banca d'Italia in qualità di Autorità nazionale di risoluzione delle crisi nell'ambito del SRM ha istituito al suo interno l'Unità di Risoluzione e gestione delle crisi. L'unità coopera con il dipartimento di vigilanza bancaria e finanziaria della Banca d'Italia, con il Comitato unico di risoluzione e con il Fondo di risoluzione unico.

¹⁰⁷ Sia il SRB sia le Autorità nazionali, NRA, si avvalgono degli strumenti di gestione delle crisi introdotti dalla Direttiva 2014/59/UE (BRRD).

ampia discrezionalità circa l'individuazione del soggetto istituzionale da incaricare.

In particolare, qualora detto ruolo venga assegnato alle medesime entità chiamate a svolgere i compiti di vigilanza, così come individuati dal SSM, il legislatore comunitario demanda alle medesime legislazioni nazionali la fissazione di criteri di indipendenza operativa, idonei ad evitare la commistione tra la funzione di supervisione e quella di risoluzione¹⁰⁸.

Anche qui, deve rilevarsi un approccio differente tra i legislatori europei, che si è affermato come espressione tipica dei margini di discrezionalità garantiti agli Stati membri.

Significativa è la diversità di orientamenti riscontrabili in Francia ed in Italia, laddove nella prima si è proceduto, con specifico provvedimento legislativo alla costituzione di un collegio di risoluzione all'interno dell'Autorità di vigilanza stessa, definendo con dettagliate disposizioni normative i meccanismi utili a garantire la separazione tra i due organi e le rispettive funzioni, mentre la seconda ha indicato come NRA la Banca d'Italia (già autorità designata a svolgere anche compiti di vigilanza) e l'ha incaricata di adottare adeguate misure organizzative per assicurare la congrua procedura di risoluzione. Di contro, il legislatore spagnolo ha preferito assegnare la nomina dell'esperto al FROB (Fondo de reestructuración ordenada bancaria) e non già alla Banca di Spagna¹⁰⁹.

Il ruolo ascrivito all'Autorità di risoluzione impone che quest'ultima svolga con imparzialità ed indipendenza le funzioni riconosciute e la valutazione del suo operato avviene in sede Europea. I criteri di indipendenza, quindi, avrebbero dovuto essere oggettivi, uniformi, *ergo* definiti a livello europeo. La direttiva non ha indirizzato in alcun modo gli Stati membri, lasciandoli privi di qualsiasi riferimento.

Il regolamento SRM, invece, non ha trascurato tale aspetto e ha cercato di assicurare, nella fase di attivazione dei meccanismi di salvataggio, il rispetto di una posizione di indipendenza ed imparzialità da

¹⁰⁸ Cfr. art. 3 della direttiva BRRD n. 2014/59/UE. Per un'analisi dettagliata del regime di separazione tra le funzioni di vigilanza e risoluzione si rinvia a O. CAPOLINO, *op. cit.*, p. 23 e ss.

¹⁰⁹ Per la Francia cfr. *LOI n. 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires*; per la Spagna, cfr. *art. 5 della Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión*.

parte dei soggetti investiti dell'importante compito di giudicare l'opportunità o meno di attivare la procedura in discorso¹¹⁰.

Ferma restando, dunque, l'ampia discrezionalità degli Stati nella scelta dell'Autorità di risoluzione, dal secondo dei punti di vista sopra richiamati (poteri delle NRA) non può sfuggire all'attenzione dell'interprete che il Regolamento n. 806/2014 EU preveda una modalità di esecuzione «a cascata» per gli stessi programmi di risoluzione, che si sviluppa per linee verticali dal centro alla periferia del sistema¹¹¹.

Di qui, la centralità delle Autorità nazionali di risoluzione nell'implementazione del SRM.

Da un lato, infatti, per le banche per le quali l'adozione dei piani di risoluzione e tutte le decisioni relative alla risoluzione spettano al SRB, le NRA dispongono di funzioni istruttorie e si occupano dell'attuazione del piano adottato dal *Board*, sviluppandosi così, ancora una volta, un sistema di cooperazione tra i due livelli, nazionale e centrale.

In questo caso, pur essendo previsto che le Autorità nazionali siano vincolate non solo dal piano di risoluzione approvato, ma anche dalle direttive di attuazione provenienti dal Comitato unico di Risoluzione, in quanto tese evidentemente a garantire che quell'unico piano di risoluzione (soprattutto pensando agli enti *cross-borders*) abbia un'applicazione uniforme nei diversi Stati dell'Unione, nondimeno è da escludersi un vincolo di interdipendenza gerarchica tra le stesse autorità centrale e statali; ciò, in quanto queste ultime possono deviare dal piano di risoluzione proveniente dal SRB, quando, tenuto conto delle circostanze concrete, reputino che gli obiettivi della risoluzione possano essere meglio conseguiti per mezzo di azioni di risoluzione diverse da quelle individuate nello stesso piano¹¹².

Particolarmente ampi sono, invece, i poteri riconosciuti alle stesse Autorità nazionali in relazione alla gestione delle crisi delle banche non sottoposte al potere di risoluzione del NRB (salva relativa avocazione), sia nella «fase preparatoria», di verifica della sussistenza dei presupposti necessari all'avvio del procedimento di risoluzione, che di elaborazione, deliberazione ed attuazione dei *resolution plans*.

¹¹⁰ D. ROSSANO, *op. cit.*, p. 8.

¹¹¹ A. GARDELLA, *op. cit.*, p. 172.

¹¹² Cfr. art. 91(6) Direttiva 2014/59/UE.

Si segnalano, al riguardo, i rilevanti ambiti di discrezionalità di cui le stesse NRA dispongono in relazione alla valutazione del *public interest* costituente presupposto per l'avvio della procedura di risoluzione¹¹³, sulla scelta dello strumento di gestione della stessa crisi bancaria, sulla possibilità di escludere determinate passività dalle procedure di *bail in*, infine circa la possibilità di ricorrere al *Single Resolution Fund*.

Come si vede, dunque, siamo di fronte ad un quadro di articolazione dei poteri inerenti il SRM che evidenzia un più marcato decentramento rispetto a quello caratterizzante il SSM.

7. Problematiche inerenti l'implementazione dell'Unione bancaria: legittimità conferimenti, differenzazioni, lacune, conflitti

L'analisi sopra svolta, in ordine al processo di costruzione di un'unione bancaria europea ha, dunque, consentito di individuare i principi cardine dello stesso percorso, in quanto costituiti dal tentativo di rafforzare, seppure con incidenza diversa nell'area Euro e nella restante parte dell'Unione Europea e con articolazione composita di strumenti normativi ed amministrativi, la progressiva armonizzazione, integrazione e coordinamento delle funzioni di vigilanza regolamentare e prudenziale, oltre che dei meccanismi di risoluzione delle crisi bancarie.

Fermo restando la surrichiamata comunanza di fini del percorso di riforma in atto, la scelta di complessi moduli di federalizzazione delle stesse funzioni di *governance* dell'Unione bancaria, induce necessariamente ad una serie di profili problematici, già richiamati in precedenza e riguardanti, da un lato, la questione della legittimità, sia alla stregua del diritto comunitario che dei diritti costituzionali statali, della nuova ripartizione tra autorità europee e statali, dei poteri in materia di vigilanza prudenziale e risoluzione delle crisi bancarie e, dall'altro

¹¹³ La circostanza per cui il legislatore europeo abbia mancato di dare un significato univoco e universale al concetto di "public interest" implica che il dibattito in Europa sia ancora aperto a tal riguardo, laddove c'è chi ritiene che tale requisito debba riferirsi solo alle dimensioni della banca; altri, invece, sostengono si debba riferire ad aspetti qualitativi, che descrivono l'importanza e il ruolo centrale che un determinato istituto bancario ricopre a livello sociale o territoriale. Altri ancora soppesano il requisito dell'interesse pubblico all'impatto socio-economico che avrebbe la liquidazione di una banca in dissesto.

lato, quella della persistenza ed estensione di rilevanti elementi di differenziazione nell'ordinamento dei mercati creditizi europei, quali conseguenza dei permanenti spazi di autonomia e discrezionalità statali nell'implementazione del nuovo sistema.

Del resto, la stessa complessità ed ampiezza del sistema di allocazione dei poteri introdotto con le modifiche in commento, nonché le implicazioni che ne derivano sul piano del rafforzamento della *governance* europea dei mercati finanziari, è suscettibile di produrre rilevanti ripercussioni innanzitutto sul piano dei processi costituzionali e di trasformazione della complessiva architettura dell'integrazione europea.

Una trasformazione che trascende, dunque, quel «pluralismo amministrativo», pur sempre costituente, ut sopra evidenziato, essenziale elemento qualificante la nuova configurazione del sistema di regolazione e supervisione del mercato bancario, per investire la complessiva articolazione dei processi di *decision making* a livello comunitario, nonché gli effetti prodotti sulla *governance* economica europea e sul mercato unico¹¹⁴.

Si è opportunamente rilevato, infatti, come la serie di risposte ordinarie che l'Europa ha fornito alla crisi avviatasi nel 2008, partendo dalle misure straordinarie concordate tra i Paesi dell'area Euro, quali la costituzione del Fondo salva-stati e successivamente del meccanismo di salvataggio permanente (*European Stability Mechanism - ESM*), la stipulazione dell'Euro Plus Pact e le riforme istitutive del SEVIF e dell'Unione bancaria, evidenzino almeno tre fondamentali novità¹¹⁵, suscettibili di influire sui processi costituzionali di consolidamento dell'integrazione europea in materia di *governance* economica:

in primo luogo, il consolidarsi di un metodo di azione che vede ridursi il ruolo dei canali comunitari di formazione delle decisioni, in favore di una rinnovata centralità della componente intergovernativa.

¹¹⁴ In tal senso, v. P. D. TEIXEIRA, *The Single Supervisory Mechanism: Legal and Institutional Foundations*, in R. D'AMBROSIO (a cura di), *Scritti sull'unione bancaria*, cit. p. 75; per una ricostruzione tendente, invece, a rinvenire nel pluralismo amministrativo la primaria chiave interpretativa della nuova configurazione del sistema integrato di vigilanza bancaria europea, V. M. AVBELY, *Constitutional and Administrative Pluralism in the EU*, cit., p. 796.

¹¹⁵ P. D. TEIXEIRA, *op. cit.*, 76.

Secondariamente, il crescente ricorso a strumenti di normazione vincolanti (*hard law*), seppure nell'ambito di un sistema composito di formanti normativi, in quanto fondati sull'apporto congiunto di norme giuridiche (internazionali e statali, primarie e secondarie) e norme sociali, prive di una formale e diretta vincolatività (*soft-law* - come nel caso delle regole tecniche elaborate dal BCBS).

Infine, il rafforzamento dell'integrazione dei meccanismi di *governance* dei mercati all'interno dell'area Euro, con conseguente crescita del divario con la restante parte dell'Unione Europea. Una tendenza, quest'ultima, rispetto alla quale assume valenza di contrappeso la possibilità, attribuita agli Stati non appartenenti all'area Euro, di stipulare accordi di cooperazione rafforzata, che consentano loro di partecipare al SSM ed al SRM.

Rispetto ad un quadro evolutivo in continua trasformazione, le problematiche fondamentali che investono le dinamiche di integrazione surrichiamate riguardano, pertanto, da un lato, i rapporti tra diritto europeo e diritti nazionali nell'implementazione della nuova *governance* dei mercati bancari e, dall'altro lato, l'impatto delle misure attuative dei nuovi meccanismi introdotti dal legislatore comunitario sui diritti fondamentali dei destinatari delle stesse misure.

Da un lato, infatti, il carattere composito del nuovo ordinamento bancario europeo, in quanto connotato dalla regressione della componente di derivazione statale e dalla tendenza all'integrazione fondata sull'apporto di una molteplicità di fonti e di livelli legislativi, implica la necessità di circoscrivere gli ambiti di applicazione, i limiti ed i rapporti tra le varie componenti del sistema (in modo tale da garantirne la coerenza interna ed esterna e da prevenire conflitti).

E da questo punto di vista, è evidente che la stessa analisi svolta in precedenza, in relazione alle principali caratteristiche organizzative del SSM e del SRM, oltre alle problematiche illustrate in ordine alla declinazione plurale dei rapporti amministrativi tra Autorità (di vigilanza e supervisione), rispettivamente centrali e statali, ponga una questione di portata più generale della persistenza di ambiti di differenziazione e di limiti all'integrazione dei meccanismi di vigilanza e risoluzione delle crisi bancarie, suscettibili di influire sull'operatività e sull'efficacia degli stessi meccanismi, rispetto alla fondamentale finalità perseguita.

Dall'altro lato, va rimarcato che la nuova distribuzione dei poteri di vigilanza tra livello centrale e statale, nonché la permanente, ampia

discrezionalità riconosciuta agli Stati (ed in particolare alle ANR), siano suscettibili di alimentare altrettanto persistenti conflitti in punto di tutela dei diritti ed interessi dei soggetti destinatari delle attività di vigilanza (con particolare riferimento alle misure sanzionatorie), nonché di quelli destinati a subire gli effetti delle procedure di risoluzione.

La trattazione seguente sarà, dunque, dedicata ad alcune delle questioni fondamentali sopra indicate, nella consapevolezza che solamente una più consolidata attuazione degli istituti in commento consentirà di garantire soluzioni più certe alle problematiche in essere.

Sul piano della nuova articolazione della vigilanza europea sui mercati finanziari, un primario interrogativo posto dal processo di federalizzazione della *regulation* dei sistemi creditizi è stato, dunque, quello del fondamento di legittimità, alla stregua del diritto comunitario, del conferimento ad agenzie europee di nuova istituzione, quali l'EBA ed il SRB, di estesi poteri in materia di vigilanza regolamentare e di risoluzione di crisi bancarie, nonché della parallela attribuzione alla BCE dei poteri di vigilanza prudenziale sui grandi gruppi bancari all'interno del SSM (tutti poteri implicanti evidenti profili di discrezionalità, non solo tecnica).

Dal primo punto di vista, infatti, ferma restando la possibilità di radicare sull'art. 114 TFUE (ex art. 95 Trattato CEE) l'istituzione delle tre autorità europee di vigilanza del mercato dei servizi finanziari, in funzione strumentale all'adozione delle misure di armonizzazione previste dalla stessa norma¹¹⁶, nondimeno la delega alle stesse autorità facenti parte del SEVIF di una serie di poteri in materia di vigilanza regolamentare (con riferimento all'EBA, ai sensi dell'art. 10 ed 11 del relativo Regolamento istitutivo), ha posto il problema del rispetto dei limiti cui assoggettare gli stessi poteri delegati, in conformità agli orientamenti della giurisprudenza comunitaria, espressi nei casi *Meroni* e *Romano*¹¹⁷.

Come noto, infatti, nei casi predetti la Corte di Giustizia ha statuito che i poteri discrezionali non possano essere delegati ad autorità di-

¹¹⁶ In quanto relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno.

¹¹⁷ Sul tema, v. M. SIMONCINI, *Nuovi regolatori e vecchi principi nel diritto dell'UE. Poteri e limiti delle autorità europee di vigilanza finanziaria*, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2015/07/Simoncini_convegnoprin12-13_5_2015.pdf.

verse dalle istituzioni previste dai Trattati, mentre possono essere delegati poteri meramente esecutivi chiaramente definiti, l'esercizio dei quali deve comunque sottendere al controllo dell'istituzione delegante.

Sul punto, dunque, se da un lato, il Regolamento istitutivo dell'EBA (analogamente agli altri due), in relazione alle competenze in materia di elaborazione di progetti e norme tecniche di regolamentazione, si premurava di precisare che le stesse norme «sono di carattere tecnico, non implicano decisioni strategiche o scelte politiche e il loro contenuto è limitato dagli atti legislativi su cui si basano» (art. 10 c. 2), nondimeno l'attribuzione all'EBA di poteri quali quello previsto a tutela dei consumatori dall'art. 9 c. 5 (avente ad oggetto la proibizione o la limitazione temporanea di talune attività finanziarie «che mettono a repentaglio il corretto funzionamento e l'integrità dei mercati finanziari o la stabilità generale o parziale del sistema finanziario dell'Unione nei casi e alle condizioni specificati negli atti legislativi»), ripropone la questione dei limiti alla discrezionalità dell'agenzia nell'accertamento dei presupposti legittimanti l'esercizio dei poteri predetti.

Una questione, quest'ultima, affrontata dalla Corte di Giustizia in relazione all'analogia previsione contenuta nel Regolamento istitutivo dell'ESMA¹¹⁸, nella sentenza del 22 gennaio 2014 (causa C-270/12, *Regno Unito c. Parlamento e Consiglio – caso short selling*), nella quale l'attribuzione all'autorità predetta dei poteri di sospendere temporaneamente le c.d. vendite allo scoperto di prodotti finanziari, è stata considerata compatibile con i Trattati, nella misura in cui l'esercizio dei poteri predetti è comunque sottoposto a ad una serie di «criteri e condizioni», in grado di delimitare la discrezionalità dell'agenzia, tenuto conto, nello stesso tempo, che il TFUE contiene varie disposizioni che prevedono la possibilità di delega di poteri da parte delle istituzioni comunitarie alle agenzie¹¹⁹.

In ogni caso, anche il successivo regolamento n. 806/2014, istitutivo del SRM, si fa carico della problematica predetta, laddove, previo richiamo, al *Considerando 26*, della c.d. «dottrina Meroni», proprio al fine di conformarsi a quest'ultima, prevede che, comunque, un'istituzione dell'Unione europea sia sempre chiamata ad approvare i

¹¹⁸ Art. 9, par. 5, Reg. 1095/2010.

¹¹⁹ Con particolare riferimento alle norme in materia di giustiziabilità degli atti delle agenzie predette (art. 263, 265, 267 TFUE).

programmi di risoluzione adottati dal Comitato (compito che, *ut supra* evidenziato, spetterà, in circostanze diverse, o alla Commissione o al Consiglio).

Anche a fronte, dunque, delle problematiche connesse alla possibilità di radicare sull'art. 114 TFUE i poteri delle nuove agenzie europee istituite nell'ambito del SEVIF e del SRB, si giustifica l'originario, diverso richiamo dell'art. 127 (6) TFUE, quale fondamento di legittimità dell'attribuzione di compiti di vigilanza alla BCE, nell'ambito del SSM.

Il richiamo predetto non ha, tuttavia, fugato del tutto le perplessità sorte in ordine alla legittimità, alla stregua del diritto comunitario, nonché del diritto costituzionale interno, del medesimo procedimento di formazione dell'Unione bancaria.

Di recente, infatti, la questione è stata sottoposta anche all'attenzione del *Bundesverfassungsgericht*, in uno dei noti giudizi promossi nel 2014 da un gruppo di cinque accademici tedeschi, capeggiati da Markus Kerber, allo scopo di ottenere dai giudici di Karlsruhe la declaratoria di incostituzionalità dei due pilastri dell'*Union Banking*, il SSM e il SRM.

Nel ricorso proposto¹²⁰, viene rilanciata la tesi, già sostenuta diffusamente al momento dell'istituzione del SSM, per cui la costruzione dell'Unione bancaria avrebbe oltrepassato i poteri di cui all'articolo 127 del TFUE, norma che consentirebbe di certo l'attribuzione di compiti specifici alla BCE in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi, ma non la più generale trasformazione della stessa BCE in organo centrale della vigilanza unica della zona euro.

Sempre i ricorrenti assumono, quindi, che una profonda modifica strutturale dei compiti e dei poteri di un'istituzione comunitaria, quale è la BCE, la cui esistenza è prevista e regolata dagli stessi trattati istitutivi dell'UE, sarebbe dovuta passare non attraverso una direttiva o un regolamento, come in effetti è accaduto, bensì avrebbe richiesto una revisione delle disposizioni concernenti la Banca Centrale inserite nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione¹²¹.

¹²⁰ Ricorso A2BvR 1685/14, assegnato al Giudice relatore Prof. Dr. Huber del Secondo Senato.

¹²¹ Altro profilo su cui si sono concentrati i professori tedeschi riguarda la configurazione del SRF, istituito mediante un accordo intergovernativo separato, e quindi né con una direttiva europea né con un regolamento. I ricorrenti contestano l'efficacia vincolante

Nonostante la necessità di attendere gli esiti del giudizio (salvo il possibile coinvolgimento della Corte di Giustizia Europea, a cui il medesimo procedimento potrebbe essere devoluto, giacché la questione sollevata concerne principalmente la legittimità, alla stregua dei Trattati, dei regolamenti istitutivi del SSM e del SRM), non può che richiamarsi, al riguardo, l'orientamento dello stesso Tribunale costituzionale federale tedesco, assunto in relazione ai precedenti giudizi promossi innanzi alla stessa giurisdizione di costituzionalità ed aventi ad oggetto la legittimità, prima del ESM e poi dell'OMT.

Un orientamento improntato ad evidente *self restraint*, se si tiene conto che gli stessi giudici costituzionali tedeschi si sono sempre espressi in favore delle misure europee su citate, confermando in pieno la compatibilità della politica bancaria europea con le disposizioni del *Grundgesetz* e tuttavia indirizzando al governo federale specifici moniti attinenti il rafforzamento degli strumenti interni di partecipazione democratica (ipotizzandosi, pertanto, un possibile coinvolgimento procedurale del Bundestag, che possa dare legittimazione diretta a livello interno, sia al SSM sia al SRM).

Del resto, ad analogo risultato si era pervenuti allorché, in relazione alla questione di legittimità della decisione del Consiglio istitutiva del MES, per avere quest'ultima implicato, a dire del ricorrente, modifiche sostanziali alle competenze dell'Unione con una procedura di revisione semplificata illegittima alla stregua dei Trattati, era stata sollevata in Irlanda con il caso *Pringle*¹²².

In esso la Corte di Giustizia Europea, adita in via pregiudiziale dai Giudici irlandesi, ha rilevato che l'attribuzione, da parte del Trattato MES, di nuovi compiti alla Commissione, alla BCE ed alla Corte, è compatibile con le loro attribuzioni, così come definite dai Trattati. In particolare, la Corte ha osservato che le nuove funzioni affidate alla Commissione e alla BCE nell'ambito del Meccanismo unico di stabilità, non implicano alcun potere decisionale proprio.

per l'ordinamento tedesco di detto accordo, mettendo in dubbio la base giuridica di legittimità per la messa in comune dei finanziamenti del Fondo.

¹²² Con decisione del Consiglio del 25 marzo 2011, n. 2011/199/EU, si era modificato l'art. 136 del TFUE in relazione al MES, meccanismo unico di stabilità per gli Stati membri della zona euro. A questa modifica aveva fatto seguito il 02 febbraio 2012 l'approvazione del Trattato istitutivo del MES.

Tutti orientamenti, dunque, quelli sopra richiamati, suscettibili di indurre a ritenere legittima l'istituzione del SSM ed il conferimento alla BCE dei poteri di vigilanza previsti dal Regolamento 1024/2013.

Le suesposte considerazioni in ordine ai limiti cui è stato sottoposto il conferimento di funzioni alle autorità europee di vigilanza (regolamentare e prudenziale operativa) e di risoluzione delle banche, nonché la mancata implementazione del terzo dei pilastri dell'Unione bancaria, costituito dall'istituzione di una garanzia europea dei depositi bancari, introducono l'ulteriore problematica delle permanenti lacune del sistema, che rendono, a tutt'oggi, l'Unione bancaria europea una «fattispecie a formazione progressiva» incompiuta.

Senza pretesa di esaustività, tenuto conto della valutazione d'insieme che si è cercato di svolgere nel presente contributo, si evidenziano, anche da tale punto di vista, alcune fondamentali problematiche involgenti i differenti pilastri dell'Unione.

Le stesse problematiche sono in parte conseguenza dei surrichiamati profili, relativi ai differenti livelli di integrazione realizzati nell'articolazione delle stesse funzioni inerenti il SSM ed il SRM .

Se si considera, infatti, innanzitutto, la nuova architettura della vigilanza bancaria europea, dalla stessa si evince come all'elevato grado di integrazione realizzato attraverso l'istituzione del SSM, facciano riscontro ulteriori, fondamentali problematiche, che si aggiungono a quelle già segnalate, derivanti dalla complessità dell'articolazione delle funzioni amministrative ad esso inerenti (causa dei rischi di sovrapposizione, duplicazione ed inefficienza nell'esercizio degli stessi compiti) e dall'asimmetria degli ambiti spaziali di applicazione delle regole e dei medesimi sistemi di supervisione operanti in Europa (SEVIF e SSM)¹²³.

Trattasi di una serie di problematiche involgenti, ancora una volta, i limiti del nuovo modello europeo di vigilanza sui mercati finanziari, innanzi tutto dal punto di vista dell'idoneità dello stesso a garantire, quanto al comparto bancario, l'obiettivo fondamentale di rafforzare l'integrazione e la formazione di un mercato unico dei servizi creditizi: un mercato, quindi, fondato su di un sistema di regole prudenziali e prassi di vigilanza uniformi (in modo tale, quindi, da ridursi i rischi di

¹²³ Tanto più, a fronte degli effetti in prospettiva indotti dalla Brexit, con conseguente uscita del Regno Unito, costituente la più grande piazza finanziaria e bancaria europea, dal SEVIF.

arbitraggio regolamentare richiamati all'inizio della presente trattazione) e su di un'architettura dello stesso modello di vigilanza, che consenta di rafforzare la centralizzazione e la cooperazione nell'esercizio degli stessi compiti di supervisione, in conformità alle linee guida ed agli standard internazionali per un'efficiente vigilanza sui mercati, già richiamati in precedenza (riducendosi, per l'effetto, la frammentazione di questi ultimi).

Se si considerano, infatti, in primo luogo, da tale punto di vista, i limiti imposti al mandato di supervisione sui mercati creditizi, conferito alla BCE dal Regolamento istitutivo del SSM, ai sensi dell'art. 127 c. 6 TFUE, la conseguenza diretta dell'attribuzione, da parte della norma predetta, alla BCE di (soli) «compiti specifici» in materia di vigilanza, con espressa esclusione della supervisione nei confronti delle imprese assicurative, è l'impossibilità di introdurre una vigilanza unitaria europea in senso intersettoriale, che consenta di unificare, e non solamente di coordinare, i controlli sui grandi conglomerati finanziari.

Lo stesso potere conferito alla BCE, di vigilanza consolidata¹²⁴ e supplementare sui conglomerati finanziari, risulta, infatti, pur sempre legato agli enti creditizi che ne fanno parte o, comunque, a partecipazioni nel settore bancario aventi rilevanza determinante ai sensi della CRD (con giudizio di prevalenza rispetto alle attività di gruppo).

Dalla limitazione predetta consegue, pertanto, l'ulteriore impossibilità di rinvenire, sempre nell'attuale sistema europeo di vigilanza sui mercati finanziari, un'autorità svolgente attività di «*umbrella supervisor*» sui grandi conglomerati finanziari considerati rilevanti dal punto di vista sistemico (SIFIs), a prescindere dalla presenza in essi di controllate o partecipate, svolgenti le tradizionali attività di banca commerciale (soluzione presente, invece, nel Dodd Frank Act statunitense, attraverso l'attribuzione della funzione predetta al *Board* della FED)¹²⁵.

Una carenza che si è rivelata a suo tempo determinante per lo sviluppo di quel «sistema bancario ombra», sottratto alle garanzie di trasparenza imposte per la circolazione di prodotti finanziari sui mercati regolati, alla base della crisi dei mutui del 2007.

¹²⁴ Determinazione dell'autorità di vigilanza su base consolidata da effettuarsi sulla base dei criteri stabiliti dagli artt. 111 e ss., CRD.

¹²⁵ Sec. 113.

Di qui, l'idea, peraltro oggetto di discussioni, di ovviare alla carenza predetta, individuando nell'EBA l'autorità legittimata ad esercitare la relativa competenza¹²⁶, anche in considerazione dei poteri alla stessa conferiti in relazione alla mediazione e risoluzione dei conflitti tra autorità statali di vigilanza (art. 19), di coordinamento in situazioni di emergenza delle misure adottate dalle pertinenti autorità nazionali di vigilanza competenti (art. 18), di partecipazione attiva all'elaborazione e coordinamento di efficaci e coerenti piani di risanamento e di risoluzione delle crisi (art. 25).

Sempre in grado di incidere sull'effettiva realizzazione dell'obiettivo finale, perseguito attraverso la realizzazione dell'Unione bancaria, di garantire, attraverso la centralizzazione del sistema dei controlli e delle procedure di risoluzione, che le Banche europee operino nell'ambito di un «campo di gioco livellato» (con particolare riferimento all'armonizzazione regolamentare), in grado di indurre alla creazione di un mercato unico dei servizi creditizi è, poi, l'ulteriore questione dell'effettiva creazione di un corpo unico di regole prudenziali e di prassi di vigilanza da applicarsi alla stessa attività bancaria.

Un tale processo di uniformazione normativa e di convergenza delle pratiche di vigilanza, appare, infatti, fondamentale per fare sì che le banche europee possano operare nell'ambito del surrichiamato *level playing field*, che impedisca alle stesse di trarre vantaggio dai differenti regimi di vigilanza e rafforzi l'equivalenza delle condizioni per l'operatività transfrontaliera degli stessi istituti di credito¹²⁷.

Al riguardo, non può che rimarcarsi come la stessa natura composita del processo di formazione del diritto bancario europeo faccia sì che in quest'ultimo siano coinvolti una molteplicità di attori, costituiti, in primo luogo, dal legislatore comunitario, attraverso i fondamentali interventi di attuazione delle nuove regole di Basilea III, in materia di rafforzamento dei requisiti di capitalizzazione delle banche (norme contenute nel citato Pacchetto CRD IV); secondariamente dall'EBA, attraverso l'elaborazione di progetti di norme tecniche di regolamentazione e di attuazione, la redazione di linee guida per la conduzione

¹²⁶ Idea discussa ad es. nel *OECD Economic Surveys: Euro Area 2010*, OECD Publishing, 2010, p. 148.

¹²⁷ E. WYMEERSCH, *The Single Supervisory Mechanism...* op. cit p. 96 ss; Id, *The single supervisory mechanism or "SSM", part one of the Banking Union, The single supervisory mechanism or "SSM", part one of the Banking Union, Working Paper Research*, National Bank of Belgium, April 2014, No 255, p. 8, in papers.ssrn.com.

delle stesse attività di vigilanza, nonché la promozione di una cultura comune della vigilanza (come nel caso della recente approvazione di apposite *Guidelines on common procedures and methodologies for the supervisory review and evaluation process - SREP*)¹²⁸; infine, dalla stessa BCE, la quale, sempre per garantire prassi di vigilanza armonizzate nell'ambito del SSM, ha predisposto una comune Guida alla vigilanza bancaria.

A fronte, dunque, dell'obiettivo progresso verso l'introduzione di *standards* comuni europei di regolamentazione e supervisione prudenziale, non può che evidenziarsi, tuttavia, come gli Stati conservino rilevanti spazi di autonomia e discrezionalità nell'applicazione dello stesso corpo uniformato di regole e principi operativi, spazi addirittura tali da rendere permanente il rischio di divergenze nei rispettivi sistemi regolamentari, con conseguente possibilità di arbitraggio tra questi ultimi.

Determinanti, al riguardo, appaiono, da un lato, l'utilizzazione dello strumento della Direttiva, come nel caso di quella sui requisiti patrimoniali delle banche - Direttiva 2013/36/UE – CRD, la quale lascia aperti spazi di discrezionalità per relativa implementazione agli Stati membri, nella determinazione della composizione e dimensione del patrimonio di vigilanza, con particolare riferimento alle riserve di capitale aggiuntive (*buffers*) imposte alle banche (con funzione di conservazione del capitale ed in funzione anticiclica, oltre che in relazione alla rilevanza sistemica dei soggetti interessati). Un quadro, dunque, di permanenti, possibili, differenziazioni, che ritroviamo, in maniera anche più accentuata, nell'attuale disegno di ripartizione delle competenze in materia di adozione di politiche macro prudenziali.

L'assetto regolamentare di queste ultime, risulta, infatti, dal combinato disposto delle norme contenute nel Reg. (UE) n. 1092/2010 istitutivo del CERS, di quelle del Regolamento n. 1024/2013, attributive di nuovi compiti di vigilanza macro prudenziale alla BCE (art. 5), nonché, infine, di quelle contenute nel Regolamento n. 575/2013 e nella Direttiva 2013/36/UE, disciplinanti compiti e strumenti macroprudenziali come l'imposizione alle banche di riserve di capitale e di liquidità anticicliche, in aggiunta agli ordinari requisiti in materia di fondi propri (art. 5 Reg. 575/2013/UE).

¹²⁸ Disponibili su www.eba.europa.eu.

Dal sistema predetto, si evince che l'attribuzione alla BCE, da parte del Regolamento istitutivo del SSM, del potere di partecipare, attraverso una procedura di non obiezione, all'adozione, da parte delle autorità nazionali competenti, di ogni misura mirante ad affrontare i rischi sistemici o macroprudenziali prevista dal regolamento (UE) n. 575/2013¹²⁹, costituisce espressione ancora una volta del tentativo di introdurre una logica di coordinamento interistituzionale, che sia suscettibile di ridurre i rischi di frammentazione del mercato europeo dei servizi finanziari, determinati dall'adozione, da parte degli Stati, di misure eterogenee quali quelle richiamate nell'introduzione del presente lavoro.

Tuttavia, l'intento non pare pienamente riuscito, laddove i penetranti limiti imposti allo stesso potere della BCE ed il conseguente mantenimento di un ruolo guida degli Stati membri «nella vigilanza macroprudenziale a motivo della loro competenza e delle loro attuali responsabilità in relazione alla stabilità finanziaria»¹³⁰, se da un lato richiedono una stretta cooperazione tra la BCE, il CERS (quale autorità macro prudenziale operante nell'ambito più ampio del SEVIF) e le autorità macroprudenziali nazionali nell'adozione delle stesse misure, dall'altro continuano ad esporre il sistema ai rischi di arbitraggio e di comportamenti protezionistici, derivanti dalla permanente eterogeneità delle misure adottate.

Dall'altro lato, altrettanto rilevante per la persistenza di differenti regimi statali di trattamento ed operatività delle banche europee, nonché di un «campo da gioco non livellato» per queste ultime, appare la circostanza della perdurante riserva ai regolatori degli Stati di competenze fondamentali quali quelle in materia di tutela dei consumatori, di anticiclaggio, di regolamentazione degli intermediari non bancari (fermo restando il quadro generale previsto dalle Direttive comunitarie in materia)¹³¹, nonché, in ultima analisi, delle stesse politiche fiscali.

¹²⁹ Potere cui si aggiunge quello previsto dal comma 2 della stessa disposizione, per cui la BCE può applicare, qualora lo si ritenga necessario, invece delle autorità nazionali competenti o delle autorità nazionali designate dello Stato membro partecipante, requisiti più elevati in materia di riserve di capitale rispetto a quelli applicati dalle autorità nazionali competenti o dalle autorità nazionali designate degli Stati membri partecipanti che gli enti creditizi devono detenere al livello pertinente in conformità del pertinente diritto dell'Unione in aggiunta ai requisiti in materia di fondi propri di cui all'articolo 4.

¹³⁰ Considerando (16) Reg. n. 575/2013/UE.

¹³¹ V. ad es. Direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento nel mercato interno, Direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori.

Un problema, dunque, di persistente eterogeneità di regole, che è indubbiamente in grado di ostacolare l'avvento di un mercato unico dei servizi bancari.

La medesima problematica, da ultimo richiamata, dell'esistenza di ampi margini di discrezionalità statale nell'implementazione della disciplina comunitaria diretta alla creazione di un'Unione bancaria, si ripropone, del resto, con ancora maggiore ampiezza, in relazione al Meccanismo Unico di Risoluzione delle crisi bancarie.

Se da un lato, infatti, la nuova disciplina europea delle procedure di risoluzione delle banche ha di certo contribuito ad uniformare il quadro degli strumenti previsti dal diritto interno, offrendo alle autorità nazionali di risoluzione strumenti e poteri comuni di gestione delle stesse crisi bancarie, nondimeno anche in questo caso sono stati lasciati alle Autorità nazionali ampi margini di discrezionalità su aspetti essenziali del nuovo regime normativo.

Come evidenziato in precedenza, una tale flessibilità riguarda, sia i moduli organizzativi di gestione delle procedure di risoluzione (rispetto ai quali le NRA hanno un ruolo centrale) e le modalità di impiego dei meccanismi di finanziamento delle stesse procedure, che la possibilità riconosciuta alle autorità nazionali di risoluzione di operare scelte discrezionali e/o introdurre deroghe in relazione ad aspetti fondamentali quali: l'individuazione ed il trattamento dei creditori chiamati a sopportare le perdite in caso di crisi dell'istituzione creditizia, la misura in cui le banche dovranno assorbire le perdite in relazione ai requisiti patrimoniali, infine la declinazione in concreto del principio di proporzionalità e del significato del requisito del *public interest*, da porsi a fondamento dell'avvio della stessa procedura di risoluzione¹³².

Detti spazi di discrezionalità sono predisposti per bilanciare i diversi obiettivi di una procedura di risoluzione: protezione dei contribuenti, ma anche stabilità sistemica, tutela dei depositanti, continuità dei servizi finanziari essenziali.

Del resto, la stessa direttiva BRRD, all'art. 1, c. 2, prevede la possibilità per gli Stati membri di introdurre disposizioni più rigorose o aggiuntive rispetto a quelle contenute nella stessa direttiva, a condizione che siano di applicabilità generale e non siano in contrasto con quest'ultima.

¹³² A. ENDRIA, *op. cit.*, p. 8.

Al riguardo, i più importanti interventi che si sono realizzati in sede di recepimento a livello nazionale hanno interessato essenzialmente l'ordine di priorità, fissato dalla direttiva e dal regolamento sul SRM, dei soggetti che, a vario titolo, saranno coinvolti nel salvataggio delle banche, laddove, fermo restando il rispetto del principio di parità di trattamento dei creditori appartenenti alla medesima classe (art. 34, par. 1, lett. f), sono state introdotte correzioni relative all'assetto scalare dei creditori colpiti da *bail in*, così come delineato in sede europea, con particolare riferimento all'attuazione del principio del *depositor preference*¹³³.

Va da sé che il rischio conseguente all'adozione di normative locali differenti, esponga la disciplina a censure, innanzitutto con riguardo all'applicazione del principio di non discriminazione¹³⁴.

¹³³ Così, si sono mosse Germania e Spagna, che hanno considerato di abbassare, con approcci diversi, la soglia di protezione di taluni titoli senior unsecured con priorità rispetto alle altre passività non garantite. In particolare, la Germania, nella legge di adattamento dell'ordinamento tedesco al Meccanismo di Risoluzione Unico (*Abwicklungsmechanismengesetz*, approvata il 6 novembre 2015), ha introdotto la subordinazione legale di certe passività senior non garantite allo scopo di renderle subordinate rispetto ad altre appartenenti al medesimo rango, così da agevolare l'esercizio del *bail-in*.

In questo modo, infatti, vengono individuate in anticipo dal legislatore quelle passività senior, la cui svalutazione e conversione è tale da comportare minori rischi per la stabilità finanziaria. La subordinazione legale opera così come 'equivalente funzionale' dell'emissione di passività esterne ammissibili da parte della holding in quei gruppi, la cui struttura non prevede società di partecipazioni al vertice della catena societaria. L'Italia ha addirittura prorogato fino al 2019 la disciplina di cui all'art. 91 TUB c. 1 bis lettera c), ove si stabilisce che «sono soddisfatti con preferenza rispetto agli altri creditori chirografari...gli altri depositi presso la banca». In particolare l'art. 50 del citato decreto legislativo n. 180 approvato dal Governo italiano e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 267 del 16 novembre 2015, collegandosi direttamente con l'art. 1 c. 33, del D.lgs. n. 181/2015, indicante i c.d. *bail-inable*, estende la *depositor preference*, allargando a tutti i depositi il trattamento riservato a quelli non garantiti di persone fisiche e PMI (interbancari e quelli delle grandi imprese), così i crediti chirografari sono colpiti prima dei conti depositi, violando il principio cardine della *par condicio creditorum* (art. 34, par. 1, lett. f).

¹³⁴ A questo riguardo offre spunti interessanti la sentenza della Corte di Giustizia sul caso EFTA (*European Free Trade Association Court*) del 28 gennaio 2013, in cui l'Autorità EFTA aveva chiesto la condanna dell'Islanda per la violazione della Direttiva 94/19/CE sugli schemi di garanzia dei depositanti. L'Islanda a seguito del fallimento della banca islandese Icesave non aveva assicurato il rimborso dei depositanti delle succursali inglesi e olandesi entro i tempi previsti da quella Direttiva, determinandosi una disparità di trattamento evidente determinato dalla diversa provenienza geografica dei depositanti garantiti. La sentenza, infatti, riguarda l'asserito trattamento discriminatorio dei depositanti delle *branches* inglesi e olandesi della banca rispetto ai depositanti della sede islandese. Questi ultimi erano stati interamente trasferiti all'ente ponte appositamente creato senza subire perdite, invece i depositanti dei rami stranieri non avevano potuto beneficiare di

8. Alcune notazioni conclusive di sintesi

Volendo, dunque, concludere l'analisi svolta con alcune valutazioni di sintesi, non possono che ribadirsi la finalità e le direttrici comuni del processo di costruzione di un'Unione bancaria in Europa, in quanto qualificato dall'intento di promuovere un sistema bancario più stabile ed integrato, attraverso il rafforzamento e la centralizzazione dei meccanismi di controllo sugli stessi mercati creditizi, la sottoposizione di banche ed imprese di investimento a *standards* prudenziali più stringenti, in attuazione del nuovo assetto regolamentare internazionale in materia di patrimonio e liquidità dettato dal pacchetto di Basilea III, l'introduzione di uno strumentario comune di risoluzione delle crisi bancarie.

Dall'analisi comparativa svolta in relazione all'articolazione amministrativa del SSM e del SRM, è emerso come l'Unione Bancaria descriva un sistema di attribuzione e ripartizione di funzioni particolarmente complesso, in quanto costruito sulla base di quello che è stato definito «un ordine giuridico a cascata, non gerarchico, ma ordinato in più piani»¹³⁵.

Lo stesso sistema multilivello di articolazione delle competenze, risulta, infatti, fondato sull'attribuzione ad autorità centrali europee esistenti o appositamente istituite, di funzioni di elaborazione di regole prudenziali, di supervisione operativa sulle banche e di risoluzione delle crisi di queste ultime e, nello stesso tempo, sull'impiego di moduli associativi e di cooperazione nella declinazione dei rapporti tra le

alcuna misura predisposta dall'autorità islandese. La Corte, esclusa qualunque responsabilità dello Stato per non avere assicurato che il fondo fosse capiente e capace di rimborsare i depositanti nei tempi previsti, ha affermato che il principio di non discriminazione non era stato violato nel caso di specie, in quanto il fondo non era stato azionato neppure per il rimborso dei depositanti islandesi. Altrettanto significativa, al riguardo, è la recente sentenza della Consulta austriaca del 3 luglio 2015 che ha dichiarato incostituzionale la legge nazionale sul bail-in perché, con riguardo alle obbligazioni subordinate, fissava una data dopo la quale il trattamento delle stesse sarebbe stato diverso, in tal modo configurandosi un'evidente disparità all'interno della medesima categoria di creditori. Cfr. Corte Costituzionale austriaca del 3 luglio 2015 (G239/2015), consultabile in www.ris.bka.gv.at.

¹³⁵ V. S. CASSESE, *op. cit.*, p. 19 e A. GARDELLA, *op. cit.*, p. 172.

stesse istituzioni amministrative europee ed una rete integrata di autorità nazionali di supervisione e di risoluzione.

Ferma restando tale fondamentale connotazione comune dei primi due pilastri dell'Unione bancaria in corso di attuazione, sempre dalla disamina svolta in precedenza in ordine ai rispettivi fondamentali principi strutturali, emergono le fondamentali diversità tra il SSM ed il SRM, dal punto di vista delle rispettive modalità di allocazione dei poteri tra livelli istituzionali coinvolti.

Da un lato, infatti, il regolamento istitutivo del SSM delinea una nuova figura di composizione dei poteri amministrativi nel panorama istituzionale europeo, strutturata allo scopo di organizzare e di coordinare l'esercizio congiunto delle funzioni di vigilanza bancaria a livello sovranazionale, attraverso la cooperazione costante tra livello centrale e locale e l'utilizzazione di moduli procedurali profondamente integrati.

Il carattere federale del meccanismo unico di vigilanza è rafforzato, tra l'altro, da un inedito movimento ascendente di penetrazione ed integrazione dei diritti nazionali all'interno dell'ordinamento sovranazionale, ove il diritto di ciascuno Stato membro va a completare il diritto sostanziale applicabile da un'istituzione europea, contribuendo così alla costruzione di un sistema giuridico unitario e fortemente integrato.

Di qui, la possibilità di parlare di un'intervenuta federalizzazione delle funzioni di vigilanza attraverso l'attribuzione alla BCE di poteri di supervisione diretta sulle banche maggiori, classificate come *significant*, oltre che di una generale funzione di supervisione sulle attività di vigilanza sulle banche *non significant*, da parte delle autorità nazionali.

Di contro, il sistema delineato dal Regolamento sul SRM, rimane connotato da un più marcato decentramento, che si manifesta tanto per effetto degli ampi margini di discrezionalità di cui le ANR dispongono su aspetti di fondamentale importanza, come le eccezioni e/o deroghe nel trattamento delle categorie da assoggettare al *bail-in*, nonché dei poteri, meno incisivi, che connotano le attribuzioni del SRB, quale vertice decisionale del medesimo meccanismo di risoluzione unico¹³⁶.

¹³⁶ M. TONVERONACHI, *L'unione bancaria europea. Di nuovo un disegno istituzionale incompleto*, *Mon. Cred.*, vol. 66, n. 264, 2013, p. 404.

La conseguente definizione dello stesso SRM, come un sistema decentrato con discrezionalità, induce a ritenere lo stesso come espressione di una logica intergovernativa di tipo confederale, piuttosto che federale, a sua volta conseguente alla volontà degli Stati di preservare più ampi margini di sovranità in relazione alla gestione degli stessi meccanismi di risoluzione e soprattutto al finanziamento degli stessi.

Ne consegue che il pluralismo amministrativo risultante dall'analisi istituzionale svolta in precedenza, diviene fondamentale elemento di qualificazione della struttura dei pilastri dell'Unione bancaria, in grado di contraddistinguere diversamente il livello di accentramento/decentramento, attuato nella divisione delle stesse funzioni di vigilanza e di risoluzione delle crisi bancarie, rispettivamente all'interno del SSM e del SRM.

A fronte, dunque, delle dinamiche centripete evidenziate dal processo di creazione di un *sistema unico* per la vigilanza e la risoluzione delle crisi in ambito bancario, nondimeno, sempre all'esito dell'analisi svolta, è emersa la permanenza di una serie di fattori in grado di ostacolare lo stesso percorso diretto ad assicurare condizioni di parità concorrenziale nel settore bancario in tutta Europa, con conseguente realizzazione di un mercato unico europeo dei servizi bancari.

Tra gli ostacoli predetti assumono rilievo essenziale quelli attinenti i persistenti problemi di coordinamento e sovrapposizione di funzioni tra autorità facenti parte del SRM e del SSM e del SEVIF, nonché i limiti dello stesso mandato di vigilanza conferito alla BCE (con particolare riferimento, ad es. ai problemi surrichiamati della vigilanza intersettoriale sui grandi conglomerati finanziari, nonché della divaricazione tra potestà regolamentare, spettante primariamente all'EBA e supervisione operativa sulle banche *significant*, attribuita alla BCE nell'ambito del SSM)¹³⁷.

Determinanti appaiono, in tal senso, anche le divergenze nel processo di armonizzazione della regolamentazione prudenziale, laddove il cammino verso il recepimento delle regole di Basilea III ha lasciato,

¹³⁷ I summenzionati problemi di coordinamento e sovrapposizione si ravvisano nel rapporto ambiguo se non proprio conflittuale, tra Banca centrale europea e Autorità bancaria europea, nonché in quelli tra Comitato esecutivo, il Consiglio direttivo e il Consiglio di vigilanza nell'ambito della BCE, nell'instabile equilibrio tra tecnicità delle decisioni e profili politici, e non da ultimo nell'assoggettabilità delle decisioni della BCE a un effettivo controllo giurisdizionale, indenne da un'eccessiva deferenza verso le scelte tecniche. A tal proposito M. P. CHITI E V. SANTORO, *op. cit.*, p. 25.

comunque, aperte una serie di differenze tra Stati in relazione all'implementazione degli stessi requisiti, sia dal punto di vista della tempistica e dell'ambito di applicazione di questi ultimi, che della definizione dei relativi contenuti (con particolare riferimento alla rilevata esistenza di margini di discrezionalità nella determinazione degli strumenti di capitale da computare nel capitale di vigilanza).

Le problematiche su esposte in relazione all'attuazione concreta del sistema di vigilanza unica sui mercati creditizi, non hanno lasciato indenne il SRM.

Ques'ultimo evidenzia, infatti, oltre che una complessità di articolazione dei poteri di gestione delle crisi bancarie addirittura superiore ai moduli propri del SSM (di qui i rischi che lo strumento evidenzi problematiche in punto di efficacia e tempestività nella relativa azione a fronte dell'urgenza delle tempistiche di gestione delle crisi bancarie), ulteriori difficoltà applicative dal punto di vista dell'impatto sui diritti di *shareholders* e soprattutto *stakeholders* coinvolti dalle stesse procedure di risoluzione.

Al di là delle resistenze nei confronti dell'applicazione dello strumento del *bail-in*, laddove quest'ultimo è suscettibile di colpire risparmiatori e imprese con conseguenti rischi di un contagio della crisi di una banca all'economia reale di un territorio (nella misura in cui lo stesso meccanismo va a toccare, oltre agli azionisti e gli obbligazionisti, anche i depositanti con depositi superiori ai € 100.000) è, infatti, la stessa complessa struttura, che connota il SRM, per le ragioni già esposte, ad essere aspramente criticata, tanto da spingere molti a ritenere necessario un nuovo intervento normativo da parte dell'Unione.

A fronte delle criticità predette, da parte degli stessi vertici delle autorità Europee si levano sempre più forti dei richiami alla necessità di interventi normativi ulteriori e più stringenti da adottare a livello europeo e che forzino le resistenze degli stati membri rispetto alla condivisione dei rischi.

Recentemente sul tema è ad es. intervenuto anche il Presidente dell'EBA, suggerendo la costituzione di un *Asset Management Company* (AMC), una sorta di *bad bank* europea, che consenta di gestire i

crediti deteriorati delle banche, convogliandoli in un istituto comune¹³⁸.

Ciò, in modo tale da consentire il recupero della redditività del capitale delle banche con una percentuale elevata di crediti deteriorati in portafoglio attraverso una «ricapitalizzazione precauzionale» (con conseguente pulizia dei rispettivi bilanci), in grado di sottrarre le stesse banche in crisi agli effetti della risoluzione e del *bail in*.

Alle proposte di correzione delle problematiche indotte dalle soluzioni già introdotte, si aggiunge, poi, la concorrente, generale necessità di proseguire nell'implementazione del disegno, non ancora portato a compimento, di realizzazione dell'Unione bancaria (richiamandosi, al riguardo, un'espressione calzante di Cassese, per cui «*gli spazi bianchi sono almeno altrettanti quanto quelli scritti*»¹³⁹).

Tanto in riferimento alla fondamentale, persistente assenza di un sistema integrato di condivisione dei rischi d'insolvenza delle banche, dovuta alle resistenze nei confronti della creazione di un comune sostegno (*back-stop*) fiscale al fondo di risoluzione, nonché dell'ultimo pilastro su cui l'Unione Bancaria dovrebbe strutturarsi, costituito dall'EDIS¹⁴⁰. Quest'ultima dovrebbe, infatti, costituire una struttura federale concepita per uniformare la regolamentazione e la tutela dei depositi, la cui piena configurazione è tuttavia attardata dalle persistenti resistenze di molti paesi europei.

Il timore di fondo è, anche in questo caso, che tale garanzia comune finisca per indebolire i necessari sforzi di ristrutturazione delle banche e diventi un veicolo di possibili trasferimenti ai paesi debitori¹⁴¹.

Di qui, la persistente incompletezza dello stesso processo di integrazione in corso di implementazione attraverso la creazione dell'Unione bancaria, quale conseguenza del permanere della dialettica

¹³⁸ F. FUBINI, *Il presidente dell'Eba Andrea Enria: «L'Europa salvaguardi i risparmiatori e aiuti le banche sui crediti difficili»*, intervista al Presidente dell'EBA, Andrea Enria, in *Il Corriere della Sera*, del 5 febbraio 2017.

¹³⁹ M. LAMANDINI, *op. cit.*, p. 33.

¹⁴⁰ Il 24 novembre 2015 la Commissione, in attuazione di quanto l'Unione si era già proposta dal 2012, ha adottato la "Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il Regolamento (UE) n. 806/2014 al fine di istituire un sistema europeo di assicurazione dei depositi". L'obiettivo della proposta di regolamento e del sistema EDIS, che si intende introdurre è quello di garantire i depositi dei cittadini a livello di zona euro, obiettivo questo che non viene in considerazione come fine a se stesso, ma come elemento indispensabile a garantire la stabilità finanziaria dell'Unione.

¹⁴¹ M. P. CHITI E V. SANTORO, *Introduzione ...*, cit p. 50.

ca tensione tra la necessità, indotta dagli effetti sistemici prodotti dalla crisi finanziaria, di introdurre uno strumentario europeo comune in materia di vigilanza e risoluzione delle crisi bancarie e la permanente volontà degli Stati di non spogliarsi di rilevanti ambiti di sovranità nello stesso governo dei rispettivi sistemi creditizi.

PARTE II
SAGGI E ARTICOLI

LE MAGGIORANZE SPECIALI

PRIME NOTE^(*)

di Antonio Ignazio Arena

SOMMARIO: 1. *Premesse di carattere storico e teorico: l'origine delle maggioranze speciali come rimedio agli inconvenienti dell'unanimità (e non della maggioranza semplice);* 2. *Maggioranze speciali e votazione (come prerogativa esclusiva): cenni;* 3. *Dall'onore degli antichi alla dignità dei moderni: antropocentrismo e principio di maggioranza;* 4. *Maggioranze speciali, una tradizione e non una teoria (ovvero sulla dubbia legittimità delle maggioranze speciali sul piano teorico-pratico e sulla necessità di abbandonare tale piano per comprendere le maggioranze speciali dal punto di vista giuridico);* 5. *Maggioranze speciali ed ordinamento costituzionale, prime considerazioni a partire dall'art. 64 della Costituzione (ovvero sull'impossibilità di riferire l'articolo 64, III comma, Cost. a tutte le decisioni parlamentari: ostacolo ad una ricostruzione unitaria del senso delle maggioranze speciali?);* 6. *Alla ricerca di un senso comune per le maggioranze speciali (che non è la tutela delle minoranze);* 7. *Dall'unanimità alla maggioranza speciale, un processo storico che, nonostante tutto, si ripete;* 8. *Conclusioni.*

1. Premesse di carattere storico e teorico: l'origine delle maggioranze speciali come rimedio agli inconvenienti dell'unanimità (e non della maggioranza semplice)

Il primo uso documentato della maggioranza speciale nella tradizione giuridica occidentale sembra potersi rinvenire nella *lex repetundarum* (123-122 a.C.). Si trattava di una legge relativa ai procedimenti giudiziari per i casi di concussione. La maggioranza speciale era prevista nel contesto della *ampliatio*, vale a dire la richiesta da parte dei giurati di una nuova udienza se, dopo la prima, non si fossero ritenuti nelle condizioni di rendere il verdetto. Richiesta che – stabiliva la nuova legge – poteva essere accolta solo se avanzata da più di un terzo

* In questo scritto l'autore anticipa tesi che costituiscono parte di un più ampio lavoro, in corso di elaborazione, sul principio di maggioranza, dal punto di vista storico, teorico e dogmatico.

dei giurati. Sebbene la maggioranza qualificata (due terzi) fosse necessaria a dimostrare la presenza di informazioni adeguate per prendere una decisione, la maggioranza semplice era considerata sufficiente per dichiarare la colpevolezza dell'imputato¹.

In generale, i romani prediligevano le decisioni a semplice maggioranza (il loro ordinamento giuridico aveva una caratterizzazione fortemente maggioritaria): proprio nella prassi e nella cultura dell'antica Roma venne a delinarsi l'idea per la quale *refertur ad universos quod publicae fit per majorem partem* (Ulpiano)². Pertanto i *quorum* qualificati non potevano avere grande spazio. Inoltre, come ha osservato la dottrina, i romani «ebbero il concetto di *maior pars*, del maggior numero, quale regola per dirimere le disparità di posizioni [...] Ma [...] se elevarono il principio di maggioranza a *regula iuris*, non ne fecero una dottrina politica, né in epoca repubblicana né, tanto meno, in epoca imperiale»³.

La vera e propria età dell'oro della maggioranza qualificata ebbe inizio dopo la fine dell'età antica, nel medioevo. Secondo Ruffini Avondo «il Medioevo barbarico non ammise che deliberazioni ed elezioni unanimi, poiché la mentalità primitiva, non riuscendo a ravvisare nelle assemblee che la somma dei singoli, non concepì volontà collettiva se non coincidente con quella di tutti i singoli»⁴. La Chiesa avrebbe tenuto fermo per ragioni mistiche questo stesso principio, abbandonandolo in favore di quello maggioritario dopo l'anno Mille. Le maggioranze speciali sembrerebbero quindi da concepirsi come espressione del principio maggioritario, contrapposto al giuridicamente poco raffinato criterio dell'unanimità. Nella nostra civiltà giuridica, però, il principio unanimistico non ha a che vedere soltanto con gli usi germanici, ma deriva anche dalla visione ebraica della comunità riversatasi

¹ M. SCHWARTZBERG, *Counting the Many. The origins and the limits of overmajority rule*, Cambridge, 2014, 44 ss.

² L. ORNAGHI, *Maggioranza, principio di*, in *Enc. Fil.*, vol. VII, Milano, 2006, 6901 ss.

³ F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna, 2007, 22-23. Più oltre (p. 27) il chiaro Autore ammonisce: «Non sorprenda il fatto che la transizione lessicale da *maior pars* a *maioritas* si sia compiuta in epoca tarda e non abbia mai assunto, nella romanità, il pregnante significato moderno. *Maiores* corrisponde a ciò che, nei termini dell'analisi del linguaggio, si definisce come una ipostasi: una data quantità (la *maior pars*) di una data sostanza (l'*universitas civium*) viene elevata essa stessa a sostanza, avente una propria identità, distinta da quella della sostanza base».

⁴ E. RUFFINI AVONDO, voce *Maggioranza*, in *Enciclopedia Italiana*, Roma, 1934, in treccani.it/enciclopedia/maggioranza, 1.

nel cristianesimo e nell'organizzazione della Chiesa fin dai suoi albori. Come noto, «nel giudaismo, religione e popolo costituiscono un binomio indissolubile [...] L'insegnamento fondamentale del giudaismo in quanto religione è in genere identificato nel suo *monoteismo* etico e nella particolare concezione della *storia* che ne consegue»⁵.

Per esemplificare, gli apostoli non decidevano a maggioranza, e quando risultava impossibile l'accordo unanime (per esempio allorché si trattò di scegliere il successore di Giuda Iscariota, Mattia) non fecero ricorso ad un'elezione, ma si rimisero ad un sorteggio⁶. Di fatto il diritto canonico fu dominato dal principio unanimistico per oltre undici secoli. Il suo superamento risale al XII secolo, in favore del principio della *maior et sanior pars*. La decisione non veniva affidata semplicemente ad una maggioranza determinata quantitativamente (*maior pars*). I voti, oltre che essere contati, dovevano essere pesati, giudicati qualitativamente (*sanior pars*)⁷. Questo poteva farlo solo un'autorità superiore, su istanza della *minor pars* cui spettava l'onere di provare la non coincidenza tra *maior* e *sanior pars*. Pertanto, in assenza di un'autorità superiore alla quale rivolgersi, rimaneva vigente il criterio della decisione all'unanimità.

Il principio della *maior et sanior pars* non è ancora quello della maggioranza speciale, ma il passo tra l'uno e l'altro è breve. Fu compiuto in occasione del terzo Concilio Lateranense del 1179 in relazione alla decisione più importante del mondo medievale, l'elezione del Vescovo di Roma. Mancando in questo caso un'autorità in grado di pesare qualitativamente i voti, si stabilì che la *sanior pars* sarebbe coincisa proprio con la *maior pars*... ma qualificata (cioè dei due ter-

⁵ G. FILORAMO, *Giudaismo*, in G. FILORAMO, M. MASSENZIO, M. RAVERI, P. SCARPI, *Manuale di storia delle religioni*, Roma-Bari, 2009, 174 ss. (miei i corsivi).

⁶ Negli *Atti degli Apostoli* (1, 15-26) si legge che Pietro, nei giorni seguenti l'ascensione, «levatosi in mezzo ai fratelli, riunite insieme circa centoventi persone», propose di scegliere uno tra i componenti dell'assemblea come nuovo membro del collegio apostolico. Ne furono proposti due, Giuseppe (chiamato Barsabba) e Mattia, il quale fu sorteggiato ed aggregato agli altri undici apostoli.

⁷ R. FOREVILLE - J. ROUSSET DE PINA, *Storia della Chiesa*, vol. IX/2, *Dal primo Concilio Lateranense all'avvento di Innocenzo III (1123-1198)*, trad. it. a cura di G. Picasso, Roma-Torino, 1984, 617 ss. Secondo F. GALGANO (*op. cit.*, 213 ss.) negli ultimi decenni statteremmo assistendo ad una riviviscenza del principio della *pars valentior* o *sanior*. Il principio maggioritario sarebbe oggi messo in crisi in campo politico dalla tecnocrazia. In campo economico, invece, sarebbe il managerialismo ad esautorare le prerogative delle assemblee societarie.

zi)⁸. Il terzo Concilio Generale del Laterano doveva liquidare lo scisma del 1159 e scongiurare il ritorno. Si trattava di una vicenda che aveva lacerato la Chiesa per due decenni. Nel 1159 “venivano eletti” due pontefici: Alessandro III (il più votato) e Vittore IV (supportato da una esigua minoranza, ma che per primo – invero rocambolescamente – aveva vestito il manto papale). Nel 1160 la questione veniva rimessa all’imperatore Federico Barbarossa, ma il Concilio di Padova (che si esprimeva a favore di Vittore IV e scomunicava Alessandro III) fu presto autorevolmente definito «parodia di una rispettabile assemblea» (Giovanni di Salisbury)⁹.

Neppure la morte di uno dei due contendenti, Vittore IV, mise fine alla storica disputa che continuò fin quando l’imperatore, ritornando sui suoi passi, nel 1177 si riconciliò con Alessandro III. Questi, dopo lunghe e tormentate vicende, faceva ritorno, in via definitiva, a Roma nel 1178 e tre anni più tardi moriva, dopo aver dato alla Chiesa (e per il tramite di essa consegnato alla nostra tradizione giuridica) il superamento del principio unanimistico¹⁰. È stato giustamente osservato¹¹ che la maggioranza speciale venne introdotta per ovviare agli inconvenienti dell’unanimità, o in altri termini per superare la “debolezza” della procedura tradizionale. Infatti «il diritto canonico subordinava a preoccupazioni morali e religiose le semplificazioni giuridiche che sembrano oggi più naturali [...] esso non accordava ciecamente la preferenza a chi era stato scelto dal maggior numero. Il suo uso ripugnava ancora al vertice come alla base della gerarchia».

Con il Concilio di Lione la regola dei due terzi fu estesa a tutte le elezioni di diritto canonico. L’identificazione della *maior pars* con la *sanior* continuò ad ammettere la prova contraria fino al Concilio di Trento (1563), nell’ambito del quale venne eliminata con l’introduzione dello scrutinio segreto¹². Perché dunque l’unanimità

⁸ M. SCHWARTZBERG, *op. cit.*, 49 ss.

⁹ Sullo scisma del 1159 v. R. FOREVILLE - J. ROUSSET DE PINA, *op. cit.*, 473 ss.; la citazione di Giovanni di Salisbury è riportata a p. 483.

¹⁰ Su questi temi v. K. BIHLMAYER - H. TUECHLE, *Storia della Chiesa*, vol. II, *Il Medioevo*, trad. it. a cura di I. Rogger, Morcelliana, Brescia, 1996, 196 ss.

¹¹ R. FOREVILLE - J. ROUSSET DE PINA, *op. cit.*, 476.

¹² La norma in questione è vigente ancor oggi nell’ordinamento della Chiesa «e fu solo leggermente ritoccata da Pio XII e da Paolo VI»; cfr. J. LORTZ, *Storia della Chiesa, considerata in prospettiva di storia delle idee*, vol. I, *Antichità e medioevo*, trad. it. a cura di B. Ulianich, Milano, 1987, 500. Di essa si legge oggi nella costituzione apostolica *Universi*

venne abbandonata? Essa aveva dato luogo ad inconvenienti di varia natura, tra i quali spicca la possibilità per ciascuno dei componenti del collegio di esercitare un vero e proprio potere di veto e così bloccare il funzionamento dell'intero organo. Per questa ed altre ragioni fu introdotta la maggioranza speciale, che dunque non nasce e non è nella nostra civiltà giuridica un rimedio agli inconvenienti della maggioranza semplice, ma a quelli dell'unanimità¹³.

La sua funzione originaria non fu la tutela delle minoranze. Il Concilio del 1179 doveva manifestare in modo evidente che la Chiesa aveva ritrovato la sua unità sotto la piena autorità del Papa. Si trattava di bilanciare l'esigenza della più ampia condivisione possibile della scelta con quella di evitare spaccature ogni volta che ci fossero stati dissensi¹⁴. Non mi pare si possa davvero dire che la Chiesa abbandonò l'unanimità per abbracciare il principio maggioritario. La Chiesa scelse piuttosto di modificare un principio che aveva profonde implicazioni religiose per indifferibili esigenze pratiche. Le maggioranze speciali avrebbero dovuto acquisire (quasi) lo stesso significato dell'unanimità, ne rappresentavano un surrogato. Sarebbe ben strano immaginare una transizione dall'unanimità alle maggioranze speciali giustificata dalla esigenza di tutelare le minoranze. La posizione di ciascuno dei componenti un collegio, a seguito di tale innovazione, peggiora perché non è più possibile per essi esercitare un diritto di veto. Il senso originario delle maggioranze speciali può dunque riassumersi nel passaggio dal "Decidiamo tutti assieme a qualsiasi costo" al "Decidiamo tutti assieme nei limiti del possibile".

Dominici Gregis promulgata da Papa Giovanni Paolo II e modificata nel 2007 durante il pontificato di Benedetto XVI.

¹³ Il terzo Concilio Lateranense fu inaugurato da Alessandro III, ricordato anche come il "papa giurista", ed il discorso introduttivo fu affidato all'allora Vescovo di Assisi, *magister* Rufino, uno dei canonisti più preparati del suo tempo: il risultato dei lavori fu condensato in ventisette canoni. Cfr. H. WOLTER - H.G. BECK, *Civitas Medievale, La scolastica – Gli ordini mendicanti (XII-XIV sec.)*, in H. JEDIN (a cura di), *Storia della Chiesa* (1968), vol. V/1, trad. it. a cura di E. Guerriero, Milano, 1993, 78 ss.

¹⁴ Si veda A. VAUCHEZ, *Apogeo del papato ed espansione della cristianità (1054-1274)*, trad. it. a cura di A. Vasina e P. Petrucci, in J.-M. MAYEUR, C. PIETRI, L. PIETRI, A. VAUCHEZ, M. VENARD (a cura di), *Storia del cristianesimo. Religione – Politica – Cultura*, ed. it. a cura di G. Albengo, Roma, 1997, 215 ss.

2. Maggioranze speciali e votazione (come prerogativa esclusiva): cenni

Che si decida a maggioranza semplice, a maggioranza speciale o all'unanimità si pone comunque in essere uno stesso comportamento: votare.

Votare è comunemente considerato il comportamento democratico per eccellenza. In realtà questa pratica – che non a caso si addice ancor oggi solo a soggetti riconosciuti titolari di “particolari qualità” – nasce come aristocratica. Nella società dell'antica Grecia le decisioni erano prese in origine per acclamazione. L'Iliade lo testimonia e può aiutarci a comprendere in che contesto si passò dall'acclamazione alla votazione¹⁵. Si prenda in esame la figura di Nestore, l'uomo saggio per antonomasia. Due erano i luoghi in cui questo anziano eroe poteva partecipare alle decisioni collettive: il Consiglio e l'Assemblea. E le differenti sedi esigevano *modus agendi* contrapposti, da parte sua e dell'uditorio. Davanti all'Assemblea, dalla composizione in prevalenza popolare (si trattava per lo più di soldati), il saggio Nestore è anzitutto un re, i suoi pensieri esigono silenzio ed obbedienza (Libro, II, 77). Nel Consiglio, invece, Nestore è saggio in mezzo ai saggi (Libro IX, 94): le sue opinioni devono essere soppesate attentamente e le sue parole accuratamente ascoltate. In questo caso la decisione collettiva si forma attraverso il confronto tra opinioni espresse da persone alle quali viene riconosciuto il medesimo onore (non tutti infatti prendono parte al Consiglio).

Più tardi furono proprio i consigli a divenire la sede della storica transizione alle votazioni, la culla delle decisioni a maggioranza. Si pensi, *in primis*, alla γερουσία (*gherusia*), il consiglio degli anziani di Sparta. Questo organo era composto da trenta saggi. Ad eccezione dei due re, gli altri venivano eletti dall'Assemblea, la ἀπέλλα (*apella*), mediante l'antico metodo dell'acclamazione. I geronti decidevano votando. Il circolo di considerazione e rispetto, l'eguale capacità di giudizio, la condivisione dello stesso grado di onore, questo consentiva di contare i voti e di accettare il verdetto della conta¹⁶. Anche l'Areopago ateniese pare decidesse a maggioranza. E proprio ad Atene si ebbe, per la prima volta, un significativo allargamento del cerchio dei soggetti

¹⁵ Sul punto v. M. SCHWARTZBERG, *op. cit.*, 21-22.

¹⁶ *Ibidem*, 25 ss.

giudicati idonei a partecipare alla votazione. Questo ampliamento del novero degli aventi voce in capitolo ebbe il suo apice nella giustamente celebrata (ma da non mitizzare) esperienza democratica ateniese del V secolo. Anche in quel contesto, come in ogni altro che sia dato esaminare fin oggi, il voto mantenne una caratterizzazione esclusiva¹⁷.

Nel mondo antico chi non ha dignità (o, se si preferisce, onore) non vota, la sua opinione si può perdere nella confusione della folla. Al contrario chi vota si vede riconosciuto un onore. Nella nostra civiltà votare significa che ciascuno riconosce (almeno relativamente alla questione da decidere) il peso della propria opinione, dignità, onore pari a quello di tutti gli altri votanti. Nell'Atene del V secolo a.C. a votare erano quanti ritenuti capaci di esercitare le proprie facoltà abbastanza bene da poter prendere parte alla vita politica della città. Secondo la mentalità dell'epoca questo comportava l'esclusione delle donne, degli schiavi, dei meteci. Eppure, come già si è accennato, l'allargamento del cerchio dei soggetti giudicati idonei – in raffronto ai tempi omerici – fu notevole e va valutato non solo in termini quantitativi, cioè di incremento del numero di soggetti ritenuti meritevoli, ma anche qualitativi, di sviluppo “di ciò che sta in mezzo al cerchio” (l'idea di bene comune). Il luogo, il centro verso cui si rivolgevano i discorsi diventava così idea, κοινόν ἀγαθόν (*koinon agathon*)¹⁸.

L'onore che legittimava un uomo alla partecipazione politica nel mondo antico è un concetto che supera indenne il medioevo, nel quale si era saldato all'etica cavalleresca ed ai particolarismi di stampo feudale. Nel XVIII secolo Montesquieu può definire l'onore la virtù cardine della monarchia. La natura dell'onore, spiega il francese, è quella di «richiedere preferenze e distinzioni»¹⁹. Nel mondo antico, come nell'*Ancien Régime*, esso si lega all'appartenenza sociale. L'onore è uguale solo tra soggetti che se lo vedono riconosciuto in pari grado e non avrebbe senso se non ci fossero soggetti da esso esclusi. Che si tratti di deliberare con un *quorum* qualificato o meno, il contare i voti implica un processo compiuto di reciproco riconoscimento di onore, una vicendevole attribuzione di patenti di legittimità.

¹⁷ M.L. SALVADORI, *Democrazie senza democrazia*, Roma-Bari, 2009, 12.

¹⁸ F. JULLIEN, *L'universale e il comune*, trad. it. a cura di B. Piccioli Fioroni e A. De Michele, Roma-Bari, 2010, 27 ss.

¹⁹ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, trad. it. a cura di B. Boffito Serra, Milano, 2004, 173.

A partire dal XVIII secolo il crollo delle gerarchie sociali che costituivano un tempo la base dell'onore determinò l'esigenza di configurarlo diversamente. L'onore degli antichi si legava alla disuguaglianza: perché qualcuno avesse onore in questo senso, era necessario che non l'avessero tutti. Ad una simile concezione del valore personale si contrappose quella moderna di dignità dell'uomo, che oggi usiamo in senso universalistico ed egualitario²⁰. Sebbene essa presenti degli elementi di assoluta novità, è indubbio che il rischiaramento operato dai Lumi sia debitore del mondo antico, della sua storia e della sua filosofia.

3. Dall'onore degli antichi alla dignità dei moderni: antropocentrismo e principio di maggioranza

Occorre ricordare, sia pure in estrema sintesi, come il volto del voto sia cambiato negli ultimi secoli, l'onore degli antichi si sia trasformato nella dignità dei moderni.

Nel basso medioevo inizia a riaffiorare una dimensione culturale ed economica antropocentrica, dopo secoli reicentrici, nei quali si era affermato il primato della terra, del sangue, del tempo, vale a dire di forze primordiali che minimizzavano il contributo del singolo, elevando a protagonista dell'esperienza (anche giuridica) la natura delle cose ed il gruppo²¹.

La decisione a maggioranza implica una concezione esistenziale in virtù della quale l'uomo possa riconoscersi come artefice del proprio destino, in grado di incidere sul corso degli avvenimenti storici e di esserne protagonista. Non è quindi casuale se la rinascita delle deliberazioni a maggioranza si sia accompagnata alla graduale riscoperta della cultura classica²². È nella civiltà comunale (che precede e prepa-

²⁰ C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, in J. HABERMAS-C. TAYLOR, *Multiculturalismo*, trad. it. a cura di L. Ceppa e G. Rigamonti, Milano, 2008, 11.

²¹ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2009, 18 ss.

²² Osserva in proposito H.J. BERMAN (*Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge (Mass.)-London, 1983, 3) come la lettura del mondo classico cui i moderni si ispirarono sia cosa diversa dalla classicità qual era in sé e per sé. Alla base della tradizione giuridica occidentale non vi è semplicemente la cultura greca o latina (o prima ancora giudaica), ma il fare ritorno dei popoli europei a quel patrimonio storico per trarne ispirazione, e cioè un processo di inevitabile trasformazione di quest'ultimo; come tale non privo di elementi fortemente innovativi. Il libro dell'eminente Autore, qui

ra quella umanistica) e nella Riforma protestante che è possibile scorgere le vere e proprie radici del principio maggioritario nell'epoca moderna.

Nei comuni italiani, e più in generale europei, si ebbe lo sviluppo di nuclei di potere almeno inizialmente autonomi rispetto alla gerarchia ecclesiale ed imperiale. Essi nacquero come associazioni private tra cittadini per affermare le loro rivendicazioni nei confronti del signore feudale. Benché l'origine dei comuni sia tra le questioni storiche più controverse, se non altro per le differenze che si possono riscontrare avendo riguardo ai diversi contesti geografici, c'è tuttavia un elemento ricorrente: il comune si afferma sempre in contrapposizione, esplicita o implicita, alle vecchie autorità feudali, è espressione di forze sociali emergenti. Si innesca così un meccanismo di partecipazione dal basso che, è possibile dire col senno di poi, avrebbe contribuito al delinarsi dell'ideale democratico moderno. Si è osservato, ad esempio, che «i primi *scioperi* fanno capolino nella seconda metà del Duecento, e hanno come teatro la Francia settentrionale e la Fiandra [...] Le sommosse, le rivolte urbane si moltiplicano, e nel 1378 scoppia a Firenze una grande rivolta “operaia”: il tumulto dei Ciompi. È l'inizio della tradizione europea delle ribellioni urbane e dei movimenti rivoluzionari delle città»²³.

Occorre sottolineare che nell'organizzazione comunale, nella quale si decideva votando, i cittadini di pieno diritto erano una minoranza rispetto all'insieme della popolazione; inoltre il cuore del diritto dell'epoca non poteva certo esprimersi in queste votazioni. Rimaneva preponderante il ruolo della giuridicità dal basso, degli usi e delle consuetudini che costituivano un limite alle prerogative dei sovrani (quegli stessi che, intesi come supreme potestà soggettive di comando, si spera abbiano terminato la loro parabola nel XX secolo, con l'affermazione della democrazia costituzionale)²⁴. Come osservato da una illustre dottrina, ancora sul finire del XVI secolo, Bodin, per esprimere la giuridicità dei suoi tempi, non poteva limitarsi a fare rife-

citato, venne completato con un secondo volume (del quale soltanto dispongo in lingua italiana: v. nota n. 26) pubblicato venti anni più tardi, nel 2003.

²³ J. LE GOFF, *Il Medioevo. Alle origini dell'identità europea*, trad. it. a cura di D. Quagliani, Roma-Bari, 2011, 53.

²⁴ G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005, 110 ss.

rimento alla legge, espressione della volontà del re, ma accanto ad essa doveva annoverare il diritto, figlio dei costumi e dell'equità soggiacente alle cose²⁵.

Quanto alla Riforma protestante (la seconda delle radici del moderno principio maggioritario), suo tratto distintivo fu la difesa della libertà di coscienza. Si assistette al moltiplicarsi delle Chiese riformate, alla transizione dal principio "Tutti assieme" a quello "Ciascuno a modo proprio". Di fronte ad una spaccatura considerata insanabile, nell'ottica protestante (e prim'ancora delle popolazioni germaniche), molto semplicemente ci si divide (almeno che non si decida di combattere). Nella maggior parte dei casi anche le Chiese riformate trovano una loro stabilità. La cultura protestante (pure non esente da derive intolleranti, non diversamente da quella cattolica) alimentò la convinzione che occorresse rafforzare lo spazio della libertà individuale e limitare il potere delle collettività (ecclesiali, e poi anche statali) sul singolo²⁶. Ciò che si riscontra soprattutto in Inghilterra.

Il diritto non scritto costituiva, almeno oltremontana, il principale baluardo ai possibili abusi della Corona. L'esercizio della funzione legislativa – e quindi l'applicazione del principio maggioritario – rimase, invece, seppur con alcune significative eccezioni, piuttosto timido fino alla fine della seconda guerra mondiale²⁷. Soltanto dopo la grande rivoluzione e la conseguente restaurazione, il nuovo punto di equilibrio dell'architettura istituzionale inglese divenne un'assemblea. Si trattava della Camera dei Pari, la quale dovette cedere più tardi il passo alla Camera dei Comuni. In un certo senso il primato della Camera dei Comuni ebbe inizio qualche decennio dopo, a seguito della seconda rivoluzione, sebbene si sia pienamente compiuto solo nel secolo scorso. Indubbiamente il *Bill of Rights* (1689) rafforzava il ruolo del Parlamento, limitando le prerogative regie. Da allora in poi, nell'ordinamento giuridico britannico, il Legislativo crebbe in importanza, ma – se così si può dire – non a scapito delle consuetudini.

In Francia il principio maggioritario poteva cominciare ad affermarsi soltanto sul finire del XVIII secolo e per effetto dei moti rivoluzionari (infatti le consuetudini avevano fallito nel limitare le preroga-

²⁵ P. GROSSI, *op. cit.*, 78.

²⁶ H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, Bologna, 2010, 123 ss.

²⁷ A. TORRE, *Il Regno Unito*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2010, 63 ss.

tive regie ed erano ormai percepite come fonte di oppressione). L'assemblea degli ordini convocata nel 1788 da Luigi XVI non assomigliava neppure lontanamente al Parlamento inglese. Si può ben dire che le polemiche sulle modalità deliberative di quest'organo abbiano dato avvio al sessennio rivoluzionario francese: in fin dei conti, la rivoluzione ha avuto inizio anche come rivendicazione di una eguale dignità in materia di decisioni pubbliche, al di là della appartenenza sociale: «La rivoluzione del 1789 non fu, nella sua essenza, una rivoluzione sociale ma una rivoluzione politica [...] Il grande problema della Francia consisteva nel ritardo delle istituzioni in rapporto alle realtà economiche. L'idea di una eguaglianza civile fondata sui diritti naturali, accreditata dai filosofi, seduceva naturalmente una borghesia attiva e in piena ascesa»²⁸. La storia del principio maggioritario si lega immancabilmente, nell'Europa continentale, all'affermazione del principio di eguaglianza e alla concretizzazione politica degli ideali illuministici.

Anche dall'altra parte dell'Oceano Atlantico la guerra d'indipendenza condotta dalle colonie nordamericane nei confronti della madrepatria nasceva dall'impossibilità di accettare delle decisioni sulla cui formazione i destinatari delle stesse non erano stati chiamati ad esprimersi. Anche in questo caso veniva dunque rivendicato il diritto di decidere delle proprie sorti che abbiamo visto essere storicamente a fondamento del principio di maggioranza. A scorrere le Costituzioni dei neonati Stati nordamericani, dappertutto si ritrova che il corpo politico è formato da un'associazione volontaria di individui per mezzo di un contratto sociale: «In America le leggi naturali, tanto discusse dalla metà del Seicento, diventavano leggi della società civile»²⁹.

Nel Vecchio Continente l'affermazione del principio di eguaglianza aveva subito clamorose battute d'arresto già ai tempi della rivoluzione del 1790-91 e ancora nel corso dei decenni successivi agli eventi rivoluzionari. Si prenda ad esempio l'approvazione della Costituzione francese del 1830 che prevedeva un bicameralismo perfetto con tripartizione del potere legislativo tra Camera elettiva, Camera dei Pari e Re. Quanto alla Camera elettiva fu configurata per legge una rappre-

²⁸ M. MOURRE, voce *Francia*, in *Dizionario di storia universale*, Milano, 1973, 827.

²⁹ Z. STERNHELL, *Contro l'Illuminismo. Dal XVIII secolo alla guerra fredda*, trad. it. a cura di M. Giuffredi, I. La Fatta, Milano, 2007, 251.

sentanza parlamentare censitaria. La Camera dei Pari aveva invece una configurazione ereditaria. In occasione della discussione sul progetto di legge tendente a regolare l'esercizio del potere regio di nominare i Pari, vincolandolo agli appartenenti ai ceti benestanti, la dottrina dell'epoca si esprimeva contro il suffragio universale. Rovesciato l'Antico Regime, e scongiurati i rischi di quella che agli occhi dell'aristocrazia del tempo era la più terribile tra le tirannie, occorreva limitare gli effetti degli ideali universalistici ed egualitari³⁰.

Il processo attraverso il quale l'opinione pubblica finiva per rappresentare finalmente se stessa comportava, in quella fase, l'individuazione di nuove barriere all'ingresso. Queste dovevano essere concepite in modo nuovo, e formalmente ossequioso della diversa configurazione dei rapporti umani ispirati ad una assiologia egualitaria. Il processo di democratizzazione della discussione pubblica iniziato nei caffè del XVIII secolo proseguiva nelle aule dei Parlamenti, lasciando solo intravedere la possibilità di un tracollo istituzionale per effetto dell'irrompere sulla scena delle masse organizzate in partito³¹.

Solo nel XX secolo la configurazione "monoclasse" della rappresentanza politica poté essere superata in un sistema istituzionale contraddistinto dalla separazione dei poteri e dalla tutela dei diritti, in special modo delle minoranze. Kelsen³² ha sostenuto che la produzione delle leggi da parte del Parlamento deve essere espressione della maggioranza politica di turno, ma al tempo stesso deve adeguatamente tenere conto degli interessi della minoranza. Questo tipo di "compromesso" esprime quella superiore sintesi in cui risiede, secondo il giurista praghese, il più profondo significato della democrazia: «Il principio di maggioranza non si identifica affatto con la signoria assoluta della maggioranza, con la dittatura della maggioranza sulla minoranza. La maggioranza presuppone per definizione l'esistenza di una minoranza [...] Se la minoranza non è eliminata dal procedimento con cui viene creato l'ordine sociale, c'è sempre la possibilità che la minoranza influenzi la volontà della maggioranza. È quindi possibile impedire, in una certa misura, che il contenuto dell'ordinamento sociale deter-

³⁰ G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, 2007, 135 ss.

³¹ J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, trad. it. a cura di A. Illuminati, F. Masini, W. Peretta, Roma-Bari, 2005, 99 ss.

³² H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, trad. it. a cura di S. Cotta, G. Treves, Milano, 1952, 290 ss.

minato dalla maggioranza sia in opposizione assoluta con gli interessi della minoranza. Questo è un elemento caratteristico della democrazia»³³.

Kelsen ha mostrato come il principio di maggioranza sia quello meglio compatibile con la libertà dei singoli. Il suo principale effetto è la (almeno tendenziale) distinzione dei rappresentanti del popolo in due gruppi. Questi due gruppi esercitano tra loro vicendevoli influssi, favoriti dalla configurazione stessa delle procedure parlamentari. Tanto che bisognerebbe discutere non semplicemente di principio di maggioranza, ma di maggioranza e minoranza, di accomodamento tra diversi antagonismi politici: «Il massimo grado di libertà individuale possibile, e cioè la maggior approssimazione possibile all'ideale di autodeterminazione che sia compatibile con l'esistenza di un ordinamento sociale, è garantito dal principio che un mutamento dell'ordinamento sociale richiede il consenso della maggioranza semplice di coloro che vi sono soggetti»³⁴.

Il *fil rouge* che lega antropocentrismo rinascimentale, liberalismo politico, egualitarismo settecentesco, rivendicazioni dei partiti di massa e tutela costituzionale delle minoranze spiega quella che potremmo definire la “trasfigurazione”, o se si preferisce la “metamorfosi”, delle maggioranze speciali. Esse vengono ora intese come eccezioni al principio del consenso della semplice maggioranza e possono trovare giustificazione solo perché preordinate alla tutela delle minoranze. Solo questo “le salva” dalla “condanna per anti-democraticità”. In una assemblea legislativa nella quale si fronteggiano una maggioranza ed una opposizione, in linea di massima, il *quorum* speciale obbliga al compromesso. Dico “in linea di massima” in quanto ovviamente tutto dipende dalla consistenza numerica della maggioranza di turno. Le maggioranze speciali non nascono come strumenti di tutela delle minoranze, ma è così che vengono concepite oggi.

³³ *Ibidem*, 292.

³⁴ *Ibidem*, 291.

4. Maggioranze speciali, una tradizione e non una teoria (ovvero sulla dubbia legittimità delle maggioranze speciali sul piano teorico-pratico e sulla necessità di abbandonare tale piano per comprendere le maggioranze speciali dal punto di vista giuridico)

È impossibile comprendere il motivo per il quale le carte fondamentali delle democrazie contemporanee prevedano *quorum* speciali senza assumere una prospettiva storica. A nulla servirebbe provare a concepirli come logico corollario di una qualsiasi dottrina della Costituzione ideale. Può essere d'aiuto riferirsi agli insegnamenti di Locke in proposito. Nell'ottica del razionalismo moderno, con una significativa eccezione (sulla quale tra breve), i fondamentali principi di giustizia si definiscono a partire da una procedura di scelta unanime. Giusto è ciò che deve poter essere razionalmente considerato tale da chiunque. Una volta stabiliti i principi fondamentali, la società politica si governerà sulla base del principio maggioritario. A maggioranza è possibile decidere qualsiasi cosa, fuorché violare i principi fondamentali. È possibile anche stabilire che in alcuni casi si debba deliberare con *quorum* qualificati. Secondo Locke, il principio di maggioranza si fonda sulla legge di ragione la quale prescrive che tutti gli uomini sono per natura liberi, uguali e indipendenti, cosicché «nessuno può essere tolto da questa considerazione e assoggettato al potere politico di un altro senza il suo consenso»³⁵. È l'eguaglianza tra gli uomini a suggerire che, una volta costituita la comunità politica, «la maggioranza ha il diritto di deliberare e decidere per il resto». Questo, precisa Locke, «a meno che abbiano espressamente convenuto un numero maggiore che la maggioranza»³⁶.

Non molto diversamente si esprime Rousseau: «La differenza di un solo voto rompe l'eguaglianza; un solo oppositore rompe l'unanimità; ma tra l'unanimità e l'eguaglianza ci sono parecchie gradazioni diverse di voto, e per ciascuna di esse si può fissare questo numero, secondo la condizione e i bisogni del corpo politico»³⁷.

Il criterio di scelta unanime impiegato (tra i molti anche) da Locke e Rousseau è senz'altro quello che ha riscontrato maggiori successi. Tuttavia il razionalismo moderno ha conosciuto una corrente di pen-

³⁵ J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, trad. it. a cura di L. Pareyson, Torino, 2010, 297.

³⁶ *Ibidem*, 300.

³⁷ J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, trad. it. a cura di J. Bertolazzi, Milano, 2008, 197.

siero che lo ha generalmente rifiutato. Faccio riferimento all'utilitarismo. La procedura di scelta collettiva adottata dalle teorie utilitaristiche è maggioritaria dato che l'esito giusto del calcolo sociale è quello che soddisfa gli interessi, le preferenze, i desideri maggiormente intensi³⁸. A ragionare diversamente, secondo gli utilitaristi, non si otterrebbe alcuna massimizzazione del risultato e verrebbe sprecata utilità collettiva possibile. Questa posizione può essere attribuita ad uno dei padri dell'utilitarismo moderno, Bentham, per il quale i diritti della Dichiarazione del 1789 costituiscono «pomposi nonsensi» ed espressioni quali diritto, dovere, giusto hanno senso solo in rapporto all'applicazione del principio di utilità³⁹, comunque lo si intenda (esistono infatti diverse versioni dell'utilitarismo).

Lo scontro tra coloro che sostengono una definizione delle scelte fondamentali della convivenza associata con criterio unanimistico e quanti invece prediligono un criterio maggioritario è ancora in corso nella seconda metà del Novecento. Per convincersene basti considerare la critica dell'utilitarismo contenuta nell'opera *Una teoria della giustizia* di Rawls⁴⁰. Rimanendo nel quadro teorico proprio del razionalismo, non sembra potersi immaginare una strada differente dalle due percorse finora (il riconoscimento della eguale dignità di tutti gli individui lo esclude). Nell'ottica del razionalismo moderno, la Costituzione ideale si definisce con criteri di scelta unanimistici ovvero maggioritari. Nell'uno e nell'altro caso, è veramente possibile individuare tra le norme fondamentali regole che prevedano maggioranze speciali per alcune determinate deliberazioni?

Nel corso del secolo scorso l'illustre economista Wicksell ha sostenuto che le maggioranze speciali dovrebbero essere previste per le più importanti deliberazioni in una società politica già costituita (vale a dire nella quale i principi fondamentali di giustizia sono stati già stabiliti). Questo indirizzo di pensiero segue la strada che Locke e Rousseau avevano indicato come praticabile. Tuttavia il motivo politico per il quale si immagina l'introduzione di *quorum* qualificati, vale a dire la tutela delle minoranze, rischia di trasformarli in un *boomerang*.

³⁸ S. VECA, *La filosofia politica*, Roma-Bari, 2010, 42.

³⁹ J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, San Francisco, 2010, 13 ss.

⁴⁰ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, trad. it. a cura di S. Maffettone, U. Santini, Milano, 2010, 42 ss.

Secondo Wicksell⁴¹ in un sistema perfettamente democratico l'approvazione del bilancio dovrebbe avvenire all'unanimità. Solo quando tutti votano a favore di una certa spesa si può ritenere un sistema veramente democratico. Se l'unanimità è impossibile, occorre quantomeno che i progetti di spesa vengano approvati a maggioranza qualificata. Wicksell ha proposto la creazione di sistemi di maggioranze qualificate (che arrivano fino al 90%) per assicurare la non prevaricazione di una minoranza organizzata sulla maggioranza. A fondamento della teoria di Wicksell risiedono motivazioni strettamente economiche, e cioè l'obiettivo di contenere la spesa pubblica, a partire da un accoglimento senza riserve del c.d. "criterio di Pareto" (tradotto in termini fiscali). In questo senso la previsione di maggioranze qualificate potrebbe essere considerata alla stessa stregua di un principio fondamentale, sul quale occorrerebbe trovare un accordo (ipotetico) unanime. Ovviamente sarebbe molto più semplice formulare i principi fondamentali di giustizia in modo da escludere l'espansione della spesa pubblica se si è convinti (questa è la posizione di Nozick) che essa determinerebbe comunque la violazioni di diritti altrui⁴². Tuttavia se anche si accettasse il principio per il quale le scelte collettive sono legittime solo nella misura in cui avvantaggino qualcuno senza danneggiare nessuno, vale a dire se lo si accettasse come principio costituzionale della convivenza associata, ne rimarrebbe comunque incerto il fondamento teorico (v. conclusioni).

Per quanto qui interessa, la tutela delle minoranze non sembra, sul piano teorico-pratico, una buona motivazione per introdurre maggioranze speciali. Infatti, come ha sottolineato Waldron, la maggioranza è il meccanismo attraverso il quale una società costituita deve prendere le sue decisioni, in quanto solo tale principio riflette l'eguale peso dell'opinione di ciascuno dei suoi membri. In altri termini, la decisione a semplice maggioranza, lungi dal non essere rispettosa degli interessi della minoranza, si basa proprio sull'idea di eguale considerazione degli interessi di tutti i partecipanti alla votazione⁴³.

Ad ogni modo, come che stiano le cose sul piano teorico, è preferibile, per il giurista interessato a comprendere il senso le maggioranze

⁴¹ K. WICKSELL, *Intorno ad un principio di giusta tassazione*, trad. it., in AA.VV., *Nuova collana di economisti*, vol. IX, Torino, 1934, 35.

⁴² R. NOZICK, *Anarchia, stato e utopia*, trad. it. a cura di S. Maffettone, Milano, 2008, 163 ss.

⁴³ J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, 1999, 114.

speciali nel suo ordinamento, considerarle per quello che esse sono state e sono, per così dire, nella storia.

5. Maggioranze speciali ed ordinamento costituzionale, prime considerazioni a partire dall'art. 64 della Costituzione (ovvero sull'impossibilità di riferire l'articolo 64, III comma, Cost. a tutte le decisioni parlamentari: ostacolo ad una ricostruzione unitaria del senso delle maggioranze speciali?)

Ai sensi dell'art. 64, III comma, della Costituzione le deliberazioni delle due Camere e del Parlamento non sono valide se non sono adottate a maggioranza dei presenti (c.d. maggioranza semplice), salvo che la Costituzione (o una legge costituzionale) preveda una maggioranza speciale (assoluta o altrimenti qualificata). La regola generale è la maggioranza semplice. L'eccezione è rappresentata dalla maggioranza speciale. Proprio in quanto l'introduzione di un *quorum* qualificato altera quello che – nella prospettiva costituzionale – rappresenta il “modo normale” di svolgersi delle dinamiche decisionali in Parlamento, è necessario che lo stesso venga previsto in una fonte di rango “superprimario”⁴⁴. Si viene così introdotti alla comprensione delle ragioni che portarono a prevedere come eccezionali le maggioranze speciali. Le esigenze ad esse sottese possono essere espresse con un'unica for-

⁴⁴ Osservano L. GIANNITI e C. DI ANDREA (*Art. 64*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Torino, 2006, 1224 ss.) che già nella seduta della II Sottocommissione del 3 settembre 1946 Mortati si pronunciava a favore di un *quorum* qualificato per l'adozione da parte di ciascuna Camera del proprio regolamento. La maggioranza speciale avrebbe dovuto considerarsi preordinata a garantire il corretto funzionamento democratico del Parlamento, tutelando le minoranze ed assicurando la stabilità dell'ordinamento parlamentare. Solo così i regolamenti parlamentari si sarebbero potuti considerare al riparo da troppo frequenti ed unilaterali cambiamenti. A Mortati, che con la sua proposta voleva marcare il distacco dall'art. 61 dello Statuto albertino, si oppose Lussu, per il quale la fissazione del *quorum* qualificato non poteva considerarsi strumento di tutela delle minoranze. Posta la questione ai voti fu l'opinione del primo a prevalere. A dispetto di ciò, l'art. 64, complessivamente considerato, non può dirsi certo “mortatiano”. Infatti le tesi dell'insigne giurista non furono accolte con riferimento al III e IV comma: l'uno – a giudizio di Mortati – mal posto, nel senso che simili regole, non costituendo materia costituzionale, non avrebbero dovuto essere contemplate nella Carta fondamentale; l'altro superfluo, perché connotato all'essenza stessa della forma di governo che si andava delineando: cfr. A. MANZELLA, *Art. 64*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Tomo II, *Le Camere*, Bologna-Roma, 1986, 1.

mula: tutela delle minoranze. L'idea, solo apparentemente banale, che la maggioranza debba prevalere nelle manifestazioni collettive di volontà rientra tra i caratteri fondamentali del costituzionalismo tanto quanto quella della indefettibile presenza di meccanismi idonei ad evitare la tirannia della maggioranza⁴⁵. Nella seduta della II Sottocommissione del 24 ottobre 1946 Einaudi spiegava come il III comma dell'art. 64 non fosse importante solo per la tutela delle minoranze. Esso doveva servire a dettare delle regole fondamentali comuni ai due rami del legislativo⁴⁶.

L'idea che le maggioranze speciali siano volte a tutelare le minoranze venne nel tempo corroborata dall'esperienza concreta delle dinamiche politiche dell'Italia repubblicana (almeno in una prima fase): il fallimento della c.d. "legge-truffa" ed il sistema elettorale proporzionale obbligavano le forze politiche ad un compromesso ogni volta che si fosse dovuto raggiungere un *quorum* qualificato. Insomma, dopo l'approvazione della legge-truffa, «tutto precipitò, se così si può dire, nel verso migliore»⁴⁷. La Democrazia Cristiana, per più di quattro decenni primo partito italiano, non poteva prendere queste decisioni "da sola" (era necessario l'accordo almeno con gli altri partiti della

⁴⁵ N. BOBBIO, *Liberalismo e Democrazia*, Milano, 2006, 63-66.

⁴⁶ Vedi A. MANZELLA, *op. cit.*, 4. Tuttavia, come osservano L. GIANNITI e N. LUPO (*Corso di diritto parlamentare*, Bologna, 2013, 49) il III comma venne interpretato diversamente dalle due Assemblee, già a partire dalla nota divaricazione sulla nozione di "presenti" ai fini delle deliberazioni. Neppure il I comma dell'art. 64 era stato *ab initio* oggetto di identica interpretazione. Mentre in tempi rapidi il Senato si risolvette nel dare un'interpretazione rigorosa dello stesso, richiedendosi la maggioranza assoluta non solo per l'approvazione del nuovo regolamento, ma anche per sue singole modifiche, alla Camera le cose andarono in modo opposto. In un primo momento l'Assemblea operò addirittura come se la disposizione costituzionale non esistesse: nel riportare indietro le lancette dell'orologio dell'organizzazione parlamentare ai primi anni Venti, i deputati non si erano neppure posti il problema dell'attuazione da dare al comma in questione. Tutte le delibere relative al regolamento erano state assunte con modalità tali da non far risultare né la sussistenza del numero legale, né tanto meno il superamento del *quorum* aggravato. Soltanto quando la questione venne sollevata da Togliatti, nel 1950, emerse la chiara intenzione dell'allora Presidente della Camera Gronchi di limitare la maggioranza speciale alla mera adozione di un nuovo regolamento. Per effetto delle dure critiche rivolte a questo orientamento, provenienti anche da alcuni esponenti della maggioranza (in particolare Dossetti e Ambrosini), venne poi trovata una soluzione di compromesso (i regolamenti di Camera e Senato finiranno di fatto per allinearsi, nel corso del tempo, almeno sulla questione dei *quorum* necessari alla modifica dei regolamenti).

⁴⁷ La battuta è di Giulio Andreotti e si riferisce proprio alla approvazione della legge elettorale, in Senato, nel 1953: cfr. I. MONTANELLI-M. CERVI, *Storia d'Italia*, vol. X, Milano, 2000, 141.

coalizione; tutto sommato non raramente veniva trovato anche con il principale partito d'opposizione). Come è stato acutamente sottolineato, «la legge, voluta da De Gasperi, fortemente contestata dalle opposizioni e da parte di alcuni alleati della Dc, non scattò per poco più di 54000 voti. Ma vennero contate più di un milione e mezzo di schede bianche e nulle. Molti consigliarono a De Gasperi di chiedere la verifica di queste schede. Lo statista democristiano decise però di non procedere a verifiche, che pure avrebbero potuto assegnargli la vittoria [...] In realtà i grandi partiti sapevano che l'Italia, dopo i disastri della guerra, aveva bisogno della ripresa morale ed economica, e questo risultato poteva essere garantito solo da una concordia di fondo che riuscisse a far prevalere l'interesse nazionale sulle pur legittime rivalità politiche»⁴⁸.

Tornando all'articolo 64 Cost., come sostenuto dalla dottrina, per intendere bene la portata del III comma occorre distinguere le elezioni dalle deliberazioni in senso proprio, ed in seno a queste ultime quelle con effetti esterni al procedimento⁴⁹. Cosicché l'art. 64, III comma, andrebbe riferito alle sole deliberazioni con effetti esterni a quest'ultimo. Se riferissimo l'art. 64, III comma, anche alle elezioni ed alle deliberazioni che non producono effetti esterni al procedimento, dovremmo considerare incostituzionali molte norme di legge ordinaria, oltretutto di regolamento parlamentare, che hanno introdotto *quorum* speciali. Difatti, un'interpretazione estensiva della regola generale della maggioranza semplice implicherebbe che solo con legge

⁴⁸ Così L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Torino, 2014, 123-124.

⁴⁹ Come noto, infatti, le elezioni presentano delle caratteristiche indubbiamente non riscontrabili nelle deliberazioni. Il mancato raggiungimento del *quorum* di volta in volta richiesto (almeno se è speciale) lascia aperto il procedimento nel caso delle elezioni, determina invece la reiezione della proposta in quello delle deliberazioni. Inoltre, nel caso delle elezioni non è possibile discutere di un ordine delle votazioni, o porre la questione di fiducia né rendere dichiarazioni di voto, le quali si risolverebbero in commenti sulle persone da votare e sarebbero contraddittorie rispetto alle modalità di voto (a scrutinio segreto). Per via di queste e altre differenze, l'art. 64, III comma, non si dovrebbe riferire anche alle elezioni. Le elezioni non sarebbero quindi deliberazioni. Si ritiene poi che per deliberazioni delle Camere e del Parlamento non sia possibile intendere neppure tutte le decisioni diverse dalle elezioni. Dovrebbero essere ulteriormente escluse le deliberazioni con effetti meramente interni ai procedimenti parlamentari. Cfr. L. GIANNITI-C. DI ANDREA, *op. cit.*, 1237; A. MANZELLA, *op. cit.*, 47 ss.

costituzionale si possa introdurre una maggioranza speciale, e non altrimenti⁵⁰.

Alcuni esempi possono chiarire la posizione dominante in dottrina. I regolamenti di Camera e Senato prevedono per le c.d. “urgentissime” (nuovi argomenti da inserire all’ordine del giorno in corso di seduta) l’approvazione a maggioranza dei 2/3 dei presenti al Senato, dei 3/4 dei votanti alla Camera (art. 56, IV comma, r.S.; art. 27, II comma, r.C.). È l’eccezionalità della misura a giustificare i *quorum* altamente qualificati: si tratta infatti di una deroga al principio di civiltà giuridica che vieta di trattare argomenti non inseriti all’ordine del giorno. Non ci sono motivi sostanziali per ritenere che le norme che prevedono *quorum* aggravati per la discussione delle urgentissime siano incostituzionali. Inoltre il caso delle maggioranze speciali previste dai regolamenti parlamentari non è forse il più problematico. Come sottolineava Martines, già nel 1953, i regolamenti parlamentari contengono vera e propria «materia costituzionale, poiché caratterizzano, nel campo dell’attività legislativa, la struttura politica dello Stato (alla quale, fra l’altro, potrebbero apportare sostanziali modifiche, senza che sia possibile, per il principio di indipendenza delle Camere, giudicare sulla loro legittimità costituzionale)»⁵¹. Procedendo oltre, si potrebbe al-

⁵⁰ A. MANZELLA, *op. cit.* 50. In teoria, posto che le distinzioni ontologiche tra deliberazioni ed elezioni non sono irresistibili, si potrebbe anche difendere un’interpretazione rigorosa dell’art. 64, III comma, della Costituzione. In fin dei conti sarebbe sufficiente accettare le conseguenze “non volute” e concludere per l’illegittimità delle leggi (oltretutto – sia pure senza possibilità per la Corte di sindacarle nell’ambito del giudizio di legittimità – delle norme regolamentari). Questa ricostruzione rimarrebbe esercizio di pura retorica, in quanto la nostra realtà costituzionale è un’altra. Al fatto che leggi ordinarie e regolamenti abbiano introdotto *quorum* qualificati si assegna un valore precettivo. In applicazione del criterio sistematico, finché è possibile dare una lettura armoniosa delle disposizioni costituzionali e subcostituzionali, non c’è ragione di concludere per l’illegittimità di queste ultime. La fonte subordinata (legge o regolamento parlamentare) condiziona l’interpretazione di quella sovraordinata (la Costituzione), come del resto succede anche nei rapporti tra legge ordinaria e regolamenti governativi: nel caso in esame il contenuto di leggi ordinarie (lo stesso vale per i regolamenti parlamentari) orienta l’interpretazione nel senso della legittimità del procedimento impiegato per approvarle. Sull’incerto “verso” del condizionamento interpretativo tra regolamento governativo e legge ordinaria, e più in generale su coerenza interpretativa e attività interpretativa v. G. SORRENTI, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006, 10 ss.

⁵¹ T. MARTINES, *La «funzionalità» delle assemblee legislative e le riforme costituzionali del dopoguerra*, in *Opere*, tomo III, Milano, 2000, 57. Osserva in proposito R. CERRETO (*L’adozione e la modifica dei regolamenti parlamentari*, in R. DICKMANN, S. STAIANO (a cura di), *Funzioni parlamentari non legislative e forma di governo*, Milano, 2008, 37) che «anche nella prassi del Parlamento repubblicano lo speciale *quorum* costituzionale è stato preva-

lora ritenere (ma non stanno così le cose!) che la previsione di un *quorum* analogo a quello di cui all'art. 138, I comma, Cost. risulti assolutamente coerente con il fatto che si tratta di fonti che contengono materia costituzionale; dunque, poiché tutte le modifiche dei regolamenti devono essere approvate con la stessa maggioranza richiesta per la revisione costituzionale, non ci sarebbe motivo per considerare illegittime le norme regolamentari che introducono *quorum* speciali (si potrebbe sostenere che i regolamenti parlamentari incontrino il solo limite dei principi fondamentali: invece sono subordinati alla Costituzione tutta, ma ad essi – ai *quorum* da essi previsti, in quanto hanno effetti meramente interni al procedimento – non si riferisce l'articolo 64, III comma).

Un altro esempio interessante in relazione all'argomento qui in discussione è possibile rinvenirlo nella legge sul Consiglio superiore della magistratura. Se includessimo le elezioni nel novero delle deliberazioni, la norma che stabilisce maggioranze speciali per l'elezione della c.d. "componente laica" sarebbe illegittima (art. 22, legge n. 195 del 1958). A questo proposito, va comunque ricordato che la legge sul Consiglio superiore della magistratura non solo è ordinaria, ma – pur essendo in materia costituzionale – è stata esaminata ed approvata con procedimento decentrato in violazione dell'art. 72, IV comma, Cost.

lentemente inteso quale impulso alla più ampia convergenza possibile di maggioranza e opposizione (segnatamente della maggioranza e della maggiore forza di opposizione) nella scrittura delle regole del confronto parlamentare. Né questa interpretazione *de facto* è parsa vacillare nell'epoca del maggioritario, come dimostra l'ampia maggioranza che ha approvato la riforma regolamentare del 1997 alla Camera dei deputati. Il comportamento dei soggetti politici, dunque, fa ritenere che essi considerino, almeno tendenzialmente, i regolamenti parlamentari come norme di natura materialmente costituzionale e, pertanto, terreno privilegiato di incontro tra maggioranza e opposizione». Peraltro, il *quorum* di cui all'art. 64, I comma, ha funzionato «(più raramente) come strumento nelle mani di una maggioranza di governo sufficientemente ampia, che giudicasse una determinata riforma regolamentare indispensabile al fine di garantire l'attuazione dell'indirizzo politico. In altri termini, il requisito della maggioranza assoluta ha permesso, in circostanze politiche diverse, di conciliare, secondo punti di equilibrio anch'essi diversi, la garanzia delle minoranze con la salvaguardia dell'efficacia decisionale» (*ibidem*, 62). In argomento v. anche R. DICKMANN, *Le ragioni di uno studio sulle funzioni parlamentari non legislative*, in R. DICKMANN, S. STAIANO (a cura di), *Funzioni parlamentari non legislative e forma di governo*, cit., 6 ss.

(a dispetto di ciò, la Corte costituzionale “ha salvato” la legge seppure con imbarazzate motivazioni: sent. n. 168 del 1963)⁵².

6. Alla ricerca di un senso comune per le maggioranze speciali (che non è la tutela delle minoranze)

Ad ogni modo, l’interpretazione dominante dell’articolo 64, III comma, Cost. non costituisce ostacolo alla ricerca di un senso comune delle maggioranze speciali nella nostra tradizione costituzionale. Che questo senso comune risieda effettivamente nella tutela delle minoranze è, però, quantomeno dubbio (è sufficiente che la maggioranza politica sia compatta perché la maggioranza assoluta sia raggiunta), sicché in definitiva le maggioranze speciali sembrano accomunate solo dalla debole idea di segnalare la speciale importanza della decisione. Per esempio, basti ricordare le riforme regolamentari del 1988, quando le forze del pentapartito, con la netta contrarietà del Partito Comunista, approvarono (sia chiaro: ovviamente in modo del tutto legittimo) il nuovo art. 49 r.C. sopprimendo l’obbligo di votazione finale delle leggi a scrutinio segreto, introducendo il principio opposto della prevalenza del voto palese. La trasfigurazione di senso che ha caratterizzato le maggioranze speciali consente di liberarle dalle loro origini, delle quali tuttavia il comportamento delle forze politiche reca ancora traccia (per lo più inconsapevole). Questo si può constatare non solo nei casi in cui i partiti di maggioranza e di opposizione riescono a trovare la strada di una proficua collaborazione sui temi “che contano” (non solo in termini politici, ma costituzionali: le maggioranze qualificate, in qualche modo, lo indicano). Ma anche quando l’opposizione, rimasta senza frecce al proprio arco, si lamenta del fatto che la maggioranza sta procedendo “da sola” all’approvazione di questo o quell’atto, all’elezione di questa o quella carica. Ecco che puntualmente si mettono in scena comportamenti come l’abbandono dell’aula e si rivolgono all’opinione pubblica e ad organi “di garanzia” (si pensi, ovviamente, al Presidente della Repubblica) manifestazioni di protesta. Lo stesso Presidente della Repubblica spesso richiama le forze politiche ai loro

⁵² G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 218.

doveri di leale collaborazione e di condivisione delle più rilevanti decisioni⁵³.

In relazione alla maggioranza assoluta di cui al I comma dell'articolo 64, così come con riferimento ad ogni altro *quorum* analogo, vale la banale considerazione che segue. La forza del primo partito in Aula dipende dal sistema politico e dalla legge elettorale (dalla combinazione di entrambi, e non solo da quest'ultima). Nel 1988, per riprendere dall'ultimo esempio riportato, il sistema elettorale era ancora proporzionale e la maggioranza era costituita da una coalizione (come al momento attuale). Invece, il sistema misto di cui alla legge n. 52 del 2015 attribuisce un premio che consente al partito più votato di raggiungere tutte le maggioranze assolute richieste dalla Costituzione⁵⁴: quindi la maggioranza assoluta non dovrebbe più obbligare il primo partito a compromessi con *altre* forze politiche.

Questo, ancora una volta a titolo meramente esemplificativo, vale per la possibilità, *ex art. 73 Cost.*, di stabilire – deliberando a maggioranza assoluta – un termine più breve dei consueti trenta giorni, entro il quale il Presidente della Repubblica è chiamato a promulgare la legge ovvero a rinviarla alle Camere. Anche in questo caso si può constatare come sia l'eccezionalità della decisione (che incide, quantomeno sotto il profilo delle tempistiche, sull'esercizio delle funzioni proprie del Capo dello Stato) a spiegare il *quorum* richiesto. Essa accorcia i tempi di valutazione del Presidente, ma al tempo stesso rivela che per i parlamentari la promulgazione della legge è urgente, quindi in un certo senso “doverosa”. La deliberazione incide così anche sulla sostanza delle valutazioni del Presidente, fermo restando che questi rimane libero di rinviare la legge alle Camere ai sensi dell'art. 74 della Costituzione⁵⁵. Il progetto di revisione della Costituzione non mostra

⁵³ *Ex pluribus*: Messaggio di fine anno del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, 31/12/2013; Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella alla Cerimonia del Ventaglio, Palazzo del Quirinale, 30/07/2015.

⁵⁴ Quanto alla nuova legge elettorale, ed alla sua rispondenza (o meno) alle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 1 del 2014, si veda A. RUGGERI, A. RAUTI (a cura di), *Forum sull'Italicum, Nove studiosi a confronto*, Torino, 2015.

⁵⁵ Quanto osservato in relazione all'articolo 73 potrebbe ripetersi per tutte le maggioranze assolute previste in Costituzione: si pensi all'art. 90, II comma, della Costituzione, con riferimento alla messa in stato d'accusa del Presidente della Repubblica o all'autorizzazione di cui all'art. 96 della Costituzione che le Camere possono negare a maggioranza assoluta. Sull'abbreviazione del termine per la promulgazione delle leggi così si esprime P. BONETTI, (*Art. 73*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., 1402 ss.): «La dichia-

preoccupazione di sorta per la “relativa” facilità con la quale la maggioranza di turno potrebbe raggiungere simili *quorum* (“relativa” perché dipende dalla coesione della maggioranza politica). Al contrario, si è – direi stranamente – insistito sull’esigenza di introdurre altre ipotesi di deliberazione a maggioranza assoluta, tra cui quella che – dovesse essere approvata la riforma – caratterizzerebbe la deliberazione dello stato di guerra (art. 78 Cost.)⁵⁶.

Alla esigenza di tutelare le minoranze possono invece ricollegarsi ancora altre maggioranze speciali: si pensi all’approvazione delle leggi di amnistia e di indulto o alla elezione del Presidente della Repubblica (almeno entro il terzo scrutinio). Quest’ultimo è probabilmente uno dei casi nei quali il cordone tra il senso attuale delle maggioranze speciali e la loro origine nella nostra civiltà giuridica appare non del tutto reciso. Con riferimento all’elezione del Capo dello Stato, da tempo si sostiene in dottrina che «la previsione della maggioranza qualificata dei due terzi nei primi tre scrutini ha la funzione di esprimere il favore della Costituzione per un Presidente eletto con una base parlamentare molto ampia, che gli consentirebbe di collocarsi al di sopra delle parti, per esprimere realmente l’unità nazionale e svolgere effettive funzioni di garanzia»⁵⁷. L’importanza della decisione in alcuni casi sembra ricollegarsi nella nostra tradizione più al senso dell’unità che alla tutela delle minoranze. Anche questo è un residuo

razione di urgenza e la conseguente abbreviazione del termine per la promulgazione riducono lo spazio di riflessione presidenziale, perché compromettono e neutralizzano l’esercizio di una facoltà particolare attribuita al Presidente o comunque possono costituire un elemento che fa ritenere sconsigliabile il suo esercizio, ma non possono impedirlo, perché altrimenti le Camere disporrebbero di uno strumento per paralizzare i poteri presidenziali».

⁵⁶ In Senato, in particolare, il dibattito che ha preceduto l’approvazione della formulazione definitiva del nuovo possibile articolo 78 («La Camera dei deputati delibera a maggioranza assoluta lo stato di guerra e conferisce al Governo i poteri necessari») è stato a tratti veramente confuso. Nel corso della seduta n. 519 del 07/10/2015, nel tentativo di chiarire i termini della questione, la sen. Finocchiaro ha dovuto inutilmente precisare: «Per definizione la maggioranza assoluta è la metà più uno dei componenti di un organo. Questo è indubitabile». E lo è veramente. A testimonianza, però, della fretta nella quale la riforma è stata approvata al Senato, come sottolineato da esponenti di opposizione, poco prima la maggioranza aveva votato in favore di un articolo nel quale figura la ridondante formula “maggioranza assoluta dei suoi componenti” che si sarebbe potuta evitare trattandosi di deliberazione della sola Camera dei deputati.

⁵⁷ G.G. CARBONI, *Art. 83*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 1646.

delle origini dell'istituto, sul quale conviene ulteriormente soffermarsi onde evitare fraintendimenti. Si può anche dire che il senso delle maggioranze speciali risieda – almeno in alcuni casi – nella ricerca, all'interno dell'Assemblea, della massima unità possibile. Ma ciò non significa che l'unità del sistema istituzionale dipenda soltanto (né neppure in modo particolare) dalle deliberazioni a maggioranza speciale. Infatti l'unità del sistema si coglie non solo nelle deliberazioni a maggioranza speciale, ma anche in quelle a maggioranza semplice, e più in generale nel complessivo funzionamento delle istituzioni fintantoché esso rimane entro la cornice della Costituzione, dei suoi principi e dei valori operanti nel contesto sociale che li sorreggono⁵⁸. L'unità che, invece, ancora si intravede, sottesa alle deliberazioni a maggioranza speciale, non riguarda la tenuta del sistema, ma il modo con il quale le forze politiche ne interpretano gli istituti fondamentali. L'unità del sistema non viene messa in discussione dal comportamento transeunte delle forze politiche, finché l'ordinamento riesce a “fare quadrato” intorno ai principi costituzionali. Il passaggio dalla sovranità del sovrano alla sovranità dei valori, al quale prima si è accennato, implica che solo intorno a questi ultimi (o, si può anche dire, intorno alla loro traduzione giuridica: i principi costituzionali) si possa dare l'unità del sistema istituzionale⁵⁹.

Atte a tutelare le minoranze sarebbero poi le maggioranze previste per la già citata elezione della componente laica del Csm, per le elezioni dei giudici costituzionali e (almeno in prima battuta) dei Presidenti d'Assemblea, ecc. In realtà molto dipende, in casi come quelli da ultimo menzionati, dal comportamento delle forze politiche. Per esempio il *quorum* qualificato relativo all'elezione dei giudici costituzionali non ha affatto operato nel senso di portare i gruppi ad una condivisione delle persone da eleggere. Al contrario si registrano «consolidate tradizioni di spartizioni partitiche di tali cariche»⁶⁰. Si è cioè sviluppata una visione patrimoniale dei giudici costituzionali, per cui a

⁵⁸ È dubbio se la configurazione del giudizio di legittimità costituzionale, non limitato ai soli “vizi formali”, consenta di ravvisare la sopravvivenza, nel concetto di legge, dell'idea (“unanimistica”) di conformità alla ragione (ora divenuta ragione costituzionale), che si affianca all'idea della legge come volontà del popolo (ora per il tramite dei suoi rappresentanti): Cfr. G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, 12 ss.

⁵⁹ L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 282 ss.

⁶⁰ A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 43.

seconda della composizione attuale della Corte e dei rapporti di forza esistenti tra le forze politiche al momento delle elezioni, maggioranza ed opposizione finiscono per spartirsi i seggi vacanti (ed alle volte le trattative si allargano ad altro tipo di elezioni). In qualche modo, si riscontra comunque una qualche tutela delle minoranze. Ancora, nel caso della elezione dei Presidenti d'Assemblea la prassi avviata nel 1976 di eleggere Presidente della Camera un esponente del partito d'opposizione, in genere al primo scrutinio e quindi con ampia maggioranza (anche superiore a quella qualificata richiesta), è stata interrotta nel 1994. Da allora la maggioranza di turno reclama il diritto di scegliere i "propri" presidenti in ambo le Camere. In conclusione, il senso comune delle maggioranze speciali previste nel nostro ordinamento è dato dall'importanza della decisione, mentre l'effettiva capacità di tutelare le minoranze, almeno nel caso delle maggioranze assolute, è piuttosto dubbia.

7. Dall'unanimità alla maggioranza speciale, un processo storico che, nonostante tutto, si ripete

Benché il principio per il quale le decisioni importanti si prendono tutti assieme, vale a dire il principio unanimistico, sia stato quasi del tutto espunto dalla dimensione giuridico-costituzionale, ne sono rimasti ancora alcuni esempi, che mostrano il ripetersi di quel processo storico prima descritto che ha portato alla sostituzione dell'unanimità con un *quorum* speciale. Si pensi anzitutto alla programmazione dei lavori della Camera dei deputati⁶¹. Poiché in questo caso la transizione

⁶¹ I regolamenti della Camera e del Senato prevedevano entrambi, prima del 1997, che la programmazione dei lavori (e conseguentemente il calendario) passasse attraverso una deliberazione all'unanimità della conferenza dei capigruppo. Nel 1997 soltanto la Camera bassa sceglieva di liberarsi dell'unanimità, rimpiazzandola con un *quorum* fortemente qualificato. La programmazione deve essere approvata da tanti presidenti di gruppo che rappresentino almeno i 3/4 dell'Assemblea. Le ragioni della modifica regolamentare risiedono ovviamente nella difficoltà incontrata nel mettere tutti i gruppi d'accordo. Anche il voto contrario del più piccolo tra i gruppi parlamentari avrebbe potuto impedire l'adozione di un programma da parte della conferenza. Del resto, anche a seguito delle modifiche apportate, il rischio di non riuscire a raggiungere la maggioranza richiesta rimane. È per questo che il regolamento della Camera, non diversamente da quanto dispone il regolamento del Senato, deve prevedere dei meccanismi alternativi attraverso i quali consentire all'Aula di darsi un calendario e un ordine del giorno. A. SAIITA, (*L'oscillazione del pendolo. Maggioranza e opposizioni nella democrazia costituzionale italiana*, Milano, 2004, 110 ss.) osserva

dall'unanimità alla maggioranza speciale è recente, risulta più difficile asserire che il *quorum* aggravato sia finalizzato a tutelare le minoranze. È chiaro infatti che, soprattutto dal punto di vista di un piccolo gruppo parlamentare, si tratta di una modifica peggiorativa. Ne risulta invece corroborata l'idea che l'importanza della decisione per lo svolgimento dei lavori parlamentari non possa ammettere deliberazioni a maggioranza semplice.

Un secondo esempio di recente transizione dall'unanimità alla maggioranza speciale ci viene offerto dall'evoluzione del quadro istituzionale dell'Unione europea. Oggi l'esercizio della funzione legislativa è affidato a due organi, Parlamento e Consiglio dell'Unione europea. Mentre il primo – almeno nella procedura ordinaria – delibera a maggioranza dei suffragi espressi (art. 231 TFUE), il Consiglio (che si immagina in prospettiva possa divenire una Camera degli Stati, sul modello del Senato americano) delibera a maggioranza qualificata, salvo nei casi in cui i trattati dispongano diversamente (art. 16 TUE). Si tratta di un *quorum* particolare, integrato dal voto favorevole di almeno il 55% dei membri del Consiglio, rappresentanti Stati membri

come l'evoluzione della norma relativa alla programmazione dei lavori possa considerarsi paradigmatica di una mutata concezione del ruolo delle minoranze all'interno della Camera dei deputati. Come si è già avuto modo di sottolineare, l'unanimità è un criterio alternativo alla maggioranza, come tale si può ben dire "antidemocratica". La programmazione *ante* 1997 non era affidata alla contrapposizione tra le tesi della maggioranza e quelle dell'opposizione, ma era figlia di "successivi aggiustamenti". Ciascuna minoranza poteva quindi condizionare sin dall'avvio il procedimento legislativo. Era necessario trovare il più ampio accordo possibile, l'accordo unanime, già soltanto per potere concretamente iniziare l'esame di una proposta di legge. L'unanimità si era dimostrata, però, un ideale irraggiungibile, se non in casi rari e sporadici. La trasformazione del sistema politico italiano nel corso degli anni Novanta del secolo scorso ha favorito il superamento dell'unanimità, ma i profili di continuità – come spesso succede nel diritto parlamentare – si sono dimostrati senza dubbio preminenti. Proprio la composizione duale che il sistema politico italiano sembrava dovere prendere ha assegnato all'opposizione un ruolo determinante con riferimento alla programmazione ed al calendario dei lavori. Tanto che ancora una volta sono le forme alternative di determinazione di programmazione e calendario a prevalere, tutto rimanendo per lo più affidato ai provvedimenti del Presidente d'Assemblea. Nel regolamento della Camera si prevede che il Presidente debba riservare una certa quota del tempo a disposizione o dei temi da trattare alle proposte dell'opposizione (art. 24, III comma, secondo periodo r.C., espressamente richiamato, quanto al programma, dall'art. 23, VI comma, r.C.). Quest'ultima, a sua volta, è spesso stata poco propensa ad utilizzare proficuamente il tempo assegnatole, perché preferisce un'attività distruttiva, di ostacolo alle proposte della maggioranza, o di contrattazione, piuttosto che costruttiva, cioè incentrata sull'avanzamento di proposte alternative a quelle di maggioranza.

che totalizzino almeno il 65% della popolazione dell'Unione. In passato i casi nei quali le istituzioni europee venivano chiamate a deliberare all'unanimità erano molti di più; oggi sono notevolmente ridotti. In alcune ipotesi l'unanimità è stata spazzata via e sostituita con maggioranze semplici. In altre, invece, si è scelto di fare ricorso a maggioranze qualificate⁶². Anche in relazione a queste ultime sarebbe strano dire, posto che “ieri” il Consiglio deliberava all'unanimità e “oggi” a maggioranza speciale, che ciò avvenga per tutelare le minoranze. Ad ogni modo le deliberazioni a maggioranza speciale trovano, anche nel contesto europeo, la loro ragion d'essere nella particolare importanza della decisione. Operano pure come fattori di stabilizzazione della forma di governo dell'Unione. Basti richiamare quanto dispone l'art. 234 del TFUE per il quale la mozione di censura, che almeno 1/10 dei parlamentari europei può presentare sull'operato della Commissione, costringe i membri di quest'ultima a dimettersi solo se approvata a maggioranza assoluta (e a maggioranza dei 2/3 dei voti espressi).

8. Conclusioni

Fin qui si è sostenuto che le maggioranze speciali nascono per rimediare agli inconvenienti dell'unanimità (e non delle maggioranze semplici), come si sarebbe invece portati a pensare intendendole, in senso moderno, come strumenti a tutela delle minoranze (ragionando, in parole povere, pressappoco così: siccome occorre tutelare le minoranze non si può decidere a maggioranza semplice, ma occorre un *quorum* speciale).

La *ratio* originaria delle maggioranze speciali non è la tutela delle minoranze. Tuttavia dal momento che la votazione, pur mantenendo una caratterizzazione “esclusiva”, si è fusa con l'idea moderna di eguale dignità, anche il senso delle maggioranze speciali è cambiato, ha subito una “trasformazione”.

Le maggioranze speciali sono state quindi ammesse nel contesto delle democrazie costituzionali come strumenti a tutela delle minoranze.

⁶² P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2010, 194 ss.

Si è poi rapidamente accennato a come sia perlomeno dubbio, sotto il profilo teorico-pratico, se le maggioranze speciali possano trovare spazio nel contesto di dottrine che sposino un criterio di scelta unanimistico o maggioritario per l'individuazione della Costituzione ideale.

Dopodiché, rifugiati nella pratica, e con peculiare riguardo all'ordinamento giuridico-costituzionale italiano, non si è ritenuto di potere superare la (pure forse non irresistibile) interpretazione dominante dell'articolo 64, comma III, Cost., ma al tempo stesso non si è ravvisato in un simile orientamento ermeneutico alcun ostacolo alla ricerca di un senso comune delle maggioranze speciali. A tale proposito, dire che oggi, in Italia, una maggioranza assoluta tuteli i partiti di minoranza è piuttosto dubbio (per non dire completamente falso). Il senso *comune* delle maggioranze speciali non è questo. A nulla varrebbe quindi obiettare che quando si sostiene che le maggioranze speciali tutelino i partiti di minoranza si dia per scontato che ciò avvenga solo *per accidens*, e cioè in ragione della forza della maggioranza politica. Pur se così scontato fosse tale argomento logico, rimarrebbe che qui ed ora, in concreto, ci sono maggioranze speciali che di per sé non tutelano affatto i partiti di minoranza. Tuttalpiù le maggioranze speciali finiscono per essere tutte accomunate solo dall'idea (debole) di richiedere che almeno la maggioranza sia priva di spaccature al suo interno – data l'importanza della decisione. A meno che una parte della maggioranza politica non voti con tutta o buona parte dell'opposizione: allora tutto ciò che si può veramente dire di un *quorum* speciale è che è previsto per l'importanza della decisione. Proprio per questo esso implica il necessario coinvolgimento di un maggior numero di decisori. Posta la variabile delle contingenze politiche, col sistema elettorale vigente (almeno alla Camera dei deputati), solo maggioranze oltre il 50%+1 dei componenti obbligano il primo partito ad un compromesso con altre forze politiche.

Non rimangono che poche ulteriori precisazioni da aggiungere. Il senso originario delle maggioranze speciali potrebbe suggerire di intendere le relative deliberazioni in modo diverso, sul modello delineato da Zagrebelsky per le decisioni della Corte costituzionale?⁶³ Si potrebbe ragionare così. In tutti i casi nei quali la deliberazione è a maggioranza semplice finisce per prevalere una logica decidente pura. La maggioranza politica di turno è chiamata a prendere le proprie deci-

⁶³ G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, Torino, 2005, 41 ss.

sioni e ad assumersene la responsabilità di fronte al Paese. L'opposizione dovrebbe allora operare affiancando alle decisioni della maggioranza delle chiare prese di posizione che consentano agli elettori non solo di comprendere i motivi del disaccordo ma, soprattutto, che cosa essa avrebbe fatto se fosse stata maggioranza. Le maggioranze speciali, al contrario, dovrebbero spingere le forze politiche a trovare larghe intese, nei limiti del politicamente possibile⁶⁴. Certo, la maggioranza potrebbe intendere così le decisioni con un *quorum* speciale, ma potrebbe benissimo (del tutto legittimamente) non farlo (a meno che non si voglia dire che esista una norma giuridica per la quale *debb*a farlo).

Si aggiunga comunque che, indipendentemente dal *quorum* col quale devono deliberare, i parlamentari sono chiamati ad esercitare le loro prerogative in modo congruo tanto alla dimensione fattuale, degli interessi che emergono nel contesto sociale e della cultura che lo caratterizza (la sua «identità culturale»⁶⁵), quanto alla dimensione valoriale, degli orientamenti di civiltà tradotti nei principi costituzionali⁶⁶. Ancora, si può senz'altro ribadire che le forze politiche sono sempre libere di ricercare il compromesso e ciò non significa di per sé “trasformismo”, anche se quest'ultimo ha purtroppo un certo peso nelle vicende politiche ed istituzionali del nostro Paese. Si tenga presente che non sono poco frequenti i casi nei quali le forze politiche collaborano in una logica compromissoria per addivenire alla approvazione di leggi largamente condivise. E questo vale in modo particolare per quelle proposte di legge che passano per il procedimento decentrato di approvazione. Autorevole dottrina ha sottolineato in passato come queste convergenze tra le forze politiche, in commissione o in aula

⁶⁴ Nel raffrontare l'ordinaria decisione parlamentare con le modalità deliberative della Corte costituzionale, G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ (*Giustizia costituzionale*, cit., 151-152) hanno mostrato come il senso dell'una e dell'altra votazione sia molto diverso. Nel primo caso il passare ai voti è un momento di catarsi, nel quale si incardina – com'è del tutto fisiologico in una democrazia pluralista – il conflitto. La votazione scioglie la tensione, e dopo avere conosciuto i risultati della stessa, in linea di massima tutti si possono dire soddisfatti. Non solo coloro che sono riusciti a prevalere, ma anche quanti già sapevano di essere minoranza. Questo è il gioco della democrazia.

⁶⁵ L'espressione «identità culturale» è ripresa da P. HÄBERLE, *Costituzione e identità culturale*, trad. it. a cura di I. Schraffl, Milano, 2006, 5 ss. Cfr. anche L. D'ANDREA, *op. cit.*, 215 ss.

⁶⁶ G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, 35 ss.

non importa, non debbano essere intese (sempre) alla stregua di casi di “trasformismo”, ma anzi possano costituire esempi di effettiva partecipazione dei parlamentari di opposizione alla formazione della legge⁶⁷.

Occorre poi ribadire che la tesi per la quale le maggioranze speciali violano l’eguale dignità delle persone vale al più solo dal punto di vista teorico-pratico. Diversa è la posizione di quella autorevole dottrina che – sia pure a partire dalla prevalente considerazione di altro contesto costituzionale (e precisamente quello statunitense) – ha di recente sostenuto la necessità di espungere dal costituzionalismo contemporaneo le maggioranze speciali. Constatando che esse non hanno lo scopo di tutelare in ogni caso le minoranze, e che presentano non pochi altri inconvenienti, si è ritenuto (credo a torto) di non potere più trovare giustificazione per un simile istituto⁶⁸. Tra gli inconvenienti delle maggioranze speciali figurerebbe l’incompatibilità di fondo con l’idea dell’eguale dignità (e capacità decisionale) di coloro che partecipano alla votazione. Così si ragiona: «Se la maggioranza di quanti hanno votato si è espressa a favore di una certa proposta, perché queste opinioni non dovrebbero essere considerate abbastanza? Non è come se si dicesse che le opinioni contrarie, benché espresse da una minoranza, sono più pesanti? Non è come se si riconoscesse alle stesse un (a questo punto) immotivato potere di veto?»⁶⁹. Tuttavia il ragionamento non è convincente perché non siamo affatto obbligati a ragionare nel quadro di una teoria, e quindi a partire da una idea, “contrattualistica” di Costituzione, in quanto la validità delle premesse metodologiche di una simile impostazione teorica sono dubbie (mentre non sarebbe d’ostacolo riconoscere semplicemente la falsificabilità di una teoria sviluppata a partire da esse, che si potrebbe pretendere di applicare perché preferibile rispetto ad altre teorie concorrenti). Dal punto di vista giuridico, la ragionevolezza di una norma non si può cogliere sul

⁶⁷ C. LAVAGNA, *Maggioranza al governo e maggioranze parlamentari*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, Milano, 1977, 241 ss.

⁶⁸ M. SCHWARTZBERG, *op. cit.*, in particolare 146 ss.

⁶⁹ A. BARBERA-C. FUSARO, voce *Maggioranza (principio di)*, sezione *Diritto*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, a cura di G. Bedeschi, Roma, 1996, in treccani.it/enciclopedia/principio-di-maggioranza, sottolineano che il procedere dall’unanimità alla maggioranza relativa implica una crescente disponibilità ad accettare la volontà altrui, quindi il passaggio inverso, dalle maggioranze relative (alle maggioranze speciali e poi) all’unanimità, indicherebbe una minore disponibilità ad accettare la volontà altrui.

piano delle astratte speculazioni teoriche (le quali semmai potrebbero portare a valutarne la razionalità), ma solo a partire dalla dimensione storico-concreta: *nulla quaestio* dunque, visto che le maggioranze speciali sono previste proprio dall'atto che costituisce il paradigma di ogni valutazione⁷⁰.

Ancora, le maggioranze speciali non implicano che la decisione presa sia la più giusta. Il voto espresso da un numero di persone tale da integrare una maggioranza qualificata all'interno del collegio (ma se anche fosse l'unanimità le cose non cambierebbero) non significa per nulla che la decisione sia più giusta di quanto lo sarebbe stata ove si fosse consentito di deliberare a maggioranza semplice. Il *quorum* qualificato non rende la decisione "più vera", quindi – per tornare alle riflessioni di Kelsen – esso non si ricollega ad una qualche forma di assolutismo normativo (il fallimento, comunque si deliberi, è sempre possibile). A conclusione del suo esame del processo a Gesù, il padre del giuspositivismo novecentesco scrive: «Per coloro che credono nel figlio di Dio e re dei Giudei come testimone della verità assoluta, questo plebiscito è certamente un serio argomento contro la democrazia»⁷¹. Lo è solo nella misura in cui, per l'appunto, sposando una qualche visione (religiosa) normativa della società, e ritenendola certamente giusta, si sostenga il carattere erroneo della deliberazione (il che, tra l'altro, può non avere a che vedere con il procedimento impiegato per prenderla). Come visto in precedenza, nessuno possiede sul piano teorico queste certezze, né (bisogna ora aggiungere) è possibile una fondazione metafisica del concetto di giustizia in una società caratterizzata dal pluralismo.

È opportuno porre infine una domanda. Ogni maggioranza politica può darsi la "sua" Costituzione?⁷² La trasfigurazione di senso che ha riguardato le maggioranze speciali ha profondamente inciso sul concreto atteggiarsi delle riforme costituzionali nel nostro Paese (si pensi alle riforme del 2001, del 2005 ed a quella attualmente in corso).

⁷⁰ Si veda, sotto questo profilo, la distinzione tra giustizia e giustezza in G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008, 31 ss.

⁷¹ H. KELSEN, *La democrazia*, trad. it. a cura di M. Barberis, Bologna, 1998, 274.

⁷² Il quesito non deve essere inteso alla lettera, nel senso che ogni revisione costituzionale comporti la nascita di una nuova Costituzione (non è così), ma come una semplificazione di quello più articolato se ogni maggioranza politica possa, di legislatura in legislatura, approvare corpose revisioni della Costituzione fermi restando, come si è soliti ripetere, i principi fondamentali.

L'importante revisione del titolo V della parte II della Costituzione fu approvata senza la partecipazione dell'opposizione di allora. Lo stesso si può dire per il progetto di riforma costituzionale del 2005, approvato a maggioranza assoluta e poi bocciato al successivo referendum. Si è spesso sostenuto che questa nuova tendenza delle modifiche costituzionali apportate dalla maggioranza di turno che sostiene il Governo, e possibili grazie ai premi previsti dalle leggi elettorali, non possa non preoccupare. Se è conforme alle regole, non lo è ai principi o allo spirito che a queste regole danno significato. Come sottolineato dalla più attenta dottrina «in regime di sostanziale bipartitismo o bipolarismo la medesima maggioranza politica potrebbe, senza sostanziale differenza e particolari difficoltà, dar vita tanto a leggi ordinarie che a leggi costituzionali e di revisione costituzionale»⁷³. Ovviamente la possibilità di rimediare alzando il *quorum* fissato per la votazione incontra un formidabile ostacolo: le norme costituzionali sono “fatte per durare” e non possono essere continuamente modificate in relazione all'andamento delle elezioni politiche o al cambiamento delle leggi elettorali. Pertanto la risposta è banalmente affermativa: fermi restando i principi fondamentali, ogni maggioranza politica può legittimamente darsi la “sua” Costituzione.

⁷³ A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino, 2009, 41.

LA CORRUZIONE
NELLA PROSPETTIVA DEI DOVERI COSTITUZIONALI
DEGLI AFFIDATARI DI FUNZIONI PUBBLICHE^(*)

di *Anna Maria Nico*

SOMMARIO: 1. *Premessa*; 2. *Il cittadino affidatario di funzioni pubbliche nella Costituzione*; 3. *Cause ed effetti del fenomeno corruttivo: a) La crisi della rappresentanza; b) L'incertezza del diritto*; 4. *La legge n. 190/2012 ed il tentativo di arginare il fenomeno corruttivo*; 5. *Qualche conclusione e alcune prospettive: a) La cultura dell'etica pubblica e l'opera di moralizzazione imposta dalla legalità; b) Il controllo della politica attraverso la regolamentazione dell'attività di influenza; c) La deflazione normativa; d) Il "restauro" della separazione dei poteri secondo la Costituzione italiana.*

1. Premessa

Il fenomeno corruttivo negli apparati pubblici che da più decenni si tenta di contenere mediante specifiche regole giuridiche finalizzate alla prevenzione e repressione si presenta, al contempo, antico, diffuso a livello mondiale e purtroppo ancora attuale. È antico perché, solo per citare alcuni esempi, se ne ritrovano richiami espliciti già nel 70 a.c. (ma di certo potrebbero individuarsi anche altri di gran lunga più risalenti) nel processo intentato, su mandato del popolo siciliano, nei confronti di Verre, ex governatore della Sicilia, da Cicerone che ne ottenne la condanna per i reati di corruzione, concussione, manipolazione di appalti ecc. Il processo, com'è noto, diede grande fama all'Oratore e contribuì alla sua ascesa politica nella Roma repubblicana¹.

* Il testo è l'elaborazione di una relazione tenuta al Seminario su "Trasparenza e anti-corruzione nella pubblica amministrazione" organizzato dalla Regione Puglia, ASL TA, presso l'Università degli Studi di Bari, Sede di Taranto, l'11 e il 12 maggio 2016.

¹ Dal citato processo prende il nome l'opera di M.T. CICERONE, *Il processo di Verre*, Milano, 2013. Per ripercorrere le fasi del processo nell'ambientazione storica si rinvia all'interessante lavoro di L. FEZZI, *Il corrotto*, Laterza, Bari, 2016.

Una conferma della complessità e difficoltà di eradicazione del fenomeno corruttivo è rintracciabile nella circostanza che, quasi 140 anni dopo Cicerone, la situazione non appare mutata nell'ambito delle strutture pubbliche romane, come ci è confermato dalla lettura degli Annali di Tacito che (all'incirca nel 70 d.c.) addirittura individua l'esistenza di un parallelismo, peraltro tuttora attualissimo, tra l'eccessivo numero di leggi vigenti in un dato sistema e il grado, anche solo potenziale, di corruzione di uno Stato (il riferimento è ovviamente al noto passo tacitano *Corruptissima re publica plurimae leges*²).

Si tratta, peraltro, anche di un fenomeno di portata mondiale perché coinvolge quasi tutti i Paesi: si pensi al caso più attuale come quello del Brasile dove, solo pochi mesi fa, il 17 aprile, è stata votata con esito favorevole la richiesta della messa in stato d'accusa e, il 23 agosto 2016, sono state confermate le accuse mosse alla Presidentessa dell'Unione Federale Brasiliana Dilma Rousseff essendo emerso «un sistema diffuso e strutturato di corruzione della politica basato su finanziamenti dello Stato a favore delle grandi imprese pubbliche che, a loro volta, giravano parte di questi contributi in favore di politici di tutti gli schieramenti»³.

Le vicende che hanno caratterizzato le varie importanti fasi della storia costituzionale repubblicana del nostro ordinamento che vengono indicate anche come di transizione costituzionale dimostrano, poi, l'attualità e la persistenza del fenomeno corruttivo⁴ e consentono di

² P.C. TACITO, *Annales*, Libro III, 27. La datazione del testo è del 112 d.c., ma la narrazione storica nell'opera risale al periodo che va dal 14 al 68 d.c.

³ Sulle recenti vicende brasiliane cfr. P.L. PETRILLO, *La "guerra" tra gli organi costituzionali in Brasile e l'impeachment del Presidente dell'Unione*, in *Osservatorioaic.it*, 18.4.2016 e S. GIANNELLO, *Non un "golpe democratico": l'impeachment nei confronti di Dilma Rousseff come sintomo di una grave crisi istituzionale*, in *Osservatorioaic.it*, 27.6.2016. È tuttavia interessante constatare come in gran parte dei paesi dell'America latina si siano sviluppate negli ultimi anni non solo misure repressive del fenomeno, come sta avvenendo in Brasile, ma anche politiche di prevenzione. In particolare in Perù è stato adottato il *Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción 2012-2016*, approvato dal *Gobierno Nacional* (Decreto Supremo 119-2102-PCM del 9 dicembre) «*el cual constituye un esfuerzo de coordinación de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN) y las instituciones del Estado, la sociedad civil y el sector empresarial que se han comprometido en la lucha frontal contra este fenómeno*». Anche nel decennio precedente al citato Piano era stata istituita la *Iniciativa Nacional Anticorrupción- INA (2001)* ed il *Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción 2008-2011*.

⁴ Rileva V. TEOTONICO, *La scienza giuridica tra esigenze di innovazione e continuità costituzionale*, in *Rivistaaic.it*, 15.5.2016, 2, che il termine transizione, «per quanto usato, e

delineare un quadro certamente non rassicurante nell'ambito della gestione della cosa pubblica. La consapevolezza, seppur in astratto, se non proprio il timore, che un fenomeno di tal fatta potesse potenzialmente avverarsi nel corso della vita dell'ordinamento repubblicano ha portato il Costituente a prevedere nella Carta costituzionale taluni principi e valori che potessero costituire un modello al quale i dipendenti pubblici e, in generale, la pubblica amministrazione avrebbero dovuto ispirarsi. Discutere, dopo 70 anni dalla entrata in vigore della Costituzione, sul tema della corruzione significa prendere atto della circostanza che vi è stata una forma di allontanamento da tali principi la cui finalità era ed è quella di perseguire e realizzare il bene della collettività⁵.

Inoltre, anche la nota inchiesta giudiziaria che negli anni '90 ha coinvolto la politica italiana, a tutti nota come "Mani Pulite", ha dimostrato, alla luce di una analisi storica, seppur contemporanea, come le sole misure repressive non siano state sufficienti a smantellare l'apparato corruttivo, avendo raggiunto solo il più limitato risultato di portare a conoscenza dell'opinione pubblica l'esistenza di un "sistema" del malaffare e di far emergere con più forza ed evidenza che i fatti che lo caratterizzavano erano socialmente, oltre che giuridicamente, da contrastare.

forse anche abusato, (...) non è di facile definizione potendo assumere caratterizzazioni difformi a seconda della dottrina che lo adopera o dello specifico contesto (disciplinare, tematico, ecc.) in cui lo si può rinvenire. In particolare tra i giuristi, per transizione, spesso, si intende "trasformazione costituzionale". Anche questa espressione, tuttavia, se può indurre a circoscrivere l'esame solo a quelle transizioni volte a produrre mutamenti al più alto livello normativo, continua a mantenere un certo alone di ambiguità e non pochi margini di indeterminatezza. Bisogna considerare, invero, non solo che essa nulla dice in merito a come e a quando avvengano tali mutamenti, ma anche che questi ultimi possono essere tanto nel segno della continuità quanto in quello della discontinuità ordinamentale, ossia possono lasciare intatti o, al contrario, sovvertire i principi fondamentali che dovrebbero guidare l'attività dell'apparato di governo (Stato-persona) e ispirare le varie forme di esperienza di vita associata (Stato-comunità)».

⁵ Cfr. C. BUZZACCHI, *Il codice di comportamento come strumento preventivo della corruzione: l'orizzonte di un'etica pubblica*, in *Amm. camm.*, 22.5.2013, 4.

2. Il cittadino affidatario di funzioni pubbliche nella Costituzione.

Il modello delineato dal Costituente nella Carta costituzionale, dunque, non può non essere il punto di partenza logico-giuridico dal quale avviare l'indagine per definire il possibile contorno etico, sia pure, ma solo apparentemente, rovesciando il consueto ordine nella genesi delle norme, dello Stato-amministrazione, che costituisce l'imprescindibile presupposto per la prevenzione e repressione del fenomeno corruttivo a cui l'intero complesso normativo oggi vigente è improntato.

La sintetica ed efficace formula "Costituzione amministrativa"⁶ viene generalmente utilizzata per indicare quell'insieme di disposizioni costituito dagli artt. 28, 54, 97, 98 Cost.⁷, i quali, nelle loro diverse declinazioni, indicano in via generale i principi dell'agire non solo della Pubblica Amministrazione, intesa come Stato-apparato bensì, anche, del singolo cittadino affidatario di funzioni pubbliche.

Il punto nodale intorno al quale deve incentrarsi l'intero rapporto tra lo Stato-amministrazione e coloro che di questo stabilmente o pro-tempore lo impersonano, va individuato nel comma 3 dell'art. 97 (il quale prevede una specifica modalità, quella concorsuale, per l'accesso al pubblico impiego) e nel comma 1 dello stesso articolo (che impone il rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità nella organizzazione dei pubblici uffici).

Ed invero, la modalità di accesso nella pubblica amministrazione ha una significativa portata valoriale in quanto il principio di imparzialità deve manifestarsi *ab origine*, cioè sin dalla selezione per l'assunzione dei dipendenti, per divenire successivamente il valore ispiratore di coloro che costituiscono il risultato, per così dire, di tale procedura selettiva. Insomma, i soggetti qualificati che si metteranno

⁶ Da ultimo A. PATRONI GRIFFI, *Il fondamento costituzionale della legislazione in tema di trasparenza e di lotta alla corruzione: alcune riflessioni*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 29.3.2016, 4.

⁷ Il testo del disegno di legge costituzionale (N.2613) approvato in seconda votazione dalla Camera dei deputati l'11.1.2016 e dal Senato il 20.1.2016, avente ad oggetto "*Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V, parte II, della Costituzione*", prevede all'art. 118 della Costituzione, nel testo modificato, che "Le funzioni amministrative sono esercitate in modo da assicurare la semplificazione e la trasparenza dell'azione amministrativa, secondo i criteri di efficienza e di responsabilità degli amministratori".

al «servizio esclusivo della Nazione» (art. 98, 1 comma, Cost.) per scelta meritocratica dovranno essere espressione di quel «disegno costituzionale del circuito dell'azione amministrativa che è assai complesso, fondandosi su una molteplicità di valori che da essi scaturiscono, nonché dall'impianto costituzionale nel suo insieme» (...), ossia di «un'amministrazione che comunque assume scelte, nell'interesse della Nazione e non del singolo»⁸. È il termine *Nazione* utilizzato nella Carta fondamentale che pur nella complessità del suo significato⁹ conferisce, infatti, una connotazione particolare alla disposizione in quanto denota la funzione servente del pubblico impiegato rispetto alla collettività e in sostanza delinea il suo *facere* e il suo *modus operandi*, i quali non possono non ispirarsi all'interesse pubblico della collettività. Ancora più stringente è poi il contenuto dell'art. 54 delle Costituzioni, il quale al comma 1 prevede un dovere di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della Costituzione e delle leggi rivolto a tutti i cittadini. La *fedeltà* come dovere, secondo la dottrina prevalente, è prima di tutto da intendere come fedeltà alla forma repubblicana, che, nella collocazione storica del patto costituzionale, va a sottolineare la scelta referendaria in favore di quest'ultima invece di quella monarchica¹⁰ e, poi, «alla cura ed al perseguimento di interessi della comunità a cui il soggetto partecipa»¹¹. Completa e, si può dire, rafforza i doveri dei cittadini *l'osservanza della "Costituzione e delle leggi"*, che nella sua formula più sintetica racchiude la massima espressione del principio di legalità, costituzionale e legale¹².

Per gli affidatari di funzioni pubbliche il peso dei doveri già previsti per tutti i cittadini aumenta considerevolmente e, si direbbe, ovviamente. Il dovere di fedeltà e di osservanza del principio di legalità

⁸ C. BUZZACCHI, *Il codice di comportamento come strumento preventivo della corruzione: l'orizzonte di un'etica pubblica*, cit., 5 ss.

⁹ Sull'accezione del termine "Nazione" nel contesto della Costituzione, e, volendo su quello connesso di unità nazionale, che il fenomeno corruttivo certamente intacca, cfr. C. DE FIORES, *Nazione e Costituzione*, Torino, 2005 ed ivi anche per ulteriori indicazioni bibliografiche; M. LUCIANI, *Costituzione, istituzioni e processi di costruzione dell'unità nazionale*, in *Rivistaaic.it*, 3.6.2011; F. GABRIELE, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte prima (quella "intocabile") della Costituzione*, in *Rivistaaic.it*, 13.9.2013.

¹⁰ Cfr. L. VENTURA, *Rapporti politici. Articolo 54, II*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994, 55.

¹¹ Così, L. VENTURA, *Rapporti politici. Articolo 54*, cit., 48.

¹² Cfr. M. LUCIANI, *Sulla legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Torino, 2005, 508 ss.

in senso lato, infatti, viene definito e precisato in quanto in stretta connessione con l'esercizio delle funzioni e, quindi, di uno *status* particolare rispetto ai cittadini "normali", la *disciplina* e l'*onore* devono costituire quasi in maggior misura lo "spirito" dell'adempimento¹³. E questo perché, in altri termini, benché si tratti «di un unico dovere» esso si atteggia «diversamente per i cittadini chiamati a funzioni pubbliche (...) per la potenziale pericolosità rappresentata da un comportamento infedele dei cittadini che assumono pubbliche responsabilità sia in campo politico, sia all'interno dello Stato-apparato, in riferimento ai possibili attentati condotti allo Stato democratico ed alla sua Costituzione»¹⁴.

Il quadro costituzionale è completato dall'art. 28 sulla responsabilità del pubblico dipendente che viola con i propri atti e, dunque, nell'esercizio delle sue funzioni, una situazione giuridica garantita del cittadino, fatto per il quale può essere responsabile penalmente e di conseguenza anche civilmente e disciplinarmente¹⁵. La citata disposizione è stata oggetto nel tempo di differenti letture giurisprudenziali, una delle quali ha propenso per una imputazione della responsabilità *in primis* del dipendente e in via sussidiaria della pubblica amministrazione. Tuttavia, il potenziale e possibile effetto di paralizzare il

¹³ Cfr. B.G. MATTARELLA, *I doveri di comportamento dei dipendenti pubblici*, in *www.astrid-online.it*, 2010.

¹⁴ Così, L. VENTURA, *Rapporti politici. Articolo 54*, cit., 81.

¹⁵ Secondo C. ESPOSITO, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici secondo la Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 108, il significato dell'art. 28 Cost. è quello secondo cui i funzionari rispondono solo se hanno effettivamente leso volontariamente e coscientemente un diritto: non sarebbe, cioè, il mero fatto della lesione (involontaria o colposa) a rendere responsabile la persona fisica del funzionario secondo la Costituzione, ma questo fatto quando sia diretto coscientemente all'evento della lesione; l'art. 28 sarebbe dunque previsto per sanzionare i comportamenti dolosi del pubblico dipendente. Tuttavia, questa ricostruzione dottrinale è stata sottoposta a critica in quanto ritenuta fondata «su basi esegetiche assai labili» (Così, F. MERUSI, M. CLARICH, *Rapporti civili. Articolo 28*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, 369): innanzitutto si è osservato che dalla espressione "in violazione" non è possibile risalire alla situazione psicologica dell'autore della lesione; in secondo luogo, si è evidenziato come dagli stessi lavori preparatori dell'art. 28 si evinca chiaramente che l'espressione colposamente o dolosamente, presente alla prima redazione dell'articolo, non fu tolta per limitare la responsabilità dei pubblici dipendenti alle ipotesi di comportamenti dolosi, ma perché ritenuta superflua in quanto la norma intendeva perseguire ogni e qualunque lesione imputabile ai pubblici dipendenti. Recentemente BATTINI S., *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari dei dipendenti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2015, 53 ss.

pubblico dipendente nelle sue iniziative e nelle sue attività in relazione al pericolo di dover rispondere patrimonialmente in proprio e, insieme, l'effetto di obbligare il cittadino ad una defatigante attività processuale dapprima nei confronti del dipendente, il cui patrimonio personale quasi mai sarebbe sufficiente, e successivamente nei riguardi della pubblica amministrazione per la parte residua, ha in parte modificato tale orientamento. Il mutamento si è risolto nel senso di rendere sin da subito responsabili sia la pubblica amministrazione sia il pubblico dipendente, ma si è conservata quella distinzione la quale consente che i singoli funzionari dell'apparato pubblico che commettono dolosamente o colposamente degli illeciti assumano una responsabilità ben distinta da quella dell'apparato stesso¹⁶.

La "Costituzione amministrativa", dunque, fa degli obblighi, dei doveri e delle responsabilità il punto cardine dell'agire dei pubblici dipendenti e dello Stato-apparato. Si tratta di quei doveri costituzionali enunciati nell'art. 2 della Costituzione, alcuni dei quali vengono poi dettagliatamente concretizzati in altre disposizioni costituzionali, quali quello della difesa della patria (art. 52), del concorso alle spese pubbliche (art. 53), della fedeltà alla Repubblica e, come già detto, per gli affidatari di pubbliche funzioni, il dovere di adempierle con disciplina e onore (art. 54, co. 1 e 2)¹⁷.

¹⁶ Secondo C. BUZZACCHI, *Il codice di comportamento come strumento preventivo della corruzione: l'orizzonte di un'etica pubblica*, cit., 8, «questa disposizione ha profondamente innovato la materia della responsabilità dei pubblici funzionari, perseguendo una duplicità di obiettivi: quello della tutela del cittadino da una parte, e quello del buon funzionamento dei pubblici poteri dall'altra. L'art. 28 ha così personalizzato l'operato del singolo impiegato agente, che risponde dei propri atti nell'ambito della funzione amministrativa, ma solo se ha abusato della funzione pubblica: si tratta di una responsabilità che sorge quando il comportamento del singolo agente, che operi nell'esercizio delle sue specifiche funzioni, sia posto in essere o con l'intenzione di operare *contra legem* ovvero con grave leggerezza, nell'ambito di una decisione autonomamente assunta dal singolo soggetto. Benché la concreta operatività della previsione sia attualmente insoddisfacente, in considerazione della ricorrente rivalsa dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione piuttosto che dei singoli funzionari, il principio mantiene un significato di immensa rilevanza e su di esso si fonda una concezione di apparato pubblico chiamato a riparare gli illeciti e le scorrettezze, anche qualora compiuti dai singoli agenti dello stesso apparato, pretendendo da questi un'assunzione di responsabilità ben distinta da quella dell'apparato stesso».

¹⁷ Nella sistematizzazione operata da C. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, in *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, 768-771-772, le situazioni giuridiche soggettive derivanti dai doveri costituzionali vanno «divise a seconda che riguardino i *cittadini in genere* ovvero i *cittadini qualificati* in base a particolari posizioni o requisiti connessi all'esercizio di una *funzione pubblica*»,

Ed è il corretto equilibrio tra l'adempimento dei doveri e il riconoscimento dei diritti costituzionali a diventare, dunque, il vero momento di snodo che consente la effettiva attuazione dello stato costituzionale di diritto. Il tema, come noto, era stato al centro del dibattito in Assemblea Costituente e ampiamente affrontato ed esaminato nella I sottocommissione da Moro, Dossetti e La Pira¹⁸ e, a quasi 30 anni dalla entrata in vigore della Costituzione, lo stesso Aldo Moro lo aveva posto nuovamente in risalto in un momento storico in cui le rivendicazioni sociali miravano prevalentemente all'affermazione dei diritti enunciati nella Costituzione e per ciò era apparso a molti fuori contesto. In realtà, molto acutamente e *ante litteram* aveva invece sottolineato come i doveri costituzionali costituissero un rafforzativo dei diritti e che senza i primi non potessero ritenersi effettivi i secondi («Questo Paese non si salverà, la grande stagione dei diritti risulterà effimera, se non nascerà in Italia un nuovo senso del dovere»¹⁹). In altre parole, la perdita della consapevolezza che lo Stato si regge sul principio di reciprocità e che, dunque, ad un riconoscimento dei diritti deve corrispondere un eguale e proporzionato impegno nell'adempimento dei doveri, comporta non riconoscere che l'art. 2 della Costituzione pone sullo stesso piano i diritti e i doveri con una espressa *richiesta* dell'«adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». Qualsiasi forma di allontanamento da quei doveri **inderogabili**, quindi, affievolisce il riconoscimento e la garanzia dei diritti.

distinguendo nell'ambito di quest'ultima categoria le situazioni giuridiche derivanti dall'art. 54, secondo comma, il cui dovere è di ogni funzionario, qualunque sia il rango ed ufficio da quelle di singole categorie di funzionari (Presidente della Repubblica, membri del Parlamento, Consiglieri regionali, ecc).

¹⁸ Sul tema dei diritti e più in particolare sul tema della «libertà [come] fondamento di responsabilità» e pertanto di doveri cfr. gli interventi di Moro, La Pira e Dossetti in sede di I Sottocommissione, seduta del 2.10.1946, Vol. VI, 472,474, 477-78. Sul contributo di Aldo Moro in particolare in sede di I Sottocommissione si veda, U. DE SIERVO U., *Il contributo di Aldo Moro alla formazione della Costituzione repubblicana*, in *Il Politico*, 1979, 193 ss.

¹⁹ La frase fu pronunciata da Aldo Moro in occasione del XIII Congresso della Democrazia Cristiana svoltosi a Roma il 18-24 marzo 1976.

3. Cause ed effetti del fenomeno corruttivo

a) *La crisi della rappresentanza*

Le dinamiche involutive e decostruttive dei doveri inderogabili sono nella parte prevalente da ricondurre nel progressivo iato tra corpi intermedi e Stato, in cui latita la partecipazione democratica dei cittadini alla vita politica, quale conseguenza della crisi della rappresentanza²⁰. In questa parabola discendente della rappresentanza si inserisce un elemento di ulteriore divaricazione tra il cittadino e lo Stato: in un'epoca caratterizzata dalla prevalenza dell'individualismo sulle ragioni della collettività trova *humus* il fenomeno corruttivo quale espressione di un *modus agendi* orientato all'esclusivo conseguimento di un interesse personale. In sostanza, le manifestazioni degenerative dell'agire pubblico e la crisi della rappresentanza sono aspetti della stessa medaglia caratterizzati dalla non osservanza o/e violazione dei doveri costituzionali enunciati nell'art. 2 della Costituzione laddove lo Stato non viene avvertito come una "Istituzione" nella quale riconoscersi e dove, invece, proprio i dipendenti pubblici (ancor di più quelli collocati al vertice dell'amministrazione) «dovrebbero coniugare sensibilità agli indirizzi politici (altrimenti si interrompe il circuito democratico) con separazione dai partiti e dagli interessi (altrimenti si perde l'imparzialità)»²¹. Le cause e gli effetti della crisi della rappresentanza nonché del fenomeno corruttivo divengono un circolo vizioso del quale è estremamente complesso individuare il momento di inizio ed è difficile trovare l'elemento di rottura.

Certamente la consapevolezza da parte dei cittadini che "lo Stato siamo noi", come efficacemente evidenziava Calamandrei nelle sue note lezioni, presuppone una identificazione nello Stato che si realizza attraverso la partecipazione dei cittadini alla vita politica e democratica-

²⁰ Come ha efficacemente riassunto L. RONCHETTI, *Rappresentanza politica come rappresentanza costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/3015, parte I, 13, «l'istituto della rappresentanza è al tempo stesso contenuto, orientato e vincolato dai limiti posti in Costituzione sotto forma di principi fondamentali dell'ordinamento, di diritti e doveri individuali e collettivi, di divisione e separazione dei poteri nonché di articolazione in enti». Con riguardo, poi, in particolare alle Regioni nella prospettiva della riforma costituzionale, cfr. G. LUCHENA, *Il nuovo Senato: quale rappresentanza?*, in *Rivistaaic.it*, 24.10.2014, 8 ss.

²¹ Così S. CASSESE, nell'editoriale del Corriere della Sera del 1.9.2016 *Dirigenti pubblici senza più feudi* sulla riforma della pubblica amministrazione.

ca dello Stato²², i cui corpi intermedi, quali i partiti politici²³, costituiscono il punto di incontro e di mediazione tra la società e lo Stato-apparato. Se si accede alla tesi che in uno stato pluriclasse non vi è coincidenza fra rappresentante e rappresentato, se non attraverso una mediazione da parte dei partiti organizzati²⁴, vorrà dire che la crisi della rappresentanza nasce e si sviluppa intorno ad una delegittimazione anche di questi ultimi²⁵. Ciò comporta, di conseguenza, che il rapporto tra sistema politico e società si altera fino al punto da innescare la c.d. *desistenza*, che sarebbe quel modo di vedere la politica con distacco e, dunque, distante dalla vita reale: una condizione, questa, in cui andrebbero affiorando la facilità di oblio, il desiderio di appartarsi, di lasciare la politica ai politici²⁶. L'indifferenza per lo Stato e per tutto quanto esso rappresenta, come l'*indifferenza* alla politica, l'*indifferenza* alla legge, l'*indifferenza* all'esercizio della sovranità popolare²⁷, conduce gradatamente all'allontanamento dai valori di cui la Costituzione è portatrice, ad una perdita dell'etica nello Stato e per lo Stato e ad un aumento direttamente proporzionale di tutti quei fenomeni che, in senso ampio, vengono definiti di mala amministrazione. Se il percorso argomentativo finora illustrato fosse capovolto, si potrebbe sostenere che la prevenzione del fenomeno corruttivo possa trovare terreno fertile attraverso la trasmissione dei valori della Costituzione²⁸, nel rafforzamento dei c.d. corpi intermedi, che tradizional-

²² Se si ripercorre il pensiero dell'Autore si può constatare come egli, dopo l'esperienza disastrosa del ventennio fascista e della guerra, coltivasse un'idea di fondo secondo la quale la prima opera di sana ricostruzione, non solo materiale, del Paese fosse quella di ritornare a riconoscersi nello Stato.

²³ Cfr. M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, 2013.

²⁴ Cfr. M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in ZANON N., BIONDI F. (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, 2001, 112 ss.

²⁵ Sul punto L. FERRAJOLI, *Separare i partiti dallo Stato, riportare i partiti nella società*, in *Lo Stato*, 2016, 11 ss. e ampiamente R. CALVANO, *Dalla crisi dei partiti alla loro riforma, senza fermarsi ... voyage au bout de la nuit?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015, parte II, 169 ss.

²⁶ P. CALAMANDREI, *Desistenza*, Il Ponte, ottobre 1946. Oggi consultabile nella raccolta di scritti di P. CALAMANDREI, *Lo Stato siamo noi*, Chiarelettere, Milano, 2011, 55 ss.

²⁷ Ancora P. CALAMANDREI, *Lo Stato siamo noi*, cit., 7.

²⁸ Sul punto, V. TEOTONICO, *La scienza giuridica tra esigenze di innovazione e continuità costituzionale*, cit., 5. «La capacità di tenuta di un qualsiasi regime di fronte alla "brutale effettività" della transizione, dunque, deriva – ancor prima che da un efficace sistema di controlli e di sanzioni istituzionalizzati, ad ogni modo indispensabili – dal radicamento so-

mente fungono da collettore tra i due soggetti ristabilendo il rapporto fiduciario tra popolo e Stato.

Pertanto, se il fine del rappresentante è configurabile nel perseguimento dell'interesse pubblico generale, che nel costituzionalismo moderno è indicato nella Carta costituzionale²⁹, l'obiettivo non può essere disgiunto dall'agire attraverso le precise modalità indicate dalla stessa Costituzione (disciplina ed onore). L'insieme del fine costituzionale e del *modus operandi* del rappresentante democratico della società e del rappresentante dello Stato-organizzazione costituiscono quella che può indicarsi come "etica pubblica". In quest'ottica, nel momento in cui l'etica della *societas* e l'etica pubblica si identificano, rappresentanti e rappresentati si riconoscono nello Stato. Qualunque forma di rottura del legame partecipativo diviene, invece, un potenziale indebolimento di attuazione dei precetti e dell'"etica" costituzionale che sono alla base del principio democratico³⁰.

b) L'incertezza del diritto

Per quanto sia indubbio che «il Parlamento non possa essere l'unico centro dell'attività politica né il monopolista dell'indirizzo politico [...] e della elaborazione delle politiche, ma semmai la sede in cui la discussione sulle politiche si matura, in funzione di legittimazione dell'intera forma di governo e di massimizzazione del consenso dell'una o dell'altra parte politica»³¹, non può, tuttavia, non scorgersi come la crisi della rappresentanza, causata dalla rottura del patto sociale di cui si è detto, abbia dei riflessi diretti sul Parlamento, sulla

cio-culturale dei principi costituzionali su cui esso si fonda. Il diffuso convincimento che i medesimi principi corrispondano alle reali esigenze e aspirazioni della collettività, consentendone la pacifica sopravvivenza, assicura, o perlomeno favorisce, un'adeguata reazione contro chiunque tenti di conculcarli».

²⁹ «...benché sia constatabile una certa perdita di centralità della Costituzione a causa del crescente dominio di una *lex mercatoria* la quale sembra segnare «la definitiva vittoria dei soggetti economici attualmente dominanti, dei poteri costituiti, sottomettendo ad essi la tutela dei diritti fondamentali e delle libertà degli utenti, nonché –in ultima istanza– l'intero diritto costituzionale e la pretesa della sua superiore legalità» (così G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, 45).

³⁰ Cfr. P. CALAMANDREI, *Lo Stato siamo noi*, cit., 6.

³¹ Così M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, cit., 114-115.

funzione alla quale è preposto, sulla sua attività e sui suoi “prodotti”. Tradotto in termini *stricto sensu* giuridici la produzione normativa del Parlamento non trova rispondenza nella spinta o nella richiesta del corpo sociale e colui che dovrebbe essere l’interlocutore della sovranità popolare, per il tramite dei corpi intermedi, o non ascolta le esigenze del corpo sociale non disciplinando talune materie o, ed anche (nella simulazione di un certo efficientismo) infittisce la disciplina già esistente creando una sorta di bulimia legislativa a discapito della qualità normativa³². In quest’ultimo caso, infatti, le leggi vengono adottate non per disciplinare materie di sicuro rilievo legislativo, bensì per regolare fattispecie affidabili alla normazione sub primaria (al momento si stima che in Italia ci siano 40.000 leggi vigenti e circa 80.000 regolamenti) oltretutto per rispondere, ma impropriamente, ad istanze momentanee ed occasionali, che già avevano una risposta nell’ordinamento e che nelle forme e nelle sembianze in cui si presentano sono destinate ad essere superate e contraddette dalla assunzione di nuove fattezze, anch’esse occasionali e, magari, di nuovo a breve, da altre forme dello stesso fatto, già però, come detto, disciplinato e bisognoso solo di essere pienamente applicato. Questo fenomeno ha una duplice conseguenza. Da un lato, ed innanzitutto, il Parlamento trascura di occuparsi di temi importanti o provvede con estremo ritardo dopo che, come è avvenuto, ad esempio, per la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze, le Corti europee, seguite dai giudici italiani, hanno prima sollecitato e poi regolato giurisprudenzialmente le singole fattispecie³³. L’intervento della magistratura come supplente o sostituto delegittima a sua volta sempre di più la politica in quanto essa, vista come unico interlocutore, diventa il riferimento più diretto per chiunque chieda non solo la tutela dei diritti, ma il loro stesso riconoscimento. Mentre, però, in base al principio democratico e rappresentativo, la funzione legislativa è preordinata all’emanazione di norme generali ed astratte a tutela dell’uguaglianza applicativa e, dunque, a garanzia

³² Il tema è ampiamente analizzato da M. AINIS, *Economia e diritto: una questione di misura*, in *www.federalismi.it*, 2015, il quale evidenzia, tra l’altro, la stretta relazione tra l’incertezza del diritto ed i costi che essa determina scoraggiando gli investimenti e alimentando il contenzioso.

³³ Sul punto ampiamente C. P. GUARINI, *Tra “divorzio imposto” e “matrimonio a tempo”*. Osservazioni a margine delle sentenze n. 170 del 2014 della Corte costituzionale e n. 8097 del 2015 della Corte di Cassazione, I Sezione civile, in *Rivistaaic.it*, 1.4.2016.

dell'uguaglianza di trattamento di situazioni giuridiche soggettive che necessitano di "oggettivazione" nell'ordinamento giuridico formale, le norme "create" dal giudice, essendo orientate al caso concreto e non avendo effetti se non tra le parti, sono prive dei requisiti che, invece, caratterizzano gli atti propri del legislatore³⁴. In tal modo la separazione dei poteri perde coerenza nell'ordinamento e la certezza del diritto, principio cardine dello Stato di diritto, viene progressivamente meno e a scandire tempi, modi e contenuti della programmazione politica non è più l'organo espressione della sovranità popolare, bensì un ordine che da indipendente ed autonomo dalla politica, come la Costituzione vuole che sia, diviene protagonista principale dell'azione politica, sociale ed economica del Paese senza, però, averne la necessaria copertura o legittimazione costituzionale.

Dall'altro, è noto che, nelle pieghe e confusione della sovrapposizione di leggi prive di qualsivoglia coordinamento, si annidano antinomie, incongruenze, erranee interpretazioni che non potranno non generare l'intervento del giudice il quale, prima di ogni cosa, dovrà, attraverso una complessa attività ermeneutica, mettere ordine nel "disordine" normativo per risolvere il caso concreto. Ciò sta a significare che l'eccesso di produzione di norme affiancato al mancato coordinamento della preesistente normativa con quella di nuovo conio, determina un esponenziale aumento del contenzioso³⁵.

Sarà insomma, nelle migliori delle ipotesi, sempre un ricorso al giudice e un suo intervento a dover risolvere il caso di specie causato, verosimilmente, dalla oscura complessità o dalla illeggibilità delle disposizioni vigenti³⁶.

³⁴ Tali considerazioni sono già state espresse in un altro mio scritto, *Il diritto giurisprudenziale di tipo "creativo" è uguale per tutti? Brevi osservazioni sui confini della funzione giurisdizionale*, in M. DELLA MORTE (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, 2016, 326 ss.

³⁵ A. M. NICO, *Gli effetti dell'(in)efficienza del sistema giudiziario sull'economia*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2015.

³⁶ Emblematiche e sempre attuali risultano le argomentazioni contenute nella sentenza della Corte costituzionale n. 364/88 (nota anche come sentenza dell'Andro), a mente delle quali «l'assoluta, «illuministica» certezza della legge sempre più si dimostra assai vicina al mito: la più certa delle leggi ha bisogno di «letture» ed interpretazioni sistematiche che (dato il rapidissimo succedersi di «entrate in vigore» di nuove leggi e di abrogazioni, espresse o tacite, di antiche disposizioni) rinviano, attraverso la mediazione dei c.d. destinatari della legge, ad ulteriori «secondo» mediazioni. La completa, in tutte le sue forme, sicura interpretazione delle leggi penali ha, oggi, spesso bisogno di seconde, ulteriori mediazioni: quelle ad es. di tecnici, quanto più possibile qualificati, di organi dello Stato (so-

Sia nell'una che nell'altra ipotesi non sarà più l'organo legislativo ad occuparsi della funzione che gli è propria, secondo il dettato costituzionale, ma quasi per sua rinuncia, se non per sua delega, il potere giudiziario. La magistratura, che dovrebbe occuparsi in ultima istanza della risoluzione controversa del caso, diviene invece protagonista magari involontario e suo malgrado, anche della funzione legislativa. Peraltro, l'appesantimento del carico giudiziario comporta, com'è noto, la lentezza della giustizia e i lunghi tempi per la conclusione dei procedimenti giudiziari³⁷ e, a sua volta, in una sorta di circolo vizioso, determina la disaffezione di coloro che chiedono giustizia e nutre la sfiducia nei confronti del potere giudiziario e quindi dello Stato (in quanto la giustizia lenta scoraggia o non incentiva gli investimenti, anche da parte degli imprenditori stranieri, e ha per effetto un rallentamento dell'economia e, conseguentemente, delle ripercussioni su tutta la collettività).

Le cause citate possono apparire differenti, ma, a ben guardare, sono due aspetti che hanno la medesima origine, sono effetti della stessa patologia, cioè entrambi prendono vita in definitiva da quella che può essere sinteticamente ed identificata come la crisi del parlamentarismo³⁸.

prattutto di quelli istituzionalmente destinati ad applicare le sanzioni per le violazioni delle norme, ecc.)».

³⁷ In generale, le ragioni della inefficienza della amministrazione giudiziaria possono derivare da un contenzioso eccessivo a cui non si riesce a far fronte con i mezzi a disposizione, per cui esiste una sproporzione tra le azioni proposte da coloro che chiedono giustizia e il servizio che lo Stato riesce a fornire a tali istanze e ci si riferisce in tal caso anche alle poche risorse destinate alla giustizia (Cfr. M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivistaaic.it*, 10.10.2014, 51 ss.). Possono dipendere da un sistema normativo processuale particolarmente complesso che non consente una risoluzione in tempi brevi delle controversie (AYALA G., *Troppe coincidenze*, Milano, 2012, 126, sottolinea come il Parlamento, a proposito di giustizia, «non può essere certo accusato di inerzia: negli ultimi vent'anni, infatti, ha sfornato ben 83 leggi di modifica del codice di procedura penale. Ma è mai possibile che neanche una sia riuscita ad accorciare anche di un solo giorno la durata dei processi? Sì, è possibile. Anzi, per essere più precisi, l'ha allungata»).

³⁸ G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, Torino, 2009, 9, descrive il fenomeno come una sorta di «bufera legislativa» nella quale vi sono «leggi nuove; modifiche delle vecchie, *pro futuro* e retroattive; leggi temporanee, transitorie, di sanatoria, sperimentali, di “interpretazione autentica” ed *errata corrige*; testi unici della più varia natura; circolari e *guide-linee* delle diverse autorità; “codici etici” e comportamentali di numerosi corpi professionali e burocratici; sentenze costituzionali con portata normativa: tutto ciò moltiplicato per le

Quando si è fatto riferimento all'intervento del giudice nel ruolo di interprete di un diritto "illeggibile" o di supplente di un altro potere, si è peraltro, dinanzi alla ipotesi migliore, dato che la crisi del parlamentarismo viene in qualche modo tamponata da un potere dello Stato, lo Stato-giudice³⁹, che, per quanto non sia attributario di quelle determinate funzioni, è sempre lo Stato e non un potere *fuori* dallo Stato.

L'incertezza del diritto⁴⁰ costituisce il terreno fertile nel quale si sviluppano e crescono realtà estranee alle dinamiche istituzionali o, addirittura, fenomeni antiggiuridici, riconducibili anche alle forme della criminalità organizzata attraverso le quali i c.d. facilitatori innescano o agevolano il fenomeno corruttivo⁴¹.

Il termine *facilitatore* è per certi aspetti, pur nella sua inevitabile genericità, intuitivo nell'evocazione della figura.

Ci si riferisce a quei soggetti che, o per mano della criminalità o in proprio, aiutano ad esercitare i diritti «che altrimenti resterebbero inferti», perché ostacolati dalla burocrazia. «Perché il troppo diritto offusca la cultura dei diritti, convertendoli in favori, chiesti e ricevuti in cambio di qualche banconota» (...). «Ma il facilitatore, nel suo tur-

molte autorità normative, centrali, regionali, locali e sopranazionali, che operano con l'intento che nulla sfugga alla più minuta e pervasiva regolazione giuridica».

³⁹ L'espressione è di C. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, in *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, 756.

⁴⁰ Come ha posto in evidenza A. PATRONI GRIFFI, *Il fondamento costituzionale della legislazione in tema di trasparenza e di lotta alla corruzione: alcune riflessioni*, cit., 7, «la legalità, il rispetto delle regole, è esso stesso presidio di anticorruzione. Sennonché le norme oscure, la cattiva qualità della norma, al contrario facilitano le corrottele».

⁴¹ Quando il fenomeno corruttivo è ampiamente esteso all'interno dello Stato diventano evocative le parole di Sant'Agostino, che nel *De civitate Dei*, Libro IV, par. 4, *Ingiustizia e violenza degli stati e dei briganti* (cfr. AGOSTINO, *La città di Dio*, Milano, 2015, 221,222) nel fare un chiaro richiamo a Cicerone (*De Re Publica*, 3, 14, 24), spiega con termini chiari che «Se non è rispettata la giustizia, che cosa sono gli Stati se non delle grandi bande di ladri? Perché anche le bande dei briganti che cosa sono se non dei piccoli Stati? È pur sempre un gruppo di individui che è retto dal comando di un capo, è vincolato da un patto sociale e il bottino si divide secondo la legge della convenzione. Se la banda malvagia aumenta con l'aggiungersi di uomini perversi tanto che possiede territori, stabilisce residenze, occupa città, sottomette popoli, assume più apertamente il nome di Stato che gli è accordato ormai nella realtà dei fatti non dalla diminuzione dell'ambizione di possedere ma da una maggiore sicurezza nell'impunità. Con finezza e verità a un tempo rispose in questo senso ad Alessandro il Grande un pirata catturato. Il re gli chiese che idea gli era venuta in testa per infestare il mare. E quegli con franca spavalderia: 'La stessa che a te per infestare il mondo intero; ma io sono considerato un pirata perché lo faccio con un piccolo naviglio, tu un condottiero perché lo fai con una grande flotta'».

pe mestiere, viene facilitato a propria volta dalla solitudine in cui siamo stati risucchiati, dalla crisi dei corpi intermedi (partiti, sindacati) che una volta ci venivano in soccorso, dall'allentamento dei vincoli comunitari, del senso di appartenenza a un popolo, a un destino collettivo. Sicché è questa solitudine che adesso si tratta di curare. Restaurando un clima, un ambiente legale e morale in cui ciascuno possa incamminarsi senza temere un'imboscata. Ma per riuscirci serve una legge in meno, non una legge in più»⁴². E si ritorna a Tacito (troppe leggi) e a Calamandrei (la Desistenza).

3. La legge n. 190/2012 ed il tentativo di arginare il fenomeno corruttivo

La constatazione e la consapevolezza che il fenomeno corruttivo continuasse ad essere presente in seno alla pubblica amministrazione e la circostanza che non vi fosse una normativa organica in tema di lotta alla corruzione⁴³ hanno spinto alla adozione della Legge n. 190/2012 (recentemente modificata dal D.Lgs. 25 giugno 2016, n. 97), recante “*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*”⁴⁴. Come può evincersi dall’epigrafe, l’obiettivo che persegue della normativa *de qua* si sviluppa su tre diverse azioni: la prevenzione e la repressione della corruzione e la diffusione della cultura della legalità. Mentre il secondo aspetto mira ad un intervento dinanzi ad un fatto già concretizzatosi nella specie, il primo e il terzo mirano a combattere o, se si vuole, a prevenire il fenomeno *ab origine*, cercando di evitare che il fatto criminoso o eticamente riprovevole possa realizzarsi. Da ciò l’adozione del codice di comportamento dei dipendenti pubblici (D.P.R. 16 aprile

⁴² Così M. AINIS, *La legge in meno che può aiutarci a combattere la corruzione*, in *Corriere della Sera*, 15.3.2016.

⁴³ Con riguardo ai temi della corruzione e dell’etica che hanno occupato la dottrina prima della adozione e dell’entrata in vigore della legge 190/2012 si rinvia, *ex multis*, a CASSESE S., *L’etica pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2003, 1097; MATTARELLA B.G., *Le regole dell’onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2007, part. 131 ss.; CARLONI E., *Ruolo e natura dei c.d. “codici etici” delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 319 ss.; MERLONI F., VANDELLI L. (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzioni, rimedi*, Firenze, 2010.

⁴⁴ Cfr. B.G. MATTARELLA, M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, 2013.

2013, n. 62)⁴⁵ e del c.d. codice della trasparenza (Decreto legislativo, 14 marzo 2013, n.33, anch'esso modificato dal D.lgs. 25 giugno 2016, n. 97): *Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*), ritenuto un valido strumento di prevenzione della corruzione⁴⁶.

Con riferimento al triplice profilo contenuto nella attuale normativa, vi è da chiedersi se questa nuova “interposizione legislativa” fosse necessaria nel nostro ordinamento, considerato che la adozione di una legge non è in grado, da sola, di risolvere il fenomeno corruttivo⁴⁷ se a monte non se ne individuano (e contrastano) le cause sociali⁴⁸ e visto che esisteva già una ragguardevole normativa varia e convergente nei diversi ambiti attualmente toccati dalla Legge n. 190/2012: le norme penali e le relative sanzioni, nonché l'apparato normativo che prevede la irrogazione delle sanzioni amministrative in ogni settore della pubblica amministrazione ne costituiscono un esempio.

Al di là di queste brevi considerazioni sulla necessità che l'ordinamento si dotasse di una nuova disciplina in materia, la sua entrata in vigore già da quattro anni può costituire un tempo utile per fare alcune riflessioni e trarre talune conclusioni.

⁴⁵ Cfr. S. NERI, *Il rilievo giuridico dei codici di comportamento nel settore pubblico in relazione alle varie forme di responsabilità dei pubblici funzionari*, in *Amministrazione in cammino*, 18.10.2016.

⁴⁶ Al riguardo v., tra gli altri, F. MERLONI, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge n. 190 del 2012 e d.lgs. n. 33 del 2013*, in B. Ponti (a cura di), *La Trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n.33*, Santarcangelo, 2013; A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in *Giust. civ.*, 2015, 213; I. A. NICOTRA, *Papel y funciones de la Autoridad nacional de anticorrupción italiana en materia de transparencia y prevención de fenómenos de corrupción*, in *Rivistaaic.it*, n. 4/2015; P. MARSOCCI, *Gli obblighi di diffusione delle informazioni e il d.lgs. 33/2013 nell'interpretazione del modello costituzionale di amministrazione*, in *Istituzioni del federalismo*, 2013, 687; A. BONOMO, *Il Codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, in *Istituzioni del federalismo*, 725.

⁴⁷ Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Battere la corruzione è una sfida impossibile*, in *www.federalismi.it*, 28.10.2015, 5.

⁴⁸ In proposito v. le condivisibili osservazioni di V. TONDI DELLA MURA, *La “gnosi”, la politica e quelle riforme che oltre-passano la realtà*, in *Atlantide*, 2/2015, secondo il quale «le istituzioni, del resto, non sono mere organizzazioni o insiemi di regole, vincolanti di per sé e in modo avulso dall'ambito di appartenenza; né è sufficiente cambiare le regole formali per consentire il funzionamento di una situazione o per favorire l'obbedienza degli attori sociali e politici. Piuttosto, è necessario che le regole trovino un fondamento che risulti adeguato al contesto sociale, storico, politico e culturale di riferimento, tale da dimostrarsi ben più radicato di quello meramente coattivo».

Come per ogni testo legislativo possono essere rilevati pregi e difetti. In linea generale, senza volersi addentrare in un'analisi delle singole disposizioni, esso si struttura (in linea con una discutibile prassi che non sembra arrestarsi) in due soli articoli, di cui il primo comprende ben 83 commi, il secondo fa riferimento alla clausola di invarianza della spesa. La complessità della formulazione (pochi articoli e molti commi), non ne agevolano, sotto il profilo formale, la lettura ma neanche la comprensione. Sotto il profilo strettamente sostanziale, invece, la legge ha «mancato l'obiettivo di occuparsi della corruzione politica, concentrandosi prevalentemente su quella amministrativa, poco di quella politica: la trasparenza a cui si ambisce è quella amministrativa, ignorandosi il tema del finanziamento della politica; vengono sì potenziati i codici di comportamento, ma solo per i dipendenti pubblici, non per le cariche elettive; i conflitti di interessi dei parlamentari rimangono giuridicamente irrilevanti, a differenza di quelli di qualsiasi altro agente pubblico»⁴⁹.

Da un punto di vista operativo, i referenti anticorruzione di ogni pubblica amministrazione o di singola struttura vengono oberati da numerosi adempimenti burocratici (redazione Piano ecc.), che non agevolano un controllo effettivo dei dipendenti.

Il pregio, come sottolineato da molti, è quello di aver previsto un sistema di prevenzione e di diffusione della cultura della legalità: «l'investimento nella diffusione di una cultura civica diversa, fondata su valori di attaccamento e di rispetto della "cosa pubblica", che consentano in primo luogo al cittadino, e poi ai «servitori» pubblici di questi, di operare sempre nel rispetto delle leggi e dell'interesse comune»⁵⁰.

⁴⁹ Così C. BUZZACCHI, *Il codice di comportamento come strumento preventivo della corruzione: l'orizzonte di un'etica pubblica*, cit., 10. Aspetto che è stato sottolineato anche da MATTARELLA B.G., *Le regole dell'onestà*, cit., 78, nel ricordare che l'adozione del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici del 1993 non era stata accompagnata da analogo documento per il personale elettivo.

⁵⁰ C. BUZZACCHI, *Op. cit.*, 10. Cfr. altresì B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2013, 123 ss.

5. Qualche conclusione e alcune prospettive: a) La cultura dell'etica pubblica e l'opera di moralizzazione imposta dalla legalità.

La percezione sociale della corruzione ha subito nel tempo una profonda trasformazione in quanto, sino ai primi anni 90, sebbene nota a tutti come fattispecie penalmente rilevante, era però percepita come tollerabile dalla società, magari perché (ma a torto) non ritenuta al di fuori dei limiti ritenuti fisiologici⁵¹. Una sensibilizzazione sociale sulla gravità e riprovevolezza del fenomeno corruttivo è intervenuta soltanto dopo l'ampia diffusione mediatica dei processi agli esponenti politici degli allora storici partiti. Allo stato attuale la soglia della originaria tolleranza del fenomeno si è talmente abbassata che il legislatore è stato spinto dal corpo sociale ad adottare non solo una normativa repressiva ma anche un'ampia regolamentazione finalizzata alla prevenzione attraverso una "opera moralizzatrice" dello Stato-apparato⁵². «Come è stato osservato in un intervento del presidente della Corte dei Conti, che risale già al 2011, «per arginare questo fenomeno, un ruolo fondamentale può svolgere l'etica, vale a dire la propria, intima, tensione morale del funzionario pubblico al suo corretto agire». L'elemento umano rimane dunque centrale ed irrinunciabile, e solo se su di esso il nuovo complesso di regole di comportamento riuscirà a svolgere una funzione di rigenerazione di una coscienza etica si potrà considerare il codice un mezzo prezioso e produttivo di effetti virtuosi»⁵³.

b) Il controllo della politica attraverso la regolamentazione dell'attività di influenza

Alla luce di quanto si è detto sopra in ordine alla crisi della rappresentanza derivata in prevalenza dalla mancata mediazione o dalla assenza dei partiti politici, diviene ancora più pressante ed attuale che il controllo delle istituzioni rappresentative avvenga in maniera più di-

⁵¹ Sugli effetti della percezione del fenomeno corruttivo cfr. R. GAROFOLI, *Il contrasto alla corruzione. La l. 6 novembre 2012, n. 190, il decreto trasparenza e le politiche necessarie*, in *www.astrid-online.it*, 2012, 2.

⁵² Secondo un recente studio dell'Ocse (*trust in Government*) la corruzione deve essere combattuta sin dal periodo scolastico.

⁵³ C. BUZZACCHI, *Op. cit.*, 20.

retta da parte della società rispetto a tutte quelle relazioni che ogni rappresentante della Nazione intrattiene con categorie espressive di alcuni interessi e di cui è promotore e sostenitore.

Nell'ordinamento italiano, a differenza di altri, non vi è alcuna regolamentazione dell'attività di *lobbying*, se non un "Codice di condotta dei deputati", approvato dalla Giunta per il regolamento della Camera dei Deputati il 12 aprile 2016⁵⁴ e il "Regolamento dell'attività di rappresentanza di interessi nelle sedi della Camera dei Deputati", approvato il 26.4.2016.

La bozza del Regolamento prevede in proposito degli adempimenti sia da parte dei Deputati sia da parte dei lobbisti, in realtà molto semplici, finalizzati a rendere trasparente e pubblica quella attività che viene a concretizzarsi tra i deputati e taluni soggetti portatori di interessi. L'attività *de qua* viene definita di relazione istituzionale ed include "ogni attività svolta da persone, associazioni, enti e società attraverso proposte, richieste, suggerimenti, studi, ricerche, analisi e qualsiasi altra iniziativa o comunicazione orale o scritta anche per via elettronica intesa a perseguire interessi leciti propri o di terzi nei confronti dei membri della Camera dei Deputati". Questo comporterà che i lobbisti dovranno iscriversi in un registro, reso pubblico, e presentare ogni semestre una relazione sulla attività svolta ogni semestre "che dia conto dei contatti effettivamente posti in essere, degli obiettivi conseguiti, dei mezzi impiegati e delle spese sostenute".

c) *La deflazione normativa*

La indubbia circostanza e la presa di coscienza che l'ordinamento giuridico sia affetto da una inflazione legislativa (*regulatory inflation*) che finisce, spesso, con il rendere gli atti normativi non facilmente coordinabili, contraddittori e addirittura incomprensibili⁵⁵, ha fatto sì

⁵⁴ Sul progetto presentato il 10.3.2016 dall'on. Giuseppe Pisicchio alla Giunta della Camera dei Deputati, cfr. SASSI S., *Primi passi verso una normazione italiana del lobbying*, in Osservatorioaic.it, 15.4.2016.

⁵⁵ L. TORCHIA, *Giustizia ed economia*, in www.irpa.eu, 2014, evidenzia che «quando le regole vengono poste, ci sono continui ripensamenti e cambiamenti di rotta, a volta addirittura con effetti retroattivi. Un solo esempio: il Codice dei contratti pubblici – il testo fondamentale per la disciplina delle gare – ha subito 44 modifiche in 7anni. Nonostante tutte queste modifiche ancora non è chiaro quali dichiarazioni un'impresa debba fare per poter legittimamente partecipare ad una gara. La copiosa giurisprudenza sul punto è re-

che con legge 28 novembre 2005, n. 246 (c.d. taglia-leggi) si siano disciplinate delle modalità «di semplificazione dell'ordinamento giuridico, tramite l'abrogazione di norme desuete o disapplicate e il riassetto della normativa vigente mediante la redazione di codici e testi unici»⁵⁶. Inutile dire come anche questa operazione di “pulizia generale”, detta anche “ghigliottina” normativa, si sia rivelata tanto ambiziosa⁵⁷ da rendere necessaria l'adozione di ulteriori atti normativi (decreti-legge) ed, infine, sulla base della predetta Legge n. 246/2005, del decreto legislativo n. 279 del 1 dicembre 2009, n. 179, il c.d. “salva-leggi” (*Disposizioni legislative statali anteriori al 1° gennaio 1970, di cui si ritiene indispensabile la permanenza in vigore, a norma dell'articolo 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246*) la cui Relazione illustrativa, alla quale si rinvia, risulta illuminante sullo stato dell'arte delle leggi nel nostro ordinamento e degli esiti della legge “taglialeggi”.

Tuttavia anche una sola parziale riduzione delle norme vigenti o una loro organica sistematizzazione sarebbe auspicabile in quanto ciò si tradurrebbe in un rafforzamento della certezza del diritto con conseguenti ricadute favorevoli sulla possibilità di interpretare un gran numero di disposizioni normative esistenti, in un alleggerimento della macchina giudiziaria⁵⁸ e in serio contenimento del fenomeno corruttivo. Insomma, una efficace “ghigliottina normativa” (*regulatory guillotine*) potrebbe costituire l'inizio per rendere effettiva la lotta alla illegalità nella pubblica amministrazione⁵⁹.

d) Il “restauro” della separazione dei poteri secondo la Costituzione italiana

Infine, il punto nodale intorno al quale ruota la “correttezza” istituzionale nel suo complesso risiede nello storico principio della separa-

sponsabilità del giudice amministrativo, o del legislatore che non pone una norma chiara e delle amministrazioni che applicano le norme in modo sempre diverso da caso a caso?».

⁵⁶ Cfr. www.semplificazionenormativa.it.

⁵⁷ Cfr. L. CARBONE, *L'esperienza “taglialeggi” a metà del suo cammino*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008.

⁵⁸ In merito, A. CARRINO, *La giustizia come conflitto*, in ID., *La giustizia come conflitto. Crisi della politica e Stato dei giudici*, Milano-Udine, 2011, 206-207.

⁵⁹ V. A. M. NICO, *Gli effetti dell'(in)efficienza del sistema giudiziario sull'economia*, cit.

zione dei poteri inteso come teoria della distinzione delle ni⁶⁰ «Di fronte ai momenti di crisi dei meccanismi decisionali democratici e della connessa funzione rappresentativa dei Parlamenti, infatti, molti dei conflitti e delle tensioni interne alla società, non trovando più una sintesi adeguata sul piano politico, tendono inevitabilmente a scaricarsi sulla funzione giurisdizionale, con una evidente estensione e sovraesposizione del ruolo delle Corti»⁶¹, e, si può aggiungere, dei giudici in genere. Lo scambio dei ruoli tra i citati poteri⁶² comporta che, a scandire tempi, modi e contenuti della programmazione politica non sia più l'organo espressione della sovranità popolare, bensì un ordine che da indipendente ed autonomo dalla politica, come la Costituzione vuole che sia, finisce con il divenire protagonista principale dell'azione politica, sociale ed economica del Paese. Tutto ciò non rimane circoscritto nell'ambito degli stessi poteri o limitato al solo rimedio esperibile innanzi al giudice costituzionale che deve risolvere il conflitto, ma ha dei concreti riflessi nella società in quanto quest'ultima si trova con l'essere rappresentata “*sine titulo*” da un potere che non ha una investitura popolare. Il “restauro” della separazione dei poteri si realizza attraverso un serio riordino dell'intero sistema che prende avvio, semplicemente, con il corretto adempimento delle funzioni alle quali la Costituzione ha preposto ciascuno di essi, ivi compresa, come è stato recentemente osservato, una separazione, in una visione aggiornata, anche «dei partiti dagli apparati della Pubblica Amministrazione ma anche dalle istituzioni politiche elettive e deputati unicamente alla elaborazione dei programmi di governo alla scelta dei candidati e alla responsabilizzazione degli eletti ma non anche alla diretta gestione della cosa pubblica. Ne verrebbe favorito il radicamento sociale dei partiti e, soprattutto, ne risulterebbe restaurato il loro ruolo di mediazione rappresentativa tra istituzioni pubbliche elettive ed elettorato attivo»⁶³.

Analogo discorso vale per il Governo il quale deve ritornare ad esercitare correttamente le *proprie* funzioni e per il Parlamento, a sua

⁶⁰ Si rinvia specialmente all'opera di G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, I, II, Milano, 1979, 1984 ed in particolare al vol. II.

⁶¹ Così T. F. GIUPPONI, *Il conflitto tra giustizia e politica. Verso una “democrazia giudiziaria”?*, in www.forumdeiquaderniconstituzionali.it, 9.5.2016, 11-12.

⁶² M. AINIS, *I dannosi scambi di ruolo*, in *Corriere della Sera*, 4.5.2016.

⁶³ Così L. FERRAJOLI, *Separare i partiti dallo Stato, riportare i partiti nella società*, cit., 29-30.

volta, a riappropriarsi, o recuperare le *proprie* qualora siano “comprese”⁶⁴. Se si considera, infatti, solo a titolo meramente esemplificativo, l’attività normativa d’urgenza, ogni atto privo dei presupposti costituzionali incide sul corretto assetto dell’impianto delle fonti il quale è «funzionale alla tutela dei diritti e caratterizza la configurazione del sistema costituzionale nel suo complesso. Affermare che la legge di conversione sana in ogni caso i vizi del decreto significherebbe attribuire in concreto al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie»⁶⁵, come la Corte costituzionale ha, tra l’altro, più volte evidenziato⁶⁶. Senza considerare, poi, che la riforma costituzionale in atto (sottoposta al referendum costituzionale del 4 dicembre⁶⁷), anche volendo valutare solo il ruolo del Governo,

⁶⁴ Cfr. G. AZZARITI, *L’eclissi del Parlamento*, in *Costituzionalismo.it*, sezione *Notizie & Opinioni*, 17.12.2013.

⁶⁵ Precisa al riguardo A. CELOTTO, *C’è sempre una prima volta... (La Corte costituzionale annulla un decreto-legge per mancanza dei presupposti)*, in *Consulta Online*, 2007 e Id., *L’abuso delle forme della conversione (affinamenti nel sindacato sul decreto-legge)*, in *Consulta Online*, 2.10.2012, come «soltanto una prassi troppo slabbrata ha consentito di leggere la legge di conversione quale legge non funzionalizzata e specializzata dall’art. 77 Cost., ma suscettibile di ampliarsi a qualsiasi contenuto ulteriore, senza mantenere il “nesso di interrelazione funzionale” tra decreto-legge e legge di conversione. Certo, si tratta di una lettura difficilmente digeribile dalla ormai consolidata forma di governo, basata sempre di più su un utilizzo della decretazione d’urgenza assai lontano dall’impianto costituzionale, anche per quel che riguarda il mancato rispetto della omogeneità dei decreti, sia in sede di adozione che di conversione. Tuttavia, come ben sappiamo, la Corte costituzionale non ha certo il compito di convalidare gli scostamenti imposti dal diritto vivente alla forma della Costituzione, dovendo invece – sapientemente – rilevare quando tali scostamenti si siano fatti troppo ampi e rischiosi per la stessa forma di Stato (come avvenuto, restando al decreto-legge, per la reiterazione e come sta avvenendo ormai anche per l’abuso delle forme della conversione)».

⁶⁶ Per un approfondimento del tema si rinvia ai numerosi commenti delle sentenze della Corte costituzionale nn. 22/2012, 237/2013 e n. 32 del 2014.

⁶⁷ Recentemente, sul referendum costituzionale v., F. GABRIELE, *Riflessioni in tema di omogeneità della legge costituzionale e libertà del voto nell’eventuale referendum (e di estensibilità dell’art. 138 all’art. 75 cost. anziché di questo a quello)*, in *Rivistaaic.it*, 22.10.2016; P. CARNEVALE, *L’Ufficio centrale della Cassazione dichiara legittime le richieste di referendum costituzionale: non c’è due senza tre*, in *Costituzionalismo.it*, n.1/2016, parte III, 99 ss.; Id., *La parte per il tutto: il referendum costituzionale non ammette la sineddoche*, in *www.nomos.it*, n. 1/2016; A. PACE, *Ancora sulla doverosa omogeneità del contenuto delle leggi costituzionali*, in *Rivistaaic.it*, n. 2/2016; S. MERLINI, *La riforma costituzionale, l’art. 138 della Costituzione e il referendum*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2016; A. MORRONE, *Uno, nessuno, centomila referendum costituzionali?*, in *www.federalismi.it*, n. 1/2016; R. PINARDI, *L’iter referendario: funzioni e ruolo dell’Ufficio centrale per il referendum*, in *www.federalismi.it*, n. 2/2016; M. SICLARI, *È possibile richiedere un referendum costituzionale parziale?*, in *Nomos*,

“nuovo” non solo di fatto ed indirettamente, ma contemplato nel procedimento di formazione delle leggi, prevede che l’esecutivo, a propria discrezione e sia pure per l’attuazione del suo programma, possa intervenire nel dettare l’agenda dei lavori parlamentari (cosiddetta clausola “a data certa”: art. 72, 3 comma, del testo della riforma costituzionale). Il che rende agevole rilevare come tale disposizione non aiuti, come è stato rilevato, a tenere “separati” i poteri⁶⁸.

Contrariamente a quanto accade nella “prassi” e nelle previsioni costituzionali *in itinere*, l’intero sistema dei poteri dovrebbe tornare ad accomodarsi nel proprio prefissato alveo costituzionale, in cui l’esercizio del potere non si traduca in un “abuso di potere”. E questo perché ogni forma di abuso o di distorsione dei poteri non costituisca un esempio per la collettività.

n. 1/2016; M. VOLPI, *Referendum e iniziativa popolare: quale riforma*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2016, parte I, 1 ss.

⁶⁸ Si rinvia, a proposito della riforma costituzionale e i suoi riflessi sulla forma di governo, alle osservazioni di G. GRASSO, *Crisi economico-finanziaria, globalizzazione, teoria dei cicli funzionali (in margine a «la separazione dei poteri» di Gaetano Silvestri)*, in *Rivistaic.it*, 1.5.2015, 8.

**IL SISTEMA DELLE FONTI DEI BENI CULTURALI
TRA GIURISPRUDENZA E PROSPETTIVE DI RIFORMA
COSTITUZIONALE CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLA
DISCIPLINA DEI MUSEI**

di *Daniela Mone*

SOMMARIO: *1. La ripartizione delle competenze legislative sui beni culturali fra Stato e Regioni dalla Costituzione del 1948 alla Costituzione vigente: una lettura ricostruttiva: 1.1 La Costituzione del 1948 e la competenza legislativa nella “materia” dei beni culturali. Ragionando intorno ai musei; 1.2 I beni culturali tra competenze legislative statali e regionali nella Costituzione successiva alla riforma del 2001; 2. La ripartizione delle competenze amministrative sui beni culturali fra Stato, Regioni ed enti locali dall’originario al vigente testo costituzionale; 3. La macro materia dei beni culturali nella riforma cd. Renzi-Boschi alla luce della giurisprudenza costituzionale successiva alla modifica del Titolo V ex legge costituzionale n. 3 del 2001.*

1. La ripartizione delle competenze legislative sui beni culturali fra Stato e Regioni dalla Costituzione del 1948 alla Costituzione vigente: una lettura ricostruttiva

1.1 La Costituzione del 1948 e la competenza legislativa nella “materia” dei beni culturali. Ragionando intorno ai musei

La Costituzione italiana, tanto nel testo originario che in quello vigente, si occupa di musei in diverse sue parti. In particolare i musei, seppur in modo implicito, sono oggetto di un principio fondamentale, ossia di una norma, com’è noto, atta a condizionare l’interpretazione e la legittimità delle stesse disposizioni costituzionali cd. attuative. L’art. 9 Cost., infatti, recita:

«La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione».

I musei, dunque, parrebbero contemplati tanto dal primo quanto dal secondo comma dell'art. 9 Cost., rappresentando gli stessi, strumento di promozione dello sviluppo della cultura ed essendo “parte”, essi stessi, del patrimonio storico e artistico della Nazione¹.

L'originario testo della Costituzione, poi modificato con riferimento alle disposizioni attuative che qui rilevano con la legge cost. n. 3 del 2001, “attuava”, appunto, tali principi, limitatamente alla materia “musei”, con la previsione di cui all'art. 117 Cost., ove, al comma 1, era elencata, tra le materie di competenza concorrente, quella denominata «musei e biblioteche di enti locali». La Regione, dunque, dettava al riguardo norme legislative «nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato».

In proposito, era stata colta una “incoerenza” fra norma di principio (art. 9 Cost.)² e norma di dettaglio (art. 117 Cost.), laddove quest'ultima assegnava la disciplina della funzione di tutela (ma, si direbbe, anche di promozione³), eccetto, che con riferimento ai «musei

¹ Sulla natura del museo, in particolare sul suo essere un bene culturale o invece «un modo di organizzazione della raccolta, della conservazione e della fruizione di beni culturali», propendendo per questa seconda opzione tanto alla luce della definizione di bene culturale della Commissione Franceschini quanto ai sensi dell'art. 99, comma 2, lett. a del d. lgs. n. 490 del 1999 (T.U. beni culturali e ambientali), si interroga G. SEVERINI, *Musei pubblici e musei privati: un genere, due specie* in *Aedon*, 2, 2003. D'altra parte, sembra interessante considerare, come evidenziato da M. AINIS, *I beni culturali* in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, II, Milano, 2003, pp. 1462-1463, che nel Rapporto degli esperti redatto da Berlia nel 1949 per conto dell'Unesco, si offriva una concezione di bene culturale “assai lata” che ricomprendeva, tra l'altro, anche gli edifici che ospitano tali beni. C. BERTOLINI, *I musei nel nuovo quadro costituzionale: gli obiettivi comuni dei musei pubblici e privati e lo sviluppo dei sistemi museali nella normativa regionale* in *Osservatorio sulle fonti.it*, 2, 2008, p. 4, evidenzia come il Codice dei beni culturali e del paesaggio, d. lgs. n. 42 del 2004, eccetto che agli articoli 101 e seguenti intitolati agli istituti e luoghi della cultura, «fa riferimento non ai musei, bensì ai beni conservati nei musei, ed in particolare alle raccolte di musei pubblici, che ai sensi dell'art. 10, comma 2, lett. a), sono considerati beni culturali *ipso iure*».

² Per un commento all'art. 9 si rinvia, tra gli altri a F. MERUSI, *Art. 9*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Bologna – Roma, 1975 e ss.; M. CECCHETTI, *Art. 9*, in A. CELOTTO, R. BIFULCO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006.

³ Il riferimento è all'art. 9, comma 1, che contemplerebbe l'attività museale la quale, ove riferita a musei di proprietà o di soggetti pubblici, consiste in un servizio pubblico. In argomento F. MERUSI, *La disciplina giuridica dei musei nella Costituzione tra Stato e regioni* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 25 settembre 2009, p.6. Com'è noto, storicamente, in una prima fase, l'attività relativa ai beni culturali, fu un'attività attinente esclusivamente ai profili della tutela. Si v. sul punto M. FIORILLO in M. AINIS, M. FIORILLO, *Beni culturali* in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 1449-1459. L. BOBBIO,

di enti locali», alla competenza esclusiva della legge statale a fronte della sua riconducibilità alla «Repubblica» ai sensi della prima norma. Del resto, in dottrina, si è spiegato che la stessa norma di cui all'art. 117 Cost. «era esorcizzabile ipotizzando che non si riferisse alla tutela dei beni culturali bensì di un potere finalizzato alla riorganizzazione degli enti locali. Una sorta di completamento delle materie “circoscrizioni comunali, fiere e mercati e polizia locale urbana e rurale”»⁴. La questione, comunque, consisteva nella incompatibilità della previsione della tutela⁵ quale funzione esclusiva statale rispetto all'art. 9 Cost. che assegnava ed assegna la medesima alla Repubblica, ossia ad «ogni possibile articolazione organizzativa dello Stato ordinamento nell'ambito delle proprie funzioni»⁶; lo stesso riconoscimento di tale funzione, relativamente ai musei di «enti locali», alle Regioni⁷ contrasterebbe con tale principio⁸.

Gli interventi sul patrimonio culturale: attori, processi decisionali, interazioni in *Riv. Trim. Sc. Amm.*, 1987, 3, p. 157 ss., chiarisce le ragioni storiche e giuridiche del fenomeno e cioè della circostanza per cui la legislazione italiana si è occupata storicamente dell'attività di tutela e non di quella della valorizzazione dei beni culturali.

⁴ F. MERUSI, *La disciplina giuridica dei musei*, cit., p. 8.

⁵ Circa le competenze regionali e statali in materia di valorizzazione e di tutela, G. PASTORI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali in Italia: situazione in atto e tendenze* in *Aedon*, 3, 2004, spiega che ben presto si venne a creare nell'ordinamento «doppio binario di soggetti e di competenze», «una sorta di spartizione in orizzontale fra tutela e valorizzazione».

⁶ F. MERUSI, *La disciplina giuridica dei musei*, cit., p. 8.

⁷ Circa la «costanza dell'attribuzione e l'ampia dimensione che la sequenza normativa ha attribuito all'espressione “musei e biblioteche di enti locali” contenuta nell'art. 117 Cost. (relativa non soltanto ai musei e alle biblioteche dei comuni, delle province e delle Regioni, ma anche a quelli di enti pubblici non territoriali di privati)» per cui la Regione è «soggetto titolare, oltre che di potestà normativa, anche di attribuzioni amministrative, concernenti la gestione e il finanziamento di tali beni» v. Corte cost. n. 921 del 1988 in M. BELLOCCI, P. PASSAGLIA (a cura di), *La giurisprudenza costituzionale relativa al riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di “ambiente” e di “beni culturali”*, (aprile 2009), in www.cortecostituzionale.it.

⁸ Si v. E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, Napoli, 1961, p. 80; M. GRISOLIA, *Arte*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1958, III, p. 96 ss.; G. SANTANIELLO, *Gallerie, pinacoteche e musei*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1969, XVIII, p. 438; G. VOLPE, *Tutela del patrimonio storico-artistico nella problematica della definizione delle materie regionali*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1971, p. 944, S. MASTROPASQUA, *Tutela del patrimonio storico, archeologico e artistico*, in *Nss. D. I. , Appendice*, Torino, 1987, VII, p. 943 ss.

1.2 I beni culturali tra competenze legislative statali e regionali nella Costituzione successiva alla riforma del 2001

La criticità, già dunque parzialmente esistente nel testo originario della Costituzione, è stata espressamente e completamente suggellata con la riforma del Titolo V. Con l'inversione del criterio del riparto di competenza legislativa, nel nuovo e vigente testo dell'art. 117 Cost., infatti, allo Stato viene assegnata, al comma 2, lett. s) la funzione (definita materia)⁹ di «tutela dei beni culturali». Al riguardo, in dottrina, non si è mancato di dubitare della coerenza di tale disposizione rispetto all'art. 9 Cost., laddove, a tenore di quest'ultimo, non sarebbe dato ammettere, come si è detto, «che la tutela dei beni culturali, cioè del patrimonio storico ed artistico della Nazione, sia compito di una sola delle “componenti” della Repubblica»¹⁰. Ed effettivamente, tale rilievo sembra condivisibile, soprattutto nel quadro di una riforma che in linea generale si è caratterizzata per un rafforzamento della posizione delle autonomie rispetto alla precedente prospettiva centralistica ossia statualistica¹¹.

Evidentemente l'espressione Repubblica di cui all'art. 9 Cost. non viene interpretata come sinonimo di soggetto onnicomprensivo di tutte le sue componenti ma piuttosto come sinonimo di Stato quale singola

⁹ In effetti, C. BARBATI, *I soggetti*, in C. BARBATI, M. CAMELLI, G. SCIULLO, *Il diritto dei beni culturali*, Bologna, 2003, p. 108, ha evidenziato come il Legislatore costituzionale ha distribuito le competenze fra Stato e Regioni più che rispetto alla «materia (oggetto) a sé stante» rispetto alle attività relative ai beni culturali. La Corte costituzionale al riguardo ha parlato di materie-attività in diverse sentenze quali la n. 26 del 20 gennaio 2004 e la n. 232 del 16 giugno 2005.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ A sostegno della lettura proposta e sopra riportata, F. MERUSI, *La disciplina giuridica dei musei*, cit., pp. 9-10, richiama la sentenza n. 94 del 26 marzo 2003 della Corte costituzionale che salva la costituzionalità di una legge regionale a tutela di locali storici, ossia di un bene parte del patrimonio storico e artistico della Nazione non ricompreso nell'elenco del Codice dei beni culturali e del paesaggio. La Corte lo ritiene un «bene a rilevanza culturale» ma non «bene culturale», per cui sfuggirebbe alla competenza esclusiva statale «tutela dei beni culturali». Ma in effetti, come precisa l'A., non sussiste alcuna differenza, comunque, «dal momento che il principio generale è “patrimonio storico e artistico” nel quale rientra certamente anche la rilevanza». L'A., dunque, conclude ribadendo come prima o poi la Corte dovrà tuttavia affrontare il problema di fondo e cioè se «il titolo V, e non solo in questo caso, contenga norme incostituzionali perché contrastanti con i principi della Costituzione». La tutela, in sostanza, non sarebbe funzione esclusiva statale.

componente di esso¹². Lo stesso termine, tuttavia, viene interpretato in senso opposto all'art. 117 Cost., comma 3, dal momento che la «valorizzazione dei beni culturali» e la «promozione e organizzazione di attività culturali» rientrano nella competenza concorrente Stato/Regioni, benché all'art. 9, comma 1, si legga che «La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura [...]».

Ora, rispetto ad una disposizione che, in effetti, sul piano letterale si presta ad una duplice interpretazione per cui il termine Repubblica può assumere entrambi i significati, sembra opportuno capire quale sia lo scopo della tutela¹³ (e lo stesso può dirsi per la promozione) e, dunque, riflettere, soltanto dopo aver definito l'esatta natura e finalità della funzione, ossia dopo aver individuato le attività in cui consiste, su quale possa essere il livello istituzionale maggiormente in grado di garantirne il perseguimento¹⁴. Naturalmente, ciò nella considerazione del ruolo che le autonomie hanno acquisito nell'ordinamento e nella consapevolezza che, comunque, il ruolo statale a garanzia dell'unità è il necessario presupposto per una vera autonomia¹⁵.

A tale scopo, pare altresì imprescindibile l'analisi dell'esperienza successiva alla riforma del Titolo V per verificare se la disciplina ivi contenuta sia stata efficace o, in caso contrario, per ricavarne indicazioni volte al superamento delle criticità emerse. In tale ottica si valuterà altresì l'assetto della “materia” proposto nel testo di riforma costi-

¹² Una tale interpretazione, peraltro, è confortata dall'utilizzo del termine in tale significato in altri articoli della Costituzione come ad es. nell'art. 10, comma 2 o nell'art. 47 Cost.

¹³ M. AINIS, *Il decentramento possibile*, *Aedon*, 1, 1998, a proposito delle critiche mosse alla riserva statale della funzione di tutela anche nel d. lgs. n. 112 del 1998 scrive: «Al di là dell'esperienza quasi mai esaltante che è venuta maturando quando invece tale competenza è rimasta in mano alle regioni: il caso Noto insegna, benché la sorte di Pompei (della quale è viceversa responsabile lo Stato) non sia poi meno infelice. E del resto, vogliamo davvero decentrare la tutela? Bene, facciamolo pure; ma allora decentriamo anche polizia e magistratura, creiamo corpi separati di carabinieri e giudici, giacché la difesa dei beni culturali risponde alla medesima esigenza, ed anzi tende a preservare l'integrità della nostra maggiore ricchezza nazionale». Lo stesso A., in M. AINIS, M. FIORILLO, *I beni culturali* in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 1496, ritiene che la scelta di accentrare la tutela sottende «un implicito pessimismo – non del tutto infondato in realtà, visti i precedenti – sulle concrete possibilità delle amministrazioni locali di perseguire con severità azioni di tutela».

¹⁴ Secondo il pensiero di M. S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni* (1959), ora in IDEM, *Scritti*, Milano, 2004, IV, p. 719 ss.

¹⁵ A. BARBERA, *La polverizzazione delle materie regionali e la (ormai necessaria) clausola di supremazia* in *Le Regioni*, 2-3, 2011, p. 8.

tuzionale Renzi-Boschi, il 4 dicembre 2016 respinto in sede di referendum, anche e soprattutto nella prospettiva di future iniziative di riforma. Ebbene, se la tutela di un bene culturale «consiste nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette, sulla base di un'adeguata attività conoscitiva, ad individuare i beni costituenti il patrimonio culturale e a garantirne la protezione e la conservazione per fini di pubblica fruizione» e se «l'esercizio delle funzioni di tutela si esplica anche attraverso provvedimenti volti a conformare e regolare diritti e comportamenti inerenti al patrimonio culturale»¹⁶, non si può che convenire sulla necessità che un tale livello sia comune a tutti i beni culturali indipendentemente dal profilo dominicale; né, tuttavia, si può ignorare che, affidare la tutela esclusivamente allo Stato possa determinare forme di deresponsabilizzazioni delle Regioni e degli enti locali¹⁷, nonché risultare concretamente impossibile data l'interconnessione fra attività riconducibili a questa funzione e attività riconducibili alla valorizzazione di competenza concorrente regionale oltre che, ancora, rappresentare una scelta priva di qualsivoglia considerazione della particolare natura del bene culturale: un bene strettamente correlato al territorio in cui è collocato, ad un contesto specifico rispetto al quale soltanto «una politica di “conservazione programmata” (come si è detto significativamente) necessariamente calata o contestualizzata nel territorio»¹⁸ può essere efficace e che può «essere “promosso”, ossia “valorizzato”» (compito, in effetti, assegnato alla Regione, nel rispetto dei principi fondamentali) sempre nel contesto locale e territoriale, «anche contribuendo, così, a garantire l'uguaglianza sostanziale tra coloro che partecipano alla vita culturale del Paese»¹⁹.

Il testo riformato nel 2001 assegna alle Regioni la disciplina legislativa della «valorizzazione dei beni culturali [...]»²⁰ e della «promo-

¹⁶ Art. 3, d. lgs. n. 42 del 22 gennaio 2004 recante “Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137”.

¹⁷ F. MERUSI, *Art. 9*, cit., p. 456, scrive che i diversi soggetti del «pluralismo operativo» hanno il compito, in comune, di realizzare un medesimo obiettivo che è quello di tutelare i beni culturali.

¹⁸ G. PASTORI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali in Italia*, cit.

¹⁹ D. NARDELLA, *I beni culturali tra Stato e regioni e la riforma del Titolo V della Costituzione in Dir. Pubbl.*, 2, 2002, p. 675.

²⁰ Art. 6, d. lgs. n. 42 del 22 gennaio 2004: «La valorizzazione consiste nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del

zione e organizzazione di attività culturali», ai sensi dell'art. 117, comma 3²¹. Al riguardo, va considerato quanto siano ambigui i confini fra la funzione di tutela e quella di valorizzazione²², ma altresì quella di «promozione e organizzazione di attività culturali»²³ (tutte, eccetto che quelle di tutela, assegnate alle Regioni, quanto alla competenza legislativa), come indistinguibile, rispetto a tali materie-funzioni “nominated” è quella di gestione che non è riproposta nel testo costituzionale riformato²⁴ (pur essendo contemplata dal d. lgs. n. 112 del 1998,

patrimonio stesso[...], al fine di promuovere lo sviluppo della cultura. Essa comprende anche la promozione ed il sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale [...]».

²¹ Sembra interessante segnalare che, nel passaggio dal vecchio al nuovo testo costituzionale, non si rinviene più il termine musei ma si fa riferimento, da un lato, a «beni culturali», dall'altro, ad «attività culturali»; ne discende che la materia musei, considerato che viene ad essere ricompresa tanto nell'espressione beni culturali quanto attività culturali, è assegnata allo Stato, in via esclusiva, per quanto riguarda la tutela (dei beni culturali); viene assegnata alle Regioni, nell'ambito di principi fondamentali statali, quanto alla valorizzazione (dei beni culturali) ma, altresì, quanto alla promozione e organizzazione (di attività culturali).

²² Per G. SCIULLO, *La tutela del patrimonio culturale*, *Aedon* 1, 2004, la nozione di tutela, funzione tipizzata dal Codice, va riempita «dalle norme di altre disposizioni, in primo luogo, da quelle poste [dal] in altre parti del Codice». Ciò consentirebbe di individuare attività rientranti nella tutela e di conseguenza escludere da tale tipo di attività quella ad esempio della valorizzazione. In senso opposto C. BARBATI, *La valorizzazione del patrimonio culturale (art. 6)*, in *Aedon*, 1, 2004, per la quale la tutela «continua ad essere configurata come funzione caratterizzata da una elevata pervasività, specie quando si considerino gli istituti nei quali si articola, e continua perciò a sovrapporsi a taluni degli interventi che qualificano anche la valorizzazione. In particolare, queste sovrapposizioni si appalesano nell'essere entrambe funzionali alla conservazione dei beni, sia pure per garantirla, nel caso della tutela, e promuoverla e sostenerla, nel caso della valorizzazione».

²³ In proposito, molto chiaramente P. PETRAROIA, *Il ruolo delle regioni per la tutela, la valorizzazione e la gestione dei beni culturali: ciò che si “può” fare e ciò che “resta” da fare* in *Aedon*, 3, 2001, richiamando le definizioni di tutela, valorizzazione, attività culturali e promozione di cui al d. lgs. n. 112 del 1998 fa notare quanto l'interrelazione fra le stesse sia testimoniata dalla necessità per definire ciascuna di esse di riferirsi all'altra cosicché la scelta di assegnarle in modo netto all'uno o all'altro soggetto istituzionale (a tacere del fatto che lo stesso proprietario è, per la normativa italiana, il primo responsabile della tutela) rappresenterebbe una soluzione nei fatti inefficace. Di definizioni «circolari» e, dunque, insufficienti, benché con riferimento al d. lgs. n. 112 del 1998 (che, tuttavia, è il testo di riferimento della riforma) parla S. CASSESE, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione* in *Giorn. dir. amm.*, 1998, p. 674. Nella stessa prospettiva v. anche A. POGGI, *La difficile attuazione del Titolo V: il caso dei beni culturali* in *www.federalismi.it*, 2003, n. 8

²⁴ Il mancato richiamo alla gestione potrebbe spiegarsi in ragione del fatto che la stessa è considerata «non come 'materia-fine', alla pari della tutela e della valorizzazione, da incasellare nel campo della potestà concorrente piuttosto che in quella primaria regionale, bensì – proprio alla luce della sua portata trasversale rispetto a ciascuna delle altre due

testo al quale risalgono gran parte delle funzioni poi accolte nella riforma costituzionale del 2001). Tale circostanza, da più parti denunciata, se da un lato genera un forte contenzioso fra Stato e Regioni data l'impossibilità di stabilire con certezza a chi spettino determinate competenze (ed è questa una criticità sicuramente da affrontare in un'eventuale sede di riforma), testimonia contestualmente la percezione della necessità di coinvolgere anche le Regioni nella definizione della disciplina relativa ai differenti profili dei "beni culturali". Il limite della disciplina, al netto della condivisibile ratio di coinvolgere i diversi soggetti, consiste nella decisione di attuare tale coinvolgimento assegnando a ciascun attore istituzionale funzioni, attinenti ai beni culturali, separatamente individuate ma solo sulla carta: funzioni, di fatto, indistinguibili.

Va tenuto in considerazione che la necessità di decisioni partecipate fra Stato e Regioni, benché limitatamente alla tutela, è affrontata anche attraverso la previsione di cui all'art. 118 Cost., comma 3, come modificato nel 2001, in base alla quale la legge statale «disciplina» forme di intesa e coordinamento (fra Stato e Regioni) nella materia della tutela dei beni culturali.

L'assetto descritto, in sostanza, tradisce la consapevolezza dell'impossibilità di tenere le Regioni al di fuori dell'attività di disciplina legislativa di tutela eppure di coinvolgerle con il meccanismo dell'intesa più che con la tecnica della potestà concorrente, ossia se-

materie – come 'materia-funzione', vale a dire un complesso di attività propedeutiche e funzionali, secondo esigenze, sia alla tutela che alla valorizzazione, perciò da non circoscrivere come materia autonoma, sottoposta ai canoni di riparto dell'art. 117 Cost.». Così D. NARDELLA, *I beni culturali tra Stato e regioni e la riforma del Titolo V della Costituzione*, cit., p. 690. Lo stesso Consiglio di Stato Sezione consultiva per gli atti normativi, parere n. 1794, Adunanza generale del 26 agosto 2002, sul punto, ha chiarito che la gestione, quale attività strumentale e finalisticamente neutra, in rapporto di propedeuticità anche con la tutela rientra nell'ambito della valorizzazione. «Il silenzio della Costituzione sull'argomento, si legge sempre nel parere, non può portare nemmeno a considerare la gestione competenza piena delle regioni» (A. G. ARABIA, *I beni culturali tra Stato, regioni e autonomie locali*, *Scuola superiore della Pubblica Amministrazione, Valorizzazione e fruizione dei beni culturali tra gestione diretta ed indiretta* in *sna.gov.it*, p. 19). In sostanza non si può immaginare la gestione quale competenza esclusiva regionale per ragioni ontologico-funzionali, perché non si possono immaginare leggi di principio in materia di valorizzazione e non anche di gestione, in quanto le stesse regioni, come traspare da alcuni ricorsi alla Corte costituzionale, «contestano le norme statali non perché invasive di una competenza esclusiva, ma per non contenere (non individuare) i principi fondamentali della materia stessa» (*Ibidem*, pp. 18, 19).

condo il meccanismo principio/dettaglio²⁵. La scelta, cioè, è quella di distinguere categoricamente, nell'articolo sulle competenze legislative, le funzioni: tutela dei beni culturali assegnata alla competenza esclusiva statale; valorizzazione dei beni culturali, promozione e organizzazione di attività culturali assegnata alla competenza concorrente Stato-Regioni.

Tale ripartizione, tuttavia, perde i caratteri della nitidezza se si guarda al complessivo quadro costituzionale delineato: si pensi, in primo luogo, all'art. 118 Cost., comma 3 già citato ma altresì all'art. 116, comma 3 Cost., che prevede l'attribuzione di «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» in deroga al principio dell'esclusività della competenza statale della tutela dei beni²⁶. Significativa, inoltre, è l'affermazione del principio di sussidiarietà nella distribuzione delle funzioni amministrative di cui quella di tutela e valorizzazione fanno parte: le medesime, sono assegnate in via ordinaria al Comune, ossia, in prima battuta agli enti locali e solo, ove sia dimostrata la necessità di un'avocazione verso l'alto a tutela di un'esigenza unitaria, subentrerà il livello di governo superiore fino a legittimarsi l'intervento statale. Ciò, secondo la lettera della norma, anche quando il bene è statale. Dal complesso di tali disposizioni, pertanto, a dispetto della formulazione delle competenze legislative di cui all'art. 117 Cost, sembra confermata la definizione di cultura di quella parte della dottrina per la quale essa, cioè la cultura, appunto, «non è una materia, ma è un valore, che tutto lo Stato-comunità deve proteggere e perseguire»²⁷.

Lo stesso articolo 117 Cost. che ripartisce distintamente funzioni che in concreto sono interconnesse, nella fase attuativa, in sede pro-

²⁵ Nel quadro costituzionale vigente, il ricorso al meccanismo dell'intesa di cui all'art. 118 Cost. sarebbe probabilmente più idoneo che non la concorrenza delle competenze (espressione comunque, nelle leggi di principio, di una componente esclusivamente statale) a garantire il ruolo delle regioni. Diversamente, come si dirà avanti, nell'ipotesi di una riforma della natura del Senato, come nel caso del testo Renzi-Boschi, ove la competenza concorrente, se conservata, avrebbe visto una legislazione di principio espressione anche di una Camera "territoriale".

²⁶ F. MERUSI, *La disciplina giuridica dei musei*, cit., p. 10, legge la norma come ragionevolmente compensativa dell'esclusività a favore dello Stato della potestà legislativa e amministrativa in materia di tutela dei beni culturali. Sul ricorso all'art. 116 Cost., comma 3, si v. G. SCIULLO, *Autonomia differenziata e beni culturali* in *Aedon*, 1, 2008.

²⁷ G. MORBIDELLI, *L'azione regionale e locale per i beni culturali*, in *Le regioni*, 1987, 5, p. 946.

cessuale, genera numerosi conflitti Stato-Regioni dinanzi alla Corte costituzionale. La nettezza della distinzione fra attività di tutela e di valorizzazione e, dunque, della ripartizione della competenza a disciplinare tali funzioni rispettivamente fra Stato, in via esclusiva, e Regioni nel rispetto dei principi fondamentali statali, che sostanzialmente, con riferimento ai musei, equivarrebbe a consentire «che i legislatori regionali si ingeriscano nella gestione di musei altrui oppure, all'opposto, che inibiscano ai titolari di musei non regionali di disciplinare la gestione dei propri musei», è, tra l'altro, decisamente smentita dalla Corte costituzionale che, con sentenza n. 26 del 20 gennaio 2004, «con l'evidenza del buon senso comune»²⁸, ha chiarito che «il proprietario di un bene culturale ha anche il potere di disciplinarne la gestione e perciò anche la sua valorizzazione». In effetti, una tale lettura, pur risolvendo una questione che avrebbe potuto determinare gravi conseguenze, fonda, però, un'«interpretazione riduttiva della norma costituzionale sulla valorizzazione» accolta poi espressamente nel Testo Unico sui beni culturali in base al quale, art. 112, «la legislazione regionale disciplina le funzioni e le attività di valorizzazione dei beni presenti negli istituti e nei luoghi della cultura non appartenenti allo Stato o dei quali lo Stato abbia trasferito la disponibilità sulla base della normativa vigente». Sarebbe stato opportuno, infatti, per parte della dottrina, legittimare una lettura ancora più «alta»²⁹ nel senso di riconoscere a tutte le componenti della Repubblica un ruolo nella funzione di disciplina della promozione (ossia della gestione-valorizzazione dei musei): un tale tipo di interpretazione, infatti, avrebbe attuato genuinamente l'art. 9 Cost., comma 1.

Da ultimo, il Legislatore costituzionale del testo di riforma Renzi-Boschi, bocciato con il referendum costituzionale del dicembre 2016, intervenendo in materia, in effetti, opera in senso opposto a quanto lamentato rispetto alle previsioni di cui al Titolo V. Esso, come si vedrà, nella prospettiva del superamento delle criticità legate alla artificiosità della separazione fra tutela e valorizzazione, accentra in capo allo Stato anche la funzione di valorizzazione. Non tiene in alcuna considerazione, tuttavia, l'esigenza, pur emersa in sede giurisprudenziale, di un coinvolgimento Stato-Regioni che si affianchi ad una concezione unitaria delle diverse attività attinenti ai beni culturali.

²⁸ F. MERUSI, *La disciplina giuridica dei musei*, cit., p. 9

²⁹ *Ibidem*, p. 10

2. La ripartizione delle competenze amministrative sui beni culturali fra Stato, Regioni ed enti locali dall'originario al vigente testo costituzionale

Passando alle funzioni amministrative, il quadro delle competenze si arricchisce di un ulteriore soggetto: gli enti locali.

Nella vigenza dell'originario testo costituzionale, laddove l'art. 117 Cost. contemplava fra le materie di competenza concorrente Stato-Regioni quella di «musei e biblioteche di enti locali» si registrano, com'è noto, tre fasi di decentramento amministrativo e sviluppo del sistema delle autonomie. In particolare, quanto alla materia dei musei, nella fase della prima regionalizzazione (l. n. 281 del 1970 e d.p.r. n. 3 del 1972), vigente il principio del parallelismo delle funzioni amministrative, si tenta un ampliamento della disposizione costituzionale di cui all'art. 117 Cost. Il trasferimento *ex art. 7* del decreto del 1972, attiene, infatti, oltre che «all'istituzione, all'ordinamento e al funzionamento dei musei e delle biblioteche» «anche alla manutenzione e al godimento pubblico delle cose raccolte». Inoltre, il decreto contempla anche la promozione culturale e include nella materia regionale «le mostre di materiale storico o artistico a cura e nell'ambito di musei e biblioteche di enti locali o di interesse locale». Il criterio utilizzato al fine dell'individuazione delle funzioni da trasferire, oltre a quello dell'appartenenza deducibile dalla lettera della norma, viene integrato con quello dell'interesse locale. Le funzioni di “protezione” restano, ancora, di esclusiva competenza dello Stato. L'art.9 del medesimo decreto n. 3 ne prevede, però, un'ampia delega³⁰.

Con il secondo decentramento amministrativo (d.p.r. n. 616 del 1977 in attuazione della legge n. 382 del 1975) si realizza un'ulteriore espansione delle competenze delle Regioni in materia³¹. In particolare, l'art. 48 del decreto n. 616 del 1977 prevede che «le funzioni amministrative delle regioni e degli enti locali in ordine alla tutela e valorizzazione del patrimonio storico, librario, artistico, archeologico, monumentale, paleo-etnologico ed etno-antropologico saranno stabilite con la legge sulla tutela dei beni culturali da emanare entro il 31 di-

³⁰ A. G. ARABIA, *I beni culturali*, cit., p. 6.

³¹ *Ibidem*, p.7.

cembre 1979». Come evidenziato, benché non si trattasse di norma precettiva, con tale disposizione si tendeva ad ampliare il novero delle funzioni amministrative regionali, fin nell'ambito della tutela³². Al secondo decentramento, tuttavia, seguì una sostanziale inattuazione della riforma in materia di beni culturali. La legge statale prefigurata non fu mai adottata. Il fallimento sulla strada del coinvolgimento delle amministrazioni locali nella "materia dei beni culturali" fu, altresì, favorito dall'istituzione del Ministero per i beni culturali e ambientali con d.l. n. 657 del 1974 all'insegna del centralismo e, dunque, con una concentrazione della sua azione sulla tutela del patrimonio (centralizzata) a danno delle funzioni più vicine alla promozione e valorizzazione e «dalla generale incapacità del legislatore di costruire una disciplina fondata sull'individuazione dei differenti livelli di intervento (statale, regionale e subregionale) in base al criterio, allora dominante, dell'interesse locale o nazionale, come dimostrato anche dall'indirizzo della Corte costituzionale»³³.

Sul testo costituzionale originario si fonda altresì, com'è noto, il cd. terzo decentramento dell'ordinamento giuridico italiano³⁴ attuato con le leggi che, in sostanza, si trovano ad essere in vigore nel passaggio dalla vecchia alla Costituzione riformata: la n. 59 e la n. 127 del 1997. Sulla base di tali leggi, il d. lgs. n. 112 del 1998, a Costituzione cd. invariata, opera, appunto il terzo decentramento.

Anche con il d. lgs. n. 112 del 1998, per le "peculiarità" del settore³⁵, le «funzioni ed i compiti riconducibili alla ...tutela dei beni culturali e del patrimonio storico artistico (art.1, comma 3, lett. d)» vengono "riservati" allo Stato. Con tale intervento si procede ad una serie di definizioni sia sugli oggetti della disciplina (beni culturali, ambientali, attività culturali)³⁶, sia sulle relative funzioni (tutela, gestione, valorizzazione e promozione)³⁷: passaggio, (soprattutto relativamente alle funzioni) che, da un lato, «permette di separare tra loro compiti materialmente eterogenei», dall'altro, soprattutto per «l'accezione estre-

³² *Ibidem*, p.7. F. S. MARINI, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, Milano, 2002, p.254.

³³ D. NARDELLA, *I beni culturali tra Stato e regioni e la riforma del Titolo V della Costituzione*, cit., pp. 677-678.

³⁴ S. CASSESE, *Il disegno del terzo decentramento*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 5, p. 417 ss.

³⁵ M. CAMMELLI, *Il decentramento difficile* in *Aedon*, 1, 1998.

³⁶ D. lgs. n. 112 del 1998, art. 148

³⁷ *Ibidem*.

mamente lata accolta in ordine al concetto di tutela», origina momenti di sovrapposizione fra le diverse funzioni individuate³⁸.

Di natura particolarmente innovativa appaiono le previsioni in ordine alle funzioni altre rispetto alla tutela. Le funzioni di valorizzazione, gestione e promozione sono ordinariamente “conferibili” a Regioni ed enti locali³⁹. Si avvia, per esse, un ampio decentramento. Anche rispetto all’esclusività allo Stato della funzione di tutela di cui al comma 3 dell’art. 149 del d. lgs. n. 112 del 1998, i commi 2 e 5, intervengono a mitigarla essendo garantito «rispettivamente, il concorso alle attività di conservazione dei beni culturali delle regioni e degli enti locali e la possibilità, sempre per questi ultimi, di proporre singoli interventi di tutela»⁴⁰. Inoltre, a fronte di una riserva statale della tutela nel rispetto della legge delega, l’attività di conservazione viene considerata compito comune di Stato, Regioni ed enti locali⁴¹. Ciò, è ancora una conferma dell’esistenza di sovrapposizioni fra le funzioni individuate ed assegnate che, peraltro, contraddistinguono tutte le funzioni relative ai beni culturali che hanno qualche punto di contatto con la funzione di tutela e alle quali «l’amministrazione statale e quelle decentrate concorrono (ciascuna nel proprio ambito, o anche congiuntamente)»⁴².

Quanto alle funzioni di valorizzazione e promozione delle attività culturali, il Legislatore costruisce un modello di ripartizione dei com-

³⁸ M. CAMMELLI, *Il decentramento possibile*, cit.. Il rischio di invasività della funzione di tutela rispetto a quelle di gestione e valorizzazione «viene ulteriormente alimentato dal t. u. sui beni culturali di cui al d. lgs. n. 490 del 1999 che segna un arretramento della funzione di valorizzazione (rispetto alla disciplina di cui al d. lgs. n. 112 del 1998), a vantaggio di quella di tutela». Così M. FIORILLO, in M. AINIS, M. FIORILLO, *Beni culturali* in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 1481.

³⁹ A tali soggetti sarebbe dovuta passare anche la titolarità del bene, secondo la logica della legge delega: ma il d. lgs., all’art. 150, capovolge la questione prevedendo che la commissione identifichi i musei la cui gestione resta allo Stato distinguendoli da quelli la cui gestione passa agli enti regionali e locali, pur rimanendo in capo allo Stato la titolarità. V. M. CAMMELLI, *Il decentramento difficile*, cit., molto critico sul rapporto fra decreto legislativo e legge delega.

⁴⁰ Le due disposizioni assumono «i contorni di un palliativo» per D. NARDELLA, *I beni culturali tra Stato e regioni e la riforma del Titolo V della Costituzione*, cit., 680. Anche M. CAMMELLI, *Il decentramento difficile*, cit., sebbene consideri la previsione apprezzabile, esprime un giudizio sostanzialmente negativo sul decentramento operato: un «decentramento limitato, potenziale e (anch’esso) sotto la “tutela”, pervasiva e determinante, del ministero per i Beni culturali [...]».

⁴¹ Art. 149, comma 2, d. lgs. n. 112 del 1998

⁴² M. CAMMELLI, *Il decentramento possibile*, cit.

piti incentrato «sulla cooperazione strutturale e funzionale (artt. 152-153) tra i diversi livelli dell'ordinamento»⁴³. In particolare l'art. 154 prevede «l'istituzione in ogni regione a statuto ordinario di una Commissione per i beni e le attività culturali, un collegio rappresentativo di interessi ministeriali, regionali, locali, religiosi e imprenditoriali, con funzioni di programmazione, allo scopo di armonizzare e coordinare le iniziative statali, locali e private»⁴⁴.

Neppure il terzo decentramento, tuttavia, sortisce gli effetti potenziali anche per il sopraggiungere dell'istituzione del nuovo Ministero per i Beni e le attività culturali con d. lgs. n. 368 del 1998 poi integrato dal d. lgs. n. 300 del 1999 ispirato a principi di accentramento⁴⁵ ed a soluzioni organizzative in grado di «rafforzare la separazione tra sfera statale e sfera regionale e con essa lo sbilanciamento del sistema sul versante della tutela»⁴⁶. Nella stessa direzione si procede anche a livello ministeriale dove le soprintendenze invadono le competenze regionali nel campo della programmazione⁴⁷. Il rischio di invasività della funzione di tutela rispetto a quelle di gestione e valorizzazione viene ulteriormente alimentato dal t. u. sui beni culturali di cui al d. lgs. n. 490 del 1999 che segna un arretramento della funzione di valorizzazione (rispetto alla disciplina di cui al d. lgs. n. 112 del 1998), a vantaggio di quella di tutela»⁴⁸.

Con l'approvazione della riforma del titolo V, com'è noto, si sostituisce al criterio del parallelismo, nella definizione del riparto di competenze amministrative, quello di sussidiarietà, insieme a quelli di differenziazione ed adeguatezza. A prescindere dalla proprietà del bene o struttura da gestire, il nuovo art. 118 Cost., attribuisce tutte le funzioni amministrative in via ordinaria ai Comuni. Tale innovazione, per parte della dottrina, determina un superamento della normativa di cui al d.

⁴³ A. G. ARABIA, *I beni culturali*, cit., p.10.

⁴⁴ Del resto, G. PITRUZZELLA, *L'organizzazione periferica del ministero e gli attori istituzionali locali* in *Aedon*, 1, 1999, ricorda come la Corte costituzionale «ha sempre insistito sul fatto che nella materia dei beni culturali la Costituzione impone la collaborazione tra strutture statali e locali, per “il perseguimento di un grande obiettivo di civiltà” (sentenza 921/1988)».

⁴⁵ G. PASTORI, *Il Ministero per i beni e le attività culturali. Il ruolo e la struttura centrale*, in *Aedon*, 1, 1999.

⁴⁶ G. PITRUZZELLA, *L'organizzazione periferica del ministero*, cit.

⁴⁷ A. G. ARABIA, *I beni culturali*, cit., p. 11.

⁴⁸ Così M. FIORILLO, in M. AINIS, M. FIORILLO, *Beni culturali* in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 1481.

lgs. n. 112 del 1998. Non solo la gestione relativa a «musei o altri beni culturali da parte degli enti locali e più precisamente dei comuni è da intendersi come modalità ordinaria, mentre sarebbe la permanenza di tali gestioni in capo al governo nazionale a dover trovare una giustificazione nel principio / obiettivo, se davvero applicabile a casi del genere, di “assicurarne l’esercizio unitario”»⁴⁹, ma anche in relazione alla tutela, «la generalità dell’intervento statale non potrà più fondarsi su una presunzione generale di competenza a proprio favore ma su una espressa attribuzione»⁵⁰. Riguardo al ruolo delle Regioni, per la dottrina richiamata⁵¹, lo stesso andrebbe costruito esclusivamente quale ruolo di organizzazione dell’esercizio delle funzioni amministrative a livello locale. In effetti, si potrebbe ritenere che, ai sensi dell’art. 117 Cost., comma 6, le stesse autonomie locali dispongono di autonomia regolamentare in ordine alla “disciplina dell’organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite”, essendo funzioni loro attribuite dalla legge dello Stato (in coerenza con l’art. 117 Cost., comma 2, lett. p) e del d. lgs. n. 267 del 2000, tutte le funzioni amministrative in via ordinaria andrebbero affidate all’ente più prossimo ai cittadini). Piuttosto, alle Regioni sembrerebbero spettare competenze in materia di coordinamento, nel rispetto dell’autonomia locale considerata tale e non invece quale decentramento amministrativo⁵² e in materia di cooperazione dell’attività degli enti locali.

Con riferimento alla funzione di tutela, va evidenziato che il principio di sussidiarietà quale principio di allocazione delle funzioni amministrative, ai sensi dell’art. 118 Cost., opera anche rispetto ad essa, indipendentemente dall’allocazione della competenza legislativa al riguardo.

Il Codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al d. lgs. n.42 del 2004 *ex lege delega* n. 137 del 2002, nell’attuare la nuova ripartizione delle materie fra Stato, Regioni ed enti locali, sul piano amministrativo, con riferimento alla valorizzazione che ingloba la gestione non più espressamente contemplata, a differenza che nel d. lgs. n. 112 del 1998, fissa i principi fondamentali cui poi dovranno attenersi le Regioni nella rispettiva disciplina legislativa.

⁴⁹ P. PIETRAROIA, *Il ruolo delle regioni*, cit.

⁵⁰ M. AINIS, IN M. AINIS, F. FIORILLO, *I beni culturali*, cit., p. 1497.

⁵¹ P. PIETRAROIA, *Il ruolo delle regioni*, cit.

⁵² *Ibidem*.

Il Codice accoglie l'orientamento del giudice costituzionale di cui alla sentenza del 2004 in ordine alla ripartizione della competenza legislativa sulla valorizzazione in base al quale la relativa disciplina legislativa spetta al titolare del bene⁵³. Nel Codice, quindi, si definiscono le attività di valorizzazione che lo Stato (per i propri beni) e le Regioni (per gli altri beni) sono chiamati a porre in essere⁵⁴. In effetti, tale soluzione non rispetta l'art. 118 Cost. che assegna le funzioni amministrative in via ordinaria all'ente più vicino ai cittadini. Quanto alla funzione di tutela, si registra un «ritorno al passato» attraverso l'art. 4 che la dottrina non esita a definire «sconcertante»⁵⁵ laddove prevede che «al fine di garantire l'esercizio unitario delle funzioni di tutela, tutte le corrispondenti funzioni sono riservate allo Stato», e, segnatamente, al Ministero⁵⁶. In effetti, l'esigenza di tutelare l'indivisibilità delle funzioni amministrative che legittimerebbe l'avocazione delle stesse fino al livello statale⁵⁷, come prevedibile, in un settore quale quello della tutela «rilevante sia per il significato che assume nella vita collettiva dei cittadini sia soprattutto per gli apparati strumentali, gli

⁵³ C. BARBATI, *La valorizzazione del patrimonio culturale (art. 6)*, in *Aedon*, 2004, 1.

⁵⁴ A. G. ARABIA, *I beni culturali*, cit., p. 23. C. BARBATI, *La valorizzazione del patrimonio culturale (art. 6)*, cit., D. NARDELLA, *Un nuovo indirizzo giurisprudenziale per superare le difficoltà nell'attuazione del Titolo V in materia di beni culturali?*, in *Aedon*, 2004, 2.

⁵⁵ G. PASTORI, *Le funzioni dello Stato in materia di tutela del patrimonio culturale (art. 4)* in *Aedon*, 2004, 1.

⁵⁶ Eccetto che rispetto a quest'ultimo profilo, A. POGGI, *La Corte torna sui beni culturali (Brevi osservazioni in margine alla sentenza n. 26/04)* in *federalismi.it*, 18 marzo 2004, afferma che in realtà la linea di tendenza marcata dal nuovo codice pare essere quella di una sostanziale condivisione da parte delle Regioni anche della funzione della tutela, nella convinzione che solo il modello della reale collaborazione produca virtuosismi del sistema e tenda a limitare le inefficienze di vario tipo e genere. «Così, oltre l'affermazione di principio contenuta nell'art. 4 (“ Al fine di garantire l'esercizio unitario delle funzioni di tutela, ai sensi dell'art. 118 della Costituzione, le funzioni stesse sono attribuite al Ministero per i beni e le attività culturali, di seguito denominato Ministero, che le esercita direttamente o ne può conferire l'esercizio alle Regioni, tramite forme di intesa e coordinamento “), altre attività tradizionalmente considerate di tutela, quali la vigilanza, sono disciplinate secondo il modello della cooperazione realizzata attraverso forme di intesa e coordinamento (art. 18)». Ciò che si verifica anche rispetto alla catalogazione ed alla conservazione.

⁵⁷ Ma condivisibilmente G. PASTORI, *Le funzioni dello Stato in materia di tutela del patrimonio*, cit., fa notare come l'art. 4 del Codice «afferma apoditticamente che tutte le funzioni amministrative necessitano di un esercizio unitario ripristinando di fatto il principio del parallelismo del previgente art. 118, tornando cioè a identificare l'ambito della competenza legislativa e quello della competenza amministrativa e ribadendo la preesistente riserva delle funzioni amministrative in tema di tutela allo Stato».

standard tecnici e le risorse necessarie al suo funzionamento”⁵⁸ è stata la strada attraverso la quale lo Stato ha di fatto accentrato tali attività⁵⁹ sancendo una generale avocazione al centro della materia, senza alcuna “motivazione” in ordine alle ragioni di esercizio unitario della funzione⁶⁰.

⁵⁸ D. NARDELLA, *I beni culturali tra Stato e regioni e la riforma del Titolo V della Costituzione*, cit., 692.

⁵⁹ Del resto, la stessa previsione, all’art. 117, comma 6, della possibilità di delegare, da parte dello Stato, la competenza regolamentare nelle materie di sua competenza esclusiva, alle Regioni, considerando il legame del potere regolamentare con l’esercizio della funzione amministrativa, avrebbe potuto, invece, rappresentare uno strumento verso forme di tutela dei beni culturali affidate alle Regioni. V. M. AINIS, *I beni culturali*, cit., pp. 1501-1502.

⁶⁰ Recentemente nel settore dei beni e delle attività culturali è intervenuto il d. l. n. 83 del 31/05/2014, cd. decreto Cultura e Turismo, convertito nella legge n. 106 del 29/7/2014 finalizzato tra l’altro ad abbattere la barriera «della separazione tra tutela e valorizzazione che per troppo tempo ha monopolizzato il dibattito italiano»: così il Ministro dei beni e delle attività culturali Dario Franceschini per il quale si rinvia altresì a “Intervento del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, Dario Franceschini in occasione della discussione finale del decreto Cultura e Turismo, 28 luglio 2014 disponibile in www.beniculturali.it. A tale decreto è collegato il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 171 del 29 agosto 2014 recante Regolamento di organizzazione del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, degli uffici della diretta collaborazione del Ministro e dell’Organismo indipendente di valutazione della *performance*, a norma dell’articolo 16, comma 4, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89 su cui si rinvia a L. CASINI, *Il “nuovo” statuto giuridico dei musei italiani* in *Aedon*, 3, 2014, in particolare, quanto alle considerazioni relative alle polemiche sorte a seguito dell’approvazione dello stesso che avrebbe determinato la rottura «della simbiosi tra museo e territorio, o meglio tra funzione di tutela e gestione museale», l’A. chiarisce che tale rottura si è verificata da tempo. In particolare, «Fu la Costituzione del 1948 ad attribuire la materia “Musei e biblioteche di enti locali” alla potestà legislativa regionale. E i musei non statali, sui quali lo Stato è comunque chiamato a svolgere la funzione di tutela, sono la maggior parte. Sotto questi profili, la riforma del titolo V e la soppressione della formula “musei” hanno segnato una ulteriore conferma di come il c.d. “benculturalismo” abbia l’effetto di offuscare gli istituti a esclusivo vantaggio delle cose. Se su migliaia di musei e siti in Italia solo poche centinaia rientrano nella piena competenza dello Stato, mentre per gli altri la titolarità e/o la gestione sono affidate ad altri soggetti, come si può seriamente sostenere che sia stata la riforma del 2014 a “smantellare” la simbiosi delle soprintendenze tra museo e territorio? Al contrario, come emerge chiaramente dai compiti affidati ai musei, ai poli museali regionali e alla Direzione generale Musei, l’intento della riforma è proprio quello di assicurare che l’immenso patrimonio culturale italiano possa realmente essere fruito, mettendo in rete i diversi istituti e luoghi della cultura operanti nella medesima Regione». Sul d.m. 23 gennaio 2016 adottato in attuazione dell’art.1, comma 327, legge n. 208 del 28 dicembre 2015 (legge di stabilità 2016), si rinvia a C. CARMOSINO, *Il completamento della riforma organizzativa del Mibact: i nuovi istituti autonomi e il rafforzamento dei poli museali* in *Aedon*, 1, 2016, per la quale «le innovazioni introdotte vanno inquadrate in un più complesso riassetto dei rapporti tra centro e periferia, che, a seguito della creazione delle soprintendenze uniche e lo sviluppo di una capillare

Su tale versante, nel testo di riforma costituzionale Renzi-Boschi, nulla veniva modificato: il principio di sussidiarietà verticale avrebbe continuato ad informare il sistema di allocazione delle funzioni amministrative. Certo, il venir meno del fondamento costituzionale delle province ivi previsto avrebbe determinato l'esigenza di affrontare la questione del riordino delle funzioni di tali enti nel campo della valorizzazione. Tale questione, peraltro, benché non legata alla soppressione delle province per mancata approvazione della riforma costituzionale del 2016, è effetto dell'approvazione della legge n. 56 del 2014, cd. Delrio, a sua volta, approvata "In attesa della riforma del titolo V (art. 1, commi 5 e 51 della legge n. 56 del 2014), con una tecnica normativa oggetto di numerose e condivisibili critiche"⁶¹. Si tratta, infatti, di funzioni e compiti attualmente non ricompresi nell'elenco delle funzioni fondamentali riconosciute alle province ex art. 1, comma 85 della citata legge né, almeno direttamente, tra le funzioni delle Città metropolitane ex art.1, comma 44, della legge Delrio. Esse si aggiungono alle numerose altre esercitate dalle province sulle quali il Legislatore, nel corso del procedimento di approvazione della legge, era consapevole di intervenire in modo rilevante⁶². Tuttavia, è stato constatato che, al momento della stesura della normativa, è mancata «un'attenzione specifica al settore qui considerato»⁶³. Nella fase di prima attuazione, poi, in sede di Conferenza unificata, ai sensi dell'accordo ex art. 1, comma 91, della legge n. 56 del 2014, il riordino di tutte le funzioni svolte dalle province in materia di beni e di attività culturali è stato considerato di competenza esclusiva regionale⁶⁴.

rete territoriale, si evolvono verso un maggiore accentramento della tutela nelle mani dello Stato. In quest'ottica, l'istituzione di nuovi istituti della cultura dotati di autonomia speciale e la precisazione dei rispettivi ambiti di operatività possono essere considerate come strumenti per controbilanciare tale accentramento».

⁶¹ Di recente, sul punto B. CARAVITA, *Referendum, nuovo Governo, scioglimento delle Camere. Da una campagna referendaria lunghissima ad una rapidissima soluzione della crisi*, *Editoriale in federalismi.it*, 14 dicembre 2016, parla di «un atteggiamento lassista della cultura costituzionale italiana» ricordando come la stessa Corte costituzionale abbia fatto salva la legge Delrio «sul presupposto della riforma costituzionale in corso di approvazione».

⁶² C. TUBERTINI, *L'assetto delle funzioni locali in materia di beni ed attività culturali dopo la legge 56/2014 in Aedon*, 1, 2016.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ In effetti, al punto 9, lett. b) del richiamato accordo, non compare alcun riferimento alla cultura tra le funzioni non fondamentali delle province che lo Stato a riconosciuto di

Di fatto, per ragioni riconducibili sostanzialmente all'aggravamento della situazione finanziaria delle province, nelle leggi regionali di riordino, si è assistito a quello che è stato definito un «nuovo centralismo regionale» benché tali leggi si caratterizzino per un «approccio partecipativo nell'esercizio delle rispettive competenze amministrative regionali e locali»⁶⁵. Ove si fosse approvata la riforma costituzionale cd. Renzi-Boschi, «il futuro potrebbe [avrebbe potuto] portare a rivedere, in una direzione uniformante imposta dal legislatore statale, l'assetto differenziato che è, invece, derivato dalle leggi regionali di riordino»⁶⁶.

In sostanza, la prima attuazione della legge Delrio, a sua volta approvata, come si è ribadito, in attesa della riforma costituzionale (rispetto alla quale, dunque, sarebbe dovuta essere coerente), si connota per una prospettiva opposta a quella della riforma poi respinta.

3. La macro materia dei beni culturali nella riforma cd. Renzi-Boschi alla luce della giurisprudenza costituzionale successiva alla modifica del Titolo V ex legge costituzionale n. 3 del 2001

Rispetto ad un'impostazione normativa che sconta, tradizionalmente, una centralizzazione della funzione di tutela contrastante con il principio fondamentale di cui all'art. 9 Cost. e con il principio autonomistico di cui all'art. 5 Cost., sembra che la giurisprudenza della Corte costituzionale, benché la sentenza n. 194 del 2013 segni una discontinuità⁶⁷, abbia operato nella prospettiva di un'estensione della disciplina legislativa della tutela anche alle Regioni. Sostanzialmente il giudice delle leggi, pur prevedendo l'art. 117 Cost., comma 2, la tutela dei beni culturali quale competenza esclusiva statale, ha riconosciuto una funzione di disciplina della tutela alle Regioni ricorrendo all'artificio della definizione di una categoria, quella dei beni «a rilevanza culturale», altra da quella dei beni culturali riconducibili al d.

propria competenza e, dunque, da riallocare con legge statale. C. TUBERTINI, *L'assetto delle funzioni locali*, cit.

⁶⁵ *Ibidem.*

⁶⁶ *Ibidem.*

⁶⁷ Si v. nota 68.

lgs. n. 490 del 1999⁶⁸, per la funzione che essi possono svolgere in termini «di patrimonio identitario inalienabile, di idealità e di esperienze e perfino di simboli, di quella specifica comunità» (sent. 194 del 2013⁶⁹). Sul piano della valorizzazione, nel testo vigente della Co-

⁶⁸ Nella sentenza n. 94 del 2003, la Corte costituzionale, come si è già ricordato, individua come «beni a rilevanza culturale» i “locali storici”, ossia gli immobili disciplinati dalla legge regionale, per sottrarli alla disciplina di cui al d. lgs. n. 490 del 1999. Con tale artificio, il giudice costituzionale, legittima l’applicazione ad essi della disciplina regionale. Il giudice, tuttavia, comunque ritiene quella regionale un’attività di valorizzazione. In sostanza la Regione valorizza beni che hanno una rilevanza culturale: «non si toccano gli istituti di tutela di cui al testo unico sui beni culturali e ambientali, proprio perché non si tratta di tutelare i beni culturali cui quel testo è rivolto». Sul punto v. S. FOÀ, *La legge regionale sulla tutela dei locali storici è legittima perché non riguarda “beni culturali” ma beni “a rilevanza culturale”*. La Corte costituzionale “sorvola” sulla distinzione tra tutela e valorizzazione in le Regioni, 6, 2003 e consultato in *forum di Quaderni costituzionali*. L’A., in proposito, aggiunge: «A dire il vero, la Corte avrebbe potuto osare di più: non trattandosi di beni culturali *stricto sensu*, gli stessi immobili avrebbero potuto anche essere “tutelati” dal legislatore regionale. Del resto è appena il caso di osservare che l’attività di tutela, ai sensi dell’art.148 del d. lgs. n. 112 del 1998 (dunque riferita ai beni culturali definiti dalla stessa disposizione), ha come radice proprio il “riconoscere” i beni che poi dovranno essere conservati e protetti, e la legge regionale censurata disciplina senza dubbio anche tale attività, prevedendo un elenco regionale compilato dagli uffici comunali e regionali. La Corte è però frenata dalle definizioni più volte richiamate contenute nel d. lgs. n.112 del 1998, e si limita ad affermare sbrigativamente e solo per inciso che comunque, pur trattandosi di beni non rientranti nella disciplina del Testo unico dei beni culturali, la legge regionale si occupa solo della relativa valorizzazione. Anzi, non si parla della valorizzazione in modo così chiaro: la sentenza richiama il tema dei “finanziamenti per la (...) valorizzazione”. Ben avrebbe potuto, procedendo ulteriormente nel proprio *iter* argomentativo, giustificare interventi del legislatore regionale rientranti in una nozione di tutela non riferita ai beni culturali di cui al testo unico, ma a beni che possono vantare una diversa qualificazione ed un titolo differente a fondamento della loro protezione o “salvaguardia”. Non esisterebbe infatti al riguardo alcun ostacolo desumibile dall’art.117 Cost.». F. MERUSI, *La disciplina giuridica dei musei*, cit., pp. 9-10, in proposito, sottolinea che la Corte ricorre ad un artificio e conclude evidenziando che la tutela, in sostanza, non può essere costruita come funzione esclusiva statale.

⁶⁹ Nella pronuncia n. 232 del 2005, in particolare, il giudice costituzionale evidenziava come «nelle materie in cui ha primario rilievo il profilo finalistico della disciplina [della tutela], la coesistenza di competenze normative rappresenta la generalità dei casi. Ed è significativo che, proprio con riguardo a ciò cui si è fatto cenno, la Costituzione abbia stabilito che nella materia dei beni culturali la legge statale preveda forme di intesa e coordinamento tra Stato e Regioni (art. 118, terzo comma)». Concludendo, la Corte rileva che la norma regionale impugnata non è invasiva della sfera di competenza statale in quanto «non stabilisce nuovi criteri di identificazione dei beni culturali ai fini del regime proprio di questi nell’ambito dell’ordinamento statale, bensì prevede che nella disciplina del governo del territorio – e quindi per quanto concerne le peculiarità di questa – si tenga conto non soltanto dei beni culturali identificati secondo la normativa statale, ma eventualmente anche di altri, purché però essi si trovino a far parte di un territorio avente una propria

stituzione competenza concorrente *ex art. 117 Cost.*, comma 3, più

conformazione e una propria storia (v. sentenza n. 94 del 2003)». Nella prospettiva del riconoscimento di funzioni di tutela anche alle Regioni si v. altresì la sentenza n. 405 del 2006 dove il giudice chiarisce a proposito delle impugnate disposizioni della legge provinciale di Bolzano che, poiché entrambe «sono dirette alla tutela del maso chiuso con riguardo alle peculiarità di siffatto bene, esse non contrastano neppure con l'art. 9 Cost., che attribuisce lo sviluppo della cultura e la tutela dei beni culturali e del paesaggio alla Repubblica in tutte le sue articolazioni, e non soltanto allo Stato». Per tali ricostruzioni v. M. BELLOCCI, P. PASSAGLIA (a cura di), *La giurisprudenza costituzionale*, cit. Con la sentenza n. 194 del 2013, la Corte, pur richiamando essa stessa la sua precedente giurisprudenza, in particolare la sentenza n. 232 del 2005 e la n. 94 del 2003 e pur partendo da presupposti simili a quelli delle pronunce sopra richiamate, giunge a una decisione sostanzialmente opposta. Il giudice delle leggi, infatti, in tale ultimo caso, pur utilizzando il criterio della tipologia dell'oggetto disciplinato dalla norma impugnata piuttosto che quello della qualificazione delle materie-attività ha dichiarato l'incostituzionalità della legge regionale sottraendo «in maniera generalizzata alla Regione una possibile competenza residuale e cioè una funzione di tutela "aggiuntiva", su beni la cui culturalità non sia stata preventivamente negata». Così, criticamente, S. CAVALIERE, *Oscillazioni in senso centralistico della giurisprudenza costituzionale in tema di altri beni culturali diversi da quelli identificati tali ai sensi della normativa statale in Amministrazione In Cammino*, 12.05.2014, p. 7. In effetti, per la Corte, la legge regionale non sarebbe stata incostituzionale solo se avesse previsto «in maniera inequivoca» «di rivolgersi soltanto a quelle cose che, in quanto non riconosciute o non dichiarate di "interesse culturale", all'esito dei previsti procedimenti, risultassero, perciò, escluse, come previsto, dall'applicazione delle disposizioni del codice (art. 12, comma 4, e artt. 13 e seguenti del Codice dei beni culturali) (sent. n. 194 del 2013)». Pur chiudendo rispetto alla previsione legislativa regionale, nella specifica fattispecie, comunque la Corte ribadisce che «la circostanza, infatti, che una specifica cosa non venga "classificata" dallo Stato come di «interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico», e dunque non venga considerata come «bene culturale», non equivale ad escludere che essa possa, invece, presentare, sia pure residualmente, un qualche interesse "culturale" per una determinata comunità territoriale: restando questo interesse ancorato, in ipotesi, a un patrimonio identitario inalienabile, di idealità e di esperienze e perfino di simboli, di quella singola e specifica comunità. In tale contesto e solo entro tali limiti, la potestà legislativa delle Regioni può dunque legittimamente esercitarsi – al di fuori dello schema tutela/valorizzazione – non già in posizione antagonistica rispetto allo Stato, ma in funzione di una salvaguardia diversa ed aggiuntiva: volta a far sì che, nella predisposizione degli strumenti normativi, ci si possa rivolgere – come questa Corte ha avuto modo di sottolineare (sentenza n. 232 del 2005) – oltre che ai «beni culturali» identificati secondo la disciplina statale, e rilevanti sul piano della memoria dell'intera comunità nazionale, eventualmente (e residualmente) anche ad altre espressioni di una memoria "particolare", coltivata in quelle terre da parte di quelle persone, con le proprie peculiarità e le proprie storie». Evidenzia il cambio di orientamento della Corte, altresì L. CASINI, *"Le parole e le cose": la nozione giuridica di bene culturale nella legislazione regionale in Giorn. dir. amm.*, 3, 2014, p. 263. In effetti, con la sentenza n. 194 del 2013, si registra senz'altro un ripensamento rispetto all'orientamento manifestato nella sentenza del 2003 in cui la dottrina aveva colto l'apertura verso «una definizione aperta di "bene culturale"» (V. A. POGGI, *Verso una definizione aperta di "bene culturale"? (a proposito della sentenza n. 94/2003 della corte costituzionale)* in *Aedon*, 1, 2003).

volte la Corte si è espressa nel senso di un ampliamento della stessa competenza regionale, ad esempio, con riferimento alla giurisprudenza nella materia, anch'essa concorrente, del "governo del territorio" per «l'indubbio collegamento della disciplina con la materia della "valorizzazione dei beni culturali ed ambientali"» (Corte cost., sent. n. 196 del 2004)⁷⁰. Tuttavia, da altre pronunce del giudice delle leggi vertenti in materia di gestione, materia-funzione com'è noto non contemplata dal testo costituzionale e sostanzialmente identificata con la valorizzazione (nel d. lgs. n. 112 del 1998, art. 148, concorrente sia al perseguimento delle finalità di tutela che di valorizzazione), emerge che il giudice delle leggi ha legittimato interventi statali in tale ambito ricorrendo, per la ripartizione della funzione di valorizzazione e di gestione, al criterio della titolarità del bene⁷¹ secondo l'approccio di cui al d. lgs. n. 112 del 2008, art. 152, applicabile pur successivamente alla riforma del Titolo V, data la sostanziale linea di continuità tra legislazione degli anni 1997-1998, e la legge costituzionale n. 3 del 2001⁷².

Si può ritenere che la stessa circostanza per cui la giurisprudenza costituzionale, in realtà, non abbia risolto la situazione di incertezza

⁷⁰ In tale prospettiva la ricostruzione proposta da M. BELLOCCI, P. PASSAGLIA (a cura di), *La giurisprudenza costituzionale*, cit., della giurisprudenza costituzionale in materia di valorizzazione dei beni culturali in particolare con riferimento alle sentenze n. 196 del 2004 e n. 49 del 2006 su cui si rinvia a D. DE PETRIS, *Condomo edilizio e Regioni: la Corte mantiene le sue promesse in Forum di Quaderni costituzionali*, 30 giugno 2006. Sul criterio di ripartizione della funzione di valorizzazione e di gestione sostanzialmente riconducibile a quello di titolarità del bene secondo l'approccio di cui al d. lgs. n. 112 del 1998, art. 152, pur successivamente alla riforma del Titolo V, v. Corte cost. n. 26 del 2004 e relativa analisi di M. BELLOCCI, P. PASSAGLIA (a cura di), *La giurisprudenza costituzionale*, cit. Sull'estensione della materia della valorizzazione si v. la sentenza n. 196 del 2004, poi esplicitamente richiamata nella sentenza n. 49 del 2006, ove la Corte, a proposito delle discipline del condomo edilizio afferma che se se ne considera «l'indubbio collegamento [della disciplina] con la materia della "valorizzazione dei beni culturali ed ambientali", appare evidente che alle Regioni è oggi riconosciuta al riguardo una competenza legislativa più ampia, per oggetto, di quella contemplata nell'originario testo dell'art. 117 Cost.; ciò [...] mentre le potestà legislative dello Stato di tipo esclusivo, di cui al secondo comma dell'art. 117 Cost., sono state consapevolmente inserite entro un elenco conchiuso».

⁷¹ V. A. POGGI, *La Corte torna sui beni culturali (Brevi osservazioni in margine alla sentenza n. 26/04)*, cit..

⁷² «[...] ma soprattutto perché [tale criterio] è riferibile a materie-attività, come, nel caso di specie, la tutela, la gestione o anche la valorizzazione di beni culturali, il cui attuale significato è sostanzialmente corrispondente con quello assunto al momento della loro originaria definizione legislativa (Corte cost. n. 26 del 2004): Così M. BELLOCCI, P. PASSAGLIA (a cura di), *La giurisprudenza costituzionale*, cit.

nei rapporti Stato-Regioni nell'ambito in esame⁷³, esprima l'impossibilità di delineare delle competenze nettamente distinte in materia, il che suggerirebbe di rifuggire, in sede di disciplina di tali ambiti, dal ricorso a tipologie di competenza esclusiva a favore dell'uno o dell'altro soggetto dell'ordinamento.

In senso opposto, invece, si è mosso il Legislatore costituzionale, con riferimento alla riforma respinta con il referendum del 4 dicembre 2016, anche in conseguenza della scelta di sistema di eliminare la potestà legislativa concorrente.

Il Legislatore costituzionale, infatti, aveva accentrato la materia della tutela e valorizzazione dei beni culturali in capo allo Stato⁷⁴, quale competenza legislativa esclusiva, ispirandosi alla pregressa giurisprudenza costituzionale⁷⁵. In particolare, è dato leggere che «Il nuovo riparto appare peraltro trovare fondamento in una giurisprudenza costituzionale che ha riconosciuto margini di intervento al legislatore statale anche in ambiti a stretto rigore riguardanti la valorizzazione dei beni»⁷⁶. A tal fine viene richiamata la sentenza n. 9 del 2004 ove la Corte ha definito la valorizzazione «diretta, soprattutto, alla fruizione del bene culturale, sicché anche il miglioramento dello stato di conservazione attiene a quest'ultima nei luoghi in cui avviene la fruizione ed ai modi di questa».

⁷³ Per delle considerazioni sulla giurisprudenza della Corte in tema v. S. CAVALIERE, *Prime notazioni sul d.d.l. di riforma costituzionale e le competenze sui beni culturali* in *www.gruppodipisa.it*, novembre 2014, p. 1 ss., per la quale: «La situazione di incertezza nei rapporti tra Stato e Regione, tuttavia, anche con i vari interventi della Corte costituzionale, non è mai stata risolta definitivamente [...]».

⁷⁴ S. CAVALIERE, *Prime notazioni*, cit., p. 3, evidenzia come nel d.d.l inizialmente presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dal Ministro per le riforme costituzionali e i rapporti con il Parlamento, non si facesse riferimento a tutela e valorizzazione ma semplicemente a materie di competenza esclusiva definite «beni culturali» e «norme generali sulle attività culturali». Né si faceva riferimento a competenze regionali in materia di attività culturali o promozione dei beni culturali di interesse regionale.

⁷⁵ S. CAVALIERE, *Prime notazioni*, cit., p. 3, ritiene che il progetto di riforma non avesse fatto tesoro delle esperienze pregresse e, in particolare della giurisprudenza costituzionale in materia di beni culturali, dal momento che, fra l'altro, continuava a lasciar permanere la dicotomia (che avrebbe voluto correggere, concentrando entrambe le funzioni in capo allo Stato, e dunque, senza che fosse necessario tenerle distinte) fra funzione di tutela e valorizzazione.

⁷⁶ Scheda di lettura n. 216, Superamento del bicameralismo paritario e revisione del Titolo V della parte seconda della Costituzione, d.d.l. cost. A.C. 2613 e abb., 10 settembre 2014, p. 186.

Contestualmente vengono richiamate le sentenze n. 23 del 2005, 401 del 2007, 194 del 2013, da un lato per evidenziare che la Corte ha ribadito l'esigenza dell'esercizio unitario delle funzioni di tutela dei beni culturali, dall'altro per chiarire, del resto, che il giudice costituzionale ha stabilito «che siano non soltanto lo Stato, ma anche le regioni, le città metropolitane, le province e i comuni ad assicurare e sostenere la conservazione del patrimonio culturale e a favorirne la pubblica fruizione e la valorizzazione»⁷⁷.

La decisione di accentrare la valorizzazione non recepiva, allora, esattamente la giurisprudenza costituzionale.

Quanto alla scelta di confermare l'accentramento della tutela in capo allo Stato, la riforma proposta non teneva in alcuna considerazione l'orientamento giurisprudenziale, pur richiamato, sull'estensione del ruolo delle Regioni nel corrispondente ambito⁷⁸. Certo è, invece, che

⁷⁷ *Ibidem*, p. 187.

⁷⁸ Sottolinea, ad esempio, il riconoscimento da parte della Corte, con sentenza n. 94 del 2003, di un ruolo alle comunità regionali e locali nell'assegnare «particolare valore storico o culturale a beni “non culturali” ai sensi del d. lgs. n. 490 del 1999», R. BIFULCO, *Tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali (art. 117.2.S) e valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali (art. 117.3)* in R. BIFULCO, A. CELOTTO (a cura di), *Le materie dell'art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001*, Napoli, 2015, p. 263. Peraltro, l'A., p. 246, evidenzia come nella materia dei beni culturali e ambientali, la Corte ha elaborato, già prima della riforma del Titolo V, una giurisprudenza su cui la legislazione successiva si appoggerà al fine di ampliare la partecipazione delle Regioni nella protezione dell'ambiente. Ancora, l'A., p. 267, a proposito delle disposizioni relative alle competenze statali in materia ambientale riferibili anche alla materia «beni culturali» spiega (ma il discorso è riferibile anche alla materia dei beni culturali) che da una parte la costituzionalizzazione dell'ambiente (e, per quanto detto, dei beni culturali), che ha portato alla centralizzazione della competenza, ha determinato «che l'imputazione alla legislazione esclusiva dello Stato riguarda [...], l'aspetto funzionale, la tutela dell'ambiente»; dall'altro che, da questo, è derivato «il riconoscimento alle Regioni sia di competenze concorrenti di valorizzazione dell'ambiente sia di margini di intervento su oggetti rientranti nella materia ambientale». «In altri termini, può sostenersi che la costituzionalizzazione non ha fatto venir meno quel riconoscimento, presente nella giurisprudenza costituzionale antecedente al 2001, di una pluralità di interessi, non solo statali ma anche regionali, insistenti sulla materia ambientale». Anche alla luce di tale lettura della giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma del Titolo V caratterizzata da «bagliori di potere costituente» (A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?* in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 ottobre 2003) e che «ha indicato la strada da seguire» ai Legislatori della Repubblica per la sua attuazione, sembra potersi dire che, in effetti, il Legislatore costituzionale della riforma cd. Renzi-Boschi non la avesse seguita che parzialmente, non recependo le indicazioni nella direzione di un maggior coinvolgimento delle Regioni rispetto all'attività di tutela da cui queste ultime sembravano estromesse o rispetto alla quale potevano essere coinvolte, come a Costituzione invariata, attraverso altre

accentrare tutela e valorizzazione in capo allo Stato poteva, sul piano letterale, risultare in contrasto con l'art. 9 e l'art. 5 Cost. e, sul piano sostanziale con il disegno autonomistico che permea la nostra Carta.

La previsione, tuttavia, appariva coerente con la tendenza centralistica della riforma nel suo complesso⁷⁹ e, indiscutibilmente, efficace o meno in base a «Come concretamente [si sarebbero atteggiate] si atteggeranno le nuove competenze sulla valorizzazione e promozione dei beni culturali e paesaggistici (nonché, per la promozione, anche dei beni ambientali)» il che «è [sarebbe stata] opera lasciata all'interprete»⁸⁰. Certamente la scelta, a seguito del venir meno della competenza concorrente, di suddividere la materia della valorizzazione dei beni in «due: la valorizzazione “in senso stretto” [che sarebbe ascisa] ascende alla competenza esclusiva statale, mentre la “promozione” è (sarebbe stata) ascritta alla competenza regionale, “per quanto di interesse regionale”⁸¹», considerata l'esperienza sinora maturata, sembrava preludere, ove la riforma fosse stata approvata, ad ulteriori fasi di acceso contenzioso fra Stato e Regioni dal momento che non sarebbe stato agevole distinguere una attività di valorizzazione in senso stretto da una funzione di promozione dei beni culturali, attualmente non contemplata nel testo costituzionale.

Quanto alla funzione di «promozione e organizzazione di attività culturali», oggi competenza concorrente *ex art.* 117, comma 3, Cost, la medesima, sarebbe stata riconducibile alla materia che, nel testo di riforma, veniva ricondotta all'art. 117, comma 2, lett. s), alla competenza esclusiva dello Stato, tuttavia, limitatamente alla definizione delle «disposizioni generali e comuni sulle attività culturali» e alla materia

previsioni rimaste identiche. Probabilmente sarebbe stato opportuno, a non voler considerare l'ipotesi già richiamata di mantenere la potestà concorrente, lasciare invariato il testo valorizzando il ricorso al meccanismo di cui all'art. 118 Cost.

⁷⁹ Com'è noto, nel disegno riformatore cd. Renzi-Boschi, il “pendolo” tende ad avvicinarsi all'estremo del centralismo unitario della scala rispetto a cui è possibile classificare gli Stati che riconoscono al proprio interno ordinamenti giuridici territoriali autonomi. Per l'immagine del pendolo B. CARAVITA in *Id.*, *Il pendolo del federalismo*, in *federalismi.it*, n. 5 del 2004. A. SERPA, *Il pendolo del “federalismo all'italiana” e la proposta di riforma costituzionale del governo Renzi* in REAF, 22 ottobre 2015, pp. 43-47, con riferimento ai rapporti Stato-Regioni previsti nel testo di riforma costituzionale, parla di «rimbalzo del pendolo» rispetto ad una passata stagione di *favor* per l'autonomia regionale.

⁸⁰ Scheda di lettura n. 216, Superamento del bicameralismo paritario e revisione del Titolo V della parte seconda della Costituzione, d.d.l. cost. A.C. 2613 e abb., 10 settembre 2014, pp. 186-187.

⁸¹ Rileva la difficoltà di definire “l'interesse regionale” S. CAVALIERE, *Prime*, cit., p. 5

di cui all'art. 117, comma 3, Cost, dunque di competenza esclusiva regionale, per la «disciplina, per quanto di interesse regionale, delle attività culturali»⁸². In proposito, sembra potersi ritenere che, al di là del venir meno del riferimento all'«organizzazione» delle attività culturali (ragionevolmente ricompresa nella “disciplina”⁸³), la funzione in parola sarebbe risultata strutturata sostanzialmente come nell'attuale sistema costituzionale. Ciò, almeno se si accede alla convinzione che il combinato «disposizioni generali e comuni» e la successiva disciplina regionale di una funzione-materia sarebbero equivalenti all'attuale competenza concorrente⁸⁴. Differentemente, anche in tale ambito, ci si sarebbe trovati al cospetto di un accentramento della funzione dato che la posizione di disposizioni generali e comuni, per autorevole dottrina, si sarebbe sostanziata in una disciplina da parte dello Stato decisamente più invasiva rispetto alla legislazione di principio⁸⁵. Si consideri, inoltre, la notevole ambiguità che avrebbe contraddistinto l'individuazione dell'oggetto «per quanto di interesse regionale», della disciplina delle attività culturali e della promozione dei beni culturali.

In effetti, ove la riforma Renzi-Boschi fosse stata approvata, sia la funzione di tutela, sia quella di valorizzazione che quelle relative alle attività culturali meglio sarebbero state disciplinate se affidate ad una potestà legislativa concorrente conservata e, dunque, “trasformata”, nell'impianto costituzionale delineato dal testo di riforma. Come si è sostenuto altrove⁸⁶, infatti, la potestà legislativa concorrente, sarebbe

⁸² Sulla moltiplicazione delle competenze nella macro-materia dei beni culturali rispetto alle “sole” due materie oggi previste dal testo costituzionale si esprime S. CAVALIERE, *Prime*, cit., pp. 5-6, ritenendo che, per questo, si sarebbe potuta tacciare la legge costituzionale di «illogicità oppure di eccessiva ingenuità perché invece di eliminare gli errori commessi nel passato, li ingigantisce e li aggrava».

⁸³ S. CAVALIERE, *Prime notazioni*, cit., p.3, evidenzia come nell'espressione «disciplina delle attività culturali» possa ricomprendersi qualsiasi tipo di compito o funzione legata ai beni culturali.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 5.

⁸⁵ G. SCACCIA, *Prime note sull'assetto delle competenze legislative statali e regionali nella proposta di revisione costituzionale del Governo Renzi* in www.astridonline.it, aprile 2014, ritiene che le norme generali e comuni di natura differente dai principi fondamentali, in base alla sentenza del giudice costituzionale n. 279 del 2005 e tali anche da disciplinare esaustivamente la materia con un arretramento dell'autonomia legislativa regionale. In tal senso v. M. LUCIANI, *La riforma del bicameralismo*, oggi in *Rivista AIC*, 2/2014, pp. 10-11.

⁸⁶ Sia consentito rinviare in argomento a D. MONE, *La clausola di supremazia tra Senato “territoriale” e depotenziamento del ruolo delle Regioni in federalismi.it, focus riforma costituzionale*, 1 giugno 2016, pp. 16-17.

risultata strutturalmente idonea a garantire una determinazione dei principi fondamentali secondo un'ottica non statalistica bensì condivisa con il Senato "territoriale"⁸⁷, consentendo nella fattispecie, di superare le criticità inevitabilmente connesse ad una ripartizione netta di competenze. La scelta di eliminare la potestà concorrente, in un sistema costituzionale che avrebbe accolto una Camera "territoriale" e, dunque, differenziata da quella politica, rappresentava, pertanto, la rinuncia ad un'occasione di coinvolgimento delle autonomie a livello centrale che avrebbe contribuito, senz'altro, a ridurre il contenzioso Stato-Regioni, anticipando in una fase procedimentale legislativa la "negoiazione" degli spazi dell'uno e delle altre, in determinate materie (o materie-funzioni, come nel caso in esame). Al contrario, la contestuale previsione innovativa relativa alla tipologia delle disposizioni generali e comuni che, nella migliore delle ipotesi, avrebbe riproposto il meccanismo della competenza concorrente, avrebbe determinato la necessità di ripartire dall'origine nella definizione di tali disposizioni che non avrebbero certo potuto coincidere, *de plano*, con i principi fondamentali dell'attuale potestà concorrente. La conservazione della competenza concorrente accompagnata ad una "nuova concezione" del Senato (benché molte fossero le riserve circa l'effettiva rappresentatività territoriale del Senato⁸⁸ di cui alla riforma Renzi-Boschi, il riferimento è alla natura innovativa del Senato ivi contemplato), avrebbe rappresentato, invece, l'opportunità di raggiungere lo scopo che "la chiamata in sussidiarietà" *ex* Corte cost. n. 303 del 2003 e il meccanismo dell'intesa⁸⁹ si prefiggono⁹⁰ nel rispetto di un orientamento soste-

⁸⁷ Nella prospettiva, benché non collocata nell'ambito della potestà concorrente, che sembra indicata da E. CATELANI, *Riforme costituzionali: un compromesso in una logica unitaria* in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2014, p. 7 e L. VIOLINI, *Note sulla riforma costituzionale in Le Regioni*, 1, 2015, p. 303.

⁸⁸ Sia consentito rinviare sul punto a D. MONE, *L'istruttoria legislativa e il sindacato del giudice costituzionale a tutela del principio autonomistico: a proposito della clausola di unità* in *RivistaAic*, 4, 2016, p. 7 ss.

⁸⁹ S. CAVALIERE, *Prime*, cit, p.5, ricorda come «Per i beni culturali, inoltre, è necessario considerare sia l'esigenza di affidare un ruolo attivo alle Regioni perché i beni stessi insistono su un preciso territorio essendo espressione della comunità dalla quale hanno avuto origine, sia l'esigenza di mantenere un esercizio unitario e un coordinamento da parte dello Stato perché il patrimonio culturale deve essere salvaguardato e protetto nella medesima maniera in tutto il territorio nazionale. In tale "materia" vi sono, difatti, una pluralità di interessi e non sempre è agevole separare ciò che concerne lo Stato da ciò che concerne la Regione poiché non è infrequente che i due interessi coincidano, così è anche vero che la divisione di sub competenze legislative tra lo Stato e la Regione all'interno di una stessa

nuto dallo stesso giudice costituzionale in più pronunce⁹¹: la decisione quale esito di moduli di concertazione necessaria e paritaria fra Stato e Regioni⁹².

In tal senso, la stessa condivisibile critica alla mancata estensione delle forme di intesa e coordinamento *ex art. 118 Cost.* anche alla materia della valorizzazione dal momento che la disposizione, nel testo Renzi-Boschi, veniva confermata nella versione attuale relativa solo alla tutela dei beni culturali⁹³, si sarebbe superata.

Circa le disposizioni che avrebbero disciplinato l'ampia "materia" dei beni culturali in caso di approvazione referendaria della legge costituzionale, si concorda, dunque, con chi ritiene che con le medesime non si sarebbe «superata la rilevata, artificiosa e perniciosa suddivisione di competenze legislative che aveva comportato tante difficoltà

"materia" spesso è artificiosa in quanto frutto di complicati compromessi purtroppo comportanti duplicazione di costi, incoerenze e incertezze. Dunque non si può pretendere di semplificare soltanto attribuendo nettamente materie "indefinite" a Stato o Regione in via esclusiva».

⁹⁰ D. MONE, *L'istruttoria*, cit., p. 10 ss.

⁹¹ In particolare il riferimento è alla sentenza n. 285 del 2005 ove si legge: «Se, quindi, il legislatore statale –in un settore di competenza legislativa ripartita, nel quale però esistono forti e sicuri elementi che esigono una gestione unitaria a livello nazionale –in astratto può realizzare una pluralità di modelli istituzionali per dare, nel rispetto sostanziale del Titolo V, concretizzazione alla scelta di un modello diverso da quello ordinariamente deducibile dagli artt. 117 e 118 Cost., la Corte, chiamata a giudicare della compatibilità costituzionale di molte disposizioni del d.lgs. n. 28 del 2004, può semplicemente operare per ricondurre tale decreto legislativo al modello (prima definito come costituzionalmente compatibile) della "chiamata in sussidiarietà", affinché la attrazione a livello statale delle funzioni amministrative nel settore delle attività cinematografiche avvenga nel rispetto delle attribuzioni costituzionalmente spettanti alle Regioni. Ciò, tuttavia, in un quadro complessivo in cui le determinazioni operate direttamente dal legislatore delegato appaiono per lo più compatibili con i differenziati titoli di competenza di volta in volta adducibili: in parte, come soggetto legittimato a determinare i principi fondamentali ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost.; in parte, come soggetto titolare di poteri legislativi esclusivi ai sensi dell'art. 117, secondo comma, Cost.; in parte, come soggetto chiamato a disciplinare legislativamente l'ambito nel quale opera la "chiamata in sussidiarietà", ai sensi dell'art. 118, primo comma, Cost. Dal punto di vista del recupero in termini di strumenti concertativi del ruolo delle Regioni, è anzitutto indispensabile ricondurre ai moduli della concertazione necessaria e paritaria fra organi statali e Conferenza Stato-Regioni tutti quei numerosi poteri di tipo normativo o programmatico che caratterizzano il nuovo sistema di sostegno ed agevolazione delle attività cinematografiche, ma che nel decreto legislativo sono invece riservati solo ad organi statali».

⁹² Si v., da ultimo, sulla rilevanza dell'intesa, la sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016 relativa alla legge n. 124 del 2015 (cd. legge Madia).

⁹³ S. CAVALIERE, *Prime notazioni*, p. 6.

non solo ermeneutiche ma anche pratiche»⁹⁴, ma anzi si sarebbero esasperate le difficoltà⁹⁵ nella distinzione fra le stesse. Il disegno riformatore, inoltre, tendeva alla centralizzazione di materie che, invece, si sarebbero dovute affidare ad un confronto costante fra i diversi attori istituzionali, in base alla giurisprudenza costituzionale degli ultimi quindici anni.

La riforma, com'è noto, è stata respinta dal corpo elettorale. Il testo costituzionale è rimasto immutato con le criticità che, nella materia dei beni culturali, sono state segnalate e che vanno auspicabilmente risolte.

Un punto di partenza, in tal senso, potrebbe essere una riflessione su aspetti assolutamente condivisibili della respinta riforma: uno su tutti, la configurazione di un Senato territoriale che, tuttavia, coesista con la potestà concorrente⁹⁶ consequenzialmente trasformata cui andrebbe affidata la disciplina di materie non riconducibili nettamente all'uno o all'altro soggetto istituzionale, una potestà concorrente, dunque, che non andrebbe soppressa ma diventerebbe centrale nell'attuazione dell'art. 5 Cost.

Una tale soluzione consentirebbe di realizzare, potenzialmente, i principi di unità e di autonomia⁹⁷ che connotano, entrambi, l'ordinamento costituzionale della Repubblica ai sensi dell'art. 5 e dell'art. 9 Cost., con particolare riguardo ai beni culturali.

⁹⁴ *Ibidem*, p.2.

⁹⁵ Infatti, anche concentrando in capo allo Stato la funzione di tutela e di valorizzazione, il contenzioso non sarebbe venuto meno non potendosi distinguere dalla funzione di valorizzazione e, dunque da quella di tutela, la funzione di «promozione dei beni culturali» che anche la riforma costituzionale Renzi-Boschi lasciava alle Regioni. Ritiene elemento di complicazione anziché di semplificazione, contravvenendosi così ad uno degli scopi della riforma, l'introduzione nel testo costituzionale di sub o pseudo materie (materie non materie secondo la definizione della Corte costituzionale in sent. n. 228 del 16/7/2004), S. CAVALLIERE, *Prime notazioni*, p.3.

⁹⁶ D. MONE, *La clausola di supremazia tra Senato "territoriale"*, cit., pp.14-18.

⁹⁷ M. LUCIANI, *La riforma del bicameralismo, oggi*, in *Rivista AIC*, 2/2014, p.11, ritiene la tecnica della concorrenza «la più coerente con le esigenze del federalismo cooperativo, che costituisce la prospettiva nella quale dobbiamo muoverci».

LIBERTÀ D'IMPRESA E DIRITTO DEL LAVORO NELL'UNIONE EUROPEA^(*)

di Stefano Giubboni

SOMMARIO: 1. *Introduzione*; 2. *Embedded liberalism*; 3. *Conflitti teorici e convergenze pratiche*; 4. *Neoliberalism*; 5. *Licenziare a Calci-de*; 6. *Unitas in pluralitate: per un'Unione europea più rispettosa delle varietà nazionali di capitalismo democratico.*

1. Introduzione

«L'Unione europea si fonda su un'economia di libero mercato, il che implica che le imprese devono essere libere di gestire la propria attività nel modo che ritengono più opportuno. Ci si chiede, quindi, quali siano i limiti all'intervento degli Stati membri volto a garantire la sicurezza del lavoro per i lavoratori. Su tale questione la Corte è chiamata a pronunciarsi nell'ambito del presente rinvio pregiudiziale»¹.

Benché la traduzione dall'inglese dell'originale sia tutt'altro che impeccabile («*job security for workers*» ha un significato tecnico evidentemente equivocado, e quantomeno annacquato, dall'espressione «sicurezza del lavoro per i lavoratori»)², l'*incipit* delle conclusioni presentate dall'Avvocato generale Nils Wahl in *AGET Iraklis* non potrebbe essere più chiaro: la posta in gioco del rinvio pregiudiziale sulla compatibilità della disciplina greca in tema di licenziamento collettivo con la libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali è niente di meno che il «posto» del diritto del lavoro in un'economia di libero mercato, qual è quella istituita dai Trattati europei. E non è un caso

(*) Il saggio trae occasione dalla relazione svolta al workshop: *The Displacement of Social Europe. A Law in Context Inquiry* (Firenze, Istituto Universitario Europeo, 15-16 dicembre 2016).

¹ Avvocato generale Nils Wahl, par. 1 delle conclusioni presentate il 9 giugno 2016 nella causa C-201/15, *Anonymi Geneki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis)*.

² A meno di non supporre, nel traduttore, la dotta lettura di P. Loi, *La sicurezza. Diritto e fondamento dei diritti nel rapporto di lavoro*, Torino, 2000.

che questa questione – così radicale nella sua semplice formulazione – si appunti su di un elemento essenziale sul piano tecnico e simbolico, e per questo così controverso, della «sicurezza del lavoro per il lavoratori», quale è quello dei limiti al potere di recesso che gli Stati membri sono autorizzati ad imporre ai datori di lavoro senza violare la libertà d'impresa protetta dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La posta in gioco della questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato ellenico è apparsa ben chiara anche alla Grande Sezione della Corte di giustizia, che nella elaborata sentenza del 21 dicembre 2016 con la quale ha deciso il caso, pur sfumando il tono baldanzosamente neoliberale dell'Avvocato generale Wahl, ha accolto nella sostanza le conclusioni da questi suggerite, dichiarando la incompatibilità con l'art. 49 TFUE della normativa greca di recepimento della direttiva 98/59/CE in materia di licenziamento collettivo. Il caso *AGET Iraklis* offre dunque un'occasione imperdibile, ben al di là degli aspetti tecnici della disciplina sottoposta a rinvio pregiudiziale, per ripercorrere i passaggi essenziali che hanno reso possibile la formulazione, proprio in questi termini, di una questione così cruciale, che investe la legittimità stessa del diritto del lavoro in un'economia di libero mercato, fondata su una libertà di iniziativa economica che – è questo il punto – non sembra di per sé poter (più) tollerare interferenze regolative che non siano (strettamente) giustificate.

Rovesciando il punto di vista dell'Avvocato generale Wahl e della stessa Corte, contesteremo la legittimità stessa di una tale domanda, che oggi può apparirci ammissibile solo a patto di accettare una radicale rottura, una revisione e quasi un completo rovesciamento, delle assunzioni sul «posto» del diritto del lavoro nella costruzione del mercato interno, che sono state, per un lungo tratto, alla base del processo di integrazione europea. Si tratta – come argomenteremo – di una rottura consumatasi solo in tempi recenti, in buona sostanza a partire dal celebre quartetto inaugurato dalle sentenze *Viking* e *Laval*³, e che oggi

³ Torneremo più avanti sul significato di rottura dei paradigmi interpretativi sul rapporto tra libertà economiche e diritto del lavoro, sino ad allora prevalenti, che è da attribuire a queste sentenze (cause C-438/05, *Viking*; C-341/05, *Laval*; C-346/06, *Rüffert*; C-319/06, *Commissione c. Lussemburgo*); non è invece il caso di indugiare in questa sede sulla straripante letteratura fiorita su di esse (possiamo peraltro rinviare all'eccellente sintesi del

può contare, nell'ultima giurisprudenza della Corte di giustizia, sul sostegno di una lettura del tutto originale – e del tutto inaccettabile – della libertà d'impresa come diritto fondamentale protetto dall'art. 16 della Carta di Nizza.

Nelle originarie assunzioni dei trattati istitutivi delle Comunità europee, alla metà degli anni cinquanta del '900, quella domanda non sarebbe in effetti stata legittima: per meglio dire, la questione di quale fosse il posto del diritto del lavoro nel nascente mercato comune non avrebbe potuto essere posta nei termini in cui la formula (e la risolve), oggi, in modo così *tranchant*, l'Avvocato generale Wahl. Giacché in quelle assunzioni, così come esplicitate nei celebri rapporti Ohlin e Spaak e poi coerentemente tradotte dal Trattato istitutivo della CEE del 1957, era pacifico che la istituzione di un mercato transnazionale non avrebbe dovuto né potuto legittimamente interferire con le funzioni assolve dai diversi sistemi di diritto del lavoro dei paesi fondatori, cui infatti competeva di decidere – in piena autonomia – quali fossero i limiti, secondo i rispettivi ordinamenti costituzionali, dell'intervento «volto a garantire la sicurezza del lavoro per i lavoratori».

Il punto di vista che potremmo chiamare originario – nell'atto di nascita del mercato comune – era dunque esattamente capovolto rispetto a quello che appare oggi quasi naturale all'Avvocato generale Wahl e alla Corte di giustizia in *AGET Iraklis*. L'espressione *embedded liberalism*, che anche in passato abbiamo preso in prestito da John Gerald Ruggie per sinterizzare il senso di quelle originarie assunzioni costituzionali⁴, condensa assai efficacemente quel punto di vista: la

dibattito svoltosi in questi anni contenuta nel recente volume a cura di M. FREEDLAND e J. PRASSL, *Viking, Laval and Beyond*, Oxford - Portland, Oregon, 2014).

⁴ V. S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003, pp. 17 ss., ove si richiama appunto lo studio di J.G. RUGGIE, *International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*, in *International Organization*, 1982, n. 2, pp. 379 ss., che a sua volta – evidentemente – è tributario, non soltanto nella terminologia impiegata, della seminale ricostruzione di Karl POLANYI, *The Great Transformation. The Political and Economic Origins of Our Time*, Boston, 1944 (che consultiamo nell'edizione del 2010 con prefazione di J.E. STIGLITZ e introduzione di F. BLOCK). In termini analoghi, da ultimo, D. ASHIAGBOR, *Unravelling the Embedded Liberal Bargain: Labour and Social Welfare Law in the Context of EU Market Integration*, in *European Law Journal*, 2013, pp. 303 ss. Per una originale rivisitazione critica

legittimità del diritto del lavoro – che in quella visione è e deve restare essenzialmente nazionale – non può dipendere dal funzionamento del mercato comune; sono, al contrario, i modi in cui si procede alla costruzione di quest’ultimo, mediante il diritto comunitario, a doversi mantenere in una logica di coerenza con l’armonizzazione «nel progresso» dei sistemi sociali nazionali, secondo la formula dell’art. 117 del Trattato CEE (di cui reca ancora precisa traccia lessicale l’art. 151 TFUE). La legittimità formale dell’integrazione del mercato comune attraverso il diritto europeo riposa, infatti, in quella visione, (anche) sulla forza di legittimazione materiale dei sistemi di diritto del lavoro e di protezione sociale nazionali.

Quel punto di vista ha peraltro mantenuto la sua presa performativa per molto tempo, ed a ben vedere non era stato ancora abbandonato neppure quando – a partire dalla seconda metà degli anni ottanta – l’originario equilibrio tra mercato interno e diritti del lavoro degli Stati membri, prefigurato dal Trattato di Roma, aveva visibilmente cominciato a incrinarsi, con una sempre più evidente tendenza dei principi di libera concorrenza e di libertà di circolazione di merci e servizi a infiltrarsi nei territori un tempo ben riparati dei sistemi sociali nazionali⁵. È significativo che ancora nel 1993, quando quella tendenza si era già chiaramente manifestata nella famosa saga giurisprudenziale del divieto di lavoro domenicale⁶, l’Avvocato generale Tesauro avvertisse la necessità di mettere espressamente in guardia la Corte di giustizia contro la pretesa della libertà di commercio di assurgere a una sorta di meta-parametro costituzionale cui commisurare ogni misura regolativa nazionale, sollevando la stessa questione che campeggia nell’*incipit* dell’opinione di Nils Wahl in *AGET Iraklis*, ma in termini esattamente rovesciati: «L’art. 30 del Trattato CEE è una norma di liberalizzazione degli scambi comunitari ovvero una norma destinata più in generale a

del processo di integrazione europea nella prospettiva di un «*socially embedded constitutionalism*» v., infine, D. SCHIEK, *Economic Integration and Social Integration. The Challenge for EU Constitutional Law*, Cheltenham, 2013, pp. 6 ss.

⁵ D’obbligo, qui, il rinvio a G. LYON-CAEN, *L’infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in *Droit ouvrier*, 1992, pp. 313 ss.

⁶ Cfr. solo M. POIARES MADURO, *Never on Sunday – What Has (EU) Law Got to Do with It?*, in S. SCIARRA (ed.), *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice*, Oxford - Portland (Oregon), 2001, pp. 273 ss.

promuovere l'esercizio della libertà commerciale nei singoli Stati membri?»⁷.

L'intento di questo contributo è allora quello di comprendere in che modo è potuto avvenire il rovesciamento di quelle assunzioni costituzionali, ripercorrendo i momenti topici della giurisprudenza della Corte di giustizia sul rapporto tra libertà d'impresa e diritto del lavoro nell'ordinamento dell'Unione. La fortissima carica de-regolativa che una recente corrente giurisprudenziale tende ad attribuire oggi all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel nome della libertà d'impresa rappresenta certo la manifestazione più insidiosa e ideologicamente più radicale di questo rovesciamento del rapporto tra regole di mercato e diritto del lavoro, che trova nella svolta di *Viking* e *Laval* il suo vero punto di abbrivio. Si tratta nondimeno di una tendenza che, sebbene si sia rafforzata nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia e riceva ora una conferma molto significativa con *AGET Iraklis*, non può considerarsi ancora del tutto consolidata.

La stessa giurisprudenza della Corte di giustizia ospita visioni alternative a tale riduzionistica ridefinizione in chiave neoliberista della costituzione economica europea, certamente implicata dalle letture assolutizzanti della libertà d'impresa e dell'autonomia contrattuale asseritamente garantita dall'art. 16 della Carta di Nizza agli operatori economici. Una concezione della libertà d'impresa e dell'economia di mercato caricaturalmente semplificata come pura licenza di agire senza vincoli (che non siano funzionali alla efficienza allocativa) degli attori economici non è coerente con il quadro normativo dell'Unione come riformato dal Trattato di Lisbona ed appare incompatibile con l'architettura composita della stessa costituzione economica europea, la cui legittimazione sociale continua in definitiva a dipendere dalla capacità di contenere al proprio interno la accentuata varietà dei modelli di capitalismo nazionale⁸.

⁷ Avvocato generale Giuseppe Tesauro, par. 1 delle conclusioni presentate il 27 ottobre 1993 nella causa C-292/92, *Hüntermund*. Ma un avvertimento del tutto analogo era già giunto dall'Avvocato generale Van Gerven nelle conclusioni rese nella causa C-145/88, *Torfaen Borough Council*.

⁸ Sarebbe peraltro paradossale che, dopo *Brexit*, il modello implicitamente assunto a parametro costituzionale dalla Corte di giustizia fosse quello anglosassone della *liberal market economy*, famosamente tipizzato in contrapposizione al modello della *coordinated*

Le conclusioni serviranno ad abbozzare possibili percorsi alternativi di lettura dell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in questa direzione.

2. *Embedded liberalism*

La giurisprudenza del periodo formativo è assai parca di riconoscimenti in tema di libertà di impresa nel mercato comune. La prima sentenza in cui si afferma che l'ordinamento comunitario protegge, sulla base delle tradizioni costituzionali degli Stati membri e delle previsioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il diritto di proprietà e la libertà commerciale delle imprese nel mercato comune è *Nold*⁹, la pronuncia del 1974 generalmente considerata capostipite – insieme a *Internationale Handelsgesellschaft*, del 1970¹⁰ – della stagione della creazione pretoria di un sistema di tutela sovranazionale dei diritti fondamentali da parte della Corte di giustizia¹¹.

Senonché, in quella pronuncia, come pure nella non numerosa giurisprudenza che vi ha dato seguito¹², il riconoscimento della libertà di iniziativa economica privata è accompagnato dalla forte sottolineatura dei limiti che gli Stati membri, e le stesse istituzioni comunitarie,

market economy da P.A. HALL e D. SOSKICE, *An Introduction to Varieties of Capitalism*, in IDD. (eds.), *Varieties of Capitalism. The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford, 2001, pp. 1 ss. Sulla resilienza delle varietà di capitalismo democratico di fronte alle comuni pressioni verso la liberalizzazione dei mercati, congiuntamente esercitate sui paesi dell'Unione dalla globalizzazione e dal processo di integrazione europea, v. più di recente l'importante ricerca comparata di K. THELEN, *Varieties of Liberalization and the New Politics of Social Solidarity*, Cambridge, 2014.

⁹ Causa 4/73.

¹⁰ Causa 11/70.

¹¹ V. per tutti M. KUMM, *Internationale Handelsgesellschaft, Nold and the New Human Rights Paradigm*, in M. POIARES MADURO, L. AZOULAI (eds.), *The Past and the Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford - Portland (Oregon), 2010, pp. 106 ss.

¹² V., anche per i necessari riferimenti giurisprudenziali, la puntuale rassegna di A. USAI, *The Freedom to Conduct a Business in the EU, Its Limitations and Its Role in the European Legal Order: A New Engine for Deeper and Stronger Economic, Social, and Political Integration*, in *German Law Journal*, 2013, vol. 14, n. 9, pp. 1867 ss.

possono stabilire a tutela dell'interesse pubblico di volta in volta perseguito nei rispettivi ambiti di competenza. È in quella sentenza che viene per la prima volta utilizzata la formula – poi consolidatasi nella giurisprudenza successiva – per cui la libertà di iniziativa economica protetta dall'ordinamento comunitario non costituisce un diritto assoluto, potendo subire le limitazioni dettate dall'interesse pubblico in ragione della funzione sociale che ne caratterizza (e al contempo ne limita) il riconoscimento, alla stregua delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri della (allora) Comunità economica europea. Ed in effetti il caso deciso da *Nold* è emblematico della profondità cui potevano legittimamente spingersi tali limitazioni, in particolare nell'impianto pesantemente regolato e dirigistico del mercato comune del carbone istituito dal Trattato CECA del 1951.

L'esigenza, avvertita dalla Corte di giustizia in quella prima occasione, di riconoscere la libertà di iniziativa economica alla luce della funzione sociale da essa svolta nella integrazione del mercato comune va calata nel contesto di quello che si è sopra definito il modello dell'*embedded liberalism*. Il riconoscimento della funzione sociale della libertà d'impresa e del diritto di proprietà – in sintonia con le tradizioni costituzionali dei sei paesi fondatori della CECA e della CEE – è senz'altro coerente con l'assunto di fondo di quel modello, che concepisce la creazione del mercato comune come progetto affidato, sul piano transnazionale, alle libertà economiche garantite dal diritto comunitario, che è al contempo fermamente radicato, a livello nazionale, nelle istituzioni sociali degli Stati membri.

Il riconoscimento della funzione sociale della libertà di iniziativa economica, protetta dall'ordinamento comunitario per il suo stretto collegamento funzionale con la libera circolazione delle merci nel mercato comune, può essere in questo senso letto come una forma di deferenza costituzionale verso le istituzioni sociali degli Stati membri. La funzione sociale riconosciuta dalla Corte di giustizia in *Nold* rispettava, in questa logica, le scelte compiute dalle costituzioni nazionali, adattandovisi, per cui, in Italia, essa ben poteva essere letta in piena sintonia con il limite della utilità sociale stabilito – insieme a quello del rispetto della sicurezza e della dignità umana – dall'art. 41, comma 2, Cost. Ed è sintomatico di questa complementarità – che appunto riflette il compromesso dell'*embedded liberalism* – il fatto che, in Italia, tutto il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul significato del riconoscimento costituzionale della libertà di iniziativa economica privata,

e dei relativi limiti (a cominciare da quello dell'utilità sociale), abbia potuto interamente svolgersi, praticamente sino a tutti gli anni ottanta¹³, dentro il perimetro disegnato dall'art. 41 Cost.¹⁴, e – con pochissime eccezioni – quasi in assenza di riferimenti agli sviluppi normativi e giurisprudenziali comunitari, di cui veniva implicitamente assunta – quando non l'irrelevanza – la sostanziale sintonia con le direttive fornite dalla Costituzione nazionale.

Si è in precedenti occasioni avuto modo di osservare come l'attenzione alle istituzioni sociali conformative del mercato venisse declinata, nei Trattati istitutivi, riconoscendo agli Stati membri piena libertà di azione, in particolare nella sfera delle politiche sociali e del lavoro¹⁵. Ciò spiega la sostanziale assenza di competenze sociali in particolare nel Trattato istitutivo della CEE, sulla scorta delle indicazioni fornite nel rapporto redatto nel 1956 dalla commissione di esperti presieduta da Bertil Ohlin, poi riprese nel rapporto Spaak¹⁶.

Come è stato autorevolmente suggerito, il modello teorico giuseconomico che meglio di altri è in grado di spiegare la filosofia ispiratrice di tale originario assetto di competenze – di questa divisione costituzionale del lavoro tra Comunità e Stati membri, che voleva allocata alla prima la funzione di integrare gradualmente i mercati mentre attribuiva ai secondi il compito di costruire gli istituti della cittadinanza sociale dentro i confini nazionali – è quello offerto dagli ordoliberali tedeschi. Le affinità tra le prescrizioni dell'ordoliberalismo e la costruzione della CEE nel 1957 sono indubbiamente notevoli.

¹³ È sintomatica di questa impostazione la voce di M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, V, Torino, 1990, pp. 373 ss., che – negando l'autonomia del concetto di costituzione economica – ricorda come «il modello di struttura economica disegnato in Costituzione è dunque intimamente legato al sistema costituzionale dei rapporti sociali e politici» (p. 376).

¹⁴ Cfr. tra i molti, a puro titolo indicativo di tale diffuso orientamento, A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, 1971, pp. 582 ss.; F. GALGANO, *Articolo 41*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione – Rapporti economici*, Tomo II, Bologna, 1982, pp. 8 ss.

¹⁵ Sia permesso il rinvio a S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012, pp. 31 ss.

¹⁶ Cfr. P. DAVIES, *The Emergence of European Labour Law*, in W. MCCARTHY (ed.), *Legal Intervention in Industrial Relations. Gains and Losses*, Oxford, 1992, pp. 313 ss.; S. Deakin, *Labour Law as Market Regulation: The Economic Foundations of European Social Policy*, in P. DAVIES, A. LYON-CAEN, S. SCIARRA, S. SIMITIS (eds.), *European Community Labour Law. Principles and Perspectives*, Oxford, 1996, pp. 63 ss.

È anzitutto coerente con quel modello teorico, assai influente in Germania negli anni formativi delle istituzioni comunitarie¹⁷, la *raison d'être* di quella divisione di competenze tra livello comunitario e livello nazionale, con la «scissione della dimensione sociale dalla istituzionalizzazione di un sistema europeo di concorrenza non distorta»¹⁸. Come ha osservato Christian Joerges, «nella impostazione ordoliberal la Comunità acquisiva una propria legittimità (...) come ordinamento rivolto alla garanzia delle libertà economiche ed alla protezione della concorrenza da parte delle istituzioni sovranazionali. Questa legittimazione era indipendente da quella delle istituzioni democratiche degli Stati costituzionali. Nello stesso tempo, essa imponeva dei limiti alla Comunità: le politiche economiche dovevano infatti ritenersi illegittime»¹⁹. La costituzione economica europea non avrebbe infatti potuto estendersi a sfere di azione caratterizzate da una elevata salienza di conflitti distributivi tra i diversi interessi collettivi in gioco, di per sé connotate da una densa discrezionalità politica. Tali sfere di azione non sono infatti riducibili a fattispecie puntualmente definibili e quindi non sono «vincolabili da regole costituzionali basate come tali su criteri giustiziabili»²⁰. Quelle regole – in tale ideale costituzionale – debbono per loro natura riguardare i presupposti del funzionamento del mercato comune (con la istituzionalizzazione delle libertà economiche fondamentali e del principio della concorrenza non distorta), ma non possono toccare la sfera delle politiche economiche e sociali che presuppongono scelte contingenti e discrezionali.

In sintesi, «l'Europa veniva costituita come sistema duale. La sua costituzione economica era apolitica, nel senso che non era soggetta a interventi di natura politica. E questa era la sua ragion d'essere costituzionale-sovrana. La politica sociale era trattata come un ambito categoricamente distinto. Essa costituiva il dominio della discrezionalità politica dei legislatori nazionali e come tale doveva restare

¹⁷ Cfr. C. JOERGES, *A New Alliance of De-legalisation and Legal Formalism? Reflections on Responses to the Social Deficit of the European Integration Project*, in *Law Critique*, 2008, pp. 235 ss.

¹⁸ Ancora C. JOERGES, *What is Left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy*, in *European Law Review*, 2005, pp. 461 ss., qui p. 471.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ E. MESTMÄCKER, *Macht – Recht – Wirtschaftsverfassung*, in «*Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*», n. 137, 1973, pp. 97 ss, qui p. 106.

loro appannaggio. Il radicamento sociale del mercato poteva e doveva essere realizzato dagli Stati membri in forme differenziate – e per un decennio e oltre, questo equilibrio è in effetti apparso stabile»²¹. Per questa stessa ragione, nell'originario assetto costituzionale dei Trattati istitutivi, la politica sociale doveva restare riservata alla sovranità democratica nazionale, anche al fine di assicurare il necessario rispetto dell'autonomia collettiva delle organizzazioni sindacali.

Non è superfluo osservare come questo assetto di rapporti tra regole del mercato e diritti del lavoro nazionali – rispettoso delle varietà delle forme di capitalismo democratico caratterizzanti i diversi paesi membri della Comunità²² – fosse pienamente coerente con un altro classico paradigma interpretativo dell'integrazione europea, non meno influente di quello proposto dagli epigoni dell'ordoliberalismo a cavallo tra gli anni cinquanta e sessanta. Anche nella notissima ricostruzione di Joseph Weiler²³, il «carattere duale» del sistema comunitario implica un necessario equilibrio dinamico tra diritto e politica nella costruzione europea. Anche in quel modello il diritto sovranazionale non avrebbe dovuto, né potuto, invadere la sfera riservata al processo politico (intergovernativo), sede elettiva del compromesso tra le diverse costellazioni nazionali di capitalismo democratico. Ed è proprio l'equilibrio tra struttura giuridica e processo politico del sistema comunitario a scongiurare – almeno sino alla metà degli anni ottanta²⁴ – sia una *deficit* democratico, che un *deficit* sociale delle Comunità europee²⁵.

²¹ C. JOERGES, *What is Left of the European Economic Constitution?*, cit., p. 471. In termini analoghi, F.W. SCHARPF, *The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity*, in «Journal of Common Market Studies», 2002, pp. 645 ss., parla di *de-coupling* tra sfera sovranazionale del mercato e sfera nazionale delle politiche sociali.

²² Per questo D. ASHIAGBOR, *Unravelling the Embedded Liberal Bargain*, cit., p. 305, parla, giustamente, di «*varieties of embeddedness*».

²³ J.H.H. WEILER, *The Community System: The Dual Character of Supranationalism*, in *Yearbook of European Law*, 1981, n. 1, pp. 257 ss.

²⁴ V. ancora J.H.H. WEILER, *Il sistema comunitario europeo*, Bologna, 1985.

²⁵ Altrove abbiamo avuto modo di notare come, con paradosso solo apparente, la questione del *deficit* sociale comunitario si sia effettivamente affacciata solo dopo che, con all'Atto unico europeo del 1986, fu introdotta nel Trattato di Roma una prima base giuridica autonoma – ancorché circoscritta alle materie della tutela della sicurezza dei lavoratori nell'ambiente di lavoro – per la realizzazione di politiche sociali di armonizzazione. In realtà, quando nei primi anni settanta si avvertì l'esigenza di un'Europa dal «volto umano» e fu varato il primo programma di azione sociale della Comunità, quel *deficit* non si era

Anche la teoria della Comunità come nuovo tipo di pubblico potere regolatore – formulata da Giandomenico Majone – contribuisce, infine, a razionalizzare la coerenza complessiva di questo assetto, spiegando in particolare l'estensione delle competenze comunitarie avviata dall'Atto unico europeo verso ambiti di regolazione sociale funzionali al rilancio del progetto integrativo in vista della realizzazione del mercato unico senza frontiere interne²⁶. Anche in quel modello, infatti, la legittimazione non-maggioritaria di tipo tecnico, che è propria dello Stato regolatore anche nell'esperienza del federalismo nordamericano, delimita gli spazi della regolazione sociale agli ambiti nei quali occorre prevenire o correggere fallimenti del mercato, mentre impedisce di estendere una siffatta competenza funzionale alla sfera della politica sociale, ovvero delle scelte redistributive che si legittimano in base a principi di giustizia materiale aperti come tali alla contesa tra i diversi attori politici e sociali operanti nello spazio pubblico nazionale²⁷. E larga parte del diritto del lavoro ha direttamente a che fare proprio con questo tipo di scelte distributive, con la conseguenza che il livello appropriato di intervento è – ancora una volta – quello dello Stato sociale nazionale, essendo quella l'arena in cui si svolge il conflitto collettivo ed ha luogo la competizione democratica tra le forze politiche.

In definitiva, qualunque modello euristico o interpretativo si adotti, sembra evidente che in quello che si è chiamato il compromesso originario dell'*embedded liberalism* la domanda su quale fosse lo spazio

ancora manifestato nei termini in cui sarebbe stato tematizzato a partire dal decennio successivo. Il carattere duale del sistema comunitario, nella ricostruzione weileriana, o il *decoupling* tra economico e sociale, nella prospettiva ordoliberal, assicuravano la legittimazione del processo integrativo «attraverso il diritto», senza *deficit* di tipo democratico o sociale. Cfr. S. GIUBBONI, *I diritti sociali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: paradossi, rischi, opportunità*, in C. SALVI (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012, pp. 95 ss.

²⁶ Cfr. G. MAJONE, *The European Community between Social Policy and Social Regulation*, in *Journal of Common Market Studies*, 1993, pp. 153 ss.; ID., *Regulating Europe*, London, 1996.

²⁷ Per un recente riesame, seppure nell'ambito di una valutazione assai problematica delle progressive crisi di legittimazione dell'Unione determinata dalla corrosione della congruenza funzionale di tale modello nella nuova *governance* economica europea, v. G. MAJONE, *Europe as the Would-be Power. The EU at Fifty*, Cambridge, 2009, 128 ss.; ID., *Rethinking the Union of Europe Post-Crisis. Has European Integration Gone Too Far?*, Cambridge, 2014, pp. 149 ss.

del diritto del lavoro in una economia di libero mercato non potesse essere legittimamente rivolta alla Corte di giustizia, essendo riservata – per la natura intrinsecamente politica delle questioni poste dal conflitto distributivo tra capitale e lavoro nelle diverse costellazioni nazionali di capitalismo – agli attori (politici, collettivi, istituzionali) delle arene democratiche nazionali. Ciò che spiega anche perché, storicamente, una questione del genere non si sia in effetti in alcun modo posta, tantomeno nei termini in cui l’ha formulata l’Avvocato generale Wahl nelle sue conclusioni e l’ha poi risolta la Corte di giustizia in *AGET Iraklis*, per tutti i lunghi anni in cui quel modello ha conformato le concrete dinamiche dell’integrazione europea.

3. Conflitti teorici e convergenze pratiche

Il quadro descritto sin qui muta rapidamente a partire dalla metà degli anni ottanta. Lo spartiacque può essere convenzionalmente fissato nell’entrata in vigore dell’Atto unico europeo, ma è evidente che i fattori di mutamento sono molteplici e ben più profondi²⁸, affondando le loro radici in un riorientamento complessivo del processo di integrazione verso la liberalizzazione del mercato interno e l’abbattimento degli ostacoli regolativi alla libertà di movimento dei fattori produttivi, che era già stato largamente anticipato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sulla libera circolazione delle merci con i *grands arrêts Dassonville* e *Cassis de Dijon*²⁹.

In questa sede preme mettere a fuoco unicamente l’elemento di mutamento che appare più significativo nell’ottica della nostra analisi. Esso va individuato nella trasformazione del rapporto tra regole del mercato interno e diritti del lavoro nazionale, con la progressiva perdita di autonomia dei sistemi nazionali rispetto ai dettami della nuova razionalità economica codificata dal principio del mutuo riconsoci-

²⁸ V. ora lo splendido affresco storico di P. THER, *Europe Since 1989. A History*, Princeton - Oxford, 2016 (ma il titolo originale in tedesco è più evocativo: *Die neue Ordnung auf dem alten Kontinent: eine Geschichte des neoliberalen Europa*, Berlin, 2014).

²⁹ Si tratta delle celebri sentenze pronunziate dalla Corte di giustizia rispettivamente nella cause 8/74 e 120/78. Sul significato costituzionale di questa giurisprudenza, nella vastissima letteratura, v. principalmente M. POIARES MADURO, *We, the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, 1999.

mento e dal divieto di ostacoli non discriminatori alla libera circolazione dei fattori produttivi³⁰, in una logica di sempre più accentuata concorrenza tra ordinamenti nello spazio economico comune³¹. Se nell'originario equilibrio congegnato dai Trattati istitutivi integrazione economica e politica sociale appartengono a due sfere autonome, ancorché complementari, nella nuova costituzione del mercato unico senza barriere interne anche i sistemi di diritto del lavoro – in quanto regimi regolativi che limitano l'accesso al mercato – vengono progressivamente assoggettati ad un controllo di proporzionalità che tende programmaticamente a privilegiare gli ordinamenti nazionali che garantiscono una maggiore efficienza allocativa.

Osservato in prospettiva storica, questo *rencontre* tra regole del mercato (interno) e diritto del lavoro (nazionale) è fenomeno che deve peraltro apparirci persino inevitabile. Ci ricorda della costitutiva ambivalenza del diritto del lavoro come «tecnica reversibile» di regolazione del conflitto distributivo tra capitale e lavoro³². Nella classica lezione di Gérard Lyon-Caen il diritto del lavoro è prima di tutto diritto dell'economia capitalistica, assolvendo il compito fondamentale di costituire la relazione di subordinazione giuridica, e quindi di sfruttamento della forza-lavoro, all'interno di un contratto tra soggetti formalmente liberi e uguali³³. La funzione antagonistica – di emancipazione del lavoratore – che è propria del diritto del lavoro si innesta dialetticamente nel vincolo di subordinazione senza per ciò stesso metterlo in discussione, in una logica compromissoria incessantemente esposta alle variabili condizioni dei rapporti di forza in gioco e per questo destinata a produrre esiti sempre reversibili³⁴. Il diritto del la-

³⁰ Colgono bene tale aspetto P. SYRPIS e T. NOVITZ, *The EU Internal Market and Domestic Labour Law: Looking beyond Autonomy*, in A. BOGG, C. COSTELLO, A.C.L. DAVIES, J. PRASSL (eds.), *The Autonomy of Labour Law*, Oxford - Portland (Oregon), 2015, pp. 291 ss.

³¹ Cfr. per tutti A. SUPLOT, *Le droit du travail bradé sur le «marché de normes»*, in *Droit social*, 2005, pp. 1087 ss.; ID., *Law and Labour*, in *New Left Review*, 2006, n. 39, pp. 109 ss.

³² G. LYON-CAEN, *Le droit du travail. Une technique réversible*, Paris, 1995.

³³ Cfr. anche A. SUPLOT, *The Dogmatic Foundations of the Market*, in *Industrial Law Journal*, 2000, pp. 321 ss., spec. p. 323.

³⁴ Si veda G. LYON-CAEN, *Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée*, in *Droit ouvrier*, 2004, pp. 49 ss., dove il grande giuslavorista francese riprende lo studio giovanile del 1950 nel quale aveva fornito questa celebre definizione del diritto del lavoro: «Le Droit du travail est l'ensemble des règles qui régissent: 1. L'exploitation du travail humain en régime capitaliste; 2. Les instruments de la lutte ouvrière contre cette exploitation; 3. Les résultats de cette lutte, c'est-à-dire les modifications incessantes subies par le

voro è dunque inseparabile dalla regolazione del mercato semplicemente perché ne è uno degli elementi costitutivi.

L'elemento di novità va allora cercato altrove, e precisamente nella strutturale asimmetria normativa in cui è ora destinato a riprodursi questo confronto dialettico tra regole del mercato e funzione protettivo/emancipativa del diritto del lavoro³⁵. Mentre assicura alle regole del mercato – e in particolare alle libertà economiche fondamentali – una forza di integrazione negativa sublimata dalla *primauté* sovranazionale, il diritto dell'Unione europea è, infatti, strutturalmente inidoneo – salvo che per talune aree di quella che Majone chiama regolazione sociale – a fornire misure compensative di tipo protettivo, che ripristinino allo stesso livello europeo l'autonomia perduta dal diritto del lavoro all'interno dei confini degli ordinamenti nazionali. L'asimmetria costituzionale tra integrazione negativa e positiva non è stata del resto corretta, se non marginalmente, nemmeno dalla estensione delle competenze legislative dell'Unione in materia di politiche sociali, avviata dall'Atto unico europeo e completata dal Trattato di Lisbona, visto che il rafforzamento delle basi giuridiche dei Trattati istitutivi – ritenuto per lungo tempo il rimedio più efficace per curare il *deficit* sociale comunitario – ha storicamente coinciso con il grande allargamento dell'Unione, con l'ingresso nel mercato interno di paesi affacciatisi recentemente al capitalismo. L'esplosione della eterogeneità dei modelli di capitalismo nazionale, dovuta in particolare all'ingresso dei paesi dell'*ex* blocco comunista, convertitisi a tappe forzate all'economia di mercato con debolissimi sistemi di relazioni industriali, ha di fatto reso impossibile qualunque ipotesi di fissazione di *standard* protettivi minimi a livello dell'Unione, accelerando la cri-

régime d'exploitation lui-même). Sull'attualità di questa lezione v. gli atti del convegno internazionale dedicato a Gérard Lyon-Caen all'indomani della sua scomparsa: *Le droit du travail confronté à l'économie*, Paris, 2005 (ed. ivi, in particolare, i contributi di U. ROMAGNOLI, *Libres propos sur le rapports entre économie et droit du travail*, pp. 7 ss.; A. JEAMMAUD, *Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement*, pp. 15 ss.; A. LYON-CAEN, *À propos de l'adjectif «économique» dans la langue du droit*, pp. 137 ss.; S. SIMITIS, *Un débat international*, pp. 145 ss). V. infine, per una recente rielaborazione, H. ARTHURS, *Labor Law as the Law of Economic Subordination and Resistance: A Thought Experiment*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2013, vol. 34, pp. 585 ss.

³⁵ Cfr. più di recente l'importante riflessione storico-critica di R. DUKES, *The Labour Constitution. The Enduring Idea of Labour Law*, Oxford, 2014.

si peraltro già conclamata al famoso vertice di Lisbona del 2000 del modello dell'armonizzazione sociale mediante direttive. E la crisi multipla che ha investito l'Unione dopo il 2008 ha accentuato questa eterogeneità, innescando traiettorie di divergenza tra i livelli di competitività e di sviluppo dei sistemi economici nazionali che acquisiscono divisioni vecchie e ne producono di nuove (dentro e fuori l'Eurozona, tra paesi dell'Ovest e dell'Est, del Nord e del Sud, tra Stati creditori e debitori, tra paesi in *surplus* commerciale o in *deficit* nella bilancia dei pagamenti, e così via)³⁶.

Tuttavia, per tornare all'oggetto specifico di questa indagine, è innegabile che almeno in una prima fase, che in pratica giunge sino alla svolta operata con il quartetto aperto dalle sentenze *Viking* e *Laval*, la Corte abbia fatto un uso accorto della panoplia di strategie argomentative consentite dall'abbondanza di riferimenti a principi, valori e obiettivi di natura latamente sociale, consolidati nel diritto primario dell'Unione già dal Trattato di Amsterdam, per temperare ed invero in larga misura per sterilizzare l'effetto de-regolativo potenzialmente prodotto dalla eccedenza strutturale delle forme di integrazione negativa sui sistemi nazionali di diritto del lavoro. Con una metafora già utilizzata in passato³⁷, si potrebbe dire che la Corte di giustizia – almeno in questa fase – abbia scongiurato il conflitto teorico (e il rischio di collisione costituzionale), insiti potenzialmente nell'asimmetria tra integrazione negativa e positiva, recuperando spazi di autonomia dei sistemi nazionali di diritto del lavoro attraverso sapienti tecniche di bilanciamento, volte a ristabilire una convergenza pratica tra le istanze del mercato interno e quelle della salvaguardia dei regimi di protezione sociale degli Stati membri.

Come è stato persuasivamente osservato³⁸:

³⁶ Basti richiamare al riguardo la lucidissima analisi di F. SCHARPF, *After the Crash: A Perspective on Multilevel European Democracy*, in *European Law Journal*, 2015, pp. 384 ss. Per un acuto sguardo dalla «periferia» esteuropea v. D. KUKOVEC, *Law and the Periphery*, in *European Law Journal*, 2015, pp. 406 ss. Per l'esperienza greca v. infine la testimonianza di Y. VAROUFAKIS, *And the Weak Suffer What They Must? Europe, Austerity and the Threat to Global Stability*, London, 2016.

³⁷ Cfr. S. GIUBBONI, *Social Insurance Monopolies in Community Competition Law and the Italian Constitution: Practical Convergences and Theoretical Conflicts*, in *European Law Journal*, 2001, pp. 69 ss.

³⁸ L. NIGLIA, *Eclipse of the Constitution (Europe Nouveau Siècle)*, in *European Law Journal*, 2016, pp. 132 ss., qui p. 134.

«Over the second half of the last century, just up to some ten years ago when the first decision of the quartet was rendered, the main thread of the case law of the Court of Justice of the European Union consisted of making free movement and undistorted competition effective so that protectionism was ruled out from the internal market, while, at the same time, respecting (or encroaching as little as possible upon) national social policies. The CJEU tended to protect individual rights (economic freedoms) in key domains (free movement and competition law) of market integration, considering them to outweigh any conflicting collective (including governmental) interests – while, conversely, exercising caution in implementing any such individual rights whenever that would have entailed the sacrifice of a specific set of collective (including governmental) interests, those involving the regulation of social policy, which were considered to be, comparatively speaking, of greater importance than the EU rights (qua economic freedoms)».

Ciò è stato possibile – grazie ad un atteggiamento di prudente *self-restraint* della Corte di giustizia – aprendo il diritto europeo della concorrenza e del mercato alla considerazione di una articolata serie di interessi pubblici non economici, quali in particolare quelli tradizionalmente protetti dai sistemi nazionali di diritto del lavoro e della sicurezza sociale, facendo appunto buon uso della serie di canali di ricezione messi a disposizione dal diritto dell'Unione³⁹.

Non è questa la sede per analizzare in dettaglio le diverse tecniche di bilanciamento di cui la Corte ha fatto uso in passato in tali accorti esercizi di *self-restraint*, che potremmo chiamare di deferenza selettiva e controllata nei confronti dei regimi protettivi nazionali di diritto del lavoro assoggettati al vaglio di compatibilità con le regole del mercato interno (libertà economiche fondamentali e norme di concorrenza)⁴⁰. È però necessario fornire qualche esempio dell'atteggiamento di vigilata deferenza nei confronti di quelli che con terminologia rawlsiana potremmo definire i *constitutional essentials*

³⁹ Cfr. S. WEATHERILL, *Viking and Laval: The Internal Market Perspective*, in M. FREEDLAND, J. PRASSL (eds.), *Viking, Laval and Beyond*, cit., pp. 23 ss.

⁴⁰ Possiamo rinviare alla esaustiva rassegna di V. Kosta, *Fundamental Rights in EU Internal Market Legislation*, Oxford - Portland (Oregon), 2015.

dei sistemi nazionali di diritto del lavoro, mostrato in questa fase dai giudici di Lussemburgo.

Rush Portuguesa offre in tal senso un esempio paradigmatico⁴¹. La sentenza segna infatti un punto di svolta nel processo di superamento della scissione originaria tra sfera della integrazione mercantile e sfera della integrazione sociale, in quanto abbatte il diaframma che separava il diritto del lavoro nazionale dalle regole del mercato interno in un'area cruciale, qual è quella governata dalla libera circolazione dei servizi. La fattispecie del distacco temporaneo di manodopera – tradizionalmente inquadrata come forma di libertà di circolazione dei lavoratori, e come tale assoggettata al principio di parità di trattamento in base alla legislazione del lavoro dello Stato membro ospitante – in tale sentenza viene infatti per la prima volta riqualificata dalla Corte come una manifestazione della libertà di prestazione dei servizi e, quindi, come una forma di esercizio della libertà fondamentale dell'impresa datrice di lavoro.

Antoine Lyon-Caen ha efficacemente descritto questo passaggio osservando come, in virtù di esso, la circolazione transfrontaliera del lavoratore nell'ambito di una prestazione di servizi sia stata riqualificata *sub specie* di mobilità «all'interno dell'impiego», laddove nella impostazione sino ad allora vigente anche tale ipotesi avrebbe dovuto essere considerata come una forma di libertà di movimento del lavoratore implicante l'ingresso (seppur temporaneo) nel mercato del lavoro del paese ospitante (e, dunque, come una forma di «mobilità verso l'impiego» nello Stato membro di destinazione)⁴². Tale passaggio sposta la linea di confine tra libertà di circolazione dei lavoratori e libera prestazione di servizi ad evidente vantaggio dell'impresa che opera il distacco, nell'ampio senso in cui tale fattispecie è definita dall'ordinamento dell'Unione, giacché comporta in linea di principio l'assoggettamento del rapporto con il lavoratore distaccato al diritto del lavoro del paese di origine e non più di quello dello Stato membro di destinazione. Entra quindi in crisi – potenzialmente – il principio di territorialità del diritto del lavoro nazionale, visto che, almeno nelle

⁴¹ Corte di giustizia, causa C-113/89, *Rush Portuguesa c. Official National d'Immigration*.

⁴² Cfr. A. LYON-CAEN, *Le droit, la mobilité et les relations du travail: quelques perspectives*, in *Revue du Marché Commun*, 1991, pp. 108 ss.

ipotesi di mobilità temporanea in regime di distacco, diventa tendenzialmente applicabile la normativa del paese d'origine nel quale è stabilita l'impresa distaccante, che potrà così legittimamente sfruttare il vantaggio competitivo derivante dal minor costo del lavoro in ipotesi sopportato in tale paese⁴³.

Senonché, mentre opera questa incisiva riconfigurazione del rapporto tra regole del mercato interno e diritto del lavoro nazionale, la Corte di giustizia, in *Rush Portuguesa*, è anche attenta a neutralizzare il potenziale de-regolativo di questa innovativa scelta interpretativa, riconoscendo agli Stati membri la facoltà di imporre l'applicazione della propria legislazione, e della stessa contrattazione collettiva, al fine di assicurare una adeguata protezione ai lavoratori distaccati, in tal modo sostanzialmente preservando la pressoché piena autonomia regolativa dei paesi di destinazione della prestazione. In un celebre *obiter dictum*, la Corte, infatti, «in seguito alle preoccupazioni manifestate al riguardo dal governo francese», chiarisce «che il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano l'applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio, indipendentemente dal paese in cui è stabilito il datore di lavoro»⁴⁴.

Un altro caso esemplare di apertura dei sistemi di diritto del lavoro alle regole del mercato, capace al contempo di preservare i *constitutional essentials* di quei sistemi e in particolare l'autonomia sociale delle organizzazioni sindacali, è offerto dalla non meno nota sentenza *Albany International*⁴⁵. Anche questo è, infatti, un caso paradigmatico della nuova tendenza del diritto sovranazionale del mercato a infiltrarsi nel corpo vivo del diritto del lavoro nazionale: tra le questioni rivolte alla Corte di giustizia in via pregiudiziale spiccava invero quella relativa alla contestata compatibilità con le regole comunitarie di concorrenza del meccanismo estensivo degli effetti di un contratto collettivo istitutivo di un fondo pensionistico complementare di settore, frutto della libera negoziazione delle parti sociali. Nelle conclusioni

⁴³ V. per tutti S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Bologna, 2007, pp. 85 ss.

⁴⁴ Punto 18 della sentenza.

⁴⁵ Corte di giustizia, causa C-67/96, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfond*s.

presentate dall'Avvocato generale Jacobs, quasi un saggio di diritto comparato, la consapevolezza del rilievo eminentemente costituzionale della questione sottoposta alla Corte di giustizia trovava un'articolata espressione nei raffinati richiami al dibattito svoltosi davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti agli inizi del Novecento.

La Corte – seguendo i suggerimenti dell'Avvocato generale – ritagliò un'ampia sfera di immunità dalle regole di concorrenza in favore dell'autonomia collettiva del sindacato, pur avendo cura di precisare che ciò non avrebbe tuttavia di per sé escluso il fondo pensionistico – quale soggetto giuridico operante secondo il criterio assicurativo della capitalizzazione – dal divieto di abusare della propria posizione dominante sul mercato comune. Da un lato, la Corte di giustizia ha così preservato un'ampia area di rispetto dell'autonomia collettiva: una sfera di azione sindacale libera dai vincoli derivanti dai principi sulla libertà di concorrenza nel mercato interno in quanto diretta a proteggere essenziali interessi sociali dei lavoratori. D'altro, pur qualificando il fondo pensione come impresa operante nel mercato assicurativo e come tale assoggettata in linea di principio alle regole di concorrenza, la Corte ha escluso, tuttavia, la configurabilità di un abuso di posizione dominante in ragione della missione di interesse generale affidata alla forma pensionistica complementare e della natura solidaristica dei congegni redistributivi a tal fine utilizzati⁴⁶.

Servendosi di apparati argomentativi diversi, adattati alle specificità degli ambiti tecnico-giuridici di volta in volta rilievo, la Corte, nella sua giurisprudenza degli anni novanta, ha così saputo individuare un punto di equilibrio tra le opposte esigenze in gioco, perché da un lato ha aperto i sistemi nazionali di diritto del lavoro alla logica del confronto diretto con l'integrazione economica, impedendo che essi potessero essere usati come strumenti protezionistici di compartimentazione del mercato, e dall'altro ha preservato l'autonomia degli Stati membri e delle parti sociali nel fissare i livelli di protezione ritenuti più congeniali alle rispettive costellazioni di capitalismo democratico, fornendo nello stesso tempo stimoli importanti alla modernizzazione

⁴⁶ Cfr. D. SCHIEK, *Economic and Social Constitution*, cit., pp. 109 ss.; W. SAUTER, H. SCHEPEL, *State and Market in European Union Law*, Cambridge, 2009, pp. 85 ss.

di tali sistemi⁴⁷; in un bilanciamento pragmatico che ha, per l'appunto, scongiurato conflitti teorici tra valori costituzionali potenzialmente collidenti, individuando utili convergenze pratiche nelle concrete modalità di attuazione dei medesimi⁴⁸.

4. Neoliberalism

Viking e *Laval* inaugurano la stagione del dominante dogmatismo neoliberista della Corte di giustizia. Benché se ne siano proposte analisi tendenti a mettere in rilievo la positiva attenzione della Corte ai complessivi equilibri economici post-allargamento, in qualche modo a garanzia del *trade-off* tra costi (di recepimento dell'*acquis communautaire*) e opportunità (di sfruttamento del vantaggio competitivo dovuto al minor costo del lavoro) per i nuovi membri dell'Est⁴⁹, quelle sen-

⁴⁷ Si pensi, per fare un esempio significativo, alla riforma dei servizi per l'impiego, con il superamento del vetusto e inefficiente monopolio pubblico del collocamento della manodopera. Cfr. S. SCIARRA, *Diritto del lavoro e regole della concorrenza in alcuni casi esemplari della Corte di giustizia europea*, in *Diritto del Mercato del Lavoro*, 2000, n. 3, pp. 587 ss.; S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: conflitto o concorso?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2004, n. 1, pp. 71 ss.

⁴⁸ In senso analogo L. NIGLIA, *Eclipse of the Constitution*, cit., p. 136, che definisce l'approccio seguito nel corso degli anni novanta dalla Corte di giustizia come «*undisclosed balancing*»:

«*Undisclosed balancing tended to correspond to what in constitutional theory is generally referred to as definitional balancing. Some rights have been considered to outweigh other rights but European standards have prevailed over national standards only in relation to certain rights, not all of them. Thus, national protectionism was first tamed then defeated through the disciplinary enforcement of free movement and competition rights (making of European constitutional standards the yardstick of validity of national norms) whilst the socio-economic rights of workers as nationally organised were largely left untouched as islands in the EU constitutional ocean, having been sheltered from the European constitutional disciplining force of free movement and of competition policy (so in that regard national standards still prevailed over supra-national ones)*».

⁴⁹ Cfr. N. REICH, *Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union – The Laval and Viking Cases before the European Court of Justice*, in *German Law Journal*, 2008, n. 9, pp. 125 ss.; H.W. MICKLITZ, *Social Justice and Access Justice in Private Law, EUI Working Papers – Law 2011/02*, European University Institute - Department of Law.

tenze⁵⁰ – secondo la lettura di gran lunga prevalente⁵¹ – segnano, quantomeno sul piano delle tecniche interpretative, una indubbia discontinuità rispetto ai modelli sin qui esaminati. La revisione ideologica della costruzione del rapporto tra mercato interno e diritto del lavoro appare invero evidente. E l'ingresso sulla scena – che poteva apparire quasi provocatorio in *Alemo-Herron*⁵², e che si fa ora più meditato e per questo più consapevole in *AGET Iraklis* – della libertà contrattuale dell'imprenditore come diritto fondamentale protetto dall'art. 16 della Carta di Nizza completa, ora, il *restyling* in chiave schiettamente neoliberale delle dottrine del mercato interno avviato dal più celebre quartetto.

Il precipitato finale di questa revisione va individuato nel completo rovesciamento del rapporto tra regole del mercato interno e diritti del lavoro nazionali, «*which structurally subordinates social policies to*

⁵⁰ Quanto si osserva nel testo vale, naturalmente, anche per la nota giurisprudenza successiva sulla direttiva 96/71, relativa al distacco di lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, come anche per altre importanti pronunce sul rapporto tra diritto del lavoro e mercato interno, che vi hanno fatto seguito in questi ultimi anni (si pensi, in particolare, alla causa C-271/08, *Commissione c. Germania*, ed alla causa C-549/13, *Bundesdruckerei*). Un eccellente quadro d'insieme di questa giurisprudenza si trova in G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Milano, 2013.

⁵¹ Trattandosi delle sentenze forse più commentate di quest'ultimo decennio, sarebbe del tutto pretenzioso, oltre che inutile, fornire indicazioni bibliografiche che aspirino anche solo alla parvenza della completezza; ad ogni buon conto, alcuni dei riferimenti più significativi sono già stati forniti sopra ed altri se ne aggiungeranno nelle note in appresso. Rappresenta, comunque, con particolare efficacia il tono prevalente tra i commentatori E. CHRISTODOULIDIS, *The European Court of Justice and the «Total Market» Thinking*, in *German Law Journal*, 2013, n. 10, pp. 2005 ss.

⁵² Causa C-426/11, *Mark Alemo-Herron e altri c. Parkwood Leisure Ltd*, sulla quale ci soffermeremo diffusamente più avanti. Tale è apparsa l'eccentricità quasi provocatoria di quella decisione della Corte, che un autorevole commentatore, solitamente assai pacato nei toni, ha potuto iniziare così la propria nota di commento: «*On occasion a decision of the Court of Justice of the European Union is so downright odd that it deserves to be locked into a secure container, plunged into the icy waters of a deep lake and forgotten about*» (S. WEATHERILL, *Use and Abuse of the EU's Charter of Fundamental Rights: On the Improper Veneration of Freedom of Contract*, in *European Review of Contract Law*, 2014, p. 167). *AGET Iraklis* dimostra, però, come una decisione all'apparenza così sfacciatamente ideologica «non potesse essere semplicemente consegnata all'oblio» (*ibid.*), come saggiamente auspicato da Weatherill e da altri commentatori (v. sulla stessa linea, tra gli altri, J. PRASSL, *Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfer of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law*, in *Industrial Law Journal*, 2013, pp. 434 ss.).

the economic power of market actors»⁵³. La garanzia costituzionale-sovrannazionale assicurata alla libertà d'impresa transnazionale si salda con il nuovo diritto europeo della crisi (dal *Six Pack* al Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* dell'Unione economica e monetaria, sino alla istituzionalizzazione del Semestre europeo), in una nuova forma di «protezione costituzionale del capitalismo»⁵⁴, che assoggetta tendenzialmente qualunque politica pubblica – ed anzi tutto le norme nazionali di diritto del lavoro – ad un controllo di compatibilità con la logica del mercato: «una specie di autonomia dell'economico che si rivale finalmente sull'autonomia del politico, di origine europea»⁵⁵, grazie ad una espansione in ogni dominio della priorità del punto di vista dell'individualismo contrattuale⁵⁶.

In questa logica, la coesistente funzione protettivo-emancipativa assoluta dal diritto del lavoro perde, nell'impianto costituzionale dell'Unione, la propria autonoma legittimazione originaria, e in tanto ritrova uno spazio di legittimità, in quanto – nel confronto sistematico con le regole del mercato interno e con la libertà contrattuale delle imprese che vi operano – supera il controllo «ragionevolezza» (di necessità, adeguatezza, proporzionalità), che l'impiego innovativo dell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali consente ora di riferire ad ogni situazione – anche puramente «interna», come in *Alemo-Herron* – in cui sia applicabile il diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 51 della stessa Carta nel lasco senso fatto proprio dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁵⁷. Il che implica che quanto maggiore è il grado di protezione garantito dalle norme domestiche di diritto del lavoro (e dunque quanto maggiore è la compressione della libertà contrattuale dell'imprenditore che esse determinano), tanto maggiore sarà la pressione giustificativa incombente sugli ordinamenti nazionali, ovvero l'onere di giustificare tali regole (in termini di adeguatez-

⁵³ F. DE WITTE, *Justice in the EU. The Emergence of Transnational Solidarity*, Oxford, 2015, p. 38.

⁵⁴ Per evocare l'importante lavoro di D. NICOL, *The Constitutional Protection of Capitalism*, Oxford, 2010.

⁵⁵ P. PERULLI, *Il dio Contratto. Origine e istituzione della società contemporanea*, Torino, 2012, p. 84.

⁵⁶ Ivi, pp. 27 e 30.

⁵⁷ Cfr. di recente M. DOUGAN, *Judicial Review of Member State Action Under the General Principles and the Charter: Defining the Scope of Union Law*, in *Common Market Law Review*, 2015, pp. 1210 ss.

za/proporzionalità) che grava (a seconda di quale sia la fonte regolativa) su Stati membri e sindacati.

I pilastri concettuali di questa nuova dottrina sono senz'altro gettati dalla giurisprudenza *Viking* e *Laval*. Tralasciando dettagli tecnici che appaiono superflui in questa sede, gli elementi fondamentali di questa concezione possono essere così sintetizzati.

Il primo aspetto è la definitiva consacrazione delle libertà economiche (di stabilimento e di prestazione dei servizi) a diritti fondamentali⁵⁸, che porta a compimento una sovrapposizione concettuale tra i due termini che si era già fatta strada nella giurisprudenza della Corte, senza peraltro arrivare al punto di chiarezza in cui giunge con *Viking* e *Laval*⁵⁹. Specularmente, e con ovvio capovolgimento della prospettiva che è storicamente propria (anche) dell'ordinamento costituzionale italiano, i diritti collettivi fondamentali dei lavoratori (sciopero e contrattazione collettiva) vengono convertiti in poteri privati tendenzialmente oppressivi di quelle libertà, in quanto ostruttivi dell'accesso al mercato interno. E mentre i diritti devono essere garantiti, quantomeno nel loro contenuto essenziale, i poteri devono essere, per contro, corrispondentemente limitati. Come ha puntualmente osservato Azoulai, «*Recognition of the right to strike implies, in principle, conferring on collective action a certain judicial immunity. On the contrary, powers implies control. And it involves the responsibility to take account of the interests of the undertakings and those of workers from other Member States*»⁶⁰.

Questa inversione della tradizionale prospettiva costituzionale è resa possibile da (e comunque è logicamente collegata ad) un secondo passaggio concettuale – anche esso molto innovativo rispetto alle dot-

⁵⁸ Come rileva E. CHRISTODOULIDIS, *The European Court of Justice and the «Total Market» Thinking*, cit., p. 2006, «*the neoliberal move (...) collapses the competition – between rights and freedoms – and (...) smoothes over their friction by elevating market access as underlying premise, underwriting and providing the measure of the ‘reconciliation’ of social rights and economic freedoms on a common register*».

⁵⁹ Cfr. per tutti V. TRSTENJAK, E. BEYSEN, *The Growing Overlap of Fundamental Freedoms and Fundamental Rights in the Case Law of the CJEU*, in *European Law Review*, 2013, pp. 293 ss.; F. DE CECCO, *Fundamental Freedoms, Fundamental Rights, and the Scope of Free Movement Law*, in *German Law Journal*, 2014, vol. 15, n. 3, pp. 383 ss.

⁶⁰ L. AZOULAI, *The Court of Justice and the Social Market Economy: The Emergence of an Ideal and the Conditions for Its Realization*, in *Common Market Law Review*, 2008, pp. 1335 ss., qui p. 1345.

trine tradizionali del mercato interno – della giurisprudenza *Viking* e *Laval*. Nella tradizionale lettura dei Trattati, le libertà economiche fondamentali – con la significativa eccezione di quella riconosciuta a garanzia della libera circolazione dei lavoratori nel mercato comune⁶¹ – non sono state infatti ritenute applicabili orizzontalmente nei rapporti interpretati. *Viking* e *Laval*, assimilando (impropriamente) l'effetto restrittivo dell'accesso al mercato prodotto dall'esercizio del diritto di sciopero a quello che deriva dalla applicazione di fonti collettive dotate di efficacia generale⁶², supera quella interpretazione, per rendere direttamente applicabile la libertà economica nel rapporto (conflittuale) tra impresa e lavoratori collettivamente organizzati. L'invocabilità della libertà economica fondamentale contro l'azione di sciopero altera, tuttavia, il gioco del conflitto collettivo a tutto vantaggio dell'impresa transnazionale, in quanto costringe il sindacato a farsi carico, nella variabile misura imposta dal principio di proporzionalità, dell'interesse del datore di lavoro – protetto dall'ordinamento dell'Unione – a sfruttare le opportunità offerte dal mercato interno (ad esempio delocalizzando l'attività produttiva, o più semplicemente trasferendo la sede legale presso «giurisdizioni» più vantaggiose in termini di minor costo del lavoro, oppure utilizzando lo strumento del distacco di manodopera in direzione inversa).

⁶¹ Quella eccezione – espressamente prevista già dal regolamento n. 1612/1968 (oggi ripreso dal regolamento n. 492/2011, in particolare all'art. 7, par. 4) – si spiega in ragione del fatto che è necessaria per garantire ai lavoratori migranti la piena parità di trattamento nel mercato del lavoro del paese ospitante, la quale sarebbe evidentemente frustrata dalla possibilità che atti di autonomia privata (anche collettiva) possano introdurre trattamenti (anche indirettamente) discriminatori a loro sfavore. Si tratta dunque di una eccezione solo apparente, nella costruzione originaria del diritto del mercato comune, visto che è funzionale alla piena garanzia, in favore dei lavoratori migranti, di tutti i diritti (indifferentemente di fonte legale, regolamentare o collettiva) riconosciuti dall'ordinamento giuridico del paese ospitante ai «propri» lavoratori. Sia permesso il rinvio a S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori*, cit., pp. 11 ss.

⁶² Sulla improprietà di tale assimilazione, che serve alla Corte per giustificare la diretta opponibilità all'esercizio del diritto di sciopero della libertà economica laddove in passato questa era stata ritenuta applicabile solo in presenza di una violazione derivante da regole limitative dell'accesso al mercato, pur se stabilite da fonti di natura collettiva, v. soprattutto G. ORLANDINI, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2006, n. 3, pp. 947 ss., spec. p. 956.

Tale ultima considerazione consente di valutare un terzo aspetto innovativo di *Viking* e *Laval*. Infatti, l'interesse del datore di lavoro in sede di conflitto collettivo è in tal modo protetto in termini ben più ampi di quelli che, ad esempio nell'ordinamento italiano, sono assicurati dalla tradizionale giurisprudenza sui limiti esterni del diritto di sciopero a tutela della iniziativa economica privata, con la nota distinzione tra danno alla produzione e danno alla produttività⁶³. Ciò è dovuto al fatto che, sia in *Viking* che in *Laval*, l'azione collettiva dei lavoratori è sottoposta dalla Corte di giustizia ad uno stretto scrutinio di proporzionalità a tutela della libertà economica fondamentale dell'imprenditore, che viene quindi protetta ben al di là del contenuto essenziale che nella giurisprudenza della Cassazione è assicurato dal limite del (solo divieto del) danno alla produttività⁶⁴. Come ha ancora osservato Azoulai:

«It seems that the Court transposes to trade unions the limits which it imposes on Member States as far as market freedoms are concerned (proportionality, judicial review) but without offering these organizations the counterpart recognized for the State: a broad margin of discretion in defining the social objectives to be protected and the means of ensuring this protection. In other words, it refuses to consider the system of social relations as a constitutional order enjoying the capacity of self-determination. This system is put under the supervision of the legislature and the courts. This analysis amounts, in fact, to denying the choice of social organization based on freedom of negotiation between both sides of industry»⁶⁵.

È questo forse il profilo più ideologicamente connotato di *Viking* e *Laval*, e giustamente la dottrina critica ha al riguardo evocato – rifacendosi al classico di Hermann Heller⁶⁶ – lo «spettro del liberismo au-

⁶³ La distinzione è stata come noto introdotta da Cass. 30 gennaio 1980, n. 711, «vero e proprio spartiacque nell'orientamento della giurisprudenza in materia» (G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, aggiornato da L. BELLARDI, P. CURZIO, V. LECCESE, Bari, 2014, p. 279).

⁶⁴ Cfr. in generale A. PORTUESE, *The Principle of Proportionality as a Principle of Efficiency*, in *European Law Journal*, 2013, pp. 612 ss.

⁶⁵ L. AZOULAI, *The Court of Justice and the Social Market Economy*, cit., pp. 1350-1351.

⁶⁶ Il classico di Hermann HELLER, apparso nel 1933, è stato recentemente ripubblicato in traduzione inglese: v. *Authoritarian Liberalism?*, in *European Law Journal*, 2015, pp. 295 ss.

toritario»⁶⁷. In termini generali, una tale concezione ideologica spinge infatti verso la depoliticizzazione del conflitto collettivo e la decollettivizzazione del diritto del lavoro, assecondando prescrizioni che emergono chiaramente anche dalla nuova *governance* economica europea e dai dispositivi di gestione della crisi di cui l'Unione, e più in particolare l'Eurozona, si è dotata negli ultimi anni⁶⁸. In termini più tecnici e specifici, tale aspetto evoca, peraltro, un ulteriore passaggio saliente di questa giurisprudenza, che come vedremo tra breve è possibile ritrovare – in forma in certo senso potenziata – anche nelle sentenze *Alemo-Herron* e *AGET Iraklis*, in virtù dell'enfasi da esse posta sulla libertà contrattuale dell'imprenditore come diritto fondamentale protetto dall'art. 16 della Carta di Nizza.

In *Laval*, la Corte ha come noto interpretato la direttiva 96/71 sul distacco di lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi come uno strumento di coordinamento dei sistemi nazionali di diritto del lavoro volto a individuare, a tutela dei lavoratori distaccati, un nucleo minimo di norme imperative, che fissa tuttavia al contempo, a garanzia della libertà economica dell'imprenditore, un tetto massimo di tutele applicabili nello Stato membro ospitante. Questa lettura della direttiva 96/71 – come volta a fissare un livello massimo, e non solo uno *standard* minimo, di protezione dei lavoratori distaccati – rappresenta un elemento centrale della nuova dottrina giuridica neoliberale del mercato interno dei servizi, giacché, seppure nell'ambito del distacco

⁶⁷ M.A. WILKINSON, *The Specter of Authoritarian Liberalism: Reflections on the Constitutional Crisis of the European Union*, in *German Law Journal*, 2013, vol. 14, n. 5, pp. 527 ss.; ID., *Authoritarian Liberalism in the European Constitutional Imagination: Second Time as Farce?*, in *European Law Journal*, 2015, pp. 313 ss. In termini analoghi cfr. inoltre W.E. SCHEUERMAN, *Hermann Heller and the European Crisis: Authoritarian Liberalism Redux?*, in *European Law Journal*, 2015, pp. 302 ss.; A. SOMEK, *Delegation and Authority: Authoritarian Liberalism Today*, ivi, pp. 340 ss., e soprattutto C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015, pp. 157 ss. (che in termini ancor più critici e icastici usa l'espressione «autoritarismo liberista»).

⁶⁸ È questo forse il più forte e visibile elemento di saldatura tra le due dimensioni (che potremmo chiamare rispettivamente micro e macroeconomica) del nuovo modello europeo di protezione costituzionale del capitalismo, come ben avverte A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Milano, 2016, pp. 20 ss. V. pure, per un'analoga conclusione, in G. DALE, N. EL-ENANY, *The Limits of Social Europe: EU Law and the Ordoliberal Agenda*, in «German Law Journal», 2013, vol. 14, n. 5, pp. 613 ss., nonché, volendo, S. GIUBBONI, *Il diritto del lavoro nella crisi europea. A proposito di un recente volume*, in *Quaderni di Rassegna Sindacale*, 2016, n. 2, pp. 159 ss.

transnazionale di manodopera, essa implica l'attribuzione agli operatori economici di un diritto di arbitraggio tra le diverse giurisdizioni che l'imprenditore potrà esercitare massimizzando il vantaggio competitivo che deriva dalla elezione dell'ordinamento che riconosce il minor livello di protezione del lavoro. Questa interpretazione, infatti, come è stato osservato:

«implies that there might be a right of economic actors to access the laws of this least restrictive state regardless of the precise location of their own activities, as long as those activities have a loose connection with the jurisdiction concerned or there is some transnational element involved in the issue at stake»⁶⁹. In tal modo, «Laval and Rüffert between them establish a presumption of regime portability: Article 49 protects the right of the foreign service provider to apply the law and/or agreements of its country of origin, that is to say, the law of the home state, in preference to that of the host state, where the latter imposes a higher regulatory burden, unless those laws can pass a justification test»⁷⁰.

La competizione regolativa nel mercato interno in tal modo favorita dalla direttiva sul distacco si basa essenzialmente su tale effetto di *pre-emption* che ad essa viene attribuito dalla Corte di giustizia, ed avvantaggia strategicamente i sistemi di diritto del lavoro a minor intensità protettiva proprio perché in linea di principio vieta una concorrenza «al rialzo», cioè al di sopra dello *standard* minimo (e insieme massimo) consentito dal diritto dell'Unione, inibendo tendenzialmente allo Stato membro di destinazione del servizio di garantire un trattamento più favorevole. È evidente come un tale «*pre-emptive effect*»⁷¹ sia di per sé suscettibile di vaste potenzialità de-regolative, tenendo conto, da un lato, della nozione praticamente onnicomprensiva di ostacolo all'accesso al mercato elaborata dalla Corte di giustizia e, dall'altro, delle parimenti ampie possibilità di individuazione di un collegamento di natura transnazionale, utile a innescare l'applicazione

⁶⁹ S. DEAKIN, *Regulatory Competition after Laval*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2007-2008, vol. 10, pp. 581 ss., qui p. 582.

⁷⁰ Ivi, p. 587.

⁷¹ Ivi, p. 596.

alla fattispecie dell'art. 49 TFUE⁷². Nondimeno, in *Laval* un tale effetto resta ancora tecnicamente limitato alle transazioni economiche di rilievo transnazionale rientranti nell'orbita applicativa della direttiva 96/71 e dell'art. 49 TFUE.

L'astro nascente dell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea serve esattamente a superare questi limiti applicativi della libertà d'impresa, consentendo – finalmente – di sindacare e misurare gli ostacoli frapposti dalle norme di diritto del lavoro al pieno dispiegamento della libertà contrattuale dell'imprenditore anche in fattispecie puramente interne⁷³. *Alemo-Herron* è il primo banco di prova di questo nuovo approccio interpretativo, che in buona sostanza sovverte la stessa funzione tradizionale assolta dalle direttive di armonizzazione parziale in materia sociale, estendendo in pratica l'effetto di *pre-emption* – cioè il divieto degli Stati membri di elevare lo *standard* di protezione oltre la soglia minima stabilita dalla direttiva – anche nell'ambito di applicazione di quest'ultima.

In questo caso davvero paradigmatico del nuovo corso della Corte, relativo alla interpretazione della direttiva 2001/23 in materia di tutela dei diritti dei lavoratori nelle ipotesi di trasferimento d'azienda, l'impresa cedente si era vincolata, mediante clausole di «rinvio dinamico» alla contrattazione collettiva del settore pubblico nel quale era inquadrata sindacalmente, al rispetto, anche in futuro, degli aumenti retributivi che sarebbero stati convenuti dalle organizzazioni stipulanti di quel contratto. È appena il caso di rammentare che nell'ordinamento inglese il contratto collettivo non produce di per sé effetti obbligatori sui rapporti di lavoro, la sua efficacia regolativa essendo in buona sostanza rimessa al rinvio operato dalle parti del contratto individuale di lavoro. Nella specie, le clausole di rinvio in questione erano state inserite nei contratti individuali di lavoro proprio per garantire all'accordo collettivo un tale effetto regolativo, altrimenti insussistente, circa la determinazione della futura dinamica salariale.

⁷² Cfr. pure H. COLLINS, *The Impossible Necessity of European Labour Law*, in S. MULLER et al. (eds.), *The Law of Future and the Future of Law*, Oslo, 2011, pp. 453 ss., spec. p. 463.

⁷³ Cfr. R. BABAYEV, *Private Autonomy at the Union Level: On Article 16 CFREU and Free Movement Rights*, in *Common Market Law Review*, 2016, pp. 979 ss.; ID., *Contractual Discretion and the Limits of Free Movement Law*, in *European Review of Private Law*, 2015, pp. 875 ss.

La controversia che ha originato il procedimento principale era sorta in quanto il cessionario di questa azienda – operatore privato non inquadrato nel settore pubblico di riferimento del contratto collettivo – era tuttavia subentrato, in forza della normativa nazionale sul trasferimento d'azienda di recepimento della direttiva europea, nei rapporti di lavoro in essere con il cedente, e dunque anche negli obblighi retributivi derivanti dalle clausole di rinvio dinamico da questi sottoscritte con i propri dipendenti. Poiché l'assunzione di tali obblighi è da imputare – seppure attraverso la mediazione della regola che stabilisce la continuazione dei rapporti di lavoro nel trasferimento d'azienda – alla libera decisione dell'imprenditore cessionario di subentrare al cedente, facendo uso della propria autonomia contrattuale, le corti inglesi avevano tradizionalmente ritenuto del tutto legittime le clausole di rinvio dinamico, secondo una prassi contrattuale diffusa soprattutto nel settore pubblico. In *Werhof*⁷⁴, la stessa Corte di giustizia, chiamata a risolvere un caso per certi versi analogo rimessole da un giudice tedesco, aveva affermato che la direttiva 2001/23 non impone, ma neppure vieta, la stipulazione di siffatte clausole, dettando una disciplina in materia di successione dei contratti collettivi in caso di trasferimento d'azienda sufficientemente flessibile e certamente aperta a tale tipo di opzione regolativa da parte dei legislatori nazionali. Sennonché, il giudice inglese dubitava che – nella specifica configurazione del caso *de quo*, in cui il cessionario rimaneva vincolato ad applicare un contratto collettivo sul quale non avrebbe potuto esercitare alcuna influenza – l'effetto della clausola di rinvio dinamico fosse tale da comportare una indebita compressione della libertà sindacale negativa dell'impresa cessionaria, così come protetta dall'art. 11 della Convenzione di Roma per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali.

Nelle sue articolate conclusioni in *Alemo-Herron*, l'Avvocato generale Cruz Villalón aveva giustamente rilevato come tale clausola, certamente autorizzata dalla direttiva 2001/23, potesse entrare in contrasto non già con la libertà negativa di associazione garantita dall'art. 11 della Convenzione di Roma e dall'art. 12 della Carta di Nizza (visto che il cessionario non era costretto ad aderire all'organismo negoziale del settore), ma semmai con la libertà garantita dall'art. 16 della Carta,

⁷⁴ Causa C-499/04.

ovvero con la libertà contrattuale del datore di lavoro. L'Avvocato generale aveva però escluso che l'art. 16 precludesse, in linea di principio, una disciplina come quella inglese, che obbliga il cessionario di un'impresa ad accettare condizioni presenti e future convenute dell'ambito di un organismo di contrattazione collettiva al quale detto imprenditore non prende parte, tutte le volte in cui «tale obbligo non abbia carattere incondizionato ed irreversibile»⁷⁵. La Corte di giustizia, invece, ha ritenuto, all'opposto, che le clausole di rinvio dinamico alla contrattazione collettiva in questione costituiscano, in principio, una sproporzionata compressione della libertà d'impresa protetta dall'articolo 16 della Carta di Nizza, proprio perché il cessionario non avrebbe la possibilità di partecipare al processo di negoziazione collettiva e, quindi, alla definizione degli accordi collettivi, ai quali pure si è vincolato con l'acquisito dell'azienda.

La motivazione della Corte è particolarmente concisa e assertiva, per cui vale la pena di riportarne i passaggi più significativi⁷⁶. Poiché il diritto fondamentale riconosciuto dall'art. 16 comporta, in particolare, la libertà contrattuale, alla luce dell'art. 3 della direttiva 2001/23, «ne deriva che, in virtù della libertà d'impresa, il cessionario deve avere la possibilità di fare valere efficacemente i propri interessi in un *iter* contrattuale al quale partecipa e di negoziare gli elementi che determinano l'evoluzione delle condizioni di lavoro dei suoi dipendenti in vista della sua futura attività economica. Tuttavia, è giocoforza constatare che il cessionario di cui trattasi nel procedimento principale non ha alcuna possibilità di fare parte dell'organismo di contrattazione collettiva in parola. Ciò premesso, tale cessionario non ha la facoltà né di fare valere efficacemente i propri interessi in un *iter* contrattuale né di negoziare gli elementi che determinano l'evoluzione delle condizioni di lavoro dei suoi dipendenti in vista della sua futura attività economica. In una situazione siffatta, la libertà contrattuale del suddetto cessionario è talmente ridotta che una limitazione del genere può pregiudicare la sostanza stessa del suo diritto alla libertà d'impresa. Orbene, l'articolo 3 della direttiva 2001/23, in combinato disposto con l'articolo 8 della medesima direttiva, non può essere interpretato nel senso che autorizza gli Stati membri ad adottare le misure che, pur es-

⁷⁵ Par. 58 delle conclusioni.

⁷⁶ Paragrafi 33-37 della sentenza.

sendo più favorevoli ai lavoratori, possono pregiudicare la sostanza stessa del diritto del cessionario alla libertà d'impresa (v., per analogia, sentenza del 6 settembre 2012, *Deutsches Weintor*, C-544/10, punti 54 e 58)».

Con altrettanta nettezza la Corte supera quindi l'ostacolo posto dall'art. 8 della direttiva 2001/23, che espressamente autorizza gli Stati membri, in sede di trasposizione, a introdurre o mantenere un trattamento più favorevole per i lavoratori, anche consentendo o incoraggiando l'applicazione di contratti collettivi o di accordi fra le parti sociali di maggior favore per i medesimi. Le clausole di rinvio dinamico alla futura contrattazione collettiva non troverebbero copertura nell'art. 8 della direttiva perché altererebbero il giusto equilibrio di interessi da questa diviso, giacché essa, pur avendo la funzione di proteggere i diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda, ha anche lo scopo – come pure in precedenza affermato dalla giurisprudenza della Corte⁷⁷ – di armonizzare i costi sopportati dalle imprese operanti nel mercato interno, onde stabilire condizioni di equa concorrenza tra le stesse. Ma in passato questo argomento non era mai servito per neutralizzare la previsione di *favor* dell'art. 8, svuotando in pratica la facoltà degli Stati membri di adottare disposizioni più favorevoli ai lavoratori al di sopra del livello di tutela minima garantito dalla direttiva. In *Alemo-Herron* quel livello viene di fatto convertito in un tetto al di sopra del quale non sarebbe consentito aumentare i costi di transazione sopportati dalle imprese in sede di trasferimento d'azienda.

La direttiva viene in tal modo sostanzialmente trasformata in strumento di protezione degli interessi del datore di lavoro cessionario⁷⁸, con corrispondente limitazione – a tutela della libertà contrattuale dell'impresa – della facoltà degli Stati membri di introdurre disposizioni di maggior favore per i lavoratori. L'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali assolve, in questa reinterpretazione della funzione della direttiva (come tecnica di tutela «reversibile», potremmo dire con Gérard Lyon-Caen), un ruolo centrale, in quanto «promuove una nozione

⁷⁷ V. ad es. Corte di giustizia, causa C-561/07, *Commissione c. Italia*, spec. al punto. 30.

⁷⁸ Cfr. S. WEATHERILL, *Use and Abuse*, cit., p. 172.

di autonomia privata concepita in senso liberale, intesa cioè come libertà da intrusioni e coercizioni regolative»⁷⁹.

Non per caso, e a dispetto del richiamo della importante sentenza della Grande Sezione in *Sky Österreich*⁸⁰, nell'assertiva statuizione della Corte in *Alemo-Herron* è significativamente assente qualunque riferimento alla «funzione sociale» quale legittimo limite alla libertà d'impresa valutabile alla stregua dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. In *Sky Österreich*, quel riferimento, qualificato dal richiamo ai principi del pluralismo dei *media* e della libertà di informazione, aveva infatti consentito alla Corte di affermare – a ben vedere ancora in sintonia con la classica giurisprudenza *Nold* – che soltanto le limitazioni a quella libertà che impediscano «l'esercizio dell'attività imprenditoriale stessa da parte del titolare» sono in quanto tali vietate dall'art. 16 della Carta⁸¹. Per contro, in *Alemo-Herron*, dove evidentemente non è in discussione l'esercizio stesso dell'attività imprenditoriale da parte del cessionario⁸², la libertà d'impresa viene protetta sino al punto di interdire compressioni regolative – quali quelle derivanti dalla disciplina nazionale relativa agli effetti delle clausole contrattuali di rinvio dinamico – che a ben veder incidono soltanto sulla profittabilità dell'operazione economica, cioè sull'entità del vantaggio atteso dall'acquisto dell'azienda. In altre parole, la libertà contrattuale dell'imprenditore acquirente è protetta sino al punto di alterare l'equilibrio degli interessi negoziali in gioco a tutto vantaggio del datore di lavoro, che potrà opporsi agli aumenti retributivi stabiliti, in favore dei lavoratori, dal contratto collettivo dinamicamente richiamato dalle clausole in discussione. È per questo – come è stato esattamente rilevato – che l'interpretazione della libertà d'impresa accolta in *Alemo-Herron* «has a distinctly libertarian flavour to it and seems partisan, in the sense that it is difficult to see how a reading not based on a libertarian understanding of liberty could

⁷⁹ D. LECZYKIEWICZ, *Horizontal Effect of Fundamental Rights: In Search of Social Justice or Private Autonomy in EU Law?*, in U. BERNITZ et al. (eds.), *General Principles of EU Law and European Private Law*, Alphen aan den Rijn – New York, 2013, pp. 171 ss., qui p. 172.

⁸⁰ Corte di giustizia, causa C-283/11, *Sky Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk*, su cui v. W. HINS, *The Freedom to Conduct a Business and the Right to Receive Information for Free: Sky Österreich*, in *Common Market Law Review*, 2014, pp. 665 ss.

⁸¹ *Sky Österreich*, par. 49.

⁸² V. anche J. PRASSL, *Business Freedoms*, cit., p. 206.

ever yield such an outcome. Indeed, it may be regarded – admittedly with some exaggeration – as a European Lochner»⁸³.

5. Licenziare a Calcide

Calcide è nome che non ha del tutto perduto la forza evocativa di un luminoso passato che rimanda la memoria ancestrale alle origini della civiltà occidentale: è evocata da Omero nell'Iliade per la spedizione contro Troia; contribuì grandemente alla espansione greca nel Mediterraneo (Catania, tra le altre, fu fondata dai calcidesi); vi morì Aristotele nel 322 a.C. Ma oggi Calcide è un comune di medio-piccole dimensioni della Grecia centro-orientale, impoverito come tanti dalla devastante crisi economica. Per questo, la Anonymi Geneki Etairia Tsimenton Iraklis (più brevemente AGET Iraklis), società attiva nella produzione, distribuzione e commercializzazione di cemento controllata dalla Lafarge-Holcim, gigante franco-svizzero del settore, ha deciso di chiudere lo stabilimento di Calcide, licenziando tutti i lavoratori ad esso addetti, per concentrare la residua attività nella regione nelle unità produttive site in Agria Volou e Aliveri.

Nelle sue conclusioni del 16 giugno 2016, l'Avvocato generale Nils Wahl aveva suggerito alla Corte di rispondere alla richiesta di rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato greco nel senso che l'art. 49 TFUE, interpretato alla luce dell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali, osti a una normativa nazionale come quella in questione, che impone ai datori di lavoro di ottenere un'autorizzazione preventiva alla effettuazione di licenziamenti collettivi, subordinandola alle condizioni del mercato del lavoro, alla situazione dell'impresa e all'interesse dell'economia nazionale, precisando che il fatto che la Grecia possa attraversare una grave crisi economica, accompagnata da livelli di disoccupazione particolarmente elevati, non incide su questa conclusione. In effetti, applicando la legge del 1983 di trasposizione della direttiva sul licenziamento collettivo (oggi rifiuta nella direttiva

⁸³ M.W. HESSELINK, *The Justice Dimensions of the Relationship between fundamental Rights and Private Law*, in *European Review of Private Law*, 2016, n. 4, pp. 425 ss., qui p. 447, che ovviamente fa riferimento a *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Avremo modo di tornare sulla critica al lochnerismo implicito e forse inconsapevole della Corte di giustizia nel paragrafo conclusivo.

98/59), il Ministero competente – acquisto il parere del Consiglio superiore del lavoro – aveva negato l'autorizzazione richiesta da AGET Iraklis, sul presupposto che il programma di licenziamenti collettivi conseguente alla chiusura dello stabilimento di Calcide non fosse adeguatamente motivato, avendo la società addotto argomenti troppo vaghi.

È utile analizzare sinteticamente le argomentazioni con le quali l'Avvocato generale motiva tale sua conclusione, anche per apprezzarne le non secondarie differenze rispetto alle motivazioni con cui la Grande Sezione della Corte, nella sentenza del 21 dicembre 2016, giunge, nella sostanza, al medesimo esito. Come si è infatti già accennato, la Corte ha statuito che l'art. 49 TFUE osta a una siffatta normativa nazionale, essa stessa ritenendo che l'esistenza, nello Stato membro interessato, di un contesto caratterizzato da una crisi economica acuta e da un tasso di disoccupazione particolarmente elevato non sia atta ad incidere su tale conclusione. Con riguardo al contrasto dichiarato con l'art. 49 TFUE, la differenza di impostazione tra la Corte e l'Avvocato generale non sta, dunque, nell'esito del giudizio, ma, come vedremo tra breve, nella articolazione del sindacato di adeguatezza/proporzionalità sulla misura nazionale. È invece più significativa – perché riguarda lo stesso esito del giudizio – la conclusione cui la Corte perviene rispetto alla questione interpretativa riguardante la direttiva 98/59, in quanto, diversamente dall'Avvocato generale, che aveva escluso che la normativa nazionale si ponesse in contrasto quest'ultima, la sentenza esclude un tale contrasto solo in via di principio, ma lo ammette, sia pure in via d'eccezione (e con accertamento demandato in concreto al giudice nazionale), nell'ipotesi in cui risultasse che l'effettiva applicazione della legge greca abbia la conseguenza di privare le disposizioni della direttiva del loro «effetto utile».

Conviene perciò partire dall'analisi di tale ultimo profilo, anche perché è soprattutto qui che la Corte – seppur in termini piuttosto confusi – sembra consolidare quella linea di rovesciamento funzionale delle direttive sociali, da strumento di protezione dei diritti dei lavoratori a mezzo di tutela dell'interesse del datore di lavoro, avviata con *Alemo-Herron* nel segno della «costituzionalizzazione

dell'interesse commerciale come diritto fondamentale dell'impresa»⁸⁴, ex art. 16 della Carta di Nizza.

L'Avvocato generale aveva invero senz'altro escluso – senza eccezioni – che la direttiva 98/59 potesse ostare a una disciplina come quella in esame. Almeno sotto questo profilo, l'Avvocato generale aveva in qualche modo aderito ad una interpretazione piuttosto ortodossa della direttiva sul licenziamento collettivo e della stessa previsione di cui all'art. 5, che – analogamente all'art. 8 della direttiva sul trasferimento d'azienda – riconosce la facoltà degli Stati membri di applicare o introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori. Egli aveva peraltro superato il problema posto dall'art. 5 della direttiva, che in linea di principio avrebbe per l'appunto senz'altro consentito una normativa come quella greca, con un abile *escamotage* interpretativo, ritenendo che – poiché la direttiva non pone alcuna norma relativa all'organizzazione interna delle imprese o alla gestione del personale, né menoma la libertà del datore di lavoro di procedere o meno ai licenziamenti collettivi⁸⁵ – la disciplina nazionale in esame non rientrasse nel suo ambito di applicazione. Poiché, per scelta del legislatore europeo, «competete al diritto nazionale fissare le condizioni sostanziali in base alle quali i rapporti di lavoro possono essere risolti su base collettiva»⁸⁶, la procedura autorizzatoria regolata dalla legge greca, laddove limita la libertà datoriale di procedere a licenziamenti collettivi, esulerebbe dal campo di applicazione della direttiva. Essa, quindi, non potrebbe neppure costituire «una disposizione di legge più favorevole ai lavoratori (un caso di sovra-esecuzione), ai sensi dell'articolo 5 della direttiva in parola»⁸⁷.

La Corte – che pure all'apparenza segue l'espedito interpretativo suggerito dall'Avvocato generale⁸⁸, e che su tale base a rigore avrebbe dovuto concludere per la inesistenza *in apicibus* di un contrasto della legge nazionale con la direttiva – spinge invece ben oltre il proprio ragionamento. E rileva che, seppure un siffatto contrasto debba essere escluso in linea di principio, occorre tuttavia al contempo «precisare, in proposito, che tale conclusione sarebbe, in via d'eccezione, diversa

⁸⁴ J. PRASSL, *Business Freedoms*, cit., p. 189.

⁸⁵ Punto 27 delle conclusioni.

⁸⁶ Punto 30 delle conclusioni.

⁸⁷ Punto 32 delle conclusioni.

⁸⁸ V. il par. 33 della sentenza.

nell'ipotesi in cui un regime nazionale siffatto abbia, alla luce delle sue modalità più precise o della maniera in cui è concretamente attuato dall'autorità competente, la conseguenza di privare del loro effetto utile le disposizioni degli articoli da 2 a 4 della direttiva 98/59»⁸⁹. Ed infatti, aggiunge la Corte, «sebbene la direttiva 98/59 garantisca solo un'armonizzazione parziale delle norme a tutela dei lavoratori in caso di licenziamenti collettivi, la limitatezza di una simile armonizzazione non può tuttavia avere come conseguenza di privare di effetto utile le disposizioni della direttiva di cui trattasi (...). Pertanto, uno Stato membro non può, in particolare, adottare un provvedimento nazionale che seppur atto a garantire ad un livello rafforzato la protezione dei diritti dei lavoratori contro i licenziamenti collettivi, abbia, nondimeno, la conseguenza di privare gli articoli da 2 a 4 di tale direttiva del loro effetto utile. Lo stesso varrebbe nel caso in cui una normativa nazionale che subordini i licenziamenti collettivi al previo assenso di un'autorità pubblica qualora, per effetto, ad esempio, dei criteri in base ai quali deve pronunciarsi la suddetta autorità o del modo in cui essa li interpreta o li attua in concreto, risultasse, in pratica, esclusa per il datore di lavoro qualsiasi possibilità effettiva di procedere a licenziamenti collettivi siffatti»⁹⁰.

Ora, la motivazione della Corte non eccelle certo per chiarezza, ma al di là della vaghezza delle indicazioni fornite al giudice *a quo* (al quale spetta verificare in concreto se la normativa nazionale, per il modo in cui è applicata, frustra l'effetto utile della direttiva), un punto di significativa differenza rispetto all'impostazione dell'Avvocato generale emerge con sufficiente nettezza. E sta in precisamente in ciò: mentre per l'Avvocato generale, qui in sintonia con tutta la storia giurisprudenziale della direttiva 98/59⁹¹, la circostanza che la stessa, in quanto fonte di armonizzazione parziale, non menoma la libertà del datore di lavoro di procedere ai licenziamenti collettivi comporta che la definizione delle condizioni sostanziali cui è subordinata la legittimità del licenziamento sia inte-

⁸⁹ Par. 35 della sentenza.

⁹⁰ Paragrafi, rispettivamente, 36, 37 e 38 della sentenza.

⁹¹ V. per tutti A. LO FARO, *Le ristrutturazioni e le crisi d'impresa*, in S. SCIARRA (a cura di), *Manuale di diritto sociale europeo*, Torino, 2010, pp. 180 ss.

ramente rimessa al legislatore nazionale (che può quindi introdurre una disciplina autorizzatoria così fortemente limitativa come quella greca, senza violare la direttiva), per la Corte, al contrario, quella medesima circostanza assume tutt'altro significato, giacché impedisce al legislatore nazionale di limitare la libertà datoriale imponendo all'imprenditore il rispetto di condizioni sostanziali così gravose da precludergli – ancorché in circostanze eccezionali – la possibilità di estinguere i rapporti di lavoro ritenuti eccedentari. Come spiega la Corte, le previsioni della direttiva, pur mirando a rafforzare la protezione dei lavoratori, «sono manifestamente fondate sul presupposto che, una volta esaurite le procedure da esse istituite, con ciò inclusa anche l'ipotesi in cui le consultazioni non abbiano condotto ad un accordo, i licenziamenti collettivi devono quantomeno rimanere prospettabili, fosse pure alla condizione che siano soddisfatti taluni requisiti oggettivi eventualmente fissati dalla normativa nazionale applicabile»⁹².

In altre parole, il legislatore, in aggiunta alla disciplina procedurale dettata dalla direttiva in sede di armonizzazione (parziale), potrà sì prevedere limiti sostanziali («requisiti oggettivi») al potere dell'imprenditore di effettuare i licenziamenti collettivi programmati, ma non potrà spingersi sino al punto di introdurre condizioni tanto stringenti da pregiudicare – come sembra fare la normativa greca – quella fondamentale libertà datoriale. La Corte, che non si avvede della contraddizione in cui cade il suo ragionamento⁹³, arriva così ad attribuire alla direttiva sul licenziamento collettivo un effetto di *pre-emption* non diverso da quello di fatto attribuito da *Alemo-Herron* alla direttiva sul trasferimento d'azienda, sovvertendone la funzione, cioè facendone uno strumento di tutela prevalente (almeno in questo ca-

⁹² Par. 40 della sentenza.

⁹³ Se infatti le condizioni sostanziali cui è subordinato il licenziamento non rientrano nel campo applicativo della direttiva (e per questo non debbono essere valutate alla stregua del suo art. 5, che autorizza una tutela più favorevole ai lavoratori), rientrando nella competenza riservata al legislatore nazionale, non si può poi dire – neanche in casi eccezionali – che i requisiti stabiliti dallo Stato membro possano essere tali da pregiudicare l'effetto utile della direttiva, perché così ragionando si contraddice la premessa. Se le condizioni sostanziali cui è subordinata la legittimità del licenziamento collettivo stanno fuori del raggio applicativo della direttiva, ci restano, infatti, anche nelle ipotesi in cui siano eccezionalmente stringenti. Da questo punto di vista si lascia senza dubbio preferire il ragionamento dell'Avvocato generale, che è apprezzabile almeno per la sua coerenza logica.

so)⁹⁴ dell'interesse del datore di lavoro. Ed è significativo che in entrambi i casi vengano colpite discipline nazionali che stabiliscono limiti sostanziali «forti» – e non meramente condizioni procedurali «deboli» – alle prerogative datoriali. L'armonizzazione parziale operata dalle due direttive essenzialmente sul versante degli obblighi procedurali del datore di lavoro finisce in tal modo per essere intesa come limite all'autonomia regolativa sin qui riconosciuta agli Stati membri, ai quali viene in pratica interdetto di fissare *standard* di tutela sostanziale (più favorevoli per i lavoratori) al di sopra del livello minimo delineato dal legislatore sovranazionale.

Il ragionamento della Corte si discosta da quello dell'Avvocato generale anche in ordine alla questione relativa al contrasto della normativa greca con l'art. 49 TFUE. Ma qui, come detto, è solo l'*iter* argomentativo, e non anche le conclusioni, a differire, in quanto sia l'Avvocato generale Wahl che la Corte concludono nel senso che il diritto nazionale viola la libertà di stabilimento dell'impresa, interpretata alla luce dell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La differenza tra le conclusioni dell'Avvocato generale e le motivazioni della sentenza attiene essenzialmente alla valutazione di adeguatezza della normativa greca. Per l'Avvocato generale, che segue qui una logica limpida e coerentemente neolibérale, la normativa greca è in contrasto con l'art. 49 TFUE perché non è adeguata, in radice, a conseguire l'obiettivo della protezione dei lavoratori⁹⁵, finalità d'interesse generale che astrattamente potrebbe legittimare (purché perseguita con mezzi non sproporzionati) la restrizione della libertà di stabilimento. La Corte, al contrario, non nega che le (forti) restrizioni poste dalla normativa greca siano idonee a garantire il raggiungimento dell'obiettivo di interesse generale perseguito dal legislatore, ma

⁹⁴ Ma è sintomatica di questo orientamento anche la sentenza in causa C-80/14, *Union of Shop, Distributive and Allied Workers (USDAW) e Wilson*, in cui la Corte di giustizia accoglie una nozione singolarmente formalistica di stabilimento, ai fini dell'art. 1, par. 1, primo comma, lettera a), della direttiva 98/59, all'insegna della «fluidificazione» dei processi di riduzione del personale. Anche in questo caso la funzione della direttiva è essenzialmente concepita come strumento di parificazione dei costi per le imprese, con la conseguenza che i diritti da questa attribuiti ai lavoratori diventano un tetto massimo, più che uno *standard* minimo. V. N. COUNTOURIS, A. KOUKIADAKI, *The Purpose of European Labour Law: Floor of Rights – Or ceiling?*, in *Social Europe*, 6 giugno 2016.

⁹⁵ V. il punto 75 delle conclusioni.

esclude che quelle condizioni possano soddisfare le esigenze di giustificazione risultanti dal principio di proporzionalità (in senso stretto). Ed infatti, le condizioni sostanziali cui è subordinata l'autorizzazione amministrativa del licenziamento collettivo appaiono alla Corte così «potenzialmente numerose, indeterminate e indeterminabili», da andare oltre quel che è necessario per conseguire gli obiettivi indicati dal legislatore nazionale, con la conseguenza che «non possono pertanto soddisfare quanto esige il principio di proporzionalità»⁹⁶, ai sensi dell'art. 49 TFUE. «Per le stesse ragioni, una normativa siffatta viola altresì il principio di proporzionalità previsto dall'art. 52, par. 1, della Carta e, pertanto, l'art. 16 di quest'ultima»⁹⁷

La differenza di impostazione, sebbene irrilevante per l'esito del giudizio, è però significativa sul piano argomentativo, perché consente alla Corte di valorizzare una serie di dati normativi (dall'immane richiamo alla «economia sociale di mercato» al titolo sulla politica sociale del TFUE, alla clausola orizzontale dell'art. 9 dello stesso Trattato, per giungere alle previsioni del capo sulla solidarietà della Carta dei diritti fondamentali, in particolare all'art. 30 in tema di tutela contro i licenziamenti privi di giustificazione), che nell'opinione dell'Avvocato generale Wahl sono citati *en passant* quasi come piccole (ma innocue) macchie nel cono di luce della libertà d'impresa.

L'idea che la normativa greca sul licenziamento collettivo non sia idonea a raggiungere l'obiettivo di tutela degli interessi dei lavoratori, che la Corte ha potuto rigettare proprio dando rilievo alle disposizioni sociali dei Trattati, si spiega, infatti, nell'opinione dell'Avvocato generale, sulla base di una totale riduzione del diritto del lavoro a strumento di regolazione promozionale dell'accesso al mercato, nel quale, proprio a tutela degli interessi dei lavoratori (oltre che degli imprenditori, beninteso), le vetuste forme di protezione basate sul potere discrezionale dell'autorità amministrativa non possono avere più alcuno spazio, appunto perché radicalmente disfunzionali. Nel suo esercizio di analisi economica del diritto greco sui licenziamenti collettivi, l'Avvocato generale Wahl non deve quindi neppure arrivare alla sublime ipocrisia dello scrutinio di proporzionalità in senso stretto, che nella sentenza della Corte ha un esito ovviamente scontato, perché gli

⁹⁶ Par. 100 della sentenza.

⁹⁷ Par. 103 della sentenza.

è più che sufficiente rilevare come la normativa nazionale sia ancorata a una concezione politica del diritto del lavoro, come strumento di protezione contro l'abuso del potere economico dell'imprenditore⁹⁸, totalmente incompatibile con i principi dell'economia di libero mercato istituita dai Trattati⁹⁹.

6. *Unitas in pluralitate*: per un'Unione europea più rispettosa delle varietà nazionali di capitalismo democratico

Come dimostra *AGET Iraklis*, questa riduzione del diritto del lavoro a regolazione funzionale dell'accesso al mercato¹⁰⁰ e a strumento giuridico di organizzazione efficiente dell'impresa¹⁰¹ ha implicazioni immediate soprattutto in tema di licenziamento economico, essendo evidente che in particolare su questo cruciale versante di esercizio delle prerogative manageriali la libertà d'impresa debba trovare la massima garanzia, riducendo al minimo gli ostacoli regolativi¹⁰². Gli imprenditori debbono essere liberati una volta per tutte dalla «*psychose du licenciement interdit*»¹⁰³, tipicamente ingenerata da normative co-

⁹⁸ Su questa originaria vocazione intrinsecamente politica del diritto del lavoro, come strumento di controllo (e in parte di redistribuzione) del potere nella società capitalistica, v. da ultimo la raffinata analisi di R. DUKES, *The Labour Constitution*, cit., pp. 194 ss., nonché H. ARTHURS, *Labor Law as the Law of Economic Subordination and Resistance*, cit., pp. 593-594.

⁹⁹ Non a caso, l'Avvocato generale Wahl corrobora le sue conclusioni richiamando (al punto 80) gli impegni a modernizzare il mercato del lavoro al fine di ridurre i fattori che possono dissuadere le imprese dall'investire, intervenendo in particolare sulla disciplina vincolistica del licenziamento collettivo, che la Grecia ha assunto sottoscrivendo le condizioni che le hanno permesso di accedere al programma di *bail-out*.

¹⁰⁰ Il criterio di giustizia dominante, in quest'ottica, diventa quello essenzialmente formale-allocativo della *access-justice*, come rileva H. MICKILTZ, *Social Justice*, cit., p. 2, al quale risultano prevalentemente improntati la vasta normativa a tutela dei consumatori e lo stesso diritto antidiscriminatorio dell'Unione europea. Se la giustizia d'accesso – *Zugangsgerechtigkeit/justice through access* – non si riduce a mera giustizia di mercato, non si ispira nemmeno a criteri materiali di giustizia sociale distributiva, né aspira a correggere disparità di potere economico oltre quanto sia necessario per assicurare a tutti uguali opportunità di partecipazione ai processi di mercato.

¹⁰¹ A. JEAMMAUD, *Le droit du travail dans le capitalisme*, cit., p. 26.

¹⁰² Cfr. A. BAYLOS GRAU, J. PÉREZ REY, *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, 2009.

¹⁰³ Ancora A. JEAMMAUD, *Le droit du travail dans le capitalisme*, cit., p. 27.

me quella greca, e le loro decisioni sul dimensionamento ottimale degli organici assicurate da regole che garantiscano certezza e prevedibilità operativa, riducendo al minimo i costi di transazione¹⁰⁴. Ma le implicazioni di una tale concezione sono ovviamente più generali: «*labour law would survive in the EU only as a collection of exceptions to the market freedoms and competition laws, subject always to a test of proportionality*»¹⁰⁵.

È alla luce di queste implicazioni generali che il richiamo alla dottrina *Lochner* della Corte Suprema americana d'inizio Novecento, suggerito da alcuni commentatori nel criticare la svolta neolibera della Corte di giustizia¹⁰⁶, non pare inappropriato, al di là delle ovvie differenze di contesto storico, politico, costituzionale. Al di là di tali differenze (e al netto dei richiami agli obiettivi sociali dell'Unione, pur ampiamente presenti in *AGET Iraklis* come del resto in *Viking* e *Laval*), c'è infatti ameno un significativo tratto di contiguità concettuale con quella che Cass R. Sunstein ha definito, in un famoso saggio, l'eredità di *Lochner*¹⁰⁷, che sta a nostro avviso precisamente in ciò:

«*Market ordering under the common law was understood to be a part of nature rather than a legal construct, and it formed the baseline from which to measure the constitutionally critical lines that distinguished action from inaction and neutrality from impermissible partisanship*»¹⁰⁸.

Come non scorgere, infatti, i segni di continuità di questa ideologia nell'icastico *incipit* delle conclusioni dell'Avvocato generale Wahl,

¹⁰⁴ È l'idea centrale del contratto a tutele crescenti introdotto in Italia dal *Jobs Act*, con il d. lgs. n. 23 del 2015. Sia permesso il rinvio a S. GIUBBONI, *Lavoro e diritti in crisi: il caso italiano in prospettiva europea*, in *Politica del diritto*, 2015, pp. 257 ss.

¹⁰⁵ H. COLLINS, *The Impossible Necessity*, cit., p. 464.

¹⁰⁶ V. ad es. M.W. HESSELINK, *The Justice Dimensions*, cit., p. 447 (già richiamato sopra alla nota 83), che accosta *Lochner* ad *Alemo-Herron*, e I.H. ELIASOPH, *A 'Switch in Time' for the European Community? Lochner Discourse and the Recalibration of Economic and Social Rights in Europe*, in *Columbia Journal of European Law*, 2008, pp. 467 ss., che evoca tale accostamento a proposito di *Viking* e *Laval*.

¹⁰⁷ C.R. SUNSTEIN, *Lochner's Legacy*, in *Columbia Law Review*, 1987, vol. 87, n. 5, pp. 873 ss.

¹⁰⁸ Ivi, p. 874. E v. più ampiamente l'ormai classico C.R. SUNSTEIN, *Free Markets and Social Justice*, New York - Oxford, 1997.

citare in apertura di questo studio, dove è evidente che lo spontaneo funzionamento del mercato, sospinto dalle libere decisioni economiche delle imprese¹⁰⁹, è la vera misura di costituzionalità degli interventi dei legislatori nazionali, delle interferenze prodotte dal diritto del lavoro degli Stati membri. E come in *Lochner*, il compito di proteggere la libertà contrattuale degli attori economici contro tali interferenze, tutte le volte in cui esse non siano strettamente giustificate da motivi imperativi d'interesse generale, costituisce l'essenziale funzione costituzionale che la Corte di giustizia auto-attribuisce a se stessa.

Deve valere pertanto anche per la Corte di giustizia la critica rivolta nella sua famosa *dissenting opinion* da Oliver Wendell Holmes Jr. in *Lochner*, quando rimproverò alla maggioranza di travalicare i limiti del mandato assegnato alla Corte Suprema dalla Costituzione federale, intrudendosi in questioni squisitamente politiche, come tali rientranti nella sfera riservata al legislatore dello Stato di New York¹¹⁰, affermando che «*a constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or of laissez faire*»¹¹¹. Anzi quella critica vale ancor di più per la Corte di giustizia, in quanto essa – come ha incisivamente rilevato Joerges – «*is not a constitutional court with comprehensive competences – it is not legitimated to re-organize the interdependence of Europe's social and economic constitutions, let alone to replace the variety of European social models with a uniform Hayekian Rechtsstaat*»¹¹².

Chi per questo ha invocato una svolta simile a quella che portò la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, a partire da *West Coast Hotel Co. v. Parrish*¹¹³, a convalidare la nuova legislazione del lavoro d'ispirazione rooseveltiana¹¹⁴, non ha ingenuamente vagheggiato un improbabile ritorno all'ordine perduto, all'insegna di un malinteso

¹⁰⁹ Cfr. S. DEAKIN, *Conceptions of the Market in Labour Law*, in A. NUMHAUSER-HENNING, M. RÖNNMAR (eds.), *Normative Patterns and Legal Developments in the Social Dimension of the EU*, Oxford - Portland (Oregon), 2013, pp. 141 ss., spec. p. 148.

¹¹⁰ V. ancor più esplicitamente nello stesso senso la *dissenting* dei giudici Harlan, White e Day (198 U.S. 65).

¹¹¹ Holmes Jr., *dissenting*, 198 U.S., 75.

¹¹² C. JOERGES, *A New Alliance*, cit., p. 252.

¹¹³ 300 U.S. 379 (1937), in cui la Corte confermò la costituzionalità di una legge dello Stato di Washington sul salario minimo delle donne.

¹¹⁴ I.H. ELIASOPH, *A 'Switch in Time' for the European Community?*, cit., p. 493 ss.

«approccio isolazionista»¹¹⁵ o peggio ancora protezionista. Non si tratta evidentemente di questo, ma piuttosto di ri-tematizzare la questione dei confini del diritto euro-unitario del mercato¹¹⁶, nel rispetto dell'architettura costituzionale pluralistica e composita dell'Unione, che rischia di essere disgregata da una giurisprudenza costruita unidirezionalmente sulla logica funzionale della libertà economica. Sentenze come *Viking* e *Laval*, o come *Alemo-Herron* e *AGET Iraklis*, costituiscono una «violazione flagrante» di questo equilibrio¹¹⁷, in quanto infrangono la sfera di rispetto costituzionalmente dovuta all'articolazione democratica dei modelli sociali nazionali e alle legittime differenze che questi coltivano all'interno del progetto di integrazione europea¹¹⁸.

Una ricca e sofisticata letteratura critica ha in questi anni tracciato la strada – con proposte anche metodologicamente innovative – per ritrovare questa interdipendenza virtuosa tra sfera del mercato e modelli sociali all'interno della costituzione composita europea. Qui non intendiamo soffermarci su queste proposte¹¹⁹, ma più modestamente concludere che il diritto vigente offre alla Corte di giustizia tutte le opportunità interpretative per auto-correggere la propria rotta, che rischia di acuire il «default democratico»¹²⁰ dell'Unione e le dinamiche disgregative oggi più che mai potentemente in azione dopo il *referendum* britannico. *Alemo-Herron* e *AGET Iraklis*, come prima *Viking* e

¹¹⁵ P. SYRPIS, T. NOVITZ, *The EU Internal Market*, cit., p. 305.

¹¹⁶ Cfr. A. AZOULAI, *The Court of Justice*, cit., p. 1340.

¹¹⁷ F. RÖDL, *The Labour Constitution*, in A. VON BOGDANDY, J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, München – Oxford, 2010, pp. 623 ss., qui p. 651.

¹¹⁸ Cfr. C. JOERGES, *Will the Welfare State Survive European Integration?*, in *European Journal of Social Law*, 2011, n. 1, pp. 3 ss., spec. p. 18. Per un approfondimento di questo argomento v., inoltre, volendo, S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, cit., pp. 78 ss.

¹¹⁹ Per quella formulata da Joerges su un nuovo *conflicts-of-law* come cifra della costituzione composita dell'Unione all'insegna dell'unità nella pluralità, v. più di recente C. JOERGES, S. GIUBBONI, *Diritto e politica nella crisi europea*, in «Rivista critica del diritto privato», 2013, 343 ss., spec. 365-367 (ove più ampi riferimenti). Per una proposta costruita su simili basi teoriche v. M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013. Una proposta più radicale – costruita a partire da una de-costituzionalizzazione del diritto euro-unitario del mercato – è quella di F. SCHARPF, *After the Crash*, cit., pp. 400 ss.

¹²⁰ G. MAJONE, *From Regulatory State to Democratic Default*, in *Journal of Common Market Studies*, 2014, pp. 1216 ss.

Laval, potevano – e dovevano – essere evidentemente decise in modo del tutto diverso.

La trasformazione di una previsione così debole come quella dell'art. 16 della Carta in un singolare parametro di controllo di costituzionalità potenzialmente incidente su qualunque limitazione della libertà economica dell'imprenditore è con ogni evidenza il frutto di un'operazione interpretativa tanto avventurosa quanto reversibile, per tornare all'insegnamento di Gérard Lyon-Caen. La stessa sentenza *AGET Iraklis* offre a ben vedere utili indicazioni in questo senso. Peraltro, per giungere a un risultato diverso, nel caso delle direttive in materia di trasferimento d'azienda e licenziamento collettivo non sarebbe stato neppure necessario scomodare il limite della funzione sociale della libertà d'impresa, potendo bastare una piana applicazione della dottrina tradizionale che consente sempre al legislatore nazionale – di fronte a misure di armonizzazione minima – di innalzare il livello di protezione in favore dei lavoratori, salvo che nelle ipotesi del tutto eccezionali di violazione *prima facie* del diritto primario dell'Unione¹²¹, ipotesi evidentemente esclusa nel nostro caso.

Ma anche restando dentro il campo semantico dell'art. 16, è evidente come si sia in presenza di una norma aperta alle più diverse opzioni interpretative, irriducibili al rattrappimento ideologico operato da *Alemo-Herron*, alla stregua delle quali l'autonomia contrattuale protetta dalla disposizione della Carta è sicuramente assoggettabile a limiti penetranti a tutela della «dignità sociale» di lavoratori¹²², che nel caso delle direttive sul trasferimento d'azienda o sul licenziamento collettivo sono – in parte e a livello minimo – dettati dallo stesso legislatore europeo, potendo senz'altro essere implementati da quello nazionale. Quei limiti, del resto, concorrono a ben vedere a definire lo stesso concetto di libertà d'impresa, nello stesso senso in cui il diritto del lavoro concorre – positivamente – a definire lo statuto giuridico dell'impresa come istituzione sociale complessa¹²³, nella quale confluiscono, e devono trovare una composizione mutevole nel tempo, i

¹²¹ V. per tutti M. DOUGAN, *Judicial Review*, cit., pp. 1222-1223.

¹²² M.W. HESSELINK, *The Justice Dimensions*, cit., 453; M.R. MARELLA, *The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe*, in *European Review of Contract Law*, 2006, n. 2, pp. 257 ss., spec. p. 274.

¹²³ Cfr. A. GRANDORI, *10 tesi sull'impresa*, Bologna, 2015.

diversi interessi «proprietary» degli *stakeholders*¹²⁴. E la «sicurezza del lavoro per i lavoratori» – per tornare all'opinione dell'Avvocato generale Wahl da cui siamo partiti – è senza dubbio uno dei più rilevanti di tali interessi.

¹²⁴ Cfr. diffusamente S. DEAKIN, *The Corporation as Commons: Rethinking Property Rights, Governance and Sustainability in the Business Enterprise*, in *Queen's Law Journal*, 2012, 37, n. 2, pp. 340 ss.

GLI STRANIERI E IL DIRITTO ALL'ABITAZIONE

di *Francesco Pallante*

SOMMARIO: 1. *Diritto all'abitazione e principio di uguaglianza (in senso formale)*; 2. *Il diritto all'abitazione nell'ordinamento e nella dottrina: 2.1. Gli interventi legislativi; 2.2. Accezione forte e accezione debole del diritto all'abitazione*; 3. *Il diritto all'abitazione degli stranieri*; 4. *Conclusione.*

1. Diritto all'abitazione e principio di uguaglianza (in senso formale)

Il diritto all'abitazione si colloca al crocevia di una pluralità di linee di tensione che attraversano il diritto costituzionale italiano contemporaneo: è considerato presupposto di molti diritti costituzionali¹; riflette la vigente concezione dei rapporti tra politica ed economia; contribuisce a definire il confine tra competenze statali e regionali²;

¹ Così T. MARTINES, *Il "diritto alla casa"*, in N. Lipari (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Laterza, Roma-Bari, 1974, pp. 392 ss., per il quale «l'abitazione costituisce punto di riferimento di un complesso sistema di garanzie costituzionali, e si specifica quale componente essenziale (oltre che presupposto logico) di una serie di "valori" strettamente legati a quel pieno sviluppo della persona umana che la Costituzione pone a base (assieme all'istanza partecipativa) della democrazia sostanziale» (specificando, poi, che tali valori sono, oltre al domicilio, la famiglia, la scuola, la salute, il lavoro). Analogamente F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 63, scrive che «il diritto all'abitazione è un diritto inviolabile anzitutto perché è deducibile da una pluralità di riferimenti costituzionali (artt. 2, 4, 13, 14, 16, 29, 30, 31, 32, 35, 36, 37, 38, 42 e 47) tutti rivolti a creare le condizioni minime di uno Stato sociale». Tra coloro che, più di recente, assumono questa prospettiva, cfr. Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, il Mulino, Bologna, 2014, p. 172 e S. CIVITARESE MATTEUCCI e G. GARDINI, *Diritto alla casa e uguaglianza sostanziale: dalla edilizia economica e popolare ai programmi di riabilitazione urbana*, in *Pausania.it*, pp. 7-8. *Contra* A. PACE, *Il convivente more uxorio, il «separato in casa» e il d.c. diritto «fondamentale» all'abitazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 1988, pp. 1801 ss., che denuncia l'atteggiamento della Consulta troppo orientato verso la scoperta di "nuovi" diritti.

² Sulla base della giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenze n. 94 del 2007, n. 166 del 2008, n. 209 del 2009 e n. 121 del 2010), la competenza legislativa in materia può essere, indicativamente, distinta in tre livelli: (a) spetta alla competenza esclusiva dello

rappresenta una delle principali criticità del governo degli insediamenti abitativi, soprattutto in conseguenza dei fenomeni migratori³.

A tale centralità fa, paradossalmente, da contraltare la mancata previsione, almeno in termini espliciti, del diritto in parola all'interno del dettato costituzionale. Se ne trova traccia nell'art. 47, co. 2, Cost., ma più come sbocco, per così dire, "naturale" del risparmio privato – «l'accesso alla proprietà dell'abitazione» – che come diritto a sé⁴. La parzialità della disciplina costituzionale è evidente, e non soltanto perché la proprietà di certo non esaurisce le modalità attraverso cui dare soddisfazione alle esigenze scaturenti dal bisogno di abitazione, ma anche perché sottesa resta la questione se la stessa acquisizione della proprietà possa, e in che limiti, realizzarsi anche al di fuori dei circuiti resi percorribili dal mercato.

Stato la determinazione del livello essenziale delle prestazioni inerenti al diritto all'abitazione (il che comporta, principalmente, l'individuazione dell'offerta minima di alloggi e la fissazione dei principi generali delle modalità di assegnazione); (b) spetta alla competenza concorrente la programmazione degli interventi di edilizia residenziale pubblica (essendo un profilo della materia «governo del territorio»); (c) spetta alla competenza residuale delle regioni la gestione del patrimonio di immobili riconducibili all'edilizia residenziale pubblica (anche con riferimento ai profili di assistenza sociale a ciò riconducibili). In argomento cfr. M. MEO, *Il diritto all'abitazione degli stranieri quale presupposto per un'effettiva integrazione*, in F. RIMOLI (a cura di), *Immigrazione e interazione. Dalla prospettiva globale alle realtà locali*, vol. I, Editoriale scientifica, Napoli 2014, pp. 415-417.

³ Cfr., per questa impostazione, F. BILANCIA, *Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 3-4, 2010, pp. 238-241.

⁴ E, per di più, a fianco all'accesso alla «proprietà diretta coltivatrice» e all'«investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese». Nega che dall'art. 47 Cost. possa farsi derivare un diritto all'abitazione D. SORACE, *A proposito di «proprietà dell'abitazione», «diritto all'abitazione» e «proprietà (civiltica) della casa»*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 1037-1038. Su analoga posizione, ma a condizione di considerare l'art. 47, co. 2, Cost. isolatamente, U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 30 (diverso se si considera il quadro costituzionale nel suo complesso, con riferimento in particolare agli artt. 31, 32, 36, 37, 38: U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, cit., pp. 31 ss.). A proposito del dato testuale sul diritto all'abitazione, merita rilevare che, pur nella sua laconicità, il dettato dell'art. 47, co. 2, Cost. mostra una sorprendente attualità: la «tutela» del «risparmio popolare» come strumento di «accesso alla proprietà dell'abitazione» è esattamente quel che è mancato nella vicenda dei c.d. mutui *subprime*, a quanto pare il fattore scatenante della crisi che, dal 2008, sta colpendo l'intera economia mondiale (la notazione è di F. BILANCIA, *Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione*, cit., pp. 245 ss.; cfr. altresì P. CHIARELLA, *Il diritto alla casa: un bene per altri beni*, in *Tigor: rivista di scienze della comunicazione*, n. 2, luglio-dicembre 2010, pp. 140 ss.).

A favore di un'accezione del diritto all'abitazione più ampia di quella che si potrebbe ricavare ragionando in termini strettamente economici depone senz'altro il diffuso riconoscimento – dovuto inizialmente alla dottrina, poi anche alla giurisprudenza – del diritto all'abitazione come diritto sociale, vale a dire come elemento che contribuisce a definire quel quadro volto alla realizzazione sostanziale, e non solo formale, del principio di eguaglianza, che l'art. 3, co. 2, Cost. pone, assieme ad altri, a fondamento dell'edificio costituzionale⁵. Con il che, però, subito si apre la questione inerente al grado di effettività assicurabile al diritto stesso. Che cosa significa, concretamente, riconoscere il diritto all'abitazione nel novero dei diritti sociali costituzionalmente garantiti? Che i poteri pubblici hanno il dovere di garantire a tutti l'accesso a un'abitazione, quale che sia il titolo legale reso disponibile? O la garanzia implica, più rigidamente, l'acquisto in proprietà? E come si configura il corrispettivo di tale dovere: come diritto immediatamente azionabile (alla stregua del diritto alla salute) o come vincolo anzitutto politico (com'è per il diritto al lavoro)? E ancora, con più specifico riferimento all'oggetto di questo scritto: a chi spetta il diritto all'abitazione? Ai soli cittadini o anche agli stranieri residenti?

Il presente lavoro non pretende di offrire esaustiva risposta a queste domande. Più limitatamente – appoggiandosi alla riflessione dottrinale in materia e tenendo presente, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale, il quadro normativo di riferimento – intende concentrarsi sull'ultima questione sollevata: valutare se ai residenti stranieri sia garantita parità di trattamento rispetto ai cittadini italiani nelle politiche inerenti al diritto all'abitazione. Il punto che si vorrebbe chiarire, in altri termini, non è se a fronte della domanda di “casa” proveniente dai residenti stranieri bisognosi il diritto all'abitazione sollevi peculiari questioni riconducibili al profilo sostanziale del principio di eguaglianza, ma se a fronte della domanda di “casa” proveniente dai residenti in Italia bisognosi, siano essi italiani o stranieri, vi sia un problema di rispetto del principio di eguaglianza in senso formale tra i primi e i secondi. Così inquadrata, la questione pare, peraltro, riconducibile a un interrogativo più ampio, inerente alla diversità di trattamento – se non all'aperta discriminazione – che negli ultimi anni è

⁵ È un riconoscimento che ricorre senza eccezioni: per autorevolezza, può essere qui sufficiente rinviare a T. MARTINES, *Il “diritto alla casa”*, cit., pp. 391 ss. e F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 61 ss.

stata riservata agli stranieri in una pluralità di ambiti costituzionalmente rilevanti: la libertà di associazione, la libertà di riunione, il diritto allo studio, il diritto all'iscrizione anagrafica, la libertà di professare la propria fede religiosa, e via dicendo⁶.

2. Il diritto all'abitazione nell'ordinamento e nella dottrina

Centrali, per il riconoscimento esplicito del diritto all'abitazione nell'ordinamento costituzionale italiano, sono le sentenze della Corte costituzionale n. 49 del 1987, n. 217 del 1988 e n. 404 del 1988⁷. In quest'ultima pronuncia, assumendo la prospettiva dei poteri pubblici, la Consulta configura la disciplina costituzionale sull'abitazione nei termini di un «dovere collettivo di “impedire che delle persone possano rimanere prive di abitazione” [sentenza n. 49 del 1987]» e precisa che tale dovere assume una duplice valenza: da un lato, «connota [...] la forma costituzionale di Stato sociale»; dall'altro lato, «riconosce un diritto sociale all'abitazione collocabile fra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 della Costituzione». Ne deriva che, tra i «compiti cui lo Stato non può abdicare in nessun caso», al fine di «creare le condizioni minime di uno Stato sociale», rientra quello di

⁶ Il fenomeno ha particolarmente interessato la produzione normativa comunale attraverso le ordinanze dei sindaci. Un'impressionante panoramica della sfrenata fantasia discriminatoria di molti amministratori locali, non solo in materia abitativa, può essere consultata sul sito dell'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI) all'indirizzo: <http://www.asgi.it/tematica/discriminazioni/>. La maggior parte dei provvedimenti normativi discriminatori adottati dagli enti locali sono poi stati annullati dalla magistratura ordinaria; meno sensibile al tema della discriminazione si è invece mostrata la magistratura amministrativa (si pensi, per esempio, alla sentenza del TAR Piemonte n. 323 del 2002, che non ha ritenuto di dover annullare il bando del Comune di Torino che consentiva il concorso degli stranieri solo a condizione che svolgessero un'attività lavorativa in Italia da almeno tre anni).

⁷ Più prudenti erano state la sentenza n. 45 del 1980, l'ordinanza n. 128 del 1980 e la sentenza n. 252 del 1983 (che, come dice la Corte stessa, «non aveva[no] dato il dovuto rilievo all'abitazione come bene primario»). Cfr., in argomento, S. SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1, 2012, pp. 8-12. G.F. FERRARI, «Diritto alla casa» e interesse nazionale, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 1988, p. 843 fa notare come, sulla base della giurisprudenza costituzionale antecedente alla sentenza n. 217 del 1988, la dottrina fosse, generalmente, indotta a ritenere che «nel sistema costituzionale-amministrativo italiano il diritto alla casa non potesse intendersi riconosciuto in forma diretta né come precondizione per l'esercizio effettivo di altri diritti a piena protezione costituzionale».

«concorrere a garantire al maggior numero di cittadini possibile un fondamentale diritto sociale, quale quello all'abitazione», così contribuendo «a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana» (sentenza n. 217 del 1988).

Una posizione assai netta, che non scaturisce, peraltro, esclusivamente dalla ricostruzione giurisprudenziale del dettato costituzionale, bensì anche dal riconoscimento dell'esistenza di vincoli di diritto positivo, riconducibili all'ordinamento internazionale. La Corte ricorda la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 (art. 25) e il Patto internazionale dei diritti economici, sociali e culturali del 1966 (art. 11), ma meritano di essere richiamati anche la Convenzione internazionale per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965 (art. 5), la Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne del 1979 (art. 14), la Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo del 1989 (art. 27) e, nell'ambito del Consiglio d'Europa, la Carta sociale europea del 1961 e 1996 (artt. 30 e 31)⁸. Interessante notare come anche il diritto internazionale pattizio tenda a ricostruire il diritto all'abitazione nel quadro di una più ampia aspettativa, di cui sarebbero titolari tutti gli esseri umani, a condurre un'esistenza realmente dignitosa, ottica nella quale l'aver una "casa" si pone come strumento particolarmente idoneo a combattere l'emarginazione sociale e la povertà.

2.1. Gli interventi legislativi

In questo quadro – scrive ancora la Consulta (sentenza n. 217 del 1988) – la soddisfazione del diritto sociale alla casa richiede «l'impegno concorrente del complesso dei poteri pubblici rientranti nel concetto di Repubblica», il cui scopo deve essere la realizzazione di misure che soddisfino l'«inderogabile imperativo costituzionale di ridurre la distanza o la sproporzione nel godimento dei beni giuridici primari». Non ci si può arrestare, insomma, al riconoscimento del diritto; occorre agire per renderlo effettivo in capo al novero più ampio possibile di cittadini, facendo così fronte «alla acuta tensione tra il ri-

⁸ Sull'abitazione nella Carta sociale europea cfr. G. GUIGLIA, *Il diritto all'abitazione nella Carta sociale europea: a proposito di una recente condanna dell'Italia da parte del Comitato europeo dei diritti sociali*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2011.

conoscimento di un diritto sociale fondamentale, quello all'abitazione, e la situazione reale, caratterizzata da una preoccupante carenza di effettività dello stesso diritto». In particolare, due linee d'intervento sembrano prefigurabili: in primo luogo, l'incremento del numero delle abitazioni disponibili, da ottenersi tramite la realizzazione di un sistema di edilizia residenziale pubblica, che provveda alla costruzione di nuove unità abitative e alla loro assegnazione ai bisognosi⁹; in secondo luogo, la tutela della parte debole nei rapporti contrattuali di diritto privato – caso tipico, il rapporto di locazione – che vedono entrare in relazione il proprietario di un immobile e un soggetto interessato a fare di quell'immobile il proprio luogo di abitazione¹⁰.

Gli interventi del primo tipo (edilizia residenziale pubblica) si snodano, sia pure a pause alterne, lungo tutto l'arco della storia repubblicana (i primi interventi, a livello comunale, risalgono agli inizi del Novecento e vengono, poi, sviluppati dal regime fascista)¹¹. Tappe principali possono essere considerate¹²: (1) il c.d. piano INA-casa (legge 28 febbraio 1949, n. 43)¹³; (2) il c.d. piano Gescal – Gestione Case per i lavoratori (legge 14 febbraio 1963, n. 60); (3) la razionalizzazione degli IACP e l'istituzione del Comitato edilizia residenziale (Cer) come “cabina di regia” centralizzata a livello statale (legge 22

⁹ Più precisamente, si distingue tra (P. URBANI, *L'edilizia residenziale pubblica tra Stato e autonomie locali*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 3/4, 2010, p. 252): (a) edilizia sovvenzionata: è quella che «fruisce di contributo diretto dello Stato ed è finalizzata a realizzare alloggi da destinare permanentemente in locazione agli aventi titolo (in base a parametri legati al reddito e alla categoria lavorativa) destinati a ruotare man mano che gli assegnatari escono dai parametri reddituari»; (b) edilizia agevolata: è quella «diretta alla proprietà della casa per categorie “protette o corporative” con la previsione di agevolazioni statali circa la copertura degli interessi sui mutui contratti dagli assegnatari»; (c) edilizia convenzionata: è quella «diretta anch'essa alla proprietà della casa e per specifiche categorie che si avvale di prezzi di locazione o di acquisto successivo a prezzi calmierati in base a convenzioni stipulate con i Comuni». In argomento cfr. altresì M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 1957, pp. 118 ss.

¹⁰ Cfr. Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, cit., p. 173.

¹¹ Vengono in rilievo, in proposito, la legge 31 maggio 1903, n. 251 (c.d. legge Luttazzi), che istituì i primi IACP (Istituti Autonomi per le Case Popolari) e il TU 28 aprile 1938, n. 1165.

¹² Per una ricostruzione complessiva cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'evoluzione della politica della casa in Italia*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1, 2010, pp. 163-210.

¹³ Ricostruisce quello che può essere considerato il più rilevante intervento in materia P. DI BIAGI, *La grande ricostruzione. Il piano Ina-Casa e l'Italia degli anni cinquanta*, Donzelli Editore, Roma, 2001.

ottobre 1971, n. 865); (4) il coinvolgimento degli enti territoriali con funzioni di programmazione locale, per quanto riguarda le regioni, e assegnazione degli alloggi, per quanto riguarda i comuni (d.lgs. 24 luglio 1977, n. 616); (5) il c.d. piano decennale per l'edilizia residenziale (legge 5 agosto 1978, n. 457); (6) gli interventi di recupero del patrimonio esistente (legge 17 febbraio 1992, n. 179) e di alienazione del patrimonio (legge 24 dicembre 1993, n. 560). In esito, si pone quello che, in conseguenza del passaggio delle principali competenze in materia dallo Stato alle regioni (d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, prima; revisione del Titolo V, poi), può essere considerato il vero e proprio «collasso del sistema», segnato dal crollo delle risorse pubbliche destinate alla realizzazione del diritto in esame (nonostante il piano nazionale di edilizia abitativa di cui alla legge 25 giugno 2008, n. 133¹⁴)¹⁵. Oggi si stima che l'edilizia residenziale pubblica sia in grado di far fronte alle esigenze abitative di 700 mila famiglie, pari ad appena un terzo di quelle che avrebbero realmente necessità di un alloggio¹⁶.

¹⁴ Sul piano-casa del 2008 (art. 11, legge 6 agosto 2008, n. 133) si veda P. CHIARELLA, *Il diritto alla casa: un bene per altri beni*, cit., pp. 147 ss.

¹⁵ Così P. URBANI, *L'edilizia residenziale pubblica tra Stato e autonomie locali*, cit., p. 251. In particolare, l'autore fa notare come le risorse destinate alla realizzazione del diritto all'abitazione siano passate dal 26% degli investimenti totali degli anni Cinquanta a meno dell'1% degli anni Duemila (a fronte di una quota di popolazione priva di una casa di proprietà che si stima ammontare, ancora oggi, ad almeno il 20% del totale). Secondo i dati del Centro di Ricerche sulla Gestione dell'Assistenza Sanitaria e Sociale (CeRGAS) dell'Università Bocconi (maggio 2013), l'Italia riserva alle politiche abitative appena lo 0,09% delle proprie spese per il *welfare*, contro l'1,19% del Regno Unito, il 2,05% della Germania e il 2,62% della Francia. A incidere su questo dato – come rilevato da E. PONZO, *L'articolo 5 del "Piano Casa" del governo Renzi. Un dubbio bilanciamento tra esigenze di legalità e diritto alla casa*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2014, p. 2 – è anche la circostanza che gli ultimi interventi in materia sono ispirati, diversamente dal passato, più dall'intento di rilanciare il settore edilizio, per sostenere la ripresa economica, che dalla volontà di far fronte al problema abitativo delle fasce di popolazione maggiormente disagiate. In argomento cfr. altresì G. SIRIANNI, *Il disagio abitativo*, in C. Pinelli (a cura di), *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, Passigli Editori, Bagno a Ripoli, 2012, pp. 247 ss. e G. SCOTTI, *Il diritto alla casa tra la Costituzione e le Corti*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), Rassegna n. 9 del 2015, pp. 17 ss.

¹⁶ Il dato viene da un'indagine condotta da Nomisma per Federcasa nel gennaio del 2016. Lo stesso studio segnala come le famiglie con disagio abitativo, oggi ammontanti a 1 milione e 600 mila, fossero 650 mila negli anni Novanta. A integrare tali dati può essere utile ricordare che, secondo l'Istat, le persone che in Italia risultano senza fissa dimora sono almeno 50 mila (cfr. audizione di Cristina Freguja, direttore centrale delle statistiche

Quanto agli interventi del secondo tipo (limitazioni alla libertà contrattuale dei privati nelle locazioni immobiliari per uso abitativo), meritano soprattutto di essere ricordate la legge 27 luglio 1978, n. 392, che ha predefinito la durata delle locazioni abitative e previsto, come corrispettivo, un canone prefissato dalla legge in base alle caratteristiche dell'immobile locato (c.d. equo canone, venuto poi meno nel 1998), e i numerosi provvedimenti legislativi che, a partire dal 1979, hanno costantemente rinnovato la sospensione degli sfratti per rilascio di immobili, tanto per fine locazione, quanto per morosità (c.d. blocco degli sfratti).

L'insieme di questi interventi rende evidente, nel frangente storico di fine degli anni Settanta, il tentativo, da parte del legislatore, di intervenire organicamente sulla materia, da un lato prevedendo il rilancio delle misure di edilizia residenziale pubblica, dall'altro adottando provvedimenti-tampone (il riferimento è soprattutto al blocco degli sfratti) volti a sopperire a quella che poteva immaginarsi essere una carenza di alloggi temporanea e in via di superamento. In realtà, le cose andarono poi diversamente da quanto previsto, in particolare con riferimento alla seconda tipologia di interventi, che risultò, quanto all'equo canone, largamente elusa nelle contrattazioni private e, quanto al blocco degli sfratti, oggetto delle censure della Corte costituzionale per la trasformazione del suo carattere temporale da transitorio a permanente (sentenze n. 310 del 2003 e n. 155 del 2004).

Quanto agli ultimi orientamenti normativi, sembra di poter dire che il problema abitativo delle fasce di popolazione maggiormente disagiate sia sempre meno presente nell'orizzonte di azione del legislatore. A fronte di un contesto in cui l'Unione Inquilini denuncia 80 mila sentenze di sfratto all'anno (di cui 30 mila eseguite con il ricorso alla forza pubblica)¹⁷, due provvedimenti meritano, in particolare, di essere brevemente ricordati: (1) il d.-l. 28 marzo 2014, n. 47 (convertito in legge 23 maggio 2014, n. 80), il cui art. 5 mira a contrastare il fenomeno dell'occupazione abusiva degli immobili, sancendo il divieto di concessione della residenza anagrafica e la nullità dei contratti di allaccio o voltura delle utenze di gas, acqua, elettricità e telefono (previ-

socio-economiche dell'Istat, innanzi alle Commissioni Lavoro e Affari sociali della Camera svoltasi il 16 marzo 2016).

¹⁷ Notizia riportata su *Il Manifesto*, 28.10.2016.

sione, quest'ultima, che ha causato non poche preoccupazioni ai sindaci, spesso chiamati a scegliere, specie in presenza di minori o anziani, tra il rispetto della legge e la salvaguardia di esigenze inerenti alla tutela dell'ordine pubblico e sanitario)¹⁸; (2) il d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72, recante attuazione della direttiva 2014/17/UE, in cui si prevede che, in caso di mancato pagamento di diciotto rate di mutuo, anche non consecutive, da parte del mutuatario, la banca titolare dell'ipoteca possa procedere alla vendita dell'immobile direttamente, senza dover sottostare ai vincoli previsti in caso di vendita tramite intervento dell'autorità giudiziaria¹⁹.

2.2. Accezione forte e accezione debole del diritto all'abitazione

L'incisività – almeno potenziale – di alcuni di tali interventi normativi, unita alla perentorietà di alcune affermazioni della Consulta e all'evoluzione della giurisprudenza di merito, ha indotto parte degli studiosi della materia a ricostruire il diritto costituzionale all'abitazione in un'accezione “forte”, tale per cui esso configurerebbe un vero e proprio diritto soggettivo a ricevere un'abitazione (a qualsiasi titolo: proprietà, locazione o assegnazione) o a conservarla qualora la si fosse già ricevuta (la giurisprudenza di merito degli anni Settanta ha parlato, in proposito, di «diritto alla stabilità di godimento del proprio alloggio»)²⁰. All'estremo di tale posizione²¹ si pone chi arriva

¹⁸ Il caso forse più noto è quello del sindaco di Bologna, Virginio Merola, iscritto nel registro degli indagati dalla Procura della sua città per il reato di abuso di ufficio per aver disposto l'allaccio dell'acqua a due edifici occupati abusivamente (cfr. *Il Corriere di Bologna*, 22 luglio 2015). In dottrina si veda E. PONZO, *L'articolo 5 del “Piano Casa” del governo Renzi. Un dubbio bilanciamento tra esigenze di legalità e diritto alla casa*, cit.

¹⁹ Si legga, in argomento, la scheda di lettura predisposta dai servizi studi di Camera e Senato, consultabile sul [sito istituzionale della Camera dei Deputati](#).

²⁰ La dottrina, sulla scia di F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 58, tende a distinguere le posizioni relative all'accesso e alla conservazione parlando, rispettivamente, di «accezione forte» e di «accezione intermedia» del diritto all'abitazione. Qui si propone, invece, di considerarle espressione di una medesima accezione «forte», declinata diversamente a seconda che l'accesso all'abitazione (a qualsiasi titolo) debba ancora avvenire o già sia avvenuto. Per alcuni esempi di come la giurisprudenza comune abbia trattato il tema del diritto all'abitazione cfr. S. SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 11.

²¹ A tale filone possono essere ascritti, oltre al contributo di A. GIORGIS, *Il diritto costituzionale all'abitazione. I presupposti per una immediata applicazione giurisprudenziale*, in *Questione giustizia*, n. 6, 2007, pp. 1129-1138, F. CORVAJA, *L'accesso dello straniero extracomunitario all'edilizia residenziale pubblica*, in *Diritto immigrazione cittadinanza*, n. 3, 2009,

a ipotizzare la configurabilità di un ricorso giudiziale volto a ottenere (eventualmente anche in via d'urgenza, *ex art. 700 c.p.c.*) effettiva tutela del diritto qualora i pubblici poteri non si fossero attivati per rendere realmente esercitabile quanto costituzionalmente previsto. In questo modo di intendere il diritto all'abitazione, ciascun essere umano, non importa se cittadino o meno, risulterebbe titolare di un «vero e proprio diritto soggettivo alla casa»²² a condizione che: (1) il bene «abitazione adeguata» sia considerato essenziale; (2) tale bene sia già realizzato per iniziativa di un soggetto pubblico o privato; (3) esista una struttura organizzativa pubblica alla quale sia stato attribuito dal legislatore il compito di assicurare l'attuazione del diritto all'abitazione. La prima condizione è soddisfatta dall'assunzione di una prospettiva interpretativa della Costituzione *magis ut valeat*²³ (e comunque è stata fatta propria dalla stessa Corte costituzionale); la seconda dalla constatazione della presenza, specie nei centri urbani, di numerose abitazioni non abitate; la terza dalle previsioni legislative che attribuiscono a Stato, regioni ed enti locali il compito di attuare i precetti costituzionali in materia di abitazione: ne consegue che i giudici sono, effettivamente, nella condizione di «ordinare l'assegnazione di un alloggio (di edilizia pubblica) o, in alternativa, l'erogazione di una somma di denaro, pur non prevista nel bilancio nazionale, regionale e locale, tale da consentire anche ai meno abbienti di disporre di una abitazione adeguata»²⁴. Una posizione, questa, che sembra trovare conforto nell'atteggiamento di chi ritiene che il riconoscimento di un diritto in Costituzione imponga alla politica il dovere di dargli attuazione anche attraverso la destinazione a bilancio delle necessarie risorse finanziarie: per le spese che corrispondono a veri e propri diritti di prestazione sanciti dalla Costituzione, infatti, «non c'è politica (e

pp. 89 ss., G. GILARDI, *Abitare: un diritto, non una semplice aspettativa*, in *Questione giustizia*, n. 1, 2008, pp. 111 ss., M. GOLINELLI, «La casa è il mio mondo». *I migranti e la questione abitativa*, in *Questione giustizia*, n. 1, 2008, pp. 136 ss.

²² A. GIORGIS, *Il diritto costituzionale all'abitazione. I presupposti per una immediata applicazione giurisprudenziale*, cit., p. 1132.

²³ Secondo quanto sostenuto da V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 11. Più in generale, sui diversi modi possibili di intendere la Costituzione, cfr. M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Franco Angeli, Milano, 1982.

²⁴ A. GIORGIS, *Il diritto costituzionale all'abitazione. I presupposti per una immediata applicazione giurisprudenziale*, cit., p. 1134.

quindi nemmeno dipendenza da *interpositio* di valutazioni discrezionali del legislatore) ma solo giurisdizione in nome della Costituzione»²⁵.

Al capo opposto della parabola interpretativa vi sono coloro che sostengono un'interpretazione in senso "debole" del diritto in questione²⁶. Assumendo questa prospettiva, si argomenta che il diritto all'abitazione va configurato come «un diritto strumentale rispetto ad altre situazioni soggettive riconosciute di bisogno»²⁷, situazioni tra cui vengono particolarmente in rilievo i diritti della famiglia di fatto, quale «tipo di formazione sociale in cui si svolge la personalità umana riconosciuta e protetta dall'art. 2 Cost.»²⁸. Ecco, allora, il riconoscimento del diritto a succedere nel contratto di locazione, in caso di morte del conduttore, a favore: del convivente *more uxorio*; del coniuge separato di fatto, se tra i coniugi era stata convenuta la conservazione dell'abitazione per uno solo di essi; del già convivente quando vi sia prole naturale; dei figli di un figlio premorto del conduttore, se conviventi con quest'ultimo sino al momento del decesso²⁹. Si comprende la "debolezza" dell'accezione qui riassunta: il diritto alla casa può, sì, porsi come «obiettivo di un programma del legislatore e dei pubblici poteri» – programma che «può ritenersi, al limite, persino implicitamente imposto [...] dalla Costituzione» – ma non può giungere a «negare la proprietà privata, la libera iniziativa economica e quindi il libero mercato anche soltanto nel settore della offerta e della domanda delle abitazioni»³⁰.

²⁵ G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c. della Costituzione*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 8 e 9 novembre 1991, Giuffrè, Milano, 1993, p. 24.

²⁶ Emblematica la collocazione di F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 58 ss. e P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 424 ss.

²⁷ F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 58.

²⁸ F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 63.

²⁹ Si vedano, rispettivamente, le sentenze n. 45 del 1980, n. 404 del 1988, n. 423 del 1988, n. 545 del 1989, n. 28 del 1990, n. 394 del 2005 della Corte costituzionale. S. SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 10 mette peraltro in luce una certa contraddittorietà nell'orientamento della Corte costituzionale che, se da un lato proclama il diritto all'abitazione fondamentale per tutelare la dignità umana, dall'altro consente la successione nel contratto di locazione del convivente solo in presenza di figli (ordinanze n. 204 del 2003 e n. 7 del 2010).

³⁰ F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 58.

L'articolazione delle posizioni dottrinali pone, in definitiva, l'osservatore di fronte a un diritto «di grandi incertezze»³¹, la cui compiuta definizione – come per tutti i diritti sociali – è suscettibile di continua rielaborazione da parte della giurisprudenza (costituzionale e comune), oggi più che mai costretta a misurarsi con i sempre più stringenti vincoli cui sono sottoposte le finanze pubbliche. In quest'ottica, sembra assumere rinnovata attualità la sentenza n. 252 del 1989 (poi ripresa dalla sentenza n. 121 del 1996), in cui la Corte costituzionale afferma che il diritto all'abitazione «come ogni altro diritto sociale ... è diritto che tende ad essere realizzato in proporzione delle risorse della collettività», per cui «solo il legislatore, misurando le effettive disponibilità e gli interessi con esse gradualmente soddisfatti, può razionalmente provvedere a rapportare mezzi a fini, e costruire puntuali fattispecie giustificabili espressive di tale diritto fondamentale» (fattispecie che dovrebbero corrispondere al nucleo minimo essenziale del diritto stesso). Benché, dal punto di vista teorico, si tratti di una posizione «riduttiva», dal punto di vista pratico sarebbe già molto, posto che, al momento, gli interventi a sostegno della diffusione della casa sembrano usciti dall'orizzonte delle priorità della politica.

3. Il diritto all'abitazione degli stranieri

Nel passare a trattare i profili più direttamente legati al diritto degli stranieri all'abitazione, occorre anzitutto accennare alla giurisprudenza della Corte costituzionale in base alla quale «il principio di uguaglianza quando viene riferito al godimento di diritti inviolabili dell'uomo non tollera discriminazioni neanche tra la posizione del cittadino e quella dello straniero». Ne consegue che, avendo la Corte stessa riconosciuto il diritto all'abitazione quale diritto sociale fondamentale, in quanto «volto ad assicurare la soddisfazione di bisogni essenziali», nel nostro ordinamento costituzionale il diritto stesso «spetta potenzialmente a tutti gli esseri umani. L'unico requisito che l'individuo e/o la famiglia devono possedere per essere titolari del diritto in esame, al di

³¹ L'espressione ricorre sia in F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 58, sia in P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., p. 424.

lità della condizione di oggettivo bisogno, è quello di essere sottoposti (anche secondo quanto prescrivono le norme costituzionali e di legge sul diritto di asilo e di immigrazione) alla sovranità dello Stato: altri aspetti, compreso lo stato legale di cittadinanza, non dovrebbero assumere alcun rilievo»³².

Oltre che dall'interpretazione sistematica delle disposizioni costituzionali, questa posizione riguardo al diritto all'abitazione degli stranieri è suffragata dal diritto internazionale ed europeo. Per il primo, il riferimento va alla Convenzione su lavoratori migranti del 1949, promossa dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro, che impone agli Stati di riconoscere ai lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti e ai loro familiari un trattamento non meno favorevole rispetto ai cittadini nell'accesso all'alloggio (art. 6). Quanto al secondo, il divieto di discriminazione tra cittadini europei e tra questi e gli stranieri è sancito a partire dai Trattati fondamentali (e specialmente dall'art. 10 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dall'art. 21 della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione europea). Con riguardo particolare, poi, ai migranti aventi cittadinanza di Stati terzi, la direttiva 2003/109/CE del Consiglio europeo, del 25 novembre 2003, prevede che coloro che risultano titolari di permesso di soggiorno per soggiorn-

³² A. GIORGIS, *Il diritto costituzionale all'abitazione. I presupposti per una immediata applicazione giurisprudenziale*, cit., p. 1130, nota 3. Le pronunce cui si fa riferimento nel testo citato sono principalmente le sentenze n. 10 del 1993, n. 198 del 2000, n. 105 del 2001, n. 252 del 2001, n. 222 del 2004, n. 224 del 2005, n. 432 del 2005 (ciò non toglie che anche precedentemente vi fossero già state decisioni in argomento: soprattutto le sentenze n. n. 120 del 1967 e n. 104 del 1969); tutte queste pronunce muovono dal dato letterale dell'art. 2 Cost., che riferisce i diritti inviolabili all'uomo e non al cittadino. In generale, per un quadro sulla posizione costituzionale dello straniero cfr. V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno Annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti. Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Jovene, Napoli 2010, pp. 3-23 (con i riferimenti ivi contenuti). Più complesso il discorso in ordine ai diritti degli stranieri presenti irregolarmente sul territorio nazionale: da un lato, è chiaro infatti che la loro posizione non può essere ragionevolmente equiparata a quella degli stranieri "regolari"; dall'altro lato, però, è altresì evidente che, almeno con riguardo alle situazioni in cui sono chiamati in causa diritti fondamentali (tra tutti: la salute), un atteggiamento di totale chiusura sarebbe incompatibile con il quadro costituzionale generale (su ciò, anche con riguardo a quanto stabilito dall'art. 35, co. 3, TUI, si veda la sentenza della Corte costituzionale n. 252 del 2001, in cui si afferma che il diritto alla salute spetta anche allo straniero irregolarmente presente sul territorio nazionale; in dottrina, con riferimento anche al diritto all'abitazione, cfr. F. SCUTO, *Il diritto sociale alla salute, all'istruzione e all'abitazione degli stranieri «irregolari»: livelli di tutela*, in *Rassegna parlamentare*, n. 2, 2008, pp. 381 ss.).

nanti di lungo periodo (rilasciabile a condizione di essere residenti regolari da almeno cinque anni e disporre di risorse sufficienti per provvedere alle esigenze proprie e della propria famiglia) abbiano diritto a ricevere lo stesso trattamento dei cittadini nazionali riguardo all'accesso alla procedura per l'ottenimento di un alloggio (art. 11).

Buona parte della normativa italiana in materia di attuazione del diritto all'abitazione degli stranieri risulta, tuttavia, segnata da un rispetto più apparente che reale delle prescrizioni internazionali, sovranazionali e costituzionali in tema di uguaglianza tra italiani e stranieri. Se, per un verso, infatti, l'art. 41 del Testo Unico sull'Immigrazione (TUI: d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, come successivamente modificato e integrato) riconosce che tutti gli stranieri titolari di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno della durata di almeno un anno «sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale», per altro verso, l'art. 40, co. 6, del medesimo TUI limita l'accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica (e alle altre misure rivolte ad agevolare l'accesso alla casa) ai soli stranieri titolari di carta di soggiorno (ora: permesso di soggiorno di lungo periodo) o di un permesso di soggiorno almeno biennale esercitanti regolare attività lavorativa (requisito non richiesto agli italiani e che – evidentemente – viola il principio di pari trattamento)^{33 34}. A ciò si aggiunga che l'art. 11 del d.-l. 25 giugno 2008, n. 112 (convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133), istitutivo di un Piano nazionale di edilizia abitativa, prevede che pos-

³³ La disposizione è stata oggetto di rinvio alla Corte costituzionale da parte del TAR Lombardia, ma la questione si è conclusa con una dichiarazione di manifesta inammissibilità da parte della Corte costituzionale (ordinanza n. 76 del 2010). Per un approfondimento cfr. M. MEO, *Il diritto all'abitazione degli stranieri quale presupposto per un'effettiva integrazione*, cit., pp. 422-426.

³⁴ L'accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica è, peraltro, solo una delle misure previste dalla legge per far fronte alle esigenze abitative degli stranieri, graduabili secondo una scala che va dalla prima accoglienza (presso centri in cui dovrebbero essere garantiti, oltre alloggio e vitto, anche una formazione di base linguistica e professionale), alla seconda accoglienza (pensionati a prezzi calmierati, accessibili anche a cittadini italiani), all'assegnazione di abitazioni di edilizia residenziale pubblica, all'accesso al credito agevolato per acquisto o locazione. Per approfondire cfr. P. BONETTI e L. MELICA, *L'accesso all'alloggio*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padova 2004, pp. 1017 ss. e B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno Annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti. Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Jovene, Napoli 2010, pp. 178-190.

sano accedere alle abitazioni di edilizia residenziale e alle altre misure preposte all'attuazione del diritto alla casa, oltre agli italiani bisognosi (nuclei familiari e giovani coppie a basso reddito, studenti fuori sede, soggetti sottoposti a procedure esecutive di rilascio), anche gli stranieri a basso reddito, ma a condizione che risultino «residenti da almeno dieci anni nel territorio nazionale ovvero da almeno cinque anni nella medesima regione»³⁵. In sintesi: il requisito, che inizialmente pareva essere il permesso di soggiorno annuale, si “gonfia” rapidamente, divenendo dapprima permesso di soggiorno biennale³⁶ e poi residenza decennale sul territorio nazionale (non a caso, la medesima durata necessaria per poter richiedere la cittadinanza)³⁷ e quinquennale su quello regionale.

Se, poi, ancora si considera: (1) che il TUI prevede che il permesso di soggiorno possa essere rilasciato e rinnovato solo a condizione, tra l'altro, che lo straniero disponga di un'abitazione «adeguata» (vale a dire rispondente ai requisiti igienico-sanitari stabiliti dalla legge) – e ciò che il permesso sia richiesto per motivi di lavoro (subordinato o autonomo: artt. 22 e 26, TUI), per ricongiungimento familiare (art. 29, TUI) o, sia pure con riferimento all'accompagnatore, per cure mediche (art. 36, TUI) – e (2) che la stessa direttiva 2003/109/CE è stata attuata dal d.lgs. 8 gennaio 2007, n. 3, aggiungendo, alle condizioni richieste dal diritto europeo, l'ulteriore condizione della previa disponibilità di un alloggio per poter ottenere il permesso di soggiorno di lungo periodo; se, appunto, tutto ciò si considera, allora non sembra fuori luogo affermare che la legislazione italiana in tema di accesso all'abitazione da parte degli stranieri risulta, nel suo complesso, segnata da un cortocircuito logico: di fatto, per il non-cittadino, l'accesso al diritto

³⁵ Chi in dottrina ritiene incostituzionale il requisito della lunga residenza sul territorio statale e regionale suggerisce di interpretare la disposizione legislativa nel senso che gli stranieri hanno di concorrere all'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica in base a tutti i titoli elencati e, in più, se lungoresidenti a basso reddito, anche in assenza di tali titoli (così B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino*, cit., pp. 183-184). È chiaro, però, che l'intenzione del legislatore muoveva esattamente in senso opposto.

³⁶ Va ricordato, in proposito, che il TUI stesso prevede che il permesso di soggiorno può avere durata non superiore a un anno per gli stranieri con contratto di lavoro a tempo determinato e non superiore a due anni per gli stranieri con contratto di lavoro a tempo indeterminato.

³⁷ La notazione è di P. CHIARELLA, *Il diritto alla casa: un bene per altri beni*, cit., pp. 147-148.

all'abitazione è effettivo solo a condizione ... che egli risulti già titolare della disponibilità del bene oggetto di quel medesimo diritto! Naturalmente non si può escludere un'utile applicazione della normativa in argomento qualora, una volta effettuato l'ingresso, il migrante dovesse incorrere in situazioni di bisogno inizialmente non sussistenti; ma ciò non toglie che il sistema, per come è configurato nella sua ordinarietà, vanifica buona parte della portata protettiva del diritto all'abitazione, essendo evidente che la carenza di un alloggio adeguato è difficoltà che colpisce i migranti nella fase iniziale dell'emigrazione ben più che una volta che si sia stabilizzata la loro condizione. Il risultato è che, lungi dal porsi come esigenza collocata su un piano di parità con quella analogamente esprimibile da un cittadino italiano, la disponibilità di «un alloggio adeguato costituisce per lo straniero – prima ancora che l'oggetto di un diritto – la condizione per poter aspirare alla concessione stessa di un permesso di soggiorno (quindi un onere)»³⁸.

Tra italiani e stranieri, sussistono, poi, due ulteriori significativi elementi di discriminazione, uno di rilievo pubblicistico, l'altro privatistico.

Con riguardo al profilo pubblicistico³⁹, il riferimento va alla normativa regionale e locale che fa dipendere dalla cittadinanza italiana o dalla prolungata residenza o dallo svolgimento di attività lavorativa sul territorio nazionale, regionale o comunale (se non addirittura dalla presenza di condizioni di reciprocità con gli Stati di provenienza) la possibilità di presentare la richiesta di assegnazione dell'alloggio o l'assegnazione di un punteggio aggiuntivo.

Gli esempi più eclatanti sono rappresentati dalla legge della Regione Lombardia 4 dicembre 2009, n. 27 e dalla legge della Regione Toscana 20 dicembre 1996, n. 96 (entrambe richiedono la residenza o lo svolgimento di attività lavorativa sul territorio regionale da almeno

³⁸ F. BILANCIA, *Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione*, cit., p. 237. La questione è trattata anche da B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino*, cit., p. 179. I dati più recenti attestano che il 54,4% di coloro che fanno richiesta di assegnazione di un alloggio di edilizia residenziale pubblica sono italiani, il 37,3% è rappresentato da stranieri extra-comunitari e l'8,2% da stranieri comunitari (cfr. la già ricordata indagine condotta da Nomisma per Federcasa nel gennaio 2016).

³⁹ Già U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, cit., pp. 297 ss. faceva notare il rischio che il diritto all'abitazione potesse subire violazioni a causa delle modalità di svolgimento della fase pubblicistica del procedimento di assegnazione.

cinque anni) e dalla legge della Provincia di Bolzano 17 dicembre 1998, n. 13 (richiede la residenza da almeno cinque anni e lo svolgimento di attività lavorativa da almeno tre anni sul territorio provinciale)⁴⁰. Più di recente, sempre la Regione Lombardia ha richiesto ai soli residenti stranieri non comunitari, come requisito per la concessione di un contributo economico alle spese di locazione, la residenza da almeno dieci anni sul territorio nazionale o da almeno cinque anni sul territorio regionale e l'esercizio di una regolare attività lavorativa (d.G.R. X/4145 dell'8.10.2015)⁴¹. A livello comunale merita, invece, segnalazione quello che può essere considerato «il primo caso di esercizio dell'azione antidiscriminatoria avverso un provvedimento amministrativo produttivo di effetti sfavorevoli sulla pretesa abitativa»⁴²: il bando del Comune di Milano, che prevedeva l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo ai richiedenti con cittadinanza italiana nella formulazione delle graduatorie di assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica⁴³.

⁴⁰ In generale, le leggi regionali in materia possono essere raggruppate nelle seguenti categorie: (1) leggi che si limitano a riprodurre i requisiti previsti dalla legislazione statale (Liguria, Marche e Puglia); (2) leggi che ai requisiti previsti dalla legislazione statale aggiungono lo svolgimento di attività lavorativa (Basilicata, Campania, Lazio, Provincia di Trento, Veneto); (3) leggi che ai requisiti previsti dalla legislazione statale aggiungono la residenza o lo svolgimento di attività lavorativa pluriennale (Provincia di Bolzano, Emilia Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Lombardia, Piemonte, Sardegna, Toscana, Umbria, Valle d'Aosta); (4) leggi che richiedono la condizione di reciprocità con lo Stato di provenienza dello straniero (Abruzzo, Calabria, Molise). Per questa panoramica cfr. A. CIERVO, *Il diritto all'abitazione dei migranti*, cit., pp. 286 ss., P. VIPIANA, *La tutela del diritto all'abitazione a livello regionale*, in *Federalismi.it*, n. 10, 2014, M. MEO, *Il diritto all'abitazione degli stranieri quale presupposto per un'effettiva integrazione*, cit., pp. 426-436.

⁴¹ Con ordinanza dell'11 marzo 2016 il Tribunale di Milano ha riconosciuto il carattere discriminatorio di tale delibera della Giunta regionale, conseguentemente ordinando alla Regione Lombardia di riaprire i termini per l'accesso al beneficio per consentire di accedervi anche agli stranieri non comunitari.

⁴² Così L. DE GREGORIS, *Provvedimenti amministrativi discriminatori e tutela delle pretese abitative degli immigrati extracomunitari*, in *Giustizia-amministrativa.it*, ottobre 2011, p. 6 e nota 49.

⁴³ Il bando del Comune di Milano è stato, poi, annullato dal Tribunale di Milano con sentenza n. 3614 del 21.3.2002. Successivamente, si sono verificati numerosi casi analoghi, riguardanti provvedimenti di Comuni che subordinavano l'accesso degli stranieri all'edilizia residenziale pubblica alla condizione di reciprocità (su cui cfr. L. GILI, *La condizione di reciprocità non può essere ragione di discriminazione nell'accesso all'edilizia residenziale pubblica*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 2, 2005, pp. 98 ss.), escludevano dalle agevolazioni per la prima casa le giovani coppie straniere, introducevano parametri più restrittivi per il rilascio della certificazione di idoneità all'alloggio agli stranieri, concedevano benefici assistenziali in materia locatizia solo ai residenti sul territorio comunale da

In proposito è stato fatto notare come – anche alla luce dell’art. 117, co. 2, lett. *m*, Cost, che affida allo Stato la competenza a determinare i «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» – «i requisiti di accesso sia all’edilizia residenziale pubblica, sia a tutti i servizi di agevolazione del credito a essa collegati, devono essere intesi come *standards* minimi essenziali non derogabili *in pejus* dalle legislazioni regionali ovvero dalle delibere di quei comuni che, in concreto, garantiscono l’accesso all’edilizia residenziale pubblica emanando gli specifici bandi di gara»⁴⁴. Ne consegue che l’approvazione di leggi o delibere regionali e di regolamenti comunali di opposta ispirazione «rasenta spesso, se non integra addirittura, fattispecie di non ragionevole discriminazione in base ai requisiti, a seconda dei contesti, di cittadinanza e/o di residenza, nel riconoscimento della effettività di tale diritto fondamentale» («pur in presenza di tutte le altre condizioni legislativamente richieste al fine di poter aspirare alla assegnazione di un alloggio di edilizia residenziale pubblica»)⁴⁵.

In quest’ordine di idee, sia pure con riferimento all’accesso a diritti diversi da quello all’abitazione, la Corte costituzionale ha colpito con dichiarazione d’incostituzionalità la previsione selettiva, in ragione della cittadinanza non italiana, di requisiti d’accesso a servizi pubblici legati alla residenzialità (così con riferimento al diritto di circolazione, al diritto alle prestazioni sociali d’invalidità, al diritto alla salute, al diritto all’assistenza sociale, al diritto allo studio universitario), ritenendo il riferimento alla residenzialità ammissibile al solo scopo di dimostrare l’esistenza di un collegamento significativo con la collettività nazionale e non a fini limitativi dell’accesso e, in ogni caso, a condizione che non siano coinvolte prestazioni rivolte a far fronte a gravi situazioni di urgenza⁴⁶. Analogo atteggiamento di censura ha caratte-

almeno dieci anni, escludevano gli studenti stranieri dalla partecipazione alla procedura di assegnazione di alloggi agli studenti, ecc.

⁴⁴ A. CIERVO, *Il diritto all’abitazione dei migranti*, cit., p. 282.

⁴⁵ F. BILANCIA, *Brevi riflessioni sul diritto all’abitazione*, cit., pp. 237-238. Nel medesimo senso A. CIERVO, *Il diritto all’abitazione dei migranti*, cit., pp. 265 ss. e F. CORVAJA, *L’accesso dello straniero extracomunitario all’edilizia residenziale pubblica* cit., p. 95.

⁴⁶ Cfr. le sentenze n. 432 del 2005 (in tema di circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico), n. 306 del 2008 (in tema di prestazioni sociali d’invalidità), n. 269 del 2010 (in tema di diritto alla salute), n. 187 del 2010, nn. 40 e 329 del 2011, nn. 40, 133, 222

rizzato l'intervento della Corte di Giustizia dell'Unione europea contro lo Stato italiano, con riferimento alla disposizione normativa, contenuta nella legge della Provincia di Bolzano 17 dicembre 1998, n. 13, che riservava ai cittadini di Stati esterni all'Unione europea un trattamento deteriore rispetto ai cittadini italiani e di Stati membri nella distribuzione di fondi destinati al sussidio per l'alloggio⁴⁷, nonché alla previsione di agevolazioni tariffarie riservate ai residenti per l'accesso ai siti museali comunali⁴⁸. Occorre, però, anche segnalare che, quando è stata sollevata questione di costituzionalità proprio in materia di diritto all'abitazione, a proposito della legittimità della legge regionale della Lombardia 8 febbraio 2005, n. 7, la Corte costituzionale ha dichiarato la questione inammissibile, con un'ordinanza – la n. 32 del 2008 – contenente motivazioni apodittiche che hanno non poco sorpreso i commentatori⁴⁹.

Quanto, poi, al profilo privatistico, già Temistocle Martines stigmatizzava come incostituzionalmente lesivo del principio di uguaglianza il comportamento di chi, proprietario di un'abitazione, rifiutasse di «concludere contratti di locazione con soggetti determinati o determinabili con riferimento alle condizioni economiche o familiari, alla estrazione sociale, alle idee politiche, o altre ragioni discriminatorie»⁵⁰. Evidentemente, nello scrivere queste parole a metà degli anni Settanta, l'autore aveva innanzi ai propri occhi i cartelli con cui, nelle città del Nord Italia, si dichiarava preventivamente: «Non si affitta ai meridionali»; ma è chiaro che il discorso vale, a maggior ragione, oggi per i non cittadini, tanto più dopo l'adozione del d.lgs. 9 luglio 2003,

e 172 del 2013, n. 22 del 2015 (in tema di accesso a vari interventi di assistenza sociale), n. 2 del 2013 (in tema di diritto allo studio universitario).

⁴⁷ Cfr. Corte di giustizia, sentenza C-571/10 del 24 aprile 2012 della Corte di giustizia su cui cfr. A. CIERVO, *Il diritto all'abitazione dei migranti*, in L. RONCHETTI (a cura di), *I diritti di cittadinanza dei migranti. Il ruolo delle Regioni*, Giuffrè, Milano 2012, pp. 285-286.

⁴⁸ Cfr. Corte di giustizia, sentenza C-388/01 del 16 gennaio 2003, in cui si censura la «discriminazione dissimulata» prodotta dalla previsione di un criterio che, pur non apertamente discriminatorio, può essere più facilmente soddisfatto dai cittadini (com'è quello della residenza).

⁴⁹ Cfr. C. CORSI, *Il diritto all'abitazione è ancora un diritto costituzionalmente garantito anche agli stranieri?*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, nn. 3/4, 2008, pp. 141 ss. e, sia pure non con stretto riguardo al profilo discriminatorio, F. CORVAJA, *Libera circolazione dei cittadini e requisito di residenza regionale per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica*, in *le Regioni*, n. 3, 2008, pp. 611 ss.

⁵⁰ T. MARTINES, *Il «diritto alla casa»*, cit., p. 404.

n. 215, che, dando attuazione alla direttiva 2000/43/CE, tutela la «parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica» (e il cui art. 3 prevede espressamente, come uno degli ambiti di applicazione del d.lgs., l'«accesso a beni e servizi, incluso l'alloggio»)⁵¹.

4. Conclusione

La ricostruzione che precede dovrebbe aver mostrato quanto ancora i diritti – e, nella specie, il diritto sociale fondamentale all'abitazione – siano legati alla nozione di cittadinanza. Per quanto il diritto internazionale e il diritto sovranazionale mirino a far sì che gli Stati, almeno con riguardo alle situazioni riconosciute come di grave bisogno, operino per farsi carico dei portatori di tali bisogni senza riguardo al criterio della nazionalità, in realtà tale requisito immancabilmente ricompare quando la disciplina di attuazione chiama in causa il livello statale, regionale o locale (e, non di rado, tutti e tre contemporaneamente). D'altronde – sebbene la dottrina più sensibile al tema dei diritti ritenga da tempo irragionevole, in quanto lesivo del principio di uguaglianza in senso formale, introdurre distinzioni di trattamento tra individui a vario titolo assoggettati alla medesima autorità sovrana dello Stato – la stessa Corte costituzionale non ha mancato di ritenere compatibili con il quadro costituzionale limitazioni al godimento dei diritti per coloro che non possono dimostrare un legame sufficiente solido e continuativo con la collettività che a quei diritti, tramite i propri organi di governo, dà attuazione.

Tutto ciò origina un curioso paradosso, che ha a che fare con la condizione giuridica generale dello straniero nel nostro ordinamento: per un verso, infatti, il territorio nazionale non riveste rilievo in ordine al riconoscimento della cittadinanza ai nati in Italia; per altro verso, tuttavia, quello stesso territorio riveste rilievo decisivo per distinguere, all'interno del novero degli stranieri, coloro che possono e coloro che non possono accedere a un trattamento paragonabile con quello dei cittadini italiani. Il nostro sembrerebbe, insomma, un territorio a corrente alternata, che pulsa in negativo riguardo al criterio della nascita e

⁵¹ Per un esempio, relativo alla città di Torino, cfr. G. MARTINI, *L'integrazione negata. Se sei straniero niente casa in affitto*, in *LaStampa.it*, 28 gennaio 2017.

in positivo riguardo al criterio della (più o meno prolungata) residenza.

Tale quadro generale è ben rispecchiato da quello, più specifico, inerente al diritto di abitazione, con in più l'aggravante che la disponibilità di un'abitazione è, per gli stranieri, anzitutto un onere senza il quale l'accesso regolare in Italia risulta pressoché impossibile. Il che aggiunge paradosso a paradosso: quello di un diritto che – come sopra ricordato – già deve risultare goduto per poter essere rivendicato.

In conclusione, la domanda iniziale – relativa alla configurabilità di una lesione del principio di uguaglianza formale ai danni degli stranieri residenti in Italia – trova risposta affermativa: rispetto ai cittadini italiani, agli stranieri residenti sono richieste ulteriori e più gravose condizioni per ottenere soddisfazione di un bisogno senza alcun dubbio riconducibile al novero dei diritti sociali fondamentali che andrebbero riconosciuti, in condizioni di parità, a tutti gli esseri umani sottoposti all'autorità dello Stato.

PARTE III
COMMENTI

OLTRE L'IDEA DI UN
RIFORMISMO COSTITUZIONALE TELLURICO
(DESTINATO A TORNARE SEMPRE
CON FORME E MODALITÀ IMPREVEDIBILI)

di *Adriana Apostoli*

SOMMARIO: *1. Spunti per una riflessione post-referendaria; 2. La Costituzione come questione democratica (che ingloba quella sociale); 3. La necessità di una effettiva riconsiderazione dei principi costituzionali.*

1. Spunti per una riflessione post-referendaria

All'indomani di un passaggio referendario, tanto impegnativo politicamente quanto divisivo dell'opinione pubblica, potrebbe sembrare fuori luogo insistere sui diversi punti di vista ideologici e politici che gravitano intorno al tema delle riforme costituzionali, rispetto ai quali gli stessi studiosi del diritto costituzionale hanno stentato a proporre – pur nelle differenti analisi – argomenti in qualche modo convergenti alla luce delle regole del costituzionalismo democratico¹.

Per di più venendo da una – troppo – lunga stagione nella storia del nostro Paese di proposte da parte – ma non solo – delle forze politiche di progetti di ingegneria costituzionale per la modifica della Carta fondamentale², se si considera che è già a partire dalla metà degli anni Settanta che inizia a manifestarsi l'idea, con uno sviluppo impetuoso

¹ Per riprendere le parole utilizzate da Mario Dogliani all'indomani della stagione referendaria del 2005, credo si possa dire che, anche stavolta, «il costituzionalismo italiano è uscito malconco da questa vicenda» (M. DOGLIANI, *Revisione della costituzione e conservazione: perché perpetuare l'equivoco?*, in *Democrazia e diritto*, 2005). Peraltro, i costituzionalisti si sono trovati oggi ancora più «in difficoltà a ricostruire un fronte ampio che voglia spendersi contro il populismo governativo e massmediatico... e per una saggia manutenzione del testo costituzionale» (M. DOGLIANI, *Che ne è stato della Costituzione?*, in M. VOLPI (a cura di), *Istituzioni e sistema politico in Italia: bilancio di un ventennio*, Bologna, 2015).

² Un dibattito che ci ha condotto verso «una retorica delle riforme (organiche, globali...) che è dilagata negli ultimi trent'anni e ha impigliato l'elaborazione della costituzione vigente» (M. DOGLIANI, *Revisione della costituzione e conservazione: perché perpetuare l'equivoco?*, in *Democrazia e diritto*, 2005, p.18).

dall'inizio degli anni Novanta, di una revisione della seconda parte della Costituzione del '48³, al fine di risolvere le complesse difficoltà di funzionamento del nostro ordinamento democratico⁴.

In realtà, forse, è bene così: dopo che l'argomento ha suscitato un vivo interesse nella società civile può essere utile – anche se il breve tempo trascorso non consente ancora la necessaria distanza dal coinvolgimento emotivo – tornare a ragionare provando a guardare alla sostanza dei problemi, metodologici e di contenuto, del “mito” delle riforme costituzionali nel nostro Paese. Ed in particolare, può essere opportuno chiarire le idee, al netto dei ragionamenti intorno al disegno di legge costituzionale approvato dalle Camere il 12 aprile 2016 e respinto dal corpo elettorale il 4 dicembre scorso⁵, rese molto confuse da un dibattito che ha finito per speculare sullo stato della nostra democrazia rappresentativa.

Una discussione che oggi volesse riprendere da capo il tema potrebbe provare a riflettere sulla “normativa di risulta” ovvero su cosa rimane sul terreno politico-istituzionale e, soprattutto, su quello più propriamente politico-sociale, dopo il movimento tellurico rappresen-

³ A partire dal messaggio del Presidente Cossiga alle Camere sulle riforme istituzionali (26 giugno 1991), le difficoltà politiche del nostro Paese sono state esplicitamente ricollegate alle inadeguatezze della Carta costituzionale. Il suo successore, il Presidente Scalfaro, nel discorso di insediamento, suggeriva l'istituzione di una speciale Commissione parlamentare per affrontare in modo organico il tema delle riforme anche di livello costituzionale. Da quel momento il processo riformatore diretto a cambiare la seconda parte della Costituzione entra stabilmente in Parlamento (non produce gli esiti sperati la nuova Commissione parlamentare istituita nel 1997 e dotata ancora una volta di speciali poteri in deroga esplicita all'art. 138 della Costituzione). La Costituzione diventa quindi “bottino” per la maggioranza governativa e i due schieramenti che si alternano nella guida del Paese approvano, tra il 2001 e il 2005, due distinte riforme: la prima, quella limitata alla modifica del titolo V della Parte II; la successiva, quella assai più ampia che interessa l'intera seconda parte del testo vigente. È noto quello che è accaduto a seguito dell'intervento popolare: il primo *referendum* costituzionale, svoltosi il 7 ottobre 2001, ha registrato una bassissima partecipazione – solo il 34,1% degli aventi diritto – confermando così agevolmente la riforma; il secondo *referendum* ha viceversa respinto nettamente il 25 giugno 2006 la “grande riforma”, avendo registrato il 53,7% dei votanti e il 61,3% di no.

⁴ Per una più attenta analisi delle dinamiche politiche che hanno via via sorretto il riformismo istituzionale nel nostro Paese cfr. A. D'ANDREA, *L'orpello della democrazia*, Gusago, 2015.

⁵ Al *referendum* costituzionale del 4 dicembre 2016, il totale dei votanti è stato pari al 65,47%; a favore del disegno di legge di modifica della Costituzione si è espresso il 40,88% degli aventi diritto, contrari il 59,12%.

tato dal voto referendario⁶. Un approccio che così, alla fine, potrebbe portare al centro della discussione alcuni dei fondamentali del costituzionalismo moderno, come movimento che ha generato una pluralità di principi posti alla base sia di molte Dichiarazioni internazionali, sia di quasi tutte le Costituzioni Novecentesche.

Non c'è dubbio, infatti, che tutta la storia della democrazia moderna negli ultimi due secoli, dalle rivoluzioni democratiche del Settecento ad oggi, è stata una storia di lotte, di sconfitte e di conquiste, un avvicinarsi di successi e insuccessi, fra moti, manifestazioni di massa, rivoluzioni, guerre civili, guerre fra Stati, e persino due guerre mondiali⁷. Avvenimenti che hanno consentito di giungere al riconoscimento al popolo sovrano, a molti popoli del mondo, del diritto di vivere in libertà e con dignità e che hanno altresì migliorato le condizioni dell'esistenza di buona parte dell'umanità.

E la Costituzione italiana del '48 si plasma, in linea con le basi delle democrazie liberali figlie dei fermenti e dei sovvertimenti rivoluzionari della fine del XVIII secolo, sulle conquiste ideali del rispetto di principi fondamentali, quali la garanzia dei diritti assicurata da una magistratura indipendente dagli organi di indirizzo politico, la divisione del potere, la rappresentanza politica come equa rappresentazione della società civile e politica nella sede parlamentare, il controllo dei soggetti e degli apparati che detengono ed esercitano il potere, il pluralismo territoriale con il riconoscimento di forme di autogoverno delle articolazioni interne allo Stato centrale, l'affermarsi della superiorità gerarchica delle regole di rango costituzionale su quelle legislative, da cui discende il controllo di costituzionalità.

Penso si possa affermare che la vigente Costituzione ha consentito il lento, faticoso avvio dell'ordinamento italiano, che non aveva alcuna dimestichezza con i principi base del costituzionalismo occidentale, verso uno sbocco democratico in un contesto sociale fortemente arre-

⁶ A tal proposito, di particolare interesse risulta l'analisi della crisi del governo Renzi apertasi all'esito della consultazione referendaria proposta da A. RUGGERI, *Le dimissioni di Renzi, ovvero la crisi di governo del solo Presidente del Consiglio, le sue peculiari valenze, le possibili implicazioni di ordine istituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 dicembre 2016.

⁷ È stato da più parti osservato che tutta la storia della democrazia, dalle rivoluzioni democratiche del Settecento ai giorni nostri, è stata una storia di lotte, di sconfitte e di conquiste (cfr., da ultimo, E. GENTILE, *"In democrazia il popolo è sempre sovrano"*, Bari-Roma, 2016, p. 4 ss.).

trato, che mostrava oltretutto evidenti “fratture interne” sia ideologiche sia territoriali.

La Carta costituzionale ha delineato in effetti un avanzato modello statale, persino troppo avanzato. Ciò spiega bene perché non sia stato – ancora del tutto – attuato e abbia incontrato lentezze e difficoltà di realizzazione da parte degli stessi apparati pubblici. Modello, quello individuato dal Costituente, che avrebbe dovuto stimolare una evoluzione progressiva e solidaristica della società italiana così da ridurre le evidenti fratture di partenza e, comunque, tale da comporre *ex novo* il mosaico democratico.

Questa coraggiosa prospettiva costituzionale era frutto – grazie alla lungimiranza e duttilità della classe dirigente dei partiti riemersi dalla clandestinità dopo la caduta del fascismo – della ricercata contaminazione tra culture politiche diverse che, pur restando distinte, si riconoscevano nell’ordinamento che avevano responsabilmente contribuito ad edificare in virtù del “grande compromesso” raggiunto in seno all’Assemblea Costituente.

I contenuti essenziali degli ordinamenti, quando nel mondo contemporaneo si parla di democrazia, stanno appunto nella tutela dei diritti umani, nelle libere elezioni, nel regime rappresentativo, nella competizione fra i partiti e nella possibilità del cambiamento pacifico delle forze di governo.

Premesse ideologiche e postulati di un costituzionalismo democratico, non scontato, e assai complicato da preservare nel tempo, senza cadere in tentazioni riformiste frutto di contingenze ovvero di avvenimenti drammatici che minacciano le nostre società e i nostri costumi.

Rispetto alle sempre più evidenti disuguaglianze, ingiustizie e tensioni collettive, con conseguenti allarmi sociali, è divenuto frequente il diffondersi, soprattutto nel dibattito intellettuale e politico ma a poco a poco con il risultato di produrre una *communis opinio* nei cittadini, di posizioni teoriche e politiche che mettono esplicitamente in dubbio gli elementi essenziali del patrimonio del costituzionalismo occidentale, nonché ad appannare l’idea stessa di Costituzione.

In questa chiave, molte delle analisi che vengono proposte si fondano sul fatto che, nel loro costituirsi, dopo aver garantito *ex ante* i valori di libertà, uguaglianza e solidarietà in termini formali, gli ordinamenti contemporanei si trovano a non aver concretamente operato affinché fosse assicurata la loro effettività. Per tale via, il cortocircuito

economico-sociale non ha risparmiato nemmeno uno dei principi cardine della democrazia, ossia la paritaria partecipazione politica al governo della comunità, sia pure attraverso l'istituto della rappresentanza, su cui è fondata la sovranità del popolo.

Il principio è stato disatteso dal modo di operare proprio delle istituzioni dello Stato democratico; questo, infatti, non ha saputo garantire nel tempo una parificazione delle posizioni individuali, evitando che queste fossero spesso determinate dal caso, oppure da condizionamenti esterni. In tal modo, si sono create le premesse perché la democrazia rappresentativa fosse minata intrinsecamente, e ancora prima che da sistemi elettorali “distorsivi”, espropriando il popolo della propria sovranità.

Nell'attesa di risposte da parte delle istituzioni politiche in qualche modo rassicuranti rispetto alle minacce degli attuali scenari economici e sociali, inclusive e capaci di riallacciare in qualche modo il legame con chi si dovrebbe rappresentare, si alimenta, così, il pericolo che i valori, i principi, i diritti, i doveri, tra di essi connessi e collegati, le regole di funzionamento delle istituzioni – normativamente descritti dalla parola democrazia – vengano percepiti, da un lato, unicamente come appartenenti ad una comunità politica storicamente data, quella del Secolo scorso, e, dall'altro lato, con «profondo fastidio», con stanchezza da parte degli individui⁸.

Per il metodo utilizzato e per i contenuti proposti, la proposta politica respinta dal corpo elettorale il 4 dicembre scorso resterà a testimonianza di quella “incultura costituzionale” che da lungo tempo cammina nel nostro Paese, in grado di far credere che le croniche difficoltà nelle quali si dibatte il sistema politico, sia pure ogni volta per ragioni diverse, possano essere affrontate e risolte con escogitazioni costituzionali volte a superare l'attuale democrazia rappresentativa⁹.

Eppure, per quanto ci sia consapevolezza delle difficoltà, il primo “tradimento” delle regole del costituzionalismo è rappresentato dallo

⁸ M. DOGLIANI, *Che ne è stato della Costituzione?*, cit.

⁹ È stato altresì sottolineato che «le forzature costituzionali e la sottovalutazione del sostanziale svuotamento della rappresentanza parlamentare, ieri denunciate tempestivamente nella speranza che si potesse rimediare correggendo storture e degenerazioni, oggi sono il pretesto... su cui si fonda la retorica del cambiamento istituzionale quale “ultima spiaggia” per il Paese, che investe, ancora una volta senza la necessaria continenza persino verbale, l'assetto della Repubblica italiana» (A. D'ANDREA, *L'orpello della democrazia*, cit., p. 7).

sforzo di dimenticare che l'attitudine a durare nel tempo, dei principi e delle garanzie in essa contenuti, rappresenta l'essenza stessa della Costituzione.

La Costituzione esprime ciò che è e deve restare comune ai vari soggetti della dialettica politica, perché appartiene a tutti gli individui. È stato significativamente ricordato che quando per far fronte ad «ogni nuova esigenza costituzionale» non si ricorre a «rinnovate risposte a nuovi interrogativi» ma solo ad «emendamenti, affinché così si garantiscano separazione dei poteri e certezza del diritto», si «disconosce sia la funzione della giurisprudenza sia l'importanza della durata della vita costituzionale»¹⁰, si disconosce cioè la funzione stessa della Costituzione.

Di ciò più oltre se si considera che, al di là delle critiche puntuali e delle improprietà tecniche della proposta sottoposta al vaglio del corpo elettorale, una Costituzione approvata senza alcun concorso delle minoranze non potrà mai essere un Testo fondante il legame sociale, nel quale si riconoscono gli individui, le cui regole rappresentano le precondizioni del vivere civile e garantiscono il libero godimento dei diritti da parte degli uomini e delle donne.

Dal limitato punto di vista delle diverse fasi procedurali che hanno caratterizzato l'*iter* di approvazione della riforma, prima ancora della specifica questione riguardante la legittimazione parlamentare in tema di revisione costituzionale¹¹, è evidente il “ribaltamento” nella *ratio* dell'art. 138, che, anche solo per far cenno all'ipotesi del ricorso al *referendum*, dovrebbe trovare il limite della sottoponibilità al corpo elettorale di revisioni puntuali e univoche della Carta¹², e non certo per confermare “grandi” riforme del Patto fondativo¹³.

In nessun caso gli strumenti di democrazia diretta, il cui utilizzo è stato fortemente incrementato negli Stati democratici¹⁴, possono costi-

¹⁰ G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, Torino, 2009, p. 328.

¹¹ Per tali aspetti cfr. A. PACE, *Modifica illegittima o eversione costituzionale?*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2016.

¹² In riferimento alla tesi dei limiti strutturali alle leggi costituzionali, del contenuto necessariamente limitato delle leggi di revisione cfr. A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, Padova, 2005.

¹³ Come è noto, la deroga alla procedura contenuta nell'art. 138 rispetto alla possibilità di riforme organiche della Costituzione è stata già percorsa in più occasioni nel nostro Paese, ad esempio con la legge che ha innovato il Titolo V, parte seconda, della Costituzione.

¹⁴ Una recente analisi sull'incremento dell'utilizzo degli strumenti di democrazia diretta, anche in commento alle norme proposte nel disegno di riforma costituzionale “Renzi-

tuire, in particolare se inseriti in procedure di modifica costituzionale, grimaldelli per rafforzare scelte operate dagli esecutivi e dalla loro maggioranza ovvero mutare da mezzi di appello al popolo – “oppositivi” – da parte dei gruppi che non hanno avuto la possibilità di interloquire in Parlamento ovvero che non ne condividono le proposte, in “approvativi” di scelte di indirizzo politico operate dalle maggioranze che via via si alternano alla guida del Paese¹⁵.

Questi strumenti, infatti, in una democrazia rappresentativa, “agitati” da chi possiede la maggioranza, “mutano” da “correttivi” del sistema parlamentare a “ricatti” da parte di chi, detenendo il potere, se ne vuole rafforzare ulteriormente¹⁶, finendo per assolvere ad una «funzione regressiva» perché «si prestano ad un'utilizzazione demagogica e di restringimento degli spazi democratici»¹⁷.

Come queste brevi osservazioni dovrebbero suggerire, l'intero ultimo passaggio “costituente” si pone in aperto contrasto con le regole costituzionali, andando così a svilire il senso più profondo del legame democratico ed a violare le forme d'esercizio della sovranità popolare, oltremodo condizionate dalla maggioranza di governo¹⁸.

È altresì necessario precisare che il peggiore forse dei danni che può essere fatto ad un testo costituzionale, è quello di utilizzare fatti ed eventi unicamente di natura politica per legittimare la richiesta di un percorso di modifica della Costituzione estraneo e diverso da quel-

Boschi”, è proposta da M. VOLPI, *Referendum e iniziativa popolare: quale riforma?*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2016. In generale, sul referendum nel nostro Paese, cfr. A. BARBERA, A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, Bologna, 1993.

¹⁵ Come è noto, il Governo presieduto da Matteo Renzi, nel proporre il disegno di legge di riforma della Costituzione alle Camere, dichiarava l'intenzione di sottoporlo, indipendentemente dalla maggioranza che lo avrebbe approvato, al giudizio degli elettori per coinvolgere dal “basso” il corpo elettorale, al fine di chiedere al “popolo sovrano” la legittimazioni delle scelte operate.

¹⁶ L'emergere di forti divisione all'interno del partito di maggioranza ha indubbiamente spinto il Presidente del Consiglio Renzi a ricercare nel voto popolare la strada per risolvere il conflitto interno al Pd.

¹⁷ M. VOLPI, *Referendum e iniziativa popolare: quale riforma?*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2016, p. 5.

¹⁸ Non va peraltro dimenticato che la svalutazione dei diversi passaggi istituzionali è connaturata alla modalità della lotta politica che da tempo si è sviluppata nel nostro Paese, la cui classe dirigente non sembra aver compreso fino in fondo che tutto ciò interferisce profondamente sulla interpretazione e sull'idea di democrazia come ordinamento giuridico. Su tali aspetti cfr. A. D'ANDREA (a cura di), *Il Governo sopra tutto*, Gussago, 2009.

lo in essa previsto¹⁹, prestando così il fianco a populismi che confondono la “materia costituzionale” con la lotta di indirizzo politico contingente.

La demagogia populista è da sempre pericolosa per la democrazia; di ciò peraltro è assolutamente avvertita la nostra Costituzione che, in linea con i postulati del costituzionalismo, dopo aver evocato i modi di esercizio della sovranità popolare, ne richiama espressamente i limiti preoccupandosi così della razionalità che deve sempre accompagnare il funzionamento di un ordinamento democratico.

Senza qui voler affrontare per intero la difficile questione, non si può che convenire con quanti, da molto tempo ormai, parlano di una profonda crisi dei sistemi democratici anche dei più longevi e consolidati, che hanno bisogno di modificare i propri sistemi politici per affrontare i problemi interni, per recuperare in qualche modo il *deficit* di legittimazione del sistema democratico rappresentativo.

Oggi la democrazia è in crisi certamente perché per certi aspetti, e non giocoforza negativi, «vive in uno stato di crisi permanente», dovendo «costantemente rinnovarsi per adeguarsi alle nuove situazioni, spesso imprevedute, nelle quali il popolo sovrano si trova a vivere»²⁰, e, per altri, naturalmente, perché i sovvertimenti sociali di questi ultimi trent'anni rappresentano sfide politiche, economiche e finanziarie non facilmente dominabili da decisori politici posti, in termini di legittimazione, in una posizione sempre più distante dai loro rappresentati²¹.

¹⁹ È stato sostenuto che la nostra Costituzione è stata vittima, da ultimo, di un pericoloso «populismo governativo... per legittimare la richiesta... di un “mandato pieno” per cambiare la Costituzione» (M. DOGLIANI, *Che ne è stato della Costituzione?*, in M. VOLPI (a cura di), *Istituzioni e sistema politico in Italia: bilancio di un ventennio*, Bologna, 2015).

²⁰ E. GENTILE, “*In democrazia il popolo è sempre sovrano*”, cit., p. XI.

²¹ Secondo parte della dottrina, i punti di crisi della odierna teoria democratica sarebbero rappresentati da «la liquefazione dei partiti, la personalizzazione della politica, gli squilibri tra i poteri, la marginalizzazione del Parlamento, la primazia illimitata e invasiva dell'esecutivo, la crisi della dimensione pubblica del potere, l'evidente perdita di un'etica collettiva che si è accompagnata alla progressiva estraneità della politica dalla società, la passività delle masse disorganizzate e abbandonate a sé, la manipolazione dell'ideologia, il ritorno alla dimensione quasi esclusivamente privata della libertà e la sua non lineare evoluzione, l'accentuarsi delle disuguaglianze sociali, politiche e culturali, sempre meno attente alla dimensione partecipativa e politica dei cittadini alla cosa pubblica, lo smarrirsi entro gli orizzonti sconfinati della globalizzazione delle democrazie nazionali, l'assenza di soggetti in grado di rappresentare, il frantumarsi del corpo sociale e la mancanza di soggettività comuni in grado di essere rappresentate, l'esclusione di molti dalla possibilità di par-

Ciò è particolarmente vero soprattutto se si considera che tutte le indicazioni di cui si dispone evidenziano una progressiva, accentuata discesa del popolo sovrano verso una condizione che lo vede sempre più lontano dalla politica, assente alle elezioni, ostile ai governanti, indifferente verso i partiti, deluso e sfiduciato verso le istituzioni fondamentali dello Stato democratico.

I profili delicati nei rapporti politici del tempo attuale, già alcuni anni fa definiti come quelli della “postdemocrazia”²², possono portare a percorsi poco utilizzabili sul versante di una consapevole soggettività, con conseguente potenziale crisi nei sistemi della rappresentanza politica.

È stato di recente osservato che, quando l'individuo non si sente rappresentato e non sa che farsene dei suoi diritti di cittadino – perché non si traducono più in realtà –, si è davanti ad una vera e propria nuova frattura del legame democratico²³.

Non rileva la vittoria che gli strumenti e i processi democratici hanno ottenuto in Europa nel Secolo scorso contro i totalitarismi²⁴, viene unicamente in gioco la percezione odierna di una perdita di forza e di autorità: il non produrre risultati tangibili nelle condizioni economiche e materiali delle persone, il mancato governo dell'immigrazione, il pericolo del terrorismo di matrice islamica, l'assenza di un controllo efficace nella finanza globalizzata assumono il significato di prove inconfutabili di una distrazione delle regole democratiche rispetto alla vita reale.

tecipare alla *res publica*» (G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Bari, 2016, p. 25).

²² Cfr., in particolare, C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2003 p. 6, il quale nota che «anche se le elezioni continuano a svolgersi e condizionare i governi, il dibattito elettorale è uno spettacolo saldamente controllato, condotto da gruppi rivali di professionisti esperti nelle tecniche di persuasione e si esercita su un numero ristretto di questioni selezionate da questi gruppi. La massa dei cittadini svolge un ruolo passivo, acquiescente, persino apatico, limitandosi a reagire ai segnali che riceve. A parte lo spettacolo della lotta elettorale, la politica viene decisa in privato dall'integrazione tra i governi eletti e le *élite* che rappresentano quasi esclusivamente interessi economici».

²³ E. MAURO, *I tempi della politica malata e lontana dai cittadini*, in *la Repubblica*, 31 dicembre 2016, p. 5.

²⁴ Vale la pena ricordare che i regimi autoritari e totalitari che si sono affermati in Europa nel corso del Novecento non si sono dati delle Costituzioni. Erano infatti regimi che rifiutavano esplicitamente le stesse premesse ideologiche del costituzionalismo.

In questa situazione siamo pertanto di fronte alla necessità, non più procrastinabile, di andare oltre la difficoltà di prospettive e di ideali, per restituire razionalità alla politica e per ricostruire con dignità un progetto organico e inclusivo dei bisogni della collettività affinché le decisioni che incidono sulla vita delle persone siano assunte da organi realmente rappresentativi. È infatti di particolare rilievo intravedere all'orizzonte della vita di questo – giovane – ordinamento democratico, convincenti politiche capaci di indirizzare il presente in percorsi diretti a governare le impervie criticità con giustizia ed equità sociale.

Con l'avvertenza che, qualsiasi strada vorrà essere legittimamente intrapresa dalle forze politiche e sociali per provare a ripartire, sarà fondamentale, intrecciando “storia della democrazia e qualità del nostro ordinamento costituzionale”, essere consapevoli che «la risposta sullo stato della *nostra* democrazia dipende dal – anzi si identifica con il – rispetto dei principi fondamentali della Costituzione», nonché dalla loro effettiva attuazione²⁵.

2. La Costituzione come questione democratica (che ingloba quella sociale)

Al fine di non disperdere almeno alcune delle argomentazioni di questa ultima stagione riformista che ha attraversato il nostro Paese, credo sia quanto mai necessario ripartire dal voto referendario. Se da un lato vi è, in quel risultato e nelle sue entità quantitative, sicuramente una pluralità di accenti, non facilmente classificabili, da attribuire alle diverse strategie delle forze politiche – distorsive, come si è detto, anche, ma non solo, del metodo utilizzato –, dall'altro lato emerge, tuttavia, anche qualche utile elemento dal quale ripartire per fronteggiare la grave crisi in cui versa oggi lo Stato costituzionale.

Le manifeste difficoltà di funzionamento delle democrazie rappresentative degli ordinamenti contemporanei, direttamente collegate, come è noto, anche alla crisi dei partiti politici, quali strumenti di mediazione tra istanze collettive e decisioni politiche, emergono, senza dubbio, nelle pur diverse motivazioni espresse nel voto referendario.

²⁵ G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, cit., p. XVII. L'Autore spiega come sia necessario, se non ci si vuole accontentare di una «presunta democrazia ideale,... spingersi a verificare lo stato reale dell'attuazione dei principi costituzionali».

Tuttavia, in esso è altresì possibile individuare un *fil rouge* che non solo tende a preservare una certa idea di Costituzione, ma cerca, a mio giudizio, di difendere e far sopravvivere una cultura costituzionale capace di leggere i diritti sul versante dei bisogni, anche se potenzialmente confliggenti, e di ancorare alle regole che disciplinano i rapporti tra i diversi organi dello Stato, la reale garanzia che non possa mai prevalere l'onnipotenza di nessuna maggioranza politica.

Ponendosi entro questa specifica prospettiva, il corpo elettorale ha espresso, non tanto – e non solo – la conferma simbolica del momento costituente delle regole del nostro Paese, quanto piuttosto l'appello per una difesa sostanziale dei suoi principi costituzionali, di una loro implementazione alla luce delle nuove e complesse dinamiche economiche e sociali del presente.

In un tempo nel quale la condizione economica e lavorativa degli individui, in un quadro sociale alquanto drammatico e complesso, è costantemente messa a dura prova, ciò che viene immediatamente posto in tensione è la capacità delle stesse regole costituzionali di far fronte e di trovare soluzione ai conflitti sociali. D'altro canto, l'ordinamento repubblicano italiano, così come configurato nella Carta costituzionale, non risulta indifferente di fronte agli imperativi posti da esigenze di giustizia sociale.

I primi cinque articoli dei “Principi fondamentali” espongono, secondo la nota ricostruzione di Mortati, le linee guida «per poter giungere ad un'esatta comprensione dell'ideologia accolta dalla nostra costituzione che, riflettendo il travaglio proprio dell'epoca contemporanea, è informata all'intento di realizzare una democrazia sociale»²⁶. Tutti i diritti sociali sono anche principi costituzionali e sono la testimonianza concreta dello Stato democratico voluto dalla Costituzione poiché presiedono alla distribuzione delle risorse economiche, sociali e politiche fra i cittadini.

In questo senso, la Repubblica italiana, anche qualora si voglia definire una democrazia *tout court*, omettendo di giustapporre l'aggettivo “sociale” per i significati equivoci che tale definizione potrebbe richiamare²⁷, evidenzia aspetti di forte socialità, «da essi è caratte-

²⁶ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1987, p. 151.

²⁷ Come è noto, parte della dottrina preferisce infatti parlare di Stato democratico, «evitando se possibile lo “Stato sociale”, demagogico e caritativo» (A. BARBERA, *L'art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975, p. 91; nonché P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1994, p. 37). Altra dottrina

rizzata», ed ogni modifica che coinvolga gli strumenti di riequilibrio delle disuguaglianze sostanziali finirebbe per alterarne la forma²⁸. E tale qualificazione andrebbe intesa non tanto come una delle possibili forme di democrazia, «bensì come la formula necessaria, sicché l'aggettivo assume la funzione di rendere evidente quella parte di contenuto coesenziale a qualsiasi regime democratico»²⁹.

Questa prospettiva conferma, in modo stringente, la trasformazione prospettata dalla forma di Stato repubblicana³⁰, poiché è attraverso tali disposizioni che si è inteso conferire una delle impronte più innovative e caratteristiche alla Costituzione stessa, in grado di legittimare, non l'epilogo di una rivoluzione già avvenuta, ma «il preludio, l'introduzione, l'annuncio di una rivoluzione, nel senso giuridico e le-

ha negato “in radice” validità a quelle tesi che presentano lo Stato sociale «come un'integrazione dello Stato di diritto, sia nel senso che esso costituirebbe un completamento di un'esperienza che, aperta con lo Stato di diritto, sarebbe tuttavia rimasta incompiuta e raggiungerebbe invece compiutezza con lo Stato sociale, sia nel senso che esso costituirebbe un'esperienza nuova rispetto a quella dello Stato di diritto, ma le due esperienze insieme incerebbero una figura superiore, più progredita, brevemente la figura più perfetta di Stato nel nostro tempo» (M.S. GIANNINI, *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati, Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Milano, 1977, 1, p. 153).

²⁸ L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 1995, p. 43 s. La studiosa mette in rilievo che, pur differenziandosi dallo Stato liberale, quello italiano non può neppure essere considerato uno Stato socialista nonostante la forte «accentuazione dei diritti sociali» (nello stesso senso V. CRISAFULLI, *La nostra Costituzione è potenzialmente socialista?*, in ID., *Stato, Popolo, Governo*, Milano, 1985, p. 614 ss.).

²⁹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 147.

³⁰ Da questo punto di vista, a parte tutte le norme del Titolo III della prima parte della Costituzione relative ai rapporti economici (dalle quali si evince un sistema di economia mista in cui la libertà di iniziativa economica privata coesiste con l'attività economica pubblica ed i controlli pubblici volti ad assicurare la funzione sociale del diritto di proprietà), è altresì emblematico l'inserimento tra i principi fondamentali della nostra Costituzione della c.d. eguaglianza sostanziale (art. 3, secondo comma, Cost.), il cui raggiungimento, almeno tendenziale, “è compito della Repubblica”. Il principio in oggetto evidenzia la possibilità che tra le forze sociali esistenti ed operanti nell'ordinamento si possano creare sproporzioni nella distribuzione dei poteri e delle risorse sociali cosicché, per contrastare tale eventualità (che può ostacolare gli obiettivi fondamentali dell'autorealizzazione personale e dell'eguaglianza) il principio di uguaglianza sostanziale autorizza i poteri pubblici a intervenire in funzione correttiva e riformatrice (cfr., su tali aspetti, A. BALDASSARRE, *Diritti sociali* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, XXI, p. 12).

galitario, ancora da fare»³¹. La Costituzione affida infatti allo Stato, inteso come organizzazione politica, il compito propulsivo di individuare e coordinare a fini “sociali” l’attività pubblica e privata (art. 41, terzo comma, Cost.) e di concorrere a determinare le condizioni politiche ed economiche, per il raggiungimento dell’eguaglianza sostanziale fra i consociati (art. 3, secondo comma, Cost.)³².

E non è certo un caso che l’ultimo tratto temporale, che si è sviluppato nel secondo Novecento, registrava il collegamento fondante della democrazia con un altro termine essenziale, il lavoro. Proprio la democrazia del lavoro, quella espressamente sancita nell’art. 1 della Costituzione italiana, ha caratterizzato la sua declinazione nella storia europea del Secondo dopoguerra, unendo capitalismo, *welfare* e rappresentanza politica.

Il diritto al lavoro, così come previsto nella Costituzione del ’48, grazie al forte legame con le altre situazioni giuridiche soggettive relative ai rapporti civili, etico-sociali ed economici, è riconducibile al concetto di individuo non solo come lavoratore ma, *in primis*, come persona: un insieme di norme, quelle costituzionali, che conferiscono al diritto al lavoro – il più idoneo ad esprimere il pregio della persona – certamente una posizione di segno distintivo dello sviluppo della personalità dell’uomo, nell’ambito della libertà e della pari dignità.

Il nesso che collegava lavoro, impresa, fisco, sanità, previdenza, istruzione permetteva altresì una visibilità tangibile, misurabile alla politica; il cittadino credeva nella possibilità di valutare e orientare, attraverso il voto, i significati e l’intensità di quei necessari compromessi tra valori contrapposti. Viceversa, tali presupposti sono parzialmente venuti meno e le vicende contemporanee evidenziano, anche oltre la grande crisi iniziata nel 2007, una difficoltà per gli individui di verificare, nella propria esistenza, gli effetti concreti dell’azione politica.

³¹ Cfr. P. CALAMANDREI, *Intervento in Assemblea Costituente*, seduta del 4 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Roma, 1970, I, p. 155.

³² Cfr., su tali aspetti, almeno V. ONIDA, *I principi fondamentali della Repubblica italiana*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, I, Bologna, 1999, p. 107. Allo stesso tempo lo Stato si assume il compito di «promuovere una più intima socialità fra i suoi componenti, mediante l’eliminazione delle stratificazioni di potere che generano uno spirito classista e conducono a conflitti radicali di interessi fra parte e parte della popolazione» (C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 146).

I profili di criticità, sopra accennati, che hanno a che fare anche con i sempre più difficili processi di integrazione sovranazionale³³, inducono nei cittadini sentimenti di impotenza e frustrazione, che si trasformano in percezione di assenza di protezione da parte delle istituzioni, alle quali è stata attribuita l'esclusività della "forza" per ottenere tutela e sicurezza.

Le diseguaglianze economiche, sempre più intense, che, al di fuori di un processo di crescita complessiva, si trasformano in forme di esclusione di larga parte dei cittadini, la precarizzazione del mondo del lavoro non possono che generare conflitti nella comunità di riferimento.

Peraltro, come è noto, le Costituzioni democratico-sociali non negano il conflitto sociale, anzi lo presuppongono. La Costituzione democratica parte dal presupposto che bisogna tendere verso l'uguaglianza sostanziale, non si accontenta, quindi, dell'idea che il riequilibrio sociale ed economico debba avvenire solo in assenza di conflitti.

Ma c'è di più. Il conflitto, come mezzo per rendere visibili i bisogni e per trovare una via alla loro concreta soddisfazione, viene incanalato in forme e procedure democratiche di "ascolto" e portato nelle sedi istituzionali; poiché del conflitto sociale – non ignorato o negato – non si ipotizza una soluzione o scomparsa per la sola via politica, lo si riconosce e in un certo senso lo si garantisce nel suo concreto svolgere.

Un approccio quest'ultimo che parte dal presupposto che debba rientrare tra le funzioni tipiche di una organizzazione giuridica che si dica democratico-sociale, la scelta dello strumento democratico non per sopire il conflitto, ma per governarlo e rappresentarlo.

Quel che qui può essere utilmente rilevato è che quando un conflitto esiste, quando è reale, soprattutto se non è in grado di raggiungere la sede della rappresentanza politica, ha bisogno comunque in qualche modo di trovare "ascolto", perché, per quanto lo si possa imbrigliare,

³³ Senza volersi addentrare nell'analisi degli attuali limiti che pesano sull'integrazione europea, si può certamente affermare che «una democrazia matura del vecchio Continente debba prima di ogni altra cosa mantenere inalterata la possibilità di legittimare e controllare efficacemente dal basso l'esercizio del potere politico, assicurando all'interno dello Stato un significativo tasso di pluralismo orizzontale e verticale, in assenza del quale più che una consapevole cessione di sovranità si realizzerebbe il mero trasferimento di "dominio" ad altra organizzazione sovranazionale» (A. D'ANDREA, *L'orpello della democrazia*, cit., p. 12).

se troppo compresso, finisce per esplodere in forme e con modalità antisistemiche.

In questo contesto, in un tempo nel quale deve soccorrere un di più nell'assicurare effettività ai principi costituzionali, un di più nella regolazione degli effetti della dialettica contrapposizione tra bisogni confliggenti, va riaffermata la capacità del modello politico-sociale di superare il contesto organizzativo e normativo riconosciuto dalle Costituzioni liberali.

Come è noto, quelle forme di Costituzione, nate in epoca moderna all'interno di una autonomia della sfera economica, sociale e politica raggiunta attraverso la rivoluzione borghese, erano coerenti con una concezione di libertà declinata come superamento dai vincoli economico-sociali che avevano contraddistinto il sistema economico ereditato dal feudalesimo. Una libertà intesa come astratta idoneità a partecipare, senza limitazioni, all'attività economica e politica. Le regole di riferimento individuavano forme di azione e modelli di comportamento, normativamente orientati, da offrire ai singoli individui per soddisfare i propri personali interessi³⁴: non attribuivano, viceversa, risorse economiche con le quali consentire ai più di utilizzare concretamente quegli strumenti, non contemplavano alcun meccanismo di giustizia distributiva.

Il formalismo kelseniano dava dimostrazione, sul piano della teoria del diritto, della assoluta distanza degli strumenti giuridici da fini di giustizia sociale: la funzione dei diritti politici e dei diritti civili era sostanzialmente quella di creare una formale cornice unificante in una società orientata individualmente.

La novità delle Costituzioni liberali era, infatti, quella di garantire l'eguaglianza formale di ogni cittadino nei confronti della legge, tutelando la libertà delle proprietà e la libertà delle iniziative economiche. Ma lo Stato costituzionale ha in sé elementi epocali di discontinuità rispetto a un approccio formale alle situazioni dei cittadini: non solo attenzione, quindi, al lato astratto dei diritti, ma potenziale illuminazione dei loro contenuti, sul versante dei bisogni.

Queste potenzialità potrebbero rappresentare nel tempo attuale, nel quale l'espansione dei mercati e la accelerata trasformazione dei valori di scambio rende insostenibile affidare solo a questi la visibilità e la

³⁴ Su tali aspetti cfr. P. BARCELONA, *Stato sociale e strategia dei diritti*, in *Le ragioni del diritto; Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Milano, 1995, p. 1700.

misura dei bisogni sociali, una possibile chiave di risposta agli interessi particolari, al soggettivismo e all'egoismo individuale imperante nelle società contemporanee.

Sul piano degli assetti economico-sociali, quando il sistema economico globale non sembra avere altri obiettivi se non la crescita competitiva di consumi e ricchezza individuali, le disuguaglianze economiche si accentuano invece di attenuarsi; la critica allo "Stato imprenditore" e alle inefficienze del settore pubblico travalica in critica allo Stato *tout court*.

Abbiamo assistito, quasi inermi, in nome della libertà del mercato e della competizione economica, alla progressiva scomparsa di parole come "solidarietà" o "giustizia" dal vocabolario politico, ma non da quello costituzionale, che accanto ai diritti inviolabili pone i «doveri inderogabili» di solidarietà politica, economica e sociale. Lungo tale via, gli sforzi profusi dalle forze politiche si sono sempre più concentrati a rileggere l'architettura istituzionale secondo apparenti canoni di efficienza semplificatoria, e diretti, nella sostanza, a supportare percorsi di accentramento di poteri, che il recente esito referendario ha, in qualche modo, interrotto³⁵.

Gli aspetti economici della globalizzazione hanno accentuato la necessità di dare risposte, costituzionalmente orientate, alla progressiva concentrazione della ricchezza nelle mani dell'1% della popolazione³⁶, al contemporaneo allargamento della povertà, con lo scivolamento verso il basso di certe componenti del ceto medio, all'impotenza degli Stati delle economie avanzate ad attivare e a realizzare politiche di redistribuzione del reddito, a causa dei vincoli sulla spesa in *deficit*, del livello del debito pubblico e della elevata pressione fiscale, che rappresentano fattori che evidenziano non più accettabili livelli di coesione sociale.

³⁵ Anche dopo i significati ascrivibili ai recenti risultati referendari, appare quantomeno curiosa l'impostazione proposta della necessità di un cambiamento del clima culturale del Paese per far posto a un'esigenza improcrastinabile di verità e di realismo: «Tra le molte cose che una tale esigenza impone di riscoprire metterei ai primissimi posti l'idea di autorità: il bisogno di scoprire il suo senso, di legittimarne nuovamente la sua pratica.(....). Va da sé che quando si dice autorità non può che intendersi in linea di massima (in linea di massima, sottolineo, non sempre) l'autorità di una sola persona o istituzione, un'autorità monocratica» (E. GALLI DELLA LOGGIA, *Stato e poteri. Dov'è finito il principio di autorità*, in *Corriere della Sera*, 7 gennaio 2017).

³⁶ Si vedano i risultati sulle dinamiche della distribuzione della ricchezza presentati da T. PIKETTY, *Il Capitale nel XXI secolo*, Milano, 2014, p. 43 s.

Ne sono ulteriori conferme i dati che ha fornito l'Istituto italiano di statistica, il quale ha stimato come nel 2015 le famiglie residenti in Italia, in condizione di povertà assoluta, fossero 1 milione e 582 mila e gli individui 4 milioni e 598 mila: il numero più alto dal 2005 a oggi³⁷. Un ulteriore approfondimento di quei dati segnala una inaspettata frammentazione sociale del fenomeno: la condizione di povertà riguarda non solo disoccupati, anziani o famiglie numerose, ma interessa anche i lavoratori, le famiglie non necessariamente numerose e soprattutto i giovani³⁸.

Tutto questo è avvenuto in uno scenario economico sociale nel quale la lunga recessione ha toccato tutte le organizzazioni di beni e servizi imponendo a individui, imprese e Stato di impegnarsi nella riduzione dei costi. La rivoluzione dei prezzi verso il basso, che ha ovviamente interessato anche il prezzo del lavoro, ha creato le premesse per una fase deflazionistica prolungata.

Si presentano qui i problemi che le vicende politiche contemporanee evidenziano in tutta la loro complessità, relativi alle tradizionali difficoltà a conciliare i diritti politici e civili con quelli economici e sociali, alle quali si sono aggiunti i problemi sollevati da nuove generazioni di diritti e dalla loro specificazione. Gli indirizzi politici danno conto di accresciute difficoltà sia a gestire una composizione sociale caratterizzata da una sempre più intensa multiculturalità, dalla quale emergono esigenze ambivalenti, ma non per questo necessariamente

³⁷ Dal Report ISTAT del 14 luglio 2016 si evidenzia come l'incidenza della povertà assoluta si mantenga sostanzialmente stabile sui livelli stimati negli ultimi tre anni per le famiglie, con variazioni annuali statisticamente non significative (6,1% delle famiglie residenti nel 2015, 5,7% nel 2014, 6,3% nel 2013) e come, viceversa, cresca se misurata in termini di persone (7,6% della popolazione residente nel 2015, 6,8% nel 2014 e 7,3% nel 2013). Questi dati si devono principalmente all'aumento della condizione di povertà assoluta tra le famiglie con 4 componenti (da 6,7 del 2014 a 9,5%), soprattutto coppie con 2 figli (da 5,9 a 8,6%) e tra le famiglie di soli stranieri (da 23,4 a 28,3%), in media più numerose.

³⁸ I dati statistici del Censis evidenziano una povertà inversamente proporzionale all'età, con la prima che tende a diminuire all'aumentare di quest'ultima: si nota, infatti, come l'incidenza più alta si registra proprio tra i minori, sotto i 18 anni, seguita dalla classe 18-34 anni; al contrario chi ha più di 65 anni, diversamente da quanto accadeva meno di un decennio fa, si attesta su livelli contenuti di disagio. Degli oltre 4,5 milioni di poveri totali, infatti, il 46,6 per cento risulta sotto i 34 anni; in termini assoluti si tratta di 2,1 milioni di individui, e tra loro i minori sono 1,1 milioni (Censis, *Rapporto sulla situazione sociale del Paese del 2016*, Roma, 2016, p. 6 ss.).

contraddittorie, sia a dare risposte adeguate al processo di disarticolazione strutturale che interessa il nostro sistema sociale.

In ogni caso, e pur a fronte di un così ampio spettro di difficoltà, affinché la democrazia possa guardare avanti, sono ancora le istituzioni i soggetti chiamati, oltre che a decidere delle cose della politica, a mostrare, nell'attuale complessità sociale ed economica, una progettualità in grado di implementare, in un circuito virtuoso, una nuova sintonia tra politica e società.

3. La necessità di una effettiva riconsiderazione dei principi costituzionali

Il tipo di revisionismo costituzionale, non certamente dominante nel nostro Paese, a cui sarebbe necessario a mio avviso guardare, è quello che apre l'orizzonte ad un progetto capace di sostenere la promozione dei diritti e l'inclusione sociale dei soggetti più deboli in un sempre più equilibrato rapporto tra i diversi soggetti politici.

Questa prospettiva non è mai stata considerata con decisione neanche in precedenti fasi di difficoltà sociale, verificatesi in tempi non lontani e non solo nel nostro Paese. Tuttavia, quando agli inizi degli anni Novanta del secolo scorso siamo stati attraversati da una prima profonda crisi economica, anche se di tipo interno e congiunturale, la risposta sul piano politico e istituzionale – nonché su quello della cultura giuridica prevalente – fu allora parzialmente diversa dalla prospettiva di un necessario revisionismo costituzionale³⁹.

I diritti sociali, riconosciuti dalle norme costituzionali, ma indeboliti dalla crisi economica, hanno continuato a confrontarsi con i diritti di libertà, imponendo, per tale via, una rilettura del ruolo dello Stato e di quello del mercato rispetto al complesso delle posizioni soggettive dei singoli⁴⁰.

L'indagine di un diverso ruolo della persona, come entità sociale, rispetto alla democrazia pluralista avrebbe portato, in quegli anni, gli ordinamenti al parziale superamento dello schema, adottato negli anni Sessanta, del ruolo strategico dell'intervento pubblico in economia,

³⁹ Si vedano le considerazioni di P. GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo post-moderno*, Napoli, 2011.

⁴⁰ Così N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004.

con la prevalenza delle regole giuridiche ordinarie rispetto ai meccanismi del mercato. Come è noto, quel modello era diventato insostenibile a causa di un debito pubblico, già allora, senza controllo.

Quel che qui è importante rilevare è che tutto ciò non sortì una sorta di diffusa afasia delle regole costituzionali rispetto alla tutela dei diritti fondamentali. Anzi, quelle regole impedirono la radicale distruzione dello Stato sociale: contemporaneamente i principi della prima parte della Costituzione, connaturati alle attuali forme istituzionali, imposero ai concetti di democrazia pluralista e di Stato sociale un binomio inseparabile e la risposta a quella crisi fu trovata, pur con molte difficoltà, nell'attenuazione dell'intervento dello Stato negli strumenti di *Welfare* e in una loro necessaria correlazione con i principi dell'economia di mercato; le aspettative nei confronti dello Stato sociale, fondate sui valori personali tutelati in Costituzione, non avrebbero più potuto essere realisticamente definite senza il riferimento al concetto di fattibilità economica⁴¹.

Pur nella consapevolezza che i diritti costituzionali, così come i principi democratici, sono assicurati, nella loro effettività, da continue politiche di compromesso, è necessario far crescere la coscienza collettiva sull'idea che le garanzie costituzionali costituiscono una cornice ineliminabile entro cui stabilire le tappe per mantenere un ordinamento vivibile, libero e giusto.

A me pare che il voto referendario riconosca in qualche modo le potenzialità di queste regole ed esiga risposte che finora, nella fase di perdurante crisi, sono andate in direzione quasi opposta, caratterizzandosi in interventi straordinari e transitori che non hanno che dato conferma di una strutturale incapacità *in primis* delle forze politiche, nonché di quelle sociali, di cogliere la peculiare prospettiva attraverso la quale la Carta costituzionale tratteggia la disciplina dei rapporti economici.

⁴¹ L'impostazione è rinvenibile oggi nell'art. 81 della Costituzione, riformulato a seguito dell'introduzione del necessario pareggio di bilancio per i conti dello Stato. Peraltro, il problema del rapporto tra il principio di equilibrio della finanza pubblica, di cui all'art. 81 Cost., e le garanzie costituzionali su cui poggiano le risorse destinate ai diritti incompressibili, è stato risolto, anche da ultimo, dalla Corte costituzionale, in favore di questi ultimi, per cui il rilievo costituzionale del diritto in oggetto costituisce un limite invalicabile all'intervento discrezionale del legislatore, così che il nucleo di garanzie minime per renderlo effettivo dovrebbe essere assicurato al di là di ogni esigenza di bilancio, garantendo certezza, stabilità e obbligatorietà del finanziamento (Corte costituzionale, sentenza n.275 del 2016).

A tal fine dovrebbe, viceversa, soccorrere la rilevanza costituzionale delle molteplici trame sociali che hanno concorso a trasformare le organizzazioni politiche del periodo liberale in “Stato costituzionale”, secondo la formula sintetica proposta da Häberle⁴²: un ordinamento caratterizzato dalla “sovranità della Costituzione”⁴³ secondo un modello che, con le parole di Zagrebelsky, sarebbe, «se non un modello definito in tutti i suoi aspetti, almeno un segno preciso d’orientamento, germinato dal vasto mondo delle concezioni dell’essere umano e della società umana, dei valori, delle aspirazioni, delle sensibilità collettive venutisi a formare e a diffondere attraverso esperienze e comportamenti, grandi conquiste e grandi tragedie, fino a imporsi nella cultura della nostra epoca e del nostro mondo»⁴⁴.

Un modello, sempre oggetto di manutenzione, capace di essere funzionale alla trasformazione della molteplicità di valori, insiti nella società, in principi della Costituzione. La scommessa del costituzionalismo democratico continua a giocarsi tuttora «nella capacità della Costituzione, posta come *lex*, di diventare *ius*, [...], nella capacità di uscire dall’area del potere e delle fredde parole di un testo scritto per farsi attrarre nella sfera vitale delle convinzioni e delle idee care, senza le quali non si può vivere e alle quali si aderisce con calore»⁴⁵.

Per di più, l’osservazione sul rilievo della prima parte della Costituzione consente di cogliere l’essenza della scelta di civiltà che la contrassegna nella pari tutela assegnata alla libertà ed all’uguaglianza. Si capisce bene, allora, come dal riconoscimento in Costituzione di principi e valori diversi – in particolare di libertà individuale e di giustizia sociale – consegua la necessità di evitare l’assolutizzazione di un principio o di un valore a scapito degli altri; questi ultimi diverranno orientamenti normativi armonici solo con un’opera di bilanciamento ragionevole; dunque, «se così è, risulta chiaro che il principio di eguaglianza formale si pone in relazione diretta con i diritti sociali, poiché, se dal punto di vista storico lo sviluppo dell’eguaglianza ragionevole sorge come conseguenza dell’attuazione pratica dei valori connessi o

⁴² P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza politica*, Roma, 2001, p. 31 ss.

⁴³ Cfr. A. BALDASSARRE, *Esistono norme giuridiche sopra-costituzionali*, in *Le ragioni del diritto: Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Milano, 1995, p.1690

⁴⁴ G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, Torino, Einaudi, 2009, p. 20.

⁴⁵ G. ZAGREBELSKY, *Diritto Legge Costituzione*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. IV, Napoli, 2004, p. 2239.

implicanti i diritti sociali, al contrario dal punto di vista normativo, il principio di eguaglianza formale ragionevole si pone come uno dei fondamenti rispetto all'effettivo riconoscimento di quei diritti come valori costituzionali supremi (accanto a quelli di libertà)⁴⁶.

Tutto ciò, peraltro, fa comprendere appieno il legame indissolubile che lega la prima alla seconda parte del testo della Costituzione italiana, in aperta opposizione alla diversa prospettiva che, nei tempi più recenti, ha portato a considerare separate le diverse parti della Costituzione.

Una suddivisione tra prima e seconda parte della Carta del '48 si basa sull'erroneo presupposto per il quale i caratteri essenziali della nostra Costituzione sarebbero contenuti tutti nella parte dedicata ai diritti, mentre l'intera parte dedicata all'organizzazione dei poteri rivestirebbe una natura solo strumentale, così da legittimare l'idea che la seconda parte del testo costituzionale possa essere nella piena e sostanziale disponibilità del revisore costituzionale⁴⁷.

Di fronte ad un revisionismo costituzionale perpetuo sembra davvero arrivato il momento di essere "coraggiosi" e di sostenere che probabilmente la "migliore" delle riforme possibili sarà quella in grado di produrre gli sforzi necessari per rispettare e continuare a realizzare, nella loro effettività, i principi costituzionali vigenti.

È da qui che bisognerebbe ripartire; oggi «si pone perciò», ancora, «in primo luogo (come del resto, alquanto tardivamente, ogni giorno ci sentiamo ripetere) la necessità di difendere quella Costituzione, rivitalizzando la cultura e la moralità pubblica (seppure probabilmente minoritarie) che l'avevano prodotta, cercando di realizzare quella elevazione morale e culturale delle masse che certamente, né il liberalismo ottocentesco, né il fascismo, né i ministri democristiani della

⁴⁶ A. BALDASSARRE, *Diritti sociali* (voce), cit., p. 10. L'Autore sostiene che per la Costituzione italiana «il punto di partenza non è dato dallo Stato, ma è rappresentato dai luoghi e dai legami sociali – come la famiglia, la scuola, il lavoro, l'ambiente di vita personale e collettiva – nei quali e mediante i quali il singolo individuo si fa persona e si esprime come persona». Di tali relazioni «i diritti sociali costituiscono la trama di valore che è superiore allo Stato e ne vincola le funzioni, ponendosi così come fondamento dei diritti costituzionali, inviolabili nel loro contenuto essenziale, nei quali consiste, insieme alle libertà civili e ai diritti fondamentali del singolo, la Costituzione pluralistica della società» (*ibidem*).

⁴⁷ Cfr., da ultimo, su tali aspetti, G. AZZARITI, *Revisione costituzionale e rapporto tra prima e seconda parte della Costituzione*, in *Nomos*, 1/2016.

pubblica istruzione, né una parte almeno degli appartenenti alle altre forze politiche, avevano contribuito a produrre»⁴⁸.

Per affrancare la democrazia da molte delle sue criticità occorre ripartire dalle Costituzioni e dalle istituzioni degli Stati democratici, perché diventi possibile la realizzazione di una reale ed equilibrata parificazione delle diverse posizioni dei singoli componenti della società.

Le organizzazioni politiche contemporanee devono produrre sforzi per recuperare strategie finalizzate ad una concezione generale della società che, nella fase storica che essa attraversa, sia in grado di assicurare l'*optimum* sociale e di recuperare gli equilibri troppo spesso violati tra la convivenza dell'impresa capitalistica privata, caratterizzata dalla scelta della libertà e dal rischio, con una azione ed un intervento dello Stato necessari e sufficienti a realizzare i suoi fini sociali, anche al fine di aiutare una comunità a non ascoltare le tentazioni populiste, costruite, per un ideale ritorno indietro, dai neoprotezionismi o dai neonazionalismi.

Per quanto riguarda la Costituzione, un'opera di manutenzione di un «testo vecchio oramai di oltre sessanta anni è certamente ipotizzabile», a condizione, è stato efficacemente ricordato, «che non sia presentata come una necessaria svolta verso il progresso, ma tutt'al contrario, come una difesa, contro l'avventurismo populistico e demagogico, di un patrimonio giuridico e culturale da salvaguardare come un bene prezioso»⁴⁹.

Per una curiosa eterogenesi dei fini, la lunga stagione riformista, invece di rappresentare una alternativa convincente, ha mostrato il fianco solo a proposte di cambiamento ancora una volta fuori dal sistema costituzionale.

Tutto ciò rappresenta l'ulteriore conferma, se ce ne fosse ancora bisogno, che costruire e mantenere le istituzioni necessarie a sostenere la coesione sociale e le garanzie dei diritti è un impegno gravoso, una responsabilità costante, che smentisce l'idea, sempre capace di trovare terreni fertili, che il "bene" democrazia fiorisca rapidamente negli ordinamenti, quasi spontaneamente, e non possa morire mai.

⁴⁸ A. PIZZORUSSO, *Sulle riforme costituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2016, p. 6.

⁴⁹ A. PIZZORUSSO, *Sulle riforme costituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2016, p. 6.

**LA PORTATA COSTITUENTE
DELLA DECISIONE REFERENDARIA
DEL 4 DICEMBRE 2016**

di *Vincenzo Baldini*

SOMMARIO: *1. Punto di partenza dell'analisi scientifica e suoi obiettivi; 2. Il potere costituente del popolo nelle teorie sostanzialiste. Da Carl Schmitt a Ernst- Wolfgang Böckenförde; 3. Le teorie "aperturiste" del potere costituente: il popolo da entità naturale a comunità di cittadini; 4. Dal potere al "processo" costituente. Legislatore e società degli interpreti quali elementi delle dinamiche costituenti; 5. L'espressione di forza costituente nell'esercizio ordinario di democrazia diretta; 6. La previsione costituzionale della revisione organica o completa della Costituzione come fattispecie di positivizzazione dell'esercizio di potere costituente; 7. L'esito referendario del 4 dicembre 2006. La consistenza realmente costituente della decisione in favore della primazia dell'istanza rappresentativa; 8. Il Capo dello Stato quale garante dell'integrale osservanza della volontà referendaria.*

1. Punto di partenza dell'analisi scientifica e suoi obiettivi

«L'alta affluenza al voto è stata la dimostrazione della solidità della nostra democrazia, in cui una cittadinanza, capace "di attiva partecipazione, ha manifestato, con evidenza, la richiesta di essere protagonista delle scelte collettive. Dalla grande affluenza al recente referendum è emersa ... una domanda dei nostri concittadini di maggior partecipazione, non episodica ma costante; e autentica, libera, da non strumentalizzare, da non manipolare. Una domanda rivolta soprattutto alle formazioni politiche e che merita apertura e disponibilità nella risposta. ... La dialettica rappresenta un ingrediente indispensabile della vita sociale e della democrazia (corsivo mio: n.d.r.). Può, e deve, essere franca, netta, talvolta anche aspra. Ma l'ascolto delle ragioni degli altri ne costituisce elemento indispensabile Tanto più è necessario un clima di dialettica vivace ma corretta e seria quanto più grandi, impegnativi e talvolta drammatici sono i problemi che vanno affrontati e che richiedono la capacità di misurarsi con questioni complesse.

Malgrado indicatori positivi sul numero degli occupati, che non vanno sottovalutati, di fronte alle difficoltà di tante famiglie, di fronte a giovani che non hanno la possibilità di programmare la propria vita perché non trovano lavoro, di fronte a chi lo ha perduto o a chi lo ha ma è sottoretribuito, di fronte a un'ampia area di povertà, che non è costituita da un dato statistico ma da numerosi nostri concittadini, occorre ... un confronto di proposte con contenuti ed elaborazioni adeguate. Insicurezza, disagio tra i nostri concittadini, accresciuto divario sociale richiamano i doveri che derivano dal valore dell'unità nazionale. Questa non si esaurisce nella dimensione territoriale ma comprende i profili generazionali e sociali. L'unità del Paese è nuovamente una grande questione sociale».

Queste parole, pronunciate dal Capo dello Stato nel corso della tradizionale cerimonia per lo scambio di auguri con i rappresentanti delle istituzioni, delle forze politiche e della società civile (20.12.2016) costituiscono un utile punto di partenza per svolgere alcune riflessioni riguardo agli effetti politico-istituzionali del referendum costituzionale celebratosi lo scorso 4 dicembre 2016, che ha sancito il definitivo rigetto della legge di riforma costituzionale cd. Renzi-Boschi.

Un primo punto di interesse attiene alla reale valenza costituente (come in questo lavoro si cercherà di argomentare) assunta dal pronunciamento popolare in questione, almeno nel suo nucleo essenziale di rilancio dell'istanza rappresentativa e, così, della primazia parlamentare. Tanto conduce al secondo punto di interesse, relativo all'interrogativo se vi sia un potere dello Stato che si renda custode dell'esito costituente di questo referendum, a cui pertanto sarebbe chiamato a conferire una tutela anche sul piano giuridico-positivo.

2. Il potere costituente del popolo nelle teorie sostanzialiste. Da Carl Schmitt a Ernst-Wolfgang Böckenförde

Il richiamo ad una reale forza costituente del referendum costituzionale evoca per un verso l'idea di un potere fondante, come tale libero e assoluto, tipicamente ricondotto alla sovranità in senso proprio del popolo¹. Per altro verso, esso allude ai connotati di un concetto-

¹ T.E. FROSINI, *Potere costituente e sovranità popolare*, Relazione al Convegno Costantino Mortati: "Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale", Roma, 14 dicembre

limite² che conferisce rinnovato vigore a questioni classiche, di grande suggestione politico-istituzionale, per quanto avviluppate da un'insuperabile foschia sul piano dogmatico. In questa foschia, dunque, dimensione politica e dimensione giuridico-positiva finiscono inevitabilmente per degradare fino a fondersi in un orizzonte comune che rende difficile e, soprattutto, approssimativo e perciò insoddisfacente, ogni discorso mirato a scindere il primo dal secondo profilo.

Il concetto di potere costituente del popolo -alla cui origini storiche, come è noto, sta l'appello dell'Abate Sieyès alla forza del Terzo Stato³- agisce sulla linea di confine tra la dimensione propriamente politica e quella più specificamente giuridica, così che esso appare da sempre di difficile declinazione. In tale concetto insiste, invero, qualcosa di incerto e, al tempo stesso, di molto suggestivo, il richiamo ad un ambito dell'agire in cui il popolo si manifesta, secondo la dottrina sostanzialista, quale grandezza politica unitaria ed inorganizzata⁴. È nel popolo così configurato che, come riteneva *Carl Schmitt*, il potere costituente trova il suo naturale titolare⁵.

In quest'ottica, si tratta di una presenza permanente -quella del popolo-costituente- e sempre latente all'interno dello Stato giacché deriva la sua esistenza da condizioni naturali e irretrattabili, indefettibilmente (e coercitivamente...) connesse all'appartenenza del singolo alla Nazione, intesa in senso etnico⁶. Il popolo, allora, non recede fino a

2015, p. 1 del *paper*. In generale, su una ricostruzione in chiave storico-evolutiva del concetto di sovranità, cfr. D. GRIMM, *Souveränität*, Berlin, 2009, in cui rileva tra l'altro la distinzione tra sovranità del popolo, sovranità nazionale e sovranità dello Stato (p. 35 ss.).

² E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts* (1986), ora anche in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, 2. Aufl., Frankfurt am Main, 1992, p. 90 ss.

³ E. J. SIEYÈS, *Che cos'è il terzo Stato ?*, in Id., *Opere e testimonianze* (a cura di G. Troisi Spagnoli) vol. 1, Milano, 1993.

⁴ C. SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk*, Hamburg, 1933, part. p.5 ss. In senso analogo, prefigurando un'accezione di tipo naturalistico del popolo, v. anche T. LITT, *Individuum und Gemeinschaft*, Leipzig und Berlin, 1919, part. p. 89 ss. Nella visione del liberalismo politico di J. RAWLS -Id., *Il diritto dei popoli* (1999), Torino, 2001, p. 30- la comunità dei cittadini era unita dal dato morale del "comune sentire".

⁵ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 5. unveränderte Auflage, Berlin 1970, p. 75 ss.

⁶ Sul concetto di nazionalismo e sulle sue origini v. in particolare I. BERLIN, *Der Nationalismus* (1981), Frankfurt am Main, 1990, part. p. 50 ss., in cui rileva la percezione in senso organico della nazione; F. CHABOD, *L'idea di nazione* (1961), 13 ed., Roma-Bari, 2002, part. p. 26 ss.

scompare alla nascita della Costituzione ma, in quanto unità del Politico, convive con il popolo-organo dello Stato, le cui forme di manifestazione, diretta o rappresentativa, sono regolate da norme giuridiche di livello costituzionale. Soltanto al primo, che, esiste latente nel contesto delle dinamiche politiche dell'esperienza giuridica, spetta la titolarità del potere costituente mentre il secondo è titolare di competenze per l'esercizio di funzioni legittime, dunque, specificatamente determinate dalle norme della Costituzione, inclusa quella di procedere alla modifica della stessa Legge fondamentale⁷.

La consapevolezza (il "*Wir- Bewusstsein*"), intesa come presa di coscienza di essere un'unità di sangue e/o di cultura configura un presupposto dell'unità (politica) del popolo ed è, dalla stessa dottrina sostanzialista, messa in particolare risalto come la condizione che conferisce al popolo la capacità e, al tempo stesso, la legittimazione ad assumere la decisione fondamentale sulla specie e la forma della sua stessa unità, a darsi, così, la Costituzione⁸.

In una prospettiva non distante da quella schmittiana, è E.-W. Böckenförde ad evidenziare la caratterizzazione in senso liminare del potere costituente quale *Grenzbegriff* nonché l'esigenza che nella configurazione dell'idea di popolo-Nazione⁹ non possa fare difetto l'esistenza di una condizione di (almeno relativa) omogeneità¹⁰. La Nazione, quale gruppo di persone animato e reso unitario dalla consapevolezza del loro essere una "grandezza politica" che in tal modo entra nella storia¹¹, si prefigura come realtà naturalistica e, perciò, incancellabile. Anche in un assetto ordinamentale democratico ed ispirato alla legalità costituzionale, essa è in grado di manifestarsi come soggetto di decisione. Accanto al popolo quale comunità di cittadini, la Nazione partecipa "in qualche modo" all'azione di quest'ultimo e, in

⁷ ...ciò in chiara antitesi con il normativismo kelseniano a cui, come è noto, resta del tutto estranea la considerazione dell'unità effettiva del popolo e, con essa, la categoria del potere costituente.

⁸ T. LITT, op. cit., p. 99 ss.

⁹ Sul punto, cfr. H. HOFMANN, *Über Volkssouveränität*, in *Juristen Zeitung (JZ)*, 2014, p. 861 ss., part. p. 862.

¹⁰ Sul punto, in tal senso, v. anche F.MÜLLER, *Fragment (über) verfassunggebende Gewalt des Volkes*, Berlin, 1995, p. 19 ss.

¹¹ „(politisch sich zusammenfindende und abgrenzende) Gruppe von Menschen, di sich ihrer selbst als politische Größe bewusst ist und als solche in die Geschichte eintritt“: E.-W.BÖCKENFÖRDE, *Die verfassunggebende Gewalt des Volkes*, cit., p.96.

forme adespote, può generare sempre nuove epifanie del potere costituente¹².

D'altro verso non manca chi, come *Hasso Hofmann*¹³, sottolinea una certa funzionalità storica di termini come “potere costituente del popolo” e “sovranità popolare”, intesi come categorie metagiuridiche, soprattutto al fine di giustificare uno stato di fatto, la fonte, cioè, del potere sovrano nello Stato moderno.

Le prospettazioni appena richiamate, in particolare quelle di *Carl Schmitt* ed *E.-W. Böckenförde*, si riportano ad una visione che annette al potere costituente essenzialmente una forza di fatto, per quanto rilevante per il diritto. Tale forza trova giustificazione nell'ottica di un nazionalismo etnocentrico¹⁴ che, in una versione meno radicale e più edulcorata, allude ad una condizione di relativa omogeneità culturale della comunità di riferimento¹⁵, quale presupposto naturale indefettibile di uno Stato democratico^{16 17}. Come tale, quest'ultima sfugge ad ogni regolazione normativa da parte dello stesso Stato secolarizzato, il quale -ebbe a sostenere lo stesso *E.-W. Böckenförde* negli anni '60- si fonda su presupposti che esso stesso non è in grado di garantire¹⁸. La Nazione nel senso ora descritto, infatti, sembra intendersi come categoria che va ben oltre la consistenza assunta secondo il pensiero repubblicano (ed in opposizione al quale, peraltro, si indirizzava la critica schmittiana)¹⁹ e nella dimensione giuridico-ordinamentale²⁰, per

¹² E.-W.BÖCKENFÖRDE, op. ult. cit., p. 111. Contro l'impostazione di una latente permanenza/esistenza del popolo costituente, cfr. U. SCHEUNER, come citato in F.-MÜLLER, *Fragment (über) verfassunggebende Gewalt des Volkes*, cit., p. 30 ss.

¹³ I riferimenti ancora in H. HOFMANN, *Über Volkssouveränität*, cit., p. 863.

¹⁴ Al riguardo, cfr. J.HABERMAS, *Inklusion – Einbeziehen oder Einschließen ? Zum Verhältnis von Nation, Rechtsstaat und Demokratie*, in Id., *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt am Main, 1999, p.154 ss.

¹⁵ Cfr., al riguardo, H.M. HEINIG, *Verfassung im Nationalstaat*, in *VVDStRL*, 75, Berlin/Boston, 2016, p. 66 ss., part. p. 87.

¹⁶ V. ancora E.-W.BÖCKENFÖRDE, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, cit., p.289 ss., part. p.348 ss.

¹⁷ Al riguardo, cfr. J.HABERMAS, op.ult. cit., p.154 ss.

¹⁸ „Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann“: E.-W.BÖCKENFÖRDE, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation* (1967), ora anche in ID., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1991, p. 92 ss, part. p. 112.

¹⁹ „Im dreigliedrigen Aufbau der politischen Einheit erhalten die Begriffe „Staat“ und „Volk“ eine andere Stelle und einen ganz anderen Sinn als in dem (...) zweigliedrigen System der liberalen Demokratie“: C. SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk*, Hamburg, cit., p. 16 (ma v. anche p.22 ss).

evocare una concezione romantica del popolo-costituente, connessa all'idea di un'unità non formale. Una concezione, tuttavia, che inevitabilmente tende a perdere di significato rispetto alla realtà dei processi di evoluzione in senso pluralista degli interessi connessi alla società civile, all'incedere di un multiculturalismo che sempre più sollecita rinnovate dinamiche di integrazione sociale, nella prospettiva dell'unità politica dello Stato. In quest'ordine di idee, la relazione funzionale tra nazione e potere costituente appare meno pregnante sul piano pratico, quantunque alla Nazione come identità culturale facciamo riferimento orientamenti dottrinali che, con particolare riguardo alle vicende dell'Unione Europea, rilevano nella carenza di un popolo inteso come entità unitaria e culturalmente omogenea, una delle cause ostative alla costruzione di uno stato democratico europeo e, con esso, all'avvio di un processo costituente europeo²¹.

3. Le teorie “aperturiste” del potere costituente: il popolo da entità naturale a comunità di cittadini

Una dottrina più aperturista fa dunque leva, in antitesi alle posizioni appena rappresentate, sull'irrilevanza dell'antico feticcio dell'unità-omogeneità culturale del popolo ai fini di un corretto svolgimento del processo democratico, esaltando di contro il ruolo del popolo quale comunità dei cittadini. In particolare, *Jürgen Habermas* evidenzia come l'evoluzione progressiva dal concetto di Nazione quale originaria comunità di connazionali (*Volksgenosse*) a quello di Nazione quale insieme di concittadini (*Staatsbürger*) costituisca la più razionale rispo-

²⁰ J. HABERMAS, *Inklusion – Einbeziehen oder Einschließen* ?, cit., p.155.

²¹ Cfr. D. GRIMM, *Braucht Europa eine Verfassung* ?, in *JZ*, 1995, p. 581 ss.; in senso contrario, v. C. MÖLLERS, *Die Demokratie*, 3. Aufl., Berlin, 2012, p. 89; Id., *Verfassunggebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung* (in particolare, in ragione di una relativizzazione del concetto di Costituzione) in v. BOGDANDY, J. BAST, *Europäisches Verfassungsrecht*, 2 Aufl., Heidelberg, 2009, p. 227 ss, part. p. 244 ss. („Auch wenn man von der Europäischen Integration keine neue demokratische Revolution erwarten kann oder will, genügt es weder, den Begriff der Verfassung für die Europäische Integration einfach auszuschließen, noch, ihn mit der Faktizität der Integrationsvorgangs zu identifizieren“: p. 249); infine, v. ancora J. HABERMAS, *Inklusion – Einbeziehen oder Einschließen* ?, cit., p.155.

sta alle esigenze, rispettivamente, di inclusione e di esclusione²². Nel senso in cui lo rappresenta *Carl Schmitt*, che implica una (pericolosa) emancipazione dell'idea di democrazia da quella di Stato di diritto²³, tale concetto lascia intravedere insuperabili antinomie, per un verso, nell'appartenenza necessaria ed irrettabile del singolo alla comunità dei connazionali; per altro verso, nella libertà di quest'ultimo, in quanto cittadino, di far parte di una comunità politica e di esercitare i relativi diritti. Di conseguenza, anche l'esercizio di potere costituente, nel caso in cui si riconosca spettante unicamente all'insieme dei *Volksge-nossen* verrebbe a collocarsi al di fuori della portata dei cittadini e concentrata nei soli momenti in cui potrebbe riconoscersi una qualche rilevanza politica alla Nazione in senso etnico-culturale. Nondimeno, proprio sulla base degli sviluppi in senso pluralista della società statale, di cui si è detto (v. *supra*), è difficile anche solo prefigurare ipotesi in cui una siffatta idea di Nazione tornerebbe ad avere quella struttura di unità politica necessaria a legittimarla come soggetto titolare del potere costituente.

In definitiva, si tratterebbe in questo caso di una concezione tralattizia e poco funzionale, che rinviene nel solo dato naturalistico-sostanziale, ma politicamente irrilevante, la fonte di legittimazione di tale potere, oltre che il necessario radicamento del popolo dei cittadini (*Demos*)²⁴. L'appartenenza del singolo alla comunità politica, la sua lealtà verso quest'ultima e la relativa spinta solidaristica che ne deriverebbe, posta a base della coesione sociale, sarebbero il frutto, in ultima analisi, di quella generale consapevolezza circa il suddetto fondamento naturalistico. Di contro, nessun ruolo verrebbe a giocare, in questa prospettiva, la dimensione giuridico-positiva, in primo luogo il complesso dei diritti fondamentali e, in particolare, l'esercizio dei diritti politici all'interno dello stato democratico. È dunque merito di *Habermas* aver rilevato come l'impostazione etnocentrico-nazionalista possa apparire estranea ed inutile rispetto all'istanza di efficienza dell'agire democratico in cui, invece, riceve primaria importanza il dato della partecipazione e dell'esercizio dei diritti politici in condizioni di eguaglianza, in cui, in particolare, la ragionevolezza

²² *Ibidem*, p. 156 ss.

²³ *Ibidem*, p. 162.

²⁴ *Ibidem*, p. 157. Sul concetto democratico di libertà del popolo (non equivalente a quello di libertà dei cittadini, cfr. anche M. HÄTTLICH, *Demokratie als Herrschaftsordnung*, Köln und Opladen, 1967, p. 144 ss.

della decisione si lega al flusso pluralista della comunicazione pubblica.

Una rappresentazione del cittadino emancipata da ancoramenti di tipo etnico ed ancorata, invece, alla volontà di partecipazione di cui ora si è detto esprime in sé un fattore di inclusione e, perciò, di rafforzamento dell'integrazione sociale e di un'identità collettiva che non comprime ed, anzi, esalta il pluralismo²⁵. Se il concetto di Nazione è valso a rintuzzare, per il passato, processi di disgregazione sociale rafforzando, in ultima analisi, anche il senso dell'unità dello Stato, oltre che dell'unità di popolo, l'esaltazione dello *status* di cittadino come presupposto di un'aggregazione sociale basata sul processo democratico reca in sé una forza integratrice nella misura in cui favorisce la “parificazione dei *discriminati* e l'inclusione dei *marginalizzati*, senza incorporarli nell'uniformità di una omogenea comunità di popolo (*Volksgemeinschaft*)”²⁶.

Tanto, allude alla creazione di un'unità composita, nel rispetto delle differenze di interessi e di culture, che solo sembra oggi in grado di elaborare anche una nuova identità costituzionale, piuttosto che nazionale in senso classico. Per questo versante, unità politica dello Stato ed identità costituzionale del popolo tendono in buona sostanza a confondersi in un processo di progressiva complementarietà funzionale.

4. Dal potere al “processo” costituente. Legislatore e società degli interpreti quali elementi delle dinamiche costituenti

L'interrogativo essenziale relativo a che cos'è un popolo, quale titolare del potere costituente nello Stato democratico, appare –per quanto fin qui si è venuto dicendo- ancora di una chiara e problematica attualità. Esso attraversa, dunque, tutto il pensiero giuridico europeo del Novecento attecchendosi al tempo stesso a fattore, rispettivamente, di esclusione e di inclusione politico-sociale. Sul primo versante operano le teoriche di matrice naturalistico-culturale (concezione sostanziale), che, come si è visto, esaltano unicamente l'elemento psicologico della consapevolezza di un'appartenenza la quale, proprio perché fondata su un dato obiettivo, si mostra irrettrabile. Sul secon-

²⁵ J. HABERMAS, *Inklusion – Einbeziehen oder Einschließen ?*, cit., p.158 ss.

²⁶ *Ibidem*, p.166.

do versante agiscono, invece, le teoriche aperturiste (concezione giuridico-formale) che forniscono nuove e più adeguate risposte alla questione dell'integrazione sociale²⁷. Alla definizione inclusiva del popolo quale comunità di cittadini sottende, infatti, una peculiare valorizzazione del pluralismo politico, sociale e culturale che già era messa in luce, ad es., nella "Dottrina dello Stato" di *Hermann Heller* (1928)²⁸. Vero è che tale valorizzazione è compiuta con precipuo riferimento alla corretta espressione del processo democratico, che lo stesso *Habermas*, come è noto, riconduce ad un modello essenzialmente procedurale²⁹. Nondimeno, il riferimento precipuo alla condizione di cittadino nella determinazione del concetto di popolo esprime, oltre che il richiamo ad una dimensione di consapevolezza circa la titolarità di diritti fondamentali, la rilevanza del fattore della partecipazione alla vita politica come condizione dell'identità dello Stato. Di conseguenza, manifesta un senso anche con riguardo all'esercizio di potere costituente che, nel contesto dello Stato democratico, si atteggiava come reale possibilità ed, al tempo stesso, come ipotesi immanente a manifestazioni dirette di sovranità popolare. In quest'ottica, l'espressione di un tale potere può rinvenirsi in atti "netri", vale a dire non funzionalmente preordinati, e si rivela nelle condizioni politiche di fatto che sottendono l'esercizio anche di forme ordinarie di democrazia diretta, quali identificate soprattutto attraverso il flusso della comunicazione pubblica.

Tenuto conto di siffatta prospettiva, non è incongruo ritenere che la posizione di *Habermas* mostri significativi punti di contatto con il pensiero integrazionista di *Rudolf Smend* e, forse ancor più, con l'idea funzionale dello Stato di *Konrad Hesse*³⁰. In quest'ultima, in particolare, l'unità politica dello Stato intesa non come un dato pregiuridico ma come il risultato di dinamiche permanenti interne allo Stato stesso ed in grado di generarla come risultato, emerge come la condizione

²⁷ Sul punto, v. ancora J. HABERMAS, *Was ist ein Volk ? Zum politischen Selbstverständnis der Geisteswissenschaften im Vormärz, am Beispiel der Frankfurter Germanistenversammlung von 1846*, ora anche in ID., *Die postnationale Konstellation* (1998), Frankfurt am Main, 2005, p. 13 ss., part. p. 23 ss.

²⁸ H. HELLER, *Staatslehre*, 6. rev. Auflage, Tübingen 1983, p. 166 ss. (ma soprattutto p. 178 ss.) nonché ID., *Souveränität*, Berlin und Leipzig, 1927, part. p. 75 ss. (richiami in tal senso si ritrovano anche in H. HOFMANN, *Über Volkssouveränität*, cit., p. 863).

²⁹ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 4. Aufl., Frankfurt am Main 1994, p. 349 ss.

³⁰ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., Heidelberg, 1999, p.5 ss.

che sola rende quest'ultimo capace di agire per la realizzazione dei propri compiti³¹. Anche al riguardo, dunque, l'esercizio del potere costituente sembra assumere una connotazione dinamica e permanente, nient'affatto riducibile al solo momento storico del varo della Costituzione. Quest'ultima, anzi, nella misura in cui, per la parte relativa ai principi e diritti fondamentali, postula di necessità un'attività di concretizzazione, in grado di spiegarne e svilupparne la reale consistenza normativa, si apre all'ipotesi di un'esegesi costituente che valga a specificarla in un certo momento storico.

In definitiva, istanza sostanzialista e istanza “democratico-funzionalista” tendono a porsi a base di declinazioni differenti del potere costituente, quantunque, la loro dogmatica distinzione non escluda, in principio, la possibilità reale che entrambe siano in grado di sostenere decisioni realmente costituenti. La prima varrebbe a caratterizzarle anche in chiave simbolica, quali espressioni d'autoconsapevolezza della Nazione, la seconda, invece, avrebbe il senso di imputare siffatte decisioni all'unità dei cittadini, senza riguardo alla loro originaria identità etico-culturale. Quest'ultima, in particolare, imputando a siffatta unità, giuridicamente costituita, *ogni* forma di esercizio della democrazia, finisce per comprendere anche la possibilità di espressioni “ordinarie” di potere costituente pur declinate nella forma giuridicamente tipizzata dell'atto di democrazia diretta (referendum abrogativo e/o costituzionale), quando si riconosca in esso una valenza effettivamente fondativa. Nella circostanza, l'unità politica dello Stato democratico tende a rivelarsi, allora, nella manifestazione espressa attraverso il pronunciamento popolare come volontà dell'insieme dei cittadini.

La peculiare congruenza dell'approccio funzionale rispetto alle dinamiche dello Stato costituzionale democratico rileva nella capacità di tenere insieme, secondo una razionale sintassi che declina argomentazioni di natura giuridico-istituzionale, pluralismo sociale, unità politica dello Stato ed attualità del potere costituente, senza dover necessariamente giungere a contestare la struttura giuridico-positiva dell'esercizio di siffatto potere. Un siffatto approccio, infatti, individua l'essenza ultima del popolo, più che nella sua peculiarità storico-culturale, nella connotazione giuridico-formale, cui si riconnette la titolarità in generale del potere sovrano. L'esercizio di quest'ultimo, la

³¹ *Ibidem*, p.6.

cui intensità politica è destinata a variare in ragione delle singole questioni su cui il popolo si esprime in via diretta, rappresenta a ben vedere la forma (tipizzata) di una decisione razionale in quanto prodotto finale di dinamiche comunicative interne allo Stato democratico pluralista.

L'unità della decisione assunta dalla comunità dei cittadini ed imputata al popolo, cardine organizzativo dell'ordinamento democratico non riesce scalfita, peraltro, dal variare delle maggioranze politiche che sostengono, di volta in volta, un esito piuttosto che un altro del pronunciamento popolare. Tale premessa teoretico-dogmatica, in virtù della quale, pertanto, la manifestazione di sovranità non si sfrangia nella sommatoria delle singole volontà che l'hanno prodotta è anche quella che consente comunque di imputare al popolo la scelta costituente, quando la decisione assunta investa, nel complesso e in maniera profonda, i tratti essenziali dell'organizzazione costituzionale dello Stato. Del resto, attraverso il complesso articolato dei diversi segmenti che la formano, nel contesto di un ordinamento liberale e democratico, la comunicazione, generando empatia tra i politicamente affini³² e consapevolezza circa il valore della decisione, alimenta in ciascun cittadino la partecipazione all'azione, concorrendo ad orientarne il senso. Nell'offrire la visione reale dell'importanza politica della decisione, essa procede ad autenticarne la portata costituente e, anche in tal modo, opera come volano principale del processo dinamico di determinazione dell'identità politica e costituzionale dello Stato democratico (v. *supra*).

In quest'ottica, pluralismo della comunicazione pubblica, consapevolezza della forza costituente del pronunciamento popolare e partecipazione agiscono come elementi di un generale processo di integrazione politica, legati in una relazione inscindibile di causa ed effetto che rafforza, in ultima analisi, la natura fondativa (e, per certi aspetti, irreversibile) dell'esercizio di sovranità popolare. In questo processo, elementi politici sintomatici, quali ad es., la partecipazione al dibattito, gli interventi a sostegno di posizioni in conflitto, la nascita di movimenti all'interno della società civile, l'alto grado di partecipazione al voto etc. valgono, in buona sostanza, a rivelare la portata pubblica

³² Sul valore dell'empatia come base generatrice di affinità sociali v. da ultimo F. BREITHAUP, *Kulturen der Empathie*, 3. Aufl., Frankfurt am Main, 2012, p. 54 ss.

della decisione popolare, ben oltre la sua formale qualificazione sul piano giuridico-positivo³³.

La Costituzione, la si intenda come atto normativo fondamentale³⁴ o, piuttosto, come processo giuridico-culturale³⁵, traduce, in particolare nella garanzia dei diritti e principi fondamentali, l'identità di uno Stato democratico, in cui tende senz'altro a riconoscersi la comunità dei cittadini. La coesione sociale che unisce e rafforza tale comunità trova in quegli stessi valori costituzionali il proprio ancoramento ultimo e la ragione di una solidarietà che non si alimenta necessariamente a fonti naturali, quali l'omogeneità etnica e/o culturale³⁶, fonti che, anzi, appaiono strutturalmente idonee a favorire piuttosto processi di annessione (*Einschliessung*) che di inclusione relazione nell'ottica di una tutela e sviluppo dell'istanza pluralista (*Einbeziehung*). L'unità dello Stato, in definitiva, si lega in modo essenziale alla capacità della Costituzione di generare un'integrazione sociale volontaria, che non implica anche abdicazione della diversità ma attraverso la tutela ed il riconoscimento dei diritti della persona e del cittadino in condizioni di eguaglianza, stimola il processo di integrazione. Un allargamento progressivo dei diritti di cittadinanza, in ragione tra l'altro del progressivo incidere dei fenomeni di immigrazione, è considerato allora come un'esigenza politico-democratica, allo scopo di riallineare la dimensione del popolo a quella effettiva della comunità sociale.

5. L'espressione di forza costituente nell'esercizio ordinario di democrazia diretta

In conclusione, se la dottrina classica -con l'eccezione, per un verso, del sostanzialismo di marca schmittiana, per altro verso del normativismo di stampo kelseniano- ha teso sovente ad allocare il potere co-

³³ Lo stesso elemento della volontà decisionale appare determinante anche per chi, come EHMKE - *Grenzen der Verfassungsänderung* (1953), come citato in F.-MÜLLER, *Fragment (über) verfassungsgebende Gewalt des Volkes*, cit., p. 31 contesta l'esistenza di un popolo costituente quale entità politica precostituita mentre esalta la forza dei singoli gruppi di costituirsi in comunità politica.

³⁴ H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1. Aufl., Nachdruck Wien, 1993, p. 248 ss.; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 10 ss.

³⁵ Al riguardo, cfr. soprattutto P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlin, 1982, p. 18 ss., ma part. p. 33 ss.

³⁶ ... come era parsa intenderla anche T. Litt, op. cit., p. 99 ss.

stituente nella sfera del pregiuridico e, dunque, nell'orizzonte del fatto, quantunque ritenuto rilevante per il diritto, della nascita della Costituzione, lo Stato contemporaneo evidenzia una condizione dinamica e variegata dell'esperienza costituzionale in cui non manca la possibilità di riconoscere, nell'esercizio della democrazia diretta, "bagliori" di potere costituente³⁷. Ciò, si è detto, configura il risultato di un complesso di circostanze fuori dall'ordinario svolgersi del confronto democratico-parlamentare, tali da accreditare nel senso che si è appena detto la manifestazione "ordinaria" di sovranità popolare.

Spiegava bene *Carlo Mezzanotte* come la sovranità manifesti una connotazione dinamica e riconoscibile quale «predicato del potere del popolo» in quanto «immanente all'effettivo potere decisionale dei singoli cittadini». Essa non può essere «disposta ad appagarsi di deleghe, ad esaurirsi nella completa alienazione e non rivendica una riserva intangibile di decisione diretta a favore di ciascuno»³⁸. La sovranità, in altre parole, ha bisogno di poter essere recuperata nel pieno della sua forza fondante all'espressione di democrazia diretta e, in questo caso, è plausibile che la stessa torni ad esprimere una volontà effettivamente costituente.

Si tratta allora di saper riconoscere l'essenza propria della manifestazione di sovranità quando abbia ad oggetto decisioni che disegnano con tratti irreversibili una peculiare fisionomia dell'assetto supremo dello Stato, premiando l'una piuttosto che l'altra istanza organizzativa in discussione. In quest'ordine di idee, dato giuridico-formale (referendum) e dato dinamico-sostanziale (declinazione della sua forza reale attraverso fattori di qualificazione in senso costituente della volontà manifestata) intersecano nell'effetto di realizzare compiutamente la natura democratica dell'ordinamento. Così, nel radicarsi di una permanente *Verfassunggebung* che include, inevitabilmente, la conferma o l'abbandono di certi cardini organizzativi si riconosce l'apporto di volontà fondativa del popolo anche nel divenire di quell'esperienza³⁹.

³⁷ L'espressione, ripresa anche da A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, in www.giurcost.org, fu impiegata da C. MEZZANOTTE, *Referendum e legislazione*, relazione al convegno AIC su: *Democrazia maggioritaria e Referendum*, (Siena, 3-4 dicembre 1993), p. 8 del *paper*, per spiegare la forza effettiva dell'esito del referendum abrogativo sulla legge elettorale dell'epoca.

³⁸ C. MEZZANOTTE, *ibidem*.

³⁹ Ad es., secondo KONRAD HESSE, *Grundzüge*, cit., pp.16-17- un ruolo di rilievo assume, al riguardo, l'effettività della forza normativa della Costituzione, la sua capacità, cioè,

In questo declinarsi la Costituzione come “processo costituzionale” piuttosto che come entità statica ed uguale a se stessa il potere costituente finisce per essere assorbito all’interno delle ordinarie dinamiche di concretizzazione/sviluppo della Costituzione ma non per questo perde di riconoscibilità⁴⁰. In antitesi alla visione vetero-assolutista della sovranità del popolo e ancor più dello specifico approccio positivista, la rappresentazione di un processo costituente esalta soprattutto il ruolo creativo svolto dalla società aperta degli interpreti della Costituzione⁴¹, cui appartengono in primo luogo i giudici, costituzionale e di merito⁴², per conferire senso e sviluppo al dettato costituzionale. Spingendo sovente nella direzione di un’interpretazione “secondo possibilità”⁴³, in particolare, dei principi e diritti fondamentali, tale società concorre ad una costante evoluzione di senso normativo della Costituzione. In modo non divergente rispetto ad *Habermas*, che attraverso una critica del “concretismo” dei concetti costituzionali⁴⁴ giunge a valorizzare la dimensione effettiva dell’esperienza costituzionale, anche l’impostazione dottrinale in parola demitizza l’unicità di espressione del potere costituente⁴⁵ mentre finisce per riconoscere il ruolo rilevante svolto a tal fine dall’esegesi che concorre ad orientare, tra l’altro, il dibattito politico-giuridico ed a favorire, in ultima analisi, nuovi *incipit* culturali nella portata normativa costituzionale⁴⁶. Ciò si ripercuote inevitabilmente sul senso reale della distinzione tra adatta-

di operare fattivamente nella vita giuridica di una comunità statale. Su quest’ultimo punto, cfr. anche A. PIZZORUSSO, *La Costituzione come documento politico e come norma giuridica*, in AA.VV. (a cura di M. FIORAVANTI, S. GUERRIERI), *La Costituzione italiana*, Roma, 1999, p. 273 ss.

⁴⁰ Sul tema della concretizzazione nel diritto, cfr. in generale K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1953, part. p. 178 ss.; come espressione del farsi realtà (del diritto), v. poi in particolare p. 85 ss.

⁴¹ In tal senso, P. HÄBERLE, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, in *JZ*, 1975, p. 155 ss.

⁴² P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, cit., p. 116 ss.

⁴³ V. ancora P. HÄBERLE, *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens* (1977) ora anche in ID., *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Auf., Berlin 1988, p. 17 ss.

⁴⁴ Le diverse prospettazioni sono riportate sempre in H. HOFMANN, *Über Volkssouveränität*, cit., p. 863.

⁴⁵ In tal senso, v. D. MURSWIEK, *Die verfassunggebende Gewalt des Volkes nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, 1978, p. 146 ss., e, da ultimo, ID., *Paradoxa der Demokratie*, in *JZ*, 2017, p. 53 ss., part. p. 56.

⁴⁶ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., p. 600 ss.

mento della Costituzione, sua revisione ed esercizio di potere costituente risolvendo ciascuna singola fattispecie nella dimensione unitaria ed indistinta della *Verfassunggebung*. Tale distinzione, allora, mantiene un significato da un punto di vista dogmatico, appare nella sostanza meno congruente in relazione al dato esistenziale.

6. La previsione costituzionale della revisione organica o completa della Costituzione come fattispecie di positivizzazione dell'esercizio di potere costituente

La distinzione operata in alcune Costituzioni europee (Spagna, Svizzera) tra revisione ordinaria e revisione “totale” od “organica” della Costituzione, per la quale è richiesto un procedimento ancor più aggravato di quello previsto per la revisione *tout court* della Legge fondamentale, sembra piuttosto tradurre lo sforzo di riportare entro una forma giuridico-positiva tipizzata ciò che, nella sostanza, appare piuttosto come manifestazione di volontà costituente. Infatti, la precisa connotazione in termini di peculiare forza democratica della decisione relativa alla revisione organica rivela i tratti sostanziali dell'esercizio di un potere legittimato, da questo punto di vista, perfino a definire un ordine costituzionale del tutto nuovo. Non sembra, infatti, seriamente contestabile che una volta realizzate le condizioni della legittimazione democratica sancite nelle norme procedurali in materia di revisione completa od organica della Costituzione l'atto prodotto opponga una resistenza assoluta nei confronti di ogni forma positivizzata di controllo di legittimità, ritenendosi espressione di una volontà sovrana *cui resists non potest*⁴⁷.

Tale sforzo di regolazione normativa non vale, in ogni caso, a contenere od escludere in partenza la possibilità di scelte a carattere costituente veicolate nelle forme ordinarie della volontà referendaria né è in grado di limitare l'effettivo spessore innovativo della portata delle norme costituzionali risalente al contributo dell'eterogenea società degli interpreti della Costituzione (v. *supra*).

⁴⁷ In tal senso, cfr. anche M. KRIELE, *Einführung in die Staatslehre – Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates* (1975), richiamato in H. HOFMANN, *Über Volkssouveränität*, cit., p. 863.

Più in generale, le diverse prospettazioni finora esposte, pur in presenza di peculiarità che singolarmente le caratterizzano, si mostrano convergenti verso l'idea di una sorta di continuità logica, oltre che di contiguità concettuale, tra potere costituente e potere di revisione della Costituzione, in cui l'anello di stretta congiunzione viene ad essere rappresentato dal *tertium genus* dell'esegesi costituzionale. Il contributo di quest'ultima, nei termini sopra esposti, finisce invero per rendere sempre meno netta la discontinuità tra un agire costituente e l'esercizio legittimo di funzione pubblica (agire costituito). Concentrato in una specifica decisione di democrazia diretta (espressione occasionale) o, invece, fluente nella regolarità dei processi esegetici condotti da organi di natura tecnica (giudici) o politica (legislatore) il potere costituente torna di attualità ed è in grado di esprimersi anche in forme adespote nella realtà dell'ordinamento giuridico statale. Una siffatta prospettiva, senz'altro in linea con la complessità dei processi di invero ed attuazione della Costituzione, fa apparire regressiva in quanto essenzialmente frutto di una narrazione tradizionale, la rappresentazione cristallizzata e storicamente irripetibile del potere costituente.

7. L'esito referendario del 4 dicembre 2006. La consistenza realmente costituente della decisione in favore della primazia dell'istanza rappresentativa

Quanto finora detto consente, forse, di spiegare meglio la portata sostanziale costituente riferibile agli esiti del referendum costituzionale del 4 dicembre 2016. Con il rigetto della complessa quanto, per molti versi, insidiosa riforma costituzionale, il popolo ha inteso rinnovare la scelta in favore del primato dell'istanza rappresentativa nel contesto dello stato costituzionale democratico e, in coerenza, ha riconosciuto la centralità del Parlamento quale forma della rappresentanza politica esigendo –attraverso soprattutto il rigetto dell'idea di semplificazione dell'assetto bicamerale- che in esso l'istanza pluralista trovi adeguato riferimento sul piano istituzionale. In una congrua rappresentanza della complessità degli interessi politico-sociali all'interno delle Assemblee parlamentari il popolo riconosce, ancora una volta, la forma più congrua e razionale di produzione della decisione politica. Tale decisione, cui fanno da corollario significativi elementi sintoma-

tici (partecipazione al voto, movimentazione civile, etc.) da cui è dato ragionevolmente dedurre la misura della consapevolezza popolare circa l'importanza del voto referendario, manifesta quell'essenza realmente fondativa, di cui si è detto, che impedisce di ricondurla, negli effetti, a quelli propri ed esclusivi dell'atto formale corrispondente, proiettandola invece sul piano altissimo della scelta costitutiva, punto di orientamento vincolante dell'azione politica consequenziale. Così, nel flusso dell'esperienza dello Stato democratico l'esito referendario del 4 dicembre scorso non può non rappresentare uno snodo fondamentale ed un punto di partenza insuperabile, se non si vuol giungere a minare la struttura stessa ed, in ultima analisi, la credibilità dello Stato costituzionale di diritto.

Del resto, la valenza politica costitutiva del pronunciamento popolare in parola è stata, per così dire, certificata dall'impegno del Presidente del Consiglio dei Ministri e di tutta la maggioranza parlamentare nel corso della campagna referendaria a favore della riforma costituzionale, fino a condizionare all'esito positivo del referendum la stessa permanenza in carica dell'Esecutivo. L'alta percentuale di partecipazione popolare al voto, preconizzata dalla vivacità del dibattito politico sui contenuti del disegno riformatore, è la conseguenza della progressiva consapevolezza acquisita circa la portata reale della consultazione.

8. Il Capo dello Stato quale garante dell'integrale osservanza della volontà referendaria

Dalle parole del Capo dello Stato innanzi riportate, poi, è dato scorgere ancora una volta i dati salienti della volontà popolare resa manifesta attraverso il referendum costituzionale. L'attenzione rivolta da quest'ultimo alla pluralità degli interessi, infatti, è il riflesso della sostanza politico-istituzionale della decisione adottata; essa bene riflette l'idea che la complessità dei problemi, anche gravi, a cui la politica deve dare risposta comporta l'esigenza di uno sviluppo –piuttosto che di una drastica compressione- della dialettica rappresentativa. Un'esortazione ad assecondare tale esigenza, in modo da far affluire nell'agone parlamentare la complessità degli interessi sociali concorrenti, appare come la condizione che consente di rinvenire nella la

legge la sintesi compiuta dell'istanza democratica⁴⁸. Traspare evidente, nell'esortazione del Presidente della Repubblica, la percezione che siffatta complessità non possa proficuamente essere contenuta e rappresentata nella forma artificiosa di un Parlamento ad assetto bipolare o tripolare ma richieda soluzioni organizzative (anche con riguardo, ad es., ad una congrua disciplina elettorale) mirate ad incrementare il confronto degli interessi in gioco.

La consistenza costituente dell'esito referendario non giunge, dunque, a conferire una franchigia di intoccabilità all'assetto di bicameralismo perfetto attualmente vigente in Italia il quale, perciò, senza tuttavia penalizzare o semplificare all'estremo la dialettica rappresentativa, potrebbe subire variazioni in futuro⁴⁹. Ciò che invece appare non negoziabile è l'integrità della primazia dell'istanza rappresentativa su quella di governo che, così, configura l'ineludibile base di confronto per ogni futura ripresa del dibattito sulle riforme costituzionali. Con tale integrità appare incompatibile, oltre che un'istanza di semplificazione del assetto parlamentare⁵⁰, ogni proposta diretta a favorire lo svolgimento dell'azione di governo pregiudicando il necessario equilibrio dei poteri.

L'esistenza -resa esplicita dalle parole del Presidente della Repubblica- di un nesso funzionale ineludibile tra partecipazione, rappresentanza e decisione politica, per un verso; e valore dell'unità nazionale, per altro verso, appare come uno stigma di identità (e legittimazione) dell'ordinamento statale democratico che la decisione referendaria ha inteso ribadire con la forza del voto popolare. Dalla preservazione di un tale nesso non si può prescindere in quanto presidio funzionale insuperabile dell'organizzazione dello Stato costituzionale democratico e di diritto. In conclusione, le parole richiamate, in quanto costituiscono un'autorevole chiave di lettura della portata del referendum costituzionale del 4 dicembre scorso, sembrano assicurare a quest'ultima una garanzia dell'intangibilità che si condensa, tra l'altro, in

⁴⁸ Sul punto, cfr. da ultimo i richiami in G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma-Bari, 2016, p. 220 ss.

⁴⁹ Sulla configurazione della rappresentanza politica tra i "miti" della modernità giuridica, v. in particolare P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, p.207, secondo cui la stessa "rivela il suo carattere di finzione, di supremo artificio al servizio di una strategia di rigido controllo della società".

⁵⁰ In senso critico sulla "mistica" della governabilità v. ancora G. Azzariti, op. cit., p. 244 ss.

un'esortazione a tutte le forze sociali, a cominciare dai partiti politici, al rispetto ed alla protezione di quelle istanze e di quei valori che l'atto di democrazia diretta ha sancito come volontà costituyente. Quale garante e custode della Costituzione, fonte ultima dell'unità nazionale, il Capo dello Stato appare l'organo più idoneo ad offrire un'interpretazione autentica dell'esito referendario ed a porsi a tutela dello stesso, per preservarne l'integrale rispetto contro eventuali intemperanze e turbolenze del sistema politico.

PARTE IV
RUBRICHE

SOVRANITÀ E FEDERAZIONI DI STATI
ALCUNE PAGINE DEL GIOVANE JELLINEK

di *Giorgio Repetto*

Le pagine che si presentano al lettore, a completamento del numero monografico dedicato a *Crisi e conflitti nell'Unione europea: una prospettiva costituzionale*, costituiscono la traduzione di alcune pagine di un'opera di Georg Jellinek del 1882 dal titolo *La dottrina delle unioni tra stati (Die Lehre von den Staatenverbindungen, von Haering, Berlin, 1882)*. Si tratta, in particolare, delle pagine che Jellinek dedica alla "federazione di stati"¹ (*Staatenbund*) intesa come variante delle unioni organizzate di stati (*organisierte Verbindungen*) alternativa, da un lato, alle alleanze amministrative di natura internazionale (*internationale Verwaltungsbündnisse*) e all'unione reale (*Realunion*), e, dall'altro lato, allo stato federale vero e proprio (*Bundesstaat*)².

L'opera, sinora mai tradotta in tutto o in parte in italiano, può ritenersi significativa da più di un punto di vista.

Innanzitutto perché getta una luce su una fase della riflessione jellinekiana e su una temperie storico-costituzionale che costituiscono, entrambe a pieno titolo, un capitolo fondativo della riflessione tedesca e europea sul diritto pubblico e sulla dottrina dello stato.

Jellinek (1851-1911) è nel 1882 un giovane docente a Vienna al suo primo incarico e quella che si presenta qui è la sua seconda opera monografica di rilievo, dopo *Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe* del 1878. Benché si possano intravedere delle anticipazioni di quelle che saranno, di lì a poco, le sue opere maggiori, che gli valsero la fama di maggior rappresentante del pensiero pubblicistico liberale (dal *Sistema dei diritti pubblici soggettivi* del 1892 allo studio sulla *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del

¹ Benché vi sia una certa sovrapposizione di significati, si è ritenuto preferibile tradurre la parola *Staatenbund* con "federazione di stati" anziché con "confederazione di stati", sia per salvaguardare l'univocità di significati della radice *Bund* (che genericamente denota il patto o l'alleanza e, tecnicamente, appunto la federazione) sia perché le tesi di Jellinek muovono, come si vedrà, da una prospettiva prevalentemente dogmatica benché non priva di riferimenti storici a forme associative tradizionalmente annoverate tra le confederazioni.

² Il contenuto del libro è disponibile in *open access* su [Internet Archive](#).

1895, sino alla *Allgemeine Staatslehre* del 1900), prevalgono sicuramente nel corpo dell'opera (e nelle pagine che qui si presentano) le riflessioni più direttamente legate alla "questione nazionale" che già da qualche tempo affannava i giuristi di lingua tedesca come specifico problema di diritto costituzionale.

Tutto il tormentato processo di unificazione nazionale, infatti, avviene in Germania dal Trattato di Vienna fino al 1870 nel segno di un complesso equilibrio tra le aspirazioni democratiche e liberali nei confronti di uno stato federale, emerse in particolare nel 1848, e il mantenimento delle prerogative sovrane dei singoli territori, che saranno alla base dei *Novemberverträge* e della soluzione prussiana che portò all'unificazione. Oggetto del contendere erano gli interrogativi intorno alla composizione di questo equilibrio nel nuovo scenario unitario, in cui alla matrice pattizia (e quindi al mantenimento della sovranità in capo agli stati) faceva da contraltare l'attribuzione espressa di una supremazia all'impero (art. 2 della Costituzione del 1871), e nel quale era discusso il potere dell'autorità centrale di adottare atti immediatamente vincolanti per i sudditi dei singoli stati. Tutte le soluzioni che a questi interrogativi erano state fornite in un'ottica federalista da autori ancora legati all'eredità del 1848 come Georg Waitz furono prontamente accantonate dai giuristi conservatori più legati alle posizioni sovraniste dei singoli stati membri, come ad esempio il bavarese Max von Seydel. Le posizioni di Jellinek nell'opera che si presenta, quindi, si legano a questo scenario e dei problemi ora evocati prospettano una soluzione "nazionale" nel senso di affiancare al dogma dell'unità della sovranità la possibilità di ricavare degli spazi d'azione per l'esercizio congiunto anche di funzioni sovrane tra i diversi livelli di governo (come sosterranno in quegli anni, tra gli altri, Gierke e Triepel)³. È emblematico quindi che Jellinek ponga, nelle pagine del volume dedicate allo stato federale, un'equivalenza tra questo ultimo e l'affermazione del principio di nazionalità, laddove invece riferendosi alla federazione di stati, che quella nazionalità invece non presuppone, prevalgono – come vedrà a breve il lettore – toni di marcata difesa degli ambiti di sovranità degli stati membri, al punto da immaginare co-

³ Per un approfondimento richiamo, oltre che le classiche pagine di M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, II, München, 1992, pp. 365, l'accurato saggio di A. DI MARTINO, *Il federalismo tedesco e Georg Waitz*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 3/2016.

me prototipo di essa la Confederazione degli Stati del sud che ha come nume tutelare John C. Calhoun.

Ferme quindi restando le ragioni di storicizzazione dell'opera di Jellinek, appare tuttavia significativo – e questa è la seconda ragione di interesse e quella che ha spinto a offrirne la lettura a conclusione del fascicolo monografico sull'Europa – che molti dei problemi toccati in queste pagine sollevino per più versi interrogativi *persistenti* sulla natura e sulle sorti delle unioni sovranazionali in Europa. Già il lessico usato da Jellinek e dalla dottrina del tempo risuona, oltre che nella riflessione più recente, anche nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, che ad esempio anche di recente ha fatto valere come fondamento per l'efficacia del diritto dell'Unione europea nel diritto interno un “ordine di applicazione” (*Rechtsanwendungsbefehl*, v. 2 BvR 2735/14, § 40) di natura in fondo non diversa da quello che prospettava Jellinek nel par. 6 che segue. Ma al di là di questo, la vera posta in gioco risulta essere quella che ruota intorno alle sorti di categorie e concetti come sovranità, competenze, effetti diretti e (come le cronache più recenti ci raccontano) secessione. La lettura delle pagine che seguono, a dispetto dei centotrentacinque anni passati dalla pubblicazione dell'opera, potrebbe rivelare come proprio l'attuale fase di crisi dell'Unione europea torni a riproporre in termini talvolta quasi inalterati i problemi con cui Jellinek si cimentava, primo fra tutti il problema della sovranità. Certo, si può ben dire che si tratta pur sempre di una prospettiva che resta interna al mondo tedesco e ai suoi giuristi, per i quali ancora di recente questa opera di Jellinek è stata rievocata come capitolo irrisolto della distinzione tra statualità (*Staatlichkeit*) e sovranità, in una fase nella quale all'attenuarsi della prima corrispondono le incerte sorti della seconda⁴. Non si sarebbe quindi troppo lontani dal vero nel ritenere che, per la cultura giuridica tedesca, molti problemi dell'integrazione costituzionale europea sono anche problemi della propria storia costituzionale.

Ma è anche vero, come scrive Jellinek stesso richiamando proprio le posizioni di Calhoun, che le vicende delle federazioni di stati e il loro orientarsi verso esiti più integrativi o più secessionistici dipendono, in ultima istanza, proprio dalle direzioni prese da quel “profondo conflitto” che in esse si svolge e che viene evocato nel par. 7 che segue.

⁴ C. MÖLLERS, *Der vermisste Leviathan. Staatstheorie in der Bundesrepublik*, Frankfurt a.M., 2008, p. 19.

Potrebbe valere, questo ammonimento, a spostare oggi quel conflitto dalla prospettiva della lotta per la sovranità tra stati e a orientarlo al perseguimento del patrimonio di ideali del costituzionalismo democratico.

LA FEDERAZIONE DI STATI^(*)

di Georg Jellinek

1. Una federazione di stati sorge quando gli stati danno luogo ad un'unione politica duratura, il cui scopo consiste almeno nella difesa comune, e che sia dotata di organi federali permanenti. La federazione di stati si differenzia dalla semplice alleanza in ragione della creazione di organi permanenti destinati a perseguire gli scopi della federazione, e dalla pura unione amministrativa in ragione del requisito essenziale della presenza di un fine politico. Quest'ultimo può anche investire aspetti della vita interna dello stato: tra gli scopi della federazione può ammettersi una comunanza della legislazione e dell'amministrazione, ma a restare essenziale è solamente l'unione in vista di una difesa reciproca e comune. Senza il perseguimento di questa finalità, l'accordo perderebbe il suo carattere politico, che appunto è riscontrabile nel fatto che gli stati intervengono come enti dotati di imperio. Dal versante opposto è facile tracciare dei limiti. Dipende dalla volontà degli stati confederati se si debba agire solamente verso l'esterno, ovvero se debbano essere esercitate in comune anche competenze sovrane interne. L'unico presupposto è che, per quanto possa essere stretto il legame che avvince gli stati l'uno con l'altro, questi sono vincolati esclusivamente attraverso un trattato, e di conseguenza che gli stati così uniti sono e restano sovrani. La federazione di stati incontra il suo proprio limite solamente nella sovranità degli stati federati.

Le incertezze, le oscurità e le contraddizioni in cui è incorsa sinora la storia delle dottrine della federazione di stati, ed in particolare la difficoltà di tracciare una linea di confine con le altre forme di unione tra stati, hanno tutte la loro origine prima di tutto nell'incerta spiegazione del concetto di sovranità e in secondo luogo nella circostanza che, scambiando l'essenziale con l'accidentale, il *proprium* della federazione di stati si è intravisto nel modo in cui è organizzato il potere federale, in cui sono reperite le risorse finanziarie per il raggiungimen-

(*) Trad. it. parz. delle pp. 172-197 dell'edizione tedesca, a cura di Giorgio Repetto.

to degli scopi della federazione, ovvero nella domanda se le decisioni più importanti e soprattutto se una modifica del trattato federale debbano essere prese all'unanimità ovvero a maggioranza, e via dicendo. Lungo questa via è sorta anche la credenza che esistano dei "confini mobili" tra la federazione di stati e lo stato federale, perché su diversi punti possono aver luogo degli spostamenti appena percepibili da una forma all'altra, e nelle confederazioni realizzatesi storicamente solo di rado il tipo invocato si realizza in forma pura, senza alcuna deviazione da quanto si pretende sia la norma. Se si considera tuttavia il momento essenziale grazie al quale solo è possibile avere una chiara percezione dell'essenza di un'unione tra stati, cioè la sovranità, e si affronta quest'ultima da una prospettiva squisitamente giuridica, scompaiono all'improvviso tutti gli ostacoli che apparentemente si frappongono ad una conoscenza della natura giuridica della federazione di stati e si rimuove tutto ciò che di mobile e di opinabile vi è nel suo concetto, che sta quindi come una costruzione giuridica autonoma, stabile, chiaramente distinta dalle altre. Uno scopo, il cui momento essenziale è la difesa del territorio federale; un'organizzazione necessaria per raggiungere lo scopo della federazione; la conservazione della sovranità degli stati federati: queste sono le caratteristiche essenziali della federazione di stati, presenti in tutte le forme dello stesso, anche quelle che fino ad oggi hanno riscontrato una minore attenzione da parte della dottrina.

2. Spesso anche la durata illimitata viene evocata come una caratteristica della federazione di stati, e questo avviene in considerazione del fatto che essa poggia sostanzialmente su una compatta comunanza per nazione o per storia tra gli Stati federati, allo stesso modo in cui lo Stato stesso rivendica il carattere dell'eternità. Ora, è senz'altro vero che una federazione di stati non è dipendente, come ogni semplice alleanza, da un mutamento di politica e non viene concordata solamente per una durata di pochi anni, allo stesso modo di un trattato commerciale. La federazione può essere addirittura definita come a durata illimitata e i suoi membri ben possono rinunciare al diritto di recesso. Ciò nonostante, lo stato federale non è, per sua natura, un'istituzione eterna. Il trattato federale stesso – ne vedremo un esempio nel prossimo capitolo – può, senza che con ciò l'unione che ne nasce perda il carattere di una federazione di stati, essere concluso in vista di un preciso termine di durata, per quanto lungo possa essere, e la possibilità

giuridica dello scioglimento di una federazione, per quanto definita come a durata illimitata, per il tramite del comune consenso di tutti i suoi membri non è revocabile in discussione. Inoltre, siccome gli stati federati sono pur sempre stati sovrani, e l'interpretazione dei trattati stipulati tra stati è rimessa secondo il diritto internazionale alle stesse parti contraenti, ne discende con evidente consequenzialità che nel caso in cui, a giudizio di uno degli stati federati, dal suo permanere nella federazione derivi una minaccia alle sue condizioni di esistenza, ovvero quando il potere federale travalichi, a giudizio dello stato, le competenze ad esso assegnate e non residui alcun altro mezzo che non sia l'assoggettamento alla federazione ovvero il suo recesso, quest'ultimo sia da ritenersi giustificato. La nullificazione e la secessione, strumenti assolutamente preclusi ai membri di uno stato unitario o di uno stato federale, discendono logicamente come strumenti giuridici dall'essenza stessa della federazione di stati inteso come istituto che si misura in base alla sua conformità ai trattati istitutivi. Lo stato sovrano, come abbiamo già dimostrato, non può essere vincolato né in modo incondizionato né per una durata indeterminata.

[...]

3. Ciò che rende la federazione di stati “un'organizzazione informe e poco soddisfacente della vita statale” (G. Waitz) è esattamente la perdurante sovranità degli stati che si uniscono in una federazione di stati. La realizzazione degli scopi federali è e resta affidata in ultima istanza sempre alla volontà del singolo stato. Il potere della federazione non è neanche, come molti credono, situato al di sopra del potere statale degli stati federati, e questi non sono sottoposti ad un potere superiore e da essi distinto, ma al contrario il potere della federazione consiste dei singoli poteri sovrani degli stati federati, di cui questi dotano la federazione. Nello stato federato, il singolo stato esercita determinati poteri sovrani solo in società e con l'accordo di altri stati. Ma li esercita in autonomia allorché delega questi poteri ad un organo centrale comune, alle cui decisioni egli prende parte e i cui atti esso può controllare nella loro forza giuridica. Le decisioni di quest'organo centrale sono quindi sue proprie decisioni, che tuttavia nel contenuto sono identiche a quelle degli altri stati. Anche quando le decisioni della federazione sono adottate con la maggioranza dei voti, lo stato messo in minoranza dà pur sempre seguito alla propria decisione, manife-

stata al momento in cui ha sottoscritto il trattato, di conformare la sua volontà a quella della maggioranza (Haenel). Anche quando la concreta esecuzione della decisione federale debba venire imposta con la forza, per il tramite di un atto esecutivo della federazione, lo stato ha a che fare con la propria stessa volontà, come accade a colui che non adempie ad un contratto di diritto privato ed è quindi la sua stessa volontà, allorché si adempie coattivamente la volontà contrattuale, a trovare così esecuzione. Allo stesso modo, non è incompatibile con la sovranità degli stati la creazione di un tribunale federale che decida sui conflitti che insorgono tra i membri della federazione. Lo stato che decida di sottoporsi ad una pronuncia arbitrare non si assoggetta ad una volontà giudiziaria che gli è aliena, bensì consente che sia un terzo a farsi carico della funzione logica di individuare una regola di diritto. Un tribunale federale ha, in una federazione di stati, il carattere di un tribunale arbitrare permanente; è e resta un tribunale volontario. Infine, è addirittura immaginabile che all'organo centrale venga trasferito un potere sovrano in modo tale che questi possa esercitarlo direttamente, senza la mediazione dell'autorità del singolo stato. Si è dimostrato *supra*, discutendo dei rapporti di protettorato, che l'esercizio di un potere sovrano per il tramite di uno stato estraneo non ha nulla di incompatibile con l'esercizio della sovranità. Tanto meno è questo il caso quando l'esistenza stessa dell'organo, per il tramite del quale viene esercitato il potere sovrano, scaturisce dalla volontà stessa dello stato delegante.

4. La tesi sostenuta da alcuni ancora di recente che in una federazione di stati viene esercitato un dominio sui poteri degli stati federati fa venire meno il concetto stesso di federazione di stati e, con esso, ogni possibilità di operare una distinzione con lo stato federale per il tramite di una caratteristica essenziale. Un potere che eserciti un dominio priva coloro i quali sono oggetto di quel dominio di qualsiasi sovranità. Un dominio esercitato su stati sovrani costituisce una contraddizione in termini ed è impossibile sia teoricamente che praticamente. Quando a dominare è il potere della federazione, allora gli stati non sono sovrani, ragion per cui si possono differenziare la federazione di stati e lo stato federale soprattutto sulla base dei relativi scopi, ma non attraverso la loro formazione giuridica; difatti una limitazione dei compiti della federazione di stati allo scopo minimo indispensabile della protezione del territorio federale non si è mai manifestata stori-

camente, poiché ovunque sono diventate oggetto degli accordi federali anche quelle finalità riguardanti aspetti interni della vita dello stato. L'idea di una posizione prevalente del potere federale si può giustificare solamente facendo propria l'idea per cui il trattato, che come è stato riconosciuto costituisce il fondamento giuridico della federazione, si staglia al di sopra di essa e la rende, in questo modo, qualcosa di diverso da quello che è. Come sia poi possibile che un trattato possa essere stipulato in modo che non contenga alcuna delle caratteristiche essenziali di un trattato, come il fatto che le decisioni prese da un potere federale istituito dallo stesso riescono a intaccare il dato di fatto di un accordo che poggia sulla comune volontà dei contraenti al punto che esse si trasformano in comandi d'autorità rivolti ai poteri statali, è un enigma giuridico che i sostenitori di questa posizione non hanno né risolto, né hanno provato a risolvere.

La federazione di stati è una formazione del diritto internazionale. Il diritto internazionale tuttavia non conosce altri soggetti giuridici che non siano gli stati. La federazione di stati, che in quanto tale non è uno stato, non può di conseguenza essere un soggetto giuridico. Essa è al contrario, come l'hanno correttamente descritta von Mohl e Laband, un rapporto giuridico. Essa non è una persona giuridica e non può esserlo. Infatti, come che la si pensi sul discusso concetto di persona giuridica, si deve ritenere che essa possa sorgere solamente all'interno dell'ordinamento giuridico statale e che essa, come dice il suo stesso nome, costituisce pur sempre la creazione di un ordinamento giuridico, che deve situarsi al di sopra di coloro i quali con la loro volontà quella persona giuridica l'hanno creata. Tuttavia, l'ordinamento giuridico del diritto internazionale, che ha la sua sanzione giuridica nella volontà degli stati, non può creare una persona giuridica che emana dalle personalità degli stati e si situa al di sopra di esse. Certo, il singolo stato è di per sé in grado di attribuire, nel rapporto con gli individui, il carattere di persona giuridica, nel momento in cui agisce come fisco, ma solamente ad un gruppo che riconosce come propria parte, e né esso né altre sue componenti possono disporre di ciò che è collocato al di là della sua sfera di imperio. Quando all'interno dello stato, grazie all'accordo dei singoli, viene creata una persona giuridica, l'ordinamento giuridico ricollega alle azioni delle parti contraenti come effetto giuridico la nascita della persona giuridica. Non la volontà delle parti, quindi, ma la più alta volontà dello stato costituisce il fondamento giuridico di esistenza

della persona giuridica. Al di sopra di una federazione di stati non si erige tuttavia alcuna potenza in grado di creare ciò che anche alle volontà sommate dei singoli stati sarebbe precluso.

[...]

6. All'interno delle federazioni di stati bisogna distinguere due tipi diversi. Finora nella scienza si è prestata attenzione quasi esclusivamente ad un primo tipo, dalle cui forme in cui si è manifestato storicamente è stato costruito il tipo di federazione di stati per eccellenza. Tuttavia questo tipo è il più antico e l'unico che ha avuto una duratura e riconosciuta applicazione.

Le leghe di città greche e latine, la Lega Anseatica nel medioevo, i Paesi bassi e la Confederazione dei cantoni svizzeri fino al 1798 e successivamente dal 1815 al 1848, gli Stati uniti d'America dal 1778 al 1787, la Confederazione del Reno e la Confederazione tedesca appartengono in tutto e per tutto a questa serie di federazioni di stati. La loro caratteristica essenziale consiste nel fatto che l'organo centrale della federazione è composto da un congresso di delegati degli stati federati, il quale o è un organo permanente oppure può essere rappresentato in via temporanea da uno dei governi federati che opera quale sede decentrata. Altra caratteristica essenziale è poi che in tale congresso di delegati i componenti votano secondo le istruzioni fornite dai rispettivi governi e che una revisione del trattato federale può avvenire solamente attraverso un voto all'unanimità di tutti i membri della federazione, ed infine – e questo punto è il più importante per questa tipologia di federazione di stati – che le decisioni dell'organo federale non posseggono un immediato valore vincolante per i cittadini degli stati, bensì lo acquistano grazie ad un esplicito ordine da parte degli stati, in modo tale che i cittadini restano soggetti pur sempre al potere del loro stato come stato unitario, e non sono sottoposti al potere associativo. Questo vale tuttavia solamente per la legislazione, rimanendo riservato esclusivamente agli stati il potere di adottare norme con efficacia vincolante. La federazione può tuttavia ben nominare alcuni organi esecutivi comuni, ad esempio istituire un'autorità, i quali agiscono rispetto ai sudditi senza alcuna intermediazione dei poteri statali. La confederazione nordamericana ha nominato i generali del Contingente degli stati arruolato per la difesa comune (*Articles of Confederation VI, VII*), così come la federazione tedesca aveva il dirit-

to di nominare il generale maggiore delle truppe federali (*Trattato federale dell'8 agosto 1815, art. 8*). La federazione di stati della Confederazione svizzera dal 1815 al 1848 ha stabilito che spetti alla decisione della Dieta determinare l'organizzazione delle truppe del contingente, disporre della loro collocazione e del loro impiego e nominare il generale, il comando generale e gli altri vertici confederali. È stato poi già detto che possono essere nominati i delegati comuni.

La posizione giuridica di questi organi comuni è la stessa della seconda forma delle unioni amministrative. Essi non sono solamente organi dell'unione, ma anche essenzialmente organi dei singoli stati. [...] Per questa forma di federazione di stati non è poi concettualmente escluso che per l'adozione delle norme comuni vengano messi da parte i rappresentanti dei governi ovvero i membri dei parlamenti degli stati che hanno sottoscritto il Trattato. [...] Poiché tutte queste federazioni di stati non dispongono di alcun potere fiscale trasferito alla federazione, così come non dispongono di un autonomo esercito, una caratteristica aggiuntiva che si è attribuita al modello tipico di federazione di stati è che dal punto di vista finanziario esso dipende dai contributi *ad hoc* dei membri della federazione e il suo esercito è composto dai contingenti dei singoli stati. Poiché le federazioni di stati devono pur sempre avere delle istituzioni comuni – corrispondentemente al concetto di esse, devono sussistere almeno un organo centrale permanente e la possibilità di una rappresentanza comune verso l'esterno –, in questi casi non è sempre agevole individuare una linea di distinzione.

[...]

7. A questa forma di federazione di stati, che non conosce una forma diretta di legislazione e che affida l'amministrazione per larghe parti agli stati federati, se ne contrappone un'altra che a dire il vero emerge nella sua purezza solo in forma teorica, ma che conosce un tentativo di trasformazione in realtà se si considera la più terribile guerra civile del nostro secolo.

Il partito dell'Unione nordamericana, che perorava la continuazione della sovranità degli stati nell'Unione fondata nel 1787, ha trovato il suo più brillante e acuto rappresentante in John C. Calhoun¹. Sebbene i suoi argomenti non siano applicabili all'Unione e per quanto la grande questione se siano l'Unione o gli Stati a essere sovrani,

come ha osservato il presidente Garfield nel suo discorso di insediamento, è stata decisa a favore dell'Unione solamente dal grande tribunale della guerra, resta il fatto che la Confederazione degli stati ribelli si fondava sui principi avanzati da Calhoun. Ma solo questi ultimi possono valere indiscutibilmente come una concreta realizzazione del concetto calhouniano di *federal government*. La trasposizione delle idee di Calhoun al nuovo impero tedesco, che Seydel ha tentato senza successo, al di là della questione se esse siano realizzabili o meno in termini giuridici, trascura soprattutto la profonda differenza delle condizioni storiche e sociali tra l'impero tedesco, composto prevalentemente da stati monarchici i cui principi sono stati sottoposti per secoli ad un'autorità di vertice comune, e quello stato federale costruito sull'idea della sovranità popolare e in larga parte sull'autonomia dei suoi membri, che come stati hanno ricevuto in regalo la loro sovranità all'atto della loro nascita come stati e che in precedenza erano sottoposti solo ad una potenza, con la quale essi non si sentivano però legati da alcun vincolo necessario di vicinanza.

Se nelle prossime pagine si entrerà nel merito della teoria di Calhoun sulla federazione, così come sulla natura della federazione degli stati secessionisti americani, è perché con ciò si intende dimostrare fino a dove possono estendersi i confini della federazione di stati e come questo possa assumere delle forme mediante le quali, fintanto che non esplode al suo interno un profondo conflitto, esso fatica a distinguersi nella pratica da uno stato federale; ma anche come, in una simile illusoria trasfigurazione, la natura della sovranità renda inesorabilmente l'esistenza stessa della comunità, come costituita dai trattati, condizionata e dipendente dalla perdurante volontà degli stati contraenti.

Calhoun muove dalla premessa che la Costituzione degli Stati Uniti sia un trattato tra stati e non una legge sullo stato. Da questa premessa egli ne fa discendere con irresistibile acutezza che un trattato rimane in ogni evenienza un trattato e che gli stati che con esso si vincolano sono e restano sovrani nonché, infine, che la sovranità è indivisibile e che essa può risiedere solamente presso l'Unione o presso gli Stati membri. La prima alternativa è esclusa dalla circostanza che gli stati continuano a esistere come parti contraenti del trattato e di conseguenza sono esclusivamente i singoli stati dell'Unione ad essere sovrani, non certo quest'ultima.

Propriamente questo è il risultato che resta dell'impostazione di Calhoun, vale a dire che uno stato federale non può essere fondato attraverso un trattato e che se questo viene concordato tra i futuri stati membri all'atto della fondazione di uno stato federale, questo non può valere come fondamento giuridico della nuova formazione statale. Ciò che non convince nelle deduzioni di Calhoun riguardo all'Unione risiede nel fatto che egli non considera affatto l'eventualità che la Costituzione dell'Unione riposi su un fondamento diverso da quello del Trattato, sebbene la sua posizione sia in ciò convalidata dall'unilateralità con la quale in America si è radicata la convinzione popolare che lo stato ha una natura contrattuale.

Dalla prima forma di federazione di stati, la *confederacy*, si distingue tuttavia il *federal government*, come Calhoun chiama la nozione da lui sviluppata, per un aspetto essenziale, per quanto comune ad entrambe sia la base in un Trattato. L'organo centrale della federazione di stati intesa nel primo modo, così come era l'Unione al suo sorgere, equivale ad un'assemblea di diplomatici, che si riuniscono per decidere tra loro, in quanto rappresentanti di enti sovrani, in che modo si debba dare esecuzione all'alleanza o al trattato, sebbene l'esecuzione stessa resti affidata alle parti che concludono il trattato. Il *federal government* possiede al contrario come organo centrale un governo effettivo, che interviene direttamente sui cittadini degli stati, ed esso esercita quindi tanto la legislazione che l'amministrazione che la giurisdizione. Questo potere non spetta tuttavia di diritto all'organo centrale, ma esso è creato semplicemente dalla volontà degli stati allorché stipulano il trattato e in nulla esso è titolare di poteri sovrani determinati e delegati dagli stati. Gli stati sono e restano sovrani, così che essi devono restare anche i soggetti di tutti gli atti sovrani. Una percentuale del loro potere viene trasferito alla federazione perché questa lo eserciti, mentre il resto, sia sul versante della titolarità che dell'esercizio, rimane in capo ad essi. In questo modo, gli atti sovrani statali si dividono in due classi: *delegated e reserved powers*.

La potestà delegata viene esercitata dal potere federale in forma comunitaria con altri stati. L'individuazione del modo in cui la potestà delegata è esercitata risiede necessariamente nella Costituzione di ciascuno degli stati federati, ragion per cui la costituzione federale rappresenta una parte della costituzione degli stati. Questa costruzione non può essere messa in discussione troppo alla leggera, avvalendosi dell'obiezione per cui la costituzione federale possiede un contenuto

che è impossibile per la costituzione dei singoli stati membri, dato che in essa figurano norme che non potrebbero essere adottate dagli stati membri, risiedendo esse al di fuori della loro sfera di attribuzioni – così come è stato obiettato¹¹ al tentativo di Seydel di trasferire le idee di Calhoun all'impero tedesco. Ad esempio, se nella costituzione federale si stabilisce che il Massachusetts invia alla Camera dei rappresentanti quel certo numero di deputati e il Connecticut il tal altro, questa disposizione non ha alcun senso per la costituzione dello stato di New York, allo stesso modo in cui tale costituzione statale non può disporre che gli stati del Massachusetts e del Connecticut contribuiscano all'elezione del Presidente degli Stati Uniti, o che il Presidente stesso abbia titolo a disporre delle forze militari degli stati del Vermont o del Rhode-Island. Simili previsioni sarebbero solo impossibili nella misura in cui non potrebbero avere alcuna efficacia *pre c e t t i v a*, ma certo non contengono nulla di impossibile in quanto disposizioni puramente *d i c h i a r a t i v e*, perché con esse vengono stabilite le caratteristiche degli organi ai quali dovrebbero essere trasferiti, ai fini dell'esercizio, i poteri sovrani oggetto di delegazione. Non esiste alcuna contraddizione nel ritenere conforme alla Costituzione che si debba prestare rispetto come Presidente della federazione solamente a colui il quale sia stato eletto in un certo modo da tutti gli stati membri, anche se il singolo stato come tale non ha il potere di disporre dell'elezione del Presidente secondo la modalità stabilita nel trattato federale. Che l'appartenenza ad una federazione di stati sia regolata all'interno della Costituzione dello stato come sua parte essenziale e che i diritti e gli obblighi che promanano dalla costituzione federale vengano rivendicati come conformi alla costituzione dello stato è dimostrato da molti esempi riguardanti costituzioni di unioni di stati caratterizzate come federazione di stati. Così, ad esempio, si può leggere nella Costituzione del Baden del 22 agosto 1818: “§ 1. Il Granducato del Baden fa parte della Confederazione germanica. § 2. Tutte le leggi organiche dell'Assemblea federale, che riguardano l'organizzazione costituzionale della Germania od i diritti dei Tedeschi in generale, fanno parte del diritto pubblico del Granducato, e sono obbligatorie per tutti i cittadini, dopo che siano state promulgate dal capo dello Stato”. Allo stesso modo, l'appartenenza alla (con)federazione è predicata dalla maggior parte delle costituzioni dei cantoni svizzeri nel periodo della (con)federazione di stati. Se quindi l'appartenenza alla federazione e il significato pubblicistico delle decisioni della federazione

possono essere stabilite conformemente alla propria costituzione, allora non si può non tenere conto del perché nella legge fondamentale non possano essere individuati anche quegli organi comuni, per il tramite dei quali dovrebbe avere luogo l'esercizio dei poteri sovrani delegati, il modo della loro composizione e le funzioni ad essi spettanti, così da renderli conoscibili ai propri cittadini nella loro consistenza giuridica e da rendere doverosa la loro obbedienza nei confronti del governo federale.

La teoria della persistente titolarità del complesso degli atti sovrani da parte dello stato membro all'interno di una federazione di stati strutturata nei termini di un *federal government* è pienamente conforme al fondamento del modo americano di intendere il diritto pubblico. Il soggetto di ogni atto sovrano è il popolo e ad esso la sovranità appartiene pienamente, senza alcuna possibilità di trasferimento. Il complesso degli organi che agiscono nella vita statale agiscono su incarico del popolo sovrano. Così come, quindi, il popolo sovrano può attribuire alcuni dei poteri che emanano dalla sua sovranità all'interno dello stato ad organi diversi, e come i diversi titolari delle diverse funzioni statali sono chiamati a svolgere il loro compito nel rispetto di queste idee dello stato, allo stesso modo ben può il popolo ripartire questi poteri in due organismi distinti. L'unità della sovranità è tanto poco messa a repentaglio nel secondo come nel primo caso^{III}. Di conseguenza, quella divisione della sovranità, che risulta impossibile tanto da un punto di vista concettuale che da un punto di vista pratico, sussisterebbe solo nel caso in cui venissero previsti due diversi soggetti per entrambi gli organismi, come nel caso in cui i suoi poteri venissero delegati ad uno dal popolo della federazione, all'altro dal popolo del singolo stato^{IV}.

Se il governo federale trova quindi il suo fondamento in un trattato stipulato dagli stati, se esso risulta il titolare di una quota di quella potestà statale delegata dai popoli degli stati membri, esso non potrà elevarsi al di sopra degli stati, non sarà sovraordinato rispetto ai governi degli stati ma si affiancherà ad essi. Tale governo è opera degli stati, una loro creatura. Quindi gli organi della federazione non possono rivendicare alcuna autorità nei confronti degli stati, non hanno alcun potere di dichiarare nullo e di annullare un atto dello stato membro. All'opposto, dalla natura della federazione, intesa come un'istituzione che deve agire conformemente ai trattati, e dall'essenza stessa della sovranità discende come necessaria conseguenza che gli stati sono

giudici dell'estensione delle competenze federali e della costituzionalità delle decisioni adottate dagli organi federali, e che quando un atto del governo federale appare ad essi incostituzionale, gli stessi hanno il diritto di pretendere dall'insieme degli stati (nel modo previsto nel trattato di unione per le modifiche della costituzione federale) un giudizio sulla costituzionalità dell'atto in questione, e finanche di considerarlo giuridicamente inefficace; e anche che appaia giustificato il recesso dello stato dalla federazione, nel caso in cui, nonostante l'approvazione dell'atto ad opera degli stati, lo stato che si trova in minoranza ritenga che il governo federale abbia travalicato le proprie competenze. Attraverso questo diritto alla secessione viene salvaguardata la persistente e ininterrotta sovranità degli stati, anche a dispetto del trattato federale: *“That a State, as a party to the constitutional compact, has the right to secede — acting in the same capacity in which it ratified the constitution — cannot, with any show of reason, be denied by any one who regards the constitution as a compact - - - - This results, necessarily, from the nature of a compact — where the parties to it are sovereign; and, of course, have no higher authority to which to appeal. That the effect of secession would be to place her in the relation of a foreign State to the others, is equally clear - - - - All this results, necessarily, from the nature of a compact between sovereign parties”*.

8. La storia ha deciso che le affermazioni di Calhoun non sono applicabili all'Unione e che è essa, e non gli stati, a decidere sulla costituzionalità di una legge attraverso la Corte suprema federale, e quindi che la sovranità risieda a livello federale e non presso i singoli stati. Ma la Confederazione degli stati ribelli sottoscritta a Montgomery era costruita interamente sulla base dei principi di Calhoun. Nel momento in cui gli stati secessionisti si separavano dall'Unione, essi erano pronti a fare uso di quelli che reputavano i propri diritti. Il Presidente della Confederazione ha definito un abuso linguistico appellare quella che era in corso come una rivoluzione, e gli argomenti con i quali egli voleva giustificare la caduta dell'Unione erano gli stessi di Calhoun. A dispetto delle notevoli somiglianze tra la Costituzione della Confederazione e quella dell'Unione, la prima si distingue dalla seconda per il fatto essenziale che nel preambolo di essa si prevede espressamente che essa sia un trattato tra stati sovrani e che ogni pretesa ambiguità che ancora residuava nel preambolo della Costituzione federale

dell'Unione era spazzata via dalla dichiarazione che i popoli degli stati in quanto tali hanno fondato il Trattato confederale^V. Secondo le intenzioni delle parti contraenti, dal patto non sarebbero dovuti derivare né un autonomo potere statale né un popolo inteso unitariamente, bensì ogni cittadino sarebbe dovuto rimanere suddito del proprio governo statale, di modo che questo avrebbe dovuto esercitare l'insieme dei propri poteri sovrani in parte in forma autonoma, in parte in forma associata con gli altri stati confederati. La confederazione, se le fosse toccato in sorte di ottenere la vittoria per disgrazia dell'America, avrebbe quindi dato luogo, nonostante la sua difformità rispetto al tipo tradizionale di federazione di stati, ad una unione di stati interamente sovrani.

La Confederazione si differenzia ancora da quel tipo in un punto davvero essenziale. Per le modifiche e l'immissione di nuovi contenuti nel trattato costitutivo non sarebbe infatti stata necessaria solamente l'unanimità degli stati federati, bensì la decisione definitiva sarebbe dovuta spettare ad una maggioranza ancora più esigua di quella stabilita nella Costituzione federale – qui tre quarti, lì due terzi^{VI}. Nel caso in cui uno stato che si trova in minoranza dovesse considerare un emendamento accettato dalla maggioranza come contrario allo spirito del trattato federale, esso sarebbe garantito rispetto ad un assoggettamento coattivo alla volontà della maggioranza tramite il diritto alla secessione che promana dalla sua sovranità, così come esso potrebbe annullare atti del governo federale ritenuti a suo avviso contrari al diritto federale. Questo punto è decisivo per la questione se una costituzione di uno stato federale debba necessariamente qualificarsi come tale solamente in virtù della circostanza che essa può essere modificata con la maggioranza degli elementi a ciò autorizzati, e se quindi da ciò se ne debba ricavare che il potere federale è titolare del diritto a decidere sulle sue proprie competenze. Esso dimostra che in concreto il criterio che consenta di discernere tra federazione di stati e stato federale è quello che passa per la risposta alla domanda se esista un qualche fondamento giuridico che abiliti lo stato all'interno della federazione a recedere da essa; in altre parole, se lo scioglimento della federazione nella volontà degli stati membri è regolato oppure no.

9. Sia la teoria che la storia hanno dimostrato la possibilità effettiva di questa seconda forma di federazione di stati e con ciò hanno individuato i limiti fino a dove può spingersi la federazione di stati senza

perdere il suo carattere. Esse hanno insegnato che anche il diretto assoggettamento dei sudditi al potere federale non contiene nulla di contraddittorio rispetto all'essenza della federazione di stati, ma solo a condizione che il potere federale non abbia un'esistenza che si legittima da sé e quindi che non predomini nella forma di un potere statale autonomo indipendente dalla volontà degli stati federati; in conclusione, a condizione che non vi sia un diritto di dominio dello stesso sul potere del singolo stato federato. A fini teorici, da ciò si ricava la regola incontestabile che per tutte le varie conformazioni che possono essere attribuite alla federazione di stati esiste solo un punto fermo – quello della sovranità degli stati membri, e con ciò si è dimostrata, a partire dall'evoluzione storica delle costruzioni giuridiche, la correttezza dell'affermazione che abbiamo posto all'inizio di questo capitolo.

NOTE DEL TRADUTTORE

^I Il riferimento di J. è al *Discourse on the constitution and government of the United States*.

^{II} Da Haenel.

^{III} Vi è qui una citazione di un passo di Calhoun riportato nell'originale inglese: «*It is only by considering the granted powers, in their true character of trust or delegated powers, that all the various parts of our complicated system of government can be harmonized and explained. Thus regarded, it will be easy to perceive how the people of the several States could grant certain powers to a joint — or, as its framers called it — a general government, in trust, to be exercised for their common benefit, without an absolute surrender of them — or without impairing their independence and sovereignty*».

^{IV} Cfr. nota prec.: «*Regarding them in the opposite light, as powers absolutely surrendered and irrevocably transferred, inexplicable difficulties present themselves. Among the first, is that which springs from the idea of divided sovereignty; involving the perplexing question — how the people of the several States can be partly sovereign, and partly, not sovereign — sovereign as to the reserved — and not sovereign, as to the delegated powers? There is no difficulty in understanding how powers, appertaining to sovereignty, may be divided; and the exercise of one portion delegated to one set of agents, and another portion to another: or how sovereignty may be vested in one man, or in a few, or in many. But how sovereignty itself — the supreme power — can be divided — how the people of the several States can be partly sovereign, and partly not sovereign — partly supreme, and partly not supreme, it is impossible to conceive. Sovereignty is an entire thing — to divide, is — to destroy it*».

^V Seguono i testi dei due preamboli. Quello più noto della Costituzione federale, secondo cui «*We the People of the United States, in order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America*»; e quello della Costituzione confederale del 1861: «*We, the people of the Confederate States, each state acting in its sovereign and independent character, in order to form a permanent federal government, establish justice, insure domestic tranquillity, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity — invoking the favor and guidance of Almighty God — do ordain and establish this Constitution for the Confederate States of America*».

^{VI} Questo è il testo dell'art. V della Costituzione degli stati confederati: «*Upon the demand of any three States, legally assembled in their several conventions, the Congress shall summon a convention of all the States, to take into consideration such amendments to the Constitution as the said States shall concur in suggesting at the time when the said demand is made; and should any of the proposed amendments to the Constitution be agreed on by the said convention, voting by States, and the same be ratified by the Legislatures of two-thirds of the several States, or by conventions in two-thirds thereof, as the one or the other mode of ratification may be proposed by the general convention, they shall thenceforward form a part of this Constitution. But no State shall, without its consent, be deprived of its equal representation in the Senate*».

Finito di comporre nel mese di marzo 2017
da *Costituzionalismo.it* – Roma
I contributi contenuti in questo fascicolo sono stati pubblicati
tra il 10 gennaio e il 1° marzo 2017
www.constituzionalismo.it – info@costituzionalismo.it



Costituzionalismo.it

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

Direzione

Direttore Gaetano **AZZARITI**

Vicedirettore Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**
Paolo **CARETTI**
Lorenza **CARLASSARE**
Elisabetta **CATELANI**
Pietro **CIARLO**
Claudio **DE FIORES**
Alfonso **DI GIOVINE**
Mario **DOGLIANI**
Marco **RUOTOLO**
Aldo **SANDULLI**
Dian **SCHEFOLD**
Massimo **VILLONE**
Mauro **VOLPI**

Comitato scientifico di Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca **BASCHERINI**, Marco **BETZU**,
Gaetano **BUCCI**, Roberto **CHERCHI**, Giovanni **COINU**,
Andrea **DEFFENU**, Carlo **FERRAJOLI**, Luca **GENINATTI**,
Marco **GIAMPIERETTI**, Antonio **IANNUZZI**, Valeria **MARCENO'**,
Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA PINTO**, Elisa **OLIVITO**, Luciano **PATRUNO**, Laura **RONCHETTI**,
Ilenia **RUGGIU**, Sara **SPUNTARELLI**, Chiara **TRIPODINA**

Redazione

Andrea **DEFFENU**, Elisa **OLIVITO**, Giuliano **SERGES**

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)