



DIRITTO PUBBLICO EUROPEO

Rassegna on line

Fascicolo n. 1/2020
ISSN 2421-0528

SOMMARIO

Editoriale

Gateano Azzariti – *La trappola: a proposito del referendum sulla riduzione del numero dei parlamentari* (p. 1)

Saggi

Guido Saltelli – *La concorrenza da principio torna regola. La legittimità dell'azienda speciale come modello "ordinario" di gestione del servizio pubblico: nota a margine della sentenza n. 5444 del 2019 del Consiglio di Stato* (p. 4)

Marcello Cecchetti – *Osservazioni e ipotesi per un intervento di revisione dell'art. 9 della Costituzione avente ad oggetto l'introduzione di una disciplina essenziale della tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale. Audizione presso la 1^a Commissione permanente del Senato della Repubblica "Affari Costituzionali, affari della Presidenza del Consiglio e dell'Interno, ordinamento generale dello Stato e della Pubblica Amministrazione"* (p. 22)

Stefania Cavaliere – *Il progetto Green New Deal e gli incentivi verdi: è tutto oro quello che luccica?* (p. 44)

Ignazio Spadaro – *Comunicazione politica e democrazia digitale* (p. 54)

Stefania Cavaliere – *La prospettiva dei green bonds per la finanza sostenibile* (p. 85)

Daniela Mone – *Il Covid-19 in Italia: salute e altri diritti fondamentali fra potere di ordinanza statale e regionale* (p. 100)

Silvio Gambino – *Popolo e democrazia (sotto scacco), fra partiti politici in crisi e populismi* (p. 113)

Vicente Garrido Mayol – *Supremacía de la Constitución y primacía del derecho comunitario europeo* (p. 150)

Pasquale Serrao d'Aquino – *Le valutazioni d'idoneità all'esercizio delle funzioni giudiziarie. Le valutazioni di professionalità* (p. 179)

Camilla Buzzacchi – *La Banda larga tra intervento pubblico e mercato* (p. 240)

Daniela Messina – *Un diritto all’oblio “racchiuso” all’interno dei confini europei: alla ricerca di un bilanciamento multilivello dei diritti confliggenti nell’era digitale* (p. 274)

Sabrina Ragone – *Modelli comparatistici (e geometrici) di coordinamento delle politiche europee* (p. 299)

Materiali

Filippo Patroni Griffi – *In memoriam di Giuseppe Abbamonte. Università “Federico II”, Napoli, 13 gennaio 2020* (p. 319)

Luca Di Majo – *Brevi riflessioni sul rapporto tra Magistratura e potere politico e sugli errori giudiziari (a partire dalla lettura del libro di Pio Del Gaudio, Guai a chi ci capita. Matricola 35898. Del Gaudio Pio, 2019)* (p. 324)

Osservatorio sulle riforme costituzionali

Luca Longhi – *Il referendum sul “taglio delle poltrone”: verso uno svuotamento dell’istituzione parlamentare?* (p. 338)

Armando de Crescenzo – *Verso il referendum costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari. Quando il fine (non sempre) giustifica i mezzi* (p. 342)

Virgilia Fogliame – *Sistema partitico, «formante legislativo» e Corte costituzionale: qualche osservazione sulla riduzione del numero dei parlamentari* (p. 44)

Fulvio Pastore – *Alcune brevi considerazioni sulla proposta di legge costituzionale di riduzione dei parlamentari sottoposta a referendum costituzionale* (p. 353)

Francesco Clementi – *La riduzione del numero dei parlamentari: de iure condito o de iure condendo?* (p. 357)

Marina Calamo Specchia – *Il “taglio” dei parlamentari e il fine della “quality over quantity”: tanto rumore per nulla?* (p. 364)

Marco Plutino – *La (mera) riduzione dei parlamentari: una revisione che allontana il dato costituzionale da decenni di riflessioni scientifiche e tentativi riformatori* (p. 393)

Osservatorio permanente sul futuro dell'Unione europea

Alberto Lucarelli – *Manifesto per l'istituzione dell'Osservatorio permanente sull'Unione europea* (p. 413)

Using the conference on the future of Europe to shape a real European discourse. Italian Non-Paper for the Conference on the Future of Europe (2020-2022) (p. 414)

Alberto Lucarelli – *The Conference on the Future of Europe between Form of State and Form of Government* (p. 422)

Report on the comprehensive economic policy response to the COVID-19 pandemic (p. 425)

Maria Teresa Stile – *The European Stability Mechanism in front of the epidemiological emergency* (p. 432)

A. Lucarelli e S. Staiano (a cura di), *Le forme di governo tra Italia e Spagna. Atti del Convegno di Napoli, 6 maggio 2019*

Alberto Lucarelli e Sandro Staiano – *Nota dei curatori* (p. 438)

Sandro Staiano – *La repubblica parlamentare italiana e il suo sistema dei partiti. Relazione introduttiva* (p. 440)

Jorge Lozano Miralles – *Transformación de la forma de gobierno y de la democracia: el caso español* (p. 477)

Fortunato Musella – *Prefazione. Il governo in Italia e Spagna. Regole, prassi e convenzioni costituzionali* (p. 502)

Laura Cappuccio – *Forma di Governo italiana ed integrazione europea: il progressivo rafforzamento del Governo* (p. 519)

Mayte Salvador Crespo – *Sistema electoral, sistema de partidos y formación del Gobierno en España. Situación actual.* (p. 534)

Gennaro Ferraiuolo – *Regole elettorali, frammentazione partitica, instabilità. Affinità e distanze tra sistemi* (p. 563)

Erik Furno – *Il Presidente della Repubblica e la nomina dei ministri nel procedimento di formazione del Governo* (p. 578)

María José Carazo Liébana – *Sistema parlamentario y mocion de censura: el caso español.* (p. 596)

Fulvio Pastore – *dal programma al contratto di governo* (p. 617)

Luis Pomed Sánchez – *Las elecciones del 28 de abril (y 26 de mayo): reflexiones sobre la forma de gobierno y sobre el sistema de partidos* (p. 631)

Alfonso Vuolo – *L'insostenibile imperfezione del bicameralismo perfetto* (p. 657)

Nicolás Pérez Sola – *El uso del decreto-ley por parte del gobierno español: ¿Se ha roto el equilibrio entre legislativo y ejecutivo?*

Erik Furno (a cura di), La giustizia costituzionale in Italia e in Spagna: modelli a confronto e prospettive aperte. Atti Convegno di Napoli, 30 settembre 2019

Erik Furno – *La giustizia costituzionale in Italia e in Spagna. Modelli a confronto e prospettive future. Relazione introduttiva.* (p. 701)

Roberto Romboli – *La protezione dei diritti fondamentali davanti alla Corte costituzionale italiana ed al Tribunal constitucional spagnolo: due modelli a confronto* (p. 705)

Ignacio González García – *La excepcional posición del Tribunal Constitucional ante el jaque al Estado de Derecho en Cataluña* (p. 721)

Barbara Guastaferrò – *Il principio di unità tra Carte e Corti: un confronto italo-spagnolo* (p. 745)

M^a Pilar García Rocha – *Il controllo del Tribunale Costituzionale Spagnolo dei presupposti abilitanti per l'apertura dei procedimenti legislativi eccezionali* (p. 758)

Silvia Romboli – *Gli strumenti di protezione delle parti del giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi in Spagna* (p. 778)

Franca Meola – *discrezionalità legislativa E sindacato di costituzionalità. Ragionando sul tema alla luce del c.d. caso Cappato* (p. 796)

Notizie sugli autori (p. 807)

DIRITTO PUBBLICO EUROPEO – RASSEGNA ON LINE***N. 1/2020******EDITORIALE*****LA TRAPPOLA: A PROPOSITO DEL REFERENDUM SULLA RIDUZIONE DEL NUMERO DEI PARLAMENTARI.**

di Gateano Azzariti*

1

Il referendum sulla riduzione del numero dei parlamentari, se ci sarà, sarà una trappola. Ci si chiederà di scegliere tra coloro che sono a favore di questo Parlamento quotidianamente umiliato e coloro che vogliono ridurlo ancor peggio. Saremmo schiacciati dalle peggiori argomentazioni, e non avremo molto spazio per far valere le nostre ragioni. È difficile infatti interloquire con chi ritiene che i problemi del parlamentarismo oggi si possano ridurre al numero dei suoi membri, senza volere affrontare le reali questioni che stanno trascinando l'organo della rappresentanza politica verso l'abisso.

Ci si attarderà a discutere con toni accesi e spreco di energie su questioni irrисorie, mentre si avverte l'urgenza assoluta di affrontare temi vitali per la democrazia parlamentare. Così sentiremo politici irridenti sostenere le fatue ragioni della necessità di risparmiare sui costi della democrazia o la moralità di tagliare "poltrone". I più sofisticati ricorderanno come queste motivazioni di continuo ripetute a suffragio della bontà della riforma sono false e rivelano anche una cattiva coscienza. Ma intanto ci avranno costretto a perdere tempo, mentre monta la marea.

Che i mali del Parlamento siano altri è ben noto a tutti, in primo luogo a chi si confronta sul nulla nei dibattiti televisivi. Perlopiù esponenti dei partiti ben consapevoli della fuga dal Parlamento dei poteri reali e della marginalità assunta da quest'organo. Anche i giornalisti che affollano i talk show e che ormai da anni raccolgono le informazioni

* Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università di Roma "La Sapienza".

ovunque salvo che nei luoghi preposti alla discussione pubblica, che dunque potrebbero raccontare del vuoto profondo che si registra nei Palazzi del potere. Basterebbe che qualcuno affermasse ciò che è già evidente per smontare il castello di carte, basterebbe affermare che non sono i numeri a determinare la crisi del Parlamento, ben più complesso e profondo è il collasso nel quale siamo immersi. Basterebbe avere il coraggio di dire-il-vero (*parresia*), che è il modo migliore per il governo di sé e degli altri. Una lezione dimenticata.

E allora elenchiamoli alcuni dei veri problemi che non riusciamo a discutere seriamente perché distratti dal pessimo spettacolo messo in piedi da una politica priva di sostanza.

Cominciamo col dire che il Parlamento non è in crisi per un problema di numeri. Essi sono solo una variabile dipendente, che dovrebbero essere determinati con riferimento alle effettive funzioni esercitate. Questo è il vero problema del Parlamento italiano che ha perduto il suo ruolo autonomo nell'ambito del complessivo assetto dei poteri. Negli Stati Uniti il Senato è composto da 100 membri, in Inghilterra la Camera dei Comuni da 650, in Germania il Bundestag da oltre 700. La differenza con il Parlamento italiano è che in quei paesi la discussione parlamentare ha un suo rilievo, i singoli rappresentanti discutono, si assumono le responsabilità per cui sono stati eletti e poi, responsabilmente, votano. Non hanno vincoli di mandato, ma sanno bene che - oltre che al partito di appartenenza - dovranno rispondere politicamente agli elettori.

Basta pensare al ruolo determinante (anche dal punto di vista spettacolare) esercitato dalla Camera dei Comuni che in tutta la vicenda della Brexit ha dettato l'agenda, confrontandosi senza alcun timore reverenziale con il Governo. Per non dire del Congresso degli Stati Uniti (435 membri) che non ha avuto remore nel porre sotto accusa il Presidente eletto Trump, sospettato di avere abusato dei propri poteri. Non voglio generalizzare e so bene che i rapporti tra Parlamento e Governo sono diversi da paese a paese, dipendendo dalla forma di governo adottata e delle diverse tradizioni nazionali. Mi sembra però di poter tranquillamente affermare che nessuna democrazia occidentale si sia spinta così avanti nel processo di ghetizzazione dell'organo della rappresentanza popolare, posto ai margini della complessiva dinamica politica e privato di voce autonoma.

Nel Parlamento italiano, infatti, non si discute più, né si decide autonomamente alcunché. Alcune recenti vicende lo hanno mostrato con esemplare evidenza. Sono anni, gli ultimi due in modo sfacciato, che si assiste alla farsa di una legge finanziaria approvata ma non

discussa, in realtà neppure conosciuta dai membri del Parlamento che votano ad occhi chiusi subendo l'umiliazione più grande, in violazione non solo della costituzione (prima o poi la Consulta lo attesterà) ma della stessa loro dignità. Se si seguita di questo passo ben poco importa che a votare siano in 630 o in 400, in ogni caso tutti voti a perdere.

Così nei casi in cui una Camera è chiamata a decidere sulla responsabilità dei ministri. Ciò che più dimostra la perdita del ruolo costituzionale del Parlamento è l'assoluta dipendenza delle decisioni assunte dagli equilibri altrove definiti, essenzialmente in sede di Governo. Se Salvini abbia abusato dei suoi poteri, non sarà accertato dalla giunta per le autorizzazioni, ma dalle valutazioni extraparlamentari e di convenienza del Governo. Così è stato nel caso Diciotti, così sarà – magari con esito diverso – nel caso Gregotti. “Farò le mie verifiche” ha dichiarato il Presidente Conte e da queste dipenderà la decisione del Parlamento che non potrà fare altro che adeguarsi.

Altri innumerevoli esempi potrebbero essere richiamati per dimostrare l'inconsistenza parlamentare, la sua perdita di peso. Chiunque conosce il funzionamento delle Camere sa bene come ormai l'intera attività delle commissioni così come dell'aula è posta al servizio del Governo che detta l'agenda senza lasciare nessuna autonomia ai lavori dei parlamentari. Certo in questa prospettiva può ben dirsi che il numero dei parlamentari sia irrilevante. Rinunciando in tal modo però a porsi il reale problema della crisi del Parlamento ridotto ad ente privo di un suo ruolo autonomo. Ma è proprio da qui – dalla ridefinizione del ruolo costituzionale del Parlamento – che si dovrebbe partire se si volessero realmente affrontare i problemi che affliggono la nostra stressata democrazia parlamentare.

L'attuale legislatura era iniziata con un gran bel discorso del presidente, allora neoeletto, Fico, il quale con serena determinazione e chiarezza d'idee aveva individuato alcuni problemi reali ed aveva proposto misure di natura organizzativa importanti per cercare di recuperare una dignità alla funzione parlamentare. Nulla è stato fatto e il Parlamento ha proseguito nel suo lento declino. Ora fallita ogni prospettiva di seria riforma si gioca alla lotteria dei numeri. Peccato che nessuno vincerà. Non è una questione di numeri.

LA CONCORRENZA DA PRINCIPIO TORNA REGOLA. LA LEGITTIMITÀ DELL’AZIENDA SPECIALE COME MODELLO “ORDINARIO” DI GESTIONE DEL SERVIZIO PUBBLICO: NOTA A MARGINE DELLA SENTENZA N. 5444 DEL 2019 DEL CONSIGLIO DI STATO*.

di Guido Saltelli**

4

Sommario. 1. Il fatto controverso. – 2. Modalità di gestione dei servizi pubblici locali: evoluzione storica. – 3. Gestione diretta o gestione indiretta: le ragioni della legittimità sostanziale della scelta. – 4. La legittimità formale della scelta di affidare un servizio ad un’azienda speciale. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Il fatto controverso.

La sentenza n. 5444 del 2019 del Consiglio di Stato offre l’occasione per indagare il dibattuto tema della modalità di affidamento dei servizi pubblici locali.

La controversia ha riguardato la gestione del servizio di igiene e bonifica ambientale. Tale servizio era originariamente svolto da una società per azione mista a prevalente capitale pubblico, la quale nel maggio del 2016, con decisione dell’assemblea dei soci, veniva prima posta in liquidazione, e successivamente era dichiarata fallita dal Tribunale di Latina con sentenza 7 dicembre 2016, n. 105. Il Commissario prefettizio dell’ente stabiliva allora di affidare il servizio mediante procedura di gara.

La gara veniva però annullata in autotutela dall’ente stesso in considerazione di un parere (richiesto e) reso dall’A.N.A.C., ad avviso della quale erano illegittime le clausole relative ai requisiti di capacità tecnica, per violazione del principio dell’apertura alla massima concorrenza tra gli operatori economici.

L’ente, poi, invece di rinnovare la gara, con successiva delibera consiliare dell’8 agosto 2017, n. 70 costituiva l’azienda speciale per i Beni Comuni di Latina (denominata “ABC”), ne approvava lo statuto e l’atto costitutivo, individuando in essa il soggetto più adatto a

* *Sottoposto a referaggio.*

** Dottorando di ricerca in diritti umani. Storia, teoria e prassi – Università di Napoli “Federico II”.

gestire il servizio in questione.

L'azienda speciale, così costituita, acquisiva con scrittura privata autenticata il ramo di azienda organizzato per lo svolgimento dei servizi di igiene ambientale già in capo alla società in fallimento.

Un operatore economico che aveva partecipato alla gara, impugnava il provvedimento di annullamento della stessa da parte dell'ente innanzi al competente Tribunale amministrativo regionale, che dichiarava tuttavia inammissibile il ricorso e i motivi aggiunti per difetto di interesse¹.

Il Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza del 14 marzo 2019, n. 1687, accoglieva in parte il ricorso dell'operatore economico, riconoscendo per un verso l'illegittimità del provvedimento di annullamento in autotutela degli atti di gara, e per altro verso la legittimità della scelta dell'amministrazione di istituire un'azienda speciale quale affidataria della gestione del servizio di raccolta e smaltimento rifiuti, trattandosi di un atto autonomo e non direttamente dipendente dall'annullamento in autotutela.

Tale statuizione superava il vaglio del ricorso per revocazione proposto dallo stesso operatore economico per effetto della sentenza n. 5444 del 2019.

2. Modalità di gestione dei servizi pubblici locali: evoluzione storica.

Così ricostruita la vicenda controversa, si può immediatamente evidenziare come la sentenza², confermando la correttezza della pronuncia d'appello, afferma in sostanza che l'affidamento del servizio di raccolta e smaltimento di rifiuti mediante procedura di evidenza pubblica è modalità alternativa a quella di gestione attraverso l'azienda speciale: l'annullamento della gara comporta il venir meno della scelta di quella modalità e la sua sostituzione con lo strumento dell'azienda speciale.

Pertanto il punto significativo della decisione è rappresentato dalla tematica delle modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali (in particolare del servizio di raccolta

¹ Secondo il TAR Lazio, sezione staccata di Latina, infatti, essendo intervenuto l'annullamento della gara prima dell'aggiudicazione, l'operatore economico concorrente non poteva considerarsi titolare di una posizione giuridica differenziata e tutelabile. Per completezza occorre aggiungere che a fondamento della declaratoria di inammissibilità dell'azione il tribunale poneva anche una questione più strettamente processuale (la violazione del divieto di cumulo di impugnazione di atti connessi).

² Indipendentemente da tutte le altre questioni sostanziali e processuali che vengono affrontate.

e smaltimento dei rifiuti).

Al riguardo deve segnalarsi che il quadro normativo di riferimento³ non è affatto specifico ed esauriente e si è per contro in presenza di disposizioni legislative spesso risalenti che si sono succedute nel tempo senza un'adeguata sistematica, spesso frutto di esigenze particolari e dettate da esigenze politiche.

È, allora, utile e necessario delineare le tappe storiche più significative dell'evoluzione normativa della materia⁴.

La prima disciplina della materia si rinviene nella legge 29 marzo 1903, n. 103 (c.d. legge Giolitti).

Essa prevedeva tre diverse modalità di gestione dei servizi pubblici: la gestione in economia, l'azienda municipalizzata e la concessione, manifestando apertamente la preferenza per la gestione diretta del servizio da parte dell'ente locale.

Tale preferenza si inquadrava coerentemente in quel periodo storico con l'obiettivo di coniugare l'autonomia locale (da una parte) e l'intervento pubblico nell'economia (dall'altra), come mezzi più idonei non solo a tutelare nel miglior modo possibile gli interessi in gioco, ma anche a garantire la maggior diffusione possibile di tali servizi, che solo un soggetto pubblico poteva assicurare⁵.

Era chiara la *ratio* della normativa: l'ente locale governa il servizio, lo regola, lo finanzia, lo controlla e insieme lo produce e lo gestisce in modo accentrato con lo scopo di favorirne l'utilizzo da parte di tutti i cittadini⁶.

L'ente pubblico è così attore anche nel mercato, tutelando i soggetti deboli (cittadini) dagli eventuali fallimenti del mercato.

Un simile modo di gestione dei pubblici servizi è rimasto inalterato per lungo tempo, dando luogo sotto il profilo sistematico ad una certa stabilità delle regole⁷.

³ La disciplina delle modalità di affidamento dei servizi pubblici è oggi contenuta negli art. 112 e ss. del d.lgs n. 267 del 2000. Tali norme non possono certo prescindere dai principi costituzionali dettati dagli art. 41 e 43 della Costituzione, e devono essere lette in maniera sistematica con le norme europee: in particolare, si fa riferimento agli artt. 14 e 106 TFUE, nonché all'art. 36 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

⁴ Per una più approfondita analisi dell'evoluzione storica dei servizi pubblici si veda G. Palligiano. *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, Atti del Convegno Vallo della Lucania 26 giugno 2009*, in www.giustiziaamministrativa.it.

⁵ G. Taglianetti, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali*, Napoli, 2018, p. 3 ss.

⁶ F. Liguori, *I servizi pubblici a carattere industriale ed economico*, in F. Pinto (a cura di), *Diritto degli Enti locali, II, Le funzioni e l'organizzazione*, Torino, 2004, p. 158 ss.

⁷ Si utilizza un'espressione di M. Dugato, *L'imperturbabile stabilità dei servizi e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus*, 2012, p. 506.

È poi intervenuto il R.D. Il T.u. 15 ottobre 1925, n. 2578 (Approvazione del testo unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle provincie) ed il relativo decreto di attuazione R.D. n 602 del 1926, che hanno regolato l'azienda municipalizzata, come particolare forma di gestione dei servizi pubblici locali.

Tale forma fa acquistare rilevanza autonoma alla regolazione la quale si sovrapponeva alla gestione: l'aspetto regolatorio (giuridico) e quello gestorio (giuridico-economico) sono elemento costitutivo e sostanza stessa di tale modello di gestione⁸.

Dalla legge Giolitti e dalla relativa disciplina della municipalizzazione emerge un sistema dei servizi pubblici locali in cui la gestione (del servizio), la proprietà dei beni necessari (al servizio), nonché il governo e la regolazione tendono e coincidono e a confondersi tra loro⁹, assumendo perciò una connotazione esclusivamente pubblicistica.

Ciò trova giustificazione nel convincimento che solo in tale modo l'assetto organizzativo possa garantire nel modo migliore possibile il benessere collettivo e quindi consentire tendenzialmente a tutti i cittadini di fruire di quei servizi.

Occorre attendere altri sessant'anni perché il legislatore intervenga nuovamente con la legge n. 142 del 1990 (Ordinamento delle autonomie locali), in particolare con l'articolo 22 immaginava diversi modelli di gestione dei servizi pubblici locali. Nello specifico tale norma individuava cinque tipologie organizzative: 1) la gestione in economia, nei casi in cui non è opportuno, per le modeste dimensioni del servizio e l'esiguità del valore della prestazione, creare un'autonoma azienda o una s.p.a.; 2) l'azienda speciale dotata di autonomia operativa, gestionale, contabile e statutaria; 3) la società mista a capitale pubblico-privato; 4) la concessione a terzi (provvedimento fiduciario che consente l'affidamento diretto senza l'espletamento di una gara); 5) l'istituzione per servizi di rilevanza non economica, organismo strumentale dell'ente pubblico dotato di autonomia, ma privo di propria personalità giuridica.

È evidente lo *stravolgimento* dell'idea di servizio pubblico¹⁰: dalla natura essenzialmente

⁸ G. Pishel, *L'azienda municipalizzata*, Roma, 1972

⁹ B. Spadoni, *I servizi pubblici locali dalla municipalizzazione alla liberalizzazione*, in www.dirittodeiservizi.it, 2003.

¹⁰ Sulla nozione oggettiva di servizio pubblico si veda Consiglio di Stato, sez V, 14 febbraio 2013, n. 911: «per identificare giuridicamente un servizio pubblico, non è indispensabile, a livello soggettivo, la natura pubblica del gestore, mentre è necessaria la vigenza di una previsione legislativa che, alternativamente, ne preveda l'istituzione e la relativa disciplina, oppure che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione all'Amministrazione. Oltre alla natura pubblica delle regole che presidono allo svolgimento delle attività di servizio pubblico e alla doverosità del loro svolgimento, è ancora necessario, nella prospettiva di un'accezione oggettiva della nozione, che tali attività presentino carattere economico e produttivo (e solo eventualmente costituiscano anche esercizio di funzioni

pubblicistica si avanza verso una concezione mista, oggettiva-soggettiva di servizio pubblico, in cui si attenua moltissimo l'intervento pubblico nell'economia e si delinea all'orizzonte l'idea del mercato e della concorrenza, quali elementi non incompatibili con la logica del servizio pubblico¹¹.

È, poi, seguita la fase di privatizzazione dei servizi pubblici nazionali con l'istituzione dell'Autorità di regolazione di servizi di pubblica utilità, quali energia elettrica, gas e telecomunicazioni; e nel 1997, con la legge Bassanini, è iniziata la fase della privatizzazione della gestione dei servizi pubblici a livello locale, prevedendosi l'obbligo di trasformare le aziende pubbliche in società per azione e di dismissione progressiva del pacchetto azionario¹².

Ulteriore impulso alla tematica delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali è stato dato dal d.lgs. n. 267/2000 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), ed in particolare dall'articolo 113: tale norma è stato oggetto di diversi interventi legislativi che ne hanno modificato il contenuto.

Il primo intervento normativo in tal senso è il d.l. n. 112/2008 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria) convertito dalla legge n. 133/2008, che con l'articolo 23-bis (servizi pubblici locali di rilevanza economica) introduce la nozione di servizi pubblici locali di rilevanza economica¹³.

La norma sembra enfatizzare al massimo i principi comunitari, tra cui quello della concorrenza, ponendo in secondo piano i principi costituzionali, in particolar modo l'art 43 Cost., muovendo dall'idea che soltanto l'economia di mercato è in grado di realizzare l'efficiente allocazione delle risorse nel sistema e garantire la massimizzazione della

amministrative), e che le utilità da esse derivanti siano dirette a vantaggio di una collettività, più o meno ampia, di utenti (in caso di servizi divisibili) o comunque di terzi beneficiari (in caso di servizi indivisibili)».

¹¹ Sull'elaborazione della nozione di pubblico servizio si veda: *I servizi pubblici*, in *Primo trattato di diritto amministrativo italiano* (diretto da V.E. Orlando), vol. IV, Milano, 1930; U. Pototosching, *I servizi pubblici*, Padova, 1964; R. Alessi, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1956, p. 37 e ss.; C. Gallucci, *Servizi pubblici locali* (voce), in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1999, 1; G. Caia, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca (a cura di), *Dir. Amministrativo*, I, Bologna, 1998, p. 917 e ss., in cui sono valorizzate entrambe le prospettive di qualificazione dei servizi pubblici, soggettiva e oggettiva, assegnando altresì rilevanza alle modalità organizzative del servizio, tali dal garantirne la fruizione da parte dei consociati, attraverso una gestione che risponda appieno alle esigenze della collettività.

¹² Si veda sul punto A. Lucarelli, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. Cost.*, n. 1/2011, p. 247 ss.

¹³ A. Lucarelli, *La riforma dei servizi pubblici locali. I modelli di gestione*, in *Quale Stato*, n. 1-2/2008, p.372.

crescita in condizioni di ottimalità paretiana¹⁴.

Riguardo alle modalità di gestione dei servizi, poi, l'art 23-bis prevedeva in via ordinaria la possibilità dell'affidamento del servizio a società miste, con una sola gara *a monte* per la scelta del socio privato a condizione che con la gara si attribuisse la qualità di socio operativo e non solo finanziatore.

Tale situazione ha alimentato il processo di una tendenziale privatizzazione del servizio pubblico locale, con il conseguente definitivo abbandono da parte del *pubblico* di un ruolo centrale nell'economia¹⁵.

Nonostante l'abrogazione dell'articolo 23-bis attraverso il referendum popolare del 12-13 giugno del 2011, il legislatore è nuovamente intervenuto con l'art. 4, d.l. 138/2010, convertito in legge n. 148/2011, con cui ha adeguato la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ai principi informativi sanciti a livello europeo, prevedendo come regola generale la liberalizzazione delle attività economiche (c.d. concorrenza nel mercato) ove fosse stata possibile una gestione dei servizi pubblici rispettosa dei principi di proporzionalità, sussidiarietà ed efficienza.

Un limitato margine di intervento diretto dell'amministrazione pubblica residua quando invece, in base ad una analisi di mercato, sia stato accertato che lasciare il servizio alla libera concorrenza vorrebbe dire pregiudicare l'universalità e l'accessibilità del servizio: in tali casi l'amministrazione può derogare alla concorrenza nel mercato prevedendo l'attribuzione di diritti di esclusiva e conseguentemente scegliere di indire una gara pubblica per selezionare il privato gestore (concorrenza per il mercato), oppure affidare in house il servizio, oppure ancora costituire una società mista¹⁶.

Tale impianto normativo è stato tuttavia dichiarato incostituzionale dalla Corte Costituzionale, con sentenza n. 199/2012, in quanto ritenuto elusivo dell'esito del referendum del 2011¹⁷.

Si è così creato nuovamente un vuoto normativo che ha determinato un'applicazione diretta

¹⁴ L. Longhi, *Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, Torino, 2015, p. 142.

¹⁵ G. Piperata, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2005, p. 963 ss.

¹⁶ Si veda tra le tante Consiglio di Stato, sez. VI, n. 260 del 2015, che ha ribadito che l'affidamento *in house* rappresenta un'eccezione ai principi comunitari quali ribadiscono la necessità delle procedure di evidenza pubblica.

¹⁷ Si veda sul punto A. Lucarelli, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico dell'economia*, in *Giur. cost.*, n. 6/2010, p. 4645 ss.

della disciplina europea in materia, ispirata al principio della concorrenza¹⁸.

Per effetto di tale evoluzione normativa e giurisprudenza, si è delineato un sistema di affidamento e gestione dei pubblici servizi secondo due modalità:

- attraverso imprenditori o società individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica
- attraverso società a partecipazione mista pubblica privata, a condizione che la scelta del socio pubblico avvenga nel rispetto delle procedure competitive di evidenza pubblica.

Solo in via straordinaria, invece, è possibile al ricorrere di situazioni eccezionali, di procedere all'affidamento del servizio ad una società *in house*, a capitale interamente pubblico e partecipata dall'ente affidante.

In tale sistema la regola generale è l'esternalizzazione dell'affidamento del servizio, e il ruolo dell'amministrazione risulta essere quello di mero controllore della realizzabilità di una gestione concorrenziale, mentre la gestione diretta da parte dell'ente è invece relegata ad un'ipotesi eccezionale¹⁹.

Tale quadro ha trovato conforto da ultimo con gli interventi legislativi del 2016. In particolare, con il d.lgs. 50 del 2016 (Codice dei Contratti pubblici) e poi con il d.lgs. n. 175/2016 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica), che seppur destinati a specifici settori sembrano privilegiare, come principio generale, l'apertura al mercato.

3. Gestione diretta o gestione indiretta: le ragioni della legittimità sostanziale della scelta.

La sentenza del Consiglio di Stato consente di rimeditare gli approdi raggiunti sino ad ora dalla dottrina.

¹⁸ Sul punto A. Lucarelli, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, cit., p. 247 ss., in cui si evidenzia che "la sentenza della Corte Costituzionale n. 24 del 2011, ma già la sentenza Corte cost. n. 325 del 2010, presenta tre punti decisamente innovativi, che consentono una riflessione più ampia sul diritto pubblico europeo dell'economia: 1) si smentisce che il diritto europeo imponga agli Stati membri di privatizzare i servizi pubblici locali; 2) si riconosce l'esistenza di un diritto pubblico europeo dell'economia, alternativo al diritto dei mercati e della concorrenza; 3) si riconosce ai comuni la possibilità, a seguito di referendum, di rifarsi direttamente al diritto UE che prevede, tra l'altro, seppur in maniera non esplicita, la gestione pubblica e diretta dei servizi di interesse generale"

¹⁹ H. Bonura, *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali*, H. Bonura e M Cassano (a cura di), Torino, 2011, p. 89 ss.

La contrapposizione tra gestione diretta e liberalizzazione sembra essere più che il frutto di rapporto tra regola ed eccezione, esprimere una mera descrizione del fenomeno di gestione dei servizi pubblici locali, ma non chiarisce il momento della scelta: questa, secondo la ricostruzione del giudice amministrativo, è lasciata alla discrezionalità della pubblica amministrazione²⁰.

L'apertura al mercato non è la *causa* della gestione del servizio pubblico locale, ma è la conseguenza della scelta operata dall'ente: nel caso di specie, la costituzione dell'Azienda speciale risponde innanzitutto all'esigenza per gli enti locali di poter gestire direttamente un servizio.

L'apertura al mercato si avrà nella misura in cui l'ente avrà consapevolmente stabilito che essa è la migliore soluzione da perseguire per la cura dell'interesse pubblico.

In proposito, si scontrano quindi le posizioni di chi in omaggio al principio comunitario della concorrenza, continua a ritenere che l'apertura al mercato sia lo strumento che garantisce la maggiore efficacia del servizio e dall'altro, quelle di chi sostiene che in relazione al servizio pubblico, la gestione pubblica sia quella più idonea a rispondere all'esigenze dell'utenza, rendendo di fatto il servizio fruibile a tutti ad un costo inferiore²¹.

Non può negarsi che un ruolo importante ai fini della scelta è dettato anche da questioni di natura economica.

Infatti, l'apertura al mercato, e quindi la scelta di affidare la gestione del servizio pubblico ad un soggetto privato, è certamente un modo di garantire la funzionalità del servizio: poiché il privato opera secondo la logica del profitto, e quest'ultimo nel caso del servizio pubblico coincide con il costo del servizio, l'interesse del privato è di far rendere al massimo il servizio per massimizzare il profitto.

In una logica di mera efficienza, la migliore resa del servizio avrebbe così risvolti positivi anche sulla qualità del servizio stesso: il che si tradurrebbe in vantaggi per l'utenza che

²⁰ A. Massera, *I servizi pubblici tra regole della concorrenza e responsabilità pubblica*, in *Diritto pubblico*, n. 2 /2019.

²¹ Così il Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2008 n. 1: «l'affidamento diretto del servizio viola il principio di concorrenza sotto un duplice profilo: da una parte sottrae al libero mercato quote dei contratti pubblici nei confronti dei quali le imprese ordinarie vengono escluse da ogni possibile accesso, dall'altra si costituisce a favore dell'impresa affidataria una posizione di ingiusto vantaggio garantendole l'acquisizione di contratti. Il tutto si traduce nella creazione di posizione di vantaggio economico che l'impresa *in house* può sfruttare anche nel mercato, nel quale si presenta come particolarmente competitiva, con conseguente alterazione della par condicio».

In senso opposto si vede tra gli altri A. Lucarelli, *Il Servizio idrico integrato in una prospettiva di ridimensionamento della regola della concorrenza*, cit., p. 288.

potrebbe in tal modo di fruire di un servizio davvero efficiente²².

Sotto altro profilo, però, può osservarsi che siccome il guadagno è dato dal canone che deve essere pagato dall'utente, può verificarsi che il prezzo del servizio sia eccessivamente oneroso per l'utente²³.

In definitiva, la gestione privata se da un lato in teoria potrebbe consentire la migliore funzionalità del servizio ispirata dalla logica del profitto, dall'altra essa potrebbe portare con sé problemi di accessibilità del cittadino al servizio stesso.

Nell'ipotesi alternativa di gestione diretta del servizio, di stampo pubblicistico, vi è la possibilità di garantire una gestione meno onerosa per l'utenza e al tempo stesso accessibile a tutti²⁴.

Tuttavia è vero che tale gestione può scontrarsi con la scarsità delle risorse in capo alle amministrazioni pubbliche, che potrebbe rendere eccessivamente difficile, se non addirittura impossibile la gestione del servizio, comportando di conseguenza l'inefficienza e l'efficienza dello stesso, ma è altrettanto vero che la gestione diretta di alcuni servizi pubblici è quella più aderente al dettato costituzionale e alla tutela degli interessi collettivi²⁵.

Ecco che si manifesta in tutta la sua evidenza il punto fondamentale della sentenza in argomento: ai fini delle modalità di gestione del servizio pubblico rileva esclusivamente la scelta dell'amministrazione interessata.

Tale scelta costituisce tipica manifestazione della discrezionalità (non sindacabile in sede di legittimità, salvo che non sia manifestamente illogica, arbitraria, irragionevole, irrazionale).

È così superato l'impianto tradizionale della disciplina secondo cui la regola generale sulle modalità di affidamento e di gestione dei servizi pubblici sia quella della concorrenza, imponendo l'obbligo di aprirsi al mercato e di scegliere attraverso una procedura di evidenza pubblica il partner privato a cui affidare il servizio.

²² Sulla maggiore accessibilità del servizio si legga A. Napolitano, *Economia sociale di mercato e tutela dei diritti*, Torino 2019 p. 95 ss.

²³ Tale situazione inciderebbe sull'universalità del servizio, ovvero sulla necessità che tale servizio sia fruibile per tutti gli utenti.

²⁴ Sulle linee fondamentali su cui si muovono i servizi pubblici si veda G.P. Cirillo, *Modelli societari e organizzazione dei servizi pubblici*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 5/2016, p. 1067, in cui si evidenzia che sono due: "garantire la coesione sociale e territoriale, salvaguardare la competitività dell'economia europea, applicandosi anche in tale settore le regole della concorrenza; il che genera l'immanente ricerca di un equilibrio mobile, a prescindere da norme derogatorie".

²⁵ L. Longhi, *cit.*, p. 188 ss.

Questa impostazione risulta essere una affermazione astratta e meramente descrittiva del fenomeno: il punto fondamentale riguarda, invece, la scelta dell'ente di individuare in concreto, tra le diverse modalità di gestione del servizio pubblico, quella più idonea per assicurare un servizio efficiente ed efficace e garantire la più ampia fruizione da parte di tutti i cittadini²⁶.

È chiaro come la scelta di come affidare e gestire un servizio pubblico rientra nella discrezionalità dell'azione amministrativa²⁷.

Può aggiungersi che tali conclusioni potevano già essere intuite con una lettura approfondita delle norme del Testo Unico degli enti locali (in particolare art 112 e ss).

Nello specifico, l'art 113, d.lgs. n. 267/2000 (T.U.E.L.) individuando le forme di gestione dei servizi pubblici non impone alcuna preferenza nella scelta, ponendo tutte le forme sullo stesso livello, demandando all'amministrazione di riferimento la scelta²⁸.

²⁶ Si veda sul punto T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, n. 4209 del 2019 in cui si afferma che: «quanto al lamentato contrasto dell'art. 2, comma 2, del decreto legge n. 193/2016 con i principi comunitari di tutela della concorrenza e di affidamento concorrenziale dei servizi pubblici, si osserva che né nelle disposizioni del TFUE né nel testo delle direttive n.ri 23, 24 e 25 del 2014 è rinvenibile un indicatore di preferenza in favore del ricorso al libero mercato, cioè in favore di un modello gestionale dei servizi pubblici esternalizzato, risultando viceversa equiordinato a quest'ultimo, e rimesso essenzialmente alla scelta discrezionale dell'ente pubblico titolare del servizio, il modello gestionale internalizzato, realizzabile attraverso la gestione in economia della stessa amministrazione o la gestione societaria *in house*. Lo stesso art. 106 del TFUE, invocato dalla ricorrente, ammette in effetti che le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale – cui potrebbe essere al limite assimilata l'ADER in qualità di ente pubblico economico investito per legge delle attività di riscossione delle entrate tributarie – possano operare in ambiti non totalmente concorrenziali, quando ciò sia reso necessario dal perseguimento dei loro fini istituzionali. Pertanto, ragionando nell'ottica comunitaria e facendo tesoro del quadro di riferimento ultimamente delineato dalle citate direttive del 2014, si può ben affermare che, in materia di affidamento dei servizi pubblici, il principio di concorrenza trova temperamento nel principio di gestione internalizzata, visto come modalità alternativa di espletamento del servizio e non come eccezione. Ne discende che non può individuarsi in capo all'art. 2, comma 2, del decreto legge n. 193/2016 – che consente agli enti locali di ricorrere ad una particolare forma di gestione internalizzata del servizio di riscossione, appunto delegata ad altro ente avente tale compito istituzionale e facente parte del sistema allargato della pubblica amministrazione – alcun possibile profilo di incompatibilità con il diritto comunitario in relazione agli ambiti di indagine sottoposti all'attenzione di questo giudice».

²⁷ Si veda G. Taglianetti, *cit.*, p. 143 ss, il quale analizzando il principio di libera amministrazione sancito dall'art 2 della direttiva 2014/23/UE, evidenzia come le amministrazioni sono libere “di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza ed accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici”.

²⁸ Art 113 TUEL: 1. I servizi pubblici locali sono gestiti nelle seguenti forme:
a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda;
b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale;
c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale;
d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale;
e) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati;

È da ribadire che le osservazioni svolte non contrastano con i principi di stampo comunitario tra cui quello della concorrenza, perché questi rimangono applicabili nella fase di scelta della modalità di gestione del servizio pubblico: d'altra parte però, sottolineano la centralità dei poteri decisionali dell'ente e sono rispettosi del principio di democraticità²⁹. Questo vuol dire che l'amministrazione nell'esercizio delle funzioni pubbliche, tra cui rientra la cura dei servizi pubblici locali, deve essere messa nelle condizioni di scegliere la soluzione migliore per garantire il perseguimento dell'interesse pubblico nel rispetto della normativa di stampo comunitario, essendo il soggetto pubblico più vicino all'interesse da tutelare³⁰.

Ne deriva che non può ravvisarsi nessun obbligo dell'amministrazione di doversi necessariamente aprire al mercato, bensì sussiste un obbligo di individuare la soluzione per la gestione del servizio che mette in equilibrio la doverosità dello stesso con l'interesse dell'utente a fruire del servizio³¹.

Questa lettura è anche suffragata dal richiamo sia i principi fondamentali della Carta Costituzionali, sia i principi generali dell'azione amministrativa.

In particolare, con riferimento agli artt. 2 e 3 della Costituzione che sanciscono i principi di solidarietà ed uguaglianza, si deve evidenziare come la scelta di una gestione diretta di un servizio possa costituire lo strumento più idoneo a garantire a tutti la fruizione del servizio in modo indiscriminato, assicurando contemporaneamente solidarietà ed uguaglianza³².

Il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, secondo cui il fine pubblico deve

f) a mezzo di società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria a norma dell'articolo 116.

²⁹ Si veda sul punto A. Lucarelli, *Scritti di diritto pubblico Europeo*, Napoli, 2016, p. 155 ss, in cui si evidenzia che dagli artt. 14 e 106 comma 2 TFUE, emerge come la regola della concorrenza nell'ambito dei servizi di interesse economico generale non ha valore assoluto, ma è limitata dal raggiungimento dei fini sociali e dal rispetto dei valori fondanti dell'Unione, quali lo sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche.

³⁰ Sul punto si legga Consiglio di Stato, sez. I, 7 maggio 2019 n. 1389, «L'autorità pubblica, in virtù del principio di libera amministrazione, può discrezionalmente scegliere come devono essere gestiti i servizi pubblici locali di rilevanza economica, vale a dire: mediante il ricorso al mercato – individuando l'affidatario mediante gara ad evidenza pubblica; attraverso il partenariato pubblico-privato, ossia per mezzo di una società mista con una gara a doppio oggetto per la scelta del socio e per la gestione del servizio; attraverso l'affidamento in house, senza previa gara, ad un soggetto che solo formalmente è diverso dall'ente, ma che ne costituisce sostanzialmente un diretto strumento operativo».

³¹ A. Lucarelli, *Il governo e la gestione dei servizi pubblici locali a seguito della sentenza n. 325 del 2010 della Corte costituzionale*, in F. Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche*, Milano, 2011, p. 253.

³² Si veda anche A. Lucarelli, *Art. 43*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 883 ss.

essere perseguito con il minimo sacrificio possibile per il privato, ben può essere posto a base della scelta della gestione diretta del servizio, assicurando la fruizione del servizio con il minor sacrificio possibile per l'utenza (nello specifico minori costi).

Peraltro il richiamo al principio di proporzionalità, codificato nella legge 241/1990, è il frutto dell'influenza della normativa comunitaria nel nostro ordinamento, così che la scelta di un affidamento diretto non è un'elusione dei principi comunitari bensì una continua e costante applicazione degli stessi temperata con le finalità pubbliche da perseguire³³.

Nel caso poi esaminato dalla sentenza in questione, la peculiarità della scelta è per così dire enfatizzata per il fatto che l'azienda speciale non nasce solo per il servizio di raccolta e smaltimento rifiuti, ma si propone di svolgere anche i servizi di cura e decoro urbano e del verde pubblico e gestione dei beni comuni individuati nel regolamento comunale, così ampliando l'oggetto dell'interesse pubblico da perseguire.

È fin troppo evidente come solo una gestione pubblica e diretta può assicurare il buon andamento del servizio, in quanto i valori da tutelare necessitano di un'accuratezza tale che un operatore economico privato non riuscirebbe a comprendere perché piegato su una visione prettamente economica e remuneratoria della gestione.

³³ Nel contesto del diritto UE il principio di proporzionalità va certamente collocato fra quei principi generali del diritto che sono stati enucleati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in base al noto metodo della comparazione giuridica. La Corte di giustizia vi ha fatto infatti esplicito riferimento sin dagli esordi della sua giurisprudenza (v. ad es. C. giust., 16.7.1956, in C-8/55, *Fédération Charbonnière*, in *Racc.*, 1955-56, 199 ss.; C. giust., 14.12.1962, in cause riunite C-5-11, 13-15/62, *Società acciaierie San Michele*, in *Racc.*, 1962, 917 ss.; C. giust., 19.3.1964, in C-18/63, *Schmitz*, in *Racc.*, 1964, 175 ss.) ed esso si è poi progressivamente affermato come essenziale strumento di sindacato giurisdizionale, applicato a quasi tutti i settori del diritto dell'Unione europea. Secondo quanto espressamente affermato dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza, a tale principio spetta rango costituzionale, quale principio generale finalizzato a limitare le misure comunitarie restrittive, comprese quelle adottate dal legislatore (v. C. giust., 17.12.1970, in C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in *Racc.*, 1970, 1125 ss.; C. giust., 24.10.1973, in C-5/73, *Balkan-Import-Export*, in *Racc.*, 1973, 1091 ss.). Con il Trattato di Maastricht del 1992 il principio di proporzionalità - limitatamente all'aspetto relativo alla necessità - è stato peraltro inserito direttamente all'interno del Trattato, all'art. 3 B (divenuto poi l'art. 5 TCE), che si riferiva, tuttavia, alla sola attività delle istituzioni comunitarie. In seguito, con il Trattato di Amsterdam del 1997, ai principi di sussidiarietà e proporzionalità è stato dedicato un apposito protocollo, la cui prima disposizione ricalca, sostanzialmente, quella di cui all'art. 3 B, con l'aggiunta, però, della precisazione espressa che l'obbligo di rispetto del principio incombe a «ciascuna istituzione». Il protocollo in questione (ora Protocollo n. 2) è stato ripreso, con alcune modifiche, anche dal Trattato di Lisbona che, entrato in vigore il 1.12.2009, ha anche sostituito il vecchio art. 5 TCE con l'art. 5 TUE. In sintesi, dunque, nel diritto dell'Unione europea, il principio di proporzionalità si impone sempre come canone di azione: ma, a seconda, dei casi, esso si impone o nella sua qualità di principio generale del diritto UE, riconosciuto come tale dalla costante giurisprudenza della Corte di giustizia. Ovvero, con riguardo specifico all'azione posta in essere dalle istituzioni UE, esso si impone per via della sua espressa menzione all'interno del Trattato, che limita però il riferimento relativo al solo requisito della necessità. Ne deriva comunque, in entrambe le ipotesi, una sua sovra-ordinazione rispetto alle norme del diritto dell'Unione europea di rango primario.

4. La legittimità formale della scelta di affidare un servizio ad un'azienda speciale.

Anche da un punto di vista prettamente formale, nel caso di specie la scelta del Comune di gestire via diretta il servizio di raccolta e smaltimento rifiuti (e non solo), risulta corretto. In primo luogo, non sussiste un aggiramento del divieto dell'art 14, comma 6, d. lgs. n. 175/2016: secondo tale norma il fallimento di società a partecipazione pubblica incaricata in precedenza di gestire un pubblico servizio impedisce la costituzione di una nuova società partecipata dal medesimo ente per la gestione del medesimo servizio³⁴. Infatti, come si è evidenziato nella ricostruzione del fatto di causa, il servizio oggetto della controversia era in precedenza gestito da una società partecipata, poi fallita.

Giova ricordare che secondo l'attuale normativa (d.l. n. 175/2016) le società a partecipazione pubblica sono considerate società di diritto privato e si applicano a loro le norme del codice civile³⁵.

Questo per sottolineare che l'ente non era già gestore in diverso modo del servizio, né tantomeno la precedente gestione, tramite una società partecipata, può essere un elemento da cui far desumere l'incapacità dell'ente di gestire il servizio.

Come si è ricordato, infatti, le società a partecipazione, benché uno dei soci sia un soggetto pubblico, sono formalmente società di diritto privato. Al più questo è un ulteriore argomento per sostenere che non sempre la gestione privata, quindi di un soggetto imprenditoriale, riesca a garantire la massima efficienza del servizio, cosa sostenuta da chi ritiene imprescindibile l'apertura al mercato anche per i servizi pubblici.

Inoltre il divieto sancito dall'art 14 comma 6 del Testo Unico opera solo nel caso in cui venga riproposta la medesima modalità di gestione.

Nel caso di specie, l'ente dopo aver gestito in via indiretta il servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti in via indiretta, tramite una società partecipata, ha compiuto una

³⁴ Art. 14 comma 6 del d. lgs. 175 del 2016, "Nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita".

³⁵ M. Lungarella, *Il socio pubblico e il controllo sulle società a partecipazione pubblica*, in R. Miccù (a cura di), *Un nuovo diritto delle società pubbliche*, Napoli, 2019, in tema di natura delle società a partecipazione pubblica, 55 ss.

scelta diametralmente opposta, optando per una gestione diretta attraverso la costituzione di un'azienda speciale.

Le caratteristiche di quest'ultima rispetto alle società a partecipazione pubblica sono completamente diverse, in quanto la prima è un ente pubblico strumentale, i cui organi sono il consiglio di amministrazione, il presidente, il direttore ed il collegio dei revisori dei conti. Anche il regime giuridico è diverso: l'azienda speciale opera infatti attraverso atti e provvedimenti assunti in forma pubblicistica, rispetto ad una società partecipata che opera ordinariamente in regime di diritto privato³⁶.

L'aspetto più significativo dell'azienda speciale è, poi, la relazione con l'amministrazione controllante: essa è dotata di autonomia organizzativa ed imprenditoriale, ma l'ente locale di riferimento esercita su di essa un penetrante potere di indirizzo e di vigilanza che si concretizza nell'individuazione dei fini da perseguire, nella nomina degli organi, nel potere di approvazione degli atti fondamentali e nella verifica dei risultati di gestione³⁷.

Si evidenzia in tal modo sia l'autonomia dell'azienda speciale, ma soprattutto il rapporto che lo lega all'ente locale di appartenenza, che lo fa qualificare come *amministrazione parallela*.

Si parla di *doppia anima* dell'azienda speciale, una legata all'attività di impresa, l'altra all'imprescindibile rapporto di collegamento con l'ente locale.

Sembra che davvero la scelta di costituire un'azienda speciale permette all'ente locale di perseguire il pubblico interesse nel modo migliore possibile ed allo stesso tempo assicurare il servizio all'utenza³⁸.

L'azienda speciale è il modello di gestione più vicino alla completa internalizzazione del servizio, simile alle società in house, nel senso di *longa manus* della pubblica amministrazione.

³⁶ Per una approfondita analisi dell'azienda speciale L. Longhi, cit., p. 149 ss.

³⁷ T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. IV, 06/07/2019, n.1558 «Ai sensi dell'art. 5 comma 1 del codice dei contratti, è possibile l'affidamento "in house" ad una persona giuridica se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercitano sulla persona giuridica stessa un "controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi", vale a dire che la società in house costituisce una sorta di ente strumentale della stazione appaltante, praticamente quasi un suo "braccio operativo"; secondo la giurisprudenza amministrativa, la verifica dell'esistenza del controllo analogo deve essere effettuata in concreto, considerato che: [...] il controllo analogo richiesto per configurare l'inhouseproviding si sostanzia in un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della società controllata, tale per cui quest'ultima, pur costituendo una persona giuridica distinta dall'ente pubblico partecipante, in realtà ne costituisce una mera articolazione organizzativa priva di effettiva autonomia».

³⁸ Per una lettura più approfondita F. Staderini, *Diritto degli enti locali*, Firenze, 2018.

Infine, la correttezza dell'operazione oggetto della pronunzia del Consiglio è suffragata anche dalla motivazione di tale scelta.

In considerazione dello stretto rapporto che sussiste tra l'azienda speciale e l'ente locale tale da realizzare un'amministrazione parallela in modo simile a quanto avviene in tema di società *in house*, il Comune di Latina ha utilizzato come parametro di riferimento per giustificare l'operazione l'art 192, comma 2, del decreto legislativo n. 50/2016³⁹.

La norma, nello specifico, detta le modalità con cui è possibile la deroga alla concorrenza, e come affidare un servizio senza espletare la procedura di evidenza pubblica. In particolare la norma pone due condizioni: 1) l'amministrazione deve motivare le condizioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato 2) l'amministrazione deve indicare i benefici connessi a tale scelta.

Nel caso di ABC Latina il Comune con la delibera di costituzione assolve in maniera efficace e puntuale a tale obblighi, mediante l'allegazione di tabelle contenenti i costi del servizio affidato all'azienda speciale dimostrative, a sua valutazione, della congruità economica degli stessi, con la necessità di sperimentare un nuovo approccio all'esecuzione del servizio di raccolta dei rifiuti, con riduzione dei costi del servizio, e conseguente riduzione della tariffa imposta ai cittadini, nonché per la necessità di procedere al reinvestimento degli utili nel miglioramento degli standard qualitativi del servizio. Emerge come anche in relazione a tale ultimo profilo è perfettamente legittimo l'operato dell'amministrazione di costituire una azienda speciale ed affidargli quel servizio.

5. Osservazioni conclusive.

La sentenza in commento sembra aver superato definitivamente la pluriennale diatriba

³⁹Art. 192 comma 2 d.lgs. n. 50 del 2016: «Ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche. [3] Sul profilo del committente nella sezione Amministrazione trasparente sono pubblicati e aggiornati, in conformità, alle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, in formato open-data, tutti gli atti connessi all'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, ove non secretati ai sensi dell'articolo 162».

dell'obbligatoria apertura al mercato in riferimento ai servizi pubblici locali di rilevanza economica⁴⁰.

Già dall'analisi della normativa di riferimento sembra emergere un regime di indifferenza in relazione alla modalità di affidamento del servizio.

In primo luogo, in relazione alla normativa interna, in particolare dalla lettura dell'art. 43 Cost., e degli artt. 112 e ss. TUEL, emerge un'indifferenza del legislatore per la miglior forma di gestione⁴¹.

In secondo luogo, anche dalle norme del trattato (in particolare gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE), emerge come alcuni servizi di preminente rilevanza debbano essere affidate in via diretta per garantire finalità sociale e il perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza.

Ne deriva dunque che la possibilità di superare il principio di concorrenza è possibile al ricorrere di alcuni presupposti come l'efficacia delle prestazioni per i fini di interesse pubblico, l'equilibrio di bilancio e, soprattutto, la realizzazione del valore della solidarietà (sempre secondo il principio di proporzionalità delle misure legislative nazionali)⁴².

Il quadro normativo europeo, infatti, non esclude in radice l'autoproduzione del servizio: anzi, l'art. 106.2 del TFUE, riconosce all'istituzione pubblica, a certe condizioni, il potere di valutare l'opportunità politico-sociale ed economica, oltre che organizzativo-gestionale,

⁴⁰ Sulla possibilità per gli Enti di governo d'ambito di affidare in via diretta il servizio idrico ad una società in house providing anche con partecipazione di capitale privato si è pronunciato il Consiglio di Stato, sez. I, 7 maggio 2019 n. 1389, che ha sancito il seguente principio di diritto: «La partecipazione di privati al capitale della persona giuridica controllata è ammessa solo se prescritta espressamente da una disposizione legislativa nazionale, in conformità dei trattati e a condizione che si tratti di una partecipazione che non comporti controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata. Nel caso di specie, inerente il settore dei servizi idrici, la partecipazione di privati è preclusa poiché, per un verso, la norma di riferimento per l'affidamento della gestione del servizio idrico è l'art. 149-bis del codice dell'ambiente che chiaramente lo esclude e, per altro verso, manca una norma di legge che espressamente lo prescriva. Pertanto, sino a quando una specifica disposizione di legge nazionale, diversa dagli articoli 5 d. lgs. 50/2016 e 16 d. lgs. 175/2016, infatti, non prescriverà che i privati partecipino ad una società in house - indicando anche la misura della partecipazione, la modalità di ingresso del socio privato, il ruolo all'interno della società e i rapporti con il socio pubblico - l'apertura dell'inhouse ai privati deve ritenersi esclusa. Non può giungersi a diversa conclusione, in considerazione del richiamo all' "ordinamento europeo" che vi è nell'art.149 bis Cod. amb. perché, proprio l'ordinamento europeo richiamato, impone una specifica previsione nazionale che prescriva (e disciplini) la partecipazione dei privati alle società in house (in termini analoghi i già richiamati articoli 5 Codice dei contratti pubblici e 16 d. lgs. 175/2016)».

⁴¹ T.A.R. Brescia, (Lombardia) sez. I, 01/07/2019, n.613 «La scelta preliminare del ricorso all'*in house* costituisce una legittima modalità di esercizio di un servizio pubblico locale di rilevanza economica e costituisce un modo di gestione ordinario dei servizi pubblici locali, alternativo rispetto all'affidamento mediante selezione pubblica».

⁴² Corte di Giustizia, Causa C113/13 Corte di giustizia, Sez. V, 11 dicembre 2014.

di affidare il servizio al di fuori dalle regole del mercato e della concorrenza⁴³.

Il limite alla regola della concorrenza, di cui all'art. 106, c. 2 TFUE, riferito alla specifica missione alla quale devono tendere i servizi di interesse economico generale, da una lettura armonica con l'art. 14 TFUE e con l'art. 36 della Carta europea dei diritti fondamentali, viene potenziato sotto l'aspetto quantitativo e qualitativo dall'imprescindibile rispetto e perseguimento dei valori sociali dell'Unione europea. Si tratta di una norma che fissa la non assolutezza dell'applicazione delle regole di concorrenza in materia di SIEG e, dunque, indirettamente, la possibilità in talune ipotesi di un ricorso a modelli di gestione diretta⁴⁴.

Infine, se si guarda all'art. 2 direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sembra emergere un principio di libera organizzazione per le pubbliche amministrazioni, in cui non c'è una prevalenza del modello concorrenziale. Si può addirittura ipotizzare che l'analisi sistematica svolta in chiave nazionale ed europea può portare ad affermare che sembra sussistere una equi-ordinazione tra le modalità di affidamento per la gestione dei pubblici servizi. Addirittura tra il modello concorrenziale dell'apertura al mercato e quello dell'autoproduzione sembrerebbe addirittura prevalere quest'ultimo sia per la vicinanza tra il servizio gestito e l'ente gestore, sia per un miglior rapporto costo benefici, e soprattutto per una migliore gestione e qualità del servizio. Si può quindi concludere sostenendo che è rimessa esclusivamente alla discrezionalità dell'amministrazione interessata la scelta sulla modalità di affidamento di un servizio pubblico. Non esiste più alcuna graduazione sulle modalità di affidamento, ma in virtù del principio della neutralità delle forme di gestione è il soggetto pubblico che può scegliere il modo più efficace ed idoneo per svolgere quel servizio.

Abstract: il presente contributo analizza l'evoluzione storica delle modalità di affidamento e di gestione dei servizi pubblici. Nello specifico, si evidenzia come nell'attuale vigenza

⁴³ A. Lucarelli, *cit.* p. 160 ss, e si veda anche R. Mastroianni e A. Arena, *I servizi pubblici nel Gats e nel Tfeue: una radicale divergenza di impostazione?*, in *Diritto del commercio internazionale*, n. 1/2010, p. 27.

⁴⁴ A. Lucarelli, *L'azienda speciale e la legittima circolazione dei modelli di impresa: riflessioni a margine di due pronunciamenti della corte*, in *Foro Amministrativo*, fasc.1/2014, p. 345, in cui si afferma: "è reso chiaro che il diritto europeo non impone obblighi di privatizzazione per le imprese pubbliche o incaricate della gestione di servizi pubblici, caratterizzandosi, al contrario, per il principio di neutralità rispetto al regime (art. 345 TFUE), pubblico o privato, della proprietà, che insieme ai principi di libertà di definizione e proporzionalità, costituisce uno dei cardini della disciplina comunitaria dei servizi di interesse generale, come affermato dalla Commissione nella propria comunicazione del 2001".

del quadro normativo tra le modalità di affidamento e di gestione dei servizi pubblici non esiste una modalità che prevalga sulle altre. In tale contesto si mette in luce l'unico elemento che rileva è la discrezionalità della pubblica amministrazione: solo quest'ultima è in grado di individuare la forma di gestione più idonea alla cura di quel servizio. E che attraverso tale lettura si supera la precedente impostazione che vedeva primeggiare la concorrenza, come principio quasi insuperabile, che torna ad essere regola che come tale può essere derogata a determinate condizioni.

Abstract: This contribution analyses the historical evolution of the way public services are relied upon and managed. In particular, it is pointed out that in the current form of the regulatory framework between the way public services are relied upon and managed, there is no way of prevailing over others. In this context, the only element that is detected is the discretion of the public administration: only the public administration is able to identify the form of management most suitable for the care of that service. This is why, through this reading, we are overcoming the previous approach which saw competition, as an almost insurmountable principle, emerge as a rule which as such can be waived under certain conditions.

Parole chiave: servizi pubblici – forme di gestione – discrezionalità dell'amministrazione – concorrenza – regola.

Key words: public services – management forms – administration discretion – competition – rule.

OSSERVAZIONI E IPOTESI PER UN INTERVENTO DI REVISIONE DELL'ART. 9 DELLA COSTITUZIONE AVENTE AD OGGETTO L'INTRODUZIONE DI UNA DISCIPLINA ESSENZIALE DELLA TUTELA DELL'AMBIENTE TRA I PRINCIPI FONDAMENTALI DELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE.

AUDIZIONE PRESSO LA 1^a COMMISSIONE PERMANENTE DEL SENATO DELLA REPUBBLICA “AFFARI COSTITUZIONALI, AFFARI DELLA PRESIDENZA DEL CONSIGLIO E DELL'INTERNO, ORDINAMENTO GENERALE DELLO STATO E DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE”^{*}.

di Marcello Cecchetti^{**}

Sommario. 1. Premessa. – 2. Il *modello europeo* e le sue due *colonne portanti*. – 2.1 La base giuridica di *rango costituzionale*. – 2.2. Il metodo di elaborazione e di attuazione delle politiche ambientali. – 3. Una possibile ipotesi di revisione dell'art. 9 della Costituzione a partire dai disegni di legge costituzionale in esame. – 3.1. La *positivizzazione* e il *consolidamento* del diritto costituzionale giurisprudenziale vigente. – 3.2. L'*arricchimento* ulteriore del testo costituzionale e i possibili parametri di validità delle politiche e azioni ambientali. – 3.3. Il rispetto degli animali come possibile ulteriore contenuto dell'art. 9 Cost. – 4. Riepilogo delle ipotesi di formulazione normativa suggerite.

1. Premessa.

Di fronte ai disegni di legge costituzionale attualmente all'esame di questa Ecc.ma Commissione, tutti recanti il meritevolissimo intento di introdurre finalmente una disciplina essenziale della (o anche il semplice riferimento esplicito alla) tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, è inevitabile muovere, innanzitutto, da una chiara rappresentazione delle due diverse *rationes* che possono sempre caratterizzare un intervento di revisione costituzionale e che, in un caso come quello che qui esaminiamo, si rivelano entrambe astrattamente possibili: da un lato, quella delle c.d. *revisioni bilancio*, realizzate per dare veste e sanzione formale a trasformazioni del tessuto costituzionale già intervenute e che siano state determinate da

^{*} *Sottoposto a referaggio.*

^{**} Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi di Sassari.

fonti normative sub-costituzionali o da fatti costituzionali sostanzialmente derogatori o integrativi, frutto della naturale evoluzione dell'ordinamento e ormai invalsi e non contrastati; dall'altro, quella delle c.d. *revisioni programma*, effettuate allo scopo di fondare un superamento o comunque un'evoluzione dell'attuale disciplina che si ritenga non più adeguata o della quale si intendano colmare eventuali lacune⁴⁵.

Nell'ottica di una simile distinzione tra i due *tipi* di revisione costituzionale appena richiamati, non si può fare a meno di prendere atto che – a dispetto dell'assenza di riferimenti espliciti all'*ambiente* nel testo originario della Costituzione del 1947 e della successiva comparsa della «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema» solo come materia di potestà legislativa esclusiva dello Stato con la riforma costituzionale del 2001 all'interno dell'art. 117 Cost. – è innegabile che ormai, almeno a partire dalla metà degli anni Ottanta del secolo scorso, si sia formato e consolidato un vero e proprio diritto costituzionale dell'ambiente di matrice giurisprudenziale soprattutto ad opera delle diverse centinaia di pronunce della nostra Corte costituzionale. Si tratta, evidentemente, di un diritto costituzionale che sconta tutte le debolezze e le incertezze del diritto di formazione pretoria, ossia di un diritto inevitabilmente connotato da quei caratteri di frammentarietà, precarietà e incompletezza che discendono dalla sua origine casistica e che, proprio per questo, rendono di per sé sicuramente utile e auspicabile un intervento di normazione positiva che valga a tradurre in proposizioni normative gli approdi giurisprudenziali che possano essere ritenuti ormai consolidati, così acquisendoli definitivamente al patrimonio della Carta costituzionale.

Orbene, dovendosi necessariamente prescindere da pronunce e/o affermazioni episodiche o rimaste del tutto isolate (soprattutto se eccessivamente risalenti nel tempo), quali sono gli approdi sicuri che la giurisprudenza costituzionale ci ha fino ad oggi consegnato in ordine alla tutela dell'ambiente?

Senza timore di smentita, direi che tali approdi possono senz'altro sintetizzarsi almeno nelle seguenti affermazioni:

- la tutela dell'ambiente, riferibile propriamente alla tutela ecologica oltre che alla tutela paesaggistica, è senza dubbio interesse pubblico di rilievo costituzionale,

⁴⁵ Cfr., per tutti, G. Silvestri, *Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 1187-1189.

- trovando fondamento almeno nel combinato disposto degli articoli 9 e 32 Cost.⁴⁶;
- l'ambiente in quanto tale non si qualifica come oggetto di un diritto fondamentale o di una qualunque altra situazione giuridica soggettiva individuale o collettiva, bensì come *valore costituzionale primario* (o *fondamentale*), ancorché tale primarietà non possa assumersi come primazia assoluta in una sorta di scala gerarchica rispetto agli altri valori costituzionali⁴⁷;
 - la tutela dell'ambiente si atteggia come interesse tipicamente *trasversale* rispetto a una molteplicità indefinita di settori, di materie e di ambiti oggettivi nei quali intervengono le politiche pubbliche⁴⁸.

Dunque, se questi – e non altri – sono i capisaldi del diritto costituzionale dell'ambiente attualmente vigente nel nostro ordinamento grazie agli apporti della giurisprudenza del Giudice delle leggi, è evidente che il legislatore costituzionale oggi non possa fare a meno di porsi almeno due fondamentali quesiti:

- se, ed eventualmente con quali formulazioni normative, dare forma di diritto costituzionale positivo agli approdi giurisprudenziali appena richiamati;
- se, ed eventualmente con quali formulazioni normative, arricchire i contenuti di questo diritto costituzionale, cogliendo tutte le possibili opportunità dell'intervento di revisione.

Prima, però, di provare a impostare la riflessione sulle possibili risposte a tali quesiti, mi pare particolarmente utile per il legislatore che si accinga a operare una revisione del testo della nostra Carta del 1947 prendere in considerazione, oltre ai molteplici esempi di normazione costituzionale in materia che ci forniscono gli ordinamenti di altri Stati e su cui si sono variamente soffermati i colleghi già auditi prima del sottoscritto, quello che, a mio parere, può essere considerato senza dubbio uno tra i modelli più evoluti tra gli ordinamenti contemporanei per l'elaborazione e l'attuazione delle politiche di tutela dell'ambiente, ossia quello progressivamente affermatosi nell'ordinamento dell'Unione europea.

⁴⁶ Sul punto non posso che rinviare al mio *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2000, spec. cap. I.

⁴⁷ A tale specifico riguardo, si vedano, *ex plurimis*, le sentenze nn. 196/2004 e 85/2013.

⁴⁸ Cfr., per tutte, la sentenza n. 198/2018, su cui si veda il mio *La Corte costituzionale come "titano" nell'esplosione della complessità: il contenzioso tra Stato e Regioni sulla riforma dei procedimenti di valutazione d'impatto ambientale*, in corso di pubblicazione in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, Giappichelli, Torino, 2020, spec. par. 4.

2. Il modello europeo e le sue due colonne portanti.

Il modello affermatosi in Europa per l'elaborazione e l'attuazione delle politiche ambientali è costruito su almeno due *colonne portanti*, le quali, ormai già da qualche decennio, consentono verosimilmente di qualificare l'Unione europea come l'ordinamento più all'avanguardia e, dunque, più *autorevole* e *credibile* al mondo nell'affrontare le problematiche sempre più complesse che caratterizzano la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi sia a livello regionale e locale sia a livello planetario. Queste due *colonne portanti*, entrambe – come si vedrà – particolarmente significative nell'ottica di un intervento di revisione della nostra Costituzione quale quello che questa Ecc.ma Commissione è chiamata a elaborare e discutere – possono identificarsi nelle seguenti:

a) la base giuridica di un'articolata *disciplina normativa di rango costituzionale*, particolarmente specifica e analitica, nella quale sono individuati i fondamenti, i tipi di approccio, gli obiettivi, i principi e i parametri delle politiche ambientali dell'Unione, nonché i criteri per una distribuzione razionale e al tempo stesso sufficientemente flessibile dei compiti tra livello sovranazionale e livello degli Stati membri;

b) la particolare attenzione al *metodo di elaborazione e di attuazione delle politiche ambientali*, con specifico riguardo alla costruzione di processi decisionali complessi, articolati e di lungo periodo, diversi a seconda dei contenuti degli atti da adottare e comunque pienamente adeguati e conformati alle peculiari esigenze istruttorie imposte da quei contenuti.

Tali elementi, ovviamente, non debbono e non possono indurre a ingenuità quanto superficiali sopravvalutazioni. Il *modello europeo* di tutela dell'ambiente è ben lungi dal risultare perfetto e compiuto; le stesse istituzioni sovranazionali, d'altra parte, se ne mostrano pienamente consapevoli e non mancano, più frequentemente di quanto si possa immaginare, di riconoscere le carenze e le lacune delle politiche ambientali adottate, in termini di risultati concreti effettivamente raggiunti rispetto alla individuazione di obiettivi che ancora troppo spesso non vanno al di là di *filosofie di fondo* o mere *dichiarazioni di buone intenzioni*. Ciò nondimeno, sembra assai difficile negare che nell'ambito dell'Unione europea possa ritenersi ormai consolidato – come detto – uno dei modelli di tutela ambientale senz'altro più evoluti nel panorama mondiale proprio grazie alla

particolare solidità e adeguatezza delle sue basi giuridiche e del metodo utilizzato.

2.1. La base giuridica di *rango costituzionale*.

Quanto alla prima *colonna portante*, sono ben note le tappe evolutive che hanno contrassegnato la progressiva evoluzione di un vero e proprio *diritto costituzionale europeo dell'ambiente* all'interno dei trattati istitutivi dell'ordinamento sovranazionale, a partire dalle prime sentenze della Corte di Giustizia negli anni Ottanta⁴⁹ e, soprattutto, dalla prima positivizzazione avvenuta con l'introduzione del Titolo VII «Ambiente» all'interno del Trattato CEE (articoli 130R, 130S e 130T) operata dall'Atto Unico Europeo del 1986. In questa sede, pertanto, posso limitarmi a richiamare quelli che mi paiono i contenuti più qualificanti di questo *diritto costituzionale*, così come si configurano oggi nel TUE e nel TFUE.

Innanzitutto, i trattati europei individuano il *fondamento* delle politiche ambientali in una concezione tutt'altro che *integralista* o *utopistica* delle esigenze di salvaguardia degli ecosistemi, iscrivendo l'obiettivo di «un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente» nell'ambito del più vasto e complesso concetto di «sviluppo sostenibile dell'Europa», per quanto attiene all'ordinamento interno europeo, e di «sviluppo sostenibile della Terra», per quanto attiene alle relazioni esterne dell'Unione con il resto del mondo; e, della intrinseca (ma al contempo assai concreta) *poliedricità* dell'obiettivo dello sviluppo sostenibile, è agevole rendersi conto attraverso la semplice lettura dell'art. 3, par. 3, del TUE, secondo il quale l'Unione «si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e [per l'appunto] su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente»⁵⁰.

I trattati europei individuano, poi, quelli che potremmo qualificare come i *tipi di*

⁴⁹ Si fa riferimento, in particolare, a due pronunce notissime: la sentenza 7 febbraio 1985, in causa 240/83, *Procureur de la République* contro *Association de défense des brûleurs d'huiles usagées* (ADBHU), nonché la sentenza 20 settembre 1988, in causa 302/86, Commissione delle Comunità europee contro Regno di Danimarca.

⁵⁰ Cfr., inoltre, il par. 5 dello stesso art. 3 del TUE, l'art. 11 del TFUE, nonché l'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

approccio alla tutela dell'ambiente e lo fanno mediante la fondamentale distinzione tra una politica «nel settore dell'ambiente», contemplata espressamente tra le competenze concorrenti nell'art. 4, par. 2, lett. e), del TFUE e qualificabile come tale in base al perseguimento "diretto" degli obiettivi individuati nel par. 1 dell'art. 191 del medesimo Trattato, da un lato, e l'«integrazione» delle «esigenze connesse con la tutela dell'ambiente [...] nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile»⁵¹, dall'altro. Si tratta di un *dato costituzionale* di importanza straordinaria, ancorché a tutt'oggi non adeguatamente valorizzato, che delinea le due grandi e ineludibili direttrici strategiche dell'intervento pubblico rivolto alla tutela dell'ambiente, ponendo in evidenza, altresì, la ragione per cui l'espressione *politica ambientale* dovrebbe ormai essere sempre correttamente declinata al plurale, secondo due significati distinti: in primo luogo, ovviamente, quello di una *politica ambientale in senso stretto*, rivolta a perseguire direttamente finalità *ambientali*; in secondo luogo, ma non per importanza, quello della *integrazione* delle esigenze ambientali all'interno di tutte le altre politiche o azioni pubbliche (si pensi, al riguardo, al ruolo davvero determinante che è in grado di assumere il c.d. *greening* delle politiche in settori come l'energia, l'agricoltura, l'industria, i trasporti, la ricerca, etc.).

Emerge, dunque, la piena consapevolezza della necessità di due distinte linee di azione pubblica per soddisfare le istanze di tutela dell'ambiente. E ciò che appare di maggior rilievo è il fatto che la seconda segna l'attribuzione a queste istanze di un regime giuridico e di un *rango* assolutamente peculiare, addirittura unico, se solo si considera che, in base all'art. 9 dello stesso TFUE, «nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni», l'Unione deve semplicemente «tenere conto» di esigenze relative finanche a diritti fondamentali quali quelle «connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana». Mediante l'«integrazione» imposta dall'art. 11 del TFUE, invece, gli interessi ambientali devono essere *introdotti* all'interno di politiche e di azioni destinate a perseguire obiettivi (e a tutelare interessi) diversi e spesso contrapposti a quelli ecologici, con il risultato che la protezione e la cura dell'ambiente assumono la natura non soltanto di un obiettivo di cui

⁵¹ Così il principio generale oggi contenuto nell'art. 11 del TFUE, significativamente confermato dall'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali.

limitarsi a «tenere conto» – ossia da considerare in modo autonomo o, al più, come *limite* esterno da prendere in esplicita considerazione e da rispettare – ma anche e soprattutto di una sorta di *filtro* o, ancor meglio, di una vera e propria *matrice* funzionale a condizionare e conformare i contenuti e gli esiti di tutti i processi di decisione pubblica e dei relativi strumenti di attuazione; con tutte le inevitabili ripercussioni che da ciò dovrebbero discendere in termini di razionale configurazione degli apparati istituzionali e dei loro assetti organizzativi, nonché di conformazione dei processi decisionali in cui questi sono coinvolti.

Ancora, i trattati europei non contengono vacue – quanto giuridicamente inefficaci – proclamazioni di un diritto soggettivo individuale o collettivo genericamente riferito all'ambiente e alla sua tutela; ed è estremamente significativo, al riguardo, che proprio in sede di redazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione – all'art. 37, intitolato alla «Tutela dell'ambiente» – si sia avvertito il bisogno di confermare che quest'ultima non può prescindere da un *approccio per politiche* – ossia, in sintesi estrema, da un approccio che richiede la indispensabile mediazione della legislazione e dell'amministrazione prima di consegnare gli interessi meritevoli di tutela nelle mani dei giudici – limitandosi a ribadire quanto già ricavabile dalle disposizioni generali dei trattati che si sono sopra richiamate: «Un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile».

Il *diritto costituzionale europeo* in materia di tutela ambientale, del tutto opportunamente, non conosce neppure una definizione normativa di ambiente. La *politica ambientale in senso stretto* dell'Unione è definita mediante l'indicazione – al par. 1 dell'art. 191 del TFUE – dei quattro *obiettivi* che essa direttamente «contribuisce a perseguire», nell'ambito dei quali è senz'altro possibile ricondurre tutti i settori di legislazione e i profili comunemente ascritti all'area del diritto dell'ambiente: la «salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente»; la «protezione della salute umana»; l'«utilizzo accorto e razionale delle risorse naturali»; la «promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici».

Rispetto agli obiettivi, ben maggiore rilievo ed efficacia giuridica assumono senz'altro i *principi* e i *parametri* della politica ambientale dell'Unione, rispettivamente elencati nei

parr. 2 e 3 del medesimo art. 191 del TFUE. Il tema del significato, della portata e delle implicazioni concrete di queste disposizioni costituzionali è fin troppo complesso e articolato perché possa pretendersi di fornirne anche solo una rapida sintesi in questa sede; del resto si tratta di un tema ampiamente studiato e dibattuto, sul quale anche il sottoscritto ha più volte avuto occasione di esporre i frutti delle proprie ricerche. Nel contesto degli spunti di riflessione che qui intendo proporre, mi pare sufficiente sottolineare che tanto i *principi* del par. 2 quanto i *parametri* del par. 3 costituiscono a tutti gli effetti *norme giuridiche sovraordinate* in grado di condizionare la validità di tutti gli atti e le misure di politica ambientale dell'Unione e che si tratta – pur con le necessarie specificazioni e integrazioni normative e giurisprudenziali – di un diritto particolarmente evoluto, capace di dare copertura a tutti i profili della tutela ambientale (dai più tradizionali ai più innovativi) e, al tempo stesso, idoneo ad esprimerne tutte le peculiarità.

Solo per richiamare qualche esempio, sul versante dei *principi*, si pensi al *principio di precauzione* e alla sua attitudine a imporre che la politica ambientale venga rivolta non soltanto alla prevenzione dei danni all'ambiente riconducibili con certezza a determinate attività, ma anche al governo dei rischi individuati che risultino purtuttavia connotati da incertezza scientifica e, dunque, al governo dinamico di tali situazioni di incertezza, combinando in un unico processo decisionale permanente valutazioni tecnico-scientifiche (quali quelle sul rischio incerto) e valutazioni prettamente politiche (quali quelle sul grado di accettabilità di tale rischio da parte delle collettività esposte)⁵²; oppure, si pensi al *principio chi inquina paga* e alla sua attitudine a trasformare in norma giuridica conformativa di tutte le misure di politica ambientale quel *precetto di ottimizzazione* che da sempre gli economisti indicano nell'esigenza di eliminare le esternalità ambientali attraverso strumenti e misure che riconducano all'*inquinatore* o all'*utilizzatore* di una risorsa i costi dei comportamenti, delle attività e delle politiche che impattano

⁵² In proposito, non si può che rinviare alla tuttora attualissima Comunicazione della Commissione europea sul principio di precauzione del 2 febbraio 2000 – COM (2000) 1 *final*, nella quale vengono forniti alcuni orientamenti essenziali – in buona parte confermati e sviluppati nella specifica Risoluzione approvata dal Consiglio europeo di Nizza il 9 dicembre 2000 e ampiamente fatti propri anche a livello giurisprudenziale – circa gli strumenti e le modalità per una corretta applicazione del principio di precauzione nei casi di adozione di decisioni pubbliche collegate alla limitazione e alla gestione dei rischi caratterizzati da incertezza scientifica. Si veda, inoltre, volendo, il mio *Principio di precauzione e produzione pubblica del diritto. La funzione normativa di fronte alle sfide del "governo" dell'incertezza scientifica*, in G. Guerra, A. Muratorio, E. Pariotti, M. Piccinni e D. Ruggiu (a cura di), *Forme di responsabilità, regolazione e nanotecnologie*, Bologna, 2011, pp. 121-158, e *ivi* l'ampia bibliografia citata.

sull'ambiente, costituendo in tal modo il fondamento giuridico di tutti gli strumenti di politica ambientale (strumenti di c.d. *command and control*, strumenti economici e strumenti risarcitori) volti a realizzare la c.d. *internalizzazione* dei costi ambientali⁵³.

Sul versante dei *parametri*, invece, il par. 3 dell'art. 191 rende esplicita la necessità che la politica ambientale dell'Unione sia sempre fondata sui «dati scientifici e tecnici disponibili», sulla considerazione delle «condizioni dell'ambiente nelle varie regioni dell'Unione», su una analisi preventiva costi/benefici, ossia «dei vantaggi e degli oneri che possono derivare dall'azione o dall'assenza di azione»⁵⁴. Si tratta, a tutta evidenza, di norme che, vincolando prima di tutto la produzione normativa delle istituzioni sovranazionali, hanno l'effetto di rendere la politica ambientale dell'Unione tutt'altro che episodica, astratta, settoriale, emergenziale, contingente, emotiva o semplicemente ideologica, a differenza di quanto, invece, siamo abituati troppo spesso a vedere alle nostre latitudini.

I trattati europei, infine, delineano un modello di ripartizione delle competenze ambientali tra livello sovranazionale e Stati membri decisamente *virtuoso* e *incentivante*, soprattutto perché, pur all'interno di un sistema chiaro e razionale di distribuzione dei compiti funzionale a ridurre la conflittualità, è utilizzata una spiccata dose di flessibilità all'evidente scopo di mantenere alto il tasso di *corresponsabilità* di tutti i livelli territoriali di governo sia nella elaborazione che nell'attuazione delle politiche ambientali.

Il tema fuoriesce evidentemente dal campo di intervento di cui oggi siamo chiamati a occuparci, ossia di una revisione costituzionale che voglia limitarsi ad ascrivere la tutela degli interessi ambientali tra i principi fondamentali della nostra Costituzione, senza incidere in alcun modo sul riparto di competenze tra gli enti della Repubblica come disegnato dall'art. 117, secondo comma, lett. s), e dall'art. 118 Cost., nell'interpretazione ormai decisamente consolidata che ne ha progressivamente fornito il Giudice delle leggi.

Ciò nondimeno, mi pare comunque utile – quanto meno *a futura memoria* – ricapitolare in estrema sintesi quali siano gli elementi fondamentali su cui il diritto dei trattati europei costruisce il sistema di distribuzione delle competenze tra livello sovranazionale e livello

⁵³ Anche in questo caso sia consentito il riferimento al mio, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, cit., pp. 117-149, e all'ampia bibliografia *ivi* citata.

⁵⁴ Nella stessa logica, si consideri anche il par. 3 dell'art. 114 del TFUE, laddove si stabilisce che – nelle proposte in tema di misure di armonizzazione in materia, tra l'altro, di protezione dell'ambiente – la Commissione «si basa su un livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici».

degli Stati membri. Tale sistema europeo, come è noto, è fondato innanzitutto sul riconoscimento all'Unione di una competenza *concorrente* (altrimenti detta *mista*) rispetto a quelle degli Stati membri nel settore dell'ambiente⁵⁵. Su questa concorrenza di competenza si innestano, poi, da un lato, il principio di sussidiarietà (oggi formulato quale principio generale nell'art. 5 del TUE, ma non a caso comparso per la prima volta con l'Atto Unico Europeo del 1986 all'interno dell'art. 130R del Trattato CEE proprio nel settore ambientale), il quale, assieme al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, individua le condizioni e i limiti dell'intervento dell'Unione; dall'altro, la c.d. *clausola di salvaguardia* contenuta nell'art. 193 del TFUE (già art. 130T del Trattato CEE), che consente agli Stati di adottare o mantenere provvedimenti per una tutela ambientale più rigorosa di quella stabilita al livello europeo. Tanto il principio di sussidiarietà (integrato dal richiamato protocollo relativo alla sua applicazione) quanto la *clausola di salvaguardia* si applicano a ciascun atto di esercizio in concreto della competenza concorrente in materia di tutela dell'ambiente, rispettivamente, dell'Unione e degli Stati membri, rendendo possibile l'innescarsi di un circuito estremamente virtuoso in cui le politiche ambientali dell'Unione possono trarre origine da politiche degli Stati membri e, a loro volta, costituire la matrice per l'elaborazione di ulteriori misure da parte di questi ultimi, evitando così l'attribuzione all'Unione di ruoli *monopolistici* che facilmente determinerebbero la totale *deresponsabilizzazione* degli Stati o, al più, la loro riduzione a meri *attuatori-esecutori* di politiche altrui⁵⁶, come invece accade nel nostro ordinamento interno a proposito del ruolo affidato alle Regioni.

2.2. Il metodo di elaborazione e di attuazione delle politiche ambientali.

La seconda *colonna portante*, che costituisce l'autentico punto di forza delle politiche ambientali a livello europeo è riferibile, come accennato, al *metodo di elaborazione e di attuazione* di queste politiche e, più in generale, al particolare scrupolo con cui risultano costruiti i processi decisionali al fine di renderli pienamente adeguati alle specificità della

⁵⁵ Si tratta dell'esplicita attribuzione di cui al già evocato art. 4, par. 2, lett. e), del TFUE.

⁵⁶ Analogamente, al riguardo, si veda anche la disciplina del rapporto tra misure di armonizzazione adottate dall'Unione e competenze ambientali degli Stati membri contenuta nei parr. da 4 a 7 dell'art. 114 del TFUE.

materia ambientale.

Non che manchino importanti punti di riferimento, a tale riguardo, nell'ambito della disciplina *costituzionale* contenuta nei trattati. Si pensi, ad esempio, ai già richiamati *parametri* della politica ambientale di cui all'art. 191, par. 3, del TFUE e all'art. 114 del TFUE, nei quali si fa esplicito riferimento, rispettivamente, all'indispensabile fondamento tecnico-scientifico delle politiche ambientali e ai riscontri scientifici che debbono fondare sia le misure di armonizzazione in campo ambientale, sia lo speciale procedimento per le deroghe da parte degli Stati membri. Ma si pensi, soprattutto, alla disciplina dell'art. 192, par. 3, del TFUE, che realizza oggi la significativa *costituzionalizzazione* al livello del diritto dei trattati del relevantissimo strumento strategico dei *programmi generali d'azione ambientale*, ai quali è espressamente affidata la fissazione degli «obiettivi prioritari da raggiungere» e che, in base alla menzionata previsione, debbono essere adottati mediante deliberazioni approvate secondo la procedura legislativa ordinaria (previa consultazione del Comitato economico sociale e del Comitato delle Regioni); uno strumento, quello dei *programmi generali d'azione*, che, come è noto, svolge una funzione indispensabile per la definizione delle politiche ambientali di livello sovranazionale fin dalle origini, ovvero da quando – a partire dal primo programma d'azione del 1973 – non assumeva la natura di *atto comunitario*, bensì di *atto intergovernativo* (in quanto approvato nella forma di una risoluzione dei Capi di Stato e di Governo), e che oggi risulta caratterizzato da almeno due peculiarità che appaiono ormai consolidate: il fatto di avere un arco temporale di efficacia che oltrepassa significativamente la durata del mandato degli organi elettivi e il fatto di presupporre sempre la pubblicazione di una relazione contenente la verifica del raggiungimento o meno degli obiettivi e dei risultati prefigurati nel programma d'azione precedente⁵⁷.

In ogni caso, anche a prescindere dai dati normativi appena richiamati, non si può fare a meno di constatare come siano soprattutto il piano dell'esperienza ormai ultraquarantennale e quello della prassi seguita in concreto dalle istituzioni europee che più facilmente consentono di apprezzare, particolarmente sotto il profilo del *metodo*, la solidità strutturale dei processi decisionali nei quali si elaborano e si implementano le politiche

⁵⁷ Cfr., da ultimo, la *Relazione* della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, recante la *Valutazione del 7° programma di azione in materia di ambiente*, pubblicata il 15 maggio 2019 – COM (2019) 233 *final*.

ambientali al livello sovranazionale e che, proprio per tale ragione, rendono possibile l'iscrizione di qualunque iniziativa, provvedimento, misura o precetto normativo in materia di tutela dell'ambiente all'interno di quella che è propriamente definibile, per l'appunto, come una *politica* quanto a visione strategica, approfondimento istruttorio, conoscenze acquisite e programmate nel loro continuo aggiornamento, coinvolgimento e partecipazione di tutte le istituzioni e i soggetti potenzialmente interessati, tempi di adozione della decisione e tempi (con i relativi strumenti) per la verifica dei suoi effetti e dei risultati conseguiti.

È così che in Europa – contrariamente a quanto accade in Italia – gli obiettivi di tutela dell'ambiente (o, meglio, come si è visto, di *sviluppo sostenibile*) sono perseguiti mediante la definizione e l'attuazione di vere e proprie *politiche* di lungo periodo, all'interno delle quali i precetti normativi giuridicamente vincolanti sono soltanto uno dei possibili esiti di processi decisionali lunghi e complessi, caratterizzati da un'amplissima varietà di atti e documenti preparatori aventi carattere di programmazione strategica o anche di semplice riflessione o istruzione/informazione quali piani o quadri di azione strategica, libri verdi, libri bianchi, comunicazioni e raccomandazioni. Ed è soprattutto attraverso la produzione di tali atti e documenti – pur non giuridicamente vincolanti – che vengono elaborati e progressivamente si definiscono i contenuti delle politiche ambientali dell'Unione, in un processo decisionale a carattere *permanente* nel quale nessuna scelta – giusta o sbagliata che sia nel merito – potrà mai risultare episodica o estemporanea e rimanere priva di una verifica ponderata e strutturata circa la sua implementazione e la sua efficacia rispetto agli obiettivi in funzione dei quali era stata assunta.

3. Una possibile ipotesi di revisione dell'art. 9 della Costituzione a partire dai disegni di legge costituzionale in esame.

Tenendo presenti i dati che si sono fin qui illustrati con riferimento sia al diritto costituzionale di matrice giurisprudenziale che può essere considerato attualmente vigente, sia al modello *costituzionale* europeo di tutela dell'ambiente, è ora possibile provare a individuare alcune possibili risposte ai due quesiti formulati in premessa, ovviamente alla luce dei disegni di legge costituzionale sottoposti all'esame di questa Ecc.ma Commissione

e provando, altresì, a offrire qualche suggerimento di formulazione alternativa.

3.1. La *positivizzazione* e il *consolidamento* del diritto costituzionale giurisprudenziale vigente.

Tutti i disegni di legge costituzionale in esame si propongono – pur con diverso grado di intensità e di analiticità – l'intento di consolidare nel testo della Carta costituzionale, attraverso la revisione dell'art. 9, gli approdi cui è ormai pervenuto stabilmente il Giudice delle leggi, conferendo esplicita rilevanza costituzionale alla tutela dell'ambiente all'interno delle previsioni che stabiliscono i *principi fondamentali* del nostro ordinamento repubblicano e, in particolare, iscrivendo tale obiettivo – in termini assolutamente condivisibili – nella logica del *compito comune* intestato a tutti gli enti e le istituzioni della Repubblica che è già propria della disposizione costituzionale oggetto della revisione⁵⁸.

Tra le diverse formulazioni proposte, tuttavia, emerge una significativa e fondamentale differenza tra quelle che si mostrano decisamente orientate a qualificare la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi come *diritto fondamentale della persona e della collettività* e quelle che ne mantengono una qualificazione oggettiva quale *valore costituzionale*, ossia quale oggetto di *politiche pubbliche* al pari degli altri interessi pubblici attualmente contemplati nell'art. 9 (ovvero la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione e la promozione della cultura e della ricerca scientifica e tecnologica).

Sul punto, l'opinione del sottoscritto – con la migliore dottrina – è da sempre radicalmente orientata a favore della seconda opzione, in quanto qualunque tentativo di affermare il riconoscimento di un diritto soggettivo fondamentale *all'ambiente* o *agli ecosistemi* o anche *all'equilibrio ecologico degli ecosistemi* si rivelerebbe poco più che una formula di stile, del tutto a-tecnica dal punto di vista giuridico, anzi sicuramente scorretta in un testo normativo e comunque assai poco efficace sul piano delle effettive garanzie di tutela ambientale. Non è affatto un caso, al riguardo, che il nostro Giudice costituzionale abbia qualificato la salvaguardia dell'ambiente come «diritto fondamentale della persona ed

⁵⁸ Per una sintesi, al riguardo, si consenta il rinvio al mio *Art. 9*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Milano, Wolters Kluwer-UTET Giuridica, 2006, spec. p. 232.

interesse fondamentale della collettività» in una sola, isolata e assai risalente, occasione (sent. n. 210/1987) mai più confermata; e, analogamente, non è affatto un caso che al livello europeo – come si è posto in evidenza più sopra – tale qualificazione non sia mai stata prospettata e non compaia neppure nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, laddove l’art. 37 si preoccupa piuttosto di ribadire il principio di integrazione e quello dello sviluppo sostenibile, secondo un approccio *per politiche* e non *per situazioni giuridiche soggettive*.

Se si prende atto che l’ambiente – soprattutto se considerato come oggetto giuridicamente rilevante – non è un oggetto predefinito o predefinibile in astratto, bensì un oggetto affatto particolare, complesso, variegato, a molteplici dimensioni e frutto, esso stesso, di delicate operazioni di combinazione e ponderazione tra fattori ed elementi assai diversificati, dunque, che la sua tutela, in quanto propriamente riferibile alla tutela degli ecosistemi, non può che essere la tutela dei molteplici, diversi e mutevoli equilibri riferibili a ciascuno di essi, la più immediata conclusione è che l’interesse alla tutela ambientale non è suscettibile di essere giuridicamente qualificato in termini di diritto soggettivo o di bene giuridico propriamente inteso. La configurazione di un *diritto fondamentale all’ambiente* da riconoscere all’individuo o di un interesse diffuso alla tutela ambientale imputabile a una collettività non è giuridicamente possibile e non è tecnicamente uno strumento di tutela adeguato alle peculiarità dell’oggetto. Quale sarebbe, in sostanza, l’oggetto della pretesa giuridicamente azionabile da parte del titolare di questo diritto? A quali *ambienti* o a quale *equilibrio ecologico* dei molteplici *ecosistemi* si potrebbe ritenere che il soggetto abbia propriamente *diritto*?

Tutto ciò non significa che la tutela ambientale non si configuri ormai come vera e propria *precondizione* per la garanzia dei diritti dell’individuo e degli interessi della collettività, ovvero che non possano configurarsi veri e propri diritti soggettivi (o interessi giuridicamente rilevanti) parziali e riferibili, di volta in volta, a singoli aspetti dell’azione pubblica di tutela dell’ambiente. Si può pensare, in proposito, ai diritti connessi con le esigenze di informazione ambientale, al diritto di partecipazione ai processi decisionali o al diritto all’ambiente salubre, ossia a un ambiente che assicuri le condizioni minime di tollerabilità per la salute umana. Ciò che tecnicamente non è possibile, però, è configurare un diritto soggettivo all’ambiente o all’equilibrio ecologico degli ecosistemi in quanto tali. Per quanto la formula possa affascinare, un *diritto all’ambiente* non è giuridicamente

concepibile e, qualora vi si faccia improprio riferimento, occorre essere consapevoli che si tratta di una configurazione del tutto a-tecnica⁵⁹ e, come tale, priva di efficacia giuridica immediata.

Le medesime premesse sulle caratteristiche intrinseche dell'ambiente come oggetto di tutela giuridica rendono pienamente ragione del punto di approdo cui da tempo sono giunte tanto la dottrina quanto la giurisprudenza costituzionale: la tutela dell'ambiente, come tutela degli ecosistemi, non può che assumere i connotati propri di un *valore costituzionale* in senso tecnico, qualificazione che risulta perfettamente in sintonia con l'impossibilità di fornire una definizione esaustiva e aprioristica dell'oggetto della tutela⁶⁰. Dunque, la tutela dell'ambiente non come diritto o interesse complesso soggettivamente imputabile e rivolto a un bene giuridico oggettivamente definibile, bensì come *valore costituzionale*, ossia interesse o esigenza non predefinibile *a priori*, ma di volta in volta da individuare nei suoi contenuti solo in concreto (alla stregua di quanto avviene, ad esempio, per la democrazia, il pluralismo, l'eguaglianza). Tutti i valori costituzionali, come tali, non hanno una definizione aprioristica, ma conoscono unicamente definizioni – o forse, meglio, *realizzazioni* – soltanto in concreto.

Da ciò discende un dato difficilmente controvertibile che accomuna tutti i valori costituzionali e che rimanda coerentemente a quell'approccio *per politiche* che caratterizza l'ordinamento dell'Unione europea: il riconoscimento del ruolo prioritario dei poteri pubblici e, in particolare, dei legislatori, ai quali per primi sono affidate le scelte fondamentali per la concreta realizzazione del valore. Dunque, nel caso dell'ambiente, non solo l'individuazione in concreto degli equilibri ecologici da assicurare, ma soprattutto la definizione delle politiche, delle azioni e degli strumenti per mantenere o perseguire tali equilibri.

In conclusione, nell'ottica di un intervento di revisione costituzionale che miri a *positivizzare* quanto già risulta consolidato nelle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali in relazione alla rilevanza costituzionale dell'interesse pubblico alla tutela dell'ambiente, al tempo stesso esplicitando tutti gli essenziali elementi di *prospettiva* che il diritto europeo e l'evoluzione ordinamentale ci hanno ormai consegnato, mi parrebbe possibile suggerire

⁵⁹ Così la migliore dottrina in materia, cfr., ad es., S. Grassi, *Ambiente e diritti del cittadino*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, CEDAM, 1998, p. 1083 ss.

⁶⁰ Così, ad es., G. Morbidelli, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Studi in onore di Alberto Predieri*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1133 ss.

una integrazione dell'art. 9 della Costituzione che potrebbe consistere nell'aggiunta di un terzo comma così formulato:

«La Repubblica tutela l'ambiente, la biodiversità e la funzionalità degli ecosistemi come valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale, in quanto precondizioni essenziali per la garanzia dei diritti dell'individuo e degli interessi della collettività, nella relazione dinamica tra generazioni presenti e future e assicurando lo sviluppo sostenibile».

Una formulazione così costruita avrebbe i seguenti pregi:

- renderebbe esplicito che gli interessi ambientali non si rivolgono soltanto alla tutela dell'ambiente genericamente intesa, ma anche, più specificamente, alla tutela della biodiversità e alla tutela della funzionalità degli ecosistemi, con ciò recependo gli approdi più recenti delle politiche ambientali rivolti a considerare e valorizzare i *servizi* che ciascun ecosistema è in grado di fornire non soltanto all'uomo in quanto tale;
- sancirebbe la qualificazione giuridica oggettiva della tutela degli interessi ambientali come valori costituzionali fondamentali, intestando tale tutela come *compito comune e trasversale* di tutte le istituzioni della Repubblica e fondando in tal modo l'approccio *per politiche e azioni pubbliche*;
- chiarirebbe che i suddetti valori fondamentali non sono *neutri* rispetto al tema delle posizioni soggettive, ma costituiscono altrettante *precondizioni essenziali* per la garanzia dei diritti individuali e degli interessi della collettività;
- renderebbe esplicita la necessaria considerazione della tematica della c.d. *equità intergenerazionale*, evitando di riconoscere problematiche situazioni soggettive in capo alle generazioni future, ma, al tempo stesso, dando riconoscimento alla innegabile relazione dinamica che sulle questioni ambientali inevitabilmente si crea tra le scelte dell'oggi e le ricadute che queste hanno sui posteri;
- accoglierebbe la corretta prospettiva del principio dello sviluppo sostenibile, scongiurando il rischio di gerarchie astratte e aprioristiche tra valori costituzionali e, in particolare, in linea con la giurisprudenza costituzionale, la *tirannia* degli interessi ambientali sugli altri interessi costituzionalmente rilevanti.

3.2. L'*arricchimento* ulteriore del testo costituzionale e i possibili parametri di validità delle politiche e azioni ambientali.

Rispetto ai relevantissimi obiettivi che già sarebbero conseguibili con la semplice aggiunta del comma suggerito, in risposta al secondo quesito indicato in premessa, è senz'altro possibile e più che opportuno, a mio parere, collocarsi anche in una prospettiva che miri ad *arricchire* il diritto costituzionale dell'ambiente, soprattutto nell'ottica di imporre, *in primis* ai legislatori e alle amministrazioni pubbliche, alcuni indispensabili parametri di validità – tanto di contenuto, quanto di metodo – per le scelte politiche e amministrative che essi sono chiamati a compiere.

Alcuni tra i disegni di legge costituzionale in esame e, in particolare, i nn. 83 e 212, vanno decisamente in questa direzione, mutuando dal diritto europeo l'enunciazione di alcuni principi cui dovrebbe sempre conformarsi la tutela ambientale (precauzione, azione preventiva, correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente).

È mia opinione che la direzione sia sicuramente da condividere, ma che la mera enunciazione secca dei tre richiamati principi, senza alcuna specificazione, si riveli poco utile e, comunque, non consenta di realizzare tutte le potenzialità che un simile intervento di revisione potrebbe avere.

Abbiamo bisogno, in realtà, di cogliere tutte le opportunità che l'esperienza ultratrentennale del modello europeo ci offre e, più specificamente, da un lato, di recepire e affermare formalmente il *principio di integrazione* delle esigenze di tutela dell'ambiente in tutte le politiche e azioni pubbliche, in modo tale da sancire definitivamente sul piano istituzionale gli effetti della ontologica *trasversalità* degli interessi ambientali, dall'altro, di fornire agli apparati pubblici elementi certi e circostanziati in grado di orientare e vincolare sul piano della validità – tanto nei contenuti, quanto nel metodo – le scelte di politica e azione ambientale.

A questi fini mi permetterei di suggerire l'introduzione nell'art. 9 Cost. di due ulteriori commi, che potrebbero essere così formulati:

«Le esigenze della tutela dell'ambiente, della biodiversità e della funzionalità degli ecosistemi sono integrate nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche e azioni pubbliche degli enti della Repubblica, mediante appositi strumenti organizzativi e procedurali.

Gli obiettivi, i principi e i parametri delle politiche ambientali sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto del diritto dell'Unione europea e degli obblighi internazionali. Tale legge assicura, altresì, che le politiche ambientali siano fondate su appositi strumenti di programmazione strategica e sul metodo della partecipazione pubblica, nonché realizzate mediante adeguati procedimenti di produzione normativa».

La prima proposizione normativa consentirebbe di configurare un autentico *punto di svolta*, traendo tutte le più rilevanti implicazioni della formale iscrizione della tutela ambientale all'interno della tavola dei *valori costituzionali* mediante l'imposizione a tutte le istituzioni della Repubblica dell'obbligo di realizzare il c.d. *greening* di tutte le politiche e azioni pubbliche, rendendosi consapevoli della necessità, a tal fine, di procedere a quelle riforme radicali degli apparati organizzativi e dei processi decisionali che costituiscono la *precondizione* indispensabile affinché la conformazione delle politiche e azioni pubbliche alle esigenze di tutela ambientale possa davvero assumere i tratti della effettività e della continuità/stabilità.

Il comma successivo, invece, varrebbe a soddisfare l'altra esigenza, anch'essa parimenti fondamentale e qualificante, ossia quella di individuare – con il necessario livello di dettaglio – i principi e i vincoli (di contenuto e di metodo) da imporre alle scelte politiche e amministrative *in subiecta materia*, senza intaccare la necessaria *essenzialità* del testo costituzionale nella sua parte dedicata ai principi fondamentali e, perciò, affidando a una *legge rinforzata* – come tale in grado di imporsi come parametro di validità anche alla legislazione ordinaria e che, ai medesimi fini, potrebbe eventualmente consistere finanche in una *legge costituzionale* da approvarsi nelle forme dell'art. 138 Cost. – il compito di stabilire una disciplina organica degli obiettivi, dei principi e dei parametri delle politiche ambientali, nonché degli specifici strumenti metodologici che si rendono necessari, in forza della loro particolare idoneità *ratione materiae*, per la elaborazione e la realizzazione in concreto di tali politiche, quali la programmazione strategica, la partecipazione pubblica estesa a tutti i soggetti potenzialmente interessati (indipendentemente dalla loro qualificazione giuridica in termini formali) e la disciplina di procedimenti di produzione normativa *ad hoc*, ossia che risultino specificamente adeguati alle esigenze e ai caratteri del tutto peculiari della normazione in campo ambientale.

La *legge rinforzata* attuativa della previsione costituzionale qui suggerita incontrerebbe

naturalmente i limiti derivanti dallo stesso art. 9 Cost., ma anche – come opportunamente esplicitato nel testo – i limiti derivanti dall’esigenza di “rispettare” il (e non di *conformarsi* al) diritto dell’Unione europea e (a)gli obblighi internazionali, analogamente a quanto già prevede l’art. 117, primo comma, Cost. per gli atti di legislazione ordinaria dello Stato e delle Regioni, al precipuo scopo di assicurare quella *conformità minima* ai vincoli giuridici imposti al livello sovranazionale e internazionale che non impedisce all’ordinamento italiano di andare *oltre* e di farsi promotore di ulteriori sviluppi.

3.3. Il rispetto degli animali come possibile ulteriore contenuto dell’art. 9 Cost.

Qualche considerazione, infine, ancorché solo per cenni, deve essere rivolta anche all’ulteriore contenuto che due dei disegni di legge costituzionale in esame (i nn. 83 e 212) si propongono di introdurre all’interno dell’art. 9 Cost., facendo esplicito riferimento al *rispetto degli animali*. La prima proposta si limiterebbe ad aggiungere all’elencazione degli obiettivi di tutela ambientale, dopo la protezione della biodiversità, anche la *promozione* del rispetto degli animali; la seconda proposta, in termini ben più circostanziati, prospetterebbe l’introduzione, a chiusura dell’art. 9 Cost., di un autonomo comma appositamente dedicato, che affiderebbe alla Repubblica il compito di «riconosce[re] gli animali come esseri senzienti», nonché di «promuover[ne] e garantir[ne] il rispetto a un’esistenza compatibile con le loro caratteristiche etologiche», completando l’intervento anche con una correlata modifica dell’art. 117, secondo comma, lett. s), Cost., che contemplerebbe l’attribuzione al legislatore statale della competenza esclusiva anche nella materia della «tutela degli animali» in aggiunta a quella nella materia della «tutela dell’ambiente e dell’ecosistema».

Premetto che l’opzione fatta propria dal d.d.l. cost. n. 212, fatta salva solo qualche perplessità in ordine alla *garanzia di esistenza* degli animali e alla modifica dell’art. 117 Cost. di cui darò conto di seguito, mi pare senz’altro da condividere sotto molteplici punti di vista e per almeno le seguenti, principali, ragioni:

- perché, mediante la formulazione di una proposizione normativa autonoma rispetto a quelle sulla rilevanza costituzionale dell’ambiente, riconosce che gli interessi legati alla c.d. *questione animale* e ai rapporti tra genere umano e animali non sono,

come tali, interamente riconducibili nell'alveo della tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, in quanto gli animali non debbono assumere rilievo esclusivamente come *fauna* o come fattori della *biodiversità*;

- perché rende esplicito che gli animali sono, prima di tutto, *esseri senzienti*, con ciò imponendo definitivamente l'abbandono delle tradizionali e non più adeguate prospettive dell'animale come mero *bene giuridico* ovvero *oggetto di diritti*;
- perché la formulazione prospettata si conforma alle più avanzate acquisizioni giuridiche e scientifiche, evitando, al tempo stesso, sia di cadere negli eccessi della configurazione di diritti soggettivi o addirittura nell'utilizzo improprio del concetto di *dignità* in capo agli animali, sia di imporre rigide limitazioni di campo sul modello di quanto previsto dall'art. 13 del TFUE, il quale, com'è noto, stabilisce che «Nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale».

Ciò nondimeno, come accennato, mi parrebbe opportuno evitare qualunque riferimento a una garanzia delle *condizioni di esistenza* degli animali, dalla quale potrebbero desumersi impedimenti o divieti assoluti e costituzionalmente fondati in materia di ricerca scientifica, in materia di caccia e pesca, in materia di agricoltura e allevamento, ovvero, addirittura, nella stessa materia della tutela degli ecosistemi (si pensi, al riguardo, alle complesse questioni legate ai c.d. *abbattimenti selettivi* della fauna selvatica). Parimenti, in relazione al tema delle competenze legislative, riterrei certamente poco opportuna la prospettata modifica dell'art. 117, secondo comma, Cost., la quale finirebbe per irrigidire eccessivamente il sistema di riparto della potestà legislativa, escludendo una competenza regionale che fino ad oggi si è rivelata assai feconda in tema di protezione e rispetto degli animali, ma senza aggiungere granché alle attuali competenze riconosciute al legislatore statale; basti considerare che a quest'ultimo, già oggi, sulla base della consolidata giurisprudenza costituzionale, non manca certo un'ampia serie di titoli di competenza per adottare le normative più adeguate a dare attuazione al principio costituzionale che si

vorrebbe introdurre (si pensi, *in primis*, alla potestà legislativa concorrente in materia di *tutela della salute*, alla quale il Giudice delle leggi ha pacificamente ricondotto il settore dell'assistenza e della polizia veterinaria)⁶¹.

Per queste ragioni, al fine di arricchire il catalogo dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale con il principio autonomo del rispetto degli animali, riterrei auspicabile e senz'altro preferibile l'introduzione di un solo comma finale nell'art. 9 Cost., con la seguente riformulazione rispetto al d.d.l. cost. n. 212:

«La Repubblica riconosce gli animali come esseri senzienti e ne promuove e garantisce il rispetto in termini compatibili con le loro caratteristiche etologiche».

4. Riepilogo delle ipotesi di formulazione normativa suggerite.

1. All'articolo 9 della Costituzione, dopo il secondo comma, sono aggiunti i seguenti:

«La Repubblica tutela l'ambiente, la biodiversità e la funzionalità degli ecosistemi come valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale, in quanto precondizioni essenziali per la garanzia dei diritti dell'individuo e degli interessi della collettività, nella relazione dinamica tra generazioni presenti e future e assicurando lo sviluppo sostenibile.

Le esigenze della tutela dell'ambiente, della biodiversità e della funzionalità degli ecosistemi sono integrate nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche e azioni pubbliche degli enti della Repubblica, mediante appositi strumenti organizzativi e procedurali.

Gli obiettivi, i principi e i parametri delle politiche ambientali sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto del diritto dell'Unione europea e degli obblighi internazionali. Tale legge assicura, altresì, che le politiche ambientali siano fondate su appositi strumenti di programmazione strategica e sul metodo della partecipazione pubblica, nonché realizzate mediante adeguati procedimenti di produzione normativa.

La Repubblica riconosce gli animali come esseri senzienti e ne promuove e garantisce il rispetto in termini compatibili con le loro caratteristiche etologiche».

Rimango a disposizione per ogni chiarimento o approfondimento che dovesse rendersi

⁶¹ Si veda, da ultimo, la sent. n. 277/2019 e *ivi* i precedenti richiamati.

necessario e, ringraziando dell'invito, rivolgo all'Ecc.ma Commissione i miei migliori auguri di buon lavoro.

Roma, 16 gennaio 2020

Abstract: L'Autore muove dalla individuazione del diritto costituzionale vigente nella materia della tutela dell'ambiente, alla luce degli approdi della giurisprudenza costituzionale, per giungere a suggerire un intervento di revisione dell'art. 9 della Costituzione in grado, da un lato, di formalizzare in un testo normativo di rango costituzionale i risultati fino ad oggi raggiunti, dall'altro, di arricchire il testo costituzionale dei contenuti ritenuti indispensabili anche sulla base del modello offerto dall'ordinamento dell'Unione Europea.

Abstract: Starting from the recognition of the in force constitutional law concerning the environment protection, in the light of the constitutional jurisprudence statements, the Author suggests a review of Article 9 of the Constitution, which could be able, on the one hand, to formalize in a legislative text of constitutional status the results so far achieved, and, on the other hand, to enrich the constitutional text with the subjects deemed indispensable, also according to the model offered by the European Union legal system.

Parole chiave: Costituzione – revisione – principi – ambiente – animali.

Key words: Constitution – revision – principles – environment – animals.

IL PROGETTO *GREEN NEW DEAL* E GLI INCENTIVI VERDI: È TUTTO ORO QUELLO CHE LUCCICA?*

di Stefania Cavaliere**

Sommario. 1. Genesi e natura del *Green New Deal*. – 2. Le misure intraprese dall'Italia. – 3. Prospettive e implicazioni future.

44

1. Genesi e natura del *Green New Deal*.

L'espressione *Green New Deal* è stata utilizzata per la prima volta in un rapporto pubblicato in Inghilterra nel luglio 2008 dal *Green New Deal Group* (composto da economisti e studiosi) e pubblicato dalla *New Economics Foundation*⁶²: essa delinea una serie di proposte per affrontare il riscaldamento globale, la crisi finanziaria e la volatilità del prezzo del petrolio.

Un successivo rapporto delle Nazioni Unite emanato nel 2009 ha promosso un *Global Green New Deal* in base agli studi sul cambiamento climatico effettuati dall'*Intergovernmental panel on climate change*, in cui vennero analizzate le possibili conseguenze di un aumento delle temperature globali di 1,5 gradi centigradi (rispetto ai livelli pre-industriali), che, secondo questo documento, avrebbero portato al collasso del globo.

Mentre il progetto *Green New Deal* elaborato negli Stati Uniti da un gruppo di senatori democratici nel marzo del 2019 avente l'obiettivo di contrastare il fenomeno dei cambiamenti climatici e di combattere le disuguaglianze non ha avuto alcun seguito, quello proposto dalle istituzioni europee relativo all'adozione di un pacchetto finanziario di politiche a tutela del clima e dell'ecologia sembra ottenere, al momento, maggiori consensi. La neo eletta presidente della Commissione europea, infatti, ha posto la questione della

* *Sottoposto a referendum.*

** Dottore di ricerca in Diritto e cultura dell'economia. Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Bari "Aldo Moro".

⁶² Pubblicato su www.neweconomics.org, 21 luglio 2008.

difesa dell'ambiente e della transizione verso un'economia verde al centro del suo programma, mettendo in pratica quanto deciso dal Consiglio europeo nella *Nuova Agenda Strategica 2019/2024*⁶³ con il fine di orientare i lavori delle istituzioni nei prossimi cinque anni verso tali obiettivi⁶⁴.

La ragione di una tale iniziativa è volta, tra l'altro, a contrastare le disuguaglianze economiche e sociali che, attualmente, hanno raggiunto livelli davvero *insostenibili*: il 10% delle famiglie possiede la metà della ricchezza del continente, mentre il 40% ne controlla solo il 3% e oltre 100 milioni di europei, quasi uno su quattro, sono a rischio di povertà o esclusione sociale. Le disuguaglianze sono strettamente collegate alla crisi climatica, ecologica e ambientale in quanto il 10% della popolazione più ricca è responsabile del 49% di tutte le emissioni dei consumi. Così, solo 100 aziende sono responsabili del 71% di tutte le emissioni globali e le proiezioni scientifiche mostrano che anche piccoli aumenti delle temperature globali generano enormi costi per l'uomo, per la natura e per i bilanci statali⁶⁵. La Commissione, attraverso il progetto presentato nel dicembre 2019 con il *Green New Deal*⁶⁶, ha dato il suo appoggio alle tesi propugnate dai nuovi movimenti ambientalisti, i quali auspicano una decisa inversione della politica economica globale in favore di una maggiore equità e giustizia sociale sostenendo che tutto ciò può essere possibile solo appoggiando le sfide ambientali con un vero e proprio progetto di transizione ecologica⁶⁷. L'obiettivo dell'Unione europea, tuttavia, per ora, sembra essere meno radicale di quanto auspicato anche dagli economisti che richiedono la trasformazione del sistema del c.d. capitalismo finanziarizzato⁶⁸ verso un nuovo sistema basato sulla consapevolezza che la

⁶³ Reperibile online al sito www.consiliumeuropa.eu.

⁶⁴ L'*Agenda* è incentrata su quattro priorità: proteggere i cittadini e le libertà; sviluppare una base economica forte e vivace; costruire un'Europa verde, equa, sociale e a impatto climatico zero; promuovere gli interessi e i valori europei sulla scena mondiale per superare definitivamente la decadenza sociale economica ambientale in atto.

⁶⁵ Tali dati statistici sono disponibili su *Indagine sulle condizioni di vita* (progetto EU-SILC) deliberato dal Parlamento europeo e coordinato da Eurostat, anno di riferimento 2017, pubblicato il 24/10/2019, reperibile online al sito www.istat.it. Va rilevato, inoltre, che, anche a seguito delle problematiche su evocate, si riscontra un sempre più accentuato senso di sfiducia nelle istituzioni politiche, tanto che solo il 42% delle persone ha fiducia nell'UE e solo il 34% si affida al proprio governo nazionale: cfr. *Eurobarometer*, 2019, reperibile online al sito www.europarl.europa.eu.

⁶⁶ Reperibile online al sito ec.europa.eu.

⁶⁷ A. Pettifor, *The Case for the Green New Deal*, London-New York, 2019, 31 ss., la quale ritiene che il cambiamento dell'attuale sistema monetario e finanziario è strettamente legato alla transizione ecologica.

⁶⁸ A. Pettifor, *Prefazione I, Green deal un progetto per la giusta transizione europea*, in www.gndforeurope.com, 2019, p. 1 ss.; per l'A. il capitalismo finanziarizzato è responsabile della creazione di grandissimi volumi di credito generato dal sistema bancario-ombra (*shadow banking*) che viene poi

finanza, l'economia e l'ecosistema sono strettamente interconnessi e devono essere modificati congiuntamente⁶⁹.

Attraverso il *Green New Deal* si intende rendere il continente europeo definitivamente *climate neutral* nel 2050, con il fine di limitare il riscaldamento globale a 1,5° C ed evitare una perdita massiccia di biodiversità tramite un *Meccanismo per la transizione equa* appositamente sviluppato per aiutare le regioni europee che soffriranno di più per raggiungere la neutralità carbonica e favorire gli altri obiettivi ambientali. La scansione del programma da porre in essere prevede 116 punti, per sviluppare i quali vengono fissati 100 giorni a partire dal 1 novembre 2019. Tra questi vi è la proposta di tassare l'utilizzo di carbone fossile, aumentare la sostenibilità nell'industria agro-alimentare, ridurre l'inquinamento causato dal settore dei trasporti e revisionare la direttiva sulle energie rinnovabili dando priorità all'efficienza energetica⁷⁰.

Al fine di realizzare questo obiettivo si auspica anche una rapida abrogazione delle sovvenzioni dirette e indirette ai combustibili fossili entro il 2020, tanto a livello di UE che dei singoli Stati membri. Si sottolinea, inoltre, l'importanza di avviare strategie industriali anche per le PMI affinché si adoperino per l'innovazione e la diffusione di nuove tecnologie per modelli imprenditoriali sostenibili, favorendo le tecnologie digitali e la politica relativa agli *open data*, al fine di migliorare l'efficienza sotto il profilo delle risorse e dell'energia mediante un potenziato monitoraggio ambientale con una piena digitalizzazione dei dati relativi all'inquinamento. Il piano prevede anche un maggiore sviluppo dell'economia circolare⁷¹ intendendo proseguire sulla stessa strada di quanto precedentemente elaborato dalla Commissione in ordine al medesimo obiettivo⁷².

usato per alimentare i consumi e la produzione che, a loro volta, contribuiscono a far aumentare le emissioni inquinanti.

⁶⁹ M. Cafagno, *Analisi economica del diritto e ambiente, tra metanarrazioni e pragmatismo*, in *Il Diritto dell'economia*, n. 2/2019, p. 159.

⁷⁰ P. Angela, A. Pinna, *La sfida del secolo*, Milano, 2006, 174, evidenziano che il rapporto dell'IEA, l'Agenzia Internazionale dell'Energia, ha rilevato come le nuove fonti rinnovabili (solare, eolica, ecc.) passerebbero nel 2030 dall'1% attuale al 2%. Gli autori rilevano che tale *trend, comunque*, non servirà a modificare di molto la situazione a livello globale.

⁷¹ Sull'economia circolare, Ellen MacArthur Foundation, *Che cos'è l'economia circolare*, in *Economia & management*, 2018, n. 5/6, 13 ss.; T. Jackson, *Fondamenti dell'economia di domani*, in *Equilibri*, n. 1/2019, 40 ss.; R. Ferrara, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in *Dir. e Proc. Amm.*, n. 13, 2018, 801, p. ss.; F. De Leonardis (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, Macerata, 2019, p. 11 ss.

⁷² COM/2015/0614.

In questo contesto si favorisce l'attuazione di programmi per la raccolta differenziata, la riduzione dei rifiuti, il riutilizzo e il riciclaggio e si propongono ulteriori misure da adottare contro l'inquinamento da plastica, in particolare nell'ambiente marino con attività specifiche che possono contribuire a limitare e sostituire gli articoli di plastica monouso e a dismettere i composti chimici giudicati particolarmente pericolosi così come previsto nelle raccomandazioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità del 2010. Il progetto coinvolgerà anche il settore dell'edilizia, favorendo la costruzione di nuovi edifici abitativi e incoraggiando la manutenzione di quelli esistenti in un'ottica di risparmio energetico. Una parte del documento è dedicata all'espansione degli appalti pubblici verdi⁷³, incentivando le imprese che producono prodotti o servizi sostenibili. Si intende anche accelerare la transizione verso una mobilità meno inquinante e intelligente supportando investimenti a favore della connettività delle reti ferroviarie dell'UE. Uno dei fini del *Green New Deal*, poi, è realizzare una politica alimentare più sostenibile attuando la strategia c.d. dal produttore al consumatore anche al fine di proteggere l'ambiente e preservare e ripristinare la biodiversità. A tale riguardo, si sollecita la presentazione di un piano d'azione per l'inquinamento zero di aria, acqua e suolo, incoraggiando gli Stati membri a potenziare le azioni volte a ridurre gli sprechi alimentari e combattere le frodi alimentari.

Il Parlamento europeo ha dimostrato il suo pieno appoggio al *Green New Deal*, condividendo l'impegno della Commissione di trasformare l'UE in una società più sana, sostenibile, equa e prospera in pieno coordinamento con l'Agenda 21 e con l'Agenda 2030⁷⁴ sostenendo l'impegno di creare nuove opportunità economiche, stimolare gli

⁷³ Sugli appalti verdi, A. Clarizia, *Introduzione a uno studio sugli appalti verdi*, in *Giustamm. it.*, n. 2/2016; C. Feliziani, *Gli appalti verdi: un primo passo verso l'economia circolare?*, in *Il Diritto dell'economia*, n. 2/2017, p. 349 ss.; M. Mauri, *Le frontiere dell'applicazione degli appalti verdi: economia circolare*, in *App. & Contr.*, n. 10/2018, p. 22 ss.

⁷⁴ Molti di questi obiettivi erano già contemplati nell'*Agenda 21: things to do in the XXI century*, adottata dall'Assemblea generale ONU nel 1997 e, successivamente, nel *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, adottata nel 2015 sempre dall'Assemblea generale ONU, e hanno delineato i tratti dello sviluppo sostenibile. Quest'ultimo, peraltro ha già trovato riconoscimento espresso nel nostro ordinamento tramite l'art. 3-*quater* del d.lgs. n. 152 del 2006, come modificato dal d.lgs. n. 4 del 2008. Sulla sostenibilità, *ex multis* e tra i più recenti, V. Pepe, *Lo sviluppo sostenibile fra diritto internazionale e diritto interno*, in *Riv. giur. amb.*, 2002, p. 209 ss.; A. Marzanati, *Lo sviluppo sostenibile*, in A. Lucarelli, A. Patroni Griffi (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, Napoli, 2003, p. 139 ss.; M. Benozzo, F. Bruno, *Legislazione ambientale: per uno sviluppo sostenibile del territorio*, Milano, 2003, p. 102 ss.; F. La Camera, *Sviluppo sostenibile: origini, teoria e pratica*, Roma, 2005; S. Nespore, *Il governo dell'ambiente. La politica e il diritto per il progresso sostenibile*, Milano, 2009, p. 265 ss.; F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010, p. 201 ss.; M. Doyle, J. E. Stiglitz, *Eliminating extreme inequality. A Sustainable Development Goal, 2015–2030*, in *Ethics & International Affairs*, 2014, 5 ss.; D. Porena, *Il principio della sostenibilità. Contributo allo*

investimenti e offrire posti di lavoro di qualità. Tramite una risoluzione votata il 15 gennaio 2020, infatti, il Parlamento ha previsto lo stanziamento di 1.021 miliardi di euro di investimenti, di cui 7,5 da imputare al bilancio UE e gli altri da reperire dai capitali privati della finanza sostenibile, dal cofinanziamento nazionale, dal braccio finanziario *Invest Europe* (che dovrà fornire garanzie per invogliare i privati a impiegare il loro denaro) e dalla Banca Europea degli Investimenti, sebbene tali fondi rappresentano, in effetti, un'incognita poiché gli investitori potrebbero essere ostacolati dalla percezione di un rischio non trascurabile. Tutti i Paesi europei riceveranno un aiuto, ma l'ammontare delle quote sarà diverso da Stato a Stato perché la Commissione ha stabilito nella proposta di regolamento del Fondo per una transizione giusta⁷⁵ che la somma concessa dipenderà dall'intensità dei problemi ambientali con una soglia massima di 2 miliardi di euro per ciascuno di loro. Infine, il progetto ha fissato un livello minimo di intensità dell'aiuto, pari a 6 euro per abitante, affinché tutti gli Stati membri ricevano una dotazione che consenta loro di sostenere azioni incisive. La distribuzione dei fondi, in vero, rappresenterà una sfida alla coesione, in quanto non tutte le regioni europee hanno mezzi e capacità uguali di fronte agli obiettivi richiesti dalla transizione verso la sostenibilità ambientale. Tra le misure che si intendono intraprendere spicca, inoltre, il possibile scorporo degli investimenti sostenibili dal calcolo del *deficit*, un'eventuale correzione della normativa europea sugli aiuti di Stato e revisioni del Piano europeo per gli investimenti sostenibili adottato dal collegio dei commissari europei entro la fine del 2021. Il procedimento per l'attuazione del piano è, comunque, ancora all'inizio; sono previste, difatti, audizioni pubbliche dei commissari designati nelle commissioni del Parlamento europeo e successivamente l'adozione di una decisione del collegio dei commissari che dovrà essere approvata con un voto unico di consenso da parte del parlamento dell'UE e con voto a maggioranza qualificata dal Consiglio europeo.

studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale, Torino, 2017, p. 99 ss.; E. Scotti, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Il Diritto dell'economia*, n. 1/2019, p. 493 ss.

⁷⁵ *Proposta di Regolamento che istituisce il fondo per una transizione giusta*, Bruxelles, 14/01/2020 COM (2020) 22, reperibile online al sito www.ec.europa.eu.

2. Le misure intraprese dall'Italia.

L'Italia ha dimostrato di non sottovalutare la necessità di una politica verde per sostenere la crisi climatica, tanto che, anche prima dell'approvazione del piano verde europeo, ha approvato il c.d. decreto clima, d.l. del 14/10/2019, n. 111⁷⁶, definito il primo tassello del *Green New Deal*, al fine di incentivare *azioni positive per il clima*, programmando una serie di interventi a più livelli, idonei a coinvolgere tutti gli attori responsabili, tra cui le amministrazioni e i cittadini⁷⁷. Tale decreto, sebbene sia stato abbastanza criticato in quanto giudicato di impatto minimo e dotato di azioni ancora insufficienti rispetto a tutto ciò che occorre fare nel nostro Paese⁷⁸, dimostra quanto meno uno sforzo dell'Italia di adottare disposizioni per l'ecosistema e, in effetti, solo un certo periodo di rodaggio permetterà di comprendere se i fondi stanziati e le misure adottate saranno in grado di incidere positivamente o meno sull'ambiente perché la maggior parte di esse sono ancora tutte da sperimentare⁷⁹.

Le norme introdotte prevedono l'adozione del *programma strategico nazionale* per il contrasto ai cambiamenti climatici e il miglioramento della qualità dell'aria, con l'obbligo in capo alle amministrazioni pubbliche di conformarsi agli obiettivi previsti, unitamente all'istituzione di una Commissione composta da tutti i ministri competenti e di una *Piattaforma* costituita dai presidenti di Istat, Cnr ed Enea con sedici esperti accademici e della pubblica amministrazione. È previsto anche l'obbligo dei concessionari di servizi pubblici di rendere disponibili in rete i risultati delle rilevazioni ambientali effettuate. La nuova Commissione delinea e indicherà le misure di attuazione del Programma strategico nazionale per il contrasto ai cambiamenti climatici e il miglioramento della qualità dell'aria. A tal fine, viene costituito un fondo denominato *Programma io sono Ambiente*, con una dotazione di 2 milioni di euro per ciascuno degli anni 2020, 2021 e 2022 in favore di campagne di informazione, formazione e sensibilizzazione sulle questioni ambientali

⁷⁶ Rubricato "*Misure urgenti per il rispetto degli obblighi previsti dalla direttiva 2008/50/CE sulla qualità dell'aria*", convertito con modificazioni dalla l. n. 141/2019.

⁷⁷ E. Cancila, *Crisi economica e politiche ambientali: è tempo di green deal?*, in *Ambiente e sviluppo*, n. 8/2009, p. 723 ss.

⁷⁸ Per un'analisi delle misure necessarie per realizzare un'economia ecologica e sociale di mercato, E. Ronchi, R. Morabito, T. Federico e G. Barberio (a cura di), *Un green new deal per l'Italia*, Milano, 2013, p. 64 ss.

⁷⁹ M. Cafagno, *La cura dell'ambiente tra mercato ed intervento pubblico. Spunti dal pensiero economico*, in D. De Carolis, E. Ferrari e A. Police (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Milano, 2006, p. 191 ss.

nelle scuole di ogni ordine e grado, le quali ultime, a loro volta saranno chiamate a presentare proposte sulla base di un regolamento interministeriale che dovrà determinare i criteri di presentazione e di selezione dei progetti, nonché le modalità di ripartizione e di assegnazione del finanziamento.

Per incentivare le città ad adottare misure verdi il decreto clima prevede di attribuire, dopo una selezione *ad hoc*, il titolo di “Capitale verde d’Italia” a una città italiana capoluogo di provincia. La procedura di selezione sarà stabilita con un decreto del ministro dell’ambiente, sentito il Comitato per lo sviluppo del verde pubblico, previa intesa in sede di Conferenza unificata. La misura centrale del decreto è il cosiddetto *buono mobilità*, con il fine di abbattere le emissioni⁸⁰. Sempre nell’ambito della prevenzione di emissioni inquinanti, vengono programmati incentivi da destinare ai Comuni per realizzare o implementare il trasporto scolastico con mezzi ibridi, elettrici per i bambini delle elementari e medie. Il decreto legge *de quo*, inoltre, finanzia un programma sperimentale di riforestazione delle città metropolitane e prevede anche la nomina di un commissario unico per gli interventi sulle discariche abusive. Vengono previsti incentivi per i “*green corner*” installati in negozi e supermercati ovvero angoli per la vendita di prodotti sfusi o alla spina.

Sulla scia di altre esperienze amministrative, il decreto *de quo* istituisce aree speciali denominate *Zea* (zone economiche ambientali) nelle quali si potrà procedere alla realizzazione di forme di sostegno in favore di imprese ecocompatibili. Presso il ministero dell’ambiente, poi, prende il via il programma sperimentale *Caschi verdi per l’ambiente* al fine di realizzare iniziative di collaborazione internazionale per la tutela e la salvaguardia ambientale delle aree nazionali protette e delle altre aree riconosciute in ambito internazionale per il particolare pregio naturalistico. Infine, ulteriori contributi vengono assegnati ai Comuni che installano eco-compattatori per la riduzione dei rifiuti in plastica, attraverso l’istituzione di uno specifico fondo, iscritto nello stato di previsione del ministero dell’Ambiente, denominato *Programma sperimentale Mangiaplastica*.

⁸⁰ Il buono sarà attribuito a chi rottama auto fino alle classi euro 3 e motocicli sino alla classe euro 2 e 3 per usufruire di abbonamenti per il trasporto pubblico locale e regionale e per l’utilizzo di servizi di mobilità condivisa a uso individuale. Il finanziamento di tale incentivo prevede lo stanziamento di 255 milioni di euro. Sulla misura, tuttavia, sono stati sollevati dubbi concernenti le reali intenzioni di rinunciare all’impiego di un’auto in cambio di un abbonamento annuale (individuale) al tram, bus o treno o dell’acquisto di biciclette tradizionali o a pedalata assistita: cfr. M. Galeotti e A. Lanza, *Molto fumo e poca sostanza nel decreto clima*, in *www.lavoce.info*, ottobre 2019, p. 1 ss.

3. Prospettive e implicazioni future.

I progetti previsti dal *Green New Deal* sono molto ambiziosi e, considerate le problematicità per dare compimento alle misure previste sia per motivi economici sia per le difficoltà concrete di attuazione, occorrerà attenderne gli sviluppi. Va detto, in ogni caso, che i *piani verdi* rappresentano un segnale positivo a livello sociale, ambientale ed economico, in termini di cambiamento dell'attuale modello di sviluppo. Alcuni studiosi, infatti, hanno affermato che la crisi climatica è il più grande *market failure* della storia dell'umanità che occorre assolutamente frenare⁸¹ favorendo la transizione del capitalismo verso modelli sostenibili, all'insegna dei criteri "ESG"⁸².

Per la concreta realizzazione del *Green New Deal* quale strumento di transizione per realizzare un'economia moderna, competitiva ed efficiente, in cui la crescita economica possa dissociarsi dalle emissioni globali di gas serra, dall'impiego incontrollato delle risorse e dalla produzione di rifiuti, è necessario un'ingente movimento di capitali che l'Europa sembra voler mobilitare attraverso il *Fondo Europeo per la Transizione* (FTE). Tale fondo dell'Unione, però, funzionerà solo con cofinanziamenti nazionali e regionali che verranno spostati dai fondi per lo sviluppo regionale e sociale (Fesr e Fse+). Ciò significa che per ogni euro ricevuto per il *Green New Deal* ogni Stato membro dovrebbe trasferire da 1,5 a 3 euro di fondi UE già assegnati, fondi che, comunque, potrebbero essere sottratti per far fronte alle emergenze, per migliorare le infrastrutture e per il sostegno sociale da canalizzare verso le regioni più svantaggiate.

Tale meccanismo che, a risorse invariate, prevede il dirottamento dei fondi da un'iniziativa verso un'altra, rischia di compromettere le politiche di coesione e le regioni europee con uno sviluppo più lento e insufficiente, come quelle del Mezzogiorno d'Italia, che dovranno rinunciare ai fondi (Fesr e Fse+) che sono stati stanziati proprio per supportare e correggere i loro squilibri economici e sociali.

⁸¹ N. Rich, *Losing Earth: The Decade We Almost Stopped Climate Change*, in *New York Times Magazine*, agosto 2018, 1 ss.

⁸² Acronimo di *Environmental Social Governance* (*governance* ambientale e sociale) che indica tutte quelle attività legate all'investimento responsabile che perseguono gli obiettivi tipici della gestione finanziaria tenendo in considerazione aspetti di natura ambientale, sociale e di *governance*.

La Commissione, infatti, ha previsto che, dal 2021, per incrementare il *Fondo Europeo per la Transizione*, il *budget* destinato alle politiche di coesione sarà ridotto rispetto all'attuale programmazione contenuta nel bilancio UE per versarne la differenza nel *FTE*. Così, potrebbe accadere che le regioni che attualmente beneficiano di tali risorse, potrebbero essere penalizzate dal nuovo piano in quanto, dal prossimo anno, subirebbero una diminuzione delle medesime (peraltro già assegnate) che si ripercuoterebbe in maniera negativa sul già debole tessuto economico.

La riconversione auspicata nel *Green New Deal*, peraltro, non sembra, a tutt'oggi, accompagnata da un piano di sviluppo industriale pienamente coerente poiché, da un lato, si rivolge alle industrie esistenti e alle aree collocate in un tessuto industriale significativo attribuendo loro la maggior parte delle risorse, dall'altra, sembra prevedere incentivi anche per le zone in ritardo di sviluppo. Solo le prime, però, sembrano essere in grado di reggere l'urto della riconversione in termini di produttività e occupazione.

Un'altra importante questione da tenere presente risiede nel fatto che l'Italia destinerà al piano di distribuzione dei fondi circa 360 milioni e circa 900 milioni per alimentare il *Fondo per la transizione*. Senza norme di *aggiustamento*, il nostro Paese rischia di non ottenere alcun vantaggio, ma anzi, di vedere diminuito il suo *budget*. Il problema del *Green Deal* europeo, quindi, è che, al momento, risulta essere soltanto pieno di buone intenzioni, se non un mero manifesto, perché i fondi, in realtà, non paiono essere quelli pubblicizzati e perché la Commissione di fatto non cambia in concreto il sistema finanziario⁸³.

Un'altra questione *spinosa* è quella dei c.d. dazi climatici, come l'ipotetica *carbon border tax* che dovrebbe proteggere parte dell'industria continentale dalla concorrenza dei produttori *extra* UE. Questi ultimi, tuttavia, non essendo soggetti ai vincoli del *Green New Deal*, potrebbero praticare facilmente prezzi più bassi, con possibili tensioni internazionali perché non è da escludere che la *legittimità* della tassa, in un contesto di libero scambio, possa essere addirittura contestata in sede WTO. Il risultato finale potrebbe così differire in modo significativo dalle ambiziose proposte presentate dalla Commissione.

Su altro versante, in ogni caso, la spinta verso il *Green New deal* europeo, pur essendo un piano complesso, viene ritenuta come un fattore necessario per dare consistenza ad una nuova fase dello sviluppo economico al fine di impiegare al meglio i capitali reperiti⁸⁴.

⁸³ A. Pettifor, *The Case for the Green New Deal*, cit., p. 21 ss.

⁸⁴ A. Romani, *Tocca ai mercati mobilitare le risorse*, in *Il sole 24 ore*, n. 18, 19 gennaio 2020, p. 3.

Analogamente, il nuovo progetto proposto dalla Commissione è stato giudicato anche un'opportunità senza precedenti per l'Europa di passare da azioni climatiche frammentate a un quadro politico e coerente⁸⁵.

Il piano europeo, quindi, ha il merito di aver posto in primo piano le anomalie dell'attuale modello di sviluppo, oltre ad aver promosso una politica rivolta alla riconversione produttiva in chiave *green*⁸⁶. Anche i *big* della finanza mondiale come *BlackRock* e *Norges fund* concordano sull'opportunità e sulla centralità delle strategie sostenibili e rilevano l'urgenza di utilizzare i criteri ESG per finanziare eventuali progetti delle imprese. Tutto ciò non può considerarsi risolutivo, ma un buon inizio per realizzare il cambiamento di mentalità necessario al fine di costruire un futuro verde e sostenibile rispettoso delle generazioni presenti e future e per contribuire alla costruzione di un'Europa più coesa e solidale.

Abstract: Questo contributo traccia le linee del progetto Green New Deal elaborato dalla Commissione europea, anche individuando taluni lati critici del medesimo. Viene, inoltre, descritta la più recente normativa italiana sugli incentivi per favorire *azioni positive per il clima*.

Abstract: This paper traces the lines of the Green New Deal project developed by the European Commission, also identifying certain critical sides of the same. It also describes the most recent Italian legislation on incentives to encourage *positive climate actions*.

Parole chiave: Green New Deal – Incentivi verdi – Coesione sociale.

Key words: Green New Deal – Green Incentives – Social Cohesion.

⁸⁵ S. Tagliapietra, *Il "Green Deal europeo" della presidente Von der Leyen: quali priorità?*, in *Equilibri*, n. 2/2019, p. 4.

⁸⁶ S. Upton, *Presentazione*, in E. Ronchi, R. Morabito, T. Federico e G. Barberio (a cura di), *Un green new deal per l'Italia*, cit. 9, evidenza che senza una nuova strategia politica, i modelli di sviluppo e la crescita *business as usual* diventeranno insostenibili.

COMUNICAZIONE POLITICA E DEMOCRAZIA DIGITALE*

di Ignazio Spadaro**

Sommario. 1. Il progressivo ampliamento degli spazi democratici in ambito locale. – 2. Consolidamento e formalizzazione degli strumenti di democrazia partecipativa a livello statale. – 3. Il coinvolgimento dei cittadini nei processi decisionali intra-partitici. – 4. I rischi della disintermediazione democratica. – 5. Comunicazione politica negli ambienti digitali e manipolazione del consenso: emotività, disintermediazione, profilazione. – 6. *Segue:* Opinione pubblica e governabilità nella “società dell’algoritmo”. – 7. Le risposte del legislatore. – 8. *Segue:* Il *Piano d’azione* europeo contro la disinformazione. – 9. Cenni conclusivi e spunti *de iure condendo*.

54

1. Il progressivo ampliamento degli spazi democratici in ambito locale.

Lo scorso 23 luglio è iniziato, da parte della Commissione Affari costituzionali del Senato, l’esame del disegno di legge costituzionale n. 1089, già approvato dalla Camera dei deputati nel febbraio dello stesso anno⁸⁷. Il testo prevede, oltre ad un significativo abbassamento del *quorum* di validità del *referendum* di cui all’art. 75 Cost.⁸⁸, l’introduzione di un inedito *referendum* propositivo per l’approvazione delle proposte legislative d’iniziativa popolare che non siano accolte dal Parlamento entro diciotto mesi dalla loro presentazione⁸⁹.

* *Sottoposto a referaggio*. Il testo riproduce l’intervento alla Conferenza “Le nuove tecnologie e il futuro del diritto pubblico” (Firenze, 22-23 novembre 2019).

** Dottore di ricerca in Giurisprudenza e Tutor di Diritto costituzionale – Università di Catania.

⁸⁷ Disegno di legge C. 1173 (primo firmatario l’on. D’Uva), il quale, presentato il 19 settembre 2018, nel corso del successivo esame in Commissione ha assorbito i disegni di legge C. 726, C. 727, C. 987 e C. 1447. Sul tema v. ampiamente C. Saloi, *Il rafforzamento del potere di iniziativa popolare nel progetto di revisione costituzionale A.C. n. 1173-A*, in *Riv. Aic*, p. 661 ss.

⁸⁸ Sul significato del *quorum* nell’attuale quadro costituzionale, così come sulla sua inopportunità a fronte dell’uso «sempre più politico» che dell’istituto referendario hanno fatto i partiti, v. l’argomentata ricostruzione di A. Ciancio, *Il quorum di partecipazione nel referendum abrogativo (causa ed effetti di un anacronismo)*, in Ead., *Persona e “Demos”. Studi sull’integrazione politica in Italia e in Europa*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 34 ss.

⁸⁹ L’art. 2 del testo condiziona la validità del *referendum ex art. 75 Cost.* alla partecipazione di un numero di elettori «superiore a un quarto degli aventi diritto»; *quorum* che l’art. 1 estende al nuovo *referendum* propositivo. Quest’ultimo, peraltro, resta escluso qualora la proposta di legge debba essere approvata con procedure speciali, non soddisfatti determinati requisiti contenutistici o sia stata approvata dalle Camere con modifiche «meramente formali», oltre all’ipotesi in cui i promotori decidano di rinunciare a tale strumento. Per ulteriori dettagli v., in dottrina, G. M. Salerno, *L’iniziativa popolare legislativo-referendaria: considerazioni a prima lettura sulla proposta di revisione costituzionale*, in *Oss. cost.*, n. 1-2/2019, p. 220

Invero, sull'opportunità di tale novella la dottrina si è subito divisa⁹⁰. Alcuni, infatti, vi hanno ravvisato uno strumento utile a ristabilire “consonanza” tra cittadini ed Istituzioni⁹¹, nel quadro di una generale “rivitalizzazione” del sistema democratico⁹² ed in continuità, del resto, con analoghe proposte già discusse in passato⁹³. Altri, invece, hanno manifestato forti perplessità, prospettando il rischio di una politicizzazione del giudizio sull'ammissibilità dei quesiti⁹⁴, nonché quello di marginalizzazione delle Assemblee parlamentari⁹⁵.

Il suddetto ddl si inserisce in una più generale tendenza ad ampliare gli spazi di partecipazione democratica, per come originariamente delimitati dai Padri costituenti: il diritto di petizione (art. 50), le consultazioni in tema di circoscrizioni comunali (art. 133, co. 2) e il *referendum* costituzionale (art. 138), oltre al *referendum* abrogativo e all'iniziativa legislativa popolare. Tendenza che – può osservarsi – a livello superprimario era già trasparsa dalla fallita riforma Renzi-Boschi⁹⁶, la quale aveva previsto non soltanto

ss., cui *adde* la ricostruzione critica di P. Carnevale, *A proposito del disegno di legge costituzionale AS n. 1089, in tema di revisione degli artt. 71 e 75 della Costituzione. Prime considerazioni, ibid.*, p. 187 ss.

⁹⁰ Lo ha evidenziato, da ultimo, E. Cheli nel corso della tavola rotonda “Iniziativa legislativa e referendum, le proposte di revisione costituzionale” (Roma, 1° marzo 2019), in *Oss. cost.*, n. 1-2/2019, p. 182.

⁹¹ G. Grasso, *La balestra di Guglielmo Tell e l'iniziativa popolare. Note minime a proposito del disegno di legge costituzionale in materia di iniziativa legislativa popolare e di referendum*, in *Oss. cost.*, n. 1-2/2019, p. 250.

⁹² In questi termini G. D'Alessandro, *Primi rilievi sulla natura non “eversiva” della proposta di modifica dell'art. 71 Cost. elaborata nell'ambito del programma di governo sulle riforme costituzionali all'inizio della XVIII Legislatura*, in *Oss. cost.*, n. 1-2/2019, p. 244, cui *adde*, pur con qualche cautela, A. Pertici, *L'iniziativa popolare indiretta: uno strumento per l'integrazione tra democrazia diretta e rappresentativa in una proposta da migliorare, ibid.*, p. 251 ss., e V. De Santis, *Iniziativa popolare indiretta e referendum propositivo: resoconto e qualche riflessione a margine della proposta di revisione dell'art. 71 della Costituzione A.C. n. 1173 XVIII Legislatura, ibid.*, n. 3/2018, p. 314 ss. Chiare aperture all'introduzione di referendum di tipo propositivo e di indirizzo erano state argomentate, peraltro, già da A. Ciancio, *A proposito dell'ammissibilità del referendum abrogativo in materia elettorale*, in *Ead., Persona e “Demos”*, cit., pp. 310-311, e, nel quadro della prospettata riforma dello Statuto siciliano, da E. Castorina - A. Ciancio, *Gli istituti di partecipazione popolare*, in AA. VV., *Per un nuovo statuto della regione siciliana*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 96.

⁹³ V., tra gli altri, G. D'Alessandro, *op. cit.*, p. 240 ss., cui *adde*, anche per alcuni puntuali rinvii storico-comparatistici, E. Palici Di Suni, in *Oss. cost.*, n. 1-2/2019, pp. 210-211 ss.

⁹⁴ A. Morelli, *Il referendum propositivo: un'analisi costi-benefici*, in *Federalismi*, n. 6/2019, pp. 4-5.

⁹⁵ Di questo avviso U. De Siervo, *Iniziativa legislativa e referendum, le proposte di revisione costituzionale*, in *Oss. cost.*, n. 1-2/2019, p. 236 ss., che si spinge a parlare di «situazione seriamente pericolosa», cui cfr. la vivace critica condotta da A. Morrone, *L'iniziativa popolare propositiva: per una democrazia plebiscitaria contro la democrazia rappresentativa?*, in *Federalismi*, n. 23/2018, p. 2 ss. nel medesimo ordine di idee G. M. Salerno, *L'iniziativa popolare legislativo-referendaria*, cit., p. 231, e A. Anzon Demming, in *Forum Quad. Cost. Rass.*, marzo 2019, p. 5, la quale rimarca, altresì, il rischio che lo «strapotere del mondo digitale» renda gli strumenti di democrazia diretta «vie di promozione di populismi, demagogia e insofferenza verso le istituzioni rappresentative» (p. 3).

⁹⁶ Disegno di legge costituzionale n. 2613-D, approvato in via definitiva dalla Camera dei deputati il 12 aprile 2016 e pubblicato nella G.U. n. 88 del 15 aprile 2016, ma successivamente respinto dal 59,12% dei votanti in occasione del *referendum* celebrato il 4 dicembre dello stesso anno. Sui profili che qui interessano v. per

l'abbassamento del *quorum* di validità del *referendum* abrogativo, ancorandolo al numero dei votanti nelle elezioni politiche (art. 15), e l'introduzione del *referendum* propositivo, ma affiancava a quest'ultimo anche «altre forme di consultazione», tra cui il *referendum* «d'indirizzo» (art. 11, lett. c).

Tornando al diritto vigente, sul piano cronologico rileva anzitutto l'esperienza maturata al livello locale, così come su quello regionale. Quanto al primo (qualificatosi, invero, come «laboratorio» democratico sin dalla metà del XIX secolo)⁹⁷, basti pensare alla progressiva diffusione del bilancio comunale partecipativo⁹⁸, insieme a strumenti, tuttavia, ancora relativamente poco utilizzati, come le giurie civiche (assemblee di cittadini estratti a sorte, assistiti da esperti) e i cc.dd. sondaggi deliberativi⁹⁹.

Sulle soglie del nuovo millennio, la legge costituzionale n. 1/1999¹⁰⁰ ha, poi, riscritto l'art. 123 Cost., imponendo agli statuti delle Regioni ordinarie di prevedere «l'esercizio del diritto di iniziativa e del *referendum* su leggi e provvedimenti amministrativi della Regione» (comma 1). La medesima legge ha, inoltre, introdotto il *referendum* confermativo sulle delibere statutarie (art. 123, co. 3 Cost.); istituito, questo, che due anni più tardi la

tutti E. Castorina, *Democrazia diretta e democrazia rappresentativa in Italia: crisi dei tradizionali istituti di partecipazione politica e riforme mancate*, in *Federalismi*, n. spec. 1/2017, p. 18 ss.; M. Cosulich, *Degli effetti collaterali del voto referendario. Alcune osservazioni, sul filo del paradosso*, in *Riv. Aic*, n. 1/2017, p. 1 ss.; S. Rodriguez, *I limiti della democrazia diretta*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2017, p. 492 ss.

⁹⁷ Per un'accurata ricostruzione, a partire già dal sistema di governo provinciale «a doppio binario» dell'allora Regno di Sardegna (nomina ministeriale del Prefetto, elezione popolare del Consiglio) v. L. Trucco, *Autonomie e governance*, in A. Morelli - L. Trucco (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 7 ss. Cfr., tuttavia, i ritardi nell'allargamento del suffragio per le elezioni amministrative (legge 30 dicembre 1888, n. 5865) rispetto a quelle politiche (legge 22 gennaio 1882, n. 599), segnalato da F. Bailo, *Autonomie e elettorato*, *ibid.*, pp. 16-17.

⁹⁸ Sul tema v., in generale, V. Canafoglia, *Le forme della partecipazione a livello locale tra normazione e regolazione*, in A. Valastro (a cura di), *Le regole locali della democrazia partecipativa. Tendenze e prospettive dei regolamenti comunali*, Napoli, Jovene, 2016, p. 67 ss. Sul c.d. bilancio partecipativo v. Y. Sintomer - G. Allegretti, *I bilanci partecipativi in Europa. Nuove esperienze democratiche nel vecchio continente*, Roma, Ediesse, 2009, *passim*, cui adde, con specifico riferimento all'esperienza italiana, V. De Santis, *La partecipazione democratica nell'ordinamento delle Regioni*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 273 ss., e V. Canafoglia, *La regolamentazione del bilancio partecipativo*, in A. Valastro, *op. ult. cit.*, p. 185 ss. Su alcune possibili degenerazioni dell'istituto v. di recente P. Balduzzi, *Il bilancio partecipativo: cosa abbiamo imparato finora*, in *Vita e Pensiero*, n. 5/2017, p. 63 ss.; infine, per un'analisi sociologica di alcuni casi concreti (tra cui quello di Porto Alegre, dove lo strumento in esame fu sperimentato per la prima volta) cfr. M. Bassoli, *Democrazia diretta. Riflessioni a partire dal bilancio partecipativo*, Roma, Aracne, 2018, p. 183 ss.

⁹⁹ V. rispettivamente, con riguardo alle prime sperimentazioni italiane, avvenute in alcuni capoluoghi piemontesi tra il 2006 e il 2007, N. Podestà - A. Chiari, *Esperimenti di democrazia deliberativa. Informazioni, preferenze e stili di conduzione in tre giurie di cittadini*, in *Polis working papers*, n. 136, 2009, p. 2 ss., e AA. VV., *La democrazia in un ambiente ostile: un quasi-esperimento deliberativo*, in *Stato e mercato*, n. 3/2008, p. 447 ss.

¹⁰⁰ Legge costituzionale 2 novembre 1999, n. 1.

legge costituzionale n. 2/2001 ha esteso alle Regioni speciali (limitatamente alla forma di governo), insieme alla possibilità di celebrare *referendum* consultivi e propositivi¹⁰¹.

Invero, in sede attuativa non tutte le Regioni si sono mostrate sensibili agli impulsi provenienti dal legislatore nazionale¹⁰². Ad esempio, la legge regionale siciliana n. 1/2004¹⁰³ non solo ha lasciato il *referendum* propositivo sprovvisto di disciplina, ma ha circoscritto l'oggetto di quello consultivo ai soli progetti di legge già depositati, riservandone, altresì, l'indizione alla maggioranza assoluta dell'Assemblea (art. 25). Analogamente, l'art. 7 St. Liguria, come novellato nel 2007, fissa un termine annuale entro cui il Consiglio «deve» deliberare sui disegni legislativi d'iniziativa popolare, ma non prevede alcun rimedio azionabile dal cittadino nelle ipotesi di inadempimento. Ed ancora, agli artt. 11 ss. del nuovo Statuto il Consiglio regionale campano ha delineato un quadro normativo che parte della dottrina¹⁰⁴ ha ritenuto a tratti «confuso», oltre che di difficile attuazione pratica.

Non sono mancate, tuttavia, scelte normative più coraggiose: ad esempio, l'art. 62 St. Lazio ha introdotto un *referendum* propositivo, che può essere richiesto nelle ipotesi di inerzia del legislatore; l'art. 75 St. Toscana ha variato il *quorum* di validità del *referendum* abrogativo, abbassandolo dalla maggioranza degli aventi diritto, originariamente prescritta, alla maggioranza dei votanti nelle ultime elezioni regionali¹⁰⁵; il nuovo art. 20, co. 4 St. Emilia-Romagna prevede addirittura che il deposito di un quesito abrogativo paralizzi l'azione del Consiglio, il quale, nelle more, non può intervenire sulle disposizioni oggetto della richiesta consultazione, se non per abrogarle. Più in generale, pare indicativo di un rinnovato modello di *governance* la circostanza che in molteplici ordinamenti regionali il diritto di petizione sia stato esteso a tutti i residenti, anche stranieri¹⁰⁶.

¹⁰¹ V. gli artt. 17-*bis* e 13-*bis* St. Sicilia, 15 St. Valle d'Aosta, 15 St. Sardegna, 47 St. Trentino-Alto Adige e 12 St. Friuli-Venezia Giulia, come modificati, rispettivamente, dagli artt. 1, 2, 3, 4 della cit. legge costituzionale 31 gennaio 2001, n. 2.

¹⁰² Per una panoramica delle nuove disposizioni si rinvia sin d'ora a E. Castorina - A. Ciancio, *Gli istituti di partecipazione*, cit., p. 89 ss.

¹⁰³ Legge 10 febbraio 2004, n. 1.

¹⁰⁴ V., anche per qualche rinvio ulteriore, i molteplici rilievi operati da V. Coccozza, *Statuti degli enti locali e partecipazione. Una analisi sui modelli scelti nella Regione Campania*, in *Federalismi*, n. 13/2017, p. 3 ss.

¹⁰⁵ Cfr. l'art. 77 del testo previgente, in vigore dal 26 novembre 1970 all'11 febbraio 2005.

¹⁰⁶ V. sul punto E. Castorina - A. Ciancio, *Gli istituti di partecipazione*, cit., pp. 91-92, mentre sul tendenziale declino della cittadinanza quale criterio per il godimento di taluni diritti, anche politici, cfr. già A. Ciancio, *I diritti politici tra cittadinanza e residenza*, in *Quad. cost.*, n. 1/2002, p. 51 ss., e F. Bailo, *Autonomie*, cit., p. 20 ss. Infine, cfr. l'art. 15 St. Campania, che obbliga tutti gli organi regionali a rispondere per iscritto alle petizioni presentate dai cittadini.

Con specifico riferimento agli strumenti di democrazia partecipativa, merita, infine, di essere segnalata l'approvazione di apposite leggi in Toscana, Umbria ed Emilia-Romagna¹⁰⁷, recanti discipline ampie ed organiche, nonché, in altre Regioni, l'introduzione di forme di consultazione pubblica in specifiche materie, concernenti temi quali l'assetto territoriale (p. es. urbanistico) e lo sfruttamento delle risorse naturali¹⁰⁸.

2. Consolidamento e formalizzazione degli strumenti di democrazia partecipativa a livello statale.

A livello statale, il ricorso a strumenti di democrazia partecipativa si è affermato inizialmente su iniziativa di alcune Autorità indipendenti, specie a ridosso dell'esercizio dei relativi poteri regolatori¹⁰⁹, per sopperire al *deficit* di legittimazione che – secondo parte della dottrina – caratterizzerebbe tali enti¹¹⁰. A fungere, per così dire, da apripista, fu nel 1997 l'allora Autorità per l'energia elettrica e il gas (Aeeg)¹¹¹. Giova, tuttavia, segnalare che per molti anni la consultazione dei cittadini (o, quantomeno, dei principali

¹⁰⁷ Il riferimento è alla legge reg. Toscana 27 dicembre 2007, n. 69, alla legge reg. Umbria 16 febbraio 2010, n. 14, ed alla legge reg. Emilia-Rom. 9 febbraio 2010, n. 3, quest'ultima sostituita, da ultimo, dalla legge reg. 22 ottobre 2018, n. 15. Al riguardo (con esclusione della legge del 2018, su cui non sono noti commenti) v., in generale, P. Marsocci, *Consultazioni pubbliche e partecipazione popolare*, in *Rass. parl.*, n. 1/2016, p. 47 ss., cui *adde*, più specificamente, G. Pizzanelli, *Alcune note di commento alla legge regionale Toscana che promuove la partecipazione all'elaborazione delle politiche regionali e locali (l.r. 27 dicembre 2007, n. 69)*, in *Ist. Fed.*, n. 1/2008, p. 129 ss.; G. Sgueo, *La democrazia partecipativa nelle Regioni. La legge n. 14 del 2010 della Regione Umbria*, in *Quad. reg.*, 2011, p. 559 ss.; S. Aru - A. Deffenu, *Partecipazione a livello regionale*, in A. Morelli - L. Trucco (a cura di), *Diritti e autonomie*, cit., p. 48 ss.

¹⁰⁸ Cfr. A. Valastro, *Gli strumenti e le procedure di partecipazione nella fase di attuazione degli statuti regionali*, in *Reg.*, n. 1/2009, p. 97 ss.

¹⁰⁹ Sul tema v. in particolare R. Titomanlio, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, in *Nomos*, n. 1/2017, p. 19 ss., che effettivamente ravvisa nel confronto con *stakeholders* e cittadini un titolo di legittimazione del potere normativo in esame. Per una ricostruzione, invece, delle consultazioni indette a scopo di analisi di impatto della regolamentazione v. C. Raiola, *Le consultazioni telematiche delle Autorità indipendenti. Gli effetti dell'Air su tecniche e caratteristiche*, maggio 2012, p. 7 ss., reperibile in www.osservatorioair.it.

¹¹⁰ Sul tema v. P. Marsocci, *Consultazioni pubbliche*, cit., pp. 45-46. Più in generale, sui problemi connessi alla legittimazione democratica delle Autorità amministrative indipendenti v. già M. Cuniberti, *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione*, in *Riv. dir. cost.*, 2002, p. 26 ss., e G. Grasso, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 28 ss., cui *adde*, più di recente, F. Donati, *Democrazia pluralista e potestà normativa delle Autorità indipendenti*, in *Oss. fonti*, n. 3/2017, p. 1 ss.

¹¹¹ Com'è noto, tale denominazione, risalente alla legge istitutiva del 14 novembre 1995, n. 481, è poi mutata una prima volta in "Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico" (Aeegsi), ed ancora in "Autorità di regolazione per energia reti e ambiente" (Arera) ai sensi dell'art. 1, co. 528 della legge 27 dicembre 2017, n. 205, in conseguenza al graduale ampliamento delle competenze dell'ente.

stakeholders) ha costituito una mera prassi, rimessa alla libera determinazione dei singoli enti, sia nell'*an* che nel *quomodo*; né la situazione mutò, nel 2005, con l'entrata in vigore dell'art. 9 Cad¹¹², il quale, nel prescrivere alla P.A. di «favori[re]» la «partecipazione dei cittadini [...] al processo democratico» mediante strumenti informatici¹¹³, non pose alcun vincolo esplicito. Cionondimeno, tale pratica si è progressivamente consolidata, fino ad essere mutuata da organi costituzionali muniti, invece, di indubbia investitura democratica, come il Governo e le Camere¹¹⁴.

Di recente, tuttavia, il quadro normativo ha fatto registrare una significativa evoluzione. Nel 2017 il Parlamento, infatti, prendendo spunto dall'esperienza francese del c.d. "*débat public*"¹¹⁵, ha reso obbligatorio per tutte le Pubbliche amministrazioni che intendano appaltare la realizzazione di "grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale", impattanti "sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio", di avviare «incontri e [...] dibattiti con i portatori di interesse», con l'ulteriore obbligo di renderne accessibili i resoconti mediante l'inserimento in Rete¹¹⁶. Inoltre, nel maggio del medesimo anno il Dipartimento della Funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri ha diramato alcune linee guida¹¹⁷ volte a garantire che tutte le consultazioni rispettino alcuni *standard* minimi, specie in tema di effettività e trasparenza; disciplina che, pochi mesi più tardi, è stata sostanzialmente recepita anche dal Senato della Repubblica¹¹⁸.

Il ricorso a forme di consultazione popolare, comunque denominate, può, quindi, ormai

¹¹² Codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.

¹¹³ V. in questo senso M. Pietrangelo, *Il contributo di Internet alla partecipazione popolare: la consultazione pubblica telematica*, in F. Marcelli - P. Marsocci - M. Pietrangelo (a cura di), *La rete Internet come spazio di partecipazione politica: una prospettiva giuridica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, p. 70.

¹¹⁴ Cfr. P. Marsocci, *Consultazioni pubbliche*, cit., p. 58 ss., la quale segnala la creazione di un apposito sito Internet, www.partecipa.gov.it, gestito dal Dipartimento per la Funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri.

¹¹⁵ Sul piano comparatistico v. sin d'ora M. Dell'Omarino, *Il dibattito pubblico come strumento di democrazia partecipativa. Una breve indagine comparata in occasione della sua introduzione nell'ordinamento*, in *Dir. comp.*, n. 7/2017, p. 7 ss.

¹¹⁶ In questi termini l'art. 22, co. 2 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), come modificato ed integrato, sul punto, dall'art. 12 del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, ed infine attuato dal DPCM 10 maggio 2018, n. 76. In dottrina v. ampiamente, anche per qualche riferimento al *débat public*, U. Allegretti, *Un caso di attuazione del principio costituzionale di partecipazione: il regolamento del dibattito pubblico sulle grandi opere*, in *Riv. Aic*, n. 3/2018, p. 1 ss.; P. Vipiana, *La disciplina del dibattito pubblico nel regolamento attuativo del Codice degli appalti, tra anticipazioni regionali e suggestioni francesi*, in *Federalismi*, n. 2/2019, p. 2 ss.; C. Lombardi - A. Lullo, *Il dibattito pubblico quale strumento di democrazia partecipativa (evoluzione e stato dell'arte)*, in *Amm. camm.*, luglio 2018, p. 2 ss.

¹¹⁷ Direttiva n. 2/2017 del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, datata 31 maggio 2017, recante per l'appunto «Linee guida sulla consultazione pubblica in Italia».

¹¹⁸ *Linee guida per le consultazioni pubbliche promosse dal Senato della Repubblica*, settembre 2017, in www.senato.it.

considerarsi parte stabile ed integrante dei processi di governo. Si tratta di un dato che, invero, appare in linea col panorama europeo: basti pensare che solo nell'ultimo quadriennio (2015-2018) la Commissione, sulla scorta dell'art. 11 TUE¹¹⁹ e di alcuni documenti di *soft law* da essa medesima adottati a partire già dal 2001¹²⁰, ha tenuto ben quattrocentodiciassette consultazioni pubbliche¹²¹, sia a sostegno di nuove iniziative politiche (specie normative) sia in sede di valutazione della disciplina già in vigore.

3. Il coinvolgimento dei cittadini nei processi decisionali intra-partitici.

Specie negli ultimi anni, la tendenza alla *democraticizzazione* della vita consociata sembra aver varcato i confini dei rapporti pubblicistici, pervadendo anche i processi decisionali interni ad associazioni private, ma di sicuro rilievo costituzionale, quali i partiti politici. Una conferma di quanto appena osservato proviene, anzitutto, dall'esperienza delle cc.dd. *primarie*, le quali, sperimentate in Italia già in occasione delle elezioni amministrative bolognesi del 1999, come strumento di mediazione tra le diverse anime dell'allora coalizione di centrosinistra¹²², figurano oggi negli statuti o nella prassi di diversi partiti¹²³, oltre ad essere oggetto di disciplina in alcuni ordinamenti regionali¹²⁴. Invero, tali forme di

¹¹⁹ Cfr. in particolare il § 2, a norma del quale «le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile», e il successivo § 3, che onera espressamente la Commissione a indire, nelle materie di competenza normativa dell'Ue, «ampie consultazioni delle parti interessate».

¹²⁰ Il riferimento è, in particolare, alla comunicazione COM(2001) 428 del 25 luglio 2001 (*Libro bianco sulla governance europea*), che segnalò la necessità di coltivare una vera e propria «cultura della consultazione»; alla comunicazione COM(2015) 215 final del 19 maggio 2015 (*Legiferare meglio per ottenere risultati migliori*), sulla trasparenza e sulla partecipazione dei processi di elaborazione normativa; all'Accordo interistituzionale “Legiferare meglio” del 13 aprile 2016, col quale la Commissione si è impegnata alla «consultazione del pubblico e dei portatori di interesse» sia nella fase preparatoria delle proposte di regolazione (art. 19), sia in quella, successiva, di valutazione dell'efficacia (art. 20).

¹²¹ V. i dati raccolti nel documento SWD(2019) 156 final del 15 aprile 2019, p. 7, dal titolo “*Taking Stock of the Commission's Better Regulation Agenda*”, allegato alla COM(2019) 178.

¹²² Per un sommario *excursus* delle svoltesi in Italia v. L. Gori, *Le elezioni primarie nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 90 ss. Il medesimo A., peraltro, ricorda che un sistema di elaborazione delle liste era stato proposto da Costantino Mortati già nel 1945 (p. 69 ss.).

¹²³ Il riferimento è, in particolare, agli artt. 18 e 19 dello Statuto del Partito democratico e all'art. 2 dello Statuto di Fratelli d'Italia, ma va ricordato che a tale forma di consultazione hanno fatto ricorso anche numerosi altri soggetti politici in occasione di elezioni amministrative locali (tra cui Alleanza nazionale nel 1998); così come le hanno utilizzate, seppur limitatamente alla scelta dei rispettivi segretari, Lega Nord (2013, 2017) e Movimento Cinque Stelle (2017).

¹²⁴ V. già la legge reg. Sardegna 7 aprile 1966, n. 2, che, dopo la modifica ex art. 8 legge reg. 18 dicembre 1995, n. 37, assegna un incentivo economico ai gruppi del Consiglio regionale i cui membri abbiano visto selezionate le proprie candidature tramite elezioni primarie (alla cui concreta disciplina, però, il legislatore

consultazione, di nota matrice anglosassone¹²⁵, pur esaurendosi nell'ambito di enti formalmente associativi, proiettano i propri effetti ben al di fuori di essi, fungendo da filtro per le candidature e, talora, anche per la designazione alla Presidenza del Consiglio¹²⁶. Invero, il cospicuo numero di partecipanti che le primarie riescono a mobilitare, insieme all'ampio risalto di cui spesso godono sul piano mediatico, potrebbe persino indurre ad assimilarle, sul piano politico, ad una sorta di *primo turno* elettorale. Tale ricostruzione, se non pare azzardata per le primarie cc.dd. *aperte*, alle quali possono, cioè, prendere parte anche i non tesserati¹²⁷, proprio grazie alle moderne tecnologie sembra estensibile alle primarie *chiuse*, ossia riservate agli iscritti. Infatti, la circostanza che molti gruppi politici non impongano ai propri membri di partecipare assiduamente alla c.d. *vita di partito*, contentandosi di militanze *virtuali* (si pensi ai circoli e al tesseramento *online*¹²⁸), rende astrattamente possibile che tra le file dei votanti si insinui chiunque, a prescindere dal suo effettivo orientamento¹²⁹.

Il secondo fenomeno che merita di essere richiamato è il ricorso, da parte del Movimento Cinque Stelle, a consultazioni telematiche tra i propri membri, non solo per la selezione dei candidati, ma anche sulle scelte più politicamente pregnanti da compiere in sede parlamentare. È noto come tale prassi abbia sollevato molteplici perplessità in dottrina, sia

sardo non si è interessato). Seconda, in ordine cronologico, la legge reg. Calabria 17 agosto 2009, n. 25, il cui testo è stato ripetutamente modificato per accogliere i rilievi del Governo nazionale, escludendone l'obbligo di conformazione dei vertici di partito all'esito delle consultazioni: cfr., in dottrina, A. Spadaro, *Elezioni primarie in Calabria: la Regione, re melius perpensa, riconosce l'errore*, in *Forum Quad. cost. Rass.*, ottobre 2009, p. 1 ss. Sul medesimo livello normativo cfr. già la legge reg. Toscana 17 dicembre 2004, n. 70 (abrogata dall'art. 28 legge reg. 26 settembre 2014, n. 51), anche nel commento di G. Tarli Barbieri, *Forma di governo e legislazione elettorale regionale nei più recenti sviluppi*, in Ass. per gli studi e le ricerche parlamentari (a cura di), *Quaderno n. 23*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 179 ss., p. 8 ss. Su entrambi questi atti normativi v., infine, S. Catalano, *Associazioni politiche*, in A. Morelli - L. Trucco (a cura di), *Diritti e autonomie*, cit., pp. 29-30, nonché l'ampia trattazione offerta a L. Gori, *Le elezioni primarie*, cit., p. 315 ss.

¹²⁵ In tema v., anche per ulteriori spunti comparatistici, F. R. De Martino, *La selezione delle candidature attraverso il metodo delle primarie. Partecipazione politica e rappresentatività dei partiti*, in *Riv. Aic*, n. 3/2013, p. 2 ss.

¹²⁶ Su queste basi, appare eccessivamente riduttiva, ancorché formalmente corretta, la lettura fornita da P. Marsocci, *Le "primarie": i partiti alle prese con il metodo democratico*, in *Federalismi*, n. 2/2011, pp. 1-2, secondo la quale le primarie non sarebbero espressione di democrazia diretta, mentre sarebbero espressione di democrazia rappresentativa «solo molto indirettamente».

¹²⁷ Cfr. le classificazioni operate da M. Rubechi, *Le primarie dell'Unione: spunti di riflessione*, in *Federalismi*, n. 19/2005, pp. 2-3, e L. Foti, *Le primarie di partito. Le esperienze di Pd e Lega Nord a confronto*, in *Oss. cost.*, 2014, pp. 2-3, cui adde, più approfonditamente, L. Gori, *Le elezioni primarie*, cit., p. 191 ss.

¹²⁸ Cfr. l'art. 14 St. Pd. Valuta positivamente tale innovazione T. Casadei, *Il mito del «popolo della rete» e la realtà del capo. Nuove tecnologie e organizzazioni politiche nel contesto italiano*, in *Dpce*, n. 3/2015, p. 896 ss.

¹²⁹ In generale, il rischio delle interferenze esterne non è sconosciuto in dottrina, né agli stessi vertici di partito: cfr. L. Foti, *op. cit.*, p. 5.

sul versante della parità delle *chances* partecipative (si pensi al c.d. *digital divide*)¹³⁰ sia su quello della trasparenza. A quest'ultimo riguardo, non può, infatti, dimenticarsi che la raccolta e il conteggio delle preferenze sono nelle mani di soggetti privati (*webmaster*, società di revisione, lo stesso partito), senza alcun controllo né da parte del soggetto pubblico, né degli stessi votanti¹³¹. Inoltre, seppur con l'eccezione, al momento isolata, del recente voto sulle regionali del 2020 in Calabria ed Emilia-Romagna¹³², l'esito di tali votazioni si è sempre allineato alle opinioni espresse dai vertici del partito, secondo dinamiche che sono state criticamente definite "plebiscitarie"¹³³. Ed ancora, sembra profilarsi una certa tensione col disposto dell'art. 67 Cost., sia in tema di rappresentanza del parlamentare, che la Carta riconduce all'intera «Nazione» anziché a specifiche *basi* elettorali, sia per quanto concerne la libertà del relativo mandato, che lo strumento in esame potrebbe, quantomeno, turbare¹³⁴. Non a caso, autorevole dottrina non ha esitato a giudicare invalide¹³⁵ le norme interne al Movimento tese a punire l'eventuale *disobbedienza* degli eletti con pesanti sanzioni pecuniarie, quando non addirittura con la perdita del seggio¹³⁶.

¹³⁰ Sul tema v., per alcuni profili specifici, G. Chiara, *L'accesso ad Internet dei soggetti diversamente abili: profili generali*, in A. Ciancio (a cura di), *Il pluralismo alla prova dei nuovi mezzi di comunicazione*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 67 ss., e G. A. Ferro, *La "società digitale" ed i suoi nemici. Riflessioni intorno all'accessibilità e all'usabilità del web da parte dei soggetti diversamente abili*, *ibid.*, p. 96 ss., cui adde più in generale M. Bassini, *Partiti, tecnologie e crisi della rappresentanza democratica. Brevi osservazioni introduttive*, in *Dpce*, n. 3/2015, pp. 875-876.

¹³¹ V. sul punto G. Di Cosimo, *Personale e digitale: le metamorfosi del partito*, in *Forum Quad. Cost. Rass.*, gennaio 2019, p. 2, che richiama i rilievi formulati dal Garante per la *privacy* con riferimento alla piattaforma www.rousseau.movimento5stelle.it (poi sfociati in sanzione: cfr. il provvedimento n. 83 del 4 aprile 2019).

¹³² Sul tema v. da ultimo M. Volpe, *Dal web al Parlamento: il caso Rousseau*, intervento alla conferenza "Le nuove tecnologie e il futuro del diritto pubblico" (Firenze, 22-23 novembre 2019), in corso di pubblicazione.

¹³³ V. in particolare S. Ceccanti - S. Curreri, *I partiti antisistema nell'esperienza italiana: il Movimento 5 Stelle come partito personale autoescluso*, in *Dpce*, n. 3/2015, p. 820, cui adde, in letteratura, A. Montanari, *Crisi e mutamento: i giovani e la politica nel nuovo millennio*, in *Sociologia*, n. 3/2016, p. 26. Nel medesimo ordine di idee, tra gli altri, T. Casadei, *Il mito*, *cit.*, p. 890.

¹³⁴ V. in particolare G. Grasso, *Mandato imperativo e mandato di partito: il caso del Movimento 5 Stelle*, in *Oss. cost.*, n. 2/2017, p. 2 ss.

¹³⁵ Afferma la radicale nullità di qualsiasi pattuizione volte a restringere la libertà del mandato parlamentare, tra gli altri, A. Cerri, *Osservazioni sulla libertà del mandato parlamentare*, *ibid.*, p. 1, cui cfr. la contrarietà a forme troppo stringenti di disciplina di partito (o di gruppo parlamentare) manifestata già da A. Ciancio, *L'esercizio del mandato parlamentare nella disciplina sui gruppi tra normativa vigente ed esigenze di riforma*, in *Ead.*, *Persona e "Demos"*, *cit.*, pp. 229-230.

¹³⁶ Cfr. rispettivamente il Codice di comportamento per i candidati e gli eletti del Movimento Cinque Stelle alle elezioni europee del 2014, anche nelle considerazioni di E. Vigilanti, *Prove tecniche di recall: la revoca del mandato "intramovimento" (il caso, non riuscito, del M5S)*, in *Forum Quad. Cost. Rass.*, 2014, *passim*, e l'art. 21, co. 5 dello Statuto del Gruppo parlamentare del Movimento alla Camera dei deputati. Su questi temi v. anche, in una prospettiva d'insieme, G. Grasso, *op. cit.*, *passim*, e F. Scuto, *I pericoli derivanti da uno svuotamento dell'art. 67 Cost. unito ad un "irrigidimento" dell'art. 49 Cost. Alcune considerazioni a partire dalla vicenda dello Statuto del Gruppo parlamentare "Movimento 5 Stelle"*, in *Federalismi*, n. 13/2018, *passim*.

4. I rischi della disintermediazione democratica.

La progressiva espansione degli spazi di partecipazione dei cittadini alla gestione della cosa pubblica, fin qui evidenziata, può considerarsi fisiologica all'interno di un ordinamento, come quello italiano, che eleva il principio democratico ad elemento costituzionalmente identitario, al punto da sancirne l'immodificabilità¹³⁷. Cionondimeno, com'è stato acutamente osservato, il ricorso agli strumenti di democrazia diretta (e in parte, può ritenersi, anche quello a strumenti di democrazia partecipativa)¹³⁸ genera sempre alcuni *effetti collaterali*, destinati ad incidere negativamente sulla tenuta del tessuto sociale e politico¹³⁹.

Il primo di tali inconvenienti può riassumersi con la nota formula "dittatura della maggioranza", risalente, com'è noto, già ad Alexis de Tocqueville¹⁴⁰. A differenza di quanto avviene nelle Assemblee rappresentative, in cui l'oggetto delle votazioni può essere fino all'ultimo modificato e possono compararsi più soluzioni alternative ad un medesimo problema, ogni *referendum* contempla, di norma, due sole opzioni: mantenimento vs.

¹³⁷ Sull'identificazione del principio democratico quale *proprium* della «forma repubblicana» v. i ricchi richiami dottrinali operati, adesivamente, da E. Grosso - V. Marcenò, *Art. 139*, in R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, vol. III, p. 2739 ss., cui adde, per la valorizzazione del nesso tra il disposto dell'art. 139 Cost. e l'esito del *referendum* istituzionale, A. Ciancio, *I valori fondanti della Repubblica italiana a sessant'anni dalla sua nascita*, in Ead., *Persona e "Demos"*, cit., p. 174.

¹³⁸ Su questi temi, anche per puntuali riferimenti alle tesi sostenute da alcuni Maestri del diritto costituzionale, si rinvia sin d'ora a M. Luciani, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in L. Carlassare (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, Cedam, 2004, p. 181 ss., cui adde, con specifico riferimento al concetto di "partecipazione", M. A. Gliatta, *Partecipazione a livello locale*, in A. Morelli - L. Trucco (a cura di), *Diritti e autonomie*, cit., p. 75 ss.

¹³⁹ V. in tema M. Della Morte, *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, Franco Angeli, 2012, p. 154 ss. Sulla cautela conseguentemente manifestata dal Costituente nella definizione degli strumenti di democrazia diretta v. ancora E. Castorina, *Democrazia diretta*, cit., p. 9 ss., cui cfr. già la sent. Cost. 16 maggio 1989, n. 256, § 5 (annotata, tra gli altri, da P. Barbera, *Referendum consultivo e limiti dell'"interesse nazionale"*, in *Giur. cost.*, n. 5/1989, p. 1223 ss.; V. Lippolis, *Regioni, treaty-making power e giurisprudenza della Corte costituzionale*, *ibid.*, p. 1206 ss.; E. Bettinelli, "Grandi questioni di interesse regionale" e *referendum consultivi regionali*, in *Reg.*, n. 4/1990, p. 1292 ss.), la quale prospettò il rischio che persino il meno incisivo degli strumenti referendari, quello consultivo regionale, potesse avere ripercussioni «sull'ordine costituzionale e politico dello Stato». Una preoccupazione analoga, anche se apparentemente meno intensa, ha animato, da ultimo, la sent. Cost. 29 aprile 2015, n. 118, § 7.2, come emerge anche dal commento di S. Bartole, *Pretese venete di secessione e storica questione catalana, convergenze e divergenze fra Corte costituzionale italiana e Tribunale costituzionale spagnolo, anche con ripensamenti della giurisprudenza della prima*, in *Giur. cost.*, n. 3/2015, p. 940 ss.

¹⁴⁰ L.-A. de Tocqueville, *La democrazia in America* (trad. it.), in *Scritti politici di Alexis de Tocqueville*, Torino, 1968 (1840), vol. II, p. 292.

abrogazione di una certa disciplina, nelle ipotesi di cui all'art. 75 Cost.; conferma vs. variazione di determinati confini territoriali, ex art. 133 Cost., e così via. Sicché, al termine dello spoglio – a condizione, naturalmente, che venga raggiunto l'eventuale *quorum* di validità – saranno sempre individuabili alcuni *vincitori*, i quali saranno riusciti ad imporre la propria decisione a tutti gli altri: tanto a chi avrebbe voluto l'opposto, quanto a chi avrebbe preferito una terza (o una quarta...) alternativa o, addirittura, non avesse maturato orientamento alcuno¹⁴¹.

Il secondo rischio è la delegittimazione dei rappresentanti, a livello sia individuale (parlamentari, consiglieri regionali *etc.*) sia associativo (partiti)¹⁴². E questo, beninteso, vale non solo nelle ipotesi in cui gli stessi *rappresentati* operino quali decisori finali, di fatto (consultazioni intra-partitiche) o di diritto (*referendum*), ma anche qualora essi siano chiamati in causa come semplici portatori di interessi (p. es. in tema di grandi opere, ex art. 22 cod. contr. pubbl.). Senonché, a quest'ultimo riguardo va evidenziato che i Costituenti, anche nei (rari) casi in cui hanno previsto l'emersione di specifiche istanze di categoria, hanno comunque optato per un modello di tipo rappresentativo: si pensi alla figura dei sindacati registrati, ai fini della contrattazione collettiva efficace *erga omnes* (art. 39, co. 4 Cost.), ovvero alla composizione del Cnel (art. 99, co. 1 Cost.).

In terzo luogo, non sembra azzardato affermare che la *irruzione* del corpo elettorale nella scena politica, in modo necessariamente episodico e puntuale, può interferire con l'attuazione del programma di governo¹⁴³. Quest'ultimo, infatti, ben potrebbe richiedere il sacrificio momentaneo di determinati interessi, in vista di un loro più compiuto soddisfacimento futuro: si consideri l'ipotesi di una contrazione della spesa pubblica, la quale, pur incidendo, nell'immediato, sull'erogazione di determinati servizi, nel lungo termine abbia, tuttavia, il pregio di procurare allo Stato condizioni di credito meno onerose,

¹⁴¹ Cfr., quasi testualmente, A. Ciancio, *A proposito dell'ammissibilità*, cit., pp. 302-303.

¹⁴² Sul tema v. ampiamente P. Ignazi, *Partito e democrazia. l'incerto percorso della legittimazione dei partiti*, Bologna, Il Mulino, 2019, p. 335 ss. Per contro, sul ruolo di primo piano riconosciuto ai partiti nelle moderne democrazie restano attuali, benché non più recentissime, le considerazioni svolte da L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, 1970, p. 634 ss., cui cfr. più di recente, con specifico riguardo per l'ordinamento europeo, A. Ciancio, *I partiti politici europei e il processo di democraticizzazione dell'Unione*, in Ead., *Persona e "Demos"*, cit., p. 236 ss., e A. Lanzafame, *Sui livelli essenziali di democrazia interna nei partiti*, in *Riv. Aic*, n. 1/2017, p. 1 ss.

¹⁴³ Cfr. quanto lamentato alla stampa dall'allora sindaco di New York Michael Bloomberg, con riferimento alle oscillazioni dell'opinione pubblica su Internet: «[G]overnare [...] richiede programmazione a lungo termine, progetti decennali o ventennali, che vengono bocciati fulmineamente dalla marea prodotta in rete. Non è possibile progettare nulla se ogni progetto viene sottoposto a referendum istantanei» (*Bloomberg contro Twitter. "Non ci lascia governare"*, in *La Repubblica*, 23 marzo 2012, p. 45).

di attrarre investimenti stranieri *etc.* Del resto, secondo la dottrina maggioritaria è proprio in quest'ottica che si sarebbe mosso il Costituente, allorché egli ha escluso la possibilità di celebrare *referendum* abrogativi vertenti su materie particolarmente complesse (p. es. la diplomazia internazionale), come tali bisognose di discipline articolate¹⁴⁴ o, comunque, di strategie politiche di ampio respiro¹⁴⁵.

Invero, i rischi appena segnalati sono aggravati da un dato di fondo: i cittadini, in quanto muniti di «sovranità» ex art. 1 Cost., non sono mai responsabili per il loro voto. Tale circostanza, che appare tanto più significativa se si considera come forme di responsabilità funzionale, anche solo “politica” o “diffusa”, siano invece configurabili in capo ai parlamentari¹⁴⁶ ed allo stesso Presidente della Repubblica¹⁴⁷, può indurre gli elettori a non ponderare adeguatamente le proprie scelte, lasciandosi dominare da impulsi egoistici (p. es. clientelari o corporazionisti)¹⁴⁸ o, financo, emotivi¹⁴⁹.

Come si diceva, tali inconvenienti sono insiti nella progressiva disintermediazione del governo democratico, se non addirittura nella stessa democrazia, e come tali appaiono ineliminabili. Ciò suggerisce l'opportunità di domandarsi se ed in che misura le moderne dinamiche della comunicazione politica siano suscettibili di condizionare i processi di

¹⁴⁴ Cfr., tra gli altri, A. Pizzorusso, *I controlli di ammissibilità del referendum*, in *Quad. cost.*, 1985, p. 281.

¹⁴⁵ In questo senso, da ultimo, G. Chiara, *Il corpo elettorale*, in AA.VV., *Diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 2018, p. 218, il quale accenna comunque all'esistenza, in dottrina, di orientamenti diversi: per una panoramica, cfr. M. Luciani, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in G. Branca - A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna - Roma, Zanichelli - Ed. Foro italiano, 2005, p. 364 ss., che si spinge ad escludere la configurabilità di qualsiasi *ratio* unitaria. Tesi, quest'ultima, che secondo A. Pertici, *Il Giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 134 ss., troverebbe riscontro a livello del c.d. *original intent* (ma v., per l'opinione opposta, già A. Cariola, *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale. Contributo allo studio di potere sovrano nell'ordinamento pluralista*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 200).

¹⁴⁶ Responsabilità sanzionata, essenzialmente, con la non rielezione. Sul tema v., seppur con qualche distinguo, G. U. Rescigno, *Responsabilità politica e responsabilità giuridica*, in *Riv. it. sc. giur.*, n. 3/2012, p. 348 ss.

¹⁴⁷ Sulla «responsabilità politica diffusa» del Capo dello Stato v. G. U. Rescigno, *La responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 113 ss., cui cfr. già P. Barile, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, p. 311. Più di recente, v. ancora G. U. Rescigno, *Responsabilità politica*, cit., p. 351 ss., e A. Cariola, *Il Presidente della Repubblica*, in AA.VV., *Diritto costituzionale*, cit., p. 519, cui *adde*, anche per ulteriori rinvii, N. Pignatelli, *La responsabilità politica del Presidente della Repubblica tra valore storico e “inattualità” costituzionale della controfirma ministeriale*, in *Forum Quad. Cost. Rass.*, 2006, *passim*.

¹⁴⁸ Cfr. testualmente A. M. Sandulli, *La voce della coscienza di tutti gli italiani*, in Id., *Un giurista per la democrazia. Interventi sulla stampa*, Napoli, Jovene, 1987, p. 43, cui *adde* il caso di scuola dell'individuo che «vota per essere pagato senza lavorare», sulla scorta di quella che G. Sartori, *Opinione pubblica*, in *Enciclopedia del Novecento*, Roma, Ist. Enciclopedia Italiana, 1979, vol. IV, p. 946, definisce «irrazionalità catastrofica per l'insieme».

¹⁴⁹ Cfr. l'invito a “votare di pancia” lanciato nel 2016 da un noto *leader* politico in vista del *referendum* costituzionale di quell'anno (*Al referendum votate con la pancia non con la testa”: l'appello di Grillo contro Renzi dal palco di Roma*, in *Huffpost*, 26 novembre 2016), e più in generale W. Davies, *Stati nervosi. Come l'emotività ha conquistato il mondo*, Torino, Einaudi, 2019, *passim*.

formazione del consenso, specie negli ambienti digitali¹⁵⁰.

5. Comunicazione politica negli ambienti digitali e manipolazione del consenso: emotività, disintermediazione, profilazione.

Per rispondere al quesito che ci si è appena posti sembra utile soffermarsi su tre concetti-chiave, strutturalmente connessi ad Internet: *emotività, disintermediazione, profilazione*.

Anzitutto, l'emotività: rientra nella comune esperienza che la scelta di cliccare o meno su un certo *link* anziché un altro è quasi sempre guidata dall'istinto. Grandi e piccole imprese, così come, del resto, gli stessi comunicatori istituzionali, si rivolgono a soggetti specializzati per la costruzione dei propri siti *web*, avendo cura che essi risultino non solo funzionali, ma anche accattivanti dal punto di vista grafico. La possibilità di lucrare su ogni singolo *click* grazie agli introiti pubblicitari motiva il ricorso, da parte dei gestori, a titoli e locuzioni ad effetto, dal tenore deliberatamente scioccante o, comunque, sopra le righe, nel tentativo di catturare l'attenzione di un utente distratto e poco incline a leggere lunghi blocchi di testo. Analogamente, la dinamicità propria dei *social* induce gli internauti a preferire un linguaggio sintetico e, spesso, idiomatico: si pensi alla brevità dei cc.dd. *tweets*, alle *emoticons*, nonché, specie in ambito politico, ai cc.dd. *memes*, i quali risultano in genere tanto più incisivi proprio in quanto accostino una o più immagini a messaggi lapidari e, al limite, a semplici *slogans*.

Invero, l'incidenza delle emozioni sulle opinioni è nota da tempo agli studiosi di psicologia sociale¹⁵¹, i quali sono giunti a ritenere che essa sia inversamente proporzionale al livello di istruzione ed al grado di interesse personale dell'individuo per le questioni su cui sia chiamato ad esprimersi¹⁵². Sotto questo profilo, l'introduzione di discipline sempre più

¹⁵⁰ Invero, parte degli inconvenienti che saranno evidenziati nel testo con specifico riferimento ad Internet non sono del tutto nuovi, avendo accompagnato già la nascita e la diffusione della televisione: cfr. T. E. Frosini, *No news is fake news*, in *Dpce*, n. 4/2017, p. VI.

¹⁵¹ Sul punto v. per tutti, nella letteratura americana, AA. VV., *The Influence of Narrative v. Statistical Information on Perceiving Vaccination Risks*, in *Medical Decision Making*, n. 31(5), 2011, p. 742 ss., che si spingono a sostenere la maggiore incisività delle narrazioni emotivamente coinvolgenti rispetto a quelle più "solide" dal punto di vista contenutistico, ma rese in tono più distaccato.

¹⁵² In questo senso G. Grossi, *L'opinione pubblica*, Roma-Bari, Laterza, 2009², p. 85 ss., che richiama in particolare H. Blumer, *Massa, pubblico ed opinione pubblica*, in M. Livolsi (a cura di), *Comunicazioni e cultura di massa*, Milano, Hoepli, 1969, p. 264.

settoriali¹⁵³ crea l'*humus* ideale per un uso manipolatorio della comunicazione, perché rende i cittadini, in proporzione, sempre meno interessati e competenti sulle questioni oggetto del voto.

Anche i partiti dimostrano di aver compreso l'importanza di sollecitare il lato emotivo dell'elettorato, in funzione ora polemica, ora auto-identitaria: si pensi all'attribuzione di appellativi ridicoli agli avversari, nonché alla frequente retorica contro i *poteri forti*, il sistema bancario, l'Ue *etc.*¹⁵⁴. Per tal via, le segreterie riescono ad imporre narrazioni della realtà esasperate, in cui ogni dissenso interno è percepito come connivenza col *nemico* ed espone al rischio di espulsione¹⁵⁵. Senonché, qualsiasi orientamento scaturente da fattori emotivi è, per sua stessa natura, volubile e necessita di continui rinforzi. Alla lunga, ciò deprime la qualità delle scelte normative, inducendo, cioè, i governi a privilegiare misure populiste (p. es. assistenzialistiche)¹⁵⁶, che consentano di lucrare consensi nel breve termine, anche in assenza di un'adeguata progettualità¹⁵⁷.

Il secondo fenomeno su cui è opportuno soffermarsi è, come anticipato, la disintermediazione: mediante il proprio *account* o la propria pagina *social*, ogni esponente politico è in grado di instaurare una comunicazione diretta e costante con gli elettori,

¹⁵³ Cfr. sul tema le riflessioni di V. Di Cataldo, *A che cosa serve il diritto*, Bologna, Il Mulino, 2017, p. 110 ss.

¹⁵⁴ Cfr. M. Manetti, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Riv. Aic*, n. 3/2018, p. 377 ss.

¹⁵⁵ Cfr. puntualmente M. Bassini, *Partiti*, cit., pp. 871-872. Per contro, sulla necessità che i partiti mantengano un certo grado di democraticità e dialettica interna v., da ultimo, A. Lanzafame, *La vis espansiva della rappresentanza. Forme di governo, vocazione presidenziale, resistenze costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 303 ss., cui cfr. approfonditamente, con riferimento a quelle "proiezioni" dei partiti costituite dai gruppi parlamentari, già A. Ciancio, *I gruppi parlamentari. Studio intorno a una manifestazione del pluralismo politico*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 213 ss.

¹⁵⁶ Su questo concetto v., in dottrina, C. Pinelli, *La sfida populistica allo Stato costituzionale*, in *Parolechiave*, n. 1/2010, p. 143 ss., e T. Casadei, *Il mito*, cit., p. 885, cui cfr., a livello socio-politologico, almeno R. Segatori, *Sintomi populistici nella crisi italiana*, in F. Saccà (a cura di), *Culture politiche e mutamento nelle società complesse*, Milano, Franco Angeli, 2015, p. 111 ss., e G. C. S. Giraudi, *La sfida populista alla democrazia liberale*, in D. G. Bianchi - F. Raniolo (a cura di), *Limiti e sfide della rappresentanza politica*, Milano, Franco Angeli, 2017, p. 108 ss., il quale ultimo propende per una natura «multidimensionale» del fenomeno (ideologica, politica, psicologica). Un preciso nesso tra populismo e nuovi canali di comunicazione digitali è ravvisato da D. Salzano - A. Napoli - M. Tirino, *Molto rumore per nulla: post-verità, fake news e determinismo tecnologico*, in *Sociologia*, n. 1/2017, p. 146.

¹⁵⁷ Cfr. la metafora dello «sciame digitale» usata da G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws*, n. 1/2018, p. 42 ss.: «I partiti hanno perduto la capacità di costruire delle narrazioni che possano tenere uniti gli elettori e poi assicurare una certa stabilità e coerenza alle politiche pubbliche. [...] Lo sciame digitale (come lo sciame d'api) si muove rapidamente senza che sia possibile prevedere dove andrà, fa delle evoluzioni, cambia direzione, si compatta e poi si dissolve, secondo le transeunti aggregazioni degli umori [...] che si propagano nella rete. E alla politica, il più delle volte, non resta che inseguire lo sciame e entrare nelle bolle, assecondandone la polarizzazione e la mancanza di progettualità». Segnala una crescente difficoltà a trarre dal «momento elettorale» chiari indirizzi programmatici anche E. Castorina, *Democrazia diretta*, cit., pp. 14-15.

superando i limiti (ma anche le garanzie, specie in tema di continenza e veridicità) che connotano l'intermediazione giornalistica¹⁵⁸. In tal modo, sul piano mediatico egli si rende sempre più autonomo dal partito, sia in punto di visibilità che, in definitiva, di popolarità. Inoltre, grazie ad un'accorta selezione dei contenuti – spesso curata da *marketing advisors* professionali¹⁵⁹ – egli può decidere a tavolino quale immagine fornire di sé, facendo leva sulla empatia degli altri utenti per accattivarsene il gradimento.

Ma c'è di più. Secondo le attuali evidenze sociologiche, non tutti i consociati hanno la medesima influenza sul processo di “*agenda building*”¹⁶⁰, ossia di selezione delle questioni oggetto del dibattito pubblico. Un ruolo preminente, infatti, sarebbe detenuto dai *mass-media*¹⁶¹ e dai cc.dd. *opinion leaders*¹⁶². Ciò significa che il politico che promuove se stesso e le proprie idee sul *web* gode di un'influenza, per così dire, doppia, proprio perché opera, ad un tempo, nelle vesti di *leader* e di fornitore di notizie. È vero, infatti, che egli sarà necessariamente *di parte* e, per ciò stesso, meno attendibile della stampa professionale, ma è anche vero che egli presenterà entrambi i fattori, capillarità e continuità, su cui si fonda il potenziale persuasivo tradizionalmente proprio degli organi di informazione. Così, ad esempio, l'insistenza sul problema dei flussi immigratori da parte di un comunicatore

¹⁵⁸ Cfr. le numerose prescrizioni rivolte ai giornalisti dagli artt. 1-12 del *Testo unico dei doveri del giornalista*, approvato dal Consiglio nazionale dell'Ordine il 27 gennaio 2016, nonché quelli affermati in via pretoria dalla “storica” sent. Cass. civ. 18 ottobre 1984, n. 5259 (annotata, tra gli altri, da M. Dogliotti, *La cassazione e i giornalisti: cronaca, critica e diritti della persona*, in *Giust. civ.*, n. 1/1985, p. 364 ss.; G. Ulisse, *Note sui limiti della responsabilità civile del giornalista*, in *Ngcc*, n. 1/1985, p. 215 ss.; V. Roppo, *La corte di cassazione e il decalogo del giornalista*, in *Quadrim.*, 1984, p. 609 ss.).

¹⁵⁹ Su questa vera e propria frontiera dell'imprenditoria digitale v. V. Visco Comandini, *Le fake news*, cit., pp. 193-194, cui cfr., sull'impiego dei sistemi di diffusione automatica e mirata dei contenuti, M. Mezzanotte, *Fake news nelle campagne elettorali digitali. Vecchi rimedi o nuove regole?*, in *Federalismi*, n. 24/2018, p. 11, e A. Mazziotti di Celso, *Fake news, fake people e società della (dis)informazione*, in *Dir. Uomo*, n. 1/2017, p. 59 ss.

¹⁶⁰ La teoria dell'*agenda building*, su cui v. almeno G. Engel Lang - K. Lang, *The Battle for Public Opinion. The President, the Press and the Polls during Watergate*, New York, Columbia University Press, 1983, pp. 60-61, completa la nota teoria dell'*agenda setting*, elaborata già da M. E. McCombs - D. L. Shaw, *The Agenda-Setting Function of Mass Media*, in *Pub. Op. Quart.*, n. 36/1977, p. 176 ss.

¹⁶¹ Una rassegna dei diversi modelli usati per descrivere l'incidenza dei *media* sull'opinione pubblica è operata da P. Moy - B. Bosch, *Theories of public opinion*, in *Sociology Dept., Faculty Pub. (University of Nebraska - Lincoln)*, 2013, p. 294 ss., cui *adde* la vicenda esaminata da D. Bennato, *L'emergere della disinformazione come processo socio-computazionale. Il caso Blue Whale*, in *Probl. inf.*, n. 3/2018, p. 396 ss.

¹⁶² Il peso determinante dei *leaders*, non solo come “mediatori” ma anche come veri e propri “costruttori” di opinioni poi condivise dalle masse, è ampiamente riconosciuto in tutti e tre i modelli (*bubble-up*, *two steps flow*, *cascade*) solitamente usati per descrivere il fenomeno: v., anche per ulteriori richiami, G. Sartori, *Opinione pubblica*, cit., pp. 939-940, ed ancora V. Price, *L'opinione pubblica*, Bologna, Il Mulino, 2004², pp. 134-135.

politico potrebbe indurre i cittadini a sovrastimarne la reale entità¹⁶³.

La concentrazione del consenso attorno ad alcune figure carismatiche (c.d. «personalizzazione della politica»¹⁶⁴), quando opera a favore di soggetti situati al vertice di un partito (come già storicamente accaduto con l'avvento della radiotelevisione¹⁶⁵) sfocia, sovente, in una sostanziale riduzione del tasso di pluralismo interno; viceversa, quando a beneficiarne sono esponenti minori, alimenta la nascita di divisioni, sotto forma di *correnti*. L'esito è, quasi sempre, l'insorgere di uno o più «partiti personali»¹⁶⁶, destinati a fungere da mere «macchine elettorali»¹⁶⁷ del rispettivo *leader*.

Quanto appena segnalato, presupponendo lo scivolamento dei cittadini nella condizione di *followers* – in senso non soltanto metaforico – finisce per deprimere l'efficacia selettiva dello strumento elettorale, tanto rispetto ai candidati quanto ai programmi da essi proposti. Ciò genera, a sua volta, il rischio di *premiare* individui non adeguatamente preparati, le cui eventuali inadempienze, peraltro, non potranno che indurre ulteriori sentimenti di sfiducia e disaffezione¹⁶⁸.

Un discorso analogo può farsi per i *referendum*, in occasione dei quali, cioè, gli elettori potrebbero essere indotti a rispondere *sì* o *no* ai singoli quesiti in ragione del proprio gradimento per chi li sostenga o li avversi, con sostanziale snaturamento dell'istituto (da atto di normazione negativa a strumento di *giudizio* politico sugli eletti)¹⁶⁹.

¹⁶³ Cfr. gli studi recentemente prodotti dall'Istituto "C. Cattaneo" di Bologna e dall'Università di Harvard: M. Valbruzzi, *Immigrazione in Italia: tra realtà e percezione*, agosto 2018, *passim*, in www.cattaneo.org, e A. Alesina - A. Miano - S. Stantcheva, *Immigration and Redistribution*, agosto 2019, *passim*, in www.scholar.harvard.edu.

¹⁶⁴ G. Bobba - A. Seddone, *Partito personale o personalizzato? L'evoluzione del Partito Democratico: 2007-2015*, in *Rag. prat.*, n. 46/2016, p. 57.

¹⁶⁵ Cfr. ampiamente P. Ignazi, *Partito e democrazia*, cit., p. 180 ss.

¹⁶⁶ La locuzione risale a M. Calise, *Il partito personale*, Roma - Bari, Laterza, 2000, p. 53 ss., il quale individua la causa del fenomeno, quantomeno in Italia, nella sempre maggiore frequenza dei *referendum* abrogativi, divenuti oramai «componente permanente del sistema politico». Più di recente, essa è stata ripresa da R. Segatori, *Globalizzazione, nuove fratture sociali e rappresentanza politica*, in *Sociologia*, n. 3/2016, p. 12, e da G. Bobba - A. Seddone, *op. cit.*, p. 64 ss., i quali ultimi vi affiancano l'icona, solo apparentemente simile, del «partito personalizzato».

¹⁶⁷ G. Di Cosimo, *Personale e digitale*, cit., p. 1, cui cfr. analogamente G. Bobba - A. Seddone, *op. cit.*, p. 59.

¹⁶⁸ Sulle attuali tendenze alla disaffezione politica, specie da parte delle giovani generazioni, v. le statistiche richiamate da A. Montanari, *Crisi e mutamento*, cit., p. 18, e R. Segatori, *Globalizzazione*, cit., p. 12.

¹⁶⁹ Cfr. in questo senso, seppur con riferimento ad uno strumento, il *recall*, invero non del tutto sovrapponibile, M. Bassini, *Partiti*, cit., p. 872.

6. Segue: Opinione pubblica e governabilità nella “società dell’algoritmo”.

Il terzo fattore poc’anzi segnalato è la profilazione¹⁷⁰, ossia l’impiego di algoritmi, da parte di motori di ricerca e *social newtworks*¹⁷¹, per monitorare le interazioni degli utenti (pagine visitate¹⁷², ricerche effettuate, *likes* lasciati *etc.*) e ricostruirne, così, interessi ed orientamenti.

Ai fini del *marketing* politico-elettorale, tali *big data* sono notoriamente preziosi, sia per affinare le tecniche comunicative, sia per accrescere il tasso di personalizzazione e, quindi, di persuasività dei singoli messaggi. Anziché correre il rischio di perdere l’attenzione dell’elettore, o di non carpirla affatto, esponendogli il proprio programma per intero, il candidato può proporre a ciascun utente di Internet i soli passaggi che potrebbero interessarlo sul piano personale. Senonché, è evidente che, nella prospettiva dell’individuo-*target*, una comunicazione politica di questo tipo da una parte ostacola la percezione dell’insieme, da cui, pure, dipende l’effettiva sostenibilità (credibilità) dei singoli impegni elettorali; dall’altra, finisce per alimentare sentimenti corporativi o, comunque, anti-solidaristici, in netta antitesi rispetto al modello delineato dall’art. 2 Cost.

Il secondo scopo della profilazione, anche al di là dello specifico ambito politico, è proporre a ciascuno soltanto contenuti in linea con le sue opinioni, al fine di incrementarne la permanenza all’interno di determinati domini e guadagnare dalla vendita di spazi pubblicitari¹⁷³. Ebbene, ciò comporta l’insorgenza di altrettante *bolle* (cc.dd. “*filter*

¹⁷⁰ Sul tema v. di recente C. Tabarrini, *Comprendere la “Big Mind”: il GDPR sana il divario di intelligibilità uomo-macchina?*, in *Dir. inf.*, n. 2/2019, p. 555 ss., cui cfr. già A. Papa, “*Democrazia della comunicazione e formazione dell’opinione pubblica*”, in *Federalismi*, n. spec. 1/2017, pp. 16-17.

¹⁷¹ Cfr. la fortunata locuzione «*Algorithmic Society*», coniata da J. M. Balkin, *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, in *U. C. Davis L. Rev.*, n. 51 (2017-2018), p. 1149 ss., cui cfr., sul versante dottrinario italiano, le preoccupazioni espresse da G. L. Conti, *Manifestazione del pensiero attraverso la Rete e trasformazione della libertà di espressione: c’è ancora da ballare per strada?*, in *Riv. Aic*, n. 4/2018, *passim*, e, con riferimento a potenzialità e rischi dei motori di ricerca, R. Borrello, *Alcune riflessioni preliminari (e provvisorie) sui rapporti tra i motori di ricerca ed il pluralismo informativo*, in *MediaLaws*, 2017, p. 74 ss.

¹⁷² V. sullo specifico tema la recente sent. Cgue 29 luglio 2019, causa C-40/17, *Fashion ID*, e, anche per qualche approfondimento tecnico, la nota di V. Lubello, *Contitolarietà e tasto “Like” di Facebook: “ben oltre il caso di specie”*, in *MediaLaws*, n. 3/2019, p. 251 ss.

¹⁷³ Sul tema v. le considerazioni svolte da F. Pizzetti, *Fake news e allarme sociale: responsabilità, non censura*, in *MediaLaws*, 2017, p. 53; V. Visco Comandini, *Le fake news sui social network: un’analisi economica*, in *MediaLaws*, n. 2/2018, p. 184 ss.

bubbles)¹⁷⁴, i cui occupanti, selezionando a loro volta le persone (o i siti) con cui desiderano interagire, oppure no, finiscono per aggregarsi all'interno di grandi “*echo chambers*”¹⁷⁵. Ora, in letteratura è stato ampiamente dimostrato che l'individuo tende ad elaborare le proprie opinioni basandosi su due fattori: la propria percezione del reale (cc.dd. “credenze” o “stereotipi”)¹⁷⁶ e le opinioni altrui. Queste ultime, in particolare, rilevrebbero su due piani distinti: su quello individuale, in cui sarebbero decisivi gli orientamenti maggioritari nel gruppo sociale di appartenenza¹⁷⁷, e su quello collettivo¹⁷⁸, in cui l'opinione degli altri soggetti rilevrebbe quale termine di confronto dialettico¹⁷⁹. Ne deriva che le suddette *bolle*, limitando drasticamente il contatto con orientamenti diversi da quelli già coltivati dall'individuo, impediscono a quest'ultimo di farsi un'idea oggettiva della realtà. Analogamente, ciascuna *echo chamber* genera l'illusione che una certa opinione (p. es. la dannosità dei vaccini) sia universalmente condivisa, ostacolando, al contempo, il dialogo tra gli utenti di orientamenti contrapposti. A ciò si aggiunga che, in ambito politico

¹⁷⁴ La locuzione, coniata da E. Pariser, *The Filter Bubble. What The Internet Is Hiding From You*, Londra, Penguin, 2011, *passim*, ha indotto D. Palano, *La bolla mortale della nuova democrazia*, in *Il Foglio*, 28 aprile 2017 a scrivere di «*bubble democracy*» (concetto di recente ripreso, in un quadro più ampio, da G. Pitruzzella, *La libertà di informazione*, cit., pp. 22-23).

¹⁷⁵ Sul tema v. in generale C. R. Sunstein, *#republic. La democrazia nell'epoca dei social media* (trad. it.), Bologna, Il Mulino, 2017, p. 39 ss., cui *adde*, sulle relative dinamiche, V. Visco Comandini, *Le fake news*, cit., p. 191 ss. L'intera ricostruzione è condivisa, tra gli altri, da G. Pitruzzella, *loc. cit.*, e M. Ramajoli, *I pericoli del marketplace of ideas. Considerazioni sparse a latere di due sentenze della Corte di giustizia in tema di assegnazione delle frequenze radiotelevisive*, in *MediaLaws*, n. 1/2018, p. 8, la quale richiama anche la teoria psicologica della c.d. *biased assimilation*, secondo cui gli individui sarebbero inclini ad apprendere nuove informazioni nella misura in cui esse confermino i propri convincimenti attuali.

¹⁷⁶ In questo senso H. L. Childs, *Public Opinion: Nature, Formation and Role*, Princeton, Princeton University Press, 1965, p. 110 ss., mentre per i termini richiamati nel testo v., rispettivamente, P. E. Converse, *The Nature of Belief Systems in Mass Publics*, in D. E. Apter (a cura di), *Ideology and Discontent*, Glencoe, The Free Press, 1964, p. 206 ss., e W. Lippmann, *L'opinione pubblica*, Milano, Edizioni di Comunità, 1963 (1922), p. 27.

¹⁷⁷ Sul fenomeno della «identificazione di gruppo» v. C. R. Sunstein, *Republic.com. Cittadini informati o consumatori di informazioni?* (trad. it.), Bologna, Il Mulino, 2003, p. 86, e, anche per i ricchi rinvii ivi contenuti, V. Price, *L'opinione pubblica*, cit., pp. 74-75. E. Noelle-Neumann, *The Spiral of Silence. Public Opinion - Our Social Skin*, Chicago-Londra, University of Chicago Press, 1984, p. 61 ss., spiega tale fenomeno con la paura, insita in ogni essere umano, di trovarsi socialmente isolato. In dottrina, sul c.d. *herd effect* si sono soffermati da ultimo A. Mazziotti di Celso, *Fake news*, cit., p. 60, e G. Grossi, *L'opinione pubblica*, cit., pp. 154-155, il quale eccepisce, tuttavia, che il «clima d'opinione» non inciderebbe necessariamente su ciò che l'individuo pensa, quanto piuttosto su ciò è egli è disposto ad esternare, generando una sfasatura – può, ancora, osservarsi – destinata a ricomporsi nel segreto della cabina elettorale.

¹⁷⁸ Sulla dicotomia tra opinioni individuali e opinione del gruppo sociale di appartenenza, oramai consolidata in letteratura, v. G. Mazzoleni, *La comunicazione politica*, Bologna, Il Mulino, 2004², pp. 300-301, e G. Grossi, *op. cit.*, p. 87 ss., secondo il quale, tuttavia, essa costituirebbe un «falso dilemma», dal momento che i due “livelli” richiamati nel testo sarebbero comunque interdipendenti (*ibid.*, p. 90).

¹⁷⁹ Cfr. il concetto di «democrazia discorsiva» elaborato da J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, Guerini, 1996, *passim*, insieme alla ricostruzione dell'opinione pubblica come «pubblica argomentazione razionale», addotta anni prima da Id., *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1974 (1962), p. 41.

ancor più che in altri, molti gruppi *online* si aggregano proprio su base ideologica, dando luogo a fenomeni di radicalizzazione e auto-identificazione (stabile percezione di sé come, ad esempio, *sostenitore dell'esponente politico X*)¹⁸⁰.

Tale “polarizzazione” delle opinioni¹⁸¹ fa sì che, nella prospettiva di ciascun elettore, gli avversari appaiano alla stregua di nemici assoluti. Tale circostanza, se da un canto può essere sfruttata dai partiti a proprio favore durante le singole campagne elettorali, dall'altra rende assai arduo, nella successiva fase di governo, giustificare eventuali intese con altre forze parlamentari. Sicché, il compromesso tra istanze e sensibilità diverse, che in un regime democratico dovrebbe essere fisiologico¹⁸², finisce per essere percepito come un *tradimento* del mandato elettorale. D'altra parte, atteggiamenti di netta chiusura, specie in presenza di sistemi elettorali di tipo proporzionale, non solo si ripercuotono negativamente sulla possibilità di aggregare stabili maggioranze, ma rischiano di precludere il soddisfacimento, anche solo parziale, delle istanze di cui i partiti auto-esclusi siano portatori¹⁸³.

Occorre, infine, segnalare che *filter bubbles* ed *echo chambers*, interagendo con altri fattori, come le strategie di sollecitazione emotiva, lo scadimento delle interazioni tra gli utenti, spesso limitate alla condivisione del pensiero altrui¹⁸⁴ o dominate da atteggiamenti

¹⁸⁰ In questo senso A. Ciancio, *Il pluralismo alla prova dei nuovi mezzi di comunicazione*, in Ead. (a cura di), *Il pluralismo*, cit., p. 17 e pp. 36-37.

¹⁸¹ C. R. Sunstein, *The Law of Group Polarization*, in *J. Pol. Phil.*, n. 10/2002, p. 175 ss.

¹⁸² ...Anche sul piano sociologico: v. H. Blumer, *Massa*, cit., pp. 263-264, e S. Moscovici, *Social Influence and Conformity*, in G. Lindzey - E. Aronson (a cura di), *Handbook of Social Psychology*, New York, Random House, 1985³, vol. II, p. 347 ss. Per una dettagliata schematizzazione dei possibili esiti del confronto pubblico tra opinioni diverse si rinvia a V. Price, *L'opinione pubblica*, cit., pp. 97-98.

¹⁸³ In quest'ordine di idee, sembra, M. Bassini, *Partiti*, cit., p. 865.

¹⁸⁴ Al riguardo, D. Salzano - A. Napoli - M. Tirino, *Molto rumore per nulla*, cit., p. 147, e A. Montanari, *Crisi e mutamento*, cit., p. 25, paventano la formazione di una nuova «oligarchia» di *influencers* (in senso lato), capace di determinare contenuti e andamento dei dibattiti *online*.

irrazionali (p. es. complottistici¹⁸⁵), ovvero la sovrabbondanza¹⁸⁶ e la scarsa accuratezza¹⁸⁷ delle fonti d'informazione digitale, tendono a potenziare gli effetti distorsivi delle cc.dd. *fake news*¹⁸⁸, la cui diffusione è già di per sé favorita dall'anonimato¹⁸⁹ e dalla mancanza di un'autorità di regolazione centrale¹⁹⁰, tipici della Rete. In particolare, secondo ampia parte della dottrina¹⁹¹ si assisterebbe al *fallimento*, nel senso macro-economico del termine, del c.d. *free marketplace of ideas*¹⁹², nella misura in cui questo presupporrebbe, da un lato, la libera circolazione ed il confronto tra tutte le opinioni e, dall'altro, il loro soppesamento ad opera di individui adeguatamente informati e razionali. Le possibili ricadute sulla

¹⁸⁵ Sulle cc.dd. teorie del complotto e sulle relative origini v. L. de Haven-Smith, *Conspiracy Theory in America*, Austin, University of Texas, 2013, p. 25 ss., cui cfr. i casi presi in esame da M. Milia, *Teorie del complotto e virus Ebola. Le cospirazioni contagiano i social media*, in *EC*, n. 2/2005, p. 3 ss., e F. Saccà, *Culture politiche, informazione e partecipazione nell'arena politica 2.0*, in *Sociologia*, n. 3/2016, pp. 30-31, mentre sulla intrinseca caratura antisociale di tali convincimenti v. R. Valle, *Dall'arte della congiura alla riproducibilità tecnica del complotto. Le derive del machiavellismo immaginario e la cospirazione transpolitica*, in *Riv. pol.*, n. 1/2012, pp. 85-86.

¹⁸⁶ Così, tra gli altri, O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *MediaLaws*, n. 1/2018, p. 33; G. Pitruzzella, *La libertà di informazione*, cit., p. 17, che si sofferma sugli ostacoli posti dalla *filter bubble*; G. De Gregorio, *The market place of ideas nell'era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati online?*, in *MediaLaws*, 2017, p. 97. Invero, fenomeni quali lo «*information overload*», il «*data smog*» e la «*information anxiety*», che da essi deriva, sono piuttosto noti in letteratura: v., per tutti, D. Bennato, *L'emergere della disinformazione*, cit., p. 398 ss.

¹⁸⁷ In generale, si riscontrano politiche editoriali tese a privilegiare la «quantità» delle pubblicazioni e la loro capacità di attrarre lettori (c.d. *clickbait*), anche a scapito della relativa «qualità» (utilità sociale, approfondimento, verifica delle notizie). Sul tema si rinvia, in dottrina, a E. Lehner, *Fake news e democrazia*, cit., pp. 112-113, cui *adde*, sul versante sociologico, P. Dominici, *Fake News and Post-Truths? The "real" issue is how democracy is faring lately*, in *Sicurezza e scienze sociali*, n. 3/2017, pp. 187-188.

¹⁸⁸ Sugli esatti contorni semantici di tale locuzione v. M. Bassini - G. E. Vigevani, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in *MediaLaws*, 2017, pp. 15-16 ss.; G. Pitruzzella, *La libertà di informazione*, cit., pp. 13-14; M. Mezzanotte, *Fake news nelle campagne elettorali*, cit., p. 3. Cfr., infine, la casistica descritta da B. Vojak, *Fake News: The Commoditization of Internet Speech*, in *Calif. West. Int'l L. J.*, n. 1/2017, p. 130 ss.

¹⁸⁹ V. in questo senso C. Pinelli, «*Postverità*», *verità e libertà di manifestazione del pensiero*, in *MediaLaws*, 2017, p. 47, e G. Pitruzzella, *La libertà di informazione*, cit., p. 12.

¹⁹⁰ Secondo A. Ciancio, *Il pluralismo*, cit., p. 30, proprio tale peculiarità costituirebbe il principale tratto distintivo di Internet rispetto a «tutti gli altri strumenti comunicativi». Sul tema v. da ultimo le riflessioni di A. Gatti, *Istituzioni e anarchia nella Rete. I paradigmi tradizionali della sovranità alla prova di Internet*, in *Dir. inf.*, n. 3/2019, p. 711 ss.

¹⁹¹ V., *ex multis*, F. Pizzetti, *Fake news e allarme sociale*, cit., p. 51; O. Pollicino, *Fake News, Internet and Metaphors (To be Handled Carefully)*, in *It. Journ. Publ. L.*, n. 1/2017, p. 3 ss., che rimarca sia il carattere oligopolistico assunto dalla Rete, sia la dubbia compatibilità del modello nordamericano con la concezione europea della libertà di espressione; M. Ramajoli, *I pericoli*, cit., p. 8, che segnala la possibile riduzione del pluralismo informativo derivante dai conflitti d'interesse in cui versino i grandi *Internet service providers*. Ancora più critico verso il modello holmesiano M. Cuniberti, *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo*, in *MediaLaws*, 2017, pp. 35-36.

¹⁹² Com'è noto, la locuzione risale alla *concurring opinion* del giudice W. O. Douglas sul caso *United States v. Rumely*, 345 U.S. 41 (1953) ma riassume la tesi esposta, già diversi anni prima, dal *justice* O. W. Holmes in *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919). Su quanto argomentato nel testo v. nitidamente A. E. Waldman, *The Marketplace of Fake News*, in *U. Pa. J. Const. L.*, n. 20/2018, p. 845 ss.

correttezza delle campagne elettorali (e referendarie) sono evidenti¹⁹³: basti pensare alla possibile attribuzione, ad un certo candidato, di dichiarazioni, aderenze o condotte idonee ad intaccarne l'onorabilità.

7. Le risposte del legislatore.

Sulla base delle considerazioni sin qui svolte, sembra possibile affermare che gli internauti siano strutturalmente vulnerabili ai tentativi di manipolazione o, quantomeno, di condizionamento del consenso¹⁹⁴. Questo dato, pur costituendo un serio problema in un ordinamento a base democratica, come quello italiano¹⁹⁵, non sembra aver ricevuto sufficiente attenzione sul piano normativo.

La legge n. 515/1993¹⁹⁶, che disciplina in via generale lo svolgimento delle campagne elettorali, non contiene previsioni idonee a contrastare i tre fenomeni (emotività, disintermediazione, profilazione) poc'anzi presi in esame. D'altro canto, l'applicabilità agli ambienti virtuali della legge n. 28/2000¹⁹⁷ sulla *par condicio*, prevista nel relativo ddl governativo¹⁹⁸ ed approvata in prima lettura dal Senato, ne fu esclusa già durante il successivo esame alla Camera, ed è, pertanto, assente nel testo oggi in vigore. Infine, la stessa rivalutazione del consenso dell'interessato per le attività di *online profiling*, di

¹⁹³ Cfr. in questo senso M. Mezzanotte, *Fake news nelle campagne elettorali*, cit., p. 8 ss., e, soprattutto, V. Visco Comandini, *Le fake news*, cit., p. 198 ss.

¹⁹⁴ In questo senso, anche per alcuni riferimenti a recenti distorsioni nell'uso di Facebook a fini lato sensu politici, v. A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw J.*, n. 1/2019, p. 67 ss.

¹⁹⁵ In argomento v. M. Mezzanotte, *op. cit.*, p. 7, cui cfr., con particolare riferimento al referendum costituzionale del 2016, M. Monti, *Fake news e social network: la verità ai tempi di Facebook*, in *MediaLaws*, n. 1/2017, p. 81.

¹⁹⁶ Legge 10 dicembre 1993, n. 515, recante per l'appunto «Disciplina delle campagne elettorali per l'elezione alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica».

¹⁹⁷ Legge 22 febbraio 2000, n. 28, recante disposizioni «per la parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie e per la comunicazione politica».

¹⁹⁸ A.S. 4197 del 23 agosto 1999; successivamente registrato, alla Camera, al n. 6483.

recente operata dal GDPR¹⁹⁹ e dalle relative norme interne di attuazione²⁰⁰, nella pratica non appare decisiva, dal momento che tale consenso, quando non costituisce *condicio sine qua non* per la fruizione di determinati servizi (p. es di *social networking*), è quasi sempre concesso dall'utente in modo più o meno distratto e senza alcuna presa di visione dell'eventuale informativa (si pensi al salvataggio automatico dei cc.dd. *cookies*).

Una parziale eccezione è costituita dal problema delle *fake news*. Nel 2017, infatti, furono depositate in Parlamento ben due proposte di legge²⁰¹, e l'anno successivo il Ministero dell'Interno avviò un sistema di segnalazione e verifica dei contenuti *online*, denominato Progetto *Red Button*²⁰². Senonché, le prime decaddero con lo spirare della XVII legislatura, mentre il secondo cessò dopo pochi mesi, a seguito delle censure formulate, ex art. 19 Pdc²⁰³, dallo *Special Rapporteur* delle Nazioni Unite per la libertà di opinione e di espressione. Nel corso della XVIII legislatura, la questione pare aver perso di interesse, atteso che l'unica contromisura sinora maturata consiste nell'istituzione di una commissione bicamerale d'inchiesta e che il relativo ddl, presentato il 3 agosto 2018, ha

¹⁹⁹ Regolamento (UE) 2016/679, emanato dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 27 aprile 2016, recante norme sulla «protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali». In dottrina, v. almeno F. Costantini, *Il Regolamento (UE) 679/2016 sulla protezione dei dati personali*, in *Ngcc*, n. 6/2018, p. 549 ss., e L. Fiorentino, *Il trattamento dei dati personali: l'impatto sulle amministrazioni pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2018, p. 690 ss., cui *adde*, per alcuni profili specifici, O. Pollicino, *L'“autunno caldo” della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi*, n. 19/2019, p. 2 ss.; V. Manes - F. Mezzacava, *GDPR e nuove disposizioni penali del Codice privacy*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2/2019, p. 171 ss.; E. D'Alterio, *Protezione dei dati personali e accesso amministrativo: alla ricerca dell'“ordine segreto”*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1/2019, p. 9 ss.; A. M. Gambino - C. Bompreszi, *Blockchain e protezione dei dati personali*, in *Dir. inf.*, n. 3/2019, p. 632 ss.; E. Pellicchia, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in *Nlcc*, n. 5/2018, p. 1223 ss.

²⁰⁰ V. in generale il decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101, il quale ha in parte riscritto il vigente *Codice in materia di protezione dei dati personali*, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196. In dottrina, per una visione d'insieme v. E. Faccioli - M. Cassaro, *Il “GDPR” e la normativa di armonizzazione nazionale alla luce dei principi: accountability e privacy by design*, in *Dir. ind.*, n. 6/2018, p. 561 ss.

²⁰¹ Più in particolare, il ddl Gambaro (A.S. 2688), depositato il 7 febbraio 2017, adottava un approccio prevalentemente repressivo: imponeva ai gestori delle piattaforme un obbligo di «costante monitoraggio» dei contenuti, nonché la rapida rimozione di quelli che gli stessi avessero giudicato «non attendibil[i]»; inoltre, esso contemplava l'introduzione di ben tre nuove figure di reato («pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l'ordine pubblico, attraverso piattaforme informatiche», art. 656-*bis* c.p.; «diffusione di notizie false che possono destare pubblico allarme, fuorviare settori dell'opinione pubblica o aventi ad oggetto campagne d'odio e campagne volte a minare il processo democratico», art. 265-*bis* c.p.; «diffusione di campagne d'odio o volte a minare il processo democratico», art. 265-*ter* c.p.). Il ddl Zanda (A.S. 3001 del 14 dicembre 2017), invece, si limitava a prescrivere, previa segnalazione degli utenti, la rimozione di contenuti che fossero già autonomamente previsti come illeciti, incoraggiando, al contempo, l'affidamento dei reclami ad organismi esterni di autoregolamentazione.

²⁰² Per i dettagli v. il relativo comunicato stampa della Polizia di Stato del 18 gennaio 2018, reperibile in www.commissariatodips.it.

²⁰³ Cfr. la nota OL ITA 1/2018, inviata al Governo italiano il 20 marzo 2018.

iniziato il proprio *iter* in Commissione soltanto lo scorso 17 luglio²⁰⁴.

Invero, è ben possibile che la cautela, se non addirittura la riluttanza finora manifestata dalle Camere si spieghi con le medesime ragioni che già indussero la maggioranza dell'Assemblea costituente a rigettare la proposta dell'on. Giuseppe Dossetti²⁰⁵, di introdurre un sindacato pubblico sulle fonti d'informazione nel testo di quello che sarebbe poi diventato l'art. 21 Cost.: il timore, cioè, di derive autoritarie, tese a fissare inaccettabili verità di Stato²⁰⁶.

In ogni caso, per effetto dell'appartenenza all'Ue, non appena saranno emanate troveranno applicazione anche in Italia le misure contenute nel *Piano* varato nel dicembre 2018 da Commissione europea ed Alto rappresentante per gli affari esteri allo scopo di contrastare la diffusione di notizie pericolose per il corretto funzionamento «dei processi politico-democratici» e di «elaborazione delle politiche», ovvero per la «salute dei cittadini, dell'ambiente e della sicurezza dell'UE»²⁰⁷. Sugli esatti contenuti di tale documento sembra, quindi, opportuno soffermarsi.

8. Segue: Il Piano d'azione europeo contro la disinformazione.

Il *Piano d'azione europeo contro la disinformazione*²⁰⁸ si fonda su quattro *pilastr*i, di cui ad oggi uno soltanto, il terzo, può dirsi già compiutamente eretto. Esso, pur essendo costituito da un documento formalmente auto-regolatorio, lo *EU Code of Practice on Disinformation*²⁰⁹, è in realtà frutto di un lungo negoziato, cui hanno preso parte tutti gli

²⁰⁴ A.C. 1056, primo firmatario l'on. E. Fiano. Il 12 febbraio 2020, dopo la congiunzione con altri tre disegni di legge (C.2103, C.2187 e C.2213), ne è stato rimesso l'esame ad un Comitato ristretto, che ha avviato la discussione sette giorni più tardi.

²⁰⁵ La proposta, per vero, riscosse ampio sostegno in Commissione (*Atti Comm. Cost. - I Sottocommissione, Resoconto sommario della seduta di venerdì 27 settembre 1946*, pp. 151-152), che la approvò a larga maggioranza.

²⁰⁶ V. in questo senso gli interventi degli onorevoli M. Cevolotto (*Atti A.C.*, LXXXVIII seduta, 14 aprile 1947, p. 2855), V. Badini Confalonieri (*ibid.*, p. 2857) e G. Giannini (*loc. ult. cit.*).

²⁰⁷ Questa la definizione di «*disinformation*» adottata nel *Preambolo*, peraltro mutuata dalla cit. COM(2018) 236 final, § 2.1.

²⁰⁸ Comunicazione JOIN(2018) 36 final, del 5 dicembre 2018.

²⁰⁹ Sottoscritto a Bruxelles il 20 settembre 2018 da una vasta platea di imprese, sia operatori informatici (tra cui Facebook, Google – Twitter e Mozilla, che nel 2016 avevano già dato siglato il *Codice di condotta per lottare contro le forme illegali di incitamento all'odio* online) sia associazioni rappresentative di agenzie pubblicitarie e di comunicazione; nel maggio 2019 vi ha aderito Microsoft. Sul procedimento di formazione e sulla natura giuridica di tale atto v. G. Pagano, *Il Code of Practice on Disinformation. Note sulla natura giuridica di un atto misto di autoregolazione*, in *Federalismi*, n. 11/2019, p. 3 ss., mentre sui possibili risvolti

organi politici dell'Ue. Tra le misure ivi previste spicca, oltre alla rimozione dei contenuti ingannevoli o fuorvianti, la creazione di una nuova figura, il *fact checker*, col compito di assistere i gestori dei siti nel valutare a quali contenuti dare, o meno, visibilità. Invero, tale approccio suscita diverse perplessità.

Sul piano teorico, esso sconta anzitutto la mancanza di un'adeguata base normativa. L'art. 67 Tfeue, pur assegnando all'Unione la competenza a garantire uno spazio comune di «libertà, sicurezza e giustizia» (§ 1) mediante la lotta ai fenomeni criminali, al razzismo ed alla xenofobia (§ 3), prevede a tal fine l'adottabilità di misure ben determinate, di carattere pubblicistico («coordinamento e cooperazione tra forze di polizia e autorità giudiziarie», «riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie», «ravvicinamento delle legislazioni»). L'unica disposizione di *hard law* a menzionare il ricorso a strumenti regolatori di diritto privato, l'art. 16 dir. 2000/31/CE²¹⁰, sembra escluderne implicitamente l'utilizzabilità, almeno in chiave repressiva²¹¹.

In questo quadro, la ricerca del consenso negoziale di alcune grandi imprese, in funzione regolatoria degli spazi virtuali, finisce per consolidare ulteriormente la posizione di forza che i cc.dd. “Signori della Rete”²¹², benché privi di legittimazione democratica, già occupano. Il rischio è che l'esigenza di contrastare la diffusione degli *hate speeches* finisca per avere ricadute *di sistema*, forse non abbastanza ponderate: si pensi, in particolare, a quella concezione delle interazioni digitali che è stata definita “neocorporativa”²¹³, perché

di tale strumento in termini di «*collateral censorship*» cfr., già con riferimento al Codice del 2016, F. Abbondante, *Il ruolo dei social network nella lotta all'hate speech: un'analisi comparata fra l'esperienza statunitense e quella europea*, in *Inf. dir.*, n. 1-2/2017, p. 65.

²¹⁰ C.d. “Direttiva sul commercio elettronico”, emanata da Parlamento europeo e Consiglio l'8 giugno 2000.

²¹¹ La disposizione richiamata nel testo, infatti, rinvia agli articoli «da 5 a 15» della direttiva, incentrati sugli obblighi informativi a carico degli operatori e sulle loro esenzioni da responsabilità in determinate ipotesi, ignorando invece l'articolo 3, sui possibili motivi di illiceità dei contenuti *online*.

²¹² Per tale locuzione v. già AA. VV., *I Signori della Rete. I mondi di Internet, le frontiere delle telecomunicazioni, la guerra dei bottoni*, *Limes*, quad. spec. n. 1/2001, *passim*.

²¹³ Il vocabolo è usato, seppur criticamente, da M. Cunimberti, *Potere e libertà nella Rete*, in *MediaLaws*, n. 3/2018, p. 5 ss., cui *adde*, con particolare riferimento alle piattaforme sociali, M. R. Allegri, *Ubi social ibi ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Milano, Franco Angeli, 2018, p. 29 ss. Cfr. già P. Passaglia, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in M. Nisticò - M. Passaglia (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 37 ss., che si spinge ad interrogarsi sulla configurabilità di una nuova «formazione sociale»; G. L. Conti, *La governance dell'Internet: dalla Costituzione della rete alla Costituzione nella rete*, *ibid.*, p. 77 ss.; T. E. Frosini, *Internet come ordinamento giuridico*, *ibid.*, p. 57 ss. Quest'ultimo A., tuttavia, sembra ritenere che – in assenza di interventi normativi di parte statale – la regolazione della Rete si svilupperebbe in senso, per così dire, orizzontale e non già verticistico: v. *Id.*, *Internet, la libertà e la legge*, in *Id.*, *Liberté égalité Internet*, Napoli, Esi, 2015, p. 137, laddove si rintraccia un accostamento con la «*lex mercatoria*» quale analogha esperienza di «diritto spontaneo».

incentrata sull'idea che i cybernauti costituiscano una *comunità* soggetta al *governo* di gestori privati²¹⁴.

Quanto appena osservato sembra corroborare due censure ulteriori, di carattere pratico. La prima riguarda la possibilità che le stesse aziende informatiche erette a *custodi* degli ambienti virtuali si trovino in conflitto d'interessi verso quei contenuti che, per quanto discutibili, attirino l'attenzione di un nutrito numero di utenti e, quindi, di investitori pubblicitari²¹⁵. Del resto, non bisogna dimenticare le difficoltà che già oggi sembra incontrare l'implementazione della c.d. *net neutrality*²¹⁶, quale fattore di diffusione *orizzontale* delle risorse informatiche, affidata ai privati.

La seconda censura attiene, invece, al carattere ora invasivo, ora non risolutivo di alcune misure: basti pensare, rispettivamente, al *data filtering*²¹⁷ che, coinvolgendo tutti i flussi in entrata, tende inevitabilmente a colpire anche un certo numero di messaggi leciti²¹⁸; ovvero alla rimozione di tutte le condivisioni che di un certo contenuto siano state fatte all'interno di una piattaforma sociale, che in un recente caso giudiziario tedesco si è accertata non

²¹⁴ Sulla inopportunità di consentire a soggetti privati di «incidere negativamente sulla libertà della Rete» v. A. Ciancio, *La libertà di informazione, internet ed il terrorismo internazionale*, in *Federalismi*, n. 12/2015, p. 5 ss., cui *adde*, analogamente, A. Papa, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 245 e p. 270 ss.

²¹⁵ Cfr. i molteplici rischi e le possibili soluzioni (ad oggi solo parzialmente adottate) segnalati già dalla comunicazione della commissione europea COM(2017)555 final, del 28 settembre 2017, §§ 4 - 4.3.2. In quest'ordine di idee, tra gli altri, C. Pinelli, “*Postverità*”, cit., p. 47.

²¹⁶ Cfr. i dati raccolti nel recente *report* “The Net Neutrality Situation in the EU. Evaluation of the First Two Years of Enforcement”, pubblicato il 29 gennaio 2019 dalla ong austriaca Epicenter.works e reperibile in www.epicenter.works. Il principio di *net neutrality* è fissato a livello europeo dall'art. 3, § 3 regolamento (UE) 2015/2120 del 25 novembre 2015, cui si sono aggiunti le linee-guida dell'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (docum. Berec n. BoR (16) 127 del 30 agosto 2016, allo stato in fase di revisione: cfr. il docum. Berec n. BoR (19) 112 del 19 giugno 2019) e, sul piano dell'uguaglianza sostanziale, l'art. 3, § 2, lett. d) della direttiva (UE) 2018/1972 dell'11 dicembre 2018. In dottrina, v. almeno M. Orofino, *La declinazione della net-neutrality nel Regolamento europeo 2015/2120. Un primo passo per garantire un'Internet aperta?*, in *Federalismi*, n. 2/2016, p. 12 ss., e C. Martani, *La net neutrality alla luce del Regolamento UE n. 2120/2015 e delle Linee Guida BEREC*, in *Cib. dir.*, n. 1/2017, p. 3 ss., cui *adde*, anche per opportuni riferimenti al diritto statunitense e italiano, P. Otranto, *Net neutrality e poteri amministrativi*, in *Federalismi*, n. 3/2019, p. 7 ss.

²¹⁷ Cfr. la comunicazione COM(2017)555, cit., §§ 3.1 e 3.3.1, cui *adde*, in tema di istigazione ad atti terroristici, le *Conclusioni* del Consiglio europeo del 22-23 giugno 2017 (EUCO 8/17; § 2), e la *Dichiarazione del G7 di Taormina G7 sul contrasto al terrorismo e all'estremismo violento* del 26 maggio 2017 (punto 5).

²¹⁸ Cfr. l'episodio di censura “sbagliata” commentato da E. M. Aswad, *The Future of Freedom of Expression Online*, in *Duke L. & Tech. Rev.*, n. 17/2018-2019, p. 27 ss., cui *adde*, nel panorama dottrinale italiano, le perplessità già addotte da A. Ciancio, *La libertà di informazione*, cit., p. 13 ss., e G. E. Vigevani, *La responsabilità civile dei siti per gli scritti anonimi: il caso Delfi c. Estonia*, in *Forum Quad. Cost. Rass.*, febbraio 2014, p. 3.

essere tecnicamente possibile neppure al gestore²¹⁹.

Gli altri tre *pilastri* del *Piano* mirano, invece, ad un maggiore impegno delle Istituzioni, sia europee che nazionali²²⁰. Più precisamente, il primo pilastro concerne l'incremento della capacità, da parte degli stessi organismi dell'Ue²²¹, di «individuare, analizzare e smascherare» le *fake news*, mediante un cospicuo aumento delle risorse, anche professionali, a loro disposizione. Il secondo pilastro prevede, invece, la creazione di un «*Rapid Alert System*», gestito sia dall'Unione che dai singoli Stati membri, col compito di segnalare e contrastare in modo coordinato le campagne di disinformazione, soprattutto politico-elettorale, prima che queste diventino virali²²². Il quarto pilastro, infine, consiste nell'incrementare il tasso di «consapevolezza» e «resilienza» dei cittadini²²³, educandoli, cioè, a riconoscere il carattere ingannevole di alcuni messaggi, grazie a campagne di alfabetizzazione mediatica e di informazione, al sostegno economico dell'informazione giornalistica di qualità e, non ultimo, alla nascita di uno «*European network of fact checkers*», sotto l'egida della Commissione e dei singoli Stati.

La concreta implementazione di tali misure è già iniziata, con esiti incoraggianti²²⁴. Tuttavia, è chiaro che essa dovrà proseguire con la massima prudenza, dal momento che un uso distorto degli strumenti anti-*fake news*, privilegiando determinate fonti (e notizie) in danno di altre, potrebbe sfociare in un pericoloso condizionamento dell'opinione pubblica da parte del potere politico.

²¹⁹ Si tratta del caso deciso dal *Landgericht* di Würzburg con la sent. 11 O 2338/16 UVR del 7 marzo 2017, annotata in Italia da E. Bartolini, *Selfie con Merkel? Diffamazione, hate speech, fake news e responsabilità dei social networks: un difficile bilanciamento*, in *DPCE on line*, n. 1/2017, p. 149 ss.

²²⁰ Cfr. la *Dichiarazione dei diritti in Internet*, adottata il 14 luglio 2015 da una Commissione di studio della Presidenza della Camera dei deputati, anche nei commenti di M. Bassini, *Né costituzione né legge. La Dichiarazione dei diritti in Internet verso una missione culturale*, in www.medialaws.eu, luglio 2015, e M. R. Allegri, *Riflessioni e ipotesi sulla costituzionalizzazione del diritto di accesso a Internet (o al cyberspazio?)*, in *Riv. Aic*, n. 1/2016, nt. 1.

²²¹ Il documento menziona, in particolare, le *Strategic Communication Task Forces* e la Cellula per l'analisi delle minacce ibride, afferenti tutte al Servizio europeo per l'azione esterna, nonché le Delegazioni dell'Unione nei singoli Paesi membri (comunicazione JOIN(2018) 36 final, cit., pp. 5-6).

²²² *Ibid.*, p. 6 ss., dove peraltro si anticipa la necessità che il Ras lavori in stretta connessione con organismi già attivi, come il Centro per il coordinamento delle risposte di emergenza e la *Situation Room* del cit. Servizio europeo per l'azione esterna, oltre a *partners* internazionali come il G7 e la Nato.

²²³ *Ibid.*, p. 9 ss.

²²⁴ V. di recente il *Report on the implementation of the Action Plan Against Disinformation*, pubblicato tramite comunicazione congiunta da Commissione ed Alto rappresentante per la politica estera il 14 giugno 2019 (JOIN(2019) 12 final).

9. Cenni conclusivi e spunti *de iure condendo*.

I rilievi sin qui operati delineano un quadro assai poco rassicurante per lo stato di salute delle moderne democrazie, nonché per un esercizio dei diritti politici individuali che sia realmente libero ed autodeterminato. Ciò appare tanto più vero se si considera che, riprendendo per un istante alcuni dei concetti su cui ci si è già poc'anzi soffermati, gli algoritmi sarebbero all'origine della maggior parte delle informazioni di cui fruiscono ogni giorno gli utenti di Internet²²⁵ e che proprio quest'ultima è considerata fonte informativa privilegiata dalla grande maggioranza dei cittadini²²⁶. Del resto, benché gli italiani che decidono di formare i propri orientamenti di voto *online* costituiscano ancora una minoranza, seppur statisticamente significativa (34 %) ²²⁷, è facile supporre che tale dato non tenga conto né dell'influenza che ciascuno può subire in modo inconsapevole, ad esempio durante navigazioni a scopo ricreativo, né del crescente drenaggio di contenuti dai *social ai media* tradizionali: si pensi, ad esempio, ai *tweets* del presidente Trump, puntualmente ripresi da numerosi giornali e televisioni²²⁸.

Quanto alle possibili contromisure, in prospettiva *de iure condendo*, va detto che negli ultimi anni anche in ambito dottrinale, così come sul versante legislativo, la riflessione si è incentrata prevalentemente sul tema delle *fake news*. In particolare, alcuni Autori hanno auspicato un maggiore impegno dello Stato, mediante la fissazione di divieti ed obblighi a carico dei gestori dei siti²²⁹; altri, invece, sembrano guardare favorevolmente alla

²²⁵ *Ibid.*, p. 51.

²²⁶ V. il *Rapporto sul consumo di informazione*, p. 64, pubblicato nel febbraio 2018 dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e reperibile nel relativo sito istituzionale (www.agcom.it).

²²⁷ *Ibid.*, p. 34.

²²⁸ L'esempio pare significativo, se è vero che, stando ad un recente studio dell'Università di Oxford (AA. VV., *Polarization, Partisanship and Junk News Consumption over Social Media in the US*, febbraio 2018, *passim*, reperibile in www.comprop.oii.ox.ac.uk), proprio il Presidente ed i suoi sostenitori costituirebbero la maggiore fonte di *fake news* negli Usa.

²²⁹ A tale approccio paiono riconducibili: la stesura di *black lists* di siti inaffidabili da parte di Autorità indipendenti (C. Pinelli, *“Postverità”*, cit., p. 47); l'obbligo, per i gestori, di segnalare alle Autorità tutti i contenuti controversi (G. De Gregorio, *The market place of ideas nell'era della post-verità*, cit., p. 104), o di rimuoverli *tout-court* (C. R. Sunstein, *Voci, gossip e false dicerie*, Milano, Feltrinelli, 2010, p. 88, adesivamente richiamato da C. Pinelli, *loc. cit.*); l'estensione dell'obbligo di rettifica (M. Monti, *Fake news e social network*, cit., pp. 85-86, e M. Bassini - G. E. Vigevani, *Primi appunti*, cit., p. 21); il *fact-checking* ad opera di enti pubblici (M. Monti, *op. ult. cit.*, p. 88); l'estensione ai *social* della responsabilità editoriale attualmente prevista per i periodici (M. Sullivan, *Call it a “crazy idea”*, in *The Washington Post*, 20 novembre 2016); il divieto di *bot account* (F. Pizzetti, *Fake news e allarme sociale*, cit., p. 58); la creazione di una nuova Autorità indipendente col compito di vigilare sugli spazi virtuali (G. Pitruzzella, *La libertà di informazione*, cit., p. 45, cui cfr. però la vivace critica di N. Zanon, *Fake news e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di un'“Autorità Pubblica della Verità”?*, in *MediaLaws*, n. 1/2018, pp. 16-17).

autoregolazione²³⁰ delle stesse piattaforme. Non manca, comunque, chi argomenta l'opportunità di instaurare una sinergia tra pubblico e privato, secondo criteri di sussidiarietà²³¹.

Tanto premesso, in questa sede sembra comunque possibile prospettare qualche rimedio ulteriore. Con specifico riferimento alle campagne referendarie, anzitutto, potrebbe adottarsi un sistema simile a quello elvetico delle «spiegazioni»²³²: l'ente che indice la consultazione (Stato, Regione, Comune *etc.*) potrebbe, cioè, fornire agli elettori una documentazione esplicativa del quesito e delle possibili ricadute, al duplice fine di mettere tutti nelle condizioni di compiere scelte consapevoli e di contrastare la disinformazione²³³. Sarebbe, inoltre, opportuno che alla stesura di tali note fossero chiamati a contribuire i partiti, sia favorevoli che contrari, sotto la supervisione di un'Autorità indipendente. In tal modo, non solo si restituirebbe loro quella rilevanza sociale che essi sembrano aver almeno in parte smarrito, ma si tenderebbe, altresì, a riportare il dibattito pubblico su basi oggettive, allontanandolo da potenziali derive populistiche e manipolatorie.

Più in generale, anche traendo spunto dall'esperienza della Bbc²³⁴, potrebbe essere utile puntare ad un maggiore impegno del servizio pubblico radiotelevisivo, cui dovrebbe

²³⁰ Tra le proposte più significative figurano: interventi di *fact-checking* e *debunking*, da parte sia di operatori umani che di algoritmi (cfr. M. Mezzanotte, *Fake news nelle campagne elettorali*, cit., p. 16, e V. Visco Comandini, *Le fake news*, cit., p. 208); la stesura di *whitelists* a cura di agenzie pubblicitarie digitali (*ibid.*); l'uso di algoritmi che privilegino le fonti più affidabili (M. Mezzanotte, *op. ult. cit.*, p. 20) e presentino all'utente anche punti di vista diversi dal suo (C. R. Sunstein, *#republic*, cit., p. 197 ss.); l'instaurazione di una *peer-review* tra utenti, supervisionata dai gestori, sul modello di *Wikipedia* (M. Bassini - G. E. Vigevani, *loc. ult. cit.*); il contrassegno dei contenuti controversi (M. Cuniberti, *Il contrasto alla disinformazione*, cit., p. 35). Nel medesimo ordine di idee, diffidente verso ogni potenziale «ostruzionismo regolamentativo» da parte del soggetto pubblico, si è posto di recente anche T. Frosini, relazione al seminario «*Social network, formazione del dissenso e istituzioni politiche: quale regolamentazione possibile?*» (Roma, 29 gennaio 2019), reperibile in formato audiovisivo in www.federalismi.it. Nella medesima occasione, alcune perplessità verso un modello esclusivamente autoregolatorio sono state manifestate, tuttavia, da B. Caravita di Toritto, insieme al timore che il silenzio del legislatore sfoci in una situazione di «*far web*».

²³¹ V. lo schema delineato da G. Pitruzzella, *La libertà di informazione*, cit., p. 46, nel quale il soggetto pubblico (giudice o *Authority*) interviene, su istanza di parte, soltanto qualora l'utente ritenga che il gestore della piattaforma non abbia assolto ai propri obblighi di rimozione.

²³² Per approfondimenti v. la pagina www.ch.ch/it/democrazia/votazioni/materiale-di-voto, a cura della Cancelleria federale.

²³³ Il problema della attuale «inadeguatezza delle campagne elettorali e di informazione sui contenuti delle richieste referendarie», così come il rischio che questa si ripercuota «sull'effettiva consapevolezza dell'elettorato al momento del voto» è segnalato già da A. Ciancio, *A proposito dell'ammissibilità*, cit., pp. 304-305. È evidente, però, che la diffusione di *fake news* ne comporta l'aggravamento.

²³⁴ V. sul tema G. E. Vigevani, *I media di servizio pubblico nell'età della rete. Verso un nuovo fondamento costituzionale, tra autonomia e pluralismo*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 103 ss.

demandarsi la produzione di contenuti giornalistici credibili²³⁵ e di qualità²³⁶. Invero, una simile strategia troverebbe puntuale riscontro nella giurisprudenza costituzionale, secondo la quale l'art. 21 Cost. garantirebbe ai consociati il diritto a ricevere un'informazione connotata da «obiettività», «imparzialità», «completezza» e «correttezza»²³⁷. Ed è proprio in quest'ottica, del resto, che sembra essersi mosso il Governo già nel 2010, allorché esso ha emanato alcune linee guida²³⁸ per spronare le Pubbliche Amministrazioni ad un maggiore utilizzo della Rete per le proprie attività di informazione istituzionale, con risultati incoraggianti²³⁹.

Ancora, potrebbe valutarsi il recupero di quanto originariamente proposto in tema di *par condicio*, prevedendo, cioè, l'estensione della disciplina attuale a *social networks* e motori di ricerca. Del resto, benché in Internet non si riscontri quella scarsità di risorse (frequenze) propria del comparto radiotelevisivo²⁴⁰, deve convenirsi che alla moltiplicazione delle possibilità di accesso alle notizie, frutto del digitale, non si è accompagnato un uguale aumento né della capacità di attenzione dei cittadini-utenti, né del tempo che ciascuno di

²³⁵ Ciò richiederebbe una riduzione dell'attuale condizionamento politico del Consiglio di amministrazione della Rai. Per un'analisi alquanto critica dell'attuale sistema di *governance* (artt. 45 ss. decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, modificato, da ultimo, dalla legge 28 dicembre 2015, n. 220), anche alla luce della giurisprudenza costituzionale e del diritto europeo, v. O. Grandinetti, *La governance della RAI e la riforma del 2015*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2016, p. 848 ss. Per contro, sull'importanza cruciale dell'autonomia dei *media* di servizio pubblico – anche al di là delle specifiche azioni ipotizzate nel testo – v. da ultimo G. E. Vigevani, *op. cit.*, p. 28 ss.

²³⁶ Cfr. G. E. Vigevani, *Fondamento costituzionale e autonomia dei media di servizio pubblico nell'età della rete*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 31 ss., secondo il quale il servizio pubblico radiotelevisivo sarebbe una «istituzione di garanzia» nell'era digitale.

²³⁷ Così, testualmente, la sent. Cost. 24 marzo 1993, n. 112, § 7, annotata, tra gli altri, da P. A. Capotosti, *L'emittenza radiotelevisiva privata tra concessione e autorizzazione*, in *Giur. cost.*, n. 3/1993, p. 2118 ss., cui *adde*, nel medesimo senso, già la sent. Cost. 6 maggio 1987, n. 153, § 5, con note di C. Chiola, *La licenza per le trasmissioni radiotelevisive verso l'estero*, in *Dir. inf.*, n. 2/1987, p. 955 ss., e T. Padovani, *L'incostituzionalità del monopolio statale in materia di trasmissioni radiotelevisive verso l'estero*, in *Leg. pen.*, 1987, p. 711.

²³⁸ Il documento, intitolato appunto «Linee guida per i siti web delle PA», è stato pubblicato una prima volta nel 2010 su iniziativa del Ministro per la Pubblica Amministrazione e l'innovazione (art. 4 direttiva 26 novembre 2009, n. 8/09). A decorrere dal 29 luglio 2011, tuttavia, esso ha subito un significativo aggiornamento ad opera di un gruppo di lavoro istituzionale, cui hanno preso parte il Dipartimento per la funzione pubblica e il Dipartimento per la digitalizzazione e l'innovazione tecnologica della Presidenza del Consiglio dei Ministri, nonché DigitPA (ente sostituito, nel 2012, dalla Agenzia per l'Italia digitale) e Formez PA, nel cui sito www.egov.formez.it è tuttora reperibile.

²³⁹ Cfr. l'opera di *debunking* e prevenzione delle *fake news* svolta, tramite i propri *social account* istituzionali, da diversi Comuni siciliani, come riportato nel corso del convegno “Uso e diffusione dei *social media* pubblici: la sfida *social* delle PA nell'era della Trasparenza Totale” (Catania, 5 dicembre 2019) dai curatori della recente campagna di monitoraggio “Comuni Social”, i cui risultati sono consultabili in www.generazioneepsilon.it.

²⁴⁰ M. Mezzanotte, *Fake news nelle campagne elettorali*, cit., p. 23.

essi può dedicare alla ricerca dell'informazione²⁴¹.

Tali interventi avrebbero il pregio di assicurare una almeno tendenziale parità di *chances* comunicative a tutte le formazioni politiche, indipendentemente dalla possibilità che ciascuna di esse abbia, oppure no, di accedere a costosi servizi di *social media marketing*. Per tal via, essi si attergerebbero, pertanto, a svolgimento del principio di uguaglianza sostanziale, rendendo effettivo il diritto di tutti i cittadini di «accedere [...] alle cariche elettive» (art. 51 Cost.) e di «concorrere»²⁴² a determinare la politica nazionale (art. 49 Cost.).

Vi è, tuttavia, un ultimo dato che merita di essere preso in considerazione. In letteratura, è stata osservata una tendenziale corrispondenza tra influenzabilità delle opinioni individuali ed appartenenza dell'individuo a categorie svantaggiate sul piano economico, culturale o sociale²⁴³. Ciò sembra suggerire che, specie nel lungo termine, qualsiasi rimedio sia destinato a fallire se non assistito da adeguati interventi di *welfare*, a cominciare dalla integrazione delle minoranze, dalla lotta alla povertà, dal contrasto a fenomeni come l'analfabetismo di ritorno²⁴⁴ e l'analfabetismo funzionale²⁴⁵.

Abstract: L'articolo opera una sintetica ricostruzione dell'attuale quadro normativo in tema di democrazia diretta e partecipativa, nonché delle più comuni prassi di condivisione delle decisioni interne agli stessi partiti politici (si pensi alle cc.dd. primarie e alla nota piattaforma *Rousseau*), per poi soffermarsi sui rischi di manipolazione del consenso e di destrutturazione dello stesso modello tradizionale di *partito*, propri della comunicazione politica digitale. A seguire, esso si sofferma sulle risposte elaborate dal legislatore

²⁴¹ Cfr. A. Ciancio, *Il pluralismo*, cit., p. 35, secondo la quale proprio l'impossibilità, per il singolo, di vagliare in modo critico la cospicua mole di informazioni circolanti in Rete potrebbe risolversi in un «calo dell'attenzione complessiva dell'utente», con conseguente «esaltazione del ruolo delle imprese fornitrici dei motori di ricerca».

²⁴² La garanzia di una «effettiva parità di *chances*» a tutti i partiti è considerata implicita nel concetto di «concorrenza», come richiamato nell'art. 49 Cost., da G. E. Vigevani, *Art. 49*, in S. Bartole - R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, p. 500.

²⁴³ Cfr. quanto accennato *supra*, § 5, in tema di vulnerabilità alle narrazioni emotive, cui *adde*, con particolare riferimento al c.d. complottismo, F. Saccà, *Culture politiche*, cit., p. 33.

²⁴⁴ Sul tema v. per tutti S. Avveduto, *La Croce del Sud. Arretratezza e squilibri educativi nell'Italia di oggi*, Roma, Ucsa, 2005, *passim*; F. Frabboni, *La scuola rubata*, Milano, Franco Angeli, 2010, p. 28 ss.; R. Pizzini, *Analfabetismo di ritorno e dintorni*, Roma, Aracne, 2013, p. 25 ss. In dottrina, cfr. E. Lehner, *Fake news e democrazia*, in *MediaLaws*, n. 1/2019, pp. 115-116.

²⁴⁵ Cfr. A. Alberici, *Imparare sempre nella società della conoscenza*, Torino, Pearson Italia, 2002, p. 149 ss., e M. D'Agostino, *Sociolinguistica dell'italiano contemporaneo*, in AA. VV., *L'Italia e le sue Regioni*, Roma, Ist. Enciclopedia Italiana, 2015, *passim*, consultabile in www.treccani.it.

nazionale e, soprattutto, europeo, insieme ad alcuni spunti in prospettiva *de iure condendo*.

Abstract: The article starts with a brief reconstruction of current legal framework about direct and participatory democracy, as well as practice of decision-making sharing in political parties (think of primary elections and *Rousseau* platform). Then, it deals with risks of manipulation of consensus and perturbation of traditional model of political parties coming from political digital communication. Finally, it dwells on regulatory solutions passed both by Italian and UE lawmakers, besides some suggestions in a *de iure condendo* perspective.

Parole chiave: Internet – democrazia – partiti politici – *referendum* – disinformazione – piattaforme sociali.

Key words: Internet – democracy – political parties – *referendum* – fake news – social networks.

LA PROSPETTIVA DEI *GREEN BONDS* PER LA FINANZA SOSTENIBILE*.

di Stefania Cavaliere**

Sommario. 1. Un'alternativa alla finanza speculativa. – 2. Iniziative europee ed internazionali: *work in progress*. – 3. Le potenzialità delle nuove obbligazioni verdi, un bruco che può diventare farfalla.

85

1. Un'alternativa alla finanza speculativa.

La finanza speculativa, come è noto, ha innescato, a partire da Oltreoceano, una pesante crisi nel sistema economico globale, la quale, pur se in misura minore rispetto al decennio scorso, continua a fare sentire i suoi effetti, che attualmente si affiancano ad altre pressanti problematiche come, per esempio, la questione ambientale. Ciò ha alterato in modo strutturale la fisionomia e le regole di funzionamento dei sistemi finanziari e ha avuto un impatto significativo sulle relazioni tra intermediari e mercati, e persino tra famiglie e imprese produttive. Si è avvertita, così, la necessità di ripensare completamente l'attuale quadro economico e finanziario al fine di ridare centralità alla persona umana e ai suoi diritti.

Negli anni '60 del secolo scorso, sulla scia dei movimenti di protesta a favore dei diritti civili, si posero le premesse volte a un cambiamento della *qualità* del mercato, attraverso la domanda di prodotti e di servizi diversi da quelli tradizionali. Dagli anni '90, la finanza socialmente responsabile ha compiuto un salto di qualità e si è posta come un esempio virtuoso per tutto il mondo degli investimenti e, soprattutto nell'ultimo decennio, si è concretizzato un diverso modo di intendere la politica finanziaria che, pur all'interno di un mercato invariato nelle sue caratteristiche di fondo, da un lato, è in grado di creare la

* *Sottoposto a referaggio.*

** Assegnista di ricerca in Diritto dell'economia – Università di Bari "Aldo Moro".

redditività attesa da un investimento e, dall'altro, può generare un ulteriore impatto, per dir così, socialmente “misurabile”²⁴⁶.

L'esigenza di cambiare l'attuale modello di sviluppo della società non può non fare i conti con un diverso approccio al sistema finanziario, che può sviluppare un non trascurabile moto virtuoso capace di indirizzare scelte economiche ed industriali e, nello stesso tempo, contribuire a svolgere un ruolo non secondario nelle politiche di salvaguardia del pianeta. Essa, infatti, può rappresentare un valido strumento per favorire un utilizzo di energia più *green*, contribuire al buon utilizzo delle risorse naturali o migliorare le politiche sui rifiuti e sulla fertilità dei terreni²⁴⁷.

Da questa rinnovata visione *politica* della finanza, peraltro già oggetto di non trascurabili trasformazioni al piano soggettivo, cioè *interno*, anche a causa degli effetti degenerativi del capitalismo visibili a seguito della crisi finanziaria e dei debiti sovrani²⁴⁸, è nata l'idea di finanza sostenibile²⁴⁹ che sostiene e si avvicina alle istanze generali della sostenibilità, nell'intento di valorizzare le risorse attuali per far fronte ai bisogni e alle aspirazioni dell'uomo di oggi ma anche di quello di domani²⁵⁰.

²⁴⁶ M. Reggio, *Introduzione*, in C. Gonnella, S. Cerlenco (a cura di), *La finanza ad impatto sociale*, Roma, 2017, p. 13.

²⁴⁷ P. Venturi e G. Perra, *La finanza di impatto per i cambiamenti climatici*, consultabile su www.finanzasostenibile.it, 2018, p. 7.

²⁴⁸ F. Capriglione, *Nuova finanza e sistema italiano*, Torino, 2016, p. 7 ss.

²⁴⁹ *Ex multis* e tra i più recenti, A. Del Giudice, *La finanza sostenibile*, Torino, 2019, p. 7 ss.; G. Sabatini, *Finanza d'impatto e Action Plan sulla finanza sostenibile: il percorso delle banche europee*, in *Bancaria*, n. 4/2019, p. 23 ss.; G. Betti, *La finanza sostenibile e i "principi per la banca responsabile" delle Nazioni Unite: insieme per un' "economia verde"*, in *Credito cooperativo*, n. 1/2019, p. 38 ss.; E. Macchiavello, *Possono esistere "banche etiche"? La nuova definizione normativa di "operatori di finanza etica e sostenibile" tra interesse sociale, scopo di lucro e normativa bancaria post-crisi*, in *Riv. Trim. dir. dell'ec.*, n. 1/2019, p. 188 ss.; R. Ferrari, *La finanza etica e sostenibile in Europa: non una finanza minore, ma una finanza migliore*, in *Credito cooperativo*, n. 2/2019, p. 44 ss.; M. Mannini, *La finanza sostenibile*, in *Quale impresa*, n. 5-6/2018, p. 30 ss.; S. Boubaker, D. Cumming e D. K. Nguyen (a cura di), *Manuale di ricerca di finanza e sostenibilità*, Cheltenham, 2018, p. 26 ss.; A. Quartarone, *Etica in finanza*, in *Riv. Trim. dir. dell'ec.*, n.1/2018, suppl., pp. 129 ss.; I. Basile, *Esiste un modello di finanza sostenibile? Sustainable finance and economic growth: ne trends and strategies*, in *Bancaria*, n. 6/2017, p. 12 ss.

²⁵⁰ La sostenibilità è oramai diventata una specie di “mantra”, richiamata in tutti i settori del vivere sociale. Tale concetto ha cominciato ad accrescere la sua popolarità a partire dalla definizione dello sviluppo sostenibile come «la necessità di soddisfare i bisogni attuali senza compromettere le esigenze delle generazioni future» fornita nel famoso rapporto della Commissione Brundtland denominato «*Our Common Future*» (1987), presentato alle Nazioni Unite nel 1988, frutto del lavoro della *World Commission on Environment and Development*, presieduta da Gro Harlem Brundtland. I tratti principali del concetto di «sviluppo sostenibile» sono stati oramai dettagliatamente definiti dalla «*Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*», adottata il 25 settembre 2015 dall'Assemblea generale ONU (reperibile online su www.un.org). Sulla sostenibilità, *ex multis*, P. Costa, *Dal conflitto alla sostenibilità ambientale*, in *Ec. della cult.*, n. 2/1997, p. 111 ss.; F. Salvia, *Ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Riv. giur. amb.*, 1998, pp. 235 ss.; V. Pepe, *Lo sviluppo sostenibile fra diritto internazionale e diritto interno*, in *Riv. giur. amb.*, 2002, p. 209 ss.; A. Marzanati, *Lo sviluppo sostenibile*, in A. Lucarelli e A. Patroni Griffi (a cura

Tale tipo di finanza ha conosciuto nel tempo varie configurazioni: dapprima è stata collegata a progetti sostenibili che generavano profitti nel breve periodo, per poi comprendere progetti legati a prodotti capaci di creare valore nel lungo periodo, mentre non pochi esperti del settore stimano che, nel futuro, la sostenibilità diventerà proprio la caratteristica principale di questo settore²⁵¹.

L'obiettivo della politica finanziaria degli ultimi anni, infatti, è sempre più orientato a dare vita a investimenti che generano comunque un plusvalore economico, realizzando, allo stesso tempo, *utili sociali*, in modo da influire positivamente sul sistema ambientale.

Gli obblighi normativi sulla rendicontazione non finanziaria a carico di coloro che emettono titoli improntati alla sostenibilità e le nuove regole che incentivano gli investitori istituzionali ad essere azionisti attivi spiegano la natura di questa tipologia di finanza, che prevede la valutazione di *performance* non finanziarie nelle strategie degli investitori.

Le operazioni della finanza sostenibile, quindi, sono diverse dalle operazioni tradizionali perché, pur integrando investimenti finanziari in senso stretto, collocano il capitale in attività che *scommettono* su investimenti responsabili basati su strumenti e metodologie originali, comunque diverse da quelle tradizionali, e tuttora in fase di trasformazione, come i *social bonds*, i *social impact bonds* e, non ultimi, i *green bonds* in grado di coniugare efficienza e redditività promuovendo progetti sociali e ambientali.

La legislazione italiana non ha ignorato i cambiamenti in atto nel settore della finanza e nel 2016 ha inserito nel Testo unico bancario l'art. 111 *bis*²⁵², rubricato “Finanza etica e sostenibile”, dove si fornisce una precisa definizione degli “operatori di finanza etica e sostenibile”, che, tuttavia, almeno *prima facie*, sembrerebbe elaborata principalmente al fine di riconoscere un'agevolazione fiscale a favore delle banche etiche²⁵³.

di), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, Napoli, 2003, p. 139 ss.; C. Cencini, *Economia, ambiente e sviluppo sostenibile*, Bologna, 2003; M. Benozzo e F. Bruno, *Legislazione ambientale: per uno sviluppo sostenibile del territorio*, Milano, 2003; M. Benozzo e B. Caravita di Toritto, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005; F. La Camera, *Sviluppo sostenibile: origini, teoria e pratica*, Roma, 2005; S. Nespore, *Il governo dell'ambiente. La politica e il diritto per il progresso sostenibile*, Milano, 2009; S. Maglia, *Diritto ambientale: alla luce del d.lgs. 152/2006 e successive modificazioni*, Roma, 2009; M. Doyle e J.E. Stiglitz, *Eliminating extreme inequality. A Sustainable Development Goal, 2015-2030*, in *Ethics & International Affairs*, 2014, p. 5 ss.; E. Scotti, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Dir. dell'ec.*, n. 1/2019, p. 493 ss.

²⁵¹ D. Schoenmaker, *A Framework for Sustainable Finance*, consultabile su www.ssnr.com, 2019.

²⁵² A. Sciarrone Alibrandi e E. Macchiavello, *Commento all'art. 111-bis t.u.b.*, in F. Capriglione (a cura di), *Commentario al Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2018, p. 1643 ss.

²⁵³ E. Macchiavello, *op. cit.*, p. 197 ss.

A livello europeo è stata introdotta una normativa rivolta agli investitori istituzionali al fine di renderli maggiormente attivi sui temi della sostenibilità. A tale proposito, è utile ricordare la direttiva (UE) 2016/2341, riguardante le attività e la supervisione degli enti pensionistici aziendali o professionali attuata con il d.lgs. n. 147/2018, e la direttiva (UE) 2017/828, emanata per incoraggiare l'impegno a lungo termine degli azionisti.

Il contesto si palesa, dunque, favorevole all'avvio di un processo evolutivo nella prospettiva indicata. Da una recente indagine²⁵⁴, infatti, è emerso anche un aumento dell'interesse dei risparmiatori circa l'importanza degli aspetti ambientali e sociali nel settore finanziario. La maggior parte dei cittadini, infatti, sembra acquisire maggiore consapevolezza in ordine al fatto che si possono realizzare profitti se le aziende adottassero *politiche di sostenibilità*, anche quale attuazione delle più recenti tendenze, sviluppatasi a livello internazionale, che tendono a *ridurre* la distanza fra il diritto internazionale dell'economia, tradizionalmente *attento all'efficienza dei mercati*, e il c.d. *diritto allo sviluppo*, maggiormente rivolto ai profili redistributivi²⁵⁵; tuttavia, malgrado questa non trascurabile presa di coscienza, vi è ancora scarsa informazione sui vari tipi di investimenti sostenibili e responsabili, e la gran parte dei piccoli risparmiatori ignora l'esistenza di specifici prodotti finanziari che, oltre ad avere un ritorno economico per l'emittente e per chi li acquista, hanno anche un impatto positivo sull'ambiente e sulla società.

La crisi ecologica degli ultimi decenni, poi, strettamente collegata a quella economica e sociale²⁵⁶, ha evidenziato come il ruolo dei cittadini, degli imprenditori e degli investitori sia fondamentale per dare una svolta concreta e per trasformare l'attuale modello economico²⁵⁷, così come ha rimarcato che l'apporto di questi ultimi si rivela necessario anche per la buona riuscita delle politiche rivolte ai cambiamenti climatici dimostratesi ormai centrali per la crescita e lo sviluppo, al pari delle riforme strutturali. La promozione della tutela dell'ambiente e quella dei diritti sociali, invero, può diventare un elemento cruciale per la promozione di una crescita inclusiva e sostenibile, e per questo occorre

²⁵⁴ A. Lovera e S. Pizzoglio, *Il risparmiatore responsabile in Italia, indagine Doxa S.p.a.*, in www.finanzasostenibile.it, 2017, p. 21.

²⁵⁵ M.C. Malaguti, *"Sviluppo" e diritto internazionale dell'economia*, in E. Triggiani, F. Cherubini, I. Ingravallo, E. Nalin e R. Virzo (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, II, Bari, 2017, p. 873.

²⁵⁶ M. Cafagno, *Analisi economica del diritto e ambiente, tra metanarrazioni e pragmatismo*, in *Il dir. dell'ec.*, n. 2/2019, p. 159 ss.

²⁵⁷ *Annual Report and Accounts Schroders*, 2018, consultabile su www.schroders.com, p. 32 ss.

aumentare la competizione sul mercato dei titoli *green*, puntando su progetti innovativi rispettosi dell'ecosistema dei diritti fondamentali come ha sottolineato l'OCSE²⁵⁸.

L'accordo di Parigi²⁵⁹, il piano d'azione per l'energia e il clima del G19 di Amburgo, nonché il gruppo di studio sulle finanze verdi del G20, evidenziando i danni dei cambiamenti climatici, hanno spronato i *policy makers* e gli economisti a porre in primo piano l'esigenza di salvaguardare l'ambiente. Ciò ha contribuito a dare un concreto impulso alla trasformazione dell'attività finanziaria orientandola sempre più verso la realizzazione dello sviluppo sostenibile e verso l'offerta di prodotti finanziari *green*. Questi ultimi attribuiscono particolare attenzione all'impatto sociale e ambientale, nonché ai principi ESG (*Environmental, Social, Governance*), ovvero tutti quei fattori che caratterizzano le attività collegate all'investimento responsabile e che, pur perseguendo gli obiettivi tipici della gestione finanziaria, considerano fondamentali tutti gli aspetti della sostenibilità. Gli operatori finanziari hanno ormai compreso che gestire rendimenti esclusivamente finanziari di un determinato settore o azienda tradizionale non è più vantaggioso, mentre risultano molto più promettenti prodotti finanziari attenti alle istanze ecologiche e sociali che potenzialmente possono attrarre maggiori investitori.

Al fine di adeguarsi alle nuove richieste del mercato, gli investitori e gli imprenditori hanno cercato di legare i nuovi titoli a sistemi per lo più inediti per permettere agli *stakeholders* di verificare che gli stessi titoli rispettino i principi di sostenibilità. È questo il motivo per cui, secondo quanto attuato anche da tre *big* della finanza che appoggiano la realizzazione dei tanto auspicati cambiamenti in favore del clima – Black Rock, Norges Fund e GPIF (*Government Pension Investment Fund*) – sono stati istituiti il bilancio sociale e il Report CSR ovvero il Rendiconto della *Corporate Social Responsibility*, in Italia conosciuto anche come bilancio di sostenibilità.

2. Iniziative europee ed internazionali.

Un'analisi empirica condotta a livello internazionale²⁶⁰ rileva che le strategie basate sui

²⁵⁸ Cfr. Rapporto economico OCSE Italia, 2019, consultabile su www.oecd.org, pp. 2 ss.

²⁵⁹ Alla conferenza sul clima di Parigi (COP21) del dicembre 2015, 195 Paesi hanno adottato il primo accordo universale e giuridicamente vincolante sul clima mondiale.

²⁶⁰ Del Giudice, *op. cit.*, pp. 52 ss.

criteri ESG, strettamente legate ai bisogni di matrice umana, sociale e ambientale, offrono un beneficio in termini di riduzione di rischio di portafoglio rispetto ai modelli d'investimento tradizionali, nonostante generino rendimenti più bassi.

L'inclusione nei mercati finanziari di prodotti che comprendono progetti ecologici si è resa necessaria a causa delle emergenze ambientali a livello globale perché i fondi pubblici, come è noto, non sono effettivamente sufficienti per finanziare gli interventi necessari per gestire i rischi economici legati ai cambiamenti climatici. Gli investitori, però, pur essendo ben disposti a supportare questa buona causa, hanno dimostrato che prima di acquistare tali titoli vogliono capire cosa vuole realizzare la tecnologia verde e quali sono gli elementi che caratterizzano un'obbligazione *green* in modo da poter monitorare l'utilizzo del capitale e le sue relative rendite.

Tra le varie forme di investimenti verdi si è particolarmente distinto, soprattutto perché è espressamente *votato* alla causa dei cambiamenti climatici, il *green bond* (detto anche *climate bond*). Si tratta di una vera e propria obbligazione²⁶¹, in cui il prestito obbligazionario è utilizzato per finanziare o rifinanziare progetti sostenibili legati a programmi che abbiano un impatto positivo per l'ambiente, come quelli relativi all'efficienza energetica, alla produzione di energia da fonti pulite, all'uso sostenibile dei terreni, alle iniziative legate alla prevenzione e al controllo dell'inquinamento, al miglioramento delle infrastrutture per i trasporti, alle centrali eoliche e più in generale alle iniziative connesse all'utilizzo sostenibile dell'acqua o all'edilizia ecocompatibile, che rispondono a particolari caratteristiche di sostenibilità²⁶².

Le obbligazioni verdi, inoltre, sempre più spesso sono accompagnate da incentivi fiscali come esenzioni e crediti d'imposta, che permettono a questi titoli di aumentarne la competitività rispetto a una comparabile obbligazione tassata. Inizialmente, i nuovi *bond* provenivano principalmente da istituzioni finanziarie sovranazionali, come la Banca mondiale o la Banca Europea per gli Investimenti; successivamente sono arrivati sul mercato anche titoli emessi da singole aziende, municipalità e agenzie statali. Ultimamente

²⁶¹ È opportuno ricordare che ci sono quattro tipologie di *green bonds*, a seconda del tipo di finanziamento previsto nell'obbligazione e cioè: *standard green use of proceeds bond*; *green revenue bond*; *green project bond*; *green securitized bond*.

²⁶² M. Demary e A. Neligan, *Are green bonds a viable way to finance environmental goals? An analysis of chances and risks of green bonds*, in *IW-Report*, n. 28/2018, 2018, pp. 5 ss.; A. Laskowska, *The Green bond as a prospective instrument of the global debt market*, in *Copernican Journal of Finance & Accounting*, n. 6/2017, pp. 69 ss.

si sta assistendo all'espansione significativa dell'emissione di tali titoli anche grazie alla spinta impressa dalla Conferenza di Parigi del 2015 e al fatto che molti Paesi, compresa la Cina e l'India, stanno cercando di ridurre l'utilizzo dei combustibili fossili sostituendoli con nuove forme di energia atte a ridurre le emissioni di gas serra.

La crescita del mercato dei *green bonds*, infatti, è dovuta principalmente a due fattori: da una parte all'ingresso nel mercato delle obbligazioni verdi emesse dalle grandi imprese dei Paesi emergenti e, dall'altra, alla crescente attenzione delle istituzioni sovranazionali riguardo al tema della sostenibilità ambientale²⁶³.

Tutte le principali Banche di Sviluppo (Banca Mondiale, *International Finance Corporation*, *European Bank for Reconstruction and Development*, *European Investment Bank*, *Asian Development Bank*, *African Development Bank*), inoltre, stanno manifestando il loro impegno per la sostenibilità avviando nuovi piani di emissione di *green bonds* in piena sintonia con i due temi centrali delle linee guida definite all'interno dei *Sustainable Development Goals*²⁶⁴ promossi dalle Nazioni Unite, ovvero il cambiamento climatico e l'inclusione finanziaria.

Al momento non esiste uno *standard* globale per certificare come *verde* un determinato *bond*, ma, nel 2014 sono state emanate linee guida elaborate dall'*International Capital Market Association* (ICMA), i c.d. GBP, ovvero i *Green Bond Principles*, che pongono in primo piano la trasparenza nella comunicazione tra emittente e investitore, tutelando il secondo e supportando il primo nell'emissione del titolo. I GBP possono essere considerati una sorta di autoregolamentazione proveniente dal mercato stesso, tanto che non vi sono penalità vere e proprie a carico di chi non li rispetta. Una conseguenza della mancata osservanza dei principi, che potrebbe essere considerata una sorta di sanzione implicita, proviene, invece, proprio dal mercato: l'emittente di un *green bond* che non si adegua alle indicazioni dell'ICMA²⁶⁵, nella maggior parte dei casi, ha una cattiva ricaduta in termini reputazionali.

Le principali caratteristiche che differenziano i *green bonds* certificati secondo i principi ICMA rispetto alle obbligazioni tradizionali possono essere sintetizzati in quattro punti: l'accurata selezione del progetto da finanziare o rifinanziare; la diretta connessione dei

²⁶³ A. Romani, *Green bonds: meriti e sfide di un prodotto in rapida diffusione*, in *Bancaria*, n. 2/2016, pp. 49 ss.

²⁶⁴ Consultabile online su www.sustainabledevelopment.un.org.

²⁶⁵ Consultabili online su www.icma.org.

proventi al progetto selezionato, dato che il denaro è depositato su un conto legato a un portafoglio specifico facilmente tracciabile dall'emittente; l'elaborazione di una rendicontazione (*reporting*) che deve accompagnare (almeno una volta all'anno) l'utilizzo dei proventi indicando i progetti per cui vengono destinati; la predisposizione di una relazione da parte di un revisore esterno che certifica la veridicità di documenti e obiettivi (c.d. *second opinion*).

Per quanto riguarda l'Unione Europea, nell'ottobre 2014 il Consiglio ha adottato il *2030 Climate & energy framework*²⁶⁶, mentre la Commissione ha emanato un aggiornamento dell'*Environment Action Programme*²⁶⁷ (Programma d'azione per l'ambiente) dove ha ribadito l'impegno delle istituzioni europee a favore delle negoziazioni internazionali sul clima.

I primi *green bonds* furono lanciati dalla BEI²⁶⁸ nel 2007²⁶⁹ (la prima obbligazione verde fu la *climate awareness*, che aveva l'obiettivo di finanziare progetti rivolti ad individuare soluzioni per la riduzione degli effetti dei cambiamenti climatici²⁷⁰) corredati della previsione di alcune linee guida, non considerate vincolanti²⁷¹, come la c.d. tassonomia²⁷², ossia una classificazione di criteri specifici, per determinare l'idoneità dei progetti ambientali secondo quanto affermato dalla *Climate Bonds Initiative*²⁷³ e come gli *standard* europei sui *green bonds*. Questi ultimi, comunque, attendono ancora una definizione

²⁶⁶ Il Quadro 2030 per il clima e l'energia, reperibile online su www.ec.europa.eu, comprende obiettivi e obiettivi politici a livello dell'UE per il periodo dal 2021 al 2030. Obiettivi chiave per il 2030 sono una riduzione almeno del 40% delle emissioni di gas a effetto serra (rispetto ai livelli del 1990); una quota almeno del 32% di energia rinnovabile; un miglioramento almeno del 32,5% dell'efficienza energetica. Gli obiettivi in materia di energie rinnovabili e di efficienza energetica, tuttavia, sono stati rivisti nel 2018.

²⁶⁷ Consultabile online su www.ec.europa.eu/environment/action-programme.

²⁶⁸ La BEI, com'è noto, è stata istituita nel 1958 dal Trattato di Roma con l'obiettivo di contribuire allo sviluppo del mercato unico attraverso il finanziamento senza scopo di lucro e nel rispetto dei principi di concorrenza e sussidiarietà di progetti di investimento di interesse comune (art. 309 TFU) e il suo impegno in campo ambientale è espressione diretta dell'art. 11 TFU (secondo cui la tutela dell'ambiente deve essere integrata nella definizione e attuazione delle azioni UE nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile) e dell'art. 194 TFU (secondo cui la politica UE nel settore dell'energia è intesa, tra l'altro, a promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili).

²⁶⁹ In seguito alla crisi del 2008 i *green bonds* sono diventati un prodotto di nicchia e solo nel 2013 si è di nuovo incrementato il mercato di tali obbligazioni. Nel 2014, in particolare, in occasione del vertice sul clima di New York, il sito ONU faceva riferimento esplicito ai *climate bonds* e le più importanti banche si impegnavano a stimolare il mercato di tali prodotti finanziari.

²⁷⁰ Gonnella, Cerlenco (a cura di), *La finanza ad impatto sociale*, op. cit., p. 35.

²⁷¹ A. Romani, *Green bonds: new engagement for credibility in environmental finance*, in *Bancaria*, n. 2/2017, pp. 2 ss.

²⁷² A tal proposito si veda il *Taxonomy Technical Report*, reperibile online su www.ec.europa.eu.

²⁷³ Organizzazione che, dopo aver ricevuto l'approvazione di un revisore esterno, certifica l'emissione di *green bonds*.

completa perché la Commissione europea, nel luglio 2018, ha istituito un Gruppo di tecnici esperti sul finanziamento sostenibile (TEG), richiedendo loro di predisporre una relazione che elabori criteri *standard* sulle obbligazioni verdi dell'UE, basandosi sulle migliori prassi disponibili. Il TEG, nel giugno 2019, ha pubblicato tre rapporti relativi all'elaborazione delle iniziative legislative ritenute necessarie per regolare le obbligazioni verdi, fra cui, in particolare, uno sugli standard UE dei *green bonds*²⁷⁴ che propone criteri volontari e non legislativi per migliorarne l'efficacia, la trasparenza, la comparabilità e la credibilità, nonché per incoraggiare i partecipanti al mercato a investire in tali strumenti finanziari. Il Gruppo ha specificato che un'obbligazione verde UE si configura come un qualsiasi tipo di obbligazione o capitale, quotata o non quotata, ovvero come uno strumento di debito di mercato emesso da un emittente europeo o internazionale allineato al *Green UE Bond Standard*. I componenti chiave degli *standard* stabiliti dal TEG sono essenzialmente quattro: i proventi delle obbligazioni verdi dell'UE devono essere destinati al finanziamento o al rifinanziamento di progetti/attività che contribuiscono sostanzialmente ad almeno una delle sei tassonomie ambientali prescritte, rispettando il minimo delle garanzie sociali; la necessità di pubblicare il *Green Bond Framework* dove si dimostra l'allineamento con i GBS dell'UE delle obbligazioni verdi emesse, illustrando come la strategia dell'emittente si adegui a tali obiettivi e rispetti i punti principali da prevedere nella rendicontazione delle obbligazioni verdi; l'obbligo di predisporre due relazioni, una sull'uso dei proventi e un'altra sull'impatto ambientale (relazione di impatto); la verifica obbligatoria del *Green Bond Framework* attraverso un revisore esterno. Una delle previsioni più innovative dei GBS rispetto agli standard ICMA è l'istituzione di un albo dei certificatori, cioè esperti del settore che forniscono la *second opinion*, i quali dovranno essere iscritti a un elenco gestito dall'Autorità europea degli strumenti finanziari dei mercati (ESMA), l'*Authority* che regola i mercati finanziari europei nel quadro del Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF)²⁷⁵. Secondo il TEG i criteri *standard* risolverebbero diversi ostacoli nel mercato attuale e, in particolare, concorrerebbero a ridurre la disinformazione sui titoli verdi, uniformando i processi di verifica e di rendicontazione. L'individuazione dei parametri ufficiali cui dovrebbero attenersi tali

²⁷⁴ Consultabile online su www.ec.europa.eu/info/publications/sustainable-finance-teg-green-bond-standard.

²⁷⁵ V. Troiano, *L'architettura di vertice dell'ordinamento finanziario europeo*, in M. Pellegrini (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2016, p. 205 ss.; A. Antonucci, *I contratti di mercato finanziario*, Ospedaletto (Pisa), 2018, p. 16 ss.

obbligazioni, tra l'altro, potrebbe semplificare l'identificazione dei criteri da utilizzare per erogare eventuali incentivi. La nuova Commissione deciderà come e se portare avanti le raccomandazioni del TEG, che, comunque, coadiuverà l'istituzione europea nel caso proponesse modifiche. Il gruppo di esperti nel frattempo continua a lavorare sul progetto di istituire il sistema temporaneo e volontario di registrazione dei verificatori approvati.

Nell'aprile 2015, inoltre, la BEI ha riconosciuto ai *green bonds* dignità strategica autonoma nel suo piano operativo aziendale dopo un periodo in cui gli obiettivi di *climate action* erano stati limitati solo ai prestiti, mentre nel dicembre 2017, in occasione del *One Planet Summit* di Parigi, otto banche centrali e autorità di vigilanza hanno istituito una rete di banche centrali e autorità di vigilanza (il c.d. NGFS), che attraverso una "*Guida all'investimento sostenibile*" intende rendere più verde il sistema finanziario. Peraltro, anche la banca dei regolamenti internazionali ha lanciato un *green bond fund* riservato alle banche centrali, considerando l'investimento in *green bonds* come possibile integrazione delle attuali politiche di investimento delle riserve²⁷⁶.

Con riferimento al mercato italiano, occorre evidenziare che la Borsa Italiana ha assunto un ruolo attivo nel promuovere la definizione di *standard* informativi in grado di favorire lo sviluppo dei *green bonds*. Oltre a far parte della *Sustainable Stock Exchanges Initiative* sostenuta dalle Nazioni Unite con il fine di supportare la transizione verso un'economia a basso impatto ambientale, aderisce attraverso il *London Stock Exchange Group*, alla *Climate Bonds Initiative* ed è tra gli osservatori dei *Green Bonds Principles* dell'ICMA. Essa si è impegnata a sensibilizzare gli emittenti a fornire ai mercati un'informativa più completa sulle proprie politiche ESG, mettendo a disposizione del mercato una serie di strumenti per meglio identificare ed analizzare il mondo della finanza sostenibile. A partire dal marzo 2017 la Borsa Italiana ha deciso di offrire agli investitori istituzionali e ai *retails* la possibilità di identificare i titoli i cui proventi vengono destinati al finanziamento di progetti a favore dell'ambiente attraverso la certificazione iniziale di un soggetto terzo indipendente, prevedendo il rinnovo, almeno annuale, di tale informativa. La prima obbligazione verde italiana è stata lanciata nel 2014 dalla *multitutility* emiliana Hera²⁷⁷, seguita da Enel, Intesa Sanpaolo, Ferrovie dello Stato e CDP. La Banca d'Italia, inoltre,

²⁷⁶ I. Fender, M. McMorro, V. Sahakyan e O. Zulaica, *Green bonds: the reserve management perspective*, consultabile su www.bis.org, settembre 2019.

²⁷⁷ È da evidenziare, tuttavia, che solo il 25% degli investitori di tale titolo sono italiani, mentre il restante 75% è costituito da investitori esteri.

così come altre banche centrali europee, ha introdotto criteri di sostenibilità nella strategia di investimento dei propri fondi.

3. Le potenzialità delle nuove obbligazioni verdi: un bruco che può diventare farfalla.

Le emissioni di *green bonds* in sei anni si sono quintuplicate, passando da meno di 50 miliardi a oltre 250 miliardi²⁷⁸; essi, tuttavia, rappresentano un mercato ancora troppo piccolo rispetto a quello obbligazionario globale, ma i presupposti perché questi strumenti finanziari possano imporsi non mancano.

Non è un caso che anche singoli Paesi abbiano deciso di emanare titoli di tale genere. Il primo *green bond* di Stato è stato emesso da un Paese europeo: la Polonia, che nel dicembre 2016 ha lanciato un'obbligazione verde da 750 milioni di euro. In una fase successiva hanno emesso titoli di Stato *green* Irlanda, Belgio e Olanda, mentre la Francia ha immesso nel mercato un OAT (un titolo di Stato) che da un capitale iniziale di 7 miliardi di euro è diventato di 22 miliardi a causa di una forte richiesta degli investitori istituzionali.

Nonostante ciò, vi è da dire che, benché questi titoli siano caratterizzati da un'assenza di esposizione diretta al rischio, la certezza della destinazione dei fondi e la possibilità di una dettagliata verifica *ex post* (caratteristiche che dovrebbero rappresentare un valore aggiunto agli occhi degli investitori e non solo di quelli socialmente responsabili) continuano a presentare diverse criticità, al contrario di quanto ci si potrebbe aspettare. I *green bonds*, infatti, ad eccezione di alcuni casi, non riescono a replicare l'andamento dell'indice obbligazionario dei titoli tradizionali²⁷⁹, probabilmente, perché gli investitori, pur essendo desiderosi di aderire alla lotta ai cambiamenti climatici, sono sempre alla ricerca di rendimenti più alti e per fare ciò puntano a inserire nel loro portafoglio titoli più volatili e quindi con maggiore possibilità di guadagno.

Le obbligazioni verdi, invece, non rispondono a questa esigenza, non avendo l'*asset*

²⁷⁸ A. Baglioni, *Le politiche europee per una finanza sostenibile*, in *Osservatorio monetario*, n. 1/2020, p. 3.

²⁷⁹ V. D'Angerio, *Green bond, ecco cosa sono e come funzionano*, in *Il Sole 24 ore*, 20 gennaio 2020, p. 3; vi è da rilevare, tuttavia, che P. Bongini, A. Lippi e L. Nieri, *Il mercato dei green bonds*, in *Osservatorio monetario*, n. 1/2020, pp. 38 ss., evidenziano come in realtà gli studi che analizzano la diversità di rendimento tra *green bonds* e *bonds* ordinari non giungono a risultati univoci e quindi non è possibile asserire con certezza che l'andamento dell'indice obbligazionario dei primi è peggiore di quello dei secondi.

finanziario sopra descritto a cui, forse, si avvicina, se non in parte, un altro tipo di *climate bonds*, i c.d. *climate bonds initiative*, i quali, però, attualmente, ingenerano non pochi dubbi circa l'utilizzazione dei loro proventi, dal momento che non è ancora del tutto chiaro cosa effettivamente finanzia visto che anche le compagnie petrolifere, pur essendo tra i principali responsabili dell'inquinamento globale, emettono questi titoli.

Tra le varie criticità dei *green bonds*, bisogna considerare anche la scarsa dimensione media degli scambi dovuta alla difficoltà di tradurli.

A questo si aggiungono gli episodi di *green-washing* o *social-washing*, ovvero comportamenti opportunistici di alcune società emittenti, le quali fanno credere di essere sostenibili quando in realtà non lo sono, frenando in tal modo gli investitori. Si aggiunge, poi, da parte degli operatori del settore, la preoccupazione che possa scoppiare una bolla obbligazionaria verde²⁸⁰ se i progetti finanziati non riusciranno a raggiungere gli obiettivi climatici che si propongono.

Così, in attesa di concreti sviluppi futuri, il mercato non premia, come ci si aspetterebbe, le emissioni verdi, anche se dal 2019 l'emissione dei *green bonds* continua costantemente a crescere e, a dispetto delle questioni ora segnalate, gli *stakeholders* sono in aumento, tanto che ai diversi emittenti, investitori e intermediari, si sono aggiunti autorità pubbliche, borse, revisori esterni, università e anche la Chiesa che, sebbene *timidamente*, comincia a interessarsi a questi titoli finanziari tesi a favorire azioni per la collettività.

Le caratteristiche dei *green bonds* e il loro utilizzo in innovativi progetti di rilevanza sociale e ambientale (cui potrebbero aggiungersi finanziamenti per programmi di ricerca sulla salute umana)²⁸¹ lasciano supporre che essi, più che una moda del momento, possano rappresentare un cambiamento del modo di fare investimenti, anche se è evidente la necessità di un intervento pubblico per fornire un quadro di regole certe. Occorre, infatti, riuscire a diminuire talune perplessità degli investitori e dare maggiore credibilità alle obbligazioni verdi, aumentando quantità e diversificazione dell'offerta in modo da evitare che i portafogli sostenibili preferiscano solo gli emittenti a miglior merito di credito e quelli con un *rating* più elevato. Aumentando trasparenza e *accountability* della finanza

²⁸⁰ M. Longo, *Bolla o non bolla sui mercati? La bilancia pende per il no*, in *Il Sole 24 ore*, 19 gennaio 2010, p. 3, sostiene, tuttavia, che il rischio di una bolla relativa ai *green bonds* sia molto basso.

²⁸¹ Occorre, per completezza, rilevare che nel momento in cui si scrive, i governi di otto Paesi europei tra cui quello italiano, data l'emergenza dovuta al coronavirus, hanno proposto alla Commissione europea la possibile emissione di *corona bonds* con caratteristiche che potrebbero ricalcare quelle degli altri *climate bonds*.

ambientale²⁸² si può attivare un'opera collettiva di miglioramento che può portare a politiche più attente verso la situazione ecologica.

L'Europa, da parte sua, avendo capito l'importanza e le potenzialità della nuova finanza, spinge per una rapida crescita del mercato delle obbligazioni verdi e a questo fine la proposta di armonizzare la tassonomia all'interno dei Paesi UE entro il 2021²⁸³ deve ritenersi un'azione necessaria poiché l'esistenza di diversi *standard* nazionali ostacolerebbe l'emergere di mercati transfrontalieri dove scambiare tali prodotti finanziari. Un altro segnale positivo proveniente dall'Unione europea è da rintracciarsi nell'impegno della Commissione di trovare metodi capaci di facilitare valutazioni comparabili e interoperative e di adottare un quadro concettuale e una terminologia comune attraverso gli studi affidati al TEG, per imprimere un concreto impulso alle obbligazioni verdi e renderle decisamente più appetibili²⁸⁴.

Dopo l'insediamento della nuova Commissione europea, poi, è aumentato l'impegno per lo sviluppo della finanza *green*, dato che uno degli obiettivi primari di questa istituzione è proprio favorire la sostenibilità. In linea con questa impostazione, la presidente della Commissione, adottando l'*European green deal* tra i capisaldi del suo programma di governo²⁸⁵, ha attribuito un importante ruolo ai *green bonds* nella realizzazione di tale progetto; così, anche il Parlamento Europeo, approvando lo scorso novembre una risoluzione per ridurre le emissioni di gas serra del 55% entro il 2030²⁸⁶, ha favorito l'emissione dei titoli in oggetto.

Gli analisti, poi, cominciano anche a discutere sugli effetti rivoluzionari²⁸⁷ che potrebbe comportare un *quantitative easing green* poiché la neo governatrice della BCE si è mostrata

²⁸² A tal proposito, in Europa esiste un Codice Europeo per la Trasparenza degli Investimenti Sostenibili e Responsabili (*European SRI Transparency Code*) elaborato da *Eurosif* nel 2008 che, dopo tre aggiornamenti, è stato oggetto di una nuova modifica il 19 febbraio 2018. Esso si applica ai fondi di investimento *retail*, coprendo un'ampia gamma di *asset class*, dall'azionario all'obbligazionario. Gli emittenti si impegnano a fornire informazioni accurate, pertinenti e aggiornate sull'integrazione dei criteri di sostenibilità ambientale, sociale e di *governance* nelle politiche di gestione dei fondi, nell'ottica di una maggiore trasparenza nei confronti dei soggetti interessati e, in particolare, dei sottoscrittori.

²⁸³ In tal senso, si vedano le Proposte legislative della Commissione del maggio 2018 consultabili online su www.ec.europa.eu/info/publications/sustainable-finance.

²⁸⁴ Romani, *op. cit.*, p. 10.

²⁸⁵ A. Pettifor, *Prefazione I, Green deal un progetto per la giusta transizione europea*, consultabile su www.gndforeurope.com, 2019, p. 1 ss.

²⁸⁶ Risoluzione del Parlamento europeo sulla dichiarazione di "Emergenza climatica e ambientale" approvata il 28 novembre 2019, reperibile online su www.europarl.europa.eu.

²⁸⁷ Si evidenzia che se la BCE decidesse di acquistare *green bonds* in quantità significative, i prezzi di questi titoli tenderebbero a impennarsi, deprimendo quelli dei titoli ordinari, poiché si verificherebbe il classico effetto spiazzamento capace di dissuadere gli investitori dal dirigersi verso settori non *green* e quindi *sgraditi*.

incline a favorire l'acquisto di obbligazioni verdi, ritenendo che anche la politica monetaria debba dare una mano per ridurre le emissioni inquinanti²⁸⁸.

Occorre inoltre considerare che un investimento in attività e progetti sostenibili da parte delle imprese, oltre ad avere effetti positivi in termini di minori rischi ambientali e sociali, permetterebbe una migliore allocazione delle risorse (più concentrate sulle attività produttive che non sui sistemi di *risk management*), una maggiore *performance* e un maggiore tasso di innovazione con ricadute competitive non trascurabili²⁸⁹.

Dalle considerazioni svolte, quindi, sembra che i *green bonds* non integrino soltanto una moda passeggera ma, al contrario, pare che possano diventare uno degli strumenti più efficaci per contribuire alla salvaguardia dell'ambiente, alla biodiversità, alla sostenibilità economica e sociale e alla salute umana, anche se, come si è illustrato, attualmente stentano a *prendere il volo*.

Il maggiore impegno da parte delle istituzioni eurounitarie, dei Governi nazionali e delle società emittenti nel rendere tali nuove obbligazioni più omogene, più comprensibili per gli investitori, e lo sforzo di emanare norme più precise, insieme alla volontà a livello internazionale ed europeo di creare una tassonomia, fanno sperare che in un futuro non troppo lontano si possa giungere (sempre che la crisi dovuta alla pandemia in atto, nel momento in cui si scrive, non stravolga completamente gli attuali assetti economici e finanziari) a uno sviluppo significativo di tali titoli. Ciò è auspicabile perché le obbligazioni verdi, riuscendo a far convergere gli interessi della politica, della finanza e della società, completano un circolo virtuoso in grado di creare, da una parte, investimenti prospetticamente redditizi²⁹⁰ e, dall'altra, di correggere le distopie attuali attraverso la realizzazione di azioni concrete per la salvaguardia dell'ambiente e, in effetti, per la vita stessa del pianeta.

Abstract: L'articolo evidenzia come nell'ultimo decennio si è sviluppato un diverso modo di intendere la politica finanziaria all'interno di un mercato comunque invariato nelle sue caratteristiche. Essa integra la finanza sostenibile che intende realizzare, nel contempo, utili

²⁸⁸ G. Timpone, *La svolta "green" della BCE stravolgerebbe pure il QE, ecco come*, in *www.investire.it*, 1/10/2019, p. 2 rileva come relativamente al *Q.E. green*, vi sia una ferma opposizione della Bundesbank tedesca che sostiene sia compito di una banca centrale solo quello di centrare la stabilità dei prezzi e non di creare "distorsioni" sui mercati con l'emissione di titoli che non rientrano nelle sue funzioni.

²⁸⁹ P. Bongini, A. Lippi e L. Nieri, *Il mercato dei green bonds*, cit., p. 42.

²⁹⁰ G. Manca, *Prodotti di risparmio gestito ESG*, in *Osservatorio monetario*, n. 1/2020, p. 45.

sociali e azioni a tutela dell'ambiente e dei diritti delle generazioni future. Tra le nuove tipologie di strumenti finanziari, si sono distinti i *green bonds* (detti anche *climate bonds*), vere e proprie obbligazioni che finanziano progetti sostenibili. Questi ultimi hanno in sé grandi potenzialità di sviluppo e rappresentano uno strumento ritenuto efficace per realizzare azioni concrete nel campo dell'ecologia facendo convergere interessi politici, finanziari e sociali.

Abstract: The paper shows how in the last decade a different way of understanding financial policy has developed within a market, that, however, remains unchanged in its basic characteristics. It implements sustainable finance which aims at promoting social profits and actions towards environmental protection and the rights of future generations. They have a great market potential and represent an effective means to implement concrete actions in the field of ecology. Green bonds are also able to combine political, financial and social interests.

Parole chiave: finanza sostenibile – tutela dell'ambiente – *green bonds*.

Key words: sustainable finance – environmental protection – *green bonds*.

IL COVID-19 IN ITALIA: SALUTE E ALTRI DIRITTI FONDAMENTALI FRA POTERE DI ORDINANZA STATALE E REGIONALE*.

di Daniela Mone**

Sommario. 1. Premessa. – 2. Tutela della salute e limitazioni delle altre libertà fondamentali attraverso il potere di ordinanza. – 3. La tutela della salute nell'emergenza Covid-19 tra Stato e Regioni: ambiguità normative e carenza di coordinamento

100

1. Premessa.

Nel momento in cui si scrive, il 19 aprile 2020, è trascorso più di un mese dall'inizio del *lockdown* dell'Italia, disposto con il d.p.c.m. del 9 marzo 2020.

L'epidemia da Covid-19, l'11 marzo qualificata pandemia dall'Oms per la sua rapida ed inarrestabile espansione, ha spinto l'Italia ad adottare progressivamente provvedimenti restrittivi delle libertà fondamentali che hanno radicalmente cambiato la vita dei cittadini a protezione del diritto considerato prevalente ed obiettivamente presupposto di esercizio di tutti gli altri diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, ossia la salute²⁹¹.

La scelta di fondo del Paese è stata di tutelare, con la numerosa serie di atti che si sono susseguiti a partire dalla Dichiarazione dello stato di emergenza del 31 gennaio 2020, la salute innanzitutto come diritto individuale oltre che interesse della collettività, secondo una combinazione delle due accezioni di essa accolte all'art. 32 della Costituzione, per cui strategie del tipo di quelle inizialmente prescelte dal leader inglese Boris Johnson, come riportato dai mezzi di informazione, fondate sul principio (rivelatosi anche scientificamente

* *Sottoposto a referaggio.*

** Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico – Università della Campania “L. Vanvitelli”.

²⁹¹ Fra gli altri, v. I.A. Nicotra, *L'epidemia da Covid-19 e il tempo della responsabilità* in *dirittiregionali.it*, 23 marzo 2020, p. 400. Ritiene che tutte le libertà costituzionali abbiano pari riconoscimento e garanzia ma le misure fortemente restrittive degli altri diritti fondamentali siano giustificate, nella fase attuale, per “l'entità del pericolo” che incombe sulla salute e sulla vita stessa A. Morelli, *Il re del piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello Stato di emergenza* in *dirittiregionali.it*, 4 aprile 2020, p. 532.

errato) della cd. immunità di gregge, non sono state prese affatto in considerazione: ogni vita, anche quella delle persone più fragili, per età o condizioni generali di salute, ha valore intrinseco e, dunque, va protetta. Una scelta all'altezza della Costituzione italiana e coerente con essa che pone al centro dell'ordinamento la persona e sancisce il principio solidaristico come base di una civile convivenza.

Il principio solidaristico, tuttavia, non ha da subito ispirato la comunicazione delle istituzioni politiche centrali e le conseguenti decisioni assunte, con atti normativi di natura primaria e secondaria, per fronteggiare quella che era inizialmente un'epidemia: avrebbe colpito soltanto gli anziani, i deboli mentre *gli altri* non avrebbero corso pericolo e, dunque, non sarebbe stato necessario imporre ai secondi una limitazione delle rispettive libertà, in fondo, esclusivamente a tutela della *salute* dei primi²⁹².

Discorso egoistico (oltre che scientificamente errato considerato che non si è tenuto conto che nella provincia cinese di Wuhan, dove il virus si è sviluppato sin dal dicembre 2019, si era dovuto ricorrere al *lockdown* per arginarlo) che si è rivelato, di fatto, negativo anche sul piano funzionale per le conseguenze che ha innescato in termini di diffusione del Covid-19 che, di certo, sarebbero state evitate nelle dimensioni catastrofiche che si sono registrate, da una comunicazione ispirata alla richiesta di assunzioni di responsabilità individuali, in primo luogo per ragioni di solidarietà²⁹³.

Tale iniziale approccio, infatti, ha prodotto conseguenze gravissime anche per i *forti* (la scienza è stata smentita, visto che il virus ha attaccato anche i giovani ed i sani) perché applicato in un contesto in cui la stessa logica egoistica e miope, nel tempo, ha determinato una progressiva riduzione di fondi destinati alla sanità pubblica. Questa, pertanto, si è rivelata in una condizione di completa inadeguatezza di fronte ad un evento contraddistinto da tratti di imprevedibilità ed eccezionalità che in altri sistemi, come ad esempio quello tedesco, tuttavia è stato affrontato soddisfacendo le esigenze di cure che ne sono derivate (esigenze, tuttavia, a quanto pare minori, per la strategia di comunicazione della Merkel, sin da subito chiara, appunto, nel richiedere comportamenti responsabili ai cittadini)²⁹⁴. È stato notato, condivisibilmente, che la vicenda dimostra, una volta di più, che i diritti di

²⁹² F. Balaguer Callejón, *Solidarietà dimenticata: il fallimento della narrazione pubblica sul coronavirus in lacostituzione.info*, 20 marzo 2020.

²⁹³ *Ibidem*.

²⁹⁴ G. Amelino Camelia, *Covid 19, Perché funziona la lezione della scienziata Merkel in rep.repubblica.it*, 17 aprile 2020.

libertà non vanno disgiunti dai diritti sociali²⁹⁵. Nel tempo della pandemia, in Italia, pregiudicati i secondi per politiche scellerate relative al settore sanitario di anni precedenti, hanno subito contrazioni anche i primi: contrazioni che non sarebbero state così incisive ove il sistema sanitario fosse stato in grado di accogliere gli eventuali bisognosi di cura perché affetti dal virus.

Sulla base di queste considerazioni di carattere generale, sembra potersi ritenere che la prima risposta dello Stato centrale alla pandemia, sia sul piano della comunicazione che a livello normativo, sia stata inadeguata, che la stessa tecnica a supporto dei decisori politici non abbia dato inizialmente alta prova di sé dal momento che, nonostante l'esperienza cinese risalente al gennaio 2020 (dunque, con largo anticipo rispetto al primo caso autoctono registratosi in Italia il 21 febbraio, a parte quello dei due turisti cinesi ricoverati dal 29 gennaio 2020 presso l'Istituto nazionale per le malattie infettive "Spallanzani" di Roma)²⁹⁶, il virus ha avuto un'alta diffusione soprattutto in alcune Regioni del Nord Italia ove si era formato il primo focolaio.

Il mancato controllo dell'epidemia, dunque, ha determinato tutta una serie di decisioni politiche che si cercherà di valutare, in queste brevi note, sotto il profilo della legittimità rispetto a due specifici punti: il rapporto tra tutela del diritto alla salute e altri diritti fondamentali (in specie il diritto alla circolazione limitato, unitamente a diritti politici, diritti sociali quali il diritto all'istruzione e lo stesso diritto alla salute con riferimento a patologie altre rispetto all'infezione da Covid-19; nel momento in cui si scrive rilevanti sono, altresì, le cd. libertà economiche); il rapporto tra decisioni statali e regionali aventi ad oggetto sostanzialmente il bilanciamento tra diritto alla salute ed altri diritti fondamentali (in specie il diritto alla circolazione e, oggi, in prospettiva, le libertà economiche).

²⁹⁵ O. Chessa, *Cosa non va nel bilanciamento in corso tra libertà individuale e salute pubblica?* in *laCostituzione.info*, 12 aprile 2020.

²⁹⁶ Ma, considerata la diffusione nonostante le misure assunte a seguito della registrazione di tale caso, è lecito chiedersi se non ce ne siano stati altri, in precedenza, non "identificati".

2. Tutela della salute e limitazioni delle altre libertà fondamentali attraverso il potere di ordinanza.

Una volta sussistente un grave rischio per la *salus rei publicae*, dato l'elevato livello di diffusione del virus e lo stato di inadeguatezza dei sistemi sanitari regionali per ragioni pregresse (in alcune Regioni italiane più che in altre ma, di fatto, inadeguati alla situazione pandemica ovunque sul territorio nazionale), il Governo si è attivato concretamente con l'adozione del d. l.n.6 del 23 febbraio 2020²⁹⁷, convertito con modificazioni dalla l.n.13 del 5 marzo 2020, due giorni dopo la registrazione dei casi autoctoni di Covid-19 e, decisamente molto dopo l'adozione, con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, della «Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili».

Il primo d.l.sancisce una serie di misure restrittive da adottarsi da parte delle «autorità competenti» volte al contenimento dell'epidemia, in primo luogo, nelle zone inizialmente interessate. Sulla base di tale d.l.vengono adottati una serie di d.p.c.m. con cui si stabiliscono misure rivolte ai Comuni lombardi e veneti colpiti dal Coronavirus, quindi, progressivamente, si estendono all'intero territorio nazionale tali misure restrittive delle libertà a tutela della salute²⁹⁸.

Rispetto ai profili di legittimità oggetto di analisi, la questione posta dal *modus procedendi* prescelto dal Governo consiste nel valutare se, per rimanere al caso della libertà di circolazione, lo strumento del d.p.c.m. (in sostanza un'ordinanza)²⁹⁹ è coerente col sistema

²⁹⁷ *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19.*

²⁹⁸ D.p.c.m. del 23 febbraio 2020 di attuazione delle disposizioni del d. l.n.6 per i Comuni delle Regioni Lombardia e Veneto interessati dalle misure di contenimento del contagio da Coronavirus; d.p.c.m. del 25 febbraio recante ulteriori misure restrittive per il contenimento del contagio ormai estese a diverse Regioni del Nord-Italia ma anche misure valide su tutto il territorio nazionale; d.p.c.m. del 1 marzo 2020 sempre nella prospettiva dell'inasprimento delle misure e della loro estensione; d.p.c.m. del 4 marzo, nella medesima prospettiva; d.p.c.m. dell'8 marzo (che abroga i d.p.c.m. del 1 e del 4 marzo) che intensifica ed estende le misure; d.p.c.m. del 9 marzo che estende le misure che il d. p. c.m. dell'8 destinava a Lombardia e diverse Province di alcune Regioni del Nord a tutto il territorio nazionale: in sostanza, si dispone il *lockdown* dell'intero Paese; d.p.c.m. dell'11 marzo con cui, tra l'altro, si sospendono le attività commerciali, con limitate eccezioni e le attività dei servizi di ristorazione; d.p.c.m. del 22 marzo che sancisce ulteriori restrizioni valide su tutto il territorio nazionale.

²⁹⁹ E.C. Raffiotta, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus* in *biodiritto.org*, 18 marzo 2020, p. 4.

delle fonti o, invece, non si sarebbe dovuto procedere esclusivamente con un atto di rango primario, quale il decreto-legge che assicura un coinvolgimento (e, dunque, un controllo) del Parlamento nella fase di conversione e del Presidente della Repubblica in fase di emanazione, nel rispetto della riserva di legge rinforzata prevista dall'art. 16 della Costituzione a fondamento delle limitazioni di questo diritto fondamentale "in via generale per motivi di sanità o di sicurezza".

In effetti, sembra che la risposta possa essere formalmente positiva sul piano del rapporto tra le fonti, essendo rispettata la riserva di legge dall'intervento del d.l. su cui, poi, si fondano i successivi atti secondari del Presidente del Consiglio dei ministri (i d.p.c.m.)³⁰⁰. Nel merito, l'art. 2 del d. l.n.6 che fonderebbe, unitamente a specifiche disposizioni del Codice di protezione civile del 2018 (d. lgs. n. 1 del 2018) e della legge n. 833 del 1978 (istitutiva del SSN), il potere di ordinanza (dunque anche di adozione dei d.p.c.m.) non rispetta, tuttavia, i requisiti stabiliti dalla giurisprudenza costituzionale³⁰¹ ed amministrativa³⁰², data la sua estrema genericità che renderebbe difficile il controllo di tale potere in sede giurisdizionale³⁰³: questione, poi, superata con l'entrata in vigore del d. l.n.19

³⁰⁰ *Ibidem*. L'A., p. 6, ritiene il potere di ordinanza fondato sulla legge ma aggiunge che "[...] ancora oggi, [come detto], il fatto emergenziale integra la previsione di legge, la quale, pur non prevenendo un oggetto determinato, trova un'evidente delimitazione del potere dell'organo agente nel fatto emergenziale, che giustifica, e allo stesso tempo delimita, la fattispecie". I provvedimenti governativi, per M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza* in *RivistaAic*, n. 2/2020, p. 125, sono "fonti emergenziali secondarie" (p. 125), ossia atti normativi sub-primari derogatori di norme primarie (p. 121, p. 125) che trovano fondamento nei principi del "*primum vivere e della salus rei publicae*" che sono stati positivizzati nel sistema costituzionale e, dunque, non trovano la fonte della loro legittimazione nella necessità (p. 113): la necessità quale fonte del diritto, infatti, è "radicalmente incompatibile con il primato della Costituzione e con la sua rigidità" (p. 114). G. Silvestri, *Covid-19 e Costituzione in unicost.eu*, 10/04/2020, ritiene che la gestione della crisi si sarebbe dovuta operare con il solo d.l.

³⁰¹ V. ad es. Corte cost. n. 8 del 1956 (ma anche n. 26 del 1961) che fa riferimento ai seguenti canoni che rendono conforme a Costituzione il potere di ordinanza: efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale; conformità del provvedimento stesso ai principi dell'ordinamento giuridico. Sul punto v. E.C. Raffiotta, *Sulla legittimità, cit.*, p. 5 e, se si vuole, D. Mone, *L'abuso del potere di ordinanza e la violazione dei diritti fondamentali* in A. Lucarelli, e A. Pierobon (a cura di), *Governo e gestione dei rifiuti. Idee, percorsi, proposte*, Napoli, 2009, p. 390.

³⁰² Cons. di Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2019, n. 953 richiamata da M. Luciani, *Il sistema delle fonti, cit.*, p. 124, stabilisce "Il potere di ordinanza è un «potere atipico» che deroga, in parte, al principio di legalità sostanziale nel senso che il legislatore si limita a «nominare» il provvedimento da adottare, prevedendo generali presupposti legittimanti, quali la necessità e l'urgenza, e demandando, per la definizione del suo contenuto, al potere determinativo della stessa amministrazione". In relazione alla garanzia di tutela dei cittadini assicurata dal rispetto del principio di legalità in senso sostanziale, sebbene con specifico riferimento alla fonte regolamentare, v. A. Lucarelli, *Contributo alla teoria del sistema delle fonti. Ancora intorno al regolamento indipendente* in *Rivista AIC*, n. 3/2019, p. 10.

³⁰³ Per una critica a tale disposizione v. R. Di Maria, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di Covid-19: una questione non soltanto di "principio"* in *dirittiregionali.it*, 30

del 25 marzo 2020³⁰⁴.

Le limitazioni del diritto di circolazione per effetto delle misure adottate con le fonti secondarie, sulla base di una previa fonte primaria, trovano fondamento nel richiamato art. 16 Cost. che le legittima, per quanto qui rileva, per «motivi di sanità». In base alla giurisprudenza sul potere di ordinanza, le limitazioni sancite devono, tra l'altro, rispettare il principio di proporzionalità e connotarsi per la stretta indispensabilità della deroga a far fronte alla situazione di necessità e urgenza da affrontare³⁰⁵. Le restrizioni alla libertà di circolazione, insomma, devono essere funzionali ed essenziali³⁰⁶ a garantire il diritto alla salute: nella fattispecie, devono limitare i rischi di propagazione del virus e, quindi, il contagio.

Anche a tale riguardo, la scienza sembra aver mostrato i suoi (inevitabili?) limiti, non essendo univocamente individuata la modalità del contagio a quanto risulta, talvolta, ancora oggi dagli ordinari mezzi di informazione.

In ogni caso, il Governo ha scelto di vietare gli assembramenti, gli spostamenti «di persone fisiche» sul territorio eccetto che per motivi specificamente indicati (diverse volte modificati con conseguenti modifiche dei relativi modelli di autocertificazione utilizzabili), in modo da agevolare il rispetto della misura di distanziamento sociale fissata nella distanza di un metro fra una persona e l'altra, assumendo che la propagazione del virus avvenga tramite contatto³⁰⁷.

marzo 2020, pp. 514, 515. Nello stesso senso A. Morelli, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus*, cit. e M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, cit., p. 112.

³⁰⁴ Il d. l.n.19 del 2020 ha abrogato quasi integralmente il d. l.n.6 del 2020 e, in particolare, l'art. 2: «Le autorità competenti possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 1». In proposito R. Di Maria, *Il binomio*, cit., p. 515, parla di parziale superamento delle criticità derivanti dall'estrema genericità delle norme di cui al d. l.n.6 del 2020 attraverso l'inserimento nel d. l.n.19 di formule atte a circoscrivere il potere di ordinanza (*"excusatio non petita"*). Per M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, cit., p. 127, in base al d. l.n.19, con particolare riferimento alle misure quarantenarie di cui all'art. 1.2, lett. d) ed e), benché non si individui l'autorità competente ad adottare le misure relative alla quarantena (ma essendo, comunque, tali misure obbligatorie per chi si trovi nelle condizioni indicate dalla stessa norma primaria), «gli interessati possono [infatti] dolersi, prima, della misura quarantenaria ricorrendo al giudice amministrativo (che infatti ha già avuto modo di pronunciarsi sulla legittimità dei provvedimenti assunti in questa fase emergenziale), poi possono far valere le loro ragioni innanzi il giudice ordinario qualora ricorra l'ipotesi dell'applicabilità della sanzione penale prevista dall'art. 4, comma 6, del d. l.n.19 del 2020».

³⁰⁵ V. ad es. Cons. Stato, Sez. VI, 10 febbraio 2015, n. 701, richiamata da M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, cit., p. 125.

³⁰⁶ V. Baldini, *Editoriale, Prendere sul serio il diritto costituzionale...anche in periodo di emergenza sanitaria in dirittifondamentali.it*, 15 aprile 2020, pp. 1274-1275.

³⁰⁷ L'OMS, come si legge sul sito dell'Istituto Superiore di Sanità (*epicentro.iss.it*) non esclude, per quanto rara, la possibile trasmissione del virus da persone infette ma ancora asintomatiche.

Ora, rispetto a tale assunzione da parte del Governo circa la modalità di propagazione, il divieto di circolare individualmente (eventualmente con mascherina, della cui idoneità a proteggere dal virus o ad evitarne la diffusione pure si è dubitato e di cui, in ogni caso, è mancata la disponibilità), il divieto di circolare con componenti del nucleo familiare con cui, dunque, si vive a stretto contatto in casa, lo stesso divieto di allontanarsi dalla propria abitazione entro un certo raggio di distanza, il divieto di correre (oggetto di contrasti fra disposizioni statali e regionali su cui si tornerà avanti) o di correre oltre un certo raggio di distanza dalla propria abitazione appaiono, *prima facie*, irrazionali e sproporzionati³⁰⁸, a non considerare, inoltre, il rapporto tra tutela della salute rispetto al Covid-19 e tutela della salute (quindi dello stesso diritto fondamentale) rispetto ad altre patologie³⁰⁹ che, invece, richiederebbero attività fisica all'aperto³¹⁰.

E, tuttavia, l'adozione di queste misure può risultare ragionevole in considerazione, ad esempio, della disponibilità di forze dell'ordine cui andrebbe assegnato il compito di verificare il rispetto della normativa e ispirata al principio di precauzione in considerazione dell'inadeguatezza di fatto del sistema sanitario a fronteggiare la richiesta di cure che si potrebbe determinare per un'eccessiva diffusione del contagio³¹¹.

Si potrebbe ritenere che, sbagliato l'approccio scientifico e istituzionale nell'affrontare il primo focolaio italiano con la conseguente perdita di controllo sulla diffusione del contagio, sbagliata la comunicazione iniziale alla popolazione sulla necessità di ridurre la diffusione, considerata l'inadeguatezza dei sistemi sanitari regionali a fronteggiare numerose richieste di cura, l'adozione di quei provvedimenti restrittivi si sia rivelata quasi necessaria, sotto un profilo precauzionale, a protezione della salute: troppo rischioso non ricorrervi.

Quanto alla tutela dei singoli rispetto alle specifiche misure restrittive previste dai diversi dpcm (ma anche dalle ordinanze regionali), al giudice del caso concreto spetterà dare giustizia³¹².

³⁰⁸ V. Baldini, *Editoriale, Prendere sul serio il diritto costituzionale*, cit., p. 1275.

³⁰⁹ Al riguardo va considerata la stessa sospensione di tutta una serie di attività mediche rispetto a patologie altre dal Covid-19.

³¹⁰ G. Pitruzzella, *La società globale del rischio e i limiti alle libertà costituzionali. Brevi riflessioni a partire dal divieto di sport e di attività motorie all'aperto* in www.giustiziansieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/941-la-societa-globale-del-rischio-e-i-limiti-alle-liberta-costituzionali-brevi-riflessioni-a-partire-dal-divieto-di-sport-e-attivita-motorie-all-aperto

³¹¹ È stato, perfino, notato che alla fine la vera *ratio* che starebbe alla base del rigore dei provvedimenti *de quibus* è proprio questa: “Si vieta 100 per ottenere il 60 o 70 che serve” (O. Chessa, *Cosa non va nel bilanciamento in corso tra libertà individuale e salute pubblica?*, cit.).

³¹² V. nota 14.

Se tali criteri possono valere per valutare la condotta del governo centrale nel fronteggiare l'emergenza sanitaria, nella fase iniziale, sembra che gli stessi possano essere utilizzati anche nel valutare le ordinanze regionali intervenute nella medesima fase, appunto di emergenza.

Il che sposta il discorso sul secondo punto di analisi prescelto: il rapporto Stato-Regioni nell'adozione di atti incidenti sul diritto alla salute e sulle altre libertà fondamentali.

3. La tutela della salute nell'emergenza Covid-19 tra Stato e Regioni: ambiguità normative e carenza di coordinamento.

Fra un d.p.c.m. e l'altro, per fronteggiare il rischio di contagio accresciuto per effetto della vigenza di misure di contenimento differenti sul territorio nazionale e nel timore (fondato) che il sistema sanitario regionale non reggesse ad un'elevata richiesta di cura da parte dei contagiati, alcune Regioni, segnatamente Regioni del Sud, facendo leva sugli artt. 2 e 3, comma 2 del d. l.n.6³¹³, adottano ordinanze incidenti evidentemente su diritti fondamentali. Ad esempio, alcune ordinanze regionali, successive al d.p.c.m. dell'8 marzo di *lockdown* di Lombardia e determinate Province dell'Emilia Romagna, delle Marche, del Piemonte e del Veneto, dispongono l'obbligo di isolamento domiciliare per i soggetti rientranti nelle rispettive Regioni dalla cd. zona rossa del Nord³¹⁴, nonché, in taluni casi, la sospensione sul territorio regionale delle attività "piscine, palestre, centri benessere".

Tali atti normativi, rispetto alla previsione dell'obbligo di isolamento, sembrano rispondere alla *ratio* di cui agli art. 2 e 3 del d. l.n.6: come riportato ad es. nell'ordinanza della Regione Campania, esercitando la facoltà di rientro prevista dall'art. 1 del d. p. c. m dell'8 marzo, un ingente numero di persone provenienti dalla cd. zone rosse affluiscono verso la Regione, con il «gravissimo rischio di ingresso incontrollato [nella regione Campania] di soggetti positivi al virus, con conseguente grave pregiudizio alla salute pubblica». Si può ritenere

³¹³ "Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza le misure di cui agli articoli 1 e 2 possono essere adottate ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, dell'articolo 117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e dell'articolo 50 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267" (art. 3.2 del d. l.n.6 del 2020).

³¹⁴ In tal senso v. ordinanza n. 8 della Regione Campania, ordinanza n. 176 della Regione Puglia, ordinanza n. Z00004 della Regione Lazio, ordinanza n. 3 della Regione Calabria, ordinanza n. 3 della Regione Basilicata, ordinanza n. 3 della Regione Sicilia, tutte dell'8 marzo 2020.

che il rischio si è determinato dopo, anzi, per effetto del d.p.c.m. dell'8 marzo, per cui legittimamente l'ordinanza regionale è intervenuta, in un caso «di estrema necessità ed urgenza», «nelle more dell'adozione» di un ulteriore d.p.c.m. finalizzato a fronteggiare il nuovo rischio³¹⁵, ulteriore d. p.c. m. che, di fatto viene adottato il 9 marzo 2020³¹⁶ estendendo su tutto il territorio nazionale le misure restrittive disposte solo rispetto ad alcune zone con il d.p.c.m. dell'8 marzo (e determinando la cessazione dell'efficacia delle ordinanze regionali).

Non sembra, invece, riconducibile alla stessa logica la sospensione di attività «piscine, palestre, centri benessere». In tale ipotesi, si potrebbe, tuttavia, applicare il medesimo ragionamento ispirato al principio di precauzione, richiamato a sostegno delle altrimenti irrazionali misure statali sopra richiamate, in base al quale, fra i soggetti rientranti nella Regione ed eventualmente portatori del virus, alcuni avrebbero potuto frequentare palestre, piscine e centri benessere propagando così il Covid-19, senza alcuna possibilità di controllo e, quindi, garanzia dai rischi di diffusione del contagio.

Alla stessa logica precauzionale, per la difficoltà di garantire il rispetto delle misure di protezione e di distanziamento sociale ove in linea teorica tutti si volessero dedicare a tale attività, sembra ispirato il divieto di *jogging* sancito da alcune ordinanze regionali³¹⁷.

³¹⁵ L'art. 2 del d. l.n.6, con una disposizione poi criticatissima per il caos che ingenererà soprattutto nei rapporti verticali tra gli enti e, quindi, per l'incertezza che ne scaturirà per i cittadini, stabilisce che «le autorità competenti possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da Covid-19 anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 1». L'art. 3, comma 2, del d. l.n.6 sancisce che «Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza le misure di cui agli articoli 1 e 2 possono essere adottate ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, dell'articolo 117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e dell'articolo 50 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267»: ossia anche con ordinanze di carattere contingibile ed urgente emesse dal Presidente della giunta regionale.

³¹⁶ In tale prospettiva sembra che sia legittima e, in effetti, applicata di fatto, l'interpretazione dell'espressione «Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri» nel senso della possibilità di adozione di ordinanze regionali anche laddove sia intervenuto un dpcm che non abbia, tuttavia, affrontato la particolare situazione che intende fronteggiare l'ordinanza che configura un'ipotesi «di estrema necessità ed urgenza». In tal senso si esprime G. Boggero, *Le "more" dell'adozione dei dpcm sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19 in dirittiregionali.it*, 21 marzo 2020, p. 363. In senso radicalmente opposto, M. Cavino, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo in federalismi.it*, 18 marzo 2020, pp. 6-7. M. Luciani, *Il sistema*, cit., p. 134, precisa che il potere di ordinanza regionale poteva essere esercitato anche a seguito del decreto governativo ma «non poteva sovrapporsi ai campi già regolati dalla normazione emergenziale dello Stato, restando libero di intervenire solo in quelli lasciati scoperti (ancorché con il limite, appena indicato, del necessario rispetto del bilanciamento tra principi e diritti costituzionali diversi operato in sede centrale) e in presenza di specifiche esigenze locali».

³¹⁷ V. ad es. ordinanza n. 15 del 13 marzo della Regione Campania, su cui interviene anche il chiarimento n. 6 del 14 marzo. Al riguardo il caos determinato dal susseguirsi di atti statali e atti regionali è notevole. Il d.p.c.m. del 9 marzo 2020, all'art. 1, comma 3, prevede, tra l'altro, che «lo sport e le attività motorie svolti

In linea di massima, sulla base degli esempi presi in considerazione, sembrerebbe doversi ritenere che, in diversi casi, le misure adottate dalle Regioni si sarebbero dovute adottare, sin dall'inizio, con atto statale, atteso che, in talune ipotesi, a seguito degli interventi regionali lo Stato le ha fatte proprie. Al riguardo, sembra confermata la *ratio* del principio di sussidiarietà e dello stesso principio autonomistico che esaltano il ruolo fondamentale degli enti più vicini ai cittadini per la più adeguata conoscenza delle loro necessità ed esigenze³¹⁸: in effetti, sarebbe bastato un coordinamento fra Stato e Regioni ad evitare il caos normativo prodottosi³¹⁹.

Considerato anche che le misure regionali non sono mai state impugnate dal Governo, non è peregrino ipotizzare che le disposizioni del d.l.e dei d.p.c.m. richiamate siano state volutamente formulate in modo così ambiguo da consentire alle Regioni di ritagliarsi lo spazio per l'adozione di misure restrittive e sicuramente poco accettabili dalla cittadinanza in contesti lontani dalla pandemia oltre che per valersi della maggiore conoscenza delle criticità socio-territoriali da parte dei singoli governi regionali: laddove, si ribadisce, si sarebbe opportunamente dovuto adottare un provvedimento dello Stato centrale condiviso con le Regioni nelle sedi istituzionali³²⁰.

all'aperto sono ammessi esclusivamente a condizione che sia possibile consentire il rispetto della distanza interpersonale di un metro». Il 31 marzo 2020, interviene la circolare del Ministero dell'interno che chiarisce che «Nel rammentare che resta non consentito svolgere attività ludica o ricreativa all'aperto ed accedere ai parchi, alle ville, alle aree gioco e ai giardini pubblici, si evidenzia che l'attività motoria generalmente consentita non va intesa come equivalente all'attività sportiva (*jogging*), tenuto anche conto che l'attuale disposizione di cui all'art. 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 9 marzo scorso tiene distinte le due ipotesi, potendosi far ricomprendere nella prima, come già detto, il camminare in prossimità della propria abitazione». Prima della circolare del Ministero dell'interno, intanto, è stata adottata l'ordinanza del Ministero della Salute del 20 marzo 2020, art. 1, comma 1, lett. b) che stabilisce che «non è consentito svolgere attività ludica o ricreativa all'aperto; è consentito svolgere individualmente attività motoria in prossimità della propria abitazione, purché comunque nel rispetto della distanza di almeno un metro da ogni altra persona». Tale disposizione viene, poi, ripetuta identica, all'art. 1, comma 1, lett. f) del dpcm 10 aprile 2020, dopo che nel frattempo è intervenuto un comunicato stampa del Viminale in cui si chiarisce che «le regole sugli spostamenti per contenere la diffusione del coronavirus non cambiano» (interno.gov.it, 1 aprile 2020). In effetti, ad oggi, non si è riusciti a chiarire se a livello centrale l'attività di *jogging* sia consentita o vietata. In ciascuna Regione si dispone diversamente al riguardo: v. *runnersworld.it* per un'analisi delle ordinanze Regione per Regione in argomento. Sul caos al riguardo v. A. Celotto, *Il Re Ur-Nammu e la corsetta ai tempi del coronavirus in formiche.net*, 18/04/2020

³¹⁸ Sul ruolo delle Regioni nella gestione dell'emergenza Coronavirus, tra gli altri, v. U. Allegretti, E. Balboni, *Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia in forumcostituzionale*, 9 aprile 2020.

³¹⁹ Si consideri, al riguardo, che la giurisprudenza costituzionale in materia di potere di ordinanza, ha previsto, fra gli elementi di legittimazione dello stesso altresì il rispetto del principio di sussidiarietà e di leale collaborazione (v. ad es. sentt. n. 127 del 1995, n. 8 del 2016, n. 246 del 2019). Sul punto v. M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, p. 131.

³²⁰ Evidentemente la previsione dell'adozione dei d.p.c.m. «sentiti i Presidenti delle regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una sola regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale» ai sensi dell'art. 3.2

Dopo una tale fase iniziale caotica, con gravi conseguenze in termini di certezza del diritto da parte dei cittadini e, presumibilmente al fine di superare le criticità emerse, viene adottato il d. l.n.19 del 25 marzo 2020: le misure adottate dalle Regioni sulla base del precedente d. l., anche contrastanti rispetto ai d. p. c. m intervenuti, sono fatte salve e quelle ancora vigenti alla data di entrata in vigore del d.l.(ossia il 26 marzo) «continuano ad applicarsi nel limite di ulteriori dieci giorni» (art. 2, comma 3), il che induce a ritenere verosimile l'ipotesi di una volontaria ambiguità da parte del Governo nella stesura delle disposizioni e, comunque, contribuisce ad alimentare una modalità di gestione non unitaria dell'emergenza³²¹. Parimenti si prevede all'art. 3, comma 1, che «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento, le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale».

Si precisa che le ordinanze regionali sono legittime se adottate «nelle more dell'adozione dei d.p.c.m.», che hanno «efficacia limitata fino a tale momento» ma non sembra del tutto escludersi la possibilità di interpretare «le more» come il lasso di tempo che intercorre fra più decreti durante il quale siano sopravvenute, al d.p.c.m. intervenuto da ultimo, specifiche situazioni di aggravamento del rischio sanitario che, evidentemente, dovrebbero essere disciplinate da un nuovo d.p.c.m.: in tali circostanze, si potrebbe ritenere che nuove ordinanze regionali «possono introdurre misure ulteriormente restrittive» tra quelle indicate all'articolo 1, comma 2 del decreto, «esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale» con efficacia limitata fino all'adozione, appunto, di un nuovo d.p.c.m. (art. 3,1, d. l.n.19 del 2020). Insomma, sembra che la disposizione non risolva del tutto i dubbi interpretativi già sollevati dalla precedente di cui al d. l.n.6³²².

d. l.n.6 del 2020 non ha funzionato. Eppure la previsione è stata riproposta identica dal d. l.n.19 del 2020, art.2.1.

³²¹ M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, p. 135.

³²² Nel senso del superamento delle ambiguità rilevate rispetto all'art.3, comma 2, del d. l.n.6 del 2020, art. 3, M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, cit., pp. 134-135. Nello stesso senso G. Boggero, *Un decentramento confuso, ma necessario. Poteri di ordinanza di Regioni ed enti locali nell'emergenza da COVID-19* in

Le decisioni che diversi Presidenti regionali minacciano di assumere nella cd. fase due di progressivo superamento del *lockdown* sembrano porsi al di fuori dalle previsioni del nuovo d. l.

Certamente la cd. riapertura, infatti, non è riconducibile alle «misure ulteriormente restrittive» di cui all'art. 1, comma 2, del decreto n. 19, e, inoltre, potendo determinare un rischio di contagio anche in altre zone del Paese per effetto degli spostamenti di eventuali contagiati sul territorio nazionale, è una decisione necessaria ma di livello nazionale: incide sulla *salus rei publicae* potendo determinare altresì il fallimento delle pesanti misure restrittive adottate finora e ulteriori pregiudizi all'economia del Paese in casi di necessità di nuovo *lockdown*.

Essa va assunta, pertanto, a livello centrale tenuto conto di tutti gli interessi in gioco: un bilanciamento ispirato a proporzionalità e ragionevolezza fra salute da un lato, altre libertà, (da quella di circolazione a quelle economiche), dall'altro³²³.

Inutile ribadire quanto la decisione centrale potrà giovare del coinvolgimento delle Regioni in termini di efficacia e quanto i cittadini saranno avvantaggiati da un eventuale simile *modus procedendi*.

La situazione richiede, infatti, un intervento in tempi rapidi, che sia assunto a livello nazionale ma che tenga conto della diversità delle situazioni e dei contesti reali, nell'ottica del principio di differenziazione e proporzionalità: decisioni da assumere coinvolgendo le Regioni nel rispetto del principio della “leale collaborazione”³²⁴.

Abstract: L'A. analizza i provvedimenti statali restrittivi delle libertà fondamentali a tutela del diritto alla salute minacciata dal virus Covid -19 ed il rapporto fra tali atti e quelli regionali susseguitisi in modo caotico determinando gravi problemi di certezza del diritto per i destinatari delle misure restrittive previste.

Abstract: The article analyses the Italian Government restrictive measures aimed at limiting

piemonteautonomie.cr.piemonte.it, 8 aprile 2020, p. 3. L'A. rileva, tuttavia, come le Regioni abbiano continuato ad operare come se il d. l.n.19 non precluda loro il potere di adozione di ordinanze a far data dall'adozione del primo d.p.c.m. Sull'ambiguità della disposizione di cui al d. l.n.19 v. F. Cintioli, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)* in *federalismi.it*, 6 aprile 2020, p. 14.

³²³ V. F. Fabrizzi, *Per non far diventare il rimedio peggiore del male. Lockdown e bilanciamento tra diritti fondamentali* in *laCostituzione.info*, 19 aprile 2020.

³²⁴ A. D'Aloia, *L'art. 120 Cost., la libertà di circolazione e l'insostenibile ipotesi delle ordinanze regionali di chiusura dei 'propri confini'* in *dirittifondamentali.it*, 18 aprile 2020.

some of the personal freedoms enshrined within the Constitution in order to protect health, against the backdrop of the COVID 19 emergency. The article will also explore the sometimes contradictory relationship between national and regional measures, which partially affected legal certainty.

Parole chiave: misure restrittive – diritti fondamentali – diritto alla salute – principio di precauzione – emergenza.

Key words: restrictive measures – fundamental rights – right to health – precautionary principle – emergency.

POPOLO E DEMOCRAZIA (SOTTO SCACCO), FRA PARTITI POLITICI IN CRISI E POPULISMI*.

di Silvio Gambino**

Sommario. 1. Alcune premesse a mo' di indice delle tematiche oggetto di analisi. – 2. Stato pluralista e di democrazia partecipativa, (crisi dello) Stato di partiti. – 3. Democrazia sotto assedio, fra crisi dei partiti politici e populismi. – 4. La formazione del Governo Conte fra razionalizzazione costituzionale (debole), sregolatezza dei partiti politici e ruolo (cangiante) del Presidente della Repubblica nella forma di Governo. – 5. Crisi della sovranità, democrazia rappresentativa e sfida populista: 'transito indolore' verso una politica senza sovranità?

113

1. Alcune premesse a mo' di indice delle tematiche oggetto di analisi.

Come si potrà agevolmente convenire, il titolo assegnato a questo intervento evidenzia una originalità molto prossima allo zero. Come appare in qualche modo inevitabile in un dibattito pubblico su temi tanto complessi, pertanto, l'approccio non può che essere prevalentemente descrittivo, ancorché in tale riflessione non possano almeno lambirsi le tematiche teoriche (politico-istituzionali) che ne costituiscono lo sfondo. Da tempo ormai il tema dei partiti, delle loro origini e della relativa affermazione negli Stati contemporanei nonché del loro rapporto con la società e con le istituzioni (statali e territoriali) risulta oggetto di una vasta letteratura i cui volumi potrebbero riempire intere biblioteche. Da anni, molti studiosi se ne sono occupati nella loro ricerca scientifica producendo risultati soddisfacenti in molti casi e delusione in altri per non essere riusciti a cogliere profili che apparivano centrali e alla base della stessa crisi della loro rappresentatività, aggravatasi con il trascorrere del tempo in modo grave e (forse) irreversibile. Da almeno un decennio, tale crisi si pone come un tema centrale all'origine di discutibili analisi di antiparlamentarismo (teorico) e di prassi di antipolitica, in breve dell'odierno populismo (di cui più correttamente occorrerebbe parlare al plurale) che, nel Paese (ancorché in forme e con

* *Sottoposto a referaggio*. Riflessioni a lettura del libro di Yves Mény, *Popolo ma non troppo. Il malinteso democratico* (Bologna, 2019). Nel testo riprendo alcune osservazioni messe a punto per un Seminario organizzato dall'Università di Messina (20 aprile 2020).

** Professore Emerito di Diritto pubblico comparato – Università della Calabria.

intensità diverse da altre esperienze nazionali di *democrazia illiberale*), è dato ora cogliere, prevalentemente, come contestazione (formale e pratica) della rappresentanza politica, e con essa dei partiti politici, in favore di forme di democrazia diretta da parte di eterogenei movimenti sociali e politici, invero poco o affatto organizzati (ma che, a ben cogliere, costituiscono veri e propri partiti e, se possibile, ancora più sregolati rispetto a quelli che essi individuano solitamente come bersaglio principale delle loro critiche).

In un simile quadro di fondo, la riflessione che segue prende le mosse, in particolare, dalla ricca e stimolante ricerca svolta (di recente) da Yves Mény sul *popolo* e sul *diritto di parlare in nome del popolo, di tutto il popolo*, per come lo stesso Autore riepiloga efficacemente la sua ricerca in tema di vecchie e nuove forme e di problematiche della rappresentanza politica. Si tratta di una riflessione che ha potuto trarre linfa da ben note e apprezzate competenze storiche, politologiche e giuridiche dello studioso, che gli hanno consentito di poter affrontare con esiti argomentati e convincenti il complesso tema oggetto del suo studio attingendo alla storia costituzionale e alla evoluzione giuridica delle forme di organizzazione politica della democrazia, non trascurando gli stessi fallimenti che questa forma di *governo del popolo da parte del popolo*, inclusiva della legittimazione delle forme di esercizio del potere, ha dovuto registrare nel corso della sua bisecolare evoluzione dalle gracili formule della liberal-democrazia originaria fino alla più evoluta democrazia sociale contemporanea. La discussione promossa dallo studioso d'oltr'alpe (ben noto anche nel nostro Paese per aver ricoperto rilevanti incarichi in istituzioni scientifiche europee nonché nelle sedi accademiche di Firenze, Pisa e Roma) consente di potersi accostare con informata consapevolezza teorica alle tematiche complesse affrontate nel volume, per il cui approfondimento, invero, nessuna competenza potrebbe ritenersi veramente esaustiva, imponendosi a tal fine confronti e discussione nella opinione pubblica allargata e nella ricerca scientifica.

Intrecciandosi con le tematiche del contrasto della crisi economica e, ancora prima, con quelle dell'impatto della globalizzazione dell'economia sugli assetti democratici nei Paesi della *vecchia* e della *nuova* Europa post-1989, e nelle cosiddette *democrazie illiberali*³²⁵,

³²⁵ Interventi al Convegno “*Democrazie illiberali in prospettiva comparata: una nuova forma di Stato?*” organizzato dai proff. G. D'Ignazio e A.M. Russo (Università della Calabria, 4 dicembre 2019), ora pubblicati in *DPCE online*, 2020; L. Morlino, F. Raniolo, “Neopopulismo y calidad de la democracia”, in *Estancias. Revista de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales*, 2019, n. 1; F. Raniolo, *Democrazie sotto stress e tendenze illiberali*, in *Paradoxa*, 3/2019.

acute riflessioni sono state già proposte nel dibattito scientifico europeo (ma non solo), tanto nell'ambito delle discipline storico-politologiche quanto in quelle giuridico-pubblicistiche³²⁶. Senza voler fare torto alle prime – nelle quali trova collocazione ideale il volume sul quale ora si riflette –, senza incertezze, dovremmo osservare come l'interrogativo sulle forme e la qualità della democrazia rappresentativa, la *fiction représentative*³²⁷ e la sua stessa *accountability* (come oggi la definirebbero i politologi) – pur senza negarne la centralità nella teoria democratica e costituzionale moderna – non costituisca comunque un tema di (mera o prevalente) attualità nella vita democratica e istituzionale contemporanea. La più attenta dottrina costituzionalistica (ma un interesse approfondito sul punto era già osservabile nelle risalenti analisi della filosofia politica inglese e di quella francese) se ne era già fatta carico, con una ricerca che era divenuta importante e originale nella stessa prospettiva del rinnovamento metodologico della scienza giuridica, nell'immediato dopoguerra (ma, in realtà, lo era già stata nell'ultimo quinquennio del regime fascista, prima della sua implosione), integrando in tale indagine, al contempo, tanto uno sforzo volto alla deformalizzazione della metodologia giuridica classica³²⁸ quanto – e in modo conseguente – una rilettura innovativa delle forme di governo e della forma di Stato, in modo strettamente integrato con il ruolo svolto in esse da quel peculiare soggetto comunitario, in parte privato e in parte anche pubblico (come osserverà più tardi la dottrina costituzionalistica più avvertita), costituito dal partito politico (sia come singolo sia, nel loro insieme, come sistema di partiti). Un (innovativo e originale) soggetto comunitario – quest'ultimo – la cui esistenza, se non può dirsi ormai storicamente conclusa (secondo una ricorrente tesi pessimista), versa attualmente in uno stato di grave crisi, che si riflette nella svalutazione delle sue funzioni di concorso partecipativo alla determinazione della politica nazionale e pertanto nelle rilevanti funzioni rappresentative

³²⁶ *E multis*, P. Stancati (a cura di), *Rappresentare chi e che cosa nel terzo millennio. Crisi, vicende e trasformazioni del mandato elettorale*, Roma, 2015; G. Moschella, *L'incerta prospettiva della democrazia rappresentativa tra crisi della sovranità dello Stato e tendenze populistiche*, in *federalismi.it*.

³²⁷ Come la coglieva già Hans Kelsen nel suo *Democrazia e cultura*, Bologna, 1956.

³²⁸ Fra gli altri, S. Bartole, *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, 1986; L. Elia, (voce) *Governo (forme di)*, in *Enc. del dir.*; M. Galizia, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Archivio giuridico*, 1963; C. Mortati, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*; M. Nigro, *Costituzione ed effettività costituzionale*, in *Rivista di diritto e procedura civile*, 1969. Sul punto, più di recente, cfr. anche A. Ruggeri, *Comparazione giuridica e certezza del diritto costituzionale*, in Id., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, XIX, *Studi dell'anno 2015*, Torino, 2016; A. Morelli, *Comparazione e ipotesi scientifiche: appunti per uno studio sulle forme di governo*, in *federalismi.it*, n. 1/2017; S. Gambino, *"Metodo giuridico e realtà politica nella ricerca costituzionale"*, in *Studi in onore di Giuseppe De Vergottini*, Padova, 2015.

richieste costituzionalmente (nel quadro dello Stato pluralista, partecipativo e *di partiti*). Da tale fase storico-politica in poi, nello studio dei governi parlamentari, così, il diritto costituzionale non ha potuto più prescindere nella sua analisi dai partiti politici, come parimenti non ha potuto prescindere lo studio della stessa forma di Stato, per la cui legittimazione democratica e per il cui funzionamento la Costituzione repubblicana ha sancito l'integrazione del diritto di voto attribuito in modo universale a tutti i cittadini, con il concorso partecipativo dei partiti politici nella determinazione della politica nazionale, unitamente alle altre formule costituzionalmente disciplinate come, fra l'altro e in modo non esclusivo, il referendum abrogativo e l'iniziativa legislativa popolare.

Nel riflettere sulle categorie e sui temi ai quali ora l'Autore invita con un'analisi pregnante di teoria politica, di storia istituzionale e di cultura costituzionale, nella prospettiva evolutiva richiamata in precedenza, potremo richiamare tali tematiche nei loro termini essenziali osservando come – a partire dall'immediato dopoguerra –, accanto ad un cospicuo apporto di studi politologici e sociologici sui partiti politici, siano stati davvero pochi gli studi costituzionalistici che, nelle loro indagini sulla forma di Stato contemporaneo e le forme di governo (e delle relative problematiche di funzionamento), si siano sottratti alla considerazione degli stretti rapporti esistenti fra quadro costituzionale e sua concreta traduzione nella realtà, confermando in tal modo un approccio meramente formale alle problematiche del diritto costituzionale. A tanto li aveva sollecitati l'integrazione nella indagine degli stessi sistemi elettorali utilizzati e del relativo impatto sulla qualità rappresentativa e sulla funzionalità del Parlamento, anche a partire dal numero di soggetti partitici in esso presenti ed operanti, dalla capacità di selezione della *leadership* e dalla concreta loro conformazione alle regole costituzionali della democraticità interna. Una base multipartitica (più o meno) *esasperata*³²⁹, in tale prospettiva, ha accompagnato (e condizionato nel suo concreto funzionamento) la forma di governo parlamentare sperimentata nel Paese nel secondo dopoguerra, a partire dal figurino costituzionale (pluralista e partecipativo) che ne aveva disegnato l'Assemblea costituente. Una forma di governo parlamentare – quest'ultima – che i costituenti repubblicani impegnati nella scrittura delle nuove regole costituzionali avevano voluto intenzionalmente *debole* in ragione di un evidente *metus tiramni* che l'avversione nei confronti del regime fascista aveva fatto sedimentare nella loro cultura e nella relativa ideologia politica.

³²⁹ L. Elia, (voce) *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1970, vol. XIX.

Così, si ha l'impressione, se non perfino la certezza che, dopo più di settant'anni di vigenza nel Paese (e nei diversi ordinamenti europei) del costituzionalismo (razionalizzato e sociale, nelle forme evolute connotate dalla previsione di principi e di diritti fondamentali significativamente innovativi rispetto alle previsioni accolte nella originaria liberal-democrazia, nonché da disposizioni costituzionali garantistiche nella organizzazione delle forme e delle procedure di legittimazione democratica), si imponga in sede scientifica (e naturalmente in sede politica) una riflessione approfondita volta a monitorare la qualità e lo stesso rendimento della democrazia rappresentativa e con essa le problematiche di effettività delle presenti forme della democrazia costituzionale (in Italia e nelle democrazie pluraliste contemporanee)³³⁰.

D'altra parte – ma non si può qui ampliare eccessivamente l'analisi (a rischio, nello spazio ragionevolmente breve consentito, di non riuscire a trovare una formula di chiusura) – è da tempo che, nei più diversi ambiti della ricerca scientifica, gli studiosi portatori delle più variegata competenze si interrogano sulle stesse sorti della democrazia, prefigurandone talora esiti problematici, tanto che assumano le forme (apparentemente meno appariscenti) della *democrazia illiberale*, tanto che si dispongano perfino a guardare con interesse alla affermazione di riediti, tragici, *principi di supremazia del capo*. Una elencazione di simili approcci sarebbe inevitabilmente incompleta e per questa ragione viene qui omessa, salvo a richiamare – unitamente al già richiamato studio di Yves Mény (e alle sue analisi in tema disponibili nei libri specialistici e nelle riviste di ambito costituzionalistico, politologico e storico) – almeno alcuni fra i tanti titoli, che sembrano avere in comune titolazioni in forma interrogativa e dubbiosa³³¹. Ampliando l'orizzonte metodologico della ricerca, in una più recente analisi quali-quantitativa³³², il gruppo di analisti cui si deve la redazione del Rapporto si è prefisso di misurare le *performances* della democrazia e il relativo stato di crisi a livello planetario, includendo fra le esperienze analizzate lo stesso caso italiano, che appare perdere molti punti nella graduatoria rispetto agli *standard* medi di democraticità di riferimento.

³³⁰ A. Spadaro, *Su alcuni rischi, forse mortali, della democrazia costituzionale contemporanea. Prime considerazioni*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017.

³³¹ A. Mastropaolo, *La democrazia è una causa persa? Paradossi di una invenzione imperfetta*, Torino, 2016; S. Levitsky e D. Ziblatt, *Come muoiono le democrazie*, Roma-Bari, 2019, preceduta da un lucido saggio politologico intitolato “*La sfida populista e i suoi rimedi*”.

³³² M.S. Natale, *Democrazia in retromarcia. Così l'autoritarismo avanza nel mondo (e in Italia)*, in *Il Corriere della sera*, 1/3/2020.

Nell'accostarsi ai temi ampi e complessi affrontati da Mény nel suo volume, in un tentativo di predisporre un ideale *indice* delle analisi su cui si vorrà in seguito ritornare (sia pure in modo essenziale), rientra in primo luogo l'approccio seguito nell'evoluzione che, muovendo dalla teoria liberaldemocratica, ha portato, nei due secoli di sperimentazione storico-politica che ha fatto seguito alla *Déclaration* del 1789, al costituzionalismo liberaldemocratico prima e a quello sociale in seguito. Accostandosi al tema da una prospettiva storico-politica, l'Autore non può che evidenziare (lo fa in modo particolarmente argomentato nel capitolo V) come, a ben cogliere, quello fra liberalismo e democrazia, sia stato un *matrimonio travagliato*. Un percorso – quest'ultimo – che, con riguardo alla tematica specifica che funge da pista privilegiata nella sua ricerca, approda, come si sottolinea nei capitoli introduttivi del libro, a riconoscere il processo evolutivo che maggiormente rileva ai fini teorico-costituzionali e di teoria politica – quello che muove dalla sovranità nazionale per approdare alla sovranità popolare – una sovranità che, in ogni caso, risulta *regolata*, come si fa efficacemente osservare e come hanno appropriatamente previsto le costituzioni del secondo dopoguerra (“il popolo è sì sovrano, ma regolato”, p. 33). Così, è nella formulazione dell'originario modello di democrazia liberale (colto dalla migliore dottrina, senza inutili infingimenti, come *democrazia borghese*, come “Stato borghese”³³³), privo dei diritti politici di voto e di partecipazione alla formazione della volontà dello Stato, con la previsione del suffragio ristretto a quote minimali del corpo sociale (in ragione del censo e del reddito), che si annidavano non poche delle ragioni che avevano portato la quasi totalità dei Paesi europei (con la sola eccezione del Regno Unito), a partire dagli anni '30 fino agli anni '50 del secolo scorso, ad *abbracciare i dittatori*, una formula espressiva solo in apparenza enfatica – quest'ultima – volta a evidenziare la profonda insoddisfazione dei corpi sociali nel corso di quegli anni che li aveva portati a dare diffuso (se non anche pieno) consenso a formule di *rivoluzione dall'alto* (di *governo dall'alto*), tanto che si trattasse della forma di Stato socialista (Lenin, nel 1917), tanto che si trattasse della forma di Stato totalitario del fascismo (Mussolini, 1919), tanto che si trattasse della forma di Stato nazional-socialista (Hitler, 1934).

Nella evoluzione delle forme costituzionali dello Stato contemporaneo, dopo la *parentesi* totalitaria e violenta del fascismo, così, si possono comprendere le ragioni che hanno portato il costituzionalismo del secondo dopoguerra a cambiare *in profondità* le proprie

³³³ G.U. Rescigno, *Costituzione italiana e Stato borghese*, Roma, 1975.

categorie interpretative e di regolazione dei rapporti fra Stato e società. Molti Stati hanno proceduto in questo senso, l'Italia fra questi. Non a torto la sua Costituzione – senza voler accreditare formule di tipo enfatico – è stata da molti proposta e colta come *la più bella del mondo*. In tale quadro, l'originario modello liberale dello Stato di diritto si arricchisce e si perfeziona trasformandosi in Stato costituzionale di diritto, mediante l'integrazione al proprio interno di un catalogo di principi e di diritti fondamentali ricco e variegato ma, al contempo, istituendo giudici *ad hoc* (corti costituzionali) competenti a sindacare l'eventuale ingiustizia delle leggi e prevedendo principi irriducibili in tema di cambiamento costituzionale, al quale, in ogni caso, sono sottratte la materia dei principi e dei diritti fondamentali sanciti costituzionalmente, e con essi la disciplina della forma repubblicana (artt. 138 e 139 Cost.).

La democrazia costituzionale contemporanea, e quella italiana per quanto ora soprattutto rileva, come si può osservare, ha tratto insegnamento dal fallimento traumatico della democrazia registrata nel *ventennio fascista* e a questo fine ha deciso di prevedere, sancendoli nella Carta costituzionale, un insieme di libertà e di diritti, fra i quali, in particolare, rileva (ora) richiamare il suffragio universale (le donne, tuttavia, ne potranno fruire solo a partire dal 1946 nel voto sul referendum istituzionale) e la libertà di associazione in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale (art. 49 Cost.). Diritto di voto, libertà di associazione in partiti e *metodo democratico* da farsi valere nella loro vita interna, in tal senso, costituiscono pilastri irrinunciabili di un modello di associazionismo partecipativo e di legittimazione democratica della volontà dello Stato voluto innovativamente dai costituenti repubblicani per superare le risalenti formule totalitarie e accentrate del regime fascista che lo aveva connotato, unitamente a principi e a formule assolutamente innovative di *democrazia progressiva* che la dottrina costituzionale ha potuto inquadrare con le terminologie del *costituzionalismo sociale* e dello *Stato sociale*³³⁴.

Da qui la centralità dello strumentario partecipativo costituito dai partiti politici (come singoli e come sistema di partiti), su cui si vorrà ritornare nel seguito di questa analisi anche al fine di sottolineare come sia appunto la mancata attuazione dei principi di democrazia interna ai partiti (nel settantennio di vigenza della Costituzione repubblicana) a costituire

³³⁴ Fra gli altri, S. Gambino, *Stato e diritti sociali. Fra costituzioni nazionali e Unione europea*, Napoli, 2009; AA.VV. (a cura di S. Gambino), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015.

manifestazione di un processo di autonomizzazione degli stessi dal corpo sociale che si è accompagnato con il venir meno della responsabilità rappresentativa e più in generale con la stessa perdita (o comunque con la rilevante dequotazione) delle fondamentali funzioni di rappresentanza politica e di intermediazione (fra gruppi sociali e Stato).

Senza poterla ora dimostrare in modo compiuto, pertanto, la tesi che qui si vuole ipotizzare assume che è principalmente sui partiti politici, e nel loro complesso sul *sistema dei partiti*, che ricade la responsabilità politica e istituzionale della mancata attuazione della previsione costituzionale in tema di *democrazia interna*, da cui è scaturita la convinzione diffusa circa la ragionevolezza della tesi di una loro chiusura autoreferenziale rispetto agli interessi sociali che richiedevano adeguata rappresentanza politica, ponendosi in tal modo all'origine di atteggiamenti di critica e di rifiuto nei loro confronti, in ragione del venire meno del loro ruolo di intermediazione e di rappresentanza politica. Invero, sul punto occorrerebbe introdurre una precisazione importante ma lo faremo con meri accenni. Si vuole dire cioè che la mancanza di interesse e di disponibilità delle forze partitiche a conformarsi al (più volte richiamato) vincolo costituzionale della democrazia interna sorprende in modo più significativo se si ha riguardo ai partiti della sinistra (conformati fin dalle loro origini come *partiti di combattimento*) e al (nuovo) partito dei cattolici, la DC, in quanto, durante la fase pre-costituente e quella costituente, le forze politico-partitiche liberali non avevano manifestato sensibilità idonea a cogliere la necessità di una simile attuazione costituzionale (ma si tratta, come si vede, di un tema di discussione e non certo di affermazioni che non temano controrepliche). Che tale critica, che si è accompagnata nel tempo con la ricerca di forme di democrazia alternative a quella rappresentativa-parlamentare, sia successivamente approdata nel configurare un modello politico legittimato dal richiamo alla teoria costituzionale della democrazia diretta è questione che costituisce da tempo oggetto di discussione e di vaglio critico e che impone di non sottacere la critica radicale (*materialiter* rivoluzionaria) presente in un simile atteggiamento, imponendo pertanto di cogliere il contrasto fra le forme di democrazia praticate e la loro sostenibilità rispetto al «metodo democratico» preteso dalla (più volte richiamata) disposizione costituzionale (art. 49 Cost.).

Le formule di coordinamento interno seguite dai (nuovi) movimenti sociali e politici nei quali gli stessi si sono fin qui organizzati sono da almeno un decennio approdate, pur nella loro eterogeneità di ispirazioni ideali e politiche, in una loro riunificazione, in modo

piuttosto indistinto e confuso, sotto la terminologia del populismo (ancorché spesso declinato al plurale, come si è già osservato, dovendosene cogliere le più significative differenziazioni nel mondo rappresentativo della destra e in quelle stesse del centro-sinistra). Si tratta di verificare – come terzo profilo di analisi – se una simile prospettiva dei populismi costituisca una mera manifestazione della crisi della democrazia rappresentativa o se, al contrario, non abbia già posto le premesse ideali e organizzative di un processo irreversibile, senza ritorno, di crisi e di ripensamento *funditus* della democrazia parlamentare; in modo inevitabile, una simile lettura alluderebbe ad un seguito, al momento non decifrabile né prevedibile, di rottura della stessa (presente) forma di Stato democratico e sociale. Anche con riguardo ad un simile scenario, si impone un ricorso molto più sostenuto di quanto fin qui non si è ritenuto di poter fare al giudice civile e al giudice costituzionale perché, di volta in volta, possa sancire l'eventuale violazione, rispettivamente, del principio di legalità e di quello di costituzionalità.

In questa ultima prospettiva sarà anche necessario operare una qualche pur breve incursione sull'apporto del processo di integrazione europea e sulle stesse previsioni di politiche europee di *austerità* (ora comunque, positivamente, sospese nel quadro della grave crisi sistemica in atto determinata dalla pandemia da coronavirus), che hanno comportato evidenti processi di regressione dei diritti fondamentali (sociali ma non solo). Alcune recenti pronunce del Giudice delle leggi (fra le altre, in particolare, da ultimo, la sent. 275/2016) hanno avviato un convincente *revirement* giurisprudenziale, argomentando un coraggioso ripensamento di risalenti letture costituzionali che la crisi economica aveva orientato verso uno sbilanciamento a favore del bene della finanza pubblica e a detrimento della protezione dei diritti fondamentali (soprattutto sociali), che ora, appunto, vengono qualificati come costituzionalmente *irrinunciabili* dal Giudice delle leggi³³⁵.

In un quadro come quello disegnato, senza voler inseguire ruoli inappropriati alla ricerca costituzionale, si potrebbe almeno osservare che la democrazia rappresentativa non sembra godere di buona salute; a partire da tale affermazione (invero apodittica nella sua formulazione), tuttavia, non è dato certo immaginare che, allo stato, siano riconoscibili al

³³⁵ Fra gli altri, cfr. anche i nostri *Costituzionalismo, integrazione europea e crisi economica: presente e futuro dei diritti sociali*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 1/2019; *Passato e futuro dell'Unione: i diritti fondamentali fra Trattati e Costituzioni nazionali*, in M. Mascia e F. Velo (a cura di), *L'Unione Economica Europea: aspetti economici, sociali e istituzionali*, Bari, 2016; *Crisi economica e costituzionalismo contemporaneo. Quale futuro europeo per i diritti fondamentali e per lo Stato sociale?*, in *Astrid Rassegna*, 5/2015.

di fuori di essa spazi politici idonei ad assicurare quell'*acquis* che è stato fin qui assicurato dal patrimonio costituzionale ed europeo, l'uno e l'altro consolidati da una prassi risalente ancorché richiedano più adeguati e congrui processi di attuazione. In un simile scenario, il problema del populismo è dunque un problema aperto (dal punto di vista politico e costituzionale, per limitarci ai profili ora oggetto di interesse)³³⁶. Nelle more che a partire dallo stesso possa eventualmente emergere una più convincente teorizzazione, che si possa proporre come idonea a guidare processi di cambiamento politico-costituzionale, rimane che la Costituzione nella sua concreta formulazione chiede di trovare compiuta attuazione in ognuna delle sue disposizioni. In tale prospettiva, una regolazione dei partiti che risulti rispettosa della loro autonomia privata ma che al contempo non ne disconosca l'evidente ruolo (quasi) pubblicistico svolto dagli stessi costituisce un passaggio centrale nell'ottica del tentativo (forse *in extremis*) di restituire loro quella credibilità e quella responsabilità sulla quale da tempo essi sembrano non poter più fare affidamento. Al contempo, per la società ciò comporterebbe di poter ancora contare sulla loro indispensabile funzione di intermediazione e di rappresentanza politica senza essere consegnata ad una confusionaria rappresentazione di bisogni senza che essi possano divenire oggetto di mediazione/decisione parlamentare e quindi di responsabile e competente governo degli stessi. Il tempo potrà dire quale delle due opzioni avrà avuto ragione.

³³⁶ Nell'ampia bibliografia in tema, cfr. almeno A. Spadaro, *Costituzionalismo versus populismo. Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee*, in G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi, *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009; G.U. Rescigno, *Populismo (presunto, asserito, proclamato) e diritto costituzionale in Italia*, in *Ragion Pratica*, 2019, n. 52; G. Moschella, *Crisi della rappresentanza politica e deriva populista*, in *Consulta online*, 2019, II; Id., *L'incerta prospettiva della democrazia rappresentativa tra crisi della sovranità dello Stato e tendenze populistiche*, in *federalismi.it* (19 giugno 2019); A. Morelli, *La riscoperta della sovranità nella crisi della globalizzazione*, in *Consulta online*, 2018, I; G. Allegri, A. Sterpa e N. Viceconte, *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, Napoli, 2019; *Percorsi costituzionali ("Rappresentanza senza populismi")*, num. spec. 1/2017; Y. Mény e Y. Surel, *Populismo e democrazia*, Bologna, 2004; G. Martinico, *Il diritto costituzionale come speranza*, Torino, 2019; G. Martinico, *Fra mimetismo e parassitismo. Brevi considerazioni a proposito del complesso rapporto fra populismo e costituzionalismo*, in *Questione giustizia*, n. 1/2019; L. Morlino e F. Raniolo, *Neopopulismo y calidad de la democracia*, in *Estancias*, n. 1/2019; F. Bassanini, *La democrazia di fronte alla sfida della disintermediazione: il ruolo delle comunità intermedie e delle autonomie territoriali*, in *Astrid Rassegna*, n. 6/2019; Y. Mounk, *Popolo vs democrazia. Dalla cittadinanza alla dittatura elettorale*, Milano, 2018; N. Urbinati, *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, Bologna, 2019; I. Diamanti e M. Lazar, *Popolocrazia. Le metamorfosi delle nostre democrazie*, Bari-Roma, 2018; M. Revelli, *La politica senza politica. Perché la crisi ha fatto entrare il populismo nelle nostre vite*, Torino, 2019; M. Tarchi, *Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, Bologna, 2018; G. Orsina, *Democrazia del narcisismo. Breve storia dell'antipolitica*, Venezia, 2018; A. Mastropaolo, *La democrazia è una causa persa? Paradossi di un'invenzione imperfetta*, Torino, 2016; S. Levitsky e D. Ziblatt, *Come muoiono le democrazie*, Bari-Roma, 2018; P. Rosanvallon, *Le siècle du populisme*, Paris, 2020; M. Lalatta Costerbosa, *La democrazia assediata. Saggio sui principi e sulla loro violazione*, Roma, 2014.

2. Stato pluralista e di democrazia partecipativa, (crisi dello) Stato di partiti.

Nell'accostarsi ad un tema tanto complesso quanto sfuggente e ambiguo nei suoi perimetri definitivi e descrittivi come quello dei populismi (che implica la crisi della democrazia rappresentativa ma non si esaurisce in essa), per come si è già osservato in precedenza, appare necessario avvalersi delle innovazioni metodologiche affermatesi in dottrina nel corso dei decenni che precedono la fase contemporanea del costituzionalismo e che ne avevano guidato la discontinuità rispetto al regime liberale (e naturalmente rispetto a quello totalitario). Il cambio di paradigmi teorici evidenzia come l'affrontare il tema della democrazia nelle modalità consentite dal costituzionalismo contemporaneo non appaia né agevole né financo possibile con una metodologia dogmatica che non sia quella *realista* e che, pur senza nulla concedere all'approccio meramente descrittivo, si interroghi sulle capacità ermeneutiche della nuova metodologia di ricerca attenta anche ai principi di effettività e in tale ottica alla *living constitution*³³⁷. In tale quadro di deformalizzazione della scienza giuridica classica, infatti, trovano piena giustificazione le nuove relazioni venutesi a determinare fra soggetti privati e soggetti/poteri pubblici, che risulterebbero (finanche) di difficile comprensione se analizzati con le originarie, tradizionali, categorie analitiche gius-pubblicistiche. Con la evoluzione consentita dalla utilizzazione delle nuove categorie analitiche *realistiche* – per richiamare la categoria mortatiana della *costituzione materiale* – approda in tal modo alla conformazione di una costituzione *vivente, reale*, ancorché, trattandosi di un processo che vive nel tempo, non può che cambiare con esso e con le domande di cui le istituzioni e le autonomie politiche sono chiamate a farsi carico. In una simile prospettiva, la riflessione sui più recenti approdi istituzionali e costituzionali del processo di trasformazione del partito politico (e più in generale del sistema dei partiti) ha imposto una riflessione di ordine metodologico circa la stessa sostenibilità tecnico-giuridica di un simile approccio in termini di *costituzione reale*. Rispetto alla originaria democrazia liberal-democratica (dello Stato monoclasse), così, si è potuto cogliere come, nel costituzionalismo contemporaneo (dello Stato pluriclasse), il processo di

³³⁷ In tema, cfr. anche i nostri *Metodo giuridico e realtà politica nella ricerca costituzionale*, in *Studi in onore di Giuseppe De Vergottini*, Padova, 2015; *Forma di governo, partiti politici e sistemi elettorali: la living Constitution italiana nell'ottica comparatistica*, in *Liber amicorum in onore di Carlo Amirante. Costituzione, Economia, Globalizzazione*, Napoli, 2013.

avvicinamento dei partiti allo Stato – e con esso la ridefinizione fattuale delle funzioni rappresentative e partecipative dei partiti – non costituisca il risultato di un processo lineare, unidirezionale e privo di incoerenze interne. L'analisi costituzionale relativa ai rapporti (nel diritto e nella realtà) fra partiti e Stato, soprattutto nel corso degli ultimi decenni, peraltro, si è inscritta, come osservato, nel contesto di una tendenza al superamento delle concezioni classiche del diritto. Se non proprio ispirate al superamento di un rigido approccio formale ai problemi del diritto (e dello Stato), le nuove tendenze argomentate in dottrina si sono orientate verso una più attenta riconsiderazione dei complessi rapporti esistenti tra la realtà sociale ed il complesso delle norme, in un tentativo di riconoscimento del *continuum* pregiuridico-giuridico che solo avrebbe potuto, secondo tale nuovo approccio, rendere evidente e per questo comprensibile la complessità dell'ordinamento giuridico vigente, la c.d. costituzione *vivente, reale*.

Nella prospettiva di tale sforzo di rinnovamento metodologico, la novità fondamentale dello studio dei partiti (e del loro inserirsi fattualmente nella organizzazione costituzionale dello Stato) considerati sia nel loro aspetto sociologico sia nel loro aspetto di sistema, così, è consistita nel fatto che essi, “quali parti del diritto costituzionale vivente”³³⁸, costituiscono un elemento fondamentale per giungere all'identificazione della forma dello Stato e del suo modello organizzativo, la forma di governo. In tale quadro, come è stato convincentemente osservato, l'instabilità dell'assetto governativo può operare in modo fortemente problematico sulla stessa vitalità (se non anche sulla relativa sopravvivenza) della forma di Stato vigente. Con approccio attento alla *living Constitution*, così, nell'approccio costituzionalistico, è divenuto obiettivo diffuso l'analisi della rilevanza dei partiti politici, nella loro duplice e dialettica configurazione giuridica, all'interno dei sistemi di governo degli Stati contemporanei. Essi si sono presentati allo studio dell'analista come organi costituzionali sostanziali di indirizzo politico in posizione di parità giuridica e al contempo come associazioni di tipo privato e dunque strettamente collegate alla società. La concezione dello Stato contemporaneo come *Stato di partiti*, e la sua forma di governo come *governo di partiti*, in una simile ottica, hanno costituito fin qui un apporto fondamentale al rinnovamento della teoria contemporanea dello Stato democratico-rappresentativo.

Le trasformazioni registrate nell'ambito del partito e nei relativi rapporti con la forma di

³³⁸ L. Elia, (voce) *Governo (forme di)*, cit.

governo non sembrano ora ispirate ad assicurare continuità ad un simile modello nel futuro della democrazia parlamentare, muovendosi il dibattito e il correlativo processo di riforme istituzionali e costituzionali (in Italia), almeno tendenzialmente, nella direzione di forme di *democrazia d'investitura*, prevalentemente fondate sul ruolo trainante del *leader* (anche nella sua funzione di *premiership*) anziché sulle funzioni di mediazione, di intermediazione svolte dai partiti nella società e sul relativo raccordo con le istituzioni rappresentative e di governo.

Pur costituendo un indubbio passo in avanti nell'elaborazione teorica della dottrina, lo *Stato/governo dei partiti*, nell'accezione che ne ha offerto la dottrina costituzionale, infatti, a partire dagli anni '70 del secolo scorso in poi, non è risultata più capace di cogliere in modo adeguato la complessità della problematica dello Stato contemporaneo. In questo nuovo contesto (ha assunto e tuttora) assume rilievo e significato l'analisi del ruolo effettivo svolto da tutte le formazioni sociali e politiche diverse dai partiti operanti sia attraverso forme dirette di pressione sul potere esecutivo sia attraverso forme di democrazia semi-diretta come il referendum, l'iniziativa popolare ma anche l'associazionismo e l'azione sindacale.

In questa nuova luce, così, – ancora prima del manifestarsi della crisi che li ha riguardati sia come singole forze partitiche sia nel loro aspetto complessivo di sistema di partiti – sono emersi nettamente i limiti della concezione dello Stato contemporaneo come *Stato/governo di partiti*, che è sembrato attribuire, in modo riduttivo, ad alcune strutture soltanto, investite da un processo evidente di istituzionalizzazione, le funzioni di rappresentanza e di mediazione della realtà sociale all'interno dello Stato-persona, laddove il sistema prefigurato dalla Costituzione (soprattutto) nei suoi primi tre articoli e nell'art. 49 rifiuta tale interpretazione per accogliere nel diritto di partecipazione *permanente* dei cittadini alla determinazione della politica nazionale tutte le conseguenze di un simile capovolgimento di prospettiva. È quanto costituisce parte rilevante della lettura costituzionale allorché, sottolineando l'ambiguità di talune categorie costituzionali, ha affrontato (e tuttora conferma una simile valutazione) la mutata prospettiva di analisi in termini di *Stato di democrazia pluralista* o *Stato di democrazia partecipativa*, sottolineandosi con tale approccio (descrittivo ma anche prescrittivo) la necessità di considerare la realtà sociale nella sua complessa e conflittuale articolazione.

Il sistema dei partiti, dunque, nella sua funzione di impulso e in quella di condizionamento

delle istituzioni costituzionali (parlamentari e di governo) ha costituito un dato accettato, almeno dalla dottrina prevalente (con riguardo alla costituzione materiale del settantennio trascorso). L'allusione alla *Inkorporierung* (della tipizzazione del Triepel) e al *ParteienStaat* è sufficientemente evidente per non avvertire l'esigenza di sottolineare tutti i limiti di una siffatta concezione³³⁹. Ciò che in via di fatto si era andato realizzando nell'evoluzione costituzionale più recente, infatti, era il superamento della democrazia rappresentativa ottocentesca, fondata sulla centralità dell'organo parlamentare, nella direzione di una democrazia di massa incentrata sui partiti politici, al cui interno, tuttavia, permanevano forme, istituti e procedure della previgente forma democratica, che riapparivano soprattutto in determinate situazioni limite (voto segreto in contrasto con le indicazioni di partito, ecc.). Tale evoluzione, più di recente, si è estesa alla stessa *democrazia dei partiti* ponendo sotto pressione critica la intermediazione politica e la rappresentanza parlamentare svolta dai partiti.

Rispetto a tali trasformazioni nel modo di essere e di operare del sistema dei partiti politici e della democrazia rappresentativa istituzionalizzata, importanti novità metodologiche si erano registrate nel corso degli anni '70 (in particolare con le analisi di L. Elia e di G.U. Rescigno). Le argomentazioni del Rescigno, in particolare, si richiamavano ad una metodologia e ad un'analisi risalente nell'ambito della dottrina più critica, che individuava per il partito politico la natura di ente complesso, idonea a integrare, al contempo ed in modo necessariamente correlate, la natura giuridica delle associazioni private e quella degli organi (o quasi organi) dello Stato soggetto. La carenza di uno dei due elementi, in un quadro in cui essi si assumevano necessariamente complementari, per le funzioni cui erano chiamati nello Stato di democrazia pluralista (rappresentanza e mediazione-integrazione), avrebbe fatto venir meno la funzionalità dell'intero sistema di democrazia rappresentativa. In ragione delle funzioni svolte nella rappresentanza politica e nella collaborazione allo svolgimento di funzioni a rilevanza pubblicistica loro attribuite all'interno delle forme di governo degli stati contemporanei, così, i partiti politici, hanno costituito organi di effettivo rilievo costituzionale, titolari, sia pure nella sola via fattuale, della formulazione e dell'attuazione dell'indirizzo politico. Ma, al contempo, essi hanno rivendicato la natura delle associazioni private, quindi strettamente insediate nella società, difficile apparendo in tal modo la ricomposizione strutturale e funzionale in una lineare definizione della loro

³³⁹ In tema, cfr. anche il nostro *Partiti politici e Parteienstaat*, in *Politica del diritto*, n. 2/2018.

natura giuridica. Il ritardo registrato da una parte significativa della dottrina nel considerare il partito sotto il suo aspetto funzionale di *elemento costitutivo del sistema di governo* aveva costituito anche una ragione della più generale difficoltà a comprendere la sua configurazione *a prevalente gravitazione pubblicistica* e dunque la sua natura di parte integrante fondamentale del modello di democrazia e della forma di Stato vigente, la quale – come si è già osservato – è stata appunto definita *Stato/governo d(e)i partiti* in quanto concretizzata ed incentrata sul funzionamento del modello previsto dalla Carta costituzionale ad opera di un sistema di partiti dai tratti giuridici privatistico-associativi e al contempo organicistici, mentre dai tratti sociologico-politologici, caratterizzato dall'esistenza di una pluralità di partiti, dei quali alcuni soltanto (almeno fino al 1993, data di abbandono del sistema elettorale di tipo proporzionale, prima di essere ripreso nella vigente legge elettorale) hanno potuto accedere alle maggioranze di governo (*clausola ed excludendum* e inesistenza della regola dell'alternanza fino ai primi anni '90 come regola convenzionale che ha guidato la formazione dei governi per almeno una metà di secolo).

3. Democrazia sotto assedio, fra (crisi dei) partiti politici e populismi.

Dopo una (essenziale) disamina del ruolo centrale svolta nella forma di Stato e nella forma di governo delineata dalla Costituzione repubblicana, le riflessioni che ora seguono, pur nella loro essenzialità, non riguardano (in modo esclusivo o anche solo prevalente) le tematiche poste dai rapporti fra gli organi costituzionali anche nell'ottica di un'auspicata *democrazia governante* quanto (piuttosto) le relative problematiche per come determinate dall'impatto che su tali organi e sui rapporti fra gli stessi – *la forma di governo* – ha avuto il sistema politico-partitico nel suo concreto funzionamento. Per argomentare tale approccio, richiameremo ancora, sia pure in modo essenziale, la parabola evolutiva che, dalla originaria sua affermazione, è ora pervenuta alla crisi del partito politico, accennando alle stesse tematiche che, da settant'anni a questa parte, sono state proposte dalla più attenta dottrina e che hanno riguardato la trasformazione della forma di Stato e della forma di governo in ragione degli effetti prodotti dagli stretti rapporti realizzati nella concreta realtà fra organizzazione dei poteri costituzionali, partiti politici e poteri/corpi intermedi più in generale. Tale ricostruzione complessiva, nei termini mortatiani della *costituzione in senso*

sostanziale, porterà, infine, a proporre alcune linee essenziali di lettura critica sulle stesse problematiche della forma di governo parlamentare in Italia, per come osservabili nella formazione (e nel funzionamento) del *Governo Conte I* e del *Governo Conte II*.

Una premessa appare opportuna a quanto si potrà ora osservare sul tema che ha avuto il suo *focus* nel dibattito che, di recente – prima dell’adozione della vigente legge elettorale (n. 165/2017) – aveva conosciuto il suo approdo nell’approvazione di una legge elettorale (cd *Italicum*) parzialmente censurata di illegittimità dalla Corte costituzionale e in un tentativo di revisione costituzionale, che ancorché respinto dal corpo referendario (nel referendum costituzionale del 4 dicembre 2016), ha fatto sedimentare non irrilevanti manifestazioni di antipartitismo ma anche di ‘patriottismo’ costituzionale.

A partire da Costantino Mortati (ampia e autorevole dottrina, come sappiamo, lo ha seguito sul punto), nella dottrina giuridica, con diverso approccio metodologico, sono stati utilizzati in modo ricorrente i termini di *costituzione materiale, vivente, reale* o terminologie similari, per sottolineare tale diversa sensibilità metodologica nello studio dell’organizzazione costituzionale dello Stato, delle sue modalità di legittimazione democratica e della forma di governo. Da questa diversa prospettiva metodologica, vi era stato anche chi, in modo convincente, aveva assunto come perfino *monche e fuorvianti*, sotto il profilo euristico, quelle analisi che si fondavano su criteri tipologici adottati dalla dottrina costituzionalistica classica e come *inservibili* le tradizionali tipologie delle forme di governo basate sulla definizione degli equilibri fra gli organi costituzionali in base al mero principio di separazione dei poteri³⁴⁰.

In tale quadro, si assumeva che l’approccio analitico (non solo più ricorrente ma) perfino obbligato risultava essere quello che, per il suo fondarsi su una concezione dinamica e non meramente statica (e formale) dell’ordinamento costituzionale, si prefiggesse di cogliere – oltre alla mera allocazione costituzionale delle competenze e ai rapporti fra gli organi/poteri costituzionali – la reale effettualità dei singoli istituti costituzionali e dei concreti rapporti esistenti fra gli stessi, in una parola, tutta quella complessa realtà costituita dalle relazioni osservabili fra le istituzioni costituzionali e il sistema politico-istituzionale, in una parola la *living Constitution*. Tuttavia, tale approccio non poteva fondarsi – come talora avveniva nel ragionamento (interessato e partigiano) delle forze politiche, spesso indisponibili a cogliere la distinzione fra (esercizio del) potere di revisione costituzionale e potere

³⁴⁰ L. Elia, (voce) *Governo (forme di)*, cit.

costituente – su concezioni svalutative della Costituzione, né attribuire al presupposto pattizio sotteso in esso un valore giuridico, individuando nelle forze politiche le naturali destinatarie di un potere (sostanzialmente costituente) di aggiornare, in modo sistematico e senza revisioni formali, l'ordinamento costituzionale. Naturalmente, una simile lettura riguarda il sistema politico-partitico per come osservabile nelle Legislature precedenti a quella ora in corso. Senza potersi qui soffermare sui limiti del testo di revisione costituzionale cd Renzi/Boschi, la (contrastata) discussione dottrinarica sulla conformità a Costituzione delle ipotesi derogatorie previste nel procedimento di revisione costituzionale promosse dal Governo Letta, in tal senso, ne costituiva una chiara anticipazione e una concreta riprova³⁴¹.

Una simile premessa potrebbe forse consentire di cogliere le origini più profonde della crisi politico-istituzionale del Paese le quali non sembrano riguardare, almeno in modo principale, la mera forma di governo quanto piuttosto, più in generale, lo stesso modello di democrazia, alla cui realizzazione concorrono – accanto e unitamente ad essa – il sistema elettorale, il sistema dei partiti, le culture e i comportamenti politici nonché, naturalmente, le previsioni costituzionali sulla forma di governo. In tale cornice – più che opportuno – risultava necessario collocare la riflessione sulla legge n. 52/2015³⁴² e sui relativi impatti che la stessa avrebbe potuto avere sul testo di revisione costituzionale cd Renzi-Boschi (qualora avesse potuto completare il relativo *iter* di approvazione), e pertanto sulle relative conseguenze in termini di (rischi di) sbilanciamento dei poteri costituzionali e di svalutazione della democrazia costituzionale. In tale ottica, letta in combinazione con la riforma elettorale, la tematica della riforma costituzionale costituiva un tema quanto mai problematico per ragioni al contempo tecnico-giuridiche e politico-costituzionali. Da tale prospettiva, in particolare, rilevavano la stretta compenetrazione che le leggi elettorali avevano con la concreta costituzione materiale del Paese e la logica *esasperata* del multipartitismo (estremo e *sregolato*) che aveva caratterizzato le prime cinque decadi di attuazione della Carta costituzionale, la sua profonda imbricazione con le forme politico-istituzionali della *democrazia maggioritaria* sperimentate a partire dai primi anni '90 e, da ultimo, l'inevitabile criterio delle preferenze personali nei confronti dei diversi sistemi

³⁴¹ In tema, cfr. anche il nostro *Le proposte di riforma costituzionale del Governo Letta. Prime osservazioni sui limiti (procedurali e di merito) delle proposte di revisione accolte nella Relazione finale della Commissione per le riforme costituzionali*, in Astrid Rassegna, 18/2013.

³⁴² A. Ruggeri e A. Rauti, *Forum sull'Italicum. Nove studiosi a confronto*, Torino, 2015.

elettorali e della loro concreta sperimentazione nell'ambito delle forme di governo contemporanee.

A quasi trenta anni dal varo della legislazione (prevalentemente) maggioritaria dei primi anni '90 – e nel quadro fortemente innovato dello *scongelo* del sistema politico-partitico (a seguito della implosione del sistema socialista post-1989 e del superamento della divisione del mondo nelle aree di influenza definite nel periodo della *guerra fredda* successiva alla fine della II Guerra mondiale) –, il problema posto dalle esigenze di trasparenza e di funzionalità della democrazia rappresentativa e della stabilità dei governi rimaneva ancora non superato, semmai aggravato, in quanto il dato nuovo, già a partire da tale fase politico-costituzionale, risultava costituito dalla crisi dei partiti che avevano originariamente conformato il *Parteienstaat*, costituendo l'architrave della democrazia parlamentare del Paese (nello spirito delle analisi innovative proposte da Hans Kelsen). Già nella fase conclusiva di tale parabola evolutiva del parlamentarismo contemporaneo³⁴³ e dei soggetti comunitari che ne erano stati i principali fautori, i partiti politici risultavano ridotti ad un vero e proprio stato *cadaverico*, come di recente ha sottolineato più volte Gaetano Silvestri, quando, nelle sue ricorrenti analisi in merito, ha sottolineato come – nella specifica questione inerente il *parteiprivileg* – nella vigenza di una costituzione scritta, la disciplina della democrazia interna ai partiti non risultasse negoziabile (per come, in senso contrario, è avvenuto a partire dai primi anni di attuazione costituzionale), ponendosi – la stessa – come *conditio sine qua non* della stessa legittimità del loro concorso partecipativo alla determinazione della politica nazionale, nello spirito dell'art. 49 Cost.

In tale quadro, così, fra gli esiti di tale dibattito e dei relativi riflessi politico-istituzionali deve farsi rientrare una risalente, profonda, trasformazione della forma-partito che, nella sua forma contemporanea di *partito di massa*, aveva positivamente accompagnato lo sviluppo della democrazia del Paese nella fase della universalizzazione del suffragio, proponendosi come la sua *costituzione materiale* (come la definiva Mortati), e contribuendo alla concreta attuazione dello *Stato di partiti* (*Parteienstaat*) – secondo un convincente approccio della dottrina costituzionale tedesca – nella forma registrata nella esperienza del Paese. In tale processo evolutivo, l'affermazione – dopo e come

³⁴³ Cfr. M. Volpi, *Istituzioni e sistema politico in Italia: bilancio di un ventennio*, 2015; A. Pace, *Il metodo (sbagliato) della riforma. Note critiche al d.d.l. n. 813 Sen.*, in www.costituzionalismo.it, n. 1/2013; S. Gambino, *Rappresentanza e stabilità governativa (alla ricerca di un equilibrio difficile da realizzare fra riforme elettorali (partigiane) e tentativi di riforma costituzionale)*, in *Astrid Rassegna*, n. 7/2014.

superamento del modello originario del “partito di combattimento”³⁴⁴ e del *partito di massa* – del “partito pigliatutto”³⁴⁵, del “partito-cartello”³⁴⁶ e, ancora più di recente, del “partito personale”³⁴⁷, definisce i contorni di un processo di trasformazione della forma partito³⁴⁸ che ha le sue radici più profonde nella progressiva perdita dell’ancoraggio rappresentativo a specifiche, sezionali, componenti del corpo sociale, cui fa seguito il superamento del radicamento sociale del partito e con esso la perdita del modello partecipativo nella scelta dei candidati a favore di decisioni che sempre più si sono trasferite nelle mani di (ristrette) segreterie partitiche (vere e proprie oligarchie interne) e ancor di più a favore della emersione di formule leaderistiche nella organizzazione delle campagne elettorali e della stessa conformazione organizzativa interna del partito politico e nei relativi rapporti con la società.

Le fasi politico-istituzionali di affermazione della democrazia maggioritaria (favorite da una legislazione significativamente dis-rappresentativa, nonostante le forze politiche di opposizione non abbiano a suo tempo ritenuto di dover di promuovere l’attivazione delle necessarie procedure di controllo giurisdizionale) non potevano che esasperare simili tendenze di trasformazione nella forma del partito e nelle relative funzioni svolte, anche in questo caso aprendo un varco di criticità nei loro confronti che le formazioni populiste affermatesi nel Paese (in conformità a quanto osservabile nelle crescenti tendenze illiberali osservabili nei Paesi ex socialisti) non hanno avuto difficoltà a raccogliere, assicurando loro un forte consenso elettorale che le hanno visto ben presto occupare posizioni di rilievo negli schieramenti delle forze di governo (in Italia, come già in Austria, in Francia, in Spagna e in misura minore nella maggior parte degli altri Stati europei di democrazia pluralista).

Nel corso degli anni, ciò ha portato ad evidenziare l’esigenza di un ripensamento delle fondamentali tematiche costituite dalla effettività della *democrazia interna* dei partiti prevista dalla specifica disposizione costituzionale (art. 49), ancorché le forze politiche, senza vera differenza al loro interno e rispetto al relativo orientamento ideologico, si sono

³⁴⁴ La definizione in questi termini è di G.U. Rescigno, *Alcune considerazioni sul rapporto partiti-Stato-cittadini*, in *Studi in onore di C. Mortati*, Padova, 1977.

³⁴⁵ O. Kirchheimer, *The Party in the Mass Society*, 1958; Id., *Politics, law, and social change* (post., 1969).

³⁴⁶ R.S. Katz - P. Mair, *Changing models of party organisation and party democracy. The Emergence of the Cartel Party*, London, 1995.

³⁴⁷ M. Calise, *Il partito personale*, Roma-Bari, 2000.

³⁴⁸ F. Raniolo (a cura di), *Le trasformazioni dei partiti politici*, Soveria Mannelli, 2005; Id., *I partiti politici*, Roma-Bari, 2013.

sempre rifiutate di procedere a “regolare gli sregolati”³⁴⁹, per indicare che esse hanno operato in modo da non assicurare attuazione alla previsione costituzionale di merito, nonostante (almeno) due ppddl (a firma di Mortati e di D’Ambrosio) fossero stati predisposti³⁵⁰.

Ne è seguita una loro grave delegittimazione surrogata da forme alternative di partecipazione politica non più di tipo formalmente associativo-partitico ma di tipo movimentistico, quando non anche caratterizzate dal ricorso a forme – esse stesse costituzionalmente discutibili quanto alle problematiche di conformità delle relative modalità organizzative alle previsioni costituzionali della democrazia interna dei partiti – di partecipazione/decisione attraverso lo strumento *web*, della cui trasparenza era comunque lecito assumere la non conformità alle previsioni dell’art. 49 Cost. per come la dottrina ha puntualmente sottolineato³⁵¹.

È appunto a tale livello che è risultato osservabile, in particolare nell’ultimo trentennio, un vero e proprio scontro con il sistema tradizionale dei partiti censurato in ragione di una sua materiale conformazione in *corporazione proprietaria*, in *casta*, cioè in una classe di professionisti della politica che – secondo un simile approccio – avverserebbe o, nella versione più edulcorata, risulterebbe indifferente verso ogni proposta di riforma che ne mettesse in questione l’esistenza, la legittimità e la qualità rappresentativa. A tale *corporazione castale* si è contrapposto, più che un movimento comunitario dai contorni organizzativi e programmatici chiari, un movimento di organizzazione politica indubbiamente originale e parimenti ambigua, che nel fondo è parsa ispirata ad una (discutibile) pretesa di esclusività nella funzione rappresentativa rifiutando – in modo irragionevole – ogni possibile forma di collaborazione con le altre forze politiche.

Una simile innovazione nella forma e nelle funzioni della nuova forma del partito, auto-qualificatosi come *partito/non partito*, come *partito/movimento*, si prefiggeva in modo espresso di rappresentare socialmente un movimento di critica nei confronti della politica istituzionalizzata e dei partiti, senza che a tale rappresentazione corrispondesse necessariamente un’assunzione di responsabilità politico-parlamentare nei confronti dei propri elettori. Insomma, un modello *di rappresentazione senza rappresentanza*, espressivo

³⁴⁹ G.U. Rescigno, *Potere politico e sistema dei partiti: limitare il sovrano*, in *Politica del diritto*, n. 1/9184.

³⁵⁰ Così anche nel nostro *Partiti politici e forma di governo*, Napoli, 1977.

³⁵¹ G. Grasso, *Le “Mouvement 5 étoiles” et le défis de la démocratie représentative: à la recherche d’une notion constitutionnelle de populisme?*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2017.

della rottura fra le funzioni di mediazione e quelle di rappresentanza politica; un modello che, per tale ragione, si è auto-interpretato come superamento dei principi bisecolari della democrazia rappresentativa a favore di incerte e indeterminate prospettive di democrazia diretta o semi-diretta dei cittadini³⁵², prive di contenuti minimi di democraticità interna pretesa costituzionalmente.

È proprio in un simile quadro evolutivo che si era inserita la prospettiva di un ripensamento del sistema elettorale, chiaramente compendiato nel titolo (e nei contenuti) dell'efficace saggio apparso a cavallo degli anni '90, che richiamava l'esigenza di una "restituzione dello scettro al principe"³⁵³, un principe (collettivo) costituito dai cittadini-sovrani, ed uno scettro che era stato, con carente qualità rappresentativa, occupato dai partiti politici che, da strumenti di partecipazione politica, in modo progressivo ma chiaro e diffuso, si erano costituiti come un vero e proprio diaframma fra i cittadini e le istituzioni costituzionali della rappresentanza e del Governo. La legislazione di riforma elettorale intervenuta nei primi anni '90 (cd legge Mattarella), riformata (più di uno studioso dice *sfigurata*) dalla cd legge Calderoli e successivamente i già richiamati tentativi di revisione costituzionale respinti dal corpo referendario, tuttavia, si erano dimostrati inidonei a farsi carico della soluzione dei problemi di instabilità governativa e al contempo della valorizzazione delle esigenze rappresentative delle Camere.

In tale quadro, più che avvalersi dei risultati delle più mature esperienze comparatistiche³⁵⁴, le forze politiche erano andate alla ricerca di soluzioni strumentali e partigiane, capaci (di volta in volta) di assicurare la stabilità alla base delle maggioranze (contingenti) di governo. Tali soluzioni legislative, nel loro complesso e con riguardo alle singole leggi elettorali (se si fa eccezione per la legge Mattarella) erano risultate inadeguate nel compito di farsi carico delle esigenze di rappresentatività politica delle Camere e della stabilità governativa. I governi fondati su un bipolarismo (almeno tendenziale) sostenuto dalla legislazione elettorale (prevalentemente) maggioritaria adottata a partire dai primi anni '90, in tale ottica, si erano rivelati per quello che istituzionalmente essi (al tempo) esprimevano (e concorrevano a sostenere), cioè *governi di coalizione*, in altri termini, governi sostenuti da

³⁵² M. Revelli, *Finale di partito*, Torino, 2013,

³⁵³ G.F. Pasquino, *Restituire lo scettro al principe*, Bari, 1986.

³⁵⁴ Nell'ampia bibliografia cfr. anche i tre volumi collettivi (a nostra cura), *Forme di governo e sistemi elettorali*, Padova, 1995; *Democrazia e forma di governo. Modelli stranieri e riforma costituzionale*, Rimini, 1997; *Forme di Governo. Esperienze europee e nord-americana*, Milano, 2007.

forze politiche eterogenee e fondati su accordi elettorali intorno ad un *leader*, i quali, nel Parlamento, rivendicavano visibilità nelle funzioni di governo e responsabilità rappresentativa. Quali che fossero i meccanismi utilizzati, pertanto, non sembrava che fosse stato conseguito l'atteso obiettivo assegnato alla nuova legislazione elettorale di tipo maggioritario intervenuta a sostegno delle esigenze di rafforzamento dell'Esecutivo.

Il tema ritornava così a riproporsi negli stessi termini dei primi anni '90, allorché si era manifestato nel Paese un orientamento di apertura, almeno parziale, verso la *democrazia maggioritaria*, fatta in gran parte di scelte di investitura diretta (dei vertici) degli esecutivi e di semplificazioni elettorali e partitiche (*democrazia di investitura*), in breve, di formule orientate alla *personalizzazione* della politica e alla *presidenzializzazione* (almeno tendenziale) degli esecutivi. A partire dalla elezione diretta dei sindaci, nei primi anni '90, passando per quella dei presidenti delle regioni, alla fine degli anni '90, in tal modo, era iniziato un percorso che, sia pure in modo non lineare, guardava e si orientava al modello del cd *Sindaco d'Italia*, cioè un modello di investitura diretta (del vertice) dell'Esecutivo (sulla stregua di quanto previsto dalla legge per le elezioni dei sindaci e di quanto previsto dagli statuti per le elezioni dei presidenti delle regioni), che nel tempo, si era inevitabilmente accompagnato con forme più o meno intense di personalizzazione della politica e di affermazione di *partiti personali*, nello scenario di un leaderismo viepiù esasperato. Dopo quasi un trentennio di sperimentazione di un simile modello di democrazia (prevalentemente maggioritaria) sarebbe apparso ragionevole interrogarsi sulla adeguatezza politica e sulla stessa compatibilità costituzionale delle esperienze maturate in tema di rapporti fra rappresentanza politica e *governabilità* alla luce della legislazione maggioritaria intervenuta.

In tale ottica, se, da una parte, i partiti politici ne erano risultati delegittimati, dall'altra, la dinamica dei rapporti fra Parlamento e Governo aveva visto il primo pressoché totalmente asservito al secondo e quest'ultimo (talora o spesso) piegato a logiche di tutela di interessi settoriali (e talora *personali*) incompatibili con un modello di democrazia che si assume come matura. Altra tuttavia è stata la rappresentazione di tali rapporti che, nelle prospettazioni delle forze politiche delle maggioranze parlamentari succedutesi nel tempo e di singoli *leader* di governo – pur nel quadro di un ricorso crescente alla fiducia su atti di iniziativa legislativa parlamentare e governativa – veniva radicalmente capovolta recriminando una presunta debolezza degli strumenti a disposizione del Governo e una

lentezza delle procedure parlamentari.

Così, se le strategie istituzionali alla base della legislazione volta a sostenere un assetto politico almeno tendenzialmente bipolare e la stessa alternanza al Governo fra forze politiche dovevano costituire, nell'intenzione dei riformatori dei primi anni '90, una modalità adeguata per farsi carico dei problemi di stabilità e di *governabilità* (contrastando in tal modo l'aleatorietà dei *governi di coalizione*), le stesse risultarono fallimentari nell'intento (a favore di articolazioni multipolari del sistema politico-partitico) ma, al contempo, risultarono tali da comprimere oltre il ragionevole le esigenze della rappresentanza politica (con censurabili misure di sbarramento elettorale verso le forze politiche minori, per come risultava particolarmente evidente nella legge elettorale n. 270 del 2005, cd Calderoli), ancorché, come si è già ricordato, una simile legislazione illiberale non venne ritenuta meritevole di censura innanzi al Giudice delle leggi.

Peraltro, se l'obiettivo fosse stato quello di individuare modelli di rapporti equilibrati fra (esigenze politiche e costituzionali della) rappresentanza politica ed (esigenze della) *stabilità governativa*, nel dibattito scientifico e nella esperienza di altri Paesi con parlamentarismo razionalizzato (soprattutto la Germania, con la *democrazia del Cancelliere*) avrebbero potuto individuarsi, da parte del Parlamento, soluzioni più che adeguate a soddisfare ambedue le richiamate funzioni politico-costituzionali. In tale ottica, in particolare il modello tedesco si offre all'attenzione politico-istituzionale degli altri Paesi europei per una legislazione elettorale di tipo proporzionale personalizzato che è risultata idonea (almeno fin qui) ad assicurare stabilità al quadro politico. Indubbiamente, in tale ottica, la clausola di sbarramento (*sperklausel*) al 5% per l'accesso al *Bundestag* ha costituito un ausilio fondamentale nell'ottica del sostegno delle tendenze centripete di quel sistema politico-partitico e istituzionale.

Rispetto ad un simile quadro, la Corte costituzionale si è pronunciata una prima volta con la sent. 1/2014 e successivamente con la sent. 35/2017; in quest'ultimo caso, come è stato osservato, facendo *un passo di lato* piuttosto che affrontando in modo frontale tutti i limiti (non solo del ballottaggio e dei capilista ma anche dell'ammontare previsto per il premio di maggioranza) che obiettivamente si contenevano nell'*Italicum*.

4. La formazione del Governo Conte I (1 giugno 2018) fra razionalizzazione costituzionale (debole), sregolatezza dei partiti politici e ruolo (cangiante) del Presidente della Repubblica nella forma di Governo.

Se dall'approccio generale al tema passiamo alla disamina delle evoluzioni più recenti osservabili nella formazione e nel funzionamento del governo parlamentare del Paese, una recente esperienza di sicuro interesse – vero e proprio laboratorio costituzionale delle potenzialità del testo costituzionale a fronte della crisi del sistema politico-partitico – può essere costituita dai complessi rapporti, problematici nelle forme e inediti negli esiti, osservabili nella formazione e nel concreto funzionamento della forma di governo parlamentare del Paese al momento della formazione del Governo Conte I, i cui principali componenti partitici erano costituiti dal Movimento 5 Stelle e dalla Lega Salvini, una compagine governativa che non ha conosciuto una vita molto lunga (la durata complessiva della compagine governativa è stata di un anno e tre mesi), concludendosi con un inedito *ribaltamento del tavolo* da parte del Ministro Salvini, con gli effetti di una non ignota forma di inedita *auto-crisi di governo*, ancorché diversa dalle tradizionali crisi extraparlamentari note alla prassi parlamentare del Paese.

La riflessione sul tema ora segnalato non può che richiamarsi alle considerazioni già svolte in precedenza secondo le quali, da settant'anni a questa parte, la funzionalità della forma di governo parlamentare prevista nella Costituzione repubblicana è risultata significativamente basata (e condizionata dai) sui partiti politici. Questi ultimi astrattamente e concretamente colti nel loro specifico formato, nel numero (più o meno ampio), nella capacità di selezionare al proprio interno (e fuori) ceti politici autorevoli e credibile per le cariche di vertice del sistema politico-istituzionale, nella stessa indisponibilità anche solo a riflettere sui vincoli posti dalla Costituzione alla democrazia interna ai partiti. Pur senza poterla ora sviluppare in modo adeguato, in una simile affermazione ritroviamo anche la distinzione fra la forma di governo parlamentare, quella presidenziale e semipresidenziale. In queste ultime due forme di governo, pur con forma e forza differenziate, l'indirizzo politico si ricollega direttamente (sia pure in modo fattuale) alle scelte politiche adottate dagli elettori nelle elezioni e pertanto esso risulta strettamente

connesso (e vincolato) all'esito del voto. In tale affermazione può individuarsi la stessa ragion d'essere delle tipologie suggerite dal Mortati quando distingueva fra forme di governo moniste (quelle parlamentari appunto) e forme di governo dualiste (quelle presidenziali e semipresidenziali), aggiungendo alle prime una loro convincente articolazione e differenziazione fra forme di governo ispirate alla democrazia *mediata* o a quella *immediata*, in ragione dei sistemi elettorali adottati. Ma non è su queste tipologie di governo (e sui relativi rendimenti istituzionali) che si vuole ora riflettere bensì sulle forme di governo parlamentari e sui relativi condizionamenti (fattuali più che teorico-costituzionali) da parte dei partiti politici, utilizzando come scenario quello italiano in una recente procedura di formazione del Governo.

Più in particolare, come si è osservato, il *focus* dell'attenzione è incentrato sulle problematiche evidenziate nella formazione del Governo Conte I, in un contesto di partiti fortemente divisi (ma anche conflittuali nelle loro relazioni), nel quadro di un ricambio significativo (*melius* totale) delle forze politiche della maggioranza parlamentare e di governo. Se vogliamo coglierne le modalità effettive di funzionamento, come si è osservato, non possiamo che leggerle alla luce di una stretta connessione con le concrete logiche di funzionalità dei soggetti partitici che nel settantennio che abbiamo alle spalle (ma, nel merito, nulla è veramente cambiato nella forma di governo ora vigente, cd *Governo Conte II*) ne hanno connotato la *costituzione materiale*, la *costituzione reale*.

Con tale nuovo e più complesso approccio, come si vedrà in seguito, il costituzionalista (e il comparatista) avrebbero potuto accedere più facilmente alla stessa comprensione dei diversi *modelli di legittimazione* del Governo, le cui linee di elaborazione teorico-costituzionali e la stessa evoluzione nel tempo apparivano assolutamente necessarie da ricostruire se si volevano cogliere gli elementi di continuità (ma anche di crisi) nel parlamentarismo *razionalizzato* per come accolti nelle costituzioni contemporanee e che, in modo particolare, avevano fatto (e fanno tuttora) dell'esperienza tedesca, di quella spagnola e di quella francese, alcune fra le esperienze costituzionali europee maggiormente originali e innovative e, al contempo, alcune delle forme di governo parlamentari maggiormente stabili e con (maggiore rendimento istituzionale in termini di) stabilità dei

governi nonché di coesione interna del relativo indirizzo politico³⁵⁵.

Le osservazioni fin qui svolte mirano a sottolineare come, da una simile prospettiva di analisi, pare doversi affermare come lo stesso cambiamento politico-partitico determinato dalle più recenti elezioni politiche italiane (non a torto qualificate come un vero e proprio *tsunami* con riguardo alla emersione di forze politiche nuove sia di tipo populiste, dalla ideologia incerta e malferma, sia di tipo neo-fasciste o più genericamente di centro-destra) non può comunque essere letto come idoneo a suggerire/consentire profili di discontinuità con le forme della democrazia rappresentativa fin qui impiegate nel settantennio che abbiamo alle spalle. Con tale affermazione, naturalmente, non si vogliono svalutare le ragioni profonde alla base del cambiamento politico registrato nel Paese nelle più recenti elezioni politiche ma solo osservare come le stesse non hanno portato (almeno fin qui) a poter validamente invocare (e praticare) forme di *democrazia immediata*, cioè di legittimazione diretta degli esecutivi, per come ricorrentemente preteso nel dibattito politico. In un simile scenario, pertanto, le trasformazioni pretesamente realizzate nella forma di governo parlamentare del Paese non possono certo dirsi compiute, evidenziando il quadro di funzionalità che tuttora le riguarda il ricorso alle previsioni costituzionali in tema di Governo (formazione e crisi), che hanno dato ampia e positiva prova (l'affermazione vale anche per la formazione del Governo Conte II, in carica dal 5 settembre 2019) di flessibilità e di elasticità.

In un simile quadro evolutivo nei rapporti fra la forma di governo parlamentare e i partiti politici nonché nel determinante ricambio politico-elettorale registratosi all'interno della nuova coalizione di governo, così, appare d'obbligo rilevare il rinnovato *protagonismo* (e le stesse forme cangianti) del ruolo svolto dal Presidente della Repubblica nella formazione del Governo. D'altra parte, come è stato ampiamente osservato in dottrina, ciò non costituisce una novità inedita. A volersi limitare all'ultimo trentennio, già con le ccdd leggi Mattarella (1993), prima, e quella cd Calderoli (2005), in seguito, si era potuto assistere ad una modifica significativa nel ruolo svolto dal Presidente della Repubblica, passato da una legittimazione di Governi *a prevalente legittimazione elettorale* – nel quadro della prima

³⁵⁵ G.F. Pasquino (a cura di), *Capi di Governo*, Bologna, 2005; S. Gambino (a cura di), *Democrazia e forma di governo. Modelli stranieri e riforma costituzionale*, Rimini, 1997; Id., *Forme di governo. Esperienze europee e nord-americana*, Milano, 2007.

sperimentazione delle forme di democrazia maggioritaria debitorie delle cc.dd. leggi Mattarella – a *Governi di derivazione presidenziale*. Richiamandosi ad una tipologia coniata in dottrina per l'ordinamento francese, in proposito, non a torto si era parlato di una forma di governo parlamentare “a correttivo presidenziale”³⁵⁶.

L'analisi che si è più volte richiamata, così, sottolinea una significativa diversità di ruoli svolti dal Presidente della Repubblica con riguardo al sistema politico-partitico dal quale risulta condizionato in ragione del (mutante) assetto dello stesso, dal (tendenzialmente) bipartitico a quello *multipartitico esasperato*. Come ricorda l'esperienza britannica (*modello Westminster*), in presenza di un assetto semplificato dalla operatività della legge elettorale maggioritaria e dalle relative conseguenze di tipo bipolarizzanti (se non anche bipartitiche) del sistema politico, non è dato esprimere dubbi di pregio in tema, ancorché le recenti vicende connesse alla *Brexit* invitano ad una maggiore prudenza nel sostenere tale tesi. In tale scenario politico-istituzionale, la designazione del *Premier* avviene in forma (quasi)-diretta da parte del corpo elettorale (è *come se* esso venisse direttamente investito nella carica dal corpo elettorale), risultandone materialmente condizionato nel relativo atto di nomina il *potere di nomina* del *Premier* da parte del Monarca. Diversamente deve dirsi del ruolo svolto dal Presidente della Repubblica nel quadro connotato da un sistema politico di tipo *multipartitico esasperato*, per come lo avrebbe potuto definire Leopoldo Elia. Un quadro del sistema politico che nelle elezioni che avevano preceduto la formazione del Governo Conte I aveva conosciuto una implementazione insolita, con una maggioranza di governo costituita da due partiti programmaticamente diversi ma riuniti sulla base di un *programma di Governo* stipulato fra gli stessi, comprensivo delle scelte di indirizzo politico e accompagnato dall'accordo sulla persona del *leader* da indicare al Presidente della Repubblica ai fini della sua nomina come Presidente del Consiglio (e si può immaginare dello stesso indirizzo sulla compagine governativa che il Presidente del Consiglio avrebbe proposto al Presidente della Repubblica).

Dalle osservazioni svolte, pur nella loro essenzialità, pertanto, può osservarsi come la lettura del testo costituzionale evidenzia un progetto di parlamentarismo (debolmente) razionalizzato nel quale, comunque, il Presidente della Repubblica risulta nettamente distinto e autonomo dal Governo, con un novero significativo di poteri propri (art. 87 Cost.) che, pur senza assimilarne il ruolo a quello dei Presidenti nell'ambito delle forme di

³⁵⁶ S. Ceccanti, S. Curreri e G. Passarelli, *La designazione dei governanti*, in *federalismi.it*, n. 19/2017.

governo presidenziali e semipresidenziali, ne fanno comunque «il capo dello Stato e il rappresentante dell'unità nazionale» (art. 87.1 Cost.). Tuttavia, ciò che maggiormente può farsi rilevare rispetto a tale quadro è la mancata definizione di tipo puntuale del ruolo complessivo cui è chiamato dalla Costituzione il Presidente della Repubblica. Da qui, la ragion d'essere per la quale una parte della dottrina ha ritenuto di poter qualificare i relativi poteri come *poteri a fisarmonica*, cioè come poteri destinati ad espandersi o a ritrarsi in ragione del formato concreto del sistema politico-partitico e della eventuale conflittualità operante al suo interno. Un potere elastico e flessibile – quest'ultimo – osservabile tanto nella fase di formazione del Governo dopo le elezioni (e pertanto della scelta del Presidente del Consiglio), tanto nella stessa adozione della decisione sullo scioglimento (o meno) del Parlamento o di una soltanto delle due Camere. Ne segue così che, nel quadro di un sistema di partiti politici in crisi (e tuttora in via di continua trasformazione), il ruolo del Presidente della Repubblica come *pungolo o puntello istituzionale* è fin qui risultato (ed è più che ragionevole assumere che così risulterà anche nell'immediato futuro) quanto mai essenziale nella (funzionalità della) forma complessiva di governo (con particolare riguardo, in ogni caso, nelle fasi relative alla sua formazione e alla sua crisi). Tali dinamiche, tuttavia, risultano per molti profili sfuggenti nel loro concreto inquadramento teorico-costituzionale. Cionondimeno, per la Costituzione, il Presidente della Repubblica rimane un organo politicamente irresponsabile, né gode di collegamenti diretti con il corpo elettorale, se non nelle forme (nel complesso limitate) tipizzate dalla Carta costituzionale. Pertanto, la provvisorietà del ruolo che esso è chiamato a svolgere, inevitabilmente, appare destinato o a sfociare in un mutamento dell'assetto costituzionale, nel quale il Presidente della Repubblica venga espressamente chiamato a svolgere un ruolo appropriato ad una *struttura (che si voglia) governante* o a veder confermato il ruolo di garanzia che attualmente il quadro costituzionale prevede per il Presidente della Repubblica. In tale ultimo caso, vorrà dire che il suo ruolo avrà avuto pieno successo, riportando i partiti nell'alveo politico-costituzionale per essi più appropriato, e riespandendo in tal modo la legittimazione e la capacità decisionale del Governo. In questa ultima ipotesi, il Presidente della Repubblica ritorna a svolgere pienamente le funzioni di garante neutro della Costituzione e il suo ruolo si sarà dimostrato capace di riportare i poteri e gli organi negli alvei istituzionali per essi predisposti costituzionalmente.

5. Crisi della sovranità, democrazia rappresentativa, sfida populista: ‘transito indolore’ verso una politica senza sovranità?

Gli stimoli che il tema di questa riflessione fornisce al costituzional-comparatista sono vari e solidi. Come potrà cogliere chi vorrà leggere il libro di Yves Mény, i molti profili coinvolti da tale riflessione interrogano il cuore della teoria e della scienza costituzionale, e prima ancora, e finanche più corposamente, la filosofia politica, la storia politica e istituzionale, la scienza e la sociologia politica. Nella più limitata prospettiva di questa rilettura, contiamo di limitarci ad alcune riflessioni che potranno proporsi come cornice giuridica (costituzionale e di diritto europeo) del processo di trasformazione (in atto da più tempo) dello Stato sociale e con esso della crisi del costituzionalismo e dei diritti fondamentali. A tali considerazioni parrebbe forse consentito ricollegare, se non tutte, almeno una parte delle ragioni più profonde della crisi della rappresentanza politica e, più in generale, della stessa effettività della democrazia contemporanea, soprattutto nelle forme proprie dello Stato costituzionale di diritto.

Nell'avviare a qualche riflessione di sintesi, a mo' di conclusione dell'analisi (pur essenziale) fin qui svolta, così, può dirsi come esse trovino coerente collocazione nella cornice di più recente trasformazione del costituzionalismo contemporaneo nel quale è dato registrare, un considerevole ripensamento delle modalità concrete di operare del modello costituzionale montesquieviano fondato sulla separazione dei poteri ad opera dei partiti politici nel loro crescente protagonismo; ciò tanto nella costituzione materiale del Paese quanto, in forme più o meno omologhe, negli altri Paesi europei. In tale prospettiva, è giocoforza osservare come la complessa architettura del costituzionalismo contemporaneo alla quale si sono legate da settant'anni a questa parte le conquiste di civiltà e di giustizia sociale appare (apparrebbe, se si vuole conservare un profilo di analisi più prudente) oggi in via di lento ma palese disfacimento sotto l'influsso di una moltitudine di forze e di tendenze che fanno vacillare quel sistema di forme e quel sistema di limiti propri dello Stato costituzionale che apparivano, solo settanta anni orsono, salde e definitive in quanto appropriate ad un modello di democrazia costituzionale concepita come patrimonio di ciascuno e di tutti. Le manifestazioni costituzionali, politiche e storiche di quella forma di Stato (*sociale, sovrano, di partiti*) che si era ripromesso di coniugare libertà ed equità,

pluralismo sociale e pluralismo dei poteri, da più tempo coinvolgono nella loro crisi quei principi e quei valori che rappresentano l'impalcatura fondamentale del costituzionalismo del secondo dopo-guerra, sia nei principi che nei diritti fondamentali sanciti nel testo costituzionale. In questo scenario evolutivo, la *crisi dello Stato* si rivela come una crisi profonda e complessa; una crisi di forme e di sostanza, di strumenti e di obiettivi. La discrasia tra mezzi e fini che corrode l'architettura ideale di tale costituzionalismo (democratico e sociale) risulta particolarmente evidente e intensa nel processo (in atto) di destrutturazione dello Stato sociale, storicamente conformato ad un peculiare *Welfare State* assistenziale sia in Italia che negli altri Paesi europei. Speranza per molti, mezzo di sopravvivenza per tanti, privilegio per alcuni, pertanto, lo Stato sociale, nella esperienza italiana (ma non solo in essa) ha rivelato e tuttora rivela una sua caratteristica fondamentale: quella di uno Stato che proclama i diritti fondamentali ma senza poterne sempre assicurare l'effettività³⁵⁷. In tale quadro, la crisi dello Stato non rappresenta solo il fallimento di un governo politico dell'economia che vantava il merito storico di aver consentito l'equilibrio e il progresso sociale in regime capitalistico (*l'incivilimento del conflitto*), ma rappresenta anche la (almeno tendenziale) decomposizione di uno Stato costituzionale che aveva assunto la dignità dell'uomo come suo punto di partenza storico-culturale, fissando una scala di principi supremi come base della dignità della persona e come linea direttrice del proprio sviluppo. I diritti sociali, principio e fine dello Stato sociale, in tale ottica, sono riconosciuti come *diritti costituzionalmente protetti*, pur registrando tutti i limiti del condizionamento finanziario (in ragione dei limiti alla spesa pubblica imposti a livello interno ed europeo). In tale quadro, di conseguenza, le prestazioni corrispondenti allo Stato sociale "non si configurano come adempimenti di obblighi tassativi, bensì come misure discrezionali e spesso fortemente potestative o addirittura come benefici *octroyés*"³⁵⁸. Si scopre, così, che quello stesso *Welfare*, che era nato per rendere concreta la libertà, con l'evanescenza (almeno tendenziale) dei diritti sociali, finisce per rendere fragile la stessa democrazia.

Se la destrutturazione della sovranità e la decadenza dello Stato sociale hanno alterato i

357 G.U. Rescigno, P. Leon, E. Pugliese, in M. Ruotolo (a cura di), *La Costituzione ha sessant'anni: la qualità della vita sessant'anni dopo*, Napoli, 2008; S. Gambino, *Statuto costituzionale e statuto euro-unitario dei diritti fondamentali sociali*, in *Lo Stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto*, n. 19/2019.

358 L. Ferrajoli, *Stato sociale di diritto*, n. 1/1982, p. 44; di recente, cfr. anche S. Gambino, *Stato e diritti sociali*, Napoli, 2009; Id. (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015,

profili connotativi dello Stato costituzionale contemporaneo, la diminuita capacità d'intervento e di controllo dell'economia, aggravata dalla grave crisi economica nel decennio successivo al 2007, – a partire dal Trattato di Maastricht e (ora) da quello di Lisbona – ha finito per privare le stesse forze politiche e sindacali, e con esse i parlamenti nazionali, dei “tradizionali bersagli verso cui dirigere i loro colpi per indirizzare e correggere la crescita economica sulla base di interessi e visioni del mondo non prettamente economicistiche”³⁵⁹. Negli ultimi due decenni, così, si è accentuata quella crisi degli attori politici e degli istituti della rappresentanza politica nella quale è possibile leggere anche il declino dello Stato contemporaneo come *Stato dei partiti* e del modello di democrazia partecipativa e rappresentativa che ne era alla base. La crisi della sovranità, la decadenza del *Welfare*, la *débaclé* del *Parteienstaat*, così, hanno alterato i tratti di questa forma di Stato e di questa democrazia con evidenti conseguenze per il positivo perseguimento delle nuove finalità costituzionali, per il reale funzionamento delle istituzioni formali, per il godimento e la tutela delle libertà individuali e collettive, in breve per l'effettivo esercizio delle funzioni (stabilizzatrici, regolative e redistributive) dello Stato costituzionale³⁶⁰. Certo, non può trascurarsi come, fra le funzioni dello Stato, appaia fondamentale quella della giurisdizione ed in particolare della giurisdizione costituzionale, spesso trasformata in garanzia di ultima istanza (senza omettere, nel merito, le fondamentali riletture della CEDU operate dal Tribunale dei diritti dell'uomo).

In tale quadro, tuttavia, appare lecito (continuare a) interrogarsi sul futuro di questo Stato e della sua Costituzione³⁶¹. Appare egualmente lecito (continuare a) chiedersi se le stesse Corti costituzionali, che in passato si erano distaccate “dal modello giurisdizionale di garanti e di custodi di presunti valori costituzionali stabili e relativamente permanenti per divenire mediatrici e moderatrici di conflitti sociali, e soprattutto di quelli che non riescono a trovare nelle sedi istituzionali di formazione della volontà politica un'effettiva e incontrastata soluzione”³⁶², siano oggi ancora in grado di svolgere un ruolo di *legislatore positivo parallelo e complementare* a quello parlamentare, secondo quel risalente schema

359 M. Dogliani, *Il partito come strumento della separazione della politica dall'economia*, in *Dem. dir.*, nn. 1-2/2011.

360 S. Gambino - W. Nocito, *Crisi dello Stato nazionale, governo dell'economia e tutela dei diritti fondamentali*, in *astrid on line*, n. 13/2012.

361 G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro e J. Luther (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996.

362 F. Modugno, *La Corte costituzionale oggi*, in G. Lombardi (a cura di), *Costituzione e giustizia costituzionale*, Rimini, 1985.

teorico definito nei termini della “Costituzione dei custodi”³⁶³.

Senza pretese di approfondimento, deve comunque osservarsi come la crisi dello Stato contemporaneo rappresenta qualcosa di più e di diverso dalle sue difficoltà per come venivano colte al tempo in cui le analizzava Santi Romano nel primo decennio del '900³⁶⁴, in quanto ha posto e pone tuttora in gioco aspetti della presente civiltà giuridica considerati come un *acquis* storico-politico-costituzionale idealmente riepilogato come *clausola di eternità*³⁶⁵. La crisi dello Stato, in altri termini, infrange e inficia la storica pretesa di poter limitare il potere attraverso il diritto, riaprendo, con l'evanescenza dei diritti (sociali ma non solo), vecchie questioni di libertà e nuovi problemi di democrazia³⁶⁶. Nel progredire del tempo – prima ancora delle trasformazione della funzione rappresentativa svolta dai partiti politici – tali trasformazioni dello Stato hanno creato una *costituzione materiale* sempre più distante da quella formale e trasformato quest'ultima in un “ordinamento parziale”³⁶⁷, in una rete chiamata ad imbrigliare solo una parte dei poteri e delle tendenze che determinano il reale funzionamento dello Stato e la stessa effettività dell'ordinamento democratico. La stessa prestazione fondamentale di unità costituzionale, cioè la Costituzione intesa come atto e come processo, sarebbe venuta meno: da *atto creativo* essa si sarebbe trasformata in “testo responsivo”³⁶⁸, un testo nel quale cercare le soluzioni ai problemi che sorgono nel corso della vita politico-costituzionale; quasi un archivio storico-ideale, in grado di fornire informazioni e indicazioni di provenienza e di direzione.

Se è vero che la crisi dello Stato ha aperto una crisi profonda della Costituzione sia nel suo aspetto progettuale che in quello garantistico, tuttavia, rimane parimenti osservabile come non sia venuto a mancare quel bisogno di ordine, di certezza e di sicurezza³⁶⁹ che ne ha giustificato (e ne giustifica) l'esistenza, nonché il carattere normativo. La necessità di

³⁶³ P.P. Portinaro, *Dal custode della costituzione alla costituzione dei custodi*, in G. Gozzi, (a cura di), *Democrazia, diritti, Costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bologna, 1997.

³⁶⁴ P. Grossi, *Lo Stato moderno e la sua crisi' (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, in Id., *Introduzione al Novecento giuridico*, Bari-Roma, 2011, p. 41 ss.

³⁶⁵ M. Dogliani, *Clausole di eternità e revisione totale nel pensiero di Peter Häberle*, in S. Gambino, G. e D'Ignazio (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti fra teoria costituzionale diritto interno esperienze straniere*, Milano, 2007.

³⁶⁶ L. Ferrajoli, *I poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Bari-Roma, 2011.

³⁶⁷ D. Grimm, *Il futuro della Costituzione*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro e J. Luther (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996, p. 163.

³⁶⁸ G. Zagrebelsky, *Storia e Costituzione*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro e J. Luther (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, cit., p. 74.

³⁶⁹ A. Garapon, *Lo Stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia*, Milano, 2012, p. 59 ss.

pervenire ad un equilibrio tra conservazione e innovazione costituzionale ed i richiami ad un sistema costituzionale europeo spiegano come, nella concretezza della sovranità, la Costituzione non da tutti e non sempre venga colta come momento integrante della società e come principio ordinatore dei poteri e delle istituzioni³⁷⁰. La decostituzionalizzazione, così, si presenta come una tendenza (risalente e tuttora in atto in Italia come in altre esperienze costituzionali europee e non); alla stessa si oppongono forme diffuse di conservatorismo costituzionale (*patriottismo*) ma anche, parallelamente, di iper-costituzionalizzazione³⁷¹. Si tratta di tendenze diverse e contrastanti, ma anche di tendenze che perseguono (non certo ingenuamente né irriflessivamente una speranza di futuro per la Costituzione e per il governo democratico della società)³⁷².

Un richiamo di convincenti teoriche sulle tematiche del tramonto della sovranità e sulle sorti dei diritti fondamentali nell'era della *tecnicizzazione* dell'indirizzo politico, cioè della tecnocrazia può ora utilmente proporsi a mo' di riflessione conclusiva. Lo sviluppo delle istituzioni sovranazionali e internazionali, la crisi (europea e quella nazionale) possono essere letti, infatti, nel prisma classico della scienza costituzionalistica intesa come dottrina politica della separazione/limitazione dei poteri e della garanzia delle libertà individuali e collettive. Tematiche – queste ultime – che definiscono il costituzionalismo moderno e l'esperienza giuridica continentale, a partire dall'art. 16 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, del 1789. Se è vero che la “sovranità ha fatalmente subito un processo di erosione conseguente alla crisi di quello Stato nazionale del quale aveva accompagnato la nascita”³⁷³, con la crisi in atto, può dirsi egualmente che le istituzioni sovranazionali ed internazionali hanno assunto ruoli, natura e funzioni di rilievo *materialmente* costituzionale. È cambiata la *costituzione materiale*, ma è anche cambiata l'interpretazione della costituzione formale. Osservazioni argomentate e convincenti in tale prospettiva sono state svolte da quella lucida analisi che ha sottolineato come “i padroni del mondo simbolico nel quale oggi viviamo [...] dobbiamo andare a cercarli in quella formidabile compenetrazione, in quel sistema di governo della finanza mondiale nel quale confluiscono innumerevoli soggetti in competizione fra loro [...] cementati

³⁷⁰ L. Carlassare, *Nel segno della Costituzione. La nostra Carta per il futuro*, Milano, 2012.

³⁷¹ P.P. Portinaro, *Il grande legislatore e il custode della Costituzione*, in AA.VV., *Il futuro della costituzione*, cit., *passim*.

³⁷² L. Carlassare, *Nel segno della Costituzione*, cit., p. 201-215.

³⁷³ M. Luciani, *Sovranità*, cit., p. 164.

dall'appartenere alla medesima macchina di potere nazionale, sopranazionale, tendenzialmente mondiale per la quale è stata coniata la parola di *finanzcapitalismo*, una macchina che opera imperativamente [...] sotto l'ombrello ideologico della 'libertà dei mercati' e che non ha a sua volta sopra di sé un governo ma forme invisibili e pur reali di *governance*³⁷⁴. Ed infatti il peso crescente dei condizionamenti imposti dalla globalizzazione (economica e giuridica) ha determinato – nell'ultimo ventennio – lo sviluppo di un *anti-sovrano* che si affianca e tende a surrogare, nelle fasi di crisi, il *popolo*, in quanto sovrano legittimo, svuotandone la relativa sovranità. Si tratta, come è stato lucidamente sottolineato, di un “un *quid* che si contrappone in tutto e per tutto al *Sovrano* che abbiamo conosciuto sinora”³⁷⁵, definito *anti-sovrano* nella misura in cui “non dichiara la propria aspirazione alla discrezionalità dell'esercizio del proprio potere, ma – anzi – cerca di presentare le proprie decisioni come logiche deduzioni da leggi generali oggettive, quali pretendono d'essere quelle dell'economia e dello sviluppo”³⁷⁶.

Nel quadro di una simile retorica, quella della *fine della sovranità*, in altri termini, l'*anti-sovrano* consisterebbe – durante le fasi di funzionamento ordinario dei mercati – nel complesso dei mercati finanziari e dei poteri tecnici; nei momenti di crisi è la *tecnocrazia*³⁷⁷. In tale cornice, tuttavia, la crisi della sovranità costituirebbe un problema solo per gli Stati, ma non per gli individui, in quanto sarebbe nella naturale evoluzione delle cose l'idea di “un 'transito' indolore verso una politica senza sovranità”³⁷⁸, nella quale il cittadino “cederebbe volentieri il passo al cosmopolita”³⁷⁹. Se però da tale quadro ci distacciamo per accostarci a prospettazioni costituzionalistiche focalizzate sulla effettività delle garanzie dei diritti fondamentali, soprattutto sociali, è da osservarsi come la crisi della sovranità – alla luce della crisi da più tempo in atto (europea, finanziaria, statale ma anche territoriale) – costituisca un problema non solo per gli Stati, ma anche per gli individui. Se *letta con vigile spirito critico*, tale crisi svela che la *crisi della sovranità* non costituisce un problema solo per gli Stati ma è anzitutto un problema costituzionalmente pregnante per i

374 G. Zagrebelsky, *Simboli al potere. Politica, fiducia, speranza*, Torino, 2012, p. 87.

375 M. Luciani, *Sovranità*, cit., p. 164.

376 *Ult. op. cit.*, p. 164.

377 D. Mone, *Qualità normativa tra tecnocrazia ed effettività della democrazia rappresentativa*, Napoli, 2011; L. Chieffi (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*, Torino, 2006.

378 M. Luciani, *Sovranità*, cit., p. 164.

379 *Ult. op. cit.*, p. 164.

cittadini e per l'effettività del relativo statuto di cittadinanza³⁸⁰. In altri termini, così, la questione non starebbe nel convenire o meno sulla bontà e sull'adeguatezza delle misure individuate dai governi europei per far fronte alla crisi finanziaria in atto quanto piuttosto nel prendere atto come la cornice regolativa esterna agli Stati vincoli la disponibilità decisionale e finanziaria dei governi e dei parlamenti nazionali nel governo della spesa pubblica compatibile e rispettoso dei principi costituzionali. Tuttavia, resta un problema aperto ed è quello dell'esistenza di una significativa spesa pubblica improduttiva (armi, rendite finanziarie, privilegi, corruzione e *maladministration*) e di come gli indirizzi e le responsabilità politiche all'interna della forma di Stato e di governo del Paese possano indirizzare e governare le scelte (le politiche pubbliche) che quella spesa pubblica possano ridurre od aumentare, a scapito del godimento dei diritti dei cittadini e della qualità della vita. La crisi dello Stato sociale risiede, in breve, nel condizionamento finanziario esterno delle politiche pubbliche redistributive chiamate a dare attuazione al progetto costituzionale dell'eguaglianza e della giustizia sociale (comprensiva della riduzione della spesa pubblica improduttiva).

A fronte di tale condizionamento della discrezionalità legislativa e di bilancio degli Stati, imposta (o auto-imposta) dalle istituzioni europee, il rischio evidente, dunque, è che i diritti, e non necessariamente solo quelli sociali, non disporranno di risorse pubbliche idonee a sostenere i corrispondenti servizi pubblici attuativi delle funzioni pubbliche. A fronte di un simile scenario di riduzione delle risorse pubbliche disponibili risulta compromessa la stessa esigibilità dei diritti fondamentali (sociali e non). Un simile condizionamento impatta negativamente sulla loro stessa *giustiziabilità*, trasformandoli in *diritti finanziariamente condizionati* e scaricando sui giudici di ultima istanza (Corte costituzionale, Corte di cassazione, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Corte EDU) la decisione sul bilanciamento fra sostenibilità finanziaria ed effettività del godimento del diritto sociale. Il rischio evidente, in altri termini, non è tanto la riscrittura di un *modello*

380 Come si fa lucidamente rilevare, "l'idea che la crisi della sovranità sia un problema solo per gli Stati non è accettabile ... esso è un problema innanzitutto per le persone ... senza sovranità, infatti, i loro diritti politici (e non solo) non sono garantiti e le politiche redistributive non si possono attuare" (. Luciani, *Sovranità*, cit., p. 164); Id., *Costituzione, istituzioni e processi di costruzione dell'Unità nazionale*", *Relazione al Convegno Sviluppo capitalistico e unità nazionale. Le forme economiche, politiche e culturali dell'unità nazionale e della sua crisi*, Roma, 25-27 maggio 2011 (ora anche in *Scritti in onore di Jorge Miranda*).

sociale europeo – mai effettivamente costruito e praticato³⁸¹ – quanto piuttosto l’impatto svalutativo del *rigorismo* europeo sul *welfare* nazionale e sull’insieme dei diritti sociali. In tale quadro, il diritto alla salute e all’assistenza sociale, il diritto all’istruzione, i diritti previdenziali e i diritti al (e del) lavoro non possono che registrare *regressioni* costituzionali nella misura in cui il rigore delle politiche di bilancio limita la spesa delle amministrazioni (e il godimento dei diritti in termini di soddisfazione dei *bisogni essenziali*, e ciò in particolare riguardo nei Paesi dell’Europa meridionale).

Abstract: Prendendo le mosse dalla lettura di un recente libro di Yves Mény sul popolo e sul populismo, il contributo affronta il tema della crisi della rappresentanza politica e con essa della democrazia parlamentare.

In tale analisi si sottolineano le trasformazioni registrate dai partiti politici e il mancato rispetto da parte degli stessi dei vincoli costituzionali della democrazia interna. A tale trasformazione dei partiti si ricollega una sfida populista, che assume forme e indirizzi politici differenziati, e che fa sollevare l’interrogativo se tale sfida non stia promuovendo (da tempo) una transizione verso una politica senza sovranità, più appropriata al modello della *post-democrazia*. Il limite più evidente di un simile processo risiederebbe nel sostituire la rappresentanza politica con una mera rappresentazione delle domande e dei bisogni sociali, lasciando senza soluzione il problema politico del loro concreto governo

Abstract: Building upon a recent book by Yves Mény about people and populism, the article deals with the issue of the crisis of political representation and the parliamentary democracy. The paper highlights the transformations registered by political parties and their failure to respect the constitutional constraints of internal democracy. This transformation is linked to the challenges launched by the populist drift. The new differentiated forms and political directions raise the question of whether this challenge has not been promoting a transition to a policy without sovereignty, relating to the model of *post-democracy*. The most obvious limitation of such a process lies in replacing political representation with a mere representation of social demands and needs. This leaves the

381 In proposito Federico Mancini parlava di “*frigidità sociale*” dell’Europa (così in *L’incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri*, in *RDE*, n. 3/1989). Sul punto cfr. anche S. Gambino, *I diritti sociali e l’Unione Europea*, in *La cittadinanza europea*, n. 1-2/2008.

political problem of their concrete government without a solution.

Parole chiave: popolo – populismi – partiti – democrazia.

Key words: people – populism – party – democracy.

SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO*.

di Vicente Garrido Mayol**

Resumen. I. Europa revoluciona nuestro sistema jurídico. – a). Autonomía del ordenamiento europeo respecto del nacional. – b). Supremacía y primacía. c). El efecto directo de las normas europeas. – II. La compleja convivencia entre los ordenamientos europeo y nacional. – 1. Los rasgos característicos de las normas europeas: en especial su primacía y su efecto directo. – 2. La primacía del derecho europeo en relación con normas del derecho interno con rango de ley. – a). El caso del Decreto-Ley 1/2012 por el que redujo la jornada de trabajo y la retribución de los funcionarios interinos de la Generalitat Valenciana. – b). Los *sexenios* de los funcionarios interinos. – d). La indemnización por cese de los interinos. – e). El caso del límite de edad para acceder a la condición de auxiliar o agente de la policía local. – 3. Consecuencias del incumplimiento del derecho europeo.

150

I. Europa revoluciona nuestro sistema jurídico.

Tratar de la supremacía de la Constitución y del derecho comunitario nos lleva indefectiblemente a pensar en España y en Europa. Para la mayoría de los ciudadanos españoles de los años 70 y principios de los 80, hablar de Europa era equivalente a hablar de futuro.

Europa, para los españoles de la década de los 70 y los 80 era sinónimo de libertad, de normalización democrática, de prosperidad económica y, en definitiva, de futuro. Nuestro ingreso en las entonces Comunidades Europeas el 1 de enero de aquel lejano 1986, tras la firma del Acta de Adhesión el 12 de junio de 1985, nos permitió poner en práctica lo que se denominó “agenda de modernización”, de un país que caminaba ilusionado hacia un futuro de libertad y de progreso.

Europa entró en el siglo XX envuelta en los efluvios de ensoñaciones despóticas. La consecuencia fueron dos guerras mundiales que arrasaron nuestro continente. Sin embargo, el sueño de libertad, de democracia y de paz permaneció vivo en el corazón de millones de europeos y gracias a él, y al coraje de grandes líderes como De Gasperi, Schuman,

* *Sujeto a referencia.* Texto ampliado y corregido de la conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Valencia, el día 3 de diciembre de 2018, en el ciclo organizado con motivo del XL Aniversario de la Constitución de 1978.

** Catedrático de Derecho constitucional – Universidad de Valencia.

Adenauer, Spaak o Monnet, nació el más noble y valiente esfuerzo que hemos realizado nunca: la Unión Europea³⁸².

Europa dejó de ser un paraíso perdido o un *desiderátum* inalcanzable; ya no es ni siquiera un espejo en el que llegamos a mirarnos sin reconocernos. Europa es hoy una realidad, una casa común; es un futuro que ha llegado y, al mismo tiempo, un presente en constante cambio. Como dijo Ortega en célebre cita, “Europa es camino y no posada”. Es una realidad viva en la que participamos directamente y que a todos nos afecta en muchos aspectos de nuestra vida cotidiana, quizás sin que nos demos cuenta, y que se define a la perfección en el lema de la Unión, que tanto nos gusta a los españoles: “Unidad en la diversidad”

Pero Europa poseía, además de un contenido económico indudable. En esa época, la referencia al viejo continente constituía una suerte de invocación mágica, el anhelo de una llave que daba acceso al Estado del Bienestar que habríamos de levantar en aquellos años. Frente a un país enfrentado al reto de construirse, Europa emergía ya entonces como un modelo a seguir.

Hoy, más de treinta años después de nuestro ingreso en esta organización supranacional, podemos contemplar la obra con satisfacción y perspectiva.

Porque, efectivamente, desde su ingreso en las Comunidades Europeas -hoy UE- España ha experimentado un rápido y notable proceso de crecimiento económico, de modernización y de apertura al exterior, porque, como destaca Bar Cendón, ha sabido aprovechar las compensaciones económicas recibidas de las CCEE, principalmente a través de los fondos estructurales —el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, el Fondo Social Europeo y el Fondo de Cohesión—, que han servido para compensar tanto las pérdidas y las renunciaciones que se han tenido que acometer en varios ámbitos relevantes de su estructura económica —la pesca, la agricultura, la ganadería, la siderometalurgia, la construcción naval—, como los esfuerzos de adaptación que se han llevado a cabo en otros sectores económicos y políticos³⁸³.

Pero es que además, en el orden político el Estado social y democrático de derecho -de construcción europea- cuenta con sólido arraigo en España, y gran parte de esa fortaleza se

³⁸² A. Tajani, *Acercar Europa a los ciudadanos*, en *El Mundo*, 9 de mayo de 2018.

³⁸³ A. Bar Cendón, *España y la UE: un objetivo ideológico y proyecto político (1978-2018)*, en *Revista de Derecho Político*, n.101, enero-abril 2018, págs. 777-778.

la debemos a la Constitución de 1978, clave de bóveda de nuestro ordenamiento jurídico. Pero, si bien la transición de nuestro país a la normalidad democrática y la homologación con las naciones de su entorno puede darse por concluida, el proceso de construcción europea sigue avanzando. Se intentó dar un paso importante con la *non nata* Constitución Europea. Pero el proceso siguió adelante hasta el Tratado de Lisboa manifestación del principio de continuidad, apoyado en aquellas palabras del Ministro de Asuntos Exteriores de Francia, Robert Schuman: "Europa no se hará de un solo golpe, sino en una construcción conjunta a través de realizaciones concretas, creando ante todo una solidaridad de hecho." En realidad, desde muy pronto, España hizo del proceso de integración europeo un objetivo ideológico y un proyecto político. Un objetivo ideológico que ha sido —que es aún hoy— compartido por la práctica totalidad de los partidos políticos mayoritarios. Y un proyecto político cuya realización —que sigue en curso— afecta no sólo al propio gobierno de la UE, sino también a la estructura y al modo del gobierno de España. Y, en verdad, el ingreso de España en las CCEE, en enero de 1986, supuso la realización de ese objetivo ideológico y de ese proyecto político.

El espíritu de la UE es el mismo que inspira el de la Constitución española, de la que este año celebramos el XL aniversario. Junto a los Tratados europeos, representa un gran consenso cívico que tiene un valor intrínseco, más allá de su letra, y que entre todos estamos llamados a preservar. Un ejemplo para el mundo de reconciliación, de solidaridad y de generosidad, que ha convertido a España en el país abierto, diverso, moderno y dinámico que es hoy³⁸⁴.

Pero nuestro ingreso en la UE supuso que le cediéramos el ejercicio de competencias derivadas de la CE como, nada más y nada menos, la producción de normas jurídicas hasta entonces reservado al Estado -y a las CCAA- en exclusiva, o la acuñación de moneda, actividades ambas características del Estado soberano

Muchas veces no somos conscientes de la importancia que en el desarrollo de nuestra vida cotidiana tiene el derecho europeo. No es difícil constatar la repercusión de Reglamentos y Directivas comunitarias en los textos normativos de las regiones o Comunidades autónomas, o en ámbitos como la función pública o la contratación administrativa.

A día de hoy —resulta obvio hacer esta constatación— son ya muchas y de indudable relevancia política las competencias cuyo ejercicio se ha cedido a las instituciones

³⁸⁴ A. Tajani, *Acercar Europa a los ciudadanos*, en *El Mundo*, 9 de mayo de 2018.

comunitarias. Hemos renunciado, para compartirlas con nuestros socios europeos -y también lo han hecho ellos- a las grandes decisiones sobre la política económica, al núcleo de la política monetaria, pero también a cuestiones que afectan nada menos que a la ciudadanía, a la seguridad, a la justicia, a la inmigración, a la política exterior...³⁸⁵.

Cada día cae en nuestras manos normativa o jurisprudencia europea que afecta a nuestro día a día. Algunos ejemplos recientes:

-La STJUE 14.XI.2018 dispuso que la normativa italiana que prohíbe a las empresas privadas ejercer una actividad de custodia de urnas funerarias es contraria al Derecho de la Unión. Esa normativa constituye una restricción injustificada de la libertad de establecimiento garantizada por el Derecho de la Unión

-La STJUE de 15.IX.2018 establece que las compañías aéreas que no expresen en euros las tarifas aéreas de los vuelos intracomunitarios deberán indicarla en una moneda local vinculada objetivamente al servicio propuesto. Este es el caso, concretamente, de la moneda de curso legal en el Estado miembro en el que se encuentre el lugar de salida o el lugar de llegada del vuelo de que se trate.

-La publicación del Reglamento que establece las normas en virtud de las cuales un Estado miembro reconoce y ejecuta en su territorio resoluciones de embargo y resoluciones de decomiso dictadas por otro Estado miembro en el marco de procedimientos penales³⁸⁶.

-Por no hablar del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), Reglamento 2016/679, del Parlamento europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, que entró en vigor el 25 de mayo de 2016 y comenzó a aplicarse el 25 de mayo de 2018. La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) tuvo que publicar el 26 de enero de 2018 nuevos materiales y recursos con los que facilitar a las pequeñas y medianas empresas (PYMES) su adaptación a dicho Reglamento. Por cierto, que fue sorprendente que se adoptaran por Real Decreto-Ley las medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos, cuando se ven afectados derechos fundamentales cuya regulación queda excluida de tales normas (Real Decreto-Ley 5/2018,

³⁸⁵ Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, por el que se interesó del Consejo de Estado un Informe sobre la reforma de la Constitución.

³⁸⁶ Reglamento (UE) 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso (DOUE de 28 de noviembre de 2018)

de 27 de julio)³⁸⁷.

II. La compleja convivencia entre los ordenamientos europeo y nacional.

1. Los rasgos característicos de las normas europeas: en especial su primacía y su efecto directo.

La Comunidad Europea se configuró desde su inicio como una organización internacional *sui generis* con una estructura institucional productora de derecho directamente aplicable en sus Estados miembros. La Unión Europea hoy es una comunidad de derecho cuya esencia principal es la creación de un supraordenamiento jurídico para lo que los propios Estados han limitado sus competencias a favor de esta organización supranacional, ordenamiento jurídico que no va a buscar su parámetro de validez y eficacia en las Constituciones de los Estados miembros ni en las Leyes de transferencia de soberanía, sino directamente en sus Tratados constitutivos porque el Derecho Comunitario se transforma en un derecho autónomo³⁸⁸.

El sistema de la Unión Europea es ciertamente peculiar y no tiene parangón en el mundo actual. Un rasgo característico del Estado soberano es la producción de normas jurídicas de aplicación en su ámbito territorial y con efectos constreñidos, por lo general, al mismo. Ocurre que la singularidad de la organización supranacional, creada por Tratado Internacional, consiste en que, como los Estados soberanos, también crea derecho dirigido unas veces a los Estados miembros y otras a los ciudadanos de tales Estados, a los ciudadanos europeos.

Ello pudo atraer la curiosidad de los juristas de los años cincuenta del pasado siglo, y tiene su explicación en que, al constituir la Comunidad Europea -y posteriormente al integrarse en ella- los Estados impulsores o integrados le cedieron facultades soberanas cual la de producir derecho directamente aplicable en su territorio sobre materias previamente

³⁸⁷ En noviembre de 2017 el gobierno aprobó un proyecto de Ley Orgánica para cumplir con el Reglamento de 2016. Finalmente, las medidas se adoptaron mediante real decreto-Ley.

³⁸⁸ A. López de los Mozos Díaz Madroñero *La directiva comunitaria como fuente del derecho*. Edición Cuadernos del Congreso de los Diputados. Madrid 2010, p. 26.

determinadas, de obligado cumplimiento por los Estados y fuente de derechos y obligaciones para sus ciudadanos. En España lo permite el artículo 93 de la Constitución que autoriza a que, mediante Ley Orgánica, se puedan celebrar tratados por los que se atribuya a una institución u organización internacional el ejercicio de competencia derivadas de la Constitución.

Los problemas que plantea la aplicación del derecho europeo son notables pues, como veremos, se suceden los conflictos entre la normativa europea y la interna española, en parte quizás, aún, por el desconocimiento del derecho europeo y, desde luego, de los mecanismos de articulación de ambos sistemas jurídicos.

Téngase en cuenta que ese derecho creado por las Instituciones comunitarias goza de primacía, en caso de conflicto, sobre el derecho interno de cada Estado miembro, de suerte tal que desplaza a éste en su aplicación.

La creación de un nuevo ordenamiento jurídico se convierte, por tanto, en la característica principal de esta organización que cuenta con un Tribunal de Justicia, cuya jurisprudencia ha defendido, desde un primer momento, la primacía del derecho comunitario sobre el derecho de los Estados miembros, señalando la existencia de un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que tal ordenamiento es de obligado cumplimiento por y en los Estados. Así se señaló expresamente en la célebre Sentencia *Costa v. Enel*, de 15 de Julio de 1964 -que examinó el conflicto entre lo dispuesto por una norma del TCE y una ley italiana posterior a la entrada en vigor de aquel-, en la que se estableció que a diferencia de los Tratados Internaciones ordinarios el Tratado de la Comunidad Económica Europea creó un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado y que vincula a sus órganos jurisdiccionales³⁸⁹.

Por ello, los Estados miembros no pueden pretender que una de sus normas, elaborada de forma unilateral, aunque sea posterior, prevalezca sobre las normas del ordenamiento jurídico europeo, creadas por ellos mismos sobre la base de la reciprocidad³⁹⁰

Se puede decir que los Tratados Comunitarios constituyen la Carta Constitucional de la Unión europea y al igual que sucede con la Constitución en el ordenamiento interno, gozan

³⁸⁹ *Id.*, p. 27

³⁹⁰ P. Biglino. Campos, *La primacía del derecho comunitario: una mirada contrapuesta. La perspectiva española*, en *La Unión Europea en perspectiva constitucional*. Thomson Aranzadi, 2008, p. 37.

de prevalencia sobre el resto del Derecho Comunitario europeo y están dotados igualmente de una rigidez especial porque especial es el procedimiento para su reforma.

Y es que el derecho comunitario, -el derecho europeo- despliega todos sus efectos y de manera uniforme en todos los Estados miembros constituyendo una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos los afectados, sean Estados miembros o particulares. El ordenamiento europeo y el ordenamiento interno son considerados como sistemas jurídicos autónomos aunque integrados y coordinados, por lo que las normas europeas son consideradas respecto a las leyes nacionales no como superiores pero sí como especiales.

a). Autonomía del ordenamiento europeo respecto del nacional

Ambos ordenamientos coexisten en el interior de cada Estado miembro, ambos tienen los mismos destinatarios y deben ser aplicados por los mismos operadores jurídicos, por lo tanto, la autonomía es una de las características del ordenamiento comunitario.

b). Supremacía y primacía.

La segunda y quizás más importante característica es la primacía³⁹¹. Es uno de los principios que rigen las relaciones entre el derecho europeo y el de los Estados miembros, que comporta la prevalencia del derecho comunitario europeo sobre el derecho interno de cada Estado en supuestos en que las normas de éstos sean contrarias a las comunitarias. Se produce, entonces, un desplazamiento del derecho nacional para dar paso a la aplicación del derecho supranacional.

Este principio es, como he subrayado, consecuencia de la cesión de soberanía de los Estados miembros, de la cesión de competencias a favor de las Instituciones europeas, e implica una reserva material a favor de la norma comunitaria.

Así, se dice que este es uno de los rasgos fundamentales del Derecho europeo: su primacía con respecto al derecho de los Estados miembros. Como ha señalado López de los Mozos, a quien sigo en esta introducción, la elaboración de este principio parte del argumento de

³⁹¹ La primacía de las normas del ordenamiento comunitario sobre las disposiciones internas ha sido reconocida, entre otras muchas, por las antiguas Sentencias del Tribunal de Justicia europeo de 5 de febrero de 1963, caso *Van Gend and Loos* y de 15 de junio de 1964, caso, ya citado, *Costa contra Enel*, y por las del Tribunal Constitucional español 28/1991, 64/1991 y 130/1995.

que una vez cedidas por los Estados miembros sus competencias a la Comunidad, la actuación de ésta exige una uniformidad que no puede verse limitada por las Normas de los Estados miembros. Se trata de un principio que no viene expresamente regulado en los tratados constitutivos, sino que es consecuencia de la construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El Tribunal fundamenta tal principio en la voluntad común de los Estados miembros que originan los Tratados y que ha de prevalecer sobre las voluntades particulares y en el hecho de que la primacía tampoco se sustenta en la Constitución de los Estados sino en el propio Derecho europeo e Internacional³⁹².

El Tratado por el que se estableció una Constitución para Europa había supuesto la elevación a Norma del principio de primacía, no reconocido hasta entonces en ningún otro tratado. Así su artículo I-6, establecía que “*La Constitución y el Derecho adoptado por la Instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta, primarán sobre el Derecho de los Estados miembros*”.

Con motivo de la elaboración de dicho Tratado, el Tribunal Constitucional elaboró, a petición del Gobierno, la Declaración 1/2004 de 13 de diciembre, con el fin de dar su versión acerca de la compatibilidad o no de la Constitución Española con algunos preceptos de la futura Constitución Europea.

Para el Tribunal, “*la proclamación de la primacía del Derecho de la Unión por el art. I-6 del Tratado no contradice la supremacía de la Constitución*”, como tampoco la contravienen los arts. II-111 y II-112, relativos a la Carta de derechos, “*a la vista de lo establecido en el art. 10.2 CE*”. En consecuencia, juzga “*suficiente*” el artículo 93 “*para la integración del Tratado en el Derecho español*”³⁹³.

El Tribunal Constitucional refiriéndose a la primacía, indicó que no contradice la supremacía de la Constitución española al ser categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados: aquella, en la aplicación de Normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de formación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y por ello es fuente de validez de las que le están infraordenadas. La primacía en cambio no se sustenta necesariamente en la jerarquía sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o varias de ellas

³⁹² López de los Mozos, op. cit, pág. 40.

³⁹³ Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, por el que se interesó del Consejo de Estado un Informe sobre la reforma de la Constitución.

tiene la capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente. O sea, la primacía no se sustenta sobre la jerarquía sino sobre las competencias.

Que la Constitución goza de supremacía sobre las normas de derecho europeo, incluso del derecho originario, lo pone de manifiesto lo que ocurrió en 1992, con ocasión de la ratificación del Tratado de Maastrich. Ante la aparente contradicción entre dicho Tratado y la Constitución, el gobierno interesó la intervención del Tribunal Constitucional que emitió su Declaración 1/1992, de 1 de Julio, en la que indicó que los enunciados de la Constitución no pueden ser contradichos sino mediante su reforma expresa. Como condición previa a esa ratificación -dijo el Alto Tribunal- debía abordarse la reforma del art. 13.2 CE, que impedía extender a los extranjeros el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales (Declaración de 1 de julio de 1992), procediéndose consecuentemente a llevarla a cabo (28 de agosto de 1992).

En dicha Declaración, el supremo intérprete de la Constitución sostuvo que el artículo 93, puesto en conexión con el 95, faculta a las Cortes Generales “*para ceder o atribuir el ejercicio de ‘competencias derivadas de la Constitución’*”, pero no para “*disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar sus determinaciones, pues, ni el poder de revisión constitucional es una ‘competencia’ cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el de su Título X, esto es, a través de los procedimientos y con las garantías allí establecidas y mediante la modificación expresa de su propio texto*”.

La supremacía de la Constitución es, por tanto, compatible con los regímenes de aplicación que otorga preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional, siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto (que es lo que sucede en España, pues como se ha indicado el artículo 93 de la Constitución permite autorizar, mediante Ley Orgánica, la celebración de tratados por los que se atribuya a una institución u organización internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución y que, por tanto, permite aceptar la primacía del derecho comunitario en el ámbito que le es propio).

El Tratado de Lisboa ha supuesto un paso atrás en el sentido de que el principio de primacía no aparece en el articulado del texto, si bien se refleja en la Declaración 17 anexa al mismo, Declaración relativa a la primacía, en la que se establece que la Conferencia recuerda que con arreglo a la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y la Legislación adoptada por la Unión sobre la base de los Tratados, primarán

sobre el Derecho de los Estados miembros, con arreglo a las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia. Además, se anexa a dicha Declaración el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre primacía, en el que se indica que este principio sigue rigiendo en los mismos términos en que la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia lo viene reconociendo.

Respecto del derecho infraconstitucional el principio no implica ningún tipo de relación jerárquico-normativa entre el derecho de la Unión y el derecho interno³⁹⁴, puesto que la contradicción de una norma de derecho interno con una comunitaria no la invalida, sino que simplemente la desplaza. El derecho europeo, tanto el originario como el derivado, prevalece sobre el derecho interno de los Estados miembros, pero no tiene el efecto de anularlo o invalidarlo sino solo de desplazarlo en su aplicación en caso de conflicto.

Y es que el derecho comunitario surge de la voluntad común de los Estados y es esta voluntad común la que debe prevalecer frente a cualquier tipo de particularidad. “*La primacía es la regla fundamental de la existencia de la Comunidad*”, dijo el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 17 de diciembre de 1980.

Hay numerosas Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ponen de relieve el principio de primacía del Derecho Comunitario.

Por su peculiaridad es de cita la ya mencionada de 15 de Julio de 1964, *Costa contra Enel*, que tiene su origen en una Ley de nacionalización de la energía eléctrica aprobada en Italia. El señor Costa era un Abogado de Milán que impugnó un recibo de la luz ante el Juez de Paz de dicha Ciudad al considerar que la Ley italiana de nacionalización de la energía eléctrica, una Ley de 1962, era contraria al Derecho Comunitario. El asunto llegó hasta la Corte Constitucional, que conoció del conflicto mediante una cuestión de inconstitucionalidad presentada por el Juez de Paz, y declaró la primacía de la Ley italiana. A pesar de haber presentado dicha cuestión ante la Corte, el Juez de Paz remitió también una copia testimonial de sus actuaciones al Tribunal de Justicia, en base a lo cual, éste dedujo que el Juez de Paz había presentado una cuestión prejudicial, relativa a la interpretación de los artículos del Tratado de la Comunidad Económica Europea. Sin embargo, el Gobierno italiano consideró que el Juez de Paz debía limitarse a aplicar la Ley

³⁹⁴ Aunque López de los Mozos opina que implícitamente, sin embargo, si se puede hablar de dicha relación en el sentido de que responde a una relación competencial horizontal, siendo consecuencia del principio de atribución de competencias

interna, la Ley ENEL, y por tanto no podía tener dudas acerca de la interpretación del Derecho Comunitario, afirmando que, en caso de haber incurrido Italia en incumplimiento, la única vía posible sería el recurso de incumplimiento.

Frente a todos estos argumentos el Tribunal de Justicia siguió adelante y declaró la primacía del Derecho Comunitario y el consiguiente incumplimiento del Estado italiano al afirmar que la integración en el Derecho de cada país miembro de disposiciones procedentes de fuentes comunitarias tiene como corolario la imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado una medida unilateral posterior que no puede oponerse a dicho ordenamiento.

La consecuencia de este principio de primacía es que el Juez Nacional encargado de aplicar en el ámbito de su competencia las Disposiciones de Derecho europeo, tiene la obligación de garantizar la plena eficacia de dichas Normas, planteando, si considera que la Norma nacional es inválida, una cuestión prejudicial para conocer el alcance de la comunitaria. Pero para ello es preciso que el juez albergue una duda razonable acerca de la interpretación que haya de darse a una norma de derecho comunitario, y que sea necesaria para resolver el asunto sometido a su conocimiento.

En el caso de que efectivamente la norma nacional sea contraria a la comunitaria lo procedente es inaplicarla.

La primacía supone que, si una norma interna es incompatible y es anterior a la europea, ésta última hace inaplicable desde su entrada en vigor, cualquier disposición nacional contraria. Si la norma interna es posterior, la europea impide que se creen normas nacionales incompatibles, permitiéndose en ambos casos que el Juez nacional cumpla con su obligación de aplicar íntegramente el Derecho europeo, y todo ello independientemente de cual sea el rango de la norma de derecho interno.

Por tanto el principio de primacía se reconoce, tanto de la norma comunitaria posterior, sobre la nacional anterior y contraria, como de la norma comunitaria anterior respecto de la nacional posterior y contraria y en ambos casos independientemente de cual sea el rango de la norma nacional. Atención: he dicho que, con independencia del rango de la norma nacional, como ahora veremos.

Así, por ejemplo, la Sentencia de 11 de Enero de 2000, establece que la directiva de igualdad de trato de hombres y mujeres goza de primacía sobre el precepto de la Ley Fundamental de Bonn, que excluía a las mujeres de los empleos militares, lo que supuso

una modificación de la Constitución alemana, y además no hay que olvidar que dicha primacía es una obligación que afecta a todos los poderes públicos³⁹⁵.

El principio de primacía también ha sido objeto de atención por la jurisprudencia española. Si bien el Tribunal Constitucional por lo general no ha reconocido que el derecho europeo tenga relevancia constitucional en el ordenamiento español, el principio de primacía forma parte del acervo comunitario incorporado mediante la Ley Orgánica 10/1985, por la que España ingresó en las Comunidades Europeas.

Hay algunas Sentencias importantes al respecto.

La STC 130/95 proclama que España es un Estado miembro sujeto a las Normas del ordenamiento comunitario que posee un efecto directo para los ciudadanos y tiene primacía sobre las Disposiciones internas. También la STC 120/98, indica que el Reino de España se ha vinculado al derecho de las comunidades europeas, el cual constituye un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros que se impone a sus órganos jurisdiccionales.

La STC 58/2004 reafirma la primacía del derecho comunitario. La singularidad de esta Sentencia es que en ella se estima un recurso de amparo solicitado por la Generalitat de Cataluña al considerar vulnerado el artículo 24 de la Constitución, tutela judicial efectiva, por una Sentencia judicial no fundada en derecho porque inaplica una Ley autonómica vigente que establece un recargo tributario, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, ni cuestión prejudicial de derecho comunitario.

c). El efecto directo de las normas europeas.

El efecto directo es la tercera característica de las Normas de Derecho Comunitario: es un derecho directamente aplicable que pasa a formar parte del ordenamiento interno de los Estados.

*Reglamentos: directamente aplicables. Sus destinatarios son los ciudadanos europeos

*Directivas: sus destinatarios son, en principio, los Estados.

Pero resultan directamente aplicables cuando sus disposiciones sean *claras, precisas, e incondicionadas*.

Ejemplos:

³⁹⁵ *Idem*, pág. 55.

-La Directiva 2012/13/UE consagra el derecho de acceso, por la persona detenida y por su abogado, a los materiales del expediente que resulten “fundamentales” para poder impugnar de manera “efectiva” la legalidad de la detención, y fijaba como fecha límite para su transposición el 2 de junio de 2014. España no cumplió con esta obligación hasta la aprobación de la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, que reformó la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en vigor el 28 de octubre de ese mismo año). El TC declaró que resultó de aplicación desde la fecha límite para su trasposición (STC de febrero 2017).

-Las Directivas 2014/23,24 y 25, sobre contratación pública, su trasposición vencía el 18-4-2016. Son claras y precisas, pero no se traspusieron hasta la Ley 9/2017, de 8 de noviembre (BOE 9.XI.2027), que entró en vigor a los 4 meses de su publicación, el 9 de marzo de 2018.

Una dificultad que presentan las normas europeas deriva del hecho de que en los Estados miembros de la Unión Europea existe una tipología variada de normas jurídicas, con denominación y estructura diferentes y con una forma de expresarse fruto de la evolución sociocultural en cada país, que no responde a patrones homogéneos en todos los casos. Y de ahí la distinta denominación de las normas del derecho europeo respecto del nacional español.

Por ello, es necesario un esfuerzo dirigido a homogeneizar la tipología y denominación de las normas en todos los Estados de la UE y en ésta, y también la presentación de su contenido, con estricta observancia de las modernas reglas de la técnica normativa, porque indefectiblemente ello es necesario para que el principio de seguridad jurídica, se cumpla, especialmente, en una época de inflación normativa que, desgraciadamente, conduce a una reducción de la calidad de las normas pues se elaboran normas apresuradamente.

Se intentó con la proyectada Constitución europea: el Reglamento pasaba a denominarse Ley; la Directiva, Ley Marco; y se creaba un Reglamento europeo de naturaleza igual al del derecho patrio.

Hay que recordar que, en marzo de 2000, los servicios jurídicos de las tres Instituciones aprobaron la *Guía práctica común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión dirigida a las personas que contribuyen a la redacción de los textos legislativos en las Instituciones comunitarias*³⁹⁶. Esta Guía práctica es de gran importancia pues pretendía que todos los textos normativos que nazcan de cualquiera de las Instituciones de la Unión con

³⁹⁶ Puede consultarse en la Revista Española de la Función Consultiva, nº 11 (2009), p. 299 y ss.

capacidad normativa observen, durante el procedimiento de su elaboración, los mismos criterios de estructura y redacción.

2. La primacía del derecho europeo en relación con normas del derecho interno con rango de ley.

Pero como vengo sosteniendo, la coexistencia de ordenamientos jurídicos que confluyen en un mismo ámbito objetivo y subjetivo siempre presenta problemas de pacífica convivencia. Ocurre en España, en el orden interno, donde son numerosos los conflictos que surgen en materia competencial entre las normas estatales y las autonómicas. Y ocurre, igualmente, al tener que aplicar el ordenamiento europeo -que forma parte de nuestro derecho interno- con el derecho nacional *stricto sensu*. Incluso podemos observar la existencia de conflictos entre las normas de un mismo ordenamiento, como así ocurre en el seno del ordenamiento estatal y de los ordenamientos autonómicos.

Menos mal que existen remedios para solucionar tales conflictos: Desde la cuestión de inconstitucionalidad, hasta el planteamiento de los conflictos positivos o negativos de competencia ante el Tribunal Constitucional, hasta la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En la aplicación del derecho europeo ya he hecho referencia a su primacía respecto del interno y no procede ahora abundar más en tal principio. Sin embargo, si estimo conveniente, porque es cuestión jurídicamente interesante, alguna reflexión sobre la posible contradicción entre una ley nacional y una norma de derecho comunitario.

a). El caso del Decreto-Ley 1/2012 por el que redujo la jornada de trabajo y la retribución de los funcionarios interinos de la Generalitat Valenciana³⁹⁷.

Se trata de un asunto resuelto por la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Segunda, de 9 de julio de 2014, en el recurso interpuesto por una pluralidad de funcionarios interinos

³⁹⁷ Que fue objeto de mi atención en mi trabajo *El acervo comunitario: primacía, técnica y estética*, en *Revista Valenciana de Estudios Autonómicos*, n. 60 (vol. I), pp. 270-305.

de la Administración autonómica en relación con la aplicación del Decreto-Ley 1/2012 del Gobierno Valenciano, de medidas extraordinarias de reducción del déficit público, que dispuso para tal colectivo de funcionarios una jornada reducida de 25 horas semanales, con una rebaja proporcionada de sus retribuciones.

Los afectados consideraron los actos administrativos de aplicación de estas medidas contrarios al principio de igualdad por suponer una discriminación respecto de los funcionarios de carrera, y además por contravenir la Directiva 1999/70/CE³⁹⁸, lo que hubiera comportado la inaplicación del citado Decreto-Ley 1/2012 en virtud del principio de primacía y aplicación directa de la referida Directiva comunitaria, cuya fecha de transposición al derecho interno era el 10 de junio de 2001, motivo por el cual habría desplegado su eficacia directa vertical.

La sentencia concluye que la prescripción del Decreto-Ley 1/2012 respecto de los interinos supone un tratamiento discriminatorio desde el momento en que para reducir el actual nivel déficit público de la Generalitat se les impone una reducción de jornada y correlativa disminución retributiva, sin que conste la adopción de una medida de similar naturaleza y objeto respecto de los funcionarios de carrera³⁹⁹.

Así, se dispone la aplicación directa de las previsiones de la mentada Directiva⁴⁰⁰. Téngase en cuenta que conforme al criterio del Tribunal Supremo, *“cuando no es posible proceder a una interpretación y aplicación de la normativa nacional conforme con las exigencias del derecho de la Unión, los órganos jurisdiccionales nacionales y los órganos de las Administración están obligados a aplicarlo íntegramente y a tutelar los derechos que éste concede a los particulares, así como a abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición contraria del derecho interno”*.

³⁹⁸ El objeto de la Directiva es la aprobación de un Acuerdo marco que garantice la igualdad de trato de trabajadores con contrato temporal, protegiéndolos contra la discriminación. Su cláusula cuarta prescribe que *“...no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”*.

³⁹⁹ La Sentencia del TSJ que comentamos fue objeto de un incidente de nulidad de actuaciones -que fue desestimado por Auto de 14 de octubre de 2014- y de un recurso de amparo, pendiente de ser resuelto por el Tribunal Constitucional.

⁴⁰⁰ La Sentencia contó con un voto particular del Magistrado Miguel Soler Margarit que estimó, aparte otras razones, que *“la aplicación de la cláusula cuatro de la Directiva no es tan nítida en este caso por la concurrencia de razones objetivas justificativas del trato diferente del personal interino, teniendo en cuenta que el régimen estatutario del personal funcionario de carrera y laboral fijo no permite aplicar análoga reducción”*. Y además, porque en su opinión, *“la aplicación directa de la Directiva exigía, de considerar la existencia de un tratamiento discriminatorio, a plantear la cuestión de inconstitucionalidad del art. 3.1 del Decreto-Ley, por posible vulneración de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución...”*.

Este asunto atrajo mi interés por dos razones. En primer lugar, porque estamos ante un Decreto-Ley, una norma, por tanto, con rango de Ley, cuyo enjuiciamiento le está vedado a la jurisdicción contencioso-administrativa porque corresponde, en exclusiva, al Tribunal Constitucional. Así se desprende de lo que dispone la propia Ley jurisdiccional administrativa y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Es sabido que los jueces y tribunales están obligados a aplicar las leyes vigentes postconstitucionales. Y es que las preconstitucionales que consideren contrarias a la Constitución pueden inaplicarlas por considerarlas abrogadas por inconstitucionalidad sobrevenida de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula derogatoria genérica de la propia Constitución. No hace falta hacer referencia a las normas de rango reglamentario sobre las que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativo tienen competencia para inaplicarlas y declararlas nulas por contradicción con el ordenamiento jurídico superior.

Y volviendo a las leyes postconstitucionales, el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución ha advertido que el constituyente quiso sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución, porque la depuración del ordenamiento jurídico legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al TC, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia *erga omnes*, la inconstitucionalidad de las leyes, y de las normas con rango de ley (STC 17/1981, 311/2006 y 187/2012, entre otras muchas), y ello mediante el planteamiento ante el TC, por parte del juez que tiene que aplicar la norma legal, de una cuestión de inconstitucionalidad siempre y cuando albergue dudas razonables acerca de la validez constitucional de la norma que debe aplicar para resolver el asunto que tiene sometido a su conocimiento, y o haga de forma razonada señalando el particular normativo dudosamente constitucional y el artículo de la Constitución posiblemente contradicho.

Por ello, en el caso que ha centrado mi interés, lo primero que uno se plantea, habida cuenta que estamos ante unos actos administrativos que aplican lo dispuesto en un Decreto-Ley - y no se puede impugnar una ley indirectamente mediante la impugnación de los actos administrativos de aplicación- es que el Tribunal, en principio y por lo expuesto, debía aplicar tal Decreto-Ley o elevar cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, como, por cierto, defendió el magistrado discrepante del criterio mayoritario que formuló un voto

particular al respecto⁴⁰¹.

Pero claro, en casos como éste quizás no encontraríamos precepto constitucional alguno violado o contradicho por el Decreto-Ley, lo que impediría el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Además, en este caso, lo que se está ventilando es otro problema: el de la primacía del derecho comunitario sobre el nacional, problema en torno al cual he podido constatar que el criterio del Tribunal Constitucional ha sido zigzagueante, o si se prefiere, evolutivo, pero no firme ni indiscutido, a lo largo del tiempo.

Y ésta es la razón que, en segundo lugar, centró mi atención: qué hacer en caso de constatar la contradicción entre una Ley -o norma con rango de ley- con lo dispuesto en una norma de derecho comunitario, específicamente, con una Directiva comunitaria.

El TJUE en Sentencia de 26 de febrero de 2013 (que recuerda las de 17 diciembre de 1970 y 8 septiembre de 2010) señaló que “...*la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del derecho comunitario en el territorio de ese Estado...*”

Y ello nos lleva indefectiblemente a la cuestión prejudicial prevista hoy en el art. 267 del TFUE, pues el Tribunal Constitucional, en su STC 58/2004 expresó que la decisión de inaplicar derecho interno,-en este caso, constituido por una Ley del Parlamento de Cataluña-, por su supuesta contradicción con el derecho comunitario sin haber planteado previamente la cuestión prejudicial, adoptada por un órgano judicial cuya resolución no es susceptible de ulterior recurso ordinario⁴⁰² supone desconocer las garantías que integran el contenido del proceso debido.

Y es que, conforme a las disposiciones del Tratado, cuando un Juez nacional tenga dudas sobre la interpretación del derecho comunitario, podrá pedir al TJUE que se pronuncie sobre la misma, y deberá pedir tal pronunciamiento cuando la decisión a adoptar por el Juez nacional no se susceptible de ulterior recurso judicial de derecho interno. Y el TJUE está también obligado a pronunciarse (STUE 10 de septiembre de 2009).

⁴⁰¹ Ante reclamaciones similares de funcionarios interinos, varios Juzgados de lo contencioso-administrativo de la ciudad de Valencia suspendieron el procedimiento sabedores de que pendía ante el Tribunal Constitucional recurso de inconstitucionalidad formulado por más de cincuenta parlamentarios socialistas contra el Decreto-Ley autonómico 1/2012, hasta tanto se resolviera el meritado recuro de inconstitucionalidad.

⁴⁰² Ello tiene por objetivo principal impedir que se consolide en un Estado miembro una jurisprudencia nacional que no se ajuste a las normas de derecho comunitario (SSTCE 24 mayo 1977, 4 noviembre 1997) Vid. más ampliamente en Ayala Muñoz, J. M^a, “Reflexiones sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial en el recurso de casación contencioso-administrativo. En especial, el caso de las directivas comunitarias” Diario *La Ley*, nº 6801, de 17 de octubre de 2007.

Sin embargo, esta obligación de plantear la cuestión prejudicial desaparece, aun tratándose de órganos judiciales cuyas decisiones no sean susceptibles de recursos internos:

-cuando la cuestión a plantear sea materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de decisión prejudicial en caso análogo⁴⁰³ (doctrina del acto aclarado).

-cuando la correcta aplicación del derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión planteada⁴⁰⁴ (doctrina del acto claro).

-cuando no guarde una relación imprescindible para la resolución del asunto⁴⁰⁵.

El Tribunal Supremo se ha hecho eco de esta jurisprudencia como muestra su STS 4 de abril de 2005. Pero como he señalado, el Tribunal Constitucional no ha coincidido siempre con este criterio, -singularmente, con el de la doctrina del acto claro-, como lo demuestra la Sentencia del Tribunal Constitucional 58/2004 a la que antes me he referido, y la posterior 194/2006, que, como se ha visto, entienden que no puede dejarse inaplicada una ley nacional sin proceder al previo planteamiento de la cuestión prejudicial⁴⁰⁶. Pero el TC ha rectificado y clarificado su doctrina al respecto, como lo pone de manifiesto en sus Sentencias del Tribunal Constitucional 78/2010 y 145/2012 y en el ATC 86/2011.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2012 señala el Tribunal Constitucional que el principio de primacía del derecho comunitario permite un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del derecho interno con el derecho comunitario, facultad que, por cierto, se extiende también a las Administraciones Públicas.

En definitiva, y en virtud de la doctrina del acto aclarado o del acto claro, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana pudo, como hizo, estimar el recurso de los funcionarios interinos contra los actos de aplicación del Decreto-Ley 1/2012 de la Generalitat Valenciana, pero adoleció, a mi juicio, de un requisito esencial para aplicar tal doctrina, cual la de explicitar y justificar, bien que la cuestión prejudicial que pudo plantear resultaba improcedente porque era materialmente idéntica a otra que hubiera sido objeto de decisión prejudicial en caso análogo, bien que la Directiva 1999/70/CE podía ser

⁴⁰³ SSTJCE 27 marzo 1963 y 19 noviembre de 1991

⁴⁰⁴ STJCE de 6 de octubre de 1982

⁴⁰⁵ Idem.

⁴⁰⁶ Al decir de Nicolás Martín Alonso, el TC asemejó los regímenes de la cuestión prejudicial y de la cuestión de inconstitucionalidad, siendo distintos. Vid. en "Contradicción entre los ordenamientos nacional y comunitario. El papel del juez nacional y la cuestión prejudicial", en <http://noticias.juridica.com/articulos/65-Derecho-Procesal-Penal/731>.

directamente aplicable con tal evidencia que no dejara lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión planteada.

b). Los *sexenios* de los funcionarios interinos.

Otro caso resuelto al amparo de la citada Directiva 1999/70/CE es el relativo al derecho de los profesores interinos al cobro de los llamados “sexenios” -valoración de méritos correspondientes a un periodo de seis años- reconocidos a los que tienen la condición de funcionario de carrera.

El recurrente, profesor interino desde 1991, solicitó a finales de 2009 a la Comunidad de Madrid el reconocimiento de los complementos específicos de formación permanente del profesorado. Dichos complementos -que, como he indicado, se conocen popularmente como “sexenios”- están regulados por un acuerdo del Consejo de Ministros de 1991 en el que se especifica que están reservados para los “funcionarios de carrera”. El demandante de amparo invocó en su recurso la aplicación de la Directiva 1999/70/CE que, como se ha visto, prohíbe discriminar a los trabajadores interinos frente a los trabajadores fijos si no hay razones objetivas, diferentes a la duración del contrato, que lo justifiquen.

Igualmente alegó que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tenía dicho que la normativa española es contraria a la europea en este aspecto. Un Juzgado de lo Contencioso Administrativo le dio la razón en primera instancia, pero la sentencia fue posteriormente revocada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia que fue anulada por la del Tribunal Constitucional, de 5-XI-2015, que estimó el recurso de amparo presentado por entender que vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

El Tribunal Constitucional explica que, si bien las normas del Derecho de la Unión Europea no tienen “rango y fuerza constitucionales”, el Tribunal Constitucional tiene el deber de valorar los actos de los poderes públicos sometidos a su enjuiciamiento, tanto cuando dichos actos aplican las normas de la UE como cuando se plantea que son contrarios a las mismas. Y, desde la perspectiva más concreta del derecho a la tutela judicial efectiva (art.24.1 CE), en su vertiente de derecho a un proceso con todas las garantías, el Tribunal debe velar por que los jueces y tribunales resuelvan “conforme al sistema de fuentes establecido”.

Entre esas “fuentes” está el derecho comunitario y es al Tribunal Constitucional a quien corresponde, como el propio Tribunal ha tenido ya ocasión de afirmar, “velar por el respeto del principio de primacía del derecho de la Unión” cuando, como ocurre en este caso, “exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. “El desconocimiento y preterición de esa norma de derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso”, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva”.

En este caso, el Tribunal Constitucional pone de relieve dos concretas circunstancias: 1) Antes de la deliberación que daría lugar a la sentencia del TSJM recurrida en amparo, el TJUE se había pronunciado en varias ocasiones, al resolver cuestiones prejudiciales planteadas por jueces españoles, sobre cuál es “la interpretación correcta del principio de no discriminación” contenido en la directiva 1999/70/CE. 2) Dicha jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia era conocida por el TSJM, “formaba parte del debate” porque el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo se basaba en la sentencia “Cerro Alonso” (de 2007) y porque el recurrente, nada más conocerlo, aportó el auto “Lorenzo Martínez” (de 2012), referido a un caso idéntico al suyo.

Pese a ello, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid “se limita a remitirse a un pronunciamiento anterior” de una de sus Secciones y a no considerar discriminatoria la denegación de los sexenios “por la singularidad de los funcionarios interinos respecto a los de carrera”, argumento que ya había sido rechazado por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo como “razón objetiva” válida para justificar el “trato diferente” permitido por la Directiva 1999/70/CE.

“La Sala -afirma el Tribunal Constitucional en su sentencia- dejó de razonar sobre un alegato sustancial de la parte apelada (...)” y, al no hacerlo, añade, resolvió el recurso de apelación “con una selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso, en la medida en que prescindió por su propia, autónoma y exclusiva decisión, de la interpretación de la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante, vulnerando con ello el principio de primacía del derecho de la Unión Europea”.

El mencionado “principio de primacía” del derecho de la Unión obligaba, señala el TC, a aplicar la Directiva tal y como había sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la

Unión Europea “con preferencia sobre el derecho interno incompatible”. En este caso, además, la aplicación directa de la norma europea no precisaba “de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que se trataba de un acto “aclarado” por el propio Tribunal al resolver con anterioridad una cuestión prejudicial “materialmente idéntica” planteada en un “asunto análogo”. Por consiguiente, concluye el Pleno, “la inaplicación de la citada Directiva por la resolución judicial objeto de amparo, sin motivar la oportunidad o conveniencia de plantear una nueva cuestión prejudicial, infringió el citado principio de primacía; incurrió, por ello, en una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso; y consiguientemente, vulneró, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente”.

Por ello, el Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo y acordó, como se ha dicho, anular la sentencia recurrida y retrotraer las actuaciones hasta el momento que permita al TSJM dictar otra resolución “respetuosa con el derecho fundamental vulnerado”. Otro caso en el mismo sentido es el que contempla la sentencia 77/2016, de 21 de marzo del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 5 de Valencia, que resolvió la impugnación de un funcionario docente interino de la Generalitat Valenciana, de la resolución por la que se le denegó el reconocimiento de sexenios en los mismos términos que los funcionarios de carrera, invocando para ello, la ya citada Directiva. 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada. La Administración invocó en su defensa la Disposición Final 28ª de la Ley 6/2013, de Presupuestos de la Generalitat, que reservaba el reconocimiento de sexenios a los funcionarios de carrera. Pero como ya hemos visto, la Directiva de aplicación prohíbe cualquier discriminación entre el personal de duración determinada (interinos) y el personal fijo (funcionarios de carrera) que no se fundamente en causas objetivas. El Juzgado estimó el recurso del docente interino al considerar que la Directiva de aplicación no había sido correctamente traspuesta y que su efecto directo, por su claridad, comportaba su aplicación directa por la prevalencia del derecho europeo sobre el nacional.

c). La carrera profesional de los funcionarios interinos.

El Juzgado de lo Contencioso nº 2 de Alicante falló en mayo de 2015 a favor del sindicato CCOO-PV su recurso tendente al reconocimiento del derecho a ingresar en el sistema de

Carrera Profesional al personal interino de larga duración de la Consejería de Sanidad en los mismos términos y condiciones que el personal fijo. La sentencia argumenta que "no hay razones objetivas que justifiquen la diferencia de trato que existe en materia de inclusión en el sistema de Carrera Profesional entre el personal fijo y el personal temporal", y se basó en la Directiva 199/70/CE sobre la no discriminación de los trabajadores temporales y en la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2014, que analiza estas cuestiones con relación a la Carrera Profesional del Servicio de Salud Castilla y León. Al respecto, el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de marzo de 2017 desestimó el recurso interpuesto por la Generalitat Valenciana contra la resolución de 21 de diciembre de 2015 del TSJCV que estimó parcialmente el recurso presentado por la asociación de interinos IGEVA UGT contra el Decreto del Gobierno Valenciano que reguló la carrera profesional de los empleados públicos.

En su sentencia, la sección segunda de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana había declarado la nulidad de los artículos 1, 3, 5, 7 y 18 del Decreto 186/14 del Gobierno valenciano sobre el sistema de carrera profesional horizontal y la evaluación del desempeño del personal funcionario de carrera de la Administración de la Generalitat Valenciana.

La Sala había dejado sin efecto, igualmente, las disposiciones adicionales primera y segunda y la transitoria de dicho Decreto porque excluía a los funcionarios interinos con más de cinco años de antigüedad de la posible percepción del complemento retributivo de carrera profesional. La sentencia, basada en el derecho europeo, equiparó a funcionarios de carrera y a interinos únicamente a efectos retributivos.

d). La indemnización por cese de los interinos.

Por último, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo social de 20 de julio de 2016, resolvió que los funcionarios interinos de las Comunidades autónomas tienen derecho a indemnización por cese de su relación laboral, casando, de este modo, la del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 4 de noviembre de 2014. Y como no podía ser de otro modo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 octubre de 2016, resolvió en el mismo sentido, que una funcionaria interina del Ministerio de Defensa tenía derecho a indemnización a la finalización de su contrato (por haberse

incorporado a la plaza el trabajador a quien sustituía), al ser directamente aplicable la Directiva 1999/70. Hay que advertir que previamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 14 de septiembre de 2015, había resuelto la cuestión prejudicial planteada en relación a la indemnización por finalización de contrato temporal.

e). El caso del límite de edad para acceder a la condición de auxiliar o agente de la policía local.

Otro caso de interés sobre el tema que estamos tratando en relación con la primacía del derecho comunitario está relacionado con los límites de edad -máximo y mínimo- que algunas normas, con rango de ley, establecen para el acceso a la función pública, y específicamente, a la condición de auxiliar o agente de la policía local. Sobre esta cuestión el Consejo Jurídico Consultivo -órgano equivalente al Consejo de Estado en la Comunidad Valenciana- emitió un dictamen al evacuar la consulta preceptiva que un Ayuntamiento le dirigió en un expediente de revisión de oficio de actos nulos instado a petición de parte⁴⁰⁷. Estimaba la peticionaria de la declaración de nulidad que un determinado individuo no debió ser nombrado funcionario interino de determinado Ayuntamiento en 2007 por carecer de los requisitos necesarios para ello (no contaba con el título de Bachiller superior o equivalente), ni tampoco como funcionario de carrera en 2009, pues en aquella fecha contaba con más de 30 años de edad, -lo que contravenía la normativa de aplicación-, salvo que acreditara servicios previos prestados, que fueron los que desarrolló como funcionario interino.

Sin necesidad de entrar a considerar la regularidad del nombramiento como funcionario interino, el Consejo Jurídico Consultivo se centró en el análisis del requisito de no contar con más de 30 años de edad para acceder a la condición de policía local, establecida en el artículo 4,a) del Decreto 88/2001, de 24 de abril, del Gobierno Valenciano, por el que se establecen las bases y criterios generales uniformes para la selección, promoción y movilidad de todas las escalas y categorías de los policías locales de la Comunidad Valenciana. Dicho artículo establece como requisito para el acceso por turno libre a las categorías de Agente y Auxiliar “Tener cumplidos dieciocho años, sin exceder de la edad de treinta años [...]”.

⁴⁰⁷ Dictamen 146/2015.

El requisito de la edad para el acceso a la función pública ha sido objeto de atención por los Tribunales Constitucional y Supremo, y también por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que han examinado su procedencia y su posible entidad discriminatoria en relación con el derecho a la igualdad reconocido tanto en la Constitución Española como en la Carta Europea de Derechos Fundamentales⁴⁰⁸.

Para el Tribunal Supremo la edad, pese a no figurar en el artículo 14 CE como causa en la que fundamentar diferencia de trato, es una circunstancia personal que ha de sumarse a las allí contempladas. En apoyo de su criterio invoca el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, que reproduce la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, cuyo artículo 21, intitulado “no discriminación” dispone que:

“1.- Se prohíbe toda discriminación, y en particular, la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.”

Es, por tanto, en la Carta Europea, que forma parte del ordenamiento jurídico interno, donde se contempla la edad como parámetro para determinar la existencia o no de conducta discriminatoria. De ahí que el Supremo Tribunal considere que solamente criterios que descansen en concretos intereses públicos podrán considerarse válidos para introducir excepciones⁴⁰⁹.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha expresado su criterio en sentencia de su Sala Segunda, de 13 de noviembre de 2014, que tiene por objeto una

⁴⁰⁸ Pueden consultarse al respecto las SSTC 75/1983, 37/2004, 200/2001, 59/2008 y 29/2012 y las SSTS de 31.1 y 28.6 de 2006, y 21.3.2011.

⁴⁰⁹ En tal sentido, la STS 2187/2011, de 21 de marzo de 2011, donde se aprecia que no ha lugar a límite de edad en una convocatoria de plaza de Inspector del Cuerpo Nacional de Policía, coincidiendo que con posterioridad al referido pronunciamiento, se elimina el requisito en la escala básica del citado Cuerpo; y la STS 575/2014, de 3 de febrero de 2014 donde se falla que no ha lugar a recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra sentencia del TSJ de Andalucía recaída en recurso de apelación contra sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo de Sevilla que anuló el requisito de edad máximo de 35 años para el acceso al Cuerpo de Policía Local de dicha comunidad autónoma.

En otras ocasiones el TS ha considerado procedente el límite de edad para ingresar en determinados puestos públicos. Como muestra, la STS 5 de abril de 2017, confirma la resolución por la que se convocaron pruebas selectivas para el ingreso en los centros docentes de formación para la incorporación a la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil, y en la que se imponía el requisito de no haber cumplido ni cumplir treinta años dentro del mismo año de la convocatoria.

cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de Oviedo, en relación con la interpretación de los artículos 2, apartado 2; 4, apartado 1; y 6, apartado 1 letra c), de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y del artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Considera el Tribunal europeo que la prohibición de discriminación por razones de edad constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos establecidos por las directrices sobre el empleo y para fomentar la diversidad en el mismo. No obstante ello, en determinadas circunstancias justificadas se pueden establecer diferencias de trato por razones de edad, tal y como establece la mentada Directiva 2000/78/CE

Por ello considera el Tribunal que la Ley del Principado de Asturias, 2/2007 de 23 de Marzo, de Coordinación de los Policías Locales, que establece como requisito general para el ingreso en los Cuerpos de Policía Local “tener la edad mínima de 18 años y no sobrepasar los 30 años” afecta a las condiciones de contratación de dichos trabajadores. Y por los extensos razonamientos que expone, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea llega a la conclusión de que la Ley del Principado de Asturias 2/2007, al fijar dicho límite de edad, impuso un requisito desproporcionado, pues aunque como se ha indicado, en algunos supuestos justificados pueden explicarse límites de edad, en el caso español tal límite fue suprimido a nivel estatal para el acceso a la función de agente de Policía Nacional, y es evidente la disparidad existente en la regulación sobre agentes de Policía Local en la normativa de las diferentes Comunidades autónomas.

Por consiguiente, el Tribunal europeo concluye afirmando que la diferencia de trato resultante de una disposición como la asturiana indicada no puede estar justificada con arreglo a la Directiva 2000/78/CE, debiendo interpretarse ésta en el sentido de que se opone a la normativa nacional como la controvertida.

Todo lo expuesto condujo al Consejo Jurídico Consultivo a considerar que el límite de 30 años para el acceso a la condición de Policía Local establecido en la Bases de la Convocatoria y en el Decreto del Gobierno Valenciano 88/2001, resultaba ilegítimo por discriminatorio y era contrario a la Directiva 2000/78/CE, cuya aplicación había de prevalecer sobre la norma española que pueda contrariarla, como es el caso del citado Decreto autonómico o de una norma con rango de ley que pudiera establecer tal requisito.

Y por ello, no estimó procedente la declaración de nulidad de las resoluciones municipales de nombramiento como funcionario interino (en 2007) y como funcionario de carrera (en 2009) sobre la base del límite de edad alegado por la peticionaria de la revisión.

En ocasión más reciente, el TJUE (sentencia de 15 de noviembre de 2016) consideró que la normativa comunitaria que protege la igualdad de trato en la ocupación no se opone a que se establezca un límite de edad para los candidatos a agente de policía que han de asumir funciones operativas o ejecutivas. Resolvía el Alto Tribunal europeo una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en proceso derivado de impugnación de un aspirante a Ertzaintza que fue excluido del proceso selectivo por el contrario con más de 35 años.

Para el TJUE la directiva sobre igualdad de trato no se opone al límite de edad que pueda fijarse en determinados casos, pues no tiene carácter discriminatorio cuando una característica vinculada a la edad, como la posesión de capacidades físicas específicas, constituya un requisito profesional esencial y determinante. En tal sentido el TJUE apuntó que las funciones relativas a la protección de las personas y bienes, la detención y custodia de los autores de hechos delictivos y las patrullas preventivas pueden requerir el empleo de la fuerza física, y que los fallos físicos pueden tener consecuencias graves para los agentes y para el orden público.

Por ello, concluye la sentencia, el hecho de poseer unas condiciones físicas específicas para poder cumplir las misiones esenciales de la Ertzaintza puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante para el ejercicio de dicha profesión.

En sentencia más reciente -5 de julio de 2017- el TJUE considera, sin embargo, válida, la edad límite de 65 años para poder pilotar aviones de líneas comerciales. Según el Tribunal de Justicia, es cierto que el límite de edad controvertido establece una diferencia de trato por razón de edad. No obstante, esta diferencia de trato está justificada por el objetivo de garantizar la seguridad de la aviación civil en Europa, pues las capacidades físicas necesarias para ejercer la profesión de piloto disminuyen con la edad. Y el límite de edad controvertido permite excluir que la disminución de las capacidades físicas después de los 65 años sea la causa de accidentes, sin que ello vulnere el principio de proporcionalidad.

3. Consecuencias del incumplimiento del derecho europeo.

Pero el sistema de relaciones entre los ordenamientos europeo y nacional no acaba con la aplicación preferente de aquel sobre éste. En el supuesto de que internamente no se reconozca la primacía del derecho comunitario sobre el interno, puede surgir la responsabilidad del Estado⁴¹⁰ consecuencia del incumplimiento del derecho de la Unión Europea, que se ha identificado como una modalidad de la llamada responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, reconocida por primera vez, aun de forma somera, en el art. 139.3 de la antigua Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y ahora, de forma más detallada, en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuyo artículo 32.3 dispone que “...*los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen*”.

Y añada que la responsabilidad del Estado legislador podrá surgir cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Además, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:

- a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.
- b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.
- c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

Esta suerte de responsabilidad nace, por tanto, cuando un Estado miembro vulnera el derecho de la Unión en aquellos casos en los que incurre en un incumplimiento de sus

⁴¹⁰ Sobre el tema, vid. V. Garrido Mayol, *La responsabilidad patrimonial del Estado. Especial referencia a la responsabilidad del estado legislador*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1993.

obligaciones de transposición de las directivas europeas, infringe normativa europea con efecto directo, o cuando en el ejercicio de sus competencias comete una transgresión del derecho primario de la UE consagrado en los Tratados.

El detonante más explícito del nacimiento de responsabilidad del Estado se produce cuando el TJUE declara la existencia de tal vulneración del derecho comunitario a través, bien sea, del recurso por incumplimiento usualmente instado por la Comisión al amparo de las previsiones de los arts. 258 y 259 de TFUE, bien, a partir del planteamiento de una cuestión prejudicial interpretativa por parte de un órgano jurisdiccional nacional ante el TJUE al albur de lo indicado en el art. 267 del TFUE, de la que resulte la incompatibilidad de una norma nacional con el derecho de la UE.

En enero de 2018 la Comisión Europea daba un ultimátum al Gobierno español para que en el plazo de dos meses corrigiera legislación que dificulta la reclamación de indemnizaciones al Estado por infracciones del derecho de la Unión Europea, bajo apercibimiento de llevar el caso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Un simple apunte para concluir: le responsabilidad, en un Estado políticamente descentralizado como el nuestro, debe imputarse al ente público territorial responsable del incumplimiento del derecho europeo, bien sea el Estado, bien una Comunidad autónoma, en función del sistema interno de distribución de competencias.

A tal efecto se dictó el Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, en cuyo preámbulo se advierte que *“...de acuerdo con el orden constitucional de distribución de competencias, cada Administración es responsable de cumplir internamente con las obligaciones europeas, tal y como ha reiterado ampliamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo que conlleva que la Administración General del Estado pueda repercutir a la Administración que corresponda la responsabilidad derivada del incumplimiento del Derecho de la Unión Europea”*.

Excede de este trabajo entrar a considerar de forma detallada el régimen previsto, pero se ha considerado oportuno dejar constancia, siquiera sea por mera referencia, de la regulación existente.

Abstract: La Unión Europea es una comunidad de derecho cuya esencia principal es la creación de un supraordenamiento jurídico para lo que los propios Estados han limitado sus competencias a favor de esta organización supranacional, ordenamiento jurídico cuyo parámetro de validez y eficacia descansa directamente en los Tratados constitutivos. Rasgo característico del ordenamiento europeo es -respetando la supremacía de las Constituciones- el de su primacía sobre el derecho interno, lo que ha sido defendido desde un primer momento por el TJUE. Ello se manifiesta especialmente en relación con las leyes y las normas con rango de ley, que pueden ser inaplicadas por los tribunales nacionales si contradicen las normas de derecho europeo. Éste, no deroga el derecho nacional, sino que lo desplaza. En el supuesto de que no se reconozca la primacía del derecho comunitario sobre el interno, puede surgir la responsabilidad del Estado consecuencia del incumplimiento del derecho de la Unión Europea.

Abstract: The European Union is a community of law based on the ‘rule of law’ principle, whose main essence is the creation of a supranational legal system for which the Member States themselves have limited some of their own powers in favour of this supranational organisation - a legal order whose parameters of validity and efficacy are directly based on the founding Treaties. A characteristic feature of the European order is its primacy over Member State’s domestic law while respecting the supremacy of the Constitutions - which has been defended from the outset by the Court of Justice of the European Union (CJEU). This is particularly evident when it comes to laws and regulations with the status of law that can be overruled by national courts if they contradict the rules of European law. EU law does not revoke national law, but rather displaces it. Whether the primacy of Community law over national law is not recognised, State’s liability may arise as a result of a breach of European Union law.

Palabras clave: derecho europeo – supremacía de la Constitución – primacía del derecho europeo – aplicación directa – responsabilidad por incumplimiento.

Key words: European law – Constitution’s supremacy – primacy of European law – direct implementation – liability for breach.

LA VALUTAZIONI D'IDONEITÀ ALL'ESERCIZIO DELLE FUNZIONI GIUDIZIARIE. LE VALUTAZIONI DI PROFESSIONALITÀ*.

di Pasquale Serrao d'Aquino **

*“Les juges de la nation
ne sont que... des êtres
inanimés, qui n'en peuvent
modérer ni la force ni la
rigueur”*

Montesquieu

*“Il giudice è il diritto fatto
uomo; solo da questo uomo io
posso attendermi nella vita
pratica quella tutela che in
astratto la legge mi promette:
solo questo uomo saprà
pronunciare a mio favore la
parola della giustizia, potrò
accorgermi che il diritto non è
un'ombra vana”*

P. Calamandrei

179

Sommario. 1. Introduzione. - 2. Il procedimento di valutazione secondo il Consiglio Consultivo dei Giudici Europei. - 3. Cenni storici. - 4 La riforma del sistema delle valutazioni di professionalità. - 5. L'ideoneità alle funzioni giurisdizionali dei MOT. 5.1. L'esito della valutazione. 5.2. Un caso di proroga del tirocinio di MOT e successiva deliberazione di inidoneità all'esercizio delle funzioni giudiziarie. - 6. Le valutazioni di professionalità dei magistrati con funzioni. 6.1. Il procedimento. 6.2. Le fonti di conoscenza. 6.2.1. Fonti di conoscenza atipiche, integrazione istruttoria e partecipazione procedimentale dell'interessato. 6.2.2. Iniziativa autonoma dei singoli consiglieri. 6.2.3. Assunzione d'ufficio da parte del Consiglio giudiziario di informazioni. 6.2.4. Facoltà di audizione del magistrato. 6.3. L'autorelazione. 6.4. L'acquisizione dei provvedimenti a campione. 6.5. Prerequisiti, parametri e indicatori. 6.6. L'esito della valutazione e i possibili sfasamenti temporali. 6.6.1. Un caso di valutazione negativa espressa dal Consiglio giudiziario. 6.7. Il rapporto tra valutazione di professionalità e giudizio disciplinare. 6.7.1. Sospensione dal servizio. 6.8. I problemi del ritardo nella conclusione del procedimento di valutazione di professionalità. - 7. Le modalità espressive del giudizio sulla professionalità del magistrato. - 8. Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni di professionalità. - 9. Conclusioni

* *Sottoposto a referaggio.* Relazione tenuta all'incontro del 21-24 aprile organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura per i magistrati ordinari in tirocinio nominati con D.M. 18.7.2019 (Bolzano) e 3.1.2020.

** Magistrato addetto all'Ufficio Studi del CSM.

1. Introduzione.

Sono trascorsi tredici anni dalla riforma dell'ordinamento giudiziario del 2006-2007 nel corso dei quali si sono costantemente analizzate le ricadute pratiche e i problemi sollevati dal nuovo sistema delle valutazioni di professionalità, lasciando in soffitta, però, lo stimolante dibattito che l'ha preceduta.

Nella quotidianità le valutazioni di professionali ordinariamente sono vissute dai molti dirigenti come un defatigante adempimento burocratico e dalla maggioranza dei magistrati come un inutile aggravio di adempimenti alla loro progressione in carriera ed economica, almeno da quelli che non sono incorsi in incidenti di carriera o che non sono concentrati sulle «promozioni», da perseguire chiedendo la sofferta collaborazione delle proprie cancellerie. Non molto diverso è il modo con cui sono vissute le valutazioni di idoneità alle funzioni giurisdizionali dei magistrati ordinari in tirocinio, sebbene l'impegno della loro redazione risulti indubbiamente alleggerito dall'intensità del rapporto personale che si crea solitamente con i magistrati collaboratori e affidatari.

Non può negarsi, se si guardano le statistiche quasi bulgare di valutazioni positive (*infra*) che le cose in buona parte stiano così, ma è altrettanto indiscutibile che il sistema di valutazione di professionalità occupi, invece, uno dei posti centrali nell'ordinamento giudiziario. Esso, infatti, dal punto di vista *procedimentale* investe l'intera articolazione dell'organizzazione giudiziaria: il presidente di sezione, il dirigente, il consiglio giudiziario, il CSM.

Inoltre, se si guarda all'*oggetto* del giudizio e alle sue interferenze con altri aspetti ordinamentali, risulta evidente come lo stesso investa tematiche sensibili quali il giudizio disciplinare, il trasferimento per incompatibilità ambientale, la sospensione dal servizio, il conferimento di incarichi direttivi, l'accesso alle funzioni di legittimità, ecc.

Ancora, se si considerano le *fonti* a cui attingere, l'iter procedimentale finisce con il coinvolgere potenzialmente, quanto al ruolo dei consigli giudiziari, il rapporto tra uffici giudiziari (si pensi alle proposte di acquisizione della valutazione espressa dagli uffici cd. *dirimpettai*, giudicante e requirente) e con l'Avvocatura (il ruolo dei Consigli dell'Ordine

nelle valutazioni è respinto o auspicato, con dovizia di argomenti contrapposti, nonché proposto nella riforma della Commissione Vietti del 2016), oltre che, in parte, con l'intera collettività.

Soprattutto, l'estensione, la natura del giudizio, il tipo di garanzie, la centralità assegnata alla funzione giudiziaria, il peso specifico di alcuni indicatori (si pensi al rapporto tra qualità e quantità), la previsione dei cd. prerequisiti assumono un ruolo decisivo nel delineare il modello di magistratura voluto, finendo con l'interessare non solo l'ordine giudiziario, ma anche l'intera collettività.

Fissare il baricentro della valutazione del magistrato è una operazione che presuppone e che al tempo stesso definisce una idea ben precisa del ruolo della giurisdizione nella Comunità. Non è questione tecnica, ma valoriale attribuire o meno rilevanza alla sua attività complessiva oppure a singoli provvedimenti; scegliere se questi ultimi devono prodotti dall'interessato o, invece, estratti a campione; privilegiare l'originalità dell'elaborazione o la sua conformità agli orientamenti dominanti; impennare tutto sul lavoro giudiziario oppure dare spazio ad attività *parallele* come le pubblicazioni scientifiche e le funzioni svolte fuori ruolo; dare la giusta rilevanza alla sua capacità di organizzazione del lavoro, alle sue capacità relazionali con altri magistrati, col personale amministrativo e con i colleghi; selezionare la tipologia di risultati conseguiti, qualitativi, quantitativi, individuali, globali dell'intero ufficio, etc.

Si tratta, pertanto, di un tema di natura politica, e appartenente alla sfera di indirizzo politico-costituzionale, perché presuppone *cosa debba o non debba fare il Giudice*, quale sia il modello di giurisdizione e di giudice delineato dalla Costituzione materiale e al quale contribuisce il CSM e, in parte, l'autogoverno locale⁴¹¹.

Valutare la professionalità, inoltre, non è solo giudicare la capacità, laboriosità, impegno e diligenza nell'esercizio della funzione giudiziaria ma anche verificare il rispetto di regole deontologiche, dell'accertamento di indipendenza, imparzialità ed equilibrio; per tale motivo la sua disciplina incide sensibilmente sullo *status* costituzionale dei magistrati.

È questa la ragione per la quale «Spettano al CSM, secondo le norme di ordinamento giudiziario», tra le altre materie, «le promozioni dei magistrati» (art. 105 Cost.). La legge 24.3.1958, n. 195 istitutiva del Consiglio Superiore, all'art. 10 ribadisce tale attribuzione:

⁴¹¹ In questi termini C. Galoppi, *Il sistema attuale delle valutazioni di professionalità*, Relazione all'incontro di studi del CSM, Roma 6-8 giugno 2011.

«Spetta al Consiglio Superiore deliberare: 1) sulle assunzioni in Magistratura, assegnazioni di sede e di funzioni, trasferimenti e promozioni e su ogni altro provvedimento sullo stato dei magistrati [...]».

Del resto, il procedimento di verifica della professionalità non può non essere modellato tenendo conto delle irrinunciabili guarentigie di indipendenza della giurisdizione e non potrebbe, quindi, pretermettere il tema dei limiti da porre al suo ambito, al suo oggetto, alla procedura di verifica.⁴¹²

2. Il procedimento di valutazione secondo il Consiglio Consultivo dei Giudici Europei.

Anche gli organi eurounitari sono pienamente consapevoli della rilevanza delle valutazioni per l'indipendenza della magistratura.

La Raccomandazione CM/Rec (2010) n. 12 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli stati membri sui giudici⁴¹³, premettendo che «l'indipendenza del singolo giudice [...] e costituisce, in tal senso, un aspetto fondamentale dello Stato di diritto», stabilisce che «per contribuire alla gestione efficace della giustizia e continuare a migliorare la sua qualità, gli stati membri possono istituire sistemi di valutazione dei giudici da parte delle autorità giudiziarie». Il par. 58 prevede che «ove le autorità giudiziarie istituiscano sistemi di valutazione dei giudici, questi devono essere basati su criteri oggettivi. Tali criteri devono essere resi pubblici dalla competente autorità giudiziaria. La procedura deve consentire ai giudici di esprimere il proprio punto di vista sulle loro attività

⁴¹² Su tale tematica vedano, tra gli altri: D. Cavallini, *Le valutazioni di professionalità dei magistrati: prime riflessioni tratte da una ricerca empirica sui verbali del Csm*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1226; P. Filippi, *La valutazione di professionalità*, in AA.VV. a cura di E. Albamonte, P. Filippi, *Ordinamento giudiziario. Leggi, regolamenti e procedimenti*, Torino, 2009, 351 ss.; M. Frasca, *La valutazione della professionalità: l'art. 11 del d.lgs. 160/2006 e le circolari del Consiglio Superiore; l'autorelazione; la funzione dei capi degli uffici, dei Consigli Giudiziari; il Giudizio del CSM*, in www.csm.it; G. Grasso, *Relazione tenuta al 33° Congresso Nazionale dell'Associazione Nazionale Magistrati*, in associazionemagistrati.it, 21 ottobre 2017; R. Romboli, *La professione del magistrato tra legislazione attuale e le possibili riforme*, in AA.VV., a cura di E. Bruti Liberati, *I magistrati e la sfida della professionalità*, Ipsoa, 2003, p. 9 es.; N. Zanon, F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2014, 138 s.

⁴¹³ Raccomandazione CM/Rec (2010) n. 12 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli stati membri sui giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità, adottata dal Comitato dei Ministri il 17 novembre 2010, (par. 42) 4.

e sulla valutazione delle attività stesse, nonché di impugnare la valutazione dinanzi ad un'autorità indipendente o un tribunale».

La Magna Carta dei giudici del 2010, approvata dal Consiglio consultivo dei giudici europei, al punto 5, sulle garanzie di indipendenza, prevede che «le decisioni sulla selezione, la nomina e la carriera debbono essere basate su criteri obiettivi determinati dall'organo di tutela dell'indipendenza».

Già nel 2006 la relazione generale dell'Unione Internazionale dei Magistrati (UMI), basata su una complessa e articolata attività di studio e comparazione tra i diversi sistemi ordinamentali, indica che la procedura valutativa deve applicare criteri chiari e definiti in precedenza, la motivazione o la fondatezza del giudizio non possono far parte della valutazione del giudice, a meno che non risulti chiaramente che sia arrivato a conclusioni di diritto errate in casi così numerosi da rendere ciò inaccettabile. La riforma delle decisioni, di per sé, non indica che il giudice non sia competente⁴¹⁴. La citata Raccomandazione 12/2020 (par. 70) indica sul punto, quanto alla responsabilità, anche disciplinare dei magistrati che «I giudici non devono essere personalmente responsabili se una decisione è riformata in tutto o in parte a seguito di impugnazione».

Il 24 ottobre 2014 il Consiglio Consultivo dei Giudici Europei, organo consultivo del Consiglio d'Europa in materia di indipendenza, imparzialità e competenza dei giudici, ha adottato l'Opinione n. 17, sulla valutazione del lavoro dei giudici, la qualità della giustizia e il rispetto per l'indipendenza giudiziaria⁴¹⁵.

Con tale documento si rappresenta come la valutazione del lavoro individuale del giudice possa migliorare la qualità della giustizia senza incidere sull'indipendenza, per poi procedere all'analisi delle prassi in atto negli Stati membri nonché dei problemi e soluzioni emersi e adottati nei diversi Stati.

Nella Opinione si afferma che le valutazioni di professionalità devono avere per fondamento previsioni normative chiare e dettagliate, eventualmente integrate dalla normativa secondaria dei Consigli di Giustizia e devono basarsi, per evitare personalismi, favoritismi, raccomandazioni e influenze politiche, su criteri oggettivi di merito, che tengano conto della qualificazione, integrità, abilità, efficacia del singolo magistrato.

⁴¹⁴ G. Grasso, *Relazione*, cit.

⁴¹⁵ Su tale opinione si veda G. Civinini, *Valutazioni di professionalità e qualità della giustizia. Il Consiglio Consultivo dei Giudici Europei adotta la sua 17° Opinione*, in www.questionegiustizia.it, 2015.

Inoltre, richiamando i principi elaborati in materia dalla Rete dei Consigli di Giustizia e le Raccomandazioni di Kiev del 2010, si afferma che le valutazioni devono essere condotte sulla base sia di criteri qualitativi che quantitativi.

Quanto al parametro qualitativo bisogna prendere in considerazione la competenza professionale (la conoscenza del diritto, la capacità di condurre procedimenti giudiziari, la capacità di scrivere decisioni motivate), le competenze personali (la capacità di far fronte al carico di lavoro, la capacità di decidere, l'apertura alle nuove tecnologie), le competenze sociali, vale a dire la capacità di mediare, il rispetto per le parti; inoltre, la capacità di dirigere per coloro le cui posizioni lo richiedono.

Quanto, invece, al parametro quantitativo, si afferma che una valutazione del magistrato non dovrebbe essere mai il risultato della considerazione di soli dati statistico-quantitativi né essere incentrata solo sulla produttività. Quest'ultima può essere infatti influenzata da più fattori, quali le risorse a disposizione del giudice, per la messa a disposizione delle quali in modo adeguato ed efficiente sussiste una precisa responsabilità dello Stato.

Già nell'Opinione n. 11 del 2008 il CCGE aveva considerato che «la qualità, e non solo la quantità, delle decisioni giudiziarie deve essere al cuore della valutazione». A tal fine i valutatori devono concentrarsi sul metodo adottato dal giudice nel suo lavoro piuttosto che sul merito delle decisioni individuali, considerando tutti gli aspetti che costituiscono «una buona prestazione giudiziaria, in particolare le conoscenze giuridiche, la capacità di comunicazione, la diligenza, l'efficienza e l'integrità»⁴¹⁶.

È opportuno anche ricordare che la citata Opinione del 2014 raccomanda che le fonti di informazione siano affidabili e messe a disposizione dell'interessato.

Inoltre, essa chiarisce che, benché valutazione e ispezione debbano rimanere distinte, i fatti scoperti nel corso di un'attività ispettiva possono essere utilizzati a fini valutativi.

Ancora, aggiunge che il giudice sotto valutazione ha il diritto di esprimere il suo punto di vista; può essere eventualmente sentito; ha diritto ad impugnare la valutazione davanti ad una autorità indipendente o ad una corte.

I risultati della valutazione, seppur non debbano portare ad una sorta di graduatoria tra i

⁴¹⁶ A tal fine, l'Opinione n. 17 prevede che i valutatori devono considerare il lavoro del giudice in tutta la sua ampiezza e nel contesto in cui quel lavoro è realizzato. Pertanto il CCGE continua a ritenere problematico basare la valutazione dei risultati sul numero o la percentuale di casi riformati in appello, a meno che il numero e il modo delle riforme dimostri chiaramente che il giudice difetta della necessaria conoscenza della legge e della procedura. Da notarsi che le Raccomandazioni di Kiev e il Rapporto della RECG pervengono al medesimo risultato.

giudici, possono essere utilizzati a fini di promozione, individuazione di bisogni normativi o attribuzione di risorse aggiuntive.

Il CCGE è ben consapevole anche del rapporto tra valutazione della professionalità e indipendenza del giudice: «È di cruciale importanza trovare il corretto bilanciamento tra tutela dell'indipendenza e necessità di valutazione; trasparenza delle regole, criteri oggettivi, diritto al contraddittorio, valutazione qualitativa del lavoro giudiziale nel suo insieme, eccezionalità di soluzioni estreme quali la destituzione costituiscono garanzie di un buon bilanciamento». I criteri devono essere pubblici, ma le singole valutazioni devono restare confidenziali, per evitare di rendere vulnerabile il giudice ed esporlo ad attacchi verbali o di altro tipo. Inoltre, non può essere tenuto in considerazione il giudizio della pubblica opinione su un giudice in quanto esso può basarsi su «informazioni incomplete o persino su un completo fraintendimento del lavoro del giudice». I risultati della valutazione in principio devono rimanere confidenziali e non resi pubblici. Ciò potrebbe infatti mettere a rischio l'indipendenza per l'ovvia ragione che tale pubblicazione potrebbe screditare il giudice agli occhi della collettività.

3. Cenni storici.

«La magistratura ha una costituzione rigorosamente gerarchica», affermava nel 1909 il guardasigilli in carica Vittorio Emanuele Orlando, in una intervista al *Corriere d'Italia*. Era consolidata, inoltre, la distinzione tra *alta* magistratura, composta dai giudici della Cassazione e dai vertici degli uffici distrettuali (presidenti di Corte di appello, procuratori generali, procuratori del re), e *bassa* magistratura, della quale faceva parte un nutrito numero di pretori, giudici di tribunale e sostituti procuratori del re. A quella distinzione corrispondevano, oltre a differenze di trattamento economico e di censo, due statuti diversi per guarentigie e percorsi di carriera⁴¹⁷.

Su iniziativa dei *giudici di sott'ordine*, venne fondata nel 1909 l'Associazione generale dei

⁴¹⁷ P. Morosini, O. Monaco e P. Serrao d'Aquino, *La Magistratura nel Ventennio: l'involutione ordinamentale e i suoi protagonisti*, unitamente, in *Razza e Ingiustizia*, a cura di A. Meniconi e M. Pezzetti, Senato della Repubblica, Consiglio Superiore della Magistratura, Consiglio Nazionale Forense e UCEI, IPZS, 2018, p. 54.

magistrati italiani (Agmi). Costoro richiedevano non solo un più adeguato trattamento economico, ma anche semplificazione della carriera e ruoli aperti, eleggibilità del CSM da parte di tutti i gradi della magistratura ed estensione delle guarentigie della magistratura giudicante anche al pubblico ministero. Nel 1921 fu ottenuta l'estensione della inamovibilità ai pretori e l'elettività del CSM da parte di tutto il corpo giudiziario. Ma con il fascismo tutto cambiò e la gerarchizzazione e il controllo politico divennero molto più intensi.

Il disegno di una magistratura fortemente gerarchizzata trovò il suo coronamento con l'ordinamento giudiziario del 1941, cd. ordinamento Grandi dal nome del Ministro Guardasigilli all'epoca dell'emanazione del R.D. 30.1.1941, n. 12.

Caduto il Regime, nonostante la Costituzione repubblicana distingua i magistrati solo per le funzioni, organizzazione piramidale e differenziazione di livelli retributivi rimasero, perpetuandosi un corpo della magistratura con dinamiche interne, aspettative personali e orizzonti culturali profondamente diversi. Spesso, del resto, furono le stesse persone, parte di una *elite* culturale e politica, a conservare le loro posizioni al vertice della magistratura e del Ministero durante queste fasi storiche ed i regimi politici profondamente diversi.

La magistratura italiana fino agli anni '60 era connotata da un sistema cd. *a ruolo chiuso*, in quanto il grado di appello o di consigliere della Corte di Cassazione veniva raggiunto mediante concorso e non per il maturare dell'anzianità.

L'asse dell'organizzazione, quindi, era costituito dalla progressione in carriera necessariamente fondata sulla coincidenza tra qualifiche e funzioni svolte, tra qualifiche e posti messi a concorso per *promozioni* e relativi trasferimenti. Carriera e avanzamento stipendiale erano, in altri termini, possibili solo all'interno di un sistema di concorsi per soli titoli a determinati e specifici uffici di magistrato di tribunale, di consigliere di Corte di Appello e di consigliere di Corte di Cassazione resisi in concreto vacanti, concorsi solo vinti i quali si raggiungeva, con il posto, la qualifica e la relativa progressione economica. Le nomine, come del resto testualmente indicato dall'art. 105 Cost. erano definite come *promozioni* ed erano decise da Commissioni di concorso composte esclusivamente da magistrati della Corte di Cassazione, sulla base dell'esame dei provvedimenti giudiziari dei concorrenti. Superato il concorso, allora come ora improntato alla teoria e al nozionismo, si svolgeva un tirocinio di pochi mesi, al quale faceva seguito un periodo di prova di due anni, con assegnazione sostanzialmente discrezionale (e, quindi, spesso clientelare), al

termine del quale si doveva sostenere l'esame ad aggiunto giudiziario, ostacolo che suggeriva di farsi destinare ad una grande sede dove poter continuare a studiare, rispetto ad uffici più problematici e impegnativi⁴¹⁸.

Le nomine-promozioni a magistrato di tribunale e a consigliere di corte d'appello venivano conferite a seguito di concorso per titoli, valutati da una commissione giudicatrice composta da alti magistrati.

La necessità di poter studiare, il timore di non essere invisibili alle alte sfere, dalle quali dipendeva il superamento del concorso e, quindi, il trattamento economico, inducevano al conformismo e consolidavano il sistema della gerarchia interna⁴¹⁹.

La disciplina contenuta nell'ordinamento giudiziario del 1941, attraverso l'inquadramento dei magistrati in due ruoli (pretore e giudice di tribunale) ed in otto gradi (dall'uditore giudiziario al primo presidente della Corte di Cassazione) e la progressione in carriera incentrata, com'è noto, essenzialmente sul sistema dei concorsi interni, «operavano all'evidenza una scelta assai precisa in ordine al ruolo da riconoscere al giudice e al potere giudiziario nel sistema istituzionale»⁴²⁰.

Ha scritto Franco Cordero⁴²¹: “[...]influiva sulla sintonia con il potere il fatto che ogni magistrato in qualche nodo dipendesse dal potere esecutivo quanto a carriera; i selettori erano alti magistrati col piede nella sfera ministeriale; tale struttura a piramide orientava il codice genetico; l’imprinting’ escludeva scelte, gesti, gusti ripugnanti alla bienseance filogovernativa; ed essendo una sciagura essere discriminati, come in ogni carriera burocratica, regnava l’impulso mimetico [...]”.

Era un sistema piramidale, che induceva a lavorare in un certo modo, e con un certo stile che potesse essere approvato dalle gerarchie e dalla Cassazione, con un effetto gravemente

⁴¹⁸ Si veda per una storia di questo periodo E. Bruti Liberati, *Magistrati e società nell'Italia repubblicana*, Laterza, 2018; A. Meniconi, *Storia della magistratura*, Il Mulino, 2013.

⁴¹⁹ E. Bruti Liberati e G. Pera, *Magistrati o funzionari?*, a cura di G. Maranini, Milano, Ed. Comunità, 1962, p.p. 59-60.

⁴²⁰ R. Romboli, *La professione del magistrato tra legislazione attuale e le possibili riforme*, in AAVV., a cura di E. Bruti Liberati, *I magistrati e la sfida della professionalità*, Ipsoa, 2003, pp. 9 e 10, il quale continua: “Lo specchio di quella legislazione e delle scelte operate in merito dal legislatore del 1941 riflettevano l'immagine di un giudice meccanico applicatore della legge e quindi sostanzialmente fungibile [...]. Per questo, semplificando, i giudici “superiori”, cui è assegnato il compito di controllare se quella soluzione sia stata o meno raggiunta, debbono essere i più “bravi”, selezionati attraverso concorsi per titoli o esami che assicurino circa la loro “professionalità”».

⁴²¹ F. Cordero, *I poteri del magistrato*, in L'indice penale n. 1/1986, p. 31.

discorsivo di un dilagante conformismo delle decisioni.⁴²² Un sistema di carriera di fatto fondato sulla cooptazione, culturalmente asfittico, idoneo ad ingenerare, con le oscillazioni del potere politico e con il recepimento di tali oscillazioni dalla cinghia di trasmissione della gerarchia, incertezza del diritto, ed un sistema gravemente lesivo dell'indipendenza interna del singolo magistrato.⁴²³

Si trattava di un sistema non in linea con il modello di magistratura tratteggiato dalla Costituzione. Si è affermato con nettezza che “il modello gerarchico non è compatibile con i fini fondamentali della giurisdizione negli ordinamenti contemporanei: l'applicazione imparziale della legge nelle situazioni controverse e la tutela dei diritti dei cittadini”⁴²⁴.

In quel periodo, tuttavia, inizia una battaglia culturale contro la gerarchia nell'ordine giudiziario.

La legge Piccioni (24 maggio 1951, n. 392) unificò il ruolo dei pretori con quello dei magistrati di tribunale ed eliminò i *gradi*, sostituendoli con le qualifiche di magistrato di tribunale (con le sottocategorie di uditore e aggiunto giudiziario), appello e cassazione.

L'accesso alle categorie di appello e di cassazione, con il relativo trattamento economico, restava collegato al conferimento delle funzioni corrispondenti ai posti disponibili; restava intatto, peraltro, il sistema del concorso-cooptazione, tanto da giudicarsi tali innovazioni come esclusivamente nominalistiche⁴²⁵.

I criteri erano molto selettivi. Nel periodo 1952-1962 il 52% dei magistrati era giunto alla pensione ancora con il primo livello retributivo della selezione *competitiva*, ovvero il grado di appello⁴²⁶.

Con la legge n. 1 del 1963 venne abolito il concorso per titoli per l'appello e la cassazione; il concorso per esami venne ripristinato per un numero limitato di posti e venne ampliato il numero delle promozioni per scrutinio.

L'introduzione dei *ruoli aperti* avvenne con la legge 25 luglio 1966, n. 570 (cd. legge Breganze) sulle nomine a magistrato di Corte di appello, che introduceva una valutazione del Consiglio giudiziario e del CSM dopo undici anni di anzianità nelle funzioni di magistrato di tribunale; sistema esteso dalla legge 20 dicembre 1973, n. 831 (cd.

⁴²² G. Silvestri, *Verifica di professionalità versus indipendenza dei magistrati: una falsa contrapposizione*, in AAVV., a cura di E. Bruti Liberati, *I magistrati e la sfida della professionalità*, Ipsoa, p. 88.

⁴²³ In tal senso C. Galoppi, *op. cit.*

⁴²⁴ G. Silvestri, *op. cit.*, p. 87 s.

⁴²⁵ A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Einaudi, 1982, p. 46.

⁴²⁶ D. Cavallini, *op. cit.*, in *Riv. Trim. dir. proc. civile*, 2012, p. 1223.

“Breganzone”) anche alle promozioni in Cassazione.

La legge 25 maggio 1970, n. 357 abolì l’esame pratico per divenire aggiunto giudiziario, livello intermedio tra uditore giudiziario e magistrato di tribunale scomparso soltanto nel 1979 (L. 97/79).

Nel frattempo, il primo CSM di nomina elettiva indicò espressamente come la selezione in base ai titoli giudiziari, non solo fosse lesiva dell’indipendenza dei magistrati, ma costituisse anche un causa di inefficienza della giustizia⁴²⁷, in quanto, ovviamente, focalizzava l’attenzione dei magistrati alla redazione di alcuni provvedimenti utili alla carriera.

In seguito a tali riforme furono eliminati i concorsi ed esami di merito interni, e si introdusse l’automatismo nel passaggio da una qualifica all’altra (con i conseguenti effetti giuridici ed economici) a seguito del raggiungimento di un certo livello di anzianità e di una apposita valutazione di professionalità, scollegandolo completamente dall’effettivo conferimento delle funzioni.

È in questo periodo e anche, per effetto di queste riforme, che si incomincia a concepire il lavoro giurisdizionale quale *potere diffuso* e a maturarsi una visione della Magistratura quale corpo professionale nel quale le funzioni di primo grado (requirenti e giudicanti) necessitano di un grado di professionalità non inferiore – e molto spesso certamente superiore - a quello richiesto da quelle di secondo grado e di legittimità. Viene ad essere considerato del tutto anacronistico un sistema concorsuale fondato sull’idea che i magistrati più professionali (*più bravi, vincitori di concorso*) debbano necessariamente migrare verso le *superiori* funzioni di secondo grado e di legittimità.

Il sistema a *ruolo aperto*, consentendo a ciascun magistrato idoneo di conseguire la qualifica superiore ed il corrispondente trattamento economico, pur continuando a svolgere le funzioni alle quali era in precedenza destinato, rappresenta il risultato finale del percorso legislativo rivolto all’attuazione del precetto costituzionale (art. 107 Cost.), secondo cui i magistrati si distinguono fra di loro soltanto per la diversità delle funzioni esercitate. Questo sistema ha consentito di assicurare l’indipendenza interna ed esterna dei magistrati, che rappresenta non un privilegio corporativo, ma una garanzia per l’intera collettività⁴²⁸.

⁴²⁷ D. Cavallini, *op. cit.*, p. 1223.

⁴²⁸ E. Bruti Liberati, *Introduzione* a AAVV., a cura del medesimo autore, *I magistrati e la sfida della professionalità*, Ipsoa, p. 10

Si assiste progressivamente ad un mutamento culturale del magistrato, favorito anche dall'introduzione di forze nuove, con ricadute enormi sul modo di svolgimento delle funzioni giudiziarie e, con un rapporto di reciproca causa-effetto su tutto il contesto socio-economico. Si pensi alle stagioni del terrorismo, delle riforme sociali, nel diritto del lavoro, alla stagione di Tangentopoli, possibili grazie alla a seguito della potente liberazione di energie intellettuali dovuta alla sottrazione del magistrato alle ansie del giudizio professionale e alle aspettative di carriera⁴²⁹.

Non vi è dubbio che in questo modo, la sostanziale irrilevanza delle valutazioni dei dirigenti e dello stesso autogoverno e l'assenza di una meritocrazia che in passato era, come si è visto, una forma di controllo indiretto sul loro operato, mettesse al riparo i magistrati da qualsiasi forma di pressione interna rispetto all'ordine giudiziario. Una ricerca empirica ha dimostrato che i casi di valutazioni negative si contavano sulla punta delle dita e, comunque, avevano determinato solo un ritardo nel conseguimento dell'anzianità massima⁴³⁰.

Non si può nascondere, però, che gli automatismi di carriera, accanto a queste ricadute virtuose, determinarono anche un non isolato *lassismo*, dovuto alla scarsa rilevanza del merito per la carriera, nonché alla difficoltà di controlli incisivi sulla laboriosità e diligenza nello svolgimento del lavoro giudiziario.

All'avanzamento a ruoli aperti, infatti, si accompagnava anche il conferimento di incarichi direttivi e semidirettivi con il criterio prevalente della anzianità senza demerito, peraltro, ancora in uso presso altre magistrature, come quella amministrativa.

Non fu, quindi, solo una indubbia ostilità politica alla Magistratura a condurre alla riforma dell'ordinamento giudiziario, ma anche l'intenzione, comune alle diverse forze politiche, di introdurre una meritocrazia in magistratura che costituisse uno stimolo per migliorare quantità e qualità del lavoro giudiziario.

I tentativi di riforma iniziarono con il Ministero Castelli già nel 2002, per poi attraversare la famosa vicenda della Commissione Bicamerale sulla Giustizia presieduta da D'Alema, fasi politiche caratterizzate anche per il rinvio alle Camere da parte del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi con un messaggio a tutela dell'indipendenza della magistratura, del disegno di legge delega di riforma dell'ordinamento giudiziario

⁴²⁹ E. Bruti Liberati, *Magistratura e società repubblicana*, cit.

⁴³⁰ D. Cavallini, *op.cit.*, p. 1223.

definitivamente approvato alla Camera il 1° dicembre 2004.

Senza dubbio, dal punto di vista delle *priorità costituzionali*, il quadro di riferimento politico e costituzionale della riforma del 2006-2007, originata dall'approvazione definitiva della legge delega n. 150 del 2005, è senza dubbio quello degli artt. 107, comma 3 e 97, comma 1 Cost. l'idea di fondo "è quella secondo cui l'esistenza di magistrati neghittosi, impreparati, privi del necessario equilibrio – pochi o molti che siano – mina gravemente l'efficienza del servizio e richiede, conseguentemente, interventi puntuali e drastici"⁴³¹.

La stessa Associazione Nazionale Magistrati, nel dibattito sulle riforme affermò che "si deve riconoscere la necessità di adeguare il sistema c.d. a ruolo aperto alle esigenze di un vaglio più profondo delle attitudini del singolo magistrato, in considerazione anche del fatto che il sostanziale automatismo della progressione nella carriera può aver favorito situazioni di negligenza. [...] In particolare, l'Associazione nazionale magistrati sostiene che: 1) siano necessarie più valutazioni, più ravvicinate nel tempo e durante tutto l'arco della carriera; 2) la valutazione sia collegata principalmente al lavoro che svolgiamo quotidianamente. [...] Una nuova carriera, con un sistema valutativo più articolato dell'attuale, dovrebbe essere caratterizzata dalla scomparsa delle attuali qualifiche e dal permanere della crescita automatica dello stipendio, che costituisce una delle garanzie dell'autonomia e dell'indipendenza dei magistrati; tuttavia siamo noi magistrati a riconoscere l'opportunità della sospensione di detta crescita automatica nel caso di negative valutazioni della professionalità"⁴³².

4. La riforma del sistema delle valutazioni di professionalità.

Dopo la legge delega n. 150 del 2005, con il d.lgs. 160 del 2006 (Decreto Castelli), fu reintrodotta un sistema di concorsi, alcuni per esame e titoli (art. 21 e 23) ed altri solo per titoli, mentre la legge n. 111 del 2007 (la cd. controriforma Mastella), modificando il d.lgs. 160 del 2006, abrogò, prima che divenissero operativi i concorsi per esame, nonché il

⁴³¹ L. Pepino, *Quale giudice dopo la riforma dell'ordinamento giudiziario?*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2007, p. 13.

⁴³² C. Fucci, *Presentazione* in AAVV., a di E. Bruti Liberati, *I magistrati e la sfida della professionalità*, Ipsoa, p. 1.

sistema di valutazione che, anche per i magistrati ai quali erano state già conferite le funzioni, vedeva coinvolta la Scuola Superiore della Magistratura.

Nel decreto legislativo Castelli era anche previsto che i magistrati che superavano il concorso di secondo grado maturassero la quinta classe di anzianità (da 13 a 20 anni) e quelli che superavano, invece, il concorso per le funzioni di legittimità, acquisissero la sesta classe, da 20 a 28 anni di anzianità (art. 51 d.lgs. 160/2006).

Questo collegamento tra funzioni e classi stipendiali venne meno, invece, con la legge n. 111 del 2007. Tale svincolo costituisce il pilastro di un sistema di progressione in carriera che non alteri il principio costituzionale della distinzione dei magistrati solo per le funzioni. Si consideri, ad esempio che anche coloro che superano il concorso *juniores* per le funzioni di legittimità, riservato nella misura del 10% a coloro che non hanno ancora acquisito la quarta valutazione, conservano il medesimo livello stipendiale dei loro colleghi di concorso (art. 12, comma 14 d.lgs. n. 160 del 2006, come riformato dalla legge n. 111/2007), senza acquisire quello dei loro colleghi che abbiano maturato la quinta valutazione.

Il sistema che deriva dalla riforma prevede, come noto, dopo la verifica della idoneità dei magistrati in tirocinio alle funzioni giurisdizionali, sette valutazioni quadriennali di professionalità fino al 28° anno, coincidente con l'idoneità alle funzioni direttive superiori e a partire dal quale il magistrato acquisisce il massimo livello stipendiale.

Al conseguimento delle positive valutazioni di professionalità sono state poi collegate la progressione retributiva del magistrato (a sua volta organizzata per classi stipendiali) e l'astratta idoneità del predetto ad accedere a funzioni di grado superiore.

Con riguardo al primo profilo, è a dirsi che l'art. 2, comma 11, l. n. 111/2007 ha sostituito la tabella relativa alla magistratura ordinaria, allegata alla l. n. 27/81.

Nella nuova tabella la progressione stipendiale dei magistrati è collegata direttamente al conseguimento di positive valutazioni di professionalità.

Con riguardo al secondo, va evidenziato che il d.lgs. n. 160/2006, dopo avere enumerato, all'art. 10, le funzioni esercitabili dal magistrato e aver disciplinato, all'art. 11, il sistema periodico di valutazione della professionalità, ha posto, all'art. 12 la regola secondo cui il conferimento delle funzioni di cui all'articolo 10 avviene «a domanda degli interessati, mediante una procedura concorsuale per soli titoli» alla quale possono partecipare coloro che abbiano conseguito *almeno* la valutazione di professionalità richiesta.

La regola, nei successivi commi della norma, è declinata attraverso l'analitica indicazione

dei livelli di anzianità – conseguiti mediante le valutazioni di professionalità di cui s'è detto – necessari per l'accesso alle funzioni di merito di primo grado e di secondo grado, alle funzioni di legittimità, nonché alle funzioni direttive e semidirettive di merito e di legittimità (anche direttive superiori e apicali), giudicanti e requirenti.

Il superamento della valutazione di professionalità, pertanto costituisce, dal punto di vista procedimentale, solo una *condizione di legittimazione* del singolo partecipante ai concorsi banditi dal Consiglio Superiore della Magistratura per il tramutamento a funzioni diverse, per il conferimento di incarichi direttivi e semidirettivi di ogni ordine e grado, di legittimità, per il collocamento fuori ruolo, etc.

Coniugandosi il sistema dei ruoli aperti con quello dei concorsi per titoli, si è creato, pertanto, un percorso professionale unitario e omogeneo, scandito da periodiche valutazioni. In tal modo si è realizzato un sistema più stringente di verifica dell'adeguatezza professionale dei magistrati. Al tempo stesso si è riservata l'assegnazione di determinate funzioni alla formula concorsuale, in alcuni casi con prevalenza degli aspetti di anzianità (tramutamenti orizzontali e di secondo grado) e per altri (funzioni semidirettive e direttive, funzioni di legittimità e DNAA), invece, ferma restando la necessità di maturare una determinata anzianità, con prevalenza di requisiti attitudinali specifici.

In ogni caso le disposizioni contenute nell'art 11 non hanno contenuto particolarmente analitico. Si tratta di normativa appunto *quadro* che *presuppone* l'esercizio del potere paranormativo del Consiglio, al quale il comma 3 espressamente demanda il compito elaborare la normativa di dettaglio.

5. L'idoneità alle funzioni giurisdizionali dei MOT.

Partendo da quella che, in sostanza, è la prima verifica sul lavoro dei magistrati, deve ricordarsi che i magistrati ordinari in tirocinio, a distanza di 18 mesi dal suo inizio, sono valutati nella loro idoneità a svolgere le funzioni giurisdizionali, secondo un procedimento che nei contenuti e nel tipo di giudizio è modellato secondo le valutazioni di professionalità dei magistrati, adattato alle peculiarità e alle finalità del tirocinio e al ruolo rilevante svolto durante lo stesso dalla Scuola della Magistratura.

Il *Regolamento per la formazione iniziale dei magistrati ordinari* (delibera 13 giugno 2012,

modificato nel marzo 2019), approvato con delibera del Consiglio Superiore della Magistratura, individua le finalità del tirocinio e ne regola lo svolgimento.

Le finalità del tirocinio, della durata di 18 mesi⁴³³ sono volte a consentire la maturazione e la verifica di quei parametri sui quali varrà basato sia il giudizio di idoneità alle funzioni giurisdizionali sia le successive valutazioni di professionalità. Come indica il regolamento, le funzioni del tirocinio sono «la formazione professionale teorica, pratica e deontologica dei magistrati ordinari entrati in servizio e la verifica della loro idoneità all'esercizio delle funzioni giudiziarie. Il processo di formazione iniziale dei magistrati è altresì orientato all'affinamento delle necessarie doti di impegno, correttezza, equilibrio, indipendenza e imparzialità, nonché dell'attitudine all'aggiornamento permanente della propria preparazione professionale e alla maturazione di un atteggiamento corretto e proficuo nei rapporti con i colleghi, gli avvocati, il personale amministrativo, la polizia giudiziaria, i cittadini ed i mezzi di comunicazione».

La sessione presso la Scuola è finalizzata al perfezionamento della cultura, delle capacità operative e professionali, delle doti di equilibrio, nonché alla formazione deontologica del magistrato ordinario in tirocinio. Essa dura sei mesi e si articola in un periodo non inferiore a quattro mesi, anche non consecutivi, da svolgersi prima della scelta della sede di prima destinazione, ed in un periodo di almeno due mesi, anche non consecutivi, da svolgersi successivamente (nel corso del c.d. tirocinio mirato) nel corso dei quali i magistrati in tirocinio sono affiancati, per tutta la durata della sessione, dai tutori.

Quanto alle fonti di tale valutazione, il Consiglio Giudiziario forma per ciascun magistrato in tirocinio un fascicolo nel quale sono inclusi il piano di tirocinio, le schede valutative dei magistrati affidatari, le autorelazioni e la copia dei provvedimenti redatti dal magistrato (art. 9)⁴³⁴.

Allo stesso modo, il Comitato Direttivo della Scuola forma per ciascun magistrato in tirocinio un fascicolo, nel quale sono inclusi i documenti relativi al tirocinio e in ogni caso la relazione del Comitato Direttivo, le eventuali osservazioni del magistrato in tirocinio e gli elaborati scritti redatti nel corso della sessione presso la Scuola. Al termine delle

⁴³³ Dalla durata di diciotto mesi del tirocinio, stabilita dall'art. 18 del decreto istitutivo della Scuola, sono esclusi i periodi di congedo straordinario o aspettativa superiori ai trenta giorni, nonché i periodi feriali di cui all'art. 90 dell'ordinamento giudiziario (art. 4.3).

⁴³⁴ I documenti sopra indicati possono essere prodotti in formato elettronico, su supporto analogico, anche solo come minuta con riferimento ai provvedimenti giudiziari.

sessioni presso la Scuola, il Comitato direttivo trasmette al CSM una relazione di sintesi concernente ciascun magistrato (art. 8).

La relazione viene comunicata al magistrato in tirocinio interessato, che ha la facoltà di far pervenire alla Scuola, entro dieci giorni, *osservazioni scritte*, che la Scuola trasmette, con i propri rilievi al CSM.

L'Assemblea Plenaria, su proposta della quarta commissione, formula il *giudizio di idoneità al conferimento delle funzioni giudiziarie*, tenendo conto delle relazioni redatte all'esito delle sessioni, trasmesse dal Comitato direttivo, della relazione di sintesi dal medesimo predisposta, del parere del Consiglio giudiziario, delle eventuali osservazioni dell'interessato e di ogni altro elemento rilevante ed oggettivamente verificabile.

La valutazione di idoneità ha riguardo alla preparazione giuridica e culturale, alla capacità professionale, alla laboriosità, all'impegno, alle doti di equilibrio e correttezza. Il giudizio di idoneità, se positivo, contiene uno specifico riferimento all'attitudine del magistrato allo svolgimento delle funzioni giudicanti e requirenti (art. 13 Reg. tirocinio).

La loro declinazione analitica, per l'assenza di funzioni giurisdizionali e per le caratteristiche intrinseche dell'attività lavorativa espletata durante tale periodo, è in parte diversa da quella delle valutazioni di professionalità ed è contenuta nel modello della scheda valutativa per i magistrati in tirocinio allegata al Regolamento.

I cd. *prerequisiti* della indipendenza, imparzialità ed equilibrio (v. *infra*), consistono per i MOT nel «formarsi un autonomo giudizio sulle fattispecie sottopostegli, dopo l'ascolto delle opposte ragioni delle parti e l'esame delle diverse argomentazioni; nel sostenere le proprie conclusioni con efficacia argomentativa, pur dimostrando disponibilità a mutare il proprio convincimento a seguito della discussione; nel rapportarsi con maturità e serenità personali nella collaborazione con i colleghi, il personale amministrativo, gli avvocati».

Il parametro della capacità è prevalentemente orientato – e non potrebbe essere altrimenti – sulla redazione dei provvedimenti: si tratta infatti di apprezzare «a) la preparazione giuridica e la padronanza degli strumenti anche informatici di ricerca giurisprudenziale e normativa; b) la capacità di individuare i punti essenziali delle questioni e di risolverne gli eventuali aspetti critici; c) la tecnica di redazione dei provvedimenti, con particolare riferimento alla padronanza della terminologia giuridica e alla capacità di esposizione delle motivazioni; d) l'efficienza nell'organizzare il proprio lavoro».

Nella valutazione della *laboriosità*, non si prendono in esame dati statistici, ma (a) l'entità

della collaborazione prestata per il buon andamento del tirocinio e la disponibilità ad assumerne gli oneri; (b) l'intensità della partecipazione alle attività giudiziarie e di approfondimento proposte.

5.1. L'esito della valutazione.

Il giudizio di idoneità alle funzioni giurisdizionali dei MOT può avere esito positivo o negativo.

Nel primo caso, contiene uno specifico riferimento all'*attitudine* del magistrato allo svolgimento delle funzioni giudicanti e requirenti.

Nel caso sia di carattere negativo, il CSM comunica la propria decisione al Comitato direttivo.

Il magistrato in tirocinio negativamente valutato viene ammesso a un *nuovo* periodo di tirocinio della durata di un anno, secondo le scansioni temporali indicate dall'art. 22, comma 4, del decreto istitutivo della Scuola.

Il Comitato direttivo approva il *nuovo* programma del tirocinio da svolgersi presso gli uffici giudiziari e presso la Scuola, curando un approfondimento della formazione nei settori specifici in cui si è evidenziata la carenza.

Al termine dei periodi di nuovo tirocinio ordinario e mirato e della sessione presso la Scuola, il Consiglio giudiziario e il Comitato direttivo predispongono rispettivamente i pareri e le relazioni di cui al comma 2 dell'art. 22, e li trasmettono al Consiglio Superiore della Magistratura, che delibera nuovamente sull'idoneità del magistrato in tirocinio all'esercizio delle funzioni giudiziarie.

Nel caso in cui la valutazione della Commissione sia prognosticamente negativa, la procedura assume, a garanzia del magistrato in tirocinio, carattere *partecipato*.

Se, infatti, essa ritiene che ricorrano le condizioni per un giudizio definitivo di inidoneità all'esercizio delle funzioni giudiziarie, ne dà comunicazione all'interessato, invitandolo a comparire personalmente. Sentito il magistrato in tirocinio, con l'eventuale assistenza di un altro magistrato, la Commissione può svolgere ogni attività che ritenga utile per verificare la validità delle valutazioni espresse e per accertare l'idoneità professionale del magistrato. Completata l'istruttoria, la Commissione comunica al magistrato in tirocinio il

deposito degli atti e assegna allo stesso un termine per esporre per iscritto le proprie ragioni. Nel caso ritenga di proporre al Consiglio di dichiarare in via definitiva la cessazione dal servizio, comunica all'interessato la data della seduta plenaria con un anticipo di almeno 15 giorni liberi.

La *seconda deliberazione negativa* determina la cessazione del rapporto di impiego del magistrato in tirocinio.

Se per qualsiasi motivo il magistrato ordinario non completa il tirocinio nella durata indicata dalle precedenti disposizioni, il Comitato Direttivo, su proposta del responsabile di settore, ovvero il Consiglio Giudiziario, su proposta del magistrato collaboratore, individuano le modalità di recupero mediante partecipazione a successive attività formative, rispettivamente, presso la Scuola o le strutture della formazione decentrata ovvero presso gli uffici giudiziari per quanto di rispettiva competenza (art. 13, comma 9 Reg. tirocinio).

5.2. Un caso di proroga del tirocinio di MOT e successiva deliberazione di inidoneità all'esercizio delle funzioni giudiziarie.

Quale ipotesi di giudizio negativo può citarsi il caso di un magistrato ordinario in tirocinio. Terminato il periodo prescritto di tirocinio, svolto nel settore civile, penale requirente e nel penale giudicante, il CSM, su conforme parere espresso dal Consiglio giudiziario presso una determinata corte d'appello, dispose la proroga di sei mesi di tirocinio del MOT, da svolgersi sempre presso il Tribunale. All'esito, il Consiglio giudiziario, in ragione del permanere di alcune criticità, propose al CSM l'adozione di un'ulteriore proroga di sei mesi del tirocinio, da quest'ultimo deliberata. Concluso tale periodo, il magistrato collaboratore, sulla base delle relazioni dei magistrati affidatari, espresse il giudizio che il MOT fosse «idoneo allo svolgimento di *funzioni penali requirenti*», mentre «*per il settore penale giudicante e per quello civile, malgrado l'impegno profuso, permangono lacune nella ricostruzione del fatto nonché nel collegamento tra il fatto e la relativa disciplina*». Il Consiglio giudiziario dunque espresse il parere di "*inidoneità al conferimento delle funzioni giudiziarie*"; la Quarta Commissione del CSM formulò la conseguente proposta di inidoneità, accolta dal *Plenum*.

Impugnata davanti al giudice amministrativo la delibera, il T.A.R. respinse il ricorso nell'assunto che da una valutazione globale dell'attività svolta dall'appellante trovassero riscontro le conclusioni del CSM, fondate sulle relazioni dei magistrati affidatari e collaboratori, circa le persistenti criticità in relazione ai parametri della *capacità professionale*, della *laboriosità ed impegno*, ed anche dell'*equilibrio*, nonostante le ripetute proroghe del tirocinio riconosciutegli.

Il Consiglio di Stato, respingendo l'appello ha affermato una serie di principi importanti.

I. Ha confermato la tesi consiliare per la quale secondo il sistema disegnato dai commi 5-10 dell'art. 14 del Regolamento sul tirocinio e, soprattutto in base all'art. 4, che indica le finalità del tirocinio ordinario, *la sola valutazione positiva della capacità professionale nel settore requirente penale* non è sufficiente a sorreggere un giudizio di idoneità all'esercizio delle funzioni giudiziarie in quanto la stessa deve essere complessivamente intesa.

II. Ha valorizzato la legittimità del provvedimento consiliare nel quale, richiamando il verbale del CG si indica che il magistrato è «stato puntuale e rispettoso degli orari, ma scarsamente disponibile alle esigenze dell'ufficio, con la sottolineatura aggiuntiva che non ha provveduto alla redazione della motivazione di una sentenza penale ed è incorso in inadempienze nel settore civile, in particolare nella correzione dei provvedimenti o nella lettura dei verbali di udienza».

III. Ha ritenuto legittimo anche il riferimento ad alcune note caratteriali ed atteggiamenti del MOT. Ritenendo che correttamente la sentenza impugnata ha confermato la valutazione negativa del parametro dell'equilibrio discendente «da una pluralità di elementi concreti, obiettivi e verificabili, posti in evidenza dai magistrati affidatari e collaboratori (quali l'esternazione di giudizi al di fuori delle sedi consone, le manifestazioni gestuali o verbali di impazienza ed insofferenza durante le udienze), e che hanno trovato conferma anche nell'atteggiamento tenuto dall'appellante nel corso delle audizioni, dinanzi alla Commissione ed al Plenum con affermazioni inappropriate, espressioni irriguardose, rigidità del pensiero. Elementi, questi, incompatibili con l'equidistanza, l'autorevolezza e la sobrietà che devono ispirare ed improntare la condotta di ogni magistrato».

6. Le valutazioni di professionalità dei magistrati con funzioni.

Il d.lgs. n. 160/2006, come modificato dagli artt. 1 e 2 della L. n. 111/2007, prevede che i magistrati siano sottoposti a valutazioni di professionalità con cadenza quadriennale, a decorrere dalla data della nomina e fino al superamento della settima di tali valutazioni.

Il sistema delle valutazioni e il tipo di giudizio sono analoghi a quelli ipotizzati dal Ministro della Giustizia Flick il 27 novembre 1996 (dis. di legge n. 1799), sebbene lo stesso prevedesse che per alcune valutazioni la competenza spettasse in esclusiva al Consiglio superiore (la III, la V e la VII), mentre per le altre poteva essere svolta dal Consiglio giudiziario dietro delega del Consiglio, al quale però il primo avrebbe dovuto comunque rimettere la decisione definitiva in caso di esito negativo della valutazione.

I criteri per operare la valutazione periodica di professionalità già allora erano indicati in quelli di capacità, laboriosità, diligenza e impegno (oltre che attitudine alla dirigenza), così come anche secondo tale disegno il giudizio avrebbe potuto concludersi con un giudizio a) positivo, se ritenuti sufficienti tutti i parametri presi in considerazione; b) non positivo, in casi di carenza di alcuni parametri; c) negativo, per l'ipotesi di grave carenza in uno o più requisiti.

6.1. Il procedimento.

Il procedimento di valutazione si snoda attraverso le seguenti tappe fondamentali: parte con il rapporto informativo del Capo dell'ufficio; prosegue con il parere del Consiglio giudiziario competente per territorio ovvero del Consiglio direttivo della Corte di Cassazione per i magistrati con funzioni di legittimità, per poi essere decisa, su proposta della IV^a Commissione, da parte dell'Assemblea Plenaria del CSM.

La valutazione di professionalità è formulata dal Consiglio sulla scorta del parere motivato del Consiglio giudiziario, che riceve il rapporto del capo dell'ufficio e le eventuali segnalazioni del consiglio dell'ordine degli avvocati, e può anche «assumere informazioni su fatti specifici segnalati da suoi componenti o dai dirigenti degli uffici o dai consigli dell'ordine degli avvocati» nonché «può procedere alla audizione del magistrato»⁴³⁵.

⁴³⁵ La Circolare responsabilizza il CG e il Presidente della Corte d'appello sul rispetto dei tempi, affermando espressamente che «Il Consiglio giudiziario - sulla base degli elementi indicati al Capo VII, e valutate, altresì, le osservazioni eventualmente presentate ai sensi del comma 3 bis del capo precedente - esprime il parere conformandosi al modello allegato alla presente circolare, entro quattro mesi dalla scadenza del termine. Sul

Il magistrato, entro dieci giorni dalla notifica del parere del consiglio giudiziario, può far pervenire al Consiglio superiore della magistratura le proprie osservazioni e chiedere di essere ascoltato personalmente.

Il Consiglio procede alla valutazione di professionalità, oltre che sulla base del parere espresso dal consiglio giudiziario e della relativa documentazione, anche sulla base dei risultati delle ispezioni ordinarie e può anche assumere ulteriori elementi di conoscenza.

Nell'espressione del suo giudizio di professionalità, il CSM non è vincolato dal parere del Consiglio giudiziario, se ne può dunque discostare, ma deve, comunque, dare atto nella motivazione della valutazione degli elementi istruttori e del percorso argomentativo posto a base delle proprie conclusioni.

La delibera consiliare è trasmessa al Ministro della Giustizia, che adotta il relativo decreto, ed è inserita nel fascicolo personale del magistrato.

6.2. Le fonti di conoscenza.

La normativa primaria riconosce al Consiglio giudiziario una posizione di centralità, in quanto pur svolgendo una mera funzione consultiva, è titolare di ampi poteri istruttori.

L'istruttoria si connota, infatti, per una fase di *istruttoria cd. necessaria e una meramente eventuale*.

La prima si articola nelle acquisizioni degli elementi conoscitivi disciplinati dal comma 4 dell'art. 11. La seconda, invece, è subordinata all'esercizio di una specifica facoltà di integrazione del materiale conoscitivo valutabile, prevista dall'art. 1 del d.lgs. 160/2006 e compiutamente disciplinata dalla Circolare.

Per esprimere il giudizio di professionalità, l'Organo di governo autonomo, nonché il Consiglio giudiziario, pur nella fondamentale atipicità delle fonti di conoscenza, a norma

rispetto del termine per il rilascio del parere vigila il Presidente della Corte di appello, quale Presidente del Consiglio giudiziario. Le modalità di esercizio di tale compito di vigilanza sono valutate ai fini della conferma o del conferimento di ulteriori incarichi». Nel caso di impossibilità al rispetto di tali termini, è obbligatoria la comunicazione al CSM: «1bis. Qualora la necessità di eccezionali attività istruttorie - diverse dalla acquisizione di atti o documenti e dalla audizione del magistrato interessato - renda impossibile l'espressione del parere nel termine indicato, il Consiglio giudiziario, non appena si determini al compimento di dette attività e comunque entro quattro mesi dalla ricezione del rapporto informativo, comunica al Consiglio superiore della magistratura tale impossibilità indicandone le ragioni, nonché la prevedibile epoca in cui il parere sarà espresso».

del comma 4 dell'art. 11 del d.lgs. n. 160/2006, possono formulare il proprio giudizio valutativo sulla base del seguente compendio istruttorio:

- dai rapporti dei dirigenti degli uffici;
- dal rapporto informativo annuale del capo dell'ufficio relativamente all'andamento generale dell'ufficio;
- dalle segnalazioni pervenute al Consiglio giudiziario o ai dirigenti degli uffici dal Consiglio dell'ordine degli avvocati competente per territorio;
- dalle informazioni inserite nel fascicolo personale del magistrato;
- dai verbali di audizione del magistrato;
- dai verbali di seduta del Consiglio giudiziario;
- da eventuali atti che si trovino nella fase pubblica di uno dei processi trattati dal magistrato in valutazione, acquisiti su specifica richiesta di un componente del Consiglio giudiziario;
- dalla relazione del magistrato interessato illustrativa del lavoro svolto.

Accanto a tali fonti, la Relazione illustrativa alla Circolare indica che, per l'assenza di un principio di tipicità delle fonti e dei documenti utilizzabili, e al fine di garantire la massima completezza della valutazione, si è stabilito di consentire «l'utilizzazione di ogni atto e documento che fornisca dati obiettivi e rilevanti relativi all'attività professionale e ai comportamenti incidenti sulla professionalità del magistrato».

Per evitare ogni possibile equivoco, allo scopo di tutelare indiscutibili esigenze di garanzia dello scrutinato e di obiettività della valutazione, si è anche esplicitato l'assoluto divieto di impiegare fonti anonime e voci correnti.

È importante la previsione di un momento partecipativo del magistrato. I dirigenti trasmettono il rapporto e gli atti allegati al Consiglio giudiziario e comunicano contestualmente il rapporto al magistrato interessato, che può far pervenire al Consiglio giudiziario eventuali osservazioni, nei sette giorni successivi alla comunicazione del rapporto (Capo XIII Circolare).

6.2.1. Fonti di conoscenza atipiche, integrazione istruttoria e partecipazione procedimentale dell'interessato.

Accanto a tali fonti tipiche è previsto, pertanto, anche il ricorso ad elementi di valutazione esterna rispetto all'organizzazione giudiziaria.

Ad esempio, quanto alla laboriosità, il rispetto di tempi di trattazione dei procedimenti e dei processi, accertato, viene accertato, non solo attraverso i rapporti dei dirigenti degli uffici, ma anche mediante «le segnalazioni *eventualmente pervenute dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati competente per territorio, le informazioni esistenti presso la Prima Commissione e presso la Segreteria della Sezione Disciplinare del Consiglio superiore, quelle inserite nel fascicolo personale del magistrato, nonché mediante la verifica della insussistenza di eventuali rilievi di natura contabile o di giudizi di responsabilità civile*» (Cap. V Circolare).

Più nello specifico, sono individuabili differenti fattispecie di integrazione istruttoria, che si distinguono per presupposti, contenuti e procedimento.

La funzione istruttoria del Consiglio giudiziario, che si accompagna a quella consultiva per il CSM, titolare del potere decisorio, implica che il flusso informativo non sia esclusivamente dall'organo di autogoverno locale a quello centrale, ma che nell'istruttoria cd. eventuale esso possa anche essere di segno opposto, dal momento che il primo «Alla scadenza del periodo di valutazione» (e, quindi, NB non in ogni momento) il Consiglio acquisisce e valuta le informazioni disponibili presso il Consiglio superiore della magistratura e il Ministero della giustizia anche per quanto attiene agli eventuali rilievi di natura contabile e disciplinare (art. 11, comma 4, lett. a).

Può comprendersi come sia necessario trovare un punto di equilibrio tra lo spazio che il Consiglio è tenuto a riconoscere all'organo locale di espletamento dell'istruttoria e la necessità di rispettare il segreto istruttorio e la riservatezza del magistrato che, naturalmente, subisce una forte limitazione con la conoscenza acquisita da tutti i componenti dell'organo locale.

6.2.2. Iniziativa autonoma dei singoli consiglieri.

La prima ipotesi è disciplinata dalla lettera a) del comma 4 dell'art. 11 del d.lgs. 160/2006, laddove si prevede l'autonoma possibilità per ciascun membro del consiglio giudiziario di

accedere agli atti che si trovino nella fase pubblica del processo. Ciò comporta che deve essere garantito l'accesso anche agli atti dell'eventuale processo penale cui sia sottoposto il magistrato in valutazione. Tali informazioni sono infatti nella disponibilità del CSM, cui l'Autorità procedente è tenuta a riferire, nel caso in cui penda a carico di un magistrato un procedimento penale.

L'unico dato chiaro è quello del potere di ciascun componente del consiglio giudiziario di accedere a tutti gli atti del processo che si trova in fase pubblica (deve desumersi, del processo riguardante il magistrato, oltre che, naturalmente dei processi trattati DAL magistrato), per poterne valutare l'utilizzazione⁴³⁶. Norme non chiarissime perché, ovviamente, è necessaria una delibazione di non manifesta irrilevanza che eviti una possibile strumentalizzazione di tale potere.

Si è già affermato che l'esercizio di questa facoltà riconosciuta al singolo componente del CG non implica l'automatica utilizzabilità dell'atto processuale ai fini del giudizio di professionalità, essendo necessario uno specifico intervento deliberativo del Collegio in ordine all'utilizzabilità di tali elementi di conoscenza. Inoltre, si è evidenziato che l'attività istruttoria disposta dal Consiglio giudiziario non può in ogni caso comportare alcuna sovrapposizione con l'accertamento – eventualmente in atto – del giudice penale o disciplinare sulla condotta oggetto di verifica da parte del Consiglio medesimo⁴³⁷.

6.2.3. Assunzione d'ufficio da parte del Consiglio giudiziario di informazioni.

La seconda ipotesi è quella di un autonomo potere istruttorio del CG.

Indipendentemente dalla segnalazione dei dirigenti o di quelle allegate la loro rapporto informativo, laddove lo ritenga necessario, il Consiglio giudiziario può assumere analoghe informazioni su *fatti specifici*, segnalati dai suoi componenti o dai dirigenti degli uffici o dai consigli dell'ordine degli avvocati, incidenti sulla professionalità del magistrato⁴³⁸.

Il capo XV della Circolare prevede l'instaurazione di un sub procedimento in quanto

⁴³⁶ La norma primaria parla si esprime in tali termini «ferma restando l'autonoma possibilità di ogni membro del consiglio giudiziario di accedere a tutti gli atti che si trovino nella fase pubblica del processo per valutarne l'utilizzazione in sede di consiglio giudiziario».

⁴³⁷ Risposta a quesito con delibera del CSM del 21 dicembre 2016.

⁴³⁸ Precisandosi: «ivi comprese situazioni concrete ed oggettive di esercizio non indipendente della funzione e comportamenti che denotino evidente mancanza di equilibrio o di preparazione giuridica».

garantisce, da un lato, il diritto all'informazione, all'accesso e alla copia degli atti del magistrato in valutazione («All'esito dell'istruttoria, il Consiglio giudiziario ne dà tempestiva comunicazione all'interessato. L'interessato ha diritto di prendere visione ed estrarre copia degli atti a disposizione del Consiglio giudiziario»).

6.2.4. Facoltà di audizione del magistrato.

La terza forma di integrazione istruttoria prevista, in termini generali, dal Capo XV della Circolare riguarda la facoltà di procedere all'audizione del magistrato, qualora ritenuto necessario. Il magistrato ha diritto in tal caso di presentare atti o memorie scritte fino a sette giorni prima dell'audizione e di farsi assistere da altro magistrato durante l'audizione. Inoltre se è lo stesso magistrato a richiederlo, l'audizione deve essere obbligatoriamente disposta.

Emerge dunque con chiarezza come il Consiglio Giudiziario sia titolare di poteri istruttori che, pur con le connotazioni enunciate, sono sostanzialmente liberi: in particolare proprio l'ampia previsione della facoltà di assunzione di informazioni, nei termini sopra delineati, non essendo accompagnata dalla specificazione delle modalità e degli strumenti attivabili, consente di radicare in capo all'organo decentrato il potere di decisione in ordine al mezzo istruttorio azionabile nel caso concreto⁴³⁹. A fare da necessario contrappeso a tale potere, pertanto, assicurando il rispetto delle garanzie dell'interessato vi sono le sopra indicate facoltà partecipative dell'interessato.

Quanto al rapporto tra le fonti e i parametri di giudizio occorre indicare che sussiste una relazione tra le prime e i secondi nel senso che le *fonti di conoscenza sono correlate alla rilevazione dei vari indicatori dei parametri* che si connota anche per un momento partecipativo del magistrato, che redigendo la c.d. *autorelazione* può illustrare adeguatamente tutti gli elementi rilevanti ai fini della propria valutazione.

6.3. L'autorelazione.

⁴³⁹ G. Galoppi, *op. cit.*

L'autorelazione del magistrato occupa, infatti, un ruolo centrale nelle fonti di conoscenza per la valutazione di professionalità. Essa è tesa ad illustrare le caratteristiche del profilo professionale del magistrato sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo, con attenzione a tutte le competenze ed esperienze professionali acquisite, anche antecedenti all'ingresso in magistratura.

Sebbene il procedimento di valutazione sia ufficioso, a partire dal 2012 (introducendo nella Circolare il capo XIII bis - delibera plenaria del 25 luglio 2012), si è espressamente indicato che costituisce *onere* del magistrato in valutazione quello di trasmettere la relazione al dirigente dell'ufficio, unitamente alla copia degli atti e dei provvedimenti volontariamente prodotti, nel periodo compreso tra il 45 e il 30 giorno anteriore alla scadenza del quadriennio in valutazione, così da consentire al Capo Ufficio di formulare il proprio rapporto⁴⁴⁰.

Mentre il rapporto del dirigente e il parere del Consiglio giudiziario vengono redatti seguendo lo schema di un modulo predefinito, come evidenziato nella Relazione esplicativa della modifica, per redigere l'autorelazione non è prevista la compilazione di un modulo predefinito, ma si è solo stabilito che essa deve tendenzialmente strutturarsi considerando l'ordine e l'articolazione dei parametri di valutazione indicati nella parte I[^] della Circolare, nella prospettiva di ottenere informazioni accurate e coerenti ai canoni di valutazione vigenti ma, al tempo stesso, non *ingessate* rispetto alla ricchezza e varietà possibile delle esperienze professionali presenti in magistratura⁴⁴¹.

Il contenuto può comporsi di parte descrittiva: informazioni sulla carriera, su sedi ed uffici in cui si è prestato il servizio, sulle funzioni esercitate, se specializzate, generiche, promiscue, se il magistrato si è prestato ad applicazioni e supplenze, a quali particolari settori di attività e gruppi di lavoro ha partecipato; inoltre, esperienze extraprofessionali qualificanti, esperienze universitarie, attività scientifica o di formazione.

Ad essa si può opportunamente accompagnare una parte interpretativa delle informazioni confluite nel procedimento, che rende possibile una *lettura ragionata* dei dati catalogati sotto i 4 parametri (capacità, laboriosità, impegno e diligenza) in relazione alla particolare

⁴⁴⁰ Nei sette giorni successivi alla scadenza del quadriennio in valutazione, il magistrato interessato può integrare la relazione con riferimenti a eventuali ulteriori circostanze rilevanti che hanno interessato la sua attività professionale nel periodo.

⁴⁴¹ Così la Relazione introduttiva alla Circolare dell'8.10.2007.

situazione lavorativa del magistrato.

Ad esempio, nell'indicare lo svolgimento di funzioni in una determinata sezione civile, indicandone la specializzazione, si possono evidenziare i dati delle statistiche comparate, il rispetto degli obiettivi fissati nel programma di gestione ex art. 37 (o le ragioni per le quali ci si è discostati dagli stessi), l'introduzione o adesione a prassi virtuose, peculiari vicende giuridiche o casi che si sono affrontati, il contesto ambientale e lavorativo nel quale si è agito, gli eventuali incarichi che sono stati svolti su delega del presidente della sezione o del presidente del tribunale, etc.

Anche in relazione delle attività extragiudiziarie è opportuna, in luogo di una mera elencazione, una loro esposizione ragionata: le attività formative per la Scuola della magistratura e quelle svolte per istituzioni universitarie, scientifiche, la loro aggregazioni per materie o settori (es. internazionale, linguistico, specializzazione scientifica, etc.).

6.4. Il rapporto del dirigente.

Appare scontato che il rapporto del dirigente occupi ordinariamente una posizione centrale tra le fonti di conoscenza.⁴⁴²

Si è sottolineato che tale oggettiva valenza privilegiata determina il rischio di «spinte gerarchizzanti, ma anche di impercettibili impulsi alla reviviscenza di moduli argomentativi ispirati alla soggettività e al conformismo, esattamente come nel passato. Rischio che, vale la pena ripetere, si annida già in un sistema che non ha potuto fare a meno di continuare a fondarsi su meccanismi di sintesi valutativa ove di misurabile c'è ben poco»⁴⁴³.

Un principio di buona amministrazione, trasparenza e non discriminazione ha indotto a *tipizzare* il contenuto del rapporto che i dirigenti degli uffici devono trasmettere ai Consigli giudiziari entro il sessantesimo giorno successivo alla scadenza del quadriennio in valutazione (o, comunque, dopo un anno a far data da un giudizio non positivo o decorsi due anni dal giudizio negativo, un rapporto sulla professionalità del magistrato) da redigersi

⁴⁴² Critico rispetto a tale centralità, per il rischio di un conformismo soprattutto negli uffici di procura, più gerarchizzati G. Zaccaro, in *associazione magistrati.it*, 29 maggio 2017.

⁴⁴³ A. Iacoboni, *Le valutazioni di professionalità*, in *Foro it.*, 2016, p. 204.

non solo «secondo i parametri della presente circolare», ma anche in conformità al *modello* contenuto nella circolare, specificandosi, con enfasi, «che costituisce parte integrante della circolare stessa»⁴⁴⁴.

In un momento successivo si è aggiunta la previsione per la quale esso deve contenere anche «l'indicazione di situazioni rappresentate da terzi, di cui i dirigenti degli uffici abbiano tenuto conto, trasmesse ai titolari dell'azione disciplinare e sempre che si riferiscano a fatti specifici incidenti sulla professionalità del magistrato, ivi compresi situazioni concrete ed oggettive di esercizio non indipendente della funzione e comportamenti che denotino evidente mancanza di equilibrio o di preparazione giuridica». Si tratta di un aspetto ovviamente delicato, in quanto in questo modo il sistema delle fonti manifesta un'apertura verso la collettività (non essendo terzi solo il Consiglio dell'Ordine, ma anche singoli avvocati, cittadini, consulenti, pubbliche amministrazioni, etc.) e, per tale ragione espone il magistrato a possibili ritorsioni o condizionamenti nell'esercizio delle

⁴⁴⁴ Il rapporto contiene, tra l'altro:

- la segnalazione sulla complessità dei procedimenti e dei processi trattati in ragione del numero delle parti e delle questioni giuridiche affrontate;
- la comunicazione dell'esito, nelle successive fasi e nei gradi del procedimento, dei provvedimenti giudiziari emessi o richiesti, e relativi all'adozione di misure cautelari o alla definizione di fasi procedurali o processuali, accertato attraverso la comunicazione dei dirigenti degli uffici e da valutarsi, ove presenti caratteri di significativa anomalia, anche alla luce del rapporto esistente tra provvedimenti emessi o richiesti e provvedimenti non confermati o rigettati, rapporto da valutarsi altresì avuto riguardo alla tipologia ed alla natura degli affari trattati;
- la segnalazione del dirigente dell'ufficio relativa al livello dei contributi in camera di consiglio;
- la segnalazione del possesso delle conoscenze informatiche dirette alla redazione dei provvedimenti ed al miglioramento dell'efficacia dell'azione giudiziaria;
- per i magistrati requirenti con funzioni di coordinamento nazionale la segnalazione relativa alla capacità di rapportarsi in maniera efficace, autorevole e collaborativa con gli uffici giudiziari ed i magistrati destinatari del coordinamento;
- la segnalazione relativamente all'attitudine del magistrato ad organizzare il proprio lavoro e ad adottare misure finalizzate al miglioramento dell'attività giudiziaria;
- la segnalazione del possesso di conoscenze interdisciplinari, di possibile rilievo nell'esercizio della funzione giudiziaria e dell'attività d'interazione svolta con soggetti istituzionali terzi nell'esercizio dell'attività giudiziaria;
- la segnalazione di eventuali ritardi nel deposito dei provvedimenti, con l'indicazione delle ragioni accertate, degli elementi utili per valutarne l'eventuale giustificabilità e dei provvedimenti organizzativi adottati ai sensi di quanto previsto dal paragrafo 60 della circolare sulla formazione delle tabelle introdotto con delibera in data 13 novembre 2013;
- l'indicazione della collaborazione fornita su richiesta del dirigente medesimo o del coordinatore della posizione tabellare o del gruppo di lavoro ovvero del puntuale e corretto assolvimento di funzioni amministrative, anche di livello dirigenziale, comunque svolte;
- l'indicazione del rispetto degli impegni prefissati;
- l'indicazione relativa alla partecipazione alle riunioni previste dall'ordinamento giudiziario per la discussione e l'approfondimento delle innovazioni legislative, nonché per la conoscenza dell'evoluzione della giurisprudenza;
- l'indicazione in ordine alla disponibilità alle sostituzioni, applicazioni e supplenze.

sue funzioni.

Per evitare denunce o segnalazioni strumentali, per circoscriverne la rilevanza delle stesse e, al tempo stesso, responsabilizzare i dirigenti, si precisa che: a) devono riguardare la professionalità del magistrato; solo irrilevanti, pertanto, eventuali lamentele sul contenuto di decisioni giudiziarie, ove non affette da errori macroscopici o da mancanza di diligenza nella redazione dell'atto; b) rilevano allorché indicano situazioni *concrete ed oggettive*; c) devono essere state segnalate ai titolari dell'azione disciplinare (il che, ovviamente, presuppone l'obbligo della segnalazione).

6.4. L'acquisizione dei provvedimenti a campione.

L'acquisizione dei provvedimenti a campione, se la valutazione che ne segue venisse effettuata con accuratezza, potrebbe costituire uno dei pilastri della valutazione di professionalità.

Mentre, infatti, nei vecchi concorsi per titoli ed esami, anteriori alla Legge Braganze, il magistrato produceva la *bella sentenza* che serviva per superare il concorso, la campionatura, invece, consente di vedere come il magistrato lavora nella quotidianità e, quindi, le modalità con le quali assicura il servizio giustizia.

L'accompagnare tale estrazione con i provvedimenti selezionati dal magistrato, invece, consente di fornire ulteriori elementi di valutazione che possono testimoniare la qualità del lavoro che non emerge dal *carotaggio* effettuato in modo casuale.

Il pag. 2.7 della circolare ribadisce doverosamente che «gli orientamenti politici, ideologici o religiosi del magistrato non possono costituire elementi rilevanti ai fini della valutazione di professionalità» e che «la valutazione di professionalità [...] non può riguardare l'attività di interpretazione di norme di diritto, né quella di valutazione del fatto e delle prove».

Con le modifiche introdotte dal Consiglio il 25 luglio 2012 il CSM ha disciplinato la cadenza del sorteggio (annuale, con annualità riferita al periodo in valutazione); l'individuazione, nel dirigente dell'ufficio, del soggetto titolare del compito di procedere al prelievo annuale secondo le indicazioni di circolare e del CG; la creazione di un archivio informativo ai fini della custodia dei provvedimenti e dei verbali in vista della valutazione di professionalità del magistrato; la riduzione del numero dei verbali da acquisire a

campione.

Più in particolare, il *CSM* ha individuato, i criteri oggettivi e predeterminati di estrazione, la cadenza temporale annuale per trimestre sorteggiato; la *percentuale e numero* di provvedimenti e verbali da acquisire per ciascuna funzione magistratuale⁴⁴⁵

Tali provvedimenti non vengano ad essere sindacati sotto il profilo del merito ma, per l'insindacabilità dell'attività di interpretazione delle norme e del fatto, ci si ferma ad una disamina estrinseca dei provvedimenti. Per tale ragione, si è osservato è «difficile ipotizzare, nella prassi applicativa, altro giudizio che quello di aderenza del provvedimento a uno standard puramente formale, ferma restando la possibilità di valutare la ricorrenza di anomalie nel rapporto tra pronunce del magistrato ed esiti dei successivi gradi», con la conseguenza che la «qualità giuridica del lavoro del magistrato sembra restare sullo sfondo, quasi fosse un dato imperscrutabile, e ciò a rischio di approfondire il solco che talvolta corre tra le risultanze formali dei procedimenti di valutazione e la percezione concreta, quotidiana, ambientale, delle capacità professionali del magistrato»⁴⁴⁶.

6.5 Prerequisiti, parametri e indicatori.

Il giudizio di professionalità ha una articolazione complessa ed è basato su *prerequisiti*, sui *parametri* e *indicatori* dei parametri.

I prerequisiti sono quelle modalità di svolgimento della funzione giudiziaria che sono assolutamente indefettibili e senza le quali la valutazione non può essere positiva: indipendenza, imparzialità ed equilibrio. Al contrario, quando non emergano dati negativi, il parere è essere espresso con la formula «nulla da rilevare» (Capo II della Circolare).

Si intende per *indipendenza*, lo svolgimento delle funzioni giurisdizionali senza condizionamenti, rapporti o vincoli che possano influenzare negativamente o limitare le modalità di esercizio della giurisdizione; per *imparzialità*, il corretto atteggiamento del magistrato nei confronti di tutti i soggetti processuali; per *equilibrio*, l'esercizio della funzione condotto con moderazione e senso della misura, libero da determinazioni di tipo ideologico, politico o religioso.

⁴⁴⁵ Cfr. Allegati A e B alla circolare.

⁴⁴⁶ A. Iacoboni, *Le valutazioni di professionalità*, cit., p. 204.

Per citare un esempio recente, il Consiglio di Stato ha confermato la legittimità della delibera contenente un giudizio negativo in relazione alla precondizione dell'equilibrio dell'interessata fondata su una valutazione globale della condotta tenuta dal magistrato il quale, tra l'altro, ritenuta carente a causa dall'episodio occorso in udienza allorché il magistrato in valutazione, presidente del collegio penale, nel leggere il dispositivo della sentenza nel procedimento aveva specificato che l'assoluzione dell'imputato era «interventuta "a maggioranza"» dei componenti del collegio (CDS, Sez. V, sent. del 29 luglio 2019, n. 5309).

In alcune difese innanzi al giudice amministrativo è stato posto in dubbio che il CSM potesse fondare le proprie valutazioni sui prerequisiti, in quanto non espressamente previsti dall'art. 11 del d.lgs. 160/2006.

Si tratta di una tesi infondata, come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, la quale ha affermato che, pur non essendo gli stessi menzionati dall'art. 11, comma 2, d.lgs. n. 160 del 2006: «tra questi ultimi rientra incontestabilmente l'equilibrio, che insieme alle altre precondizioni dell'imparzialità e dell'indipendenza, parimenti individuate dal Consiglio superiore nel più volte citato capo III della parte I della circolare n. 20691 dell'8 ottobre 2007, sono consustanziali all'esercizio della funzione giurisdizionale»⁴⁴⁷.

I parametri, indicati dal legislatore nella capacità, laboriosità, diligenza e impegno, invece, sono valutati tenendo conto dei parametri normativi previsti dall'art. 11 de d.lgs. 160 del 2006 e dal Capo 4 della Circolare.⁴⁴⁸

⁴⁴⁷Continua la citata pronuncia «Sulla base di questo incontestato rilievo esse: sono state pertanto definite dalla circolare ora richiamata come «imprescindibili condizioni per un corretto esercizio delle funzioni giurisdizionali» (paragrafo 1, del capo III ora richiamato); sono inoltre state poste in apice rispetto ai parametri di valutazione indicati nell'art. 11, comma 2, d.lgs. n. 160 del 2006; diversamente da questi ultimi sono state destinate ad essere apprezzate in via ordinaria in termini di assenza di elementi ostativi, «con la formula "nulla da rilevare"», nel senso cioè dell'assenza di elementi incidenti, salvo il caso contrario, da cui «emergano dati che evidenzino difetti di indipendenza, imparzialità ed equilibrio» (così il paragrafo 5 del capo III in esame)».

⁴⁴⁸ Come prevede la Circolare.

la capacità si desume: - dalla preparazione giuridica e dal grado di aggiornamento; - dal possesso delle tecniche di argomentazione e di indagine, anche in relazione all'esito degli affari nelle successive fasi e nei gradi del procedimento; - dalla conduzione delle udienze da parte di chi le dirige o le presiede; - dall'idoneità a utilizzare e dirigere i collaboratori e gli ausiliari, nonché a controllarne l'apporto; - dall'attitudine a cooperare secondo criteri di opportuno coordinamento con altri uffici giudiziari aventi competenze connesse o collegate; - dall'attitudine a svolgere funzioni di direzione amministrativa, anche con riferimento ai compiti di cui agli artt. 2, 3 e 4 del D.Lgs. n. 240/2006; - dall'idoneità ad attuare metodi di lavoro improntati alla sinergia ed al coordinamento con soggetti istituzionali terzi aventi un qualsiasi ruolo nell'attività giudiziaria; - dal comprovato possesso di competenze interdisciplinari, di possibile rilievo nell'esercizio della funzione giurisdizionale. - dalla capacità decisionale desunta dai tempi, dalla complessità, dall'adeguatezza e dalla congruità della decisione; la laboriosità si desume: - dalla produttività, intesa come numero e qualità degli

Gli indicatori, infine sono gli elementi in base ai quali accertare che le funzioni si siano svolte in modo conforme ai parametri.

Una esame a volo d'uccello sul contenuto dei parametri fa comprendere come, ad esempio, la capacità non coincida affatto con la mera conoscenza del diritto e neppure con le modalità di redazione dei provvedimenti giudiziari: accanto a tale aspetti, ovviamente necessari dal possesso vi sono la conduzione delle udienze da parte di chi le l' idoneità a utilizzare, dirigere e controllare i collaboratori e gli ausiliari, l'attitudine a cooperare, a svolgere funzioni di direzione amministrativa, anche con riferimento ai compiti di cui agli artt. 2, 3 e 4 del d.lgs. n. 240/2006, la capacità di sinergia ed al coordinamento con soggetti istituzionali terzi aventi, il comprovato possesso di competenze interdisciplinari, di possibile rilievo nell'esercizio della funzione giurisdizionale.

Non tutti questi aspetti, per una problematicità collegata ai tempi del processo e alla parziale informatizzazione dei procedimenti giudiziari, sono di solito concretamente accertati.

Ad esempio il possesso di tecniche di argomentazione e di indagine non viene abitualmente valutato «anche in relazione all'esito degli affari nelle successive fasi e nei gradi del procedimento», e ciò a prescindere dal tema delicato della riforma della sentenza quale elemento sintomatico di un errore giudiziario.

Gli altri parametri poi, sono rappresentativi di una professionalità a tutto tondo: la laboriosità si desume dal dato quantitativo, la diligenza da elementi come l'assiduità e dalla puntualità nella presenza in ufficio e dalla partecipazione alle riunioni; l'impegno dalla disponibilità alle sostituzioni di magistrati assenti, nonché dalla frequenza della

affari trattati e come consistenza dell'attività istruttoria eseguita in rapporto alla tipologia ed alla condizione organizzativa e strutturale degli uffici ed in raffronto alla specificità ed eventuale varietà delle funzioni espletate; - dai tempi di smaltimento del lavoro; - dall'attività di collaborazione svolta nell'ufficio; - dall'efficienza nell'attività di direzione amministrativa dell'ufficio comunque svolta; la diligenza si desume: - dall'assiduità e dalla puntualità nella presenza in ufficio, nelle udienze e nei giorni stabiliti, dovendo ritenersi che la giornata del sabato imponga la presenza in ufficio esclusivamente per assicurare udienze e turni calendarizzati, o attività urgenti, sopravvenute e indifferibili dal rispetto dei termini per la redazione ed il deposito dei provvedimenti, o comunque per il compimento di attività giudiziarie, fatta salva la necessità di garantire l'effettività della fruizione delle ferie e di ogni altra forma di assenza giustificata; - dalla partecipazione alle riunioni previste dall'ordinamento giudiziario per la discussione e l'approfondimento delle innovazioni legislative, nonché per la conoscenza dell'evoluzione della giurisprudenza o, nell'ipotesi di presidenti di sezione e di coordinatori di gruppi di lavoro, dalla periodica convocazione di tali riunioni; - dal puntuale e corretto assolvimento di funzioni amministrative, anche di livello dirigenziale, comunque svolte; l'impegno si desume: - dalla disponibilità alle sostituzioni di magistrati assenti; - dalla frequenza della partecipazione o nella disponibilità a partecipare ai corsi di aggiornamento organizzati dalla Scuola superiore della magistratura, salvo quanto previsto dalla disposizione transitoria; - dalla collaborazione alla soluzione dei problemi di tipo organizzativo e giuridico.

partecipazione o nella disponibilità a partecipare ai corsi di aggiornamento organizzati dalla Scuola superiore della magistratura e dalla collaborazione alla soluzione dei problemi di tipo organizzativo e giuridico.

Il legislatore, pertanto, non ha in mente un modello di magistrato monade, che si reca in ufficio per celebrare le udienze tabellarmente previste e depositare i provvedimenti, ma un magistrato che è *presente*, è disponibile per gli altri colleghi, il personale amministrativo, partecipa alla gestione complessiva dell'ufficio.

Anche la stessa tecnica di redazione dei provvedimenti giudiziari, ferma restando l'assoluta libertà di decisione e di contenuto viene improntata ad un modello di giudice contemporaneo, privo di ogni referenzialità: essa va apprezzata, tenendo conto quali indicatori della «chiarezza, completezza espositiva e capacità di sintesi nella redazione dei provvedimenti giudiziari, in relazione ai presupposti di fatto e di diritto, nonché dalla loro congruità rispetto ai problemi processuali o investigativi affrontati». In poche parole la *sentenza trattato*, il cui contenuto è in buona parte svincolato dalle emergenze processuali e dalle questioni che in concreto devono essere risolte non è una buona sentenza ai fini della valutazione di professionalità e non lo è neppure per il conseguimento delle funzioni di legittimità alle quali storicamente è legata.

Un capitolo molto spinoso nella storia consiliare e oggetto di lunghe dispute da parte della magistratura associata e poi quello degli standard medi di rendimento. L'art. 11, comma 2 del d.lgs. 160/2006 prevede che la laboriosità venga valutata «tenuto anche conto degli standard di rendimento individuati dal Consiglio superiore della magistratura, in relazione agli specifici settori di attività e alle specializzazioni». L'attuale circolare prevede che gli indici di laboriosità siano costituiti: oltre che dal *numero* di procedimenti e processi definiti per ciascun anno in relazione alle pendenze del ruolo, ai flussi in entrata degli affari, e alla *complessità* dei procedimenti assegnati e trattati, verificati sulla base delle statistiche e dei dati forniti dai capi degli uffici ed eventualmente dai magistrati in valutazione; dal rispetto degli *standard medi di definizione dei procedimenti*, determinati annualmente dal CSM Consiglio e comunicati, tramite una scheda individuale, ai magistrati in valutazione, ai capi degli uffici ed ai Consigli giudiziari. Tali standard sono individuati anche in base alla media statistica della produzione dei magistrati dell'ufficio di cui il magistrato sottoposto a valutazione fa parte ed assegnati a funzioni, sezioni, gruppi di lavoro omogenei a quest'ultimo. La necessità per il magistrato di adeguamento agli standard costituisce uno

dei punti più dibattuti. Va ricordato, tuttavia, che sempre la Circolare prevede che vanno, comunque, valutati non in sé ma alla luce «della complessiva situazione organizzativa e strutturale degli uffici; dei flussi in entrata degli affari; della qualità degli affari trattati, determinata in ragione del numero delle parti o della complessità delle questioni giuridiche affrontate; dell'attività di collaborazione alla gestione dell'ufficio ed all'espletamento di attività istituzionali; dello svolgimento di incarichi giudiziari ed extragiudiziari di natura obbligatoria; di eventuali esoneri dal lavoro giudiziario; di eventuali assenze legittime dal lavoro diverse dal congedo ordinari» (Capo V della Circolare).

Nonostante il lungo lavoro svolto dalla Commissione incaricata anni addietro dal Consiglio, gli standard non sono operativi, sebbene essi siano stati oggetto di recente riformulazione, non ancora approvata dall'istituzione consiliare.

6.6. L'esito della valutazione e i possibili sfasamenti temporali.

La valutazione va compiuta sulla scorta dei parametri su indicati si conclude con un giudizio:

a) *positivo*, quando la valutazione è sufficiente in relazione a tali parametri. In tal caso, il magistrato consegue la valutazione di professionalità ed è sottoposto a successiva valutazione quadriennale;

b) *non positivo*, quando emergono carenze in relazione a uno o più dei medesimi parametri. In tal caso il magistrato è soggetto ad ulteriore valutazione per il periodo di un anno;

c) *negativo*, quando risultano *gravi carenze* in relazione a due o più dei parametri o il perdurare di carenze in uno o più dei parametri che hanno portato ad un precedente giudizio *non positivo*. In tal caso il magistrato è soggetto ad ulteriore valutazione per un periodo di due anni. (art. 11, co. 9, d.lgs. n. 160/2006, come modificato dall'art. 2, l. n. 111/2007).

Tale previsione deve essere integrata con quella contenuta nella Circolare n. P-20691 che specifica, sulla base degli indicatori previsti, quali siano le condizioni affinché il giudizio su ciascun parametro sia positivo, carente o gravemente carente, precisando che è *carente* qualora difetti significativamente, senza mancare del tutto, una delle condizioni previste per ciascun parametro, qualora manchi del tutto una delle condizioni o difettino significativamente almeno due delle condizioni. La Circolare, quindi, stabilisce che il

giudizio di professionalità è *positivo* quando risultino positivi tutti i parametri di valutazione, mentre è *non positivo* quando uno o più parametri risultino carenti o anche uno solo dei parametri sia giudicato gravemente carente, siano comunque positivi i profili dell'indipendenza, dell'imparzialità e dell'equilibrio; infine, è *negativo* il giudizio di professionalità quando sia negativo il profilo dell'indipendenza, dell'imparzialità o dell'equilibrio, o risultino gravemente carenti due o più degli altri parametri, o ancora, dopo un giudizio di professionalità non positivo, perduri per il successivo anno la valutazione di *carente* in ordine al medesimo parametro.

Quanto agli effetti, il giudizio *non positivo* comporta che il Consiglio Superiore della Magistratura proceda ad una nuova valutazione di professionalità dopo il decorso di un anno dalla scadenza del periodo relativo alla precedente valutazione, acquisendo un nuovo parere dal Consiglio giudiziario; ulteriore effetto è quello per il quale il nuovo trattamento economico o l'aumento periodico di stipendio, ove correlati alla specifica valutazione di professionalità in esame, siano corrisposti solo a decorrere dalla scadenza dell'anno se il nuovo giudizio è positivo. Infine, nell'anno antecedente alla nuova valutazione non può essere autorizzato lo svolgimento di incarichi extragiudiziari.

Più penalizzanti sono, invece, le conseguenze in caso di valutazione negativa: innanzitutto, la nuova valutazione di professionalità avviene dopo un biennio; inoltre, il Consiglio Superiore della Magistratura può disporre che il magistrato partecipi ad uno o più corsi di riqualificazione professionale, individuati in relazione alle specifiche carenze di professionalità riscontrate, può procedere ad assegnare il magistrato, previa sua audizione, ad una diversa funzione della medesima sede o escluderlo anche dalla possibilità di accedere ad incarichi direttivi, semidirettivi od a funzioni specifiche, e non può autorizzare lo svolgimento di incarichi extragiudiziari nel biennio antecedente alla nuova valutazione. Circa l'incidenza sul trattamento economico, la valutazione negativa comporta la perdita dell'aumento periodico di stipendio per il biennio successivo e l'acquisizione del nuovo trattamento solo in caso di giudizio positivo e con decorrenza dalla scadenza del biennio (art. 11, comma 12).

In pratica, la valutazione non positiva o negativa determina un'alterazione definitiva della scansione temporale di tutte le valutazioni di professionalità giusta la decorrenza della

valutazione dal completamento dell'ulteriore periodo di *prova* di uno o due anni⁴⁴⁹.

Il secondo giudizio negativo comporta la dispensa dal servizio.

L'ordinamento giudiziario prevede ulteriori ipotesi di disallineamento definitivo, quanto ai tempi e alla decorrenza degli effetti, delle valutazioni del magistrato rispetto ai colleghi con il medesimo decreto ministeriale: le condanne disciplinari alla perdita di anzianità e le misure cautelari disciplinari di sospensione dalle funzioni (salvo successiva assoluzione)⁴⁵⁰.

Sul piano della carriera le valutazioni di professionalità determinano effettivi significativi in quanto il magistrato, oltre ad non poter accedere agli uffici per i quali è richiesta la valutazione di professionalità non conseguita e ad essere destinatario di un potenziale diniego di accesso a incarichi direttivi o semidirettivi, ove consegua un secondo giudizio negativo, viene dispensato dal servizio.

Occorre delineare alcuni punti fermi nella ricostruzione del sistema delle valutazioni di professionalità.

1. Il magistrato è dispensato dal servizio solo nel caso in cui consegua un doppio giudizio negativo relativo alla medesima valutazione di professionalità, e non quando vengono espressi due giudizi negativi riguardanti valutazioni diverse nell'arco dell'intera carriera.

Va detto a riguardo, che il dato normativo primario, prevedendo all'art. 11, comma 13 che «Se il Consiglio superiore della magistratura, previa audizione del magistrato, esprime un secondo giudizio negativo, il magistrato stesso è dispensato dal servizio» non indica, almeno non espressamente, che esso debba riferirsi al periodo immediatamente successivo

⁴⁴⁹ Si veda in proposito le espresse indicazioni contenute, per la v. non positiva, nel comma 4 del par. XVII della Circolare a mente del quale «Fermo restando quanto previsto dall'art. 11, comma 10. del d.lgs. n. 160/2006, ove lo scrutinio supplementare abbia esito positivo le successive quadriennali valutazioni di professionalità hanno consequenziale posticipata decorrenza dalla scadenza del periodo annuale di rivalutazione»; nonché per la valutazione negativa, del comma 6 che dispone: «Fermo restando quanto previsto dall'art. 11, commi 11 e 12 del d.lgs. n.160/2006, ove lo scrutinio supplementare abbia esito positivo le successive quadriennali valutazioni di professionalità hanno consequenziale posticipata decorrenza dalla scadenza del periodo biennale di rivalutazione».

⁴⁵⁰ Par. XIII: «1.bis Non sono utili alla maturazione del quadriennio i periodi nei quali il magistrato non presta attività lavorativa per le ipotesi di sospensione dalle funzioni di cui agli articoli 10, 21 e 22 del decreto legislativo n. 109 del 23.2.2006, nonché nei casi di aspettativa per motivi di famiglia di cui all'art. 69 del testo unico n. 3 del 10 gennaio 1957; di congedo per eventi e cause particolari di cui all'art. 4, comma 2, della legge n. 53 dell'8 marzo 2000; di congedi per la formazione di cui all'art. 5 della medesima legge n. 53/2000; di ricongiungimento con il coniuge all'estero di cui alla legge n.26 dell'11 febbraio 1980 ed alla legge n. 333 del 25 giugno 1985. In queste ipotesi, il periodo di valutazione del magistrato sopravanza quello ordinario, al quale si aggiunge la durata della causa di mancata prestazione dell'attività lavorativa di cui al periodo che precede. Resta ferma, nel caso di cessazione degli effetti della sospensione cautelare di cui all'articolo 23 del decreto legislativo n. 109 del 23.2.2006, la successiva retrodatazione degli effetti delle delibere già emesse».

ad un precedente giudizio di segno negativo.

La norma, tuttavia, non appare estremamente chiara a riguardo e risulta interpretata in senso restrittivo dalla Circolare consiliare.

La Circolare si esprime, infatti, al par. XVII in termini non del tutto identici: «6. Il Consiglio Superiore, in caso di primo giudizio negativo, procede a nuovo scrutinio trascorsi due anni dalla scadenza del quadriennio per il quale si è riportata la valutazione negativa. Fermo restando quanto previsto dall'art. 11, commi 11 e 12 del d.lgs. n.160/2006, ove lo scrutinio supplementare abbia esito positivo le successive quadriennali valutazioni di professionalità hanno consequenziale posticipata decorrenza dalla scadenza del periodo biennale di rivalutazione. 7. Qualora la seconda valutazione del Consiglio superiore abbia esito negativo, il magistrato è dispensato dal servizio».

Il riferimento al *nuovo* o *supplementare* scrutinio e al periodo biennale consente di ritenere, piuttosto agevolmente, che per il Consiglio il magistrato vada dispensato solo ove consegua due giudizi negativi per la medesima valutazione.

Alla luce di una lettura integrata della normativa primaria con quella secondaria emerge, pertanto, che tale grave effetto consegue esclusivamente nel caso in cui, in relazione alla medesima valutazione si determini una sequenza di giudizi negativo-negativo, negativo-non positivo-negativo o ancora, non positivo-negativo-negativo.

2. Un secondo aspetto di rilievo da tenere in considerazione per la tematica in esame è costituito dal fatto che il Capo X della Circolare prevede tre ipotesi alternative che conducono ad un giudizio negativo: a) assenza delle precondizioni (indipendenza, imparzialità ed equilibrio); b) grave carenza di due più parametri; c) dopo una valutazione non positiva, nell'anno di monitoraggio successivo, perdurante carenza specifica del medesimo parametro già oggetto della precedente rilevazione. Da ciò si desume che, nel caso di giudizio successivo ad una valutazione non positiva, solo nel caso sub c) è necessaria l'identità del parametro. Non potrebbe, peraltro, essere diversamente, posto che se una negativa può essere espressa nei casi sub a) e b) successivamente ad un giudizio positivo, certamente la medesima conclusione non può essere impedita dal fatto che il magistrato abbia già mostrato delle carenze e successivamente, recuperate le stesse, abbia manifestato altre gravi lacune, tra le quali il difetto dei cd. requisiti. Si osservi a riguardo che la norma primaria indica alternativamente tali ipotesi: «è "negativo" quando la valutazione evidenzia carenze gravi in relazione a due o più dei suddetti parametri o il

perdurare di carenze in uno o più dei parametri richiamati quando l'ultimo giudizio sia stato "non positivo"».

Una terza premessa è costituita dalla successione temporale delle valutazioni.

Sopra chiarito come operi e quali effetti abbia il giudizio negativo, occorre evidenziare che il sistema normativo presuppone univocamente una rigida successione cronologica delle valutazioni in modo da: a) conservare l'allineamento delle valutazioni e della loro decorrenza giuridica tra i magistrati dello stesso concorso quando non vi siano criticità (tanto che la normativa secondaria indica espressamente che questo sia l'obiettivo da raggiungersi tendenzialmente a distanza di otto mesi dalla scadenza del quadriennio); b) prevedere una decorrenza differita, ma fissata con certezza nel tempo, per il magistrato nei cui confronti è espresso un giudizio non positivo o negativo; c) evitare che vi siano zone d'ombra nelle valutazioni che sottraggono a qualsiasi valutazione l'operato del magistrato⁴⁵¹.

6.6.1. Un caso di valutazione negativa espressa dal Consiglio giudiziario.

Il Consiglio giudiziario ha espresso parere negativo sul riconoscimento della quarta valutazione di professionalità nei confronti del dott. X magistrato ordinario con funzioni di sostituto procuratore della Repubblica, imperniato su una aggressione nei confronti degli agenti di polizia municipale che lo avevano colto di notte in stato di ebbrezza alla guida della sua autovettura e per la quale era stato rinviato a giudizio davanti al Tribunale per i reati di cui agli artt. 186, comma 1, lett. c), del codice della strada (guida in stato di ebbrezza), 337, 582, 585, 576, in relazione all'art. 61, n. 2), del Codice penale (resistenza

⁴⁵¹ Relazione illustrative delle modifiche del 25 ottobre 2017: "Ciò premesso, un punto fermo è costituito da ciò che non è possibile praticare, sul piano logico e giuridico: non è possibile valutare i quadrienni indipendentemente dalla perdita di anzianità, e cioè operare come se la condanna non vi fosse stata, e al tempo stesso non è possibile non sottoporre a valutazione l'arco temporale oggetto della condanna, operando in tal modo come se nella carriera potesse esservi una sorta di zona *franca* non valutata. Infatti, nel primo caso si disapplicherebbe la norma primaria di cui al citato art. 8 del D.Lgs. n. 109/2006 in quanto si vanificherebbero, sul piano economico e giuridico, i concreti effetti della perdita di anzianità e «si darebbe ingresso all'anomala figura di un magistrato – quello, per l'appunto, attinto dalla sanzione disciplinare della perdita di anzianità – che percepisce una determinata retribuzione pur non avendo ancora maturato l'anzianità necessaria a tal fine» (così nel suddetto parere dell'Ufficio studi). Nel secondo caso si creerebbe un'inammissibile soluzione di continuità temporale nella valutazione di professionalità, con l'effetto di non poter prendere in considerazione, in positivo o in negativo, quanto compiuto dal magistrato nel periodo pari alla sanzione irrogata.

a pubblico ufficiale e lesioni lievi aggravate), e che (all'epoca del parere) il dibattimento era tuttora pendente.

Il CG ha esaminato il merito delle imputazioni, rilevando che il magistrato sorpreso nottetempo alla guida di una vettura in stato di ebbrezza «avrebbe reagito con violenza e minaccia, accompagnate, peraltro, da una impropria rivendicazione dell'autorevolezza derivante dal proprio ruolo di magistrato [...] procurando, altresì, ad uno degli operanti (che, secondo quanto contestato, sarebbe stato afferrato per il collo e strattonato) lesioni lievi». Nel prosieguo il Consiglio giudiziario riferisce: di una *controdenuncia* del dott. X nei confronti degli agenti municipali per reati di falso in atto pubblico, calunnia, abuso d'ufficio, arresto illegale e lesioni personali, tuttavia, archiviata dal competente G.I.P. presso il Tribunale; e di un ulteriore procedimento con il magistrato nella veste di indagato, per i reati di ingiuria aggravata continuata ai danni dei medesimi agenti di polizia per i fatti commessi la stessa notte, scaturito da una successiva querela sporta da questi ultimi, e definito con sentenza di non doversi procedere per remissione di querela dal Giudice di pace.

Sulla base di questi elementi, il Consiglio giudiziario ha ritenuto che entrambe le notizie di reato a carico del dott. X fossero «quanto meno non manifestamente infondate», in seguito al superamento del vaglio dell'udienza preliminare e l'approdo alla successiva fase dibattimentale. Per quanto riguarda la seconda, essa è stata definita non già con un *proscioglimento nel merito*, ma di improcedibilità.

Secondo il Consiglio giudiziario tali notizie di reato sono «sintomatiche, ove dimostrate, di una palese e gravissima carenza di equilibrio (trattandosi di comportamenti che, sebbene posti al di fuori dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, denoterebbero una arrogante percezione della propria funzione ed una totale assenza di rispetto verso l'operato delle forze dell'ordine, per giunta da parte di un magistrato del pubblico ministero, che con le stesse interagisce quotidianamente)».

A conclusione di questa disamina, nella parte finale del parere l'organo preposto alla valutazione si esprime in questi termini: «la gravità dei fatti per i quali pende procedimento penale [...] non consente, allo stato, di formulare un parere positivo in ordine al parametro dell'equilibrio». Infine, stante la carenza nei parametri della capacità e impegno, il giudizio globale sulla professionalità del magistrato è negativo.

Dal punto di vista procedimentale e delle fonti, la peculiarità del caso consisteva anche

nell'assenza di rilievi da parte del procuratore capo.

Nel ritenere non decisivo tale elemento il Consiglio di Stato, nel ritenere legittimo, riformando la sentenza di primo grado l'operato del consiglio giudiziario (Cons. Stato Sez. V, Sent., 26 ottobre 2016, n. 4471), evidenzia che, sebbene l'art. 11, d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160 si limiti a richiedere che nelle valutazioni periodiche di professionalità siano acquisiti «il rapporto e le segnalazioni provenienti dai capi degli uffici, i quali devono tenere conto delle situazioni specifiche rappresentate da terzi e di pervenute dal consiglio dell'ordine degli avvocati, che incidono sulla professionalità del magistrato» (comma 4, lett. f). Aggiunge, tuttavia, che, dal punto di vista istruttorio, come si è visto il comma 5 dell'art. 11 prevede l'autonomo potere del Consiglio giudiziario di assumere informazioni «su fatti specifici segnalati da suoi componenti o dai dirigenti degli uffici o dai consigli dell'ordine degli avvocati».

Se ne ricava che l'organo preposto alla valutazione «è tenuto ad esaminare ed eventualmente acquisire ogni elemento istruttorio che possa avere rilievo ai fini del giudizio». Nel caso di specie il Consiglio giudiziario, dopo avere preso atto che la relazione inviategli dal capo dell'ufficio non conteneva alcun rilievo e, in particolare, elementi che potessero essere utilizzati ai fini del giudizio sul parametro dell'equilibrio, ha proceduto ad una valutazione negativa sulla base dell'ulteriore *documentazione acquisita in sede istruttoria*, relativa ai fatti oggetto di procedimento penale a carico dell'odierno appellato. Peraltro, l'acquisizione ulteriori informazioni dalla persona del Procuratore capo, che era stata ritenuta decisiva del TAR, costituisce – secondo il Consiglio di Stato – una mera facoltà ulteriore di cui il Consiglio giudiziario può discrezionalmente decidere di avvalersi⁴⁵².

⁴⁵² In tali termini si esprime la citata sentenza del Cons. Stato Sez. V, Sent., 26 ottobre 2016, n. 4471 «un simile operato, [...] è pienamente conforme al precetto normativo primario regolante le valutazioni di professionalità dei magistrati: è evidente che a fronte dell'assenza di elementi ritraibili dal rapporto informativo del dirigente sul profilo in questione il Consiglio giudiziario ha utilizzato gli altri elementi conoscitivi a sua disposizione. Quanto all'esigenza di acquisire ulteriori informazioni dalla persona del Procuratore capo in carica nel quadriennio - elemento ritenuto decisivo dal Tribunale amministrativo - è sufficiente evidenziare che ai sensi del citato comma 5 dell'art. 11 D.Lgs. n. 160 del 2006, essa costituisce una mera facoltà ulteriore di cui il Consiglio giudiziario può discrezionalmente decidere di avvalersi e, soprattutto, che nell'esercizio della stessa facoltà è stata acquisita la documentazione relativa alle vicissitudini di natura penale che hanno visto coinvolto il magistrato in valutazione. Quindi, una volta acquisiti questi elementi conoscitivi non è dato cogliere l'esigenza di ulteriori apporti istruttori, ed in particolare dal precedente capo dell'ufficio, posto che verosimilmente nulla avrebbe egli rispetto a vicende avvenute al di fuori dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali e dunque dell'attività d'ufficio del magistrato».

6.7. Il rapporto tra valutazione di professionalità e giudizio disciplinare.

Un aspetto importante del procedimento è quello del cd. principio di autonomia tra valutazioni di professionalità e giudizio disciplinare. Il par. XII della Circolare disciplina la sospensione del procedimento in caso di pendenza disciplinare attribuendo la competenza alla Commissione con provvedimento motivato e distinguendo le ipotesi di sospensione obbligatoria (nel caso di sospensione della funzioni e dallo stipendio in via obbligatoria dalle funzioni e dallo stipendio ai sensi dell'art. 21, d.lgs. n.109/2006, in quanto a) sottoposto a misura cautelare personale nell'ambito di un procedimento penale; b) sospeso in via facoltativa dalle funzioni e dallo stipendio ai sensi dell'art. 22 d.lgs. n. 109/2006; c) sottoposto a procedimento penale per delitto non colposo; d) sospeso in via facoltativa dalle funzioni e dallo stipendio ai sensi dell'art. 22 d.lgs. n. 109/2006, in quanto sottoposto a procedimento disciplinare e quella di sospensione facoltativa (quando difetti la sospensione disciplinare in tutti gli altri casi di pendenza di procedimento penale e/o disciplinare, anche anteriormente all'esercizio dell'azione penale e/o disciplinare, nonché nelle ipotesi di formale apertura del procedimento di trasferimento d'ufficio ai sensi dell'art. 2 R.D.Lgs. n. 511/1946), a condizione che «l'accertamento dei fatti oggetto del procedimento penale e/o disciplinare incida sulla definizione della procedura di valutazione della professionalità».

Molto delicata è l'interpretazione dell'ultimo comma in base al quale «3. I fatti accertati in sede disciplinare sono oggetto di autonoma valutazione da parte del Consiglio superiore della magistratura ai fini della valutazione di professionalità, indipendentemente dall'esito, di condanna o di assoluzione, del procedimento disciplinare».

Ma cosa si intende con tale nozione di autonomia?

Essa non si traduce in irrilevanza del disciplinare.

Una tesi sostenuta in ambito consiliare afferma che far seguire alla condanna disciplinare la valutazione di professionalità negativa significhi penalizzare due volte per il medesimo fatto il magistrato e si traduce, pertanto, in un sorta *di bis in idem*. Si tratta, tuttavia di una idea fuorviante. A prescindere dal fatto che portando alle sue estreme conseguenze tale tesi potrebbe a risultati del tutto irrazionali, perché nella Circolare sarebbe prevista la sospensione del procedimento solo affinché il magistrato condannato disciplinarmente

possa eccepire il *bis in idem* quanto alla valutazione di professionalità (perché in altra sede sanzionato), deve replicarsi che, più semplicemente con tale principio si intende solo evidenziare l'autonomia di giudizio della Quarta Commissione e della Sezione Disciplinare del CSM.

Una autonomia che non riguarda tanto il *tipo* di giudizio espresso (perché la Commissione è vincolata alla condanna o all'assoluzione del magistrato dall'addebito disciplinare, senza poter ribaltare il giudizio del giudice disciplinare), ma l'*oggetto* del giudizio stesso. Il CSM, come organo amministrativo, valuta la professionalità complessivamente espressa nel quadriennio, formulando un giudizio che può essere positivo o negativo indipendentemente dall'esito del disciplinare: il magistrato condannato disciplinarmente potrà ricevere una valutazione positiva e quello assolto, invece, una negativa. Tuttavia, la Commissione deve tenere in considerazione anche i fatti oggetto del disciplinare, con il vincolo del solo accertamento di fatto compiuto dal giudice disciplinare e, deve ritenersi, anche della sua qualificazione giuridica. Ciò non esclude, tuttavia, che anche il singolo comportamento possa essere determinate ai fini del giudizio negativo di professionalità⁴⁵³.

Allo stato la questione sembra risolta dalla giurisprudenza amministrativa la quale ha recentemente affermato (Cons. Stato, Sez. IV 26 febbraio 2019, n. 1339) testualmente che: «Il fatto, sebbene successivamente accertato nella sua rilevanza disciplinare, non perde la sua autonomia quale condotta materiale, come confermato dalla circostanza che - mentre in sede disciplinare la sanzione è stata applicata in conseguenza della accertata lesione del prestigio della magistratura - nella diversa sede del giudizio sulla progressione di carriera quella medesima condotta è stata autonomamente apprezzata - nella piena completezza informativa assicurata dal vaglio disciplinare - come sintomatica di una grave mancanza di equilibrio. Sussiste cioè una ipotesi di pluriqualificazione giuridica della fattispecie, a fini disciplinari ed a fini di progressione di carriera, fermo restando che, come correttamente osservato dal T.a.r., l'esistenza di precedenti disciplinari e penali rileva comunque, in sé, ai fini della progressione di carriera, in quanto concorre alla valutazione complessiva della personalità professionale del magistrato. Pertanto deve escludersi che vi sia stata una duplicazione degli effetti sanzionatori, atteso che la sanzione disciplinare ha sì concorso

⁴⁵³ Cons. Stato, Sez. IV 26 febbraio 2019, n. 1339, la quale richiama Cons. Stato, IV, 5 luglio 2010, n. 4250; Cons. Stato, sez. III, 7 aprile 2009, n. 456): «la valutazione negativa dell'aspirante può derivare anche da singoli elementi, purché idonei a denotare un difetto grave (...) sia pure in uno solo degli ambiti previsti dalla legge».

alla valutazione globale delle competenze tecniche del magistrato e della sua personalità professionale, ma la condotta materiale sanzionata è stata autonomamente valutata rispetto ai parametri professionali, quale circostanza idonea a rivelare una grave mancanza di equilibrio».

Per esemplificare in caso di assoluzione disciplinare perché il fatto non sussiste, la IV Commissione dovrà escludere la rilevanza di tali fatti. In caso di esclusione dell'elemento soggettivo da parte del giudice disciplinare, invece, essa potrà tenere conto della condotta materiale; in caso di proscioglimento per tenuità del fatto, (es. ritardi nel deposito dei provvedimenti), potrà comunque valutare tale condotta unitamente alla diligenza complessiva del magistrato (considerando, ad esempio, la puntualità o i ritardi nel deposito nei periodi diversi da quelli oggetto di addebito disciplinare).

Si tratta di questioni che possono essere in concreto particolarmente intricate, come accade quando l'addebito disciplinare, necessariamente legato a condotte ben circoscritte, si unisce ad un quadro di comportamenti più ampio, non addebitabile disciplinarmente, ma rilevante per la valutazione di professionalità e/o per l'incompatibilità ambientale del magistrato.

6.7.1. Sospensione dal servizio.

Come in precedenza accennato, la Circolare consiliare, a seguito delle modifiche disposte nel 2017 chiarisce che i periodi di valutazione debbano essere necessariamente più ampi rispetto a quello ordinariamente quadriennali qualora il magistrato, per una pluralità di cause, non presti servizio. La Relazione illustrativa chiarisce tale aspetto: «nei casi in cui il magistrato non abbia svolto attività lavorativa, appunto per condanna disciplinare alla sospensione dalle funzioni ovvero per congedo straordinario nei casi dettagliatamente indicati dal capo XIII qui novellato, è logico e coerente che quei periodi non possano essere conteggiati ai fini della valutazione di professionalità che altrimenti si ridurrebbe irragionevolmente il periodo di valutazione ovvero non si terrebbe conto della necessaria posticipazione della carriera, determinata tanto dalle condanne disciplinari alla perdita di anzianità quanto dai casi di aspettativa o congedo straordinario che determinano una perdita

di anzianità»⁴⁵⁴.

La dilazione della valutazione risulta coerente con il non esercizio delle funzioni e, pertanto, con la mancanza di un oggetto effettivo della valutazione.

6.8. I problemi del ritardo nella conclusione del procedimento di valutazione di professionalità.

Aspetto diverso dalla divergenza temporale delle valutazioni del magistrato che non consegue valutazioni tutte positive rispetto ai colleghi di concorso è quello del ritardo in cui interviene il giudizio di professionalità rispetto alla scadenza del periodo di valutazione. Il meccanismo nel quale si articolano le valutazioni di professionalità e il procedere asincrono del termine finale del periodo di valutazione (ancorato al solo dato temporale) e del giudizio successivo (che dipende dai tempi di definizione del procedimento), per quanto talora inevitabili, possono determinare, qualora la prima delle due valutazioni in sequenza sia negativa o non positiva, delle conseguenze certamente non auspicabili⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ Continua la Relazione: «Per l'effetto, e per esemplificare, ove un magistrato debba essere valutato per la quarta valutazione di professionalità per il quadriennio dal 28.2.2012 al 28.2.2016 ed in quel quadriennio sia stato colpito da una condanna disciplinare di sospensione dalle funzioni di un anno ovvero abbia beneficiato del congedo straordinario per ricongiungimento del coniuge all'estero per la durata di un anno, il periodo di valutazione riguarderà l'arco temporale dal 28.2.2012 al 28.2.2017, pari comunque ad un quadriennio netto, visto che in questi cinque anni vi sarà stato un anno in cui il magistrato non ha prestato attività lavorativa e non è stato quindi valutabile (salve eventuali e gravi condotte extrafunzionali, che sarebbero comunque da valutare ma rappresentano una mera e non frequente eventualità)».

⁴⁵⁵ In passato vi è stata una proposta di modifica della Circolare tesa ad ovviare a tale inconveniente soprattutto quando il parere positivo del Consiglio Giudiziario lasci prevedere un analogo giudizio positivo da parte del CSM. Si è evidenziato, tuttavia, da parte dell'Ufficio Studi che «Si verificherebbe, nell'indicata eventualità, una compressione dei diritti del magistrato in valutazione, compressione difficilmente giustificabile proprio nel caso – che ha formato oggetto, di recente, della modifica alla Circolare, introduttiva, al Capo XVII, del punto 3 bis – del soggetto che abbia ottenuto il parere favorevole da parte del Consiglio Giudiziario e rispetto al quale il primo organo che abbia disposto un'interlocuzione, a seguito del rilievo di criticità dapprima obliterate, sia stata la Quinta Commissione». A fronte di tale problematica si è altresì ricordato che «Per evitare tale compressione e al fine precipuo di riempire di contenuti sostanziali il diritto al contraddittorio di cui si è ripetutamente affermata l'esistenza, l'anzidetta articolazione dell'Organo di autogoverno ha formulato la proposta di modificare la Circolare in tema di valutazioni di professionalità nel senso di stabilire che, qualora le delibere consiliari che formulano un giudizio “non positivo” o “negativo” intervengano a distanza di più di un anno – nella prima eventualità – o di più di due anni – nella seconda – dai periodi che devono formare oggetto degli scrutini suppletivi, tali scrutini siano effettuati tenendo conto anche degli elementi relativi alla professionalità del magistrato intervenuti successivamente all'anno o al biennio *de quibus* e che, in tale eventualità, il Consiglio disponga le integrazioni istruttorie valutate necessarie». Come si vedrà, la proposta non è stata poi approvata per l'impossibilità di addivenire a soluzioni conformi al dato normativo primario (vedi a riguardo Delibera Plenaria adottata il 17 marzo 2017 allegata p. 4750/2017, pag. 7).

Si tratta di un problema che si accentua quando il procedimento di valutazione è sospeso per la pendenza di un procedimento disciplinare che peraltro, a sua volta, può essere sospeso in attesa della definizione del processo penale.

L'esemplificazione consente di comprendere bene il problema.

Può ipotizzarsi che il magistrato debba ricevere la seconda valutazione di professionalità a seguito del completamento del periodo 01.1.2011-31.1.2014 e che per le criticità riscontrate e per la sospensione del procedimento per la pendenza di disciplinare, solo nel 2017 venga espresso un giudizio negativo su tale periodo.

A questo punto, il giudizio negativo modifica la sequenza temporale e il magistrato deve essere oggetto di valutazione non per il periodo 1.1.2015-31.12.2016 (previsto a seguito di giudizio positivo), ma per il periodo 01.01.2015-31.12.2016. Il magistrato svolge le funzioni in tale biennio senza sapere che per il quadriennio antecedente verrà poi formulato un giudizio negativo. Al momento della valutazione del biennio 2015-2016 nel 2018 l'interessato riceve il preavviso di giudizio negativo e ha un pieno diritto di difesa quanto alla fondatezza del giudizio, ma non può ovviare alle gravi carenze segnalate nella valutazione del periodo 2011-2015 e 2015-2016.

Si tratta di una evenienza difficilmente evitabile in quanto la giurisprudenza afferma al contempo che:

- deve tenersi conto dei fatti oggetto del giudizio disciplinare⁴⁵⁶, e che, pertanto, non può

⁴⁵⁶ Recentemente T.A.R. Lazio, Sez. Prima n. 1386 del 2018: «la giurisprudenza ha affermato che, nelle valutazioni di professionalità successive alla prima, il giudizio del CSM può (e, anzi, deve) estendersi al vaglio di ogni elemento utile a formulare la migliore valutazione complessiva del profilo professionale del magistrato, con la conseguenza che fra gli aspetti oggetto di rilievo ben possono essere incluse anche le eventuali condotte individuali che in precedenza abbiano formato oggetto di un provvedimento disciplinare, a prescindere dall'esito delle stesse, atteso che il procedimento è proteso all'autonomo "scopo di un completo apprezzamento obiettivo della personalità professionale dell'interessato attraverso la disamina di tutti gli elementi atti a ricostruirla" (cfr. da ultimo Tar Lazio, sez. I, 5 aprile 2017, n. 4238)».

Al di là delle diversità strutturali tra le due fattispecie considerate dall'appellante (il giudizio disciplinare ed il procedimento amministrativo di valutazione della professionalità), diverse sono le interferenze tra gli stessi. V. anche Cons. St., Sez. Quinta, n. 4149 del 2017 secondo cui: «in primo luogo, ciò si verifica per quanto concerne i doveri del magistrato, individuati dall'art. 1 del d.lgs. n. 109 del 2006 in imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo ed equilibrio, ed i parametri di valutazione della professionalità, che parimenti espressamente contemplano alcuni di essi (non il riserbo e la correttezza, pur rilevando gli stessi, nel giudizio valutativo, in relazione, ad esempio, ai rapporti di collaborazione con gli uffici giudiziari, i magistrati destinatari del coordinamento ed i soggetti istituzionali terzi). Anche in relazione agli illeciti disciplinari alcune fattispecie tipiche trovano dei corrispondenti nei parametri e negli indicatori della professionalità, in primis in tema di ritardi: in ambito disciplinare, l'art. 2, comma 1, lett. q) prevede "il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni" (con presunzione di non gravità del ritardo che non ecceda il triplo dei termini previsti dalla legge), laddove la circolare, tra gli indicatori della diligenza, menziona il "rispetto dei termini per la redazione e il deposito dei provvedimenti,

che attendersi l'esito del relativo giudizio ove non sia possibile in sede di quarta commissione una compiuta e celere istruttoria a riguardo, ferma l'autonomia dei due procedimenti;

- il *principio di pertinenza* della condotta rilevante al periodo di valutazione ha carattere inderogabile, non potendo essere traslato il relativo giudizio ad un periodo successivo a quello in cui è stata posta in essere⁴⁵⁷. Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato i fatti oggetto di rilievo disciplinare devono riferirsi al periodo oggetto di valutazione, per cui la sentenza disciplinare intervenuta successivamente per fatti anteriori non può essere utilizzata per negare la valutazione positiva di professionalità del quadriennio successivo (cfr. es. Cons. Stato, Sez. V, n. 3442/2017)⁴⁵⁸.

In senso contrario altra pronuncia, tuttavia, si afferma, invece, che «quando un episodio non è stato valutato dal CSM in sede di progressione di carriera, perché ancora oggetto di esame in sede disciplinare, il medesimo episodio - una volta accertato nella sede disciplinare - ben può essere preso in considerazione in occasione della successiva valutazione dell'interessato»⁴⁵⁹.

o comunque per il compimento di attività giudiziarie», rinviando per il relativo accertamento all'esame dei prospetti statistici comparati o alle indicazioni dei dirigenti degli uffici».

⁴⁵⁷ Per quanto «non si tratta (i) di una inammissibile duplicazione di sanzione, in quanto la rinnovata considerazione di un fatto già colpito da un precedente disciplinare non viene effettuata con una prestabilita finalità punitiva, costituendo piuttosto un accertamento proteso al ben diverso scopo di un completo apprezzamento obiettivo della personalità professionale del magistrato, attraverso la disamina di tutti gli elementi atti a ricostruirla (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 28 marzo 1992, n. 3391)» (conf. Cons. stato, Sez. 5, 4149/2017)»; conf. Cons. Stato n. 620 del 2017: «In questo differente contesto valutativo – a differenza di quello finalizzato a una stima anche de futuro e non semplicemente de preterito - infatti, una distinta considerazione di un fatto già colpito da precedente disciplinare non configura, in sé stessa, un'inammissibile duplicazione di “sanzione”, ma costituisce un accertamento proteso al ben diverso scopo di un completo apprezzamento obiettivo della personalità professionale del magistrato, attraverso la disamina di tutti gli elementi atti a ricostruirla in vista del suo successivo svolgimento di carriera (cfr. Cons. Stato, IV, 3 giugno 2010, n. 3544; IV, 5 luglio 2010, n. 4250, che si riferisce alle condotte individuali già accertate e oggetto di procedimento penale, disciplinare o di trasferimento per incompatibilità ambientale; IV, 10 giugno 2011, n. 3527, che precisa che i fatti possono essere anche antecedenti la pregressa valutazione di professionalità; 1 settembre 2015, n. 4093, che sottolinea che non ricorre un'inammissibile duplicazione di sanzione vietata dal ne bis in idem). Un fatto che abbia costituito un precedente disciplinare deve comunque distintamente vagliarsi se rileva ai fini del detto art. 11». (conf. 3544 del 2010).

⁴⁵⁸ Ne consegue che, impregiudicati i casi di sospensione obbligatoria della valutazione in caso di sospensione dalle funzioni in via cautelare (par. XII della Circolare) la sospensione facoltativa del procedimento – prevista dal comma 2 del par. XII - va disposta, salva la possibilità di valutare autonomamente quei fatti alla base del giudizio disciplinare senza attendere l'esito, proprio per evitare irrazionalmente che essa divenga irrilevante a seguito del conseguimento della valutazione di professionalità e per poter effettuare quella valutazione necessariamente completa necessaria ad attribuire la qualifica, salvo l'eventuale revoca in autotutela della valutazione precedentemente conseguita. In altri termini andrebbe escluso che si possa non sospendere il procedimento valutativo e omettere l'analisi dei fatti alla base dell'incolpazione disciplinare.

⁴⁵⁹ Cons. Stato, 26 febbraio 2019, n. 1339, che aggiunge: «9.5 Non si tratta di proiettare sine die le conseguenze di un episodio circoscritto, ma di riconoscere che tale episodio, certamente sintomatico della

Assecondare le conflittuali esigenze di accertamento (e relativi tempi) e di pertinenza dei fatti al periodo in valutazione comporta che, quando la loro natura non può essere agevolmente accertata nel procedimento amministrativo della IV Commissione, occorre opportunamente attendere il giudizio disciplinare (o anche del procedimento di trasferimento ex art. 2 l. guarentigie) prima di procedere alla valutazione del magistrato, con ciò potendo verificarsi il superamento dei periodi di osservazioni abbreviati previsti in caso di giudizio non positivo o negativo.

Per comprendere se tale evenienza sia stata presa in considerazione dal legislatore e quali siano i rimedi occorre, quindi, di ricostruire le modalità attraverso le quali il legislatore primario ha inteso regolare il procedimento di valutazione di professionalità successivo ad una valutazione negativa o non positiva e, nello specifico, analizzare se esso presupponga giuridicamente che il magistrato sia consapevole dell'esito sfavorevole del pregresso giudizio.

Non si tratta di un problema di contraddittorio endoprocedimentale e della possibilità di contrastare il giudizio di segno negativo del consiglio giudiziario o, in ipotesi, anche della IV[^] commissione, perché la circolare consiliare assicura ampiamente il diritto di difesa del magistrato all'interno del procedimento valutativo (al quale, per l'ipotesi dell'adozione di un giudizio negativo, è dedicato l'intero par. XVIII della Circolare).

Si tratta, invece, di comprendere la natura e le finalità del giudizio di segno negativo per accertare se esso rappresenti una semplice ricostruzione *de praeterito* della professionalità espressa nel quadriennio oppure abbia anche altre finalità di indirizzo o *tutorie* nei confronti del magistrato.

L'art. 11, comma 1 si esprime nei seguenti termini «1. Se il giudizio è "negativo", il magistrato è sottoposto a nuova valutazione di professionalità dopo un biennio. Il Consiglio superiore della magistratura può disporre che il magistrato partecipi ad uno o più corsi di riqualificazione professionale in rapporto alle specifiche carenze di professionalità riscontrate; può anche assegnare il magistrato, previa sua audizione, a una diversa funzione nella medesima sede o escluderlo, fino alla successiva valutazione, dalla possibilità di

mancanza di equilibrio, non essendo stato preso in considerazione nella valutazione di idoneità alla qualifica di magistrato di appello essendo ancora in corso gli accertamenti del caso secondo le garanzie proprie del procedimento disciplinare, possa e debba essere ponderato nella fase valutativa successiva, nel cui arco temporale comunque gli effetti di quella condotta vanno a riverberarsi con certezza, quanto meno nella fase iniziale».

accedere a incarichi direttivi o semidirettivi o a funzioni specifiche. Nel corso del biennio antecedente alla nuova valutazione non può essere autorizzato lo svolgimento di incarichi extragiudiziari».

La Circolare in proposito, riprendendo il testo dell'art. 10 d.lgs. 160/2006, comma 1, recita, al par. XVII.5: «5. Laddove il Consiglio superiore abbia espresso giudizio negativo la delibera deve indicare espressamente i parametri deficitari e, per l'effetto, specificare: - se il magistrato debba eventualmente partecipare a corsi di riqualificazione professionale, indicandone la natura ed il numero; - se il magistrato sia inidoneo all'esercizio di particolari funzioni e se, in tal caso, si imponga un'assegnazione ad altra funzione fino alla successiva valutazione; - se si imponga l'esclusione dall'accesso ad incarichi direttivi, semidirettivi o a funzioni specifiche, indicandone la natura. In tali casi copia della delibera va trasmessa alla Scuola superiore della magistratura, salvo quanto previsto dalla disciplina transitoria, o alle articolazioni consiliari competenti per l'ulteriore corso».

Ancora il successivo comma 6 dispone che «Il Consiglio Superiore, in caso di primo giudizio negativo, procede a nuovo scrutinio trascorsi due anni dalla scadenza del quadriennio per il quale si è riportata la valutazione negativa».

Il dato testuale della normativa primaria evidenzia una netta divergenza quanto al tipo di provvedimento che il Consiglio è tenuto ad adottare in caso di giudizio *non positivo*, rispetto a quello in cui il giudizio è *negativo*: nel primo caso, infatti, il Consiglio non può adottare alcuna misura tesa ad ovviare le ricadute delle carenze riscontrate nella professionalità del magistrato. Nel secondo caso, invece, può adottare le misure in precedenza esposte.

Ma che natura e funzione hanno tali prescrizioni e a chi sono indirizzate?

Innanzitutto, si tratta di previsioni di carattere facoltativo e, come tali, rimesse alla discrezionalità consiliare.

In secondo luogo, esse sono dirette, in sostanza, al dirigente perché provveda ad adottare le misure organizzative indicate dal Consiglio, e non al magistrato. Esse, infatti, appaiono in prima battuta e direttamente volte a ridimensionare gli effetti negativo dell'esercizio carente delle funzioni giurisdizionali e non assumono carattere prescrittivo nei confronti del magistrato, disponendosi alternativamente l'assegnazione ad altre funzioni (in deroga al divieto di inamovibilità) o l'esclusione da incarichi o specifiche funzioni.

Solo l'obbligo di frequentazione di corsi di riqualificazione vede come destinatario il

magistrato, ma esso ha carattere, come può apprezzarsi del tutto generico ed attiene a criticità organizzative o gravi lacune di competenza.

Di certo, tuttavia, la norma primaria non prevede in alcun modo che al magistrato vengano fornite prescrizioni su modalità di esercizio della funzione o obiettivi da raggiungere.

Ne consegue che il giudizio da esprimersi dopo la valutazione negativa resta del tutto identico a quello del magistrato che viene valutato all'esito del quadriennio.

Ciò comporta che il magistrato non è – almeno non in termini giuridici - orientato, né potrebbe esserlo a garanzia della sua indipendenza, nel rispetto al *quomodo* dell'esercizio delle funzioni né tanto meno, ove si registrino ritardi rilevanti o carenze organizzative il Consiglio può prescrivere in che modo egli debba ovviarvi. Trattasi, quindi, nei limiti nei quali non si invada la sfera di autonomia del magistrato, di rimedi rimessi nella loro attuazione al capo dell'ufficio che deve approntare i rimedi organizzativi necessari a ovviare alle disfunzioni cagionate a seguito delle carenze professionali palesatesi.

Inoltre, occorre constatare che l'art. 11, comma 2, prevede che per tutte le valutazioni valgano i medesimi parametri, indipendentemente dal momento dalla fase della progressione in carriera – cioè non prevede criteri di maggior rigore per le valutazioni più avanzate e dalla natura dei giudizi precedentemente espressi, con l'eccezione del giudizio non positivo a cui segue – nell'anno successivo - il perdurare della medesima carenza dimostrata in tale occasione (il giudizio, si ripete è *negativo* anche quando «la valutazione evidenzia [...] il perdurare di carenze in uno o più dei parametri richiamati quando l'ultimo giudizio sia stato "non positivo"»).

Il legislatore primario, pertanto, così come quello secondario, non presuppone né espressamente, né implicitamente che il magistrato in valutazione abbia conoscenza tempestiva del giudizio negativo ricevuto in precedenza.

In altre parole, la valutazione non cambia né quanto all'oggetto né al metodo o al rigore del giudizio; ciò che muta è solo l'orizzonte temporale. La limitazione del tempo di valutazione nel caso in cui non sia conseguita la valutazione positiva è perfettamente coerente con le carenze riscontrate e con la necessità di un monitoraggio più serrato del magistrato che non è potuto progredire, dimostrando un esercizio della giurisdizione idoneo a compromettere anche severamente i diritti dei cittadini. È perfettamente logico, pertanto, che non si attenda un ulteriore quadriennio prima che sia nuovamente espresso un giudizio sull'operato del magistrato.

Partendo dal presupposto in precedenza indicato che il doppio giudizio negativo debba afferire alla medesima valutazione, il secondo periodo di osservazione rappresenta, in sostanza, una misura garantistica per la quale il magistrato, invece, di essere dispensato dal servizio al termine del quadriennio per una valutazione non positiva o negativa, beneficia di un periodo supplementare di osservazione che, dovendosi contemperare il suo diritto alla conservazione del posto di lavoro con un minimo di rendimento qualitativo e quantitativo, oltre che con un esercizio indipendente e equilibrato della giurisdizione, deve essere necessariamente più breve. Solo al perdurare di plurime gravi carenze viene esonerato.

La normazione secondaria non si occupa dell'aspetto della conoscenza, limitandosi a richiamare le già citate disposizioni dell'art. 11 del d.lgs. n. 160 del 2006.

La consapevolezza dell'aver già ricevuto una valutazione negativa e del mutamento del regime giuridico del periodo (quanto alla durata e al possibile esito) di osservazione successivo, pertanto, assume rilievo solo come monito, come stimolo psicologico correggere il proprio operato – del quale, naturalmente, il magistrato è tenuto ad avere giuridica contezza - sì da evitare la grave conseguenza della cessazione dal servizio⁴⁶⁰.

⁴⁶⁰ Nella delibera consiliare citata del 15 marzo 2017 a riguardo si osserva: «Seguendo il principale criterio ermeneutico di cui all'art. 12 disp. prel. c.c., va rilevato che sia la norma primaria (ossia l'art. 11 del d.lgs. n. 160/2006) sia la norma secondaria (ossia la circolare 12940/2007) impongono che il periodo, annuale o biennale, di rivalutazione del magistrato che non abbia conseguito una positiva valutazione di professionalità sia collocato subito dopo quello già preso in considerazione, senza soluzione di continuità. Ciò senza alcuna eccezione, anche quando il magistrato nel periodo scrutinato non abbia svolto attività giudiziaria. Come infatti chiarito nel parere tecnico n. 290/2013, reso in data 23.9.2013 dall'Ufficio studi e documentazione di questo Consiglio, all'attualità, non vi è alcuna norma di rango primario che condizioni la legittimità del conseguimento della valutazione di professionalità all'effettivo esercizio dell'attività giurisdizionale. L'unico dato di legislazione positiva è quello che riferisce il controllo periodico a ciascun quadriennio in cui si articola il rapporto di servizio del magistrato, computato a decorrere dal decreto ministeriale di nomina. Una diversa soluzione, che collochi la valutazione in un momento successivo e consideri un periodo diverso e più lungo di quattro anni dalla precedente allo scopo di attendere un corrispondente periodo di reale esercizio delle funzioni, avrebbe l'effetto di modificare sostanzialmente il percorso di carriera individuando una diversa decorrenza giuridica ed effettiva degli avanzamenti economici, nonché degli eventuali tramutamenti funzionali possibili per il magistrato interessato»⁴⁶⁰. In conclusione, «sebbene l'espletamento dell'ulteriore attività giudiziaria, causativa di conseguenze non proprio in linea con i principi di ragionevolezza e di equità che necessariamente devono connotare l'azione amministrativa, la proposta formulata dalla Quarta Commissione, in cui – come detto – si propugna la presa in considerazione di tutto il lasso temporale che precede la concreta effettuazione della valutazione di professionalità, anche nella parte eccedente l'anno o il biennio oggetto dello scrutinio suppletivo, se di apprezzabile durata, presta il fianco, pur nell'encomiabile finalità che la connota, a più d'una critica. Non può non rilevarsi, infatti, che la proposta di modifica della Circolare di cui trattasi presenta evidenti profili di contrasto con la normativa primaria di cui all'art. 11, 10° e 11° comma, D.lgs. 160/2006, ove si prevede con chiarezza che lo scrutinio suppletivo si effettua decorso un anno o un biennio dalla prima valutazione “non positiva” o “negativa”. E questo a tacer del fatto che, in conseguenza delle modifiche in disamina, si infrangerebbe, sul piano formale, la scansione dei periodi quadriennali (nell'eventualità fisiologica), biennali o annuali (in quelle patologiche) che caratterizzano la progressione in carriera dei magistrati e si finirebbe, de facto, col valutare doppiamente la frazione temporale, di congrua

Tanto richiamato, alla luce di quanto in precedenza esposto, appare comprensibile che permangano esigenze opposte, difficili da coniugare: se da un lato il rallentamento del procedimento di valutazione è fisiologico allorché emergano severe criticità, soprattutto quando esse siano oggetto di contestuale valutazione in sede disciplinare, dall'altro lato, indubbiamente il potere-dovere del Consiglio di intervenire sulle funzioni espletate dal magistrato (si è detto non quanto alle modalità di esercizio della funzione giurisdizionale) è frustrato dall'espressione di un giudizio negativo sul quadriennio quando è già decorso anche l'ulteriore biennio di valutazione e, al contempo, il magistrato non avrà la possibilità di ovviare alle criticità riscontrate con la valutazione negativa.

Ulteriore restrizione allo spazio di intervento consiliare è dato dalla necessità, già indicata, di non stravolgere la sequenza temporale e l'oggetto delle valutazioni di professionalità prescritte dal legislatore. La traslazione del periodo biennale di valutazione ad un momento successivo a alla comunicazione del giudizio negativo comporta anche la possibilità di effetti giuridici *in malam partem* ove il magistrato non abbia manifestato gravi carenze nel biennio previsto *ope legis* di monitoraggio biennale. In tal caso egli, tornando all'esempio, incrementando notevolmente la produttività quanto al parametro della laboriosità negli anni (2015-2016) successivi al 2011-2014, ha acquisito l'aspettativa giuridicamente tutelata di ottenere una valutazione positiva. Per contro, ove la grave carenza di produttività si sia ripetuta nel periodo *traslato*, da considerarsi dopo la comunicazione del giudizio negativo egli, invece, di conseguire la valutazione di professionalità maturata con un biennio positivo dopo quello negativo, dovrebbe essere valutato negativamente per il periodo 2017-2018 e dovrebbe essere dispensato dal servizio.

Nel caso, invece, di giudizio positivo sul 2017-2018, resterebbe non valutato il periodo pregresso, nonostante, per evitare effetti *in malam partem*, la valutazione positiva dovrebbe essere riconosciuta con effetto dal 2016, e non dal 2018.

Concludendo sul punto, la necessità di tener conto di elementi non ancora definiti quanto alla valutazione di professionalità, combinata a quella di delimitare rigorosamente il periodo in valutazione senza traslazione determina una oggettiva impossibilità di addivenire nei casi critici ad una delibera di valutazione non positiva o negativa

durata, eccedente l'anno o il biennio oggetto di scrutinio suppletivo, vagliata sia nell'ambito dell'indicato scrutinio suppletivo "allargato", sia all'interno della successiva valutazione di professionalità, ove prevista».

immediatamente a ridosso della scadenza del quadriennio.

7. Le modalità espressive del giudizio sulla professionalità del magistrato.

Il dibattito sulle modalità attraverso le quali esprimere le valutazioni di professionalità non si è mai sopito.

Alcuni ritengono che i pareri di valutazione periodica di professionalità debbano essere ridotti al minimo, servendo esclusivamente a verificare se quel magistrato può proseguire il proprio lavoro. Ne costituisce un logico corollario che i pareri dovrebbero essere analitici solo se sussistono criticità.

Altri, invece, sostengono che i pareri debbano essere analitici ed esprimere tutte le qualità del magistrato, con particolare riguardo a quelle rilevanti per la valutazione degli incarichi. Non solo per quelli semidirettivi o direttivi, ma anche per quelli più legati alla professionalità giudiziaria (si pensi alla nomina a magistrato di Cassazione) o a specifiche funzioni extragiudiziarie, quali quelle formative, informatiche e ordinamentali.

In un articolo dal titolo indovinato “Basta aggettivi!”⁴⁶¹, si afferma che essi non costituiscono non più semplicemente un onorifico riconoscimento di professionalità appiattito verso l’alto e valido per tutti, ma “l’ambito di verifica delle prospettive di carriera dei magistrati, atteso che l’utilizzo di un “eccellente” assume un rilievo straordinario nelle successive valutazioni comparative del Csm”.

Si è sottolineato, ancora, che nei consigli giudiziari “si discute spesso su adeguato, buono, ottimo, eccellente, come se il parere dovesse creare una graduatoria da giocare nella carriera futura” e che si tratterebbe di un atteggiamento errato in quanto la Circolare afferma in modo inequivoco che “il dispositivo del parere contiene il giudizio finale, positivo, non positivo o negativo, senza aggettivazioni relative a tali giudizi”.

Naturalmente la Circolare che, in effetti, vieta gli aggettivi nella sola parte dispositiva, rileva fino ad un certo punto, potendo essere cambiata con una nuova delibera consiliare. Quella espressa con tale tesi, non è tanto una interpretazione del reale, quanto una proposta, perché gli aggettivi, salvo quelli negativi non hanno rilevanza per la valutazione di professionalità, ma contano, eccome, per il conferimento di incarichi direttivi e di altra

⁴⁶¹ I. Mannucci Pacini, *Basta aggettivi*, in www.questionegiustizia.it, 2020.

natura, sia pure come caratterizzazione di esperienze ed attività svolte o sulla qualità di redazione dei provvedimenti giudiziari.

Il problema non è tanto quello di aggettivare o meno, ma quello delle fonti a cui attingere, non per la valutazione di professionalità, ma per il successivo conferimento delle funzioni: se gli aggettivi sono voti impliciti e scarsamente sindacabili, come sostituirli nelle procedure comparative e in quelle fondate su punteggi (per attitudine, merito e anzianità). Non è questa la sede per affrontare *funditus* tale tematica, ma rappresenta un fatto che l'attuale Testo unico sulla dirigenza giudiziaria contiene numerosi elementi di valutazione (indicatori) dell'attitudine ad un determinato incarico direttivo e che, naturalmente, rileva non solo cosa si sia fatto, ma anche il *come* si è svolto un determinato lavoro (e quindi, i problematici aggettivi), tanto che occorre sempre indicare i *risultati conseguiti*. Il TU, quindi, non richiede comparazioni fatte in base aggettivi, ma neppure li espunge e, anzi a fronte di esperienze analoghe, delinea un giudizio comparativo nel quale la valutazione dei dirigenti sull'operato dei magistrati può sostituire l'ago della bilancia.

Inoltre, per il conferimento delle funzioni di legittimità, oltre a doversi tenere conto della capacità scientifica e di analisi delle norme, deve essere scandagliato l'intero profilo professionale del magistrato in conformità ai criteri propri delle valutazioni di professionalità (art. 12 d.lgs. 160 del 2006) che, pertanto, restano l'ossatura sulla quale valutare anche l'attitudine a determinati incarichi. È evidente che se si tratta di giudizi standardizzati nei casi, la stragrande maggioranza privi di criticità, essi non presentano alcuna utilità.

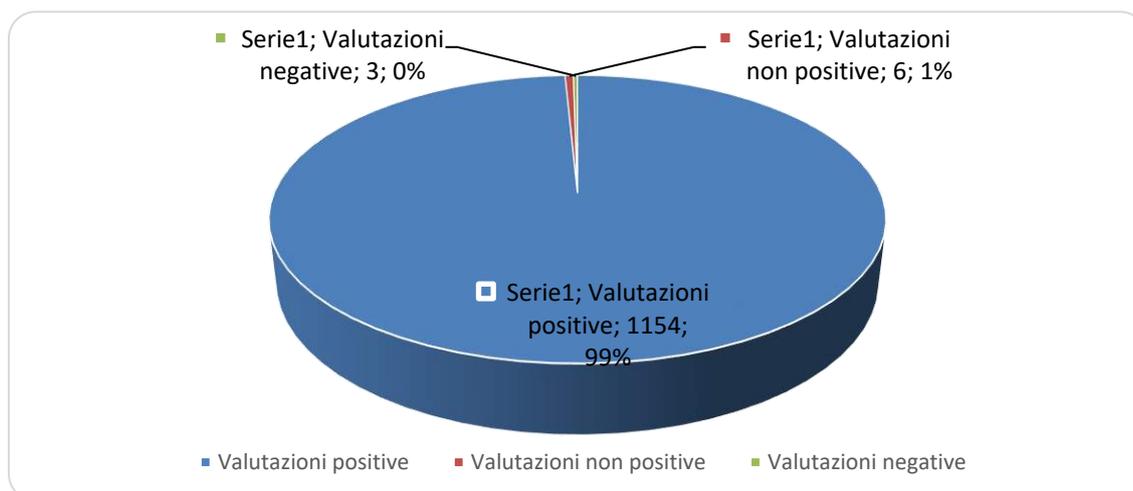
Infine, la necessità di una coerenza tra provvedimenti amministrativi, altrimenti censurabili dal giudice amministrativo, induce a non poter riformulare volta per volta il giudizio sul magistrato che aspira ad un determinato incarico disattendendo quanto precedentemente espresso, se non sulla scorta di nuovi elementi fattuali (solitamente di natura disciplinare o che attengono ai prerequisiti o a incompatibilità) non frequentemente riscontrabili.

8. Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni di professionalità.

Costituisce *jus receptum* nella giurisprudenza del Consiglio di Stato e del T.A.R. del Lazio (T.A.R. Lazio 29 marzo 2010, n. 4924; 4 maggio 2007, n. 3926; 18 luglio 2003, n. 6358;

15 ottobre 1999, n. 2288), per ciò che concerne la delimitazione espansiva dell'esercizio del sindacato giurisdizionale sugli atti consiliari, che l'ambito dell'indagine giurisdizionale si limiti all'estrinseca legittimità del provvedimento adottato, con particolare riguardo alla fedele ricostruzione dei fatti, alla congruenza dei presupposti e logicità della motivazione, nonché all'accertamento del nesso logico di consequenzialità tra presupposti e conclusioni. Ciò al fine di accertare se il potere discrezionale del CSM si sia svolto nel rispetto dei criteri generali previsti dalla legge ed in conformità ai canoni di ragionevolezza che connotano qualsivoglia potere amministrativo. È, quindi, *ex converso* precluso al Giudice amministrativo di sovrapporre una sua valutazione a quella effettuata dall'Organo cui tale potere spetta in via esclusiva (T.A.R. Lazio, 29 marzo 2010, n. 4924).

9. Conclusioni.

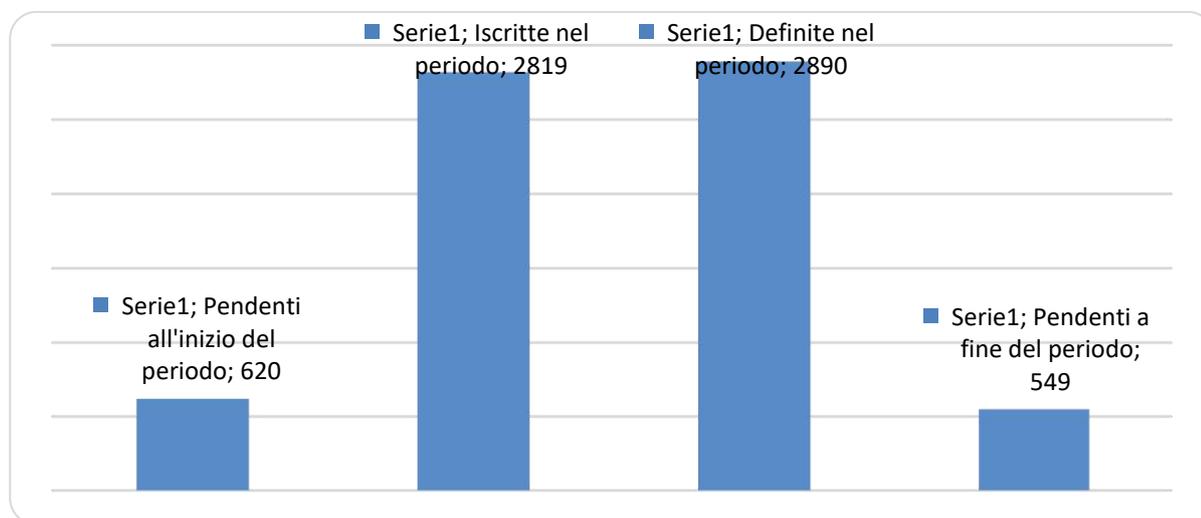


Emergono dall'analisi compiuta numerose criticità del sistema delle valutazioni di professionalità.

I. Dal punto di vista generale, nonostante le articolazioni della disciplina e gli approfondimenti consiliare e associativi sul tema, potrebbe dirsi riguardo alle valutazioni di professionalità che si agita *molto rumore per nulla*: nel periodo 2008-2010 su 2.300 nuove valutazioni (che non riguardavano periodo maturati in precedenza) n. 2.297 sono state positive.

Lo scorso anno, a fronte di una attività laboriosa della IV Commissione i dati non sono molti distanti, come si evince dai grafici seguenti:

Distribuzione delle valutazioni deliberate nel periodo per esito



234

Movimento delle pratiche trattate nel periodo considerato

II. La quasi totalità di valutazioni positive dimostra come anche le gravi cadute deontologiche riscontrate anche negli ultimi anni stentino ad emergere, e, ancor più, ad essere prevenute attraverso un accertamento puntuale delle professionalità non adeguate. Diversi magistrati, sottoposti anche a misure cautelari personali o condannati in via definitiva in sede penale negli ultimi anni, avevano in precedenza ricevuto valutazioni positive nonostante alcuni comportamenti non irreprensibili fossero già emersi nell'istruttoria per le valutazioni di professionalità che, pertanto, non sono state in grado di evitare il decadimento progressivo della loro deontologia.

III. L'uso di aggettivazioni improprie ed attribuite spesso in modo del tutto soggettivo, senza rigore metodologico, oltre a contrastare talvolta con la logica e la matematica (da un esame complessivo la *maggior parte* dei magistrati, oltre ad essere eccellente ha statistiche *superiori* alla media) rende problematico il successivo scrutinio dei magistrati per le funzioni direttive e di legittimità, fondate anche, o soprattutto (artt. 11 e 12 d.lgs. 1060/2006), sulle valutazioni di professionalità.

IV. Non si riesce a spezzare, inoltre, il circolo tra valutazioni di professionalità generose e al conseguente vincolo, che ne deriva per il Consiglio, sindacabile dal giudice amministrativo sotto il profilo della contraddittorietà, al momento di conferire le funzioni

direttive o di legittimità⁴⁶².

La ragione è insita in numerosi fattori tra i quali la difficoltà di esprimere giudizi negativi da parte dei dirigenti giudiziari (e prima ancora da parte dei presidenti di sezione o da parte dei procuratori aggiunti), nonché di ancorare i giudizi ad elementi concreti ed analitici, oltre che a non infrequenti tendenze “protettive” da parte dei gruppi associativi.

V. La preoccupazione del ritardo nei depositi porta taluni a privilegiare una gestione fin troppo oculata del proprio ruolo, evitando il rischio dell’assunzione di un carico eccessivo di decisioni. Si tratta di una preoccupazione eccessiva, che crea una forbice tra il rischio *percepito* e quello reale di ricevere una valutazione negativa (così come una condanna disciplinare), minimo e collegato a comportamenti abnormi. Alcuni eccessi ed automatismi nelle valutazioni dei ritardi in precedenti consiliature hanno alimentato oltremodo tali preoccupazioni, radicando l’idea che l’incremento della produttività con accumulazione di un arretrato, tutto sommato *fisiologico*, sia un rischio molto maggiore che contenere il numero di provvedimenti depositati con attenzione maniacale alla tempistica. Si tratta di un dato fuorviante, perché espunti, appunto, gli automatismi connessi alla soggezione indeclinabile al disciplinare in caso di ritardi oltre una certa misura (molto abbondante), i casi effettivi di condanna disciplinare per ritardi sono per magistrati che, purtroppo, hanno numerosissimi ritardi cronici nel deposito.

VI. In una certa misura collegata è la tematica della valutazione delle statistiche comparate. Pur costituendo un indicatore ineliminabile della laboriosità del magistrato, portano indirettamente alcuni a prediligere la definizione delle cause, solitamente le più recenti, che possono essere definite speditamente. Solo un piano di smaltimento dell’arretrato e un progetto di organizzazione individuale e dell’ufficio dei ruoli, e la relativa verifica del rispetto dello stesso, consente di coniugare arretrato, complessità e produzione quantitativa, rifuggendo ad opportunismi selettivi.

VII. Un ulteriore elemento di riflessione è costituito dal giudizio sui provvedimenti a campione. Nella mente del legislatore e del Consiglio si tratta di un aspetto centrale nella valutazione della capacità del magistrato; molto spesso, invece, il relatore del Consiglio giudiziario non ne effettua uno scrutinio analitico. Si tratta di uno scarto poco commendevole tra l’impegno necessario ad acquisirli (utilizzo di fin troppo sofisticate

⁴⁶² Sul punto vedi G. Campanelli, *Nuovo Testo unico sulla Dirigenza giudiziaria: possibili effetti sui limiti del sindacato giurisdizionale*, in *questione giustizia.it*, 9 aprile 2016.

procedure di estrazione, la necessità di autentica da parte della Cancelleria e, soprattutto, il singolare onere del magistrato di farsi parte attiva per recuperarli previsto dalla Circolare) e l'utilità effettiva in sede di valutazione. L'assegnazione delle pratiche indipendentemente dalle funzioni e dal settore di esercizio del componente del Consiglio giudiziario designato relatore, poi, ridimensiona ulteriormente l'accuratezza di tale scrutinio.

VII Chiarita la portata del principio di autonomia delle valutazioni di professionalità dal procedimento disciplinare, resta, invece, quello della mancanza da parte del magistrato della conoscenza del giudizio negativo o non positivo nel momento in cui inizia il biennio o l'anno di verifica successiva, determinato dallo sfasamento temporale tra periodo di valutazione e approvazione della delibera di mancato riconoscimento della valutazione di professionalità.

IX. Infine, deve constatarsi che lo spirito più autentico delle valutazioni di professionalità, da intendersi come verifica del raggiungimento di uno standard quantitativo e qualitativo adeguato alla funzione giudiziaria (abbandonando le prassi di fornire da parte del dirigente e di acquisire da parte del magistrato, giudizi con aggettivazioni altisonanti), attraverso l'obbligo di una descrizione analitica e ragionata delle condotte e dei provvedimenti del magistrato, viene in parte frustrato dal necessario collegamento con i bandi-concorso per il conferimento delle funzioni direttive, di legittimità o di coordinamento nazionale. Esso viene operato, non solo dalla V Commissione del CSM, ma anche dal giudice amministrativo.

Si tratta di un problema, tuttavia, che può trovare soluzione, almeno parziale: a) in una revisione del Testo unico sulla dirigenza giudiziaria volto a ridimensionare, selezionare e disciplinare in una ottica di trasparenza i numerosi indicatori, corrispondenti a *medagliette* da acquisire nel tempo in attesa di proporre domande per l'incarico ambito; b) in una lettura corretta dell'art. 12, d.lgs. 160/2006 sul conferimento delle funzioni di legittimità (ma anche sulla destinazione dei magistrati al Massimario presso la Suprema Corte) e della stessa Circolare n. 13778 sui tramutamenti, fedele alla logica del legislatore. Quest'ultimo, quanto a tali funzioni, richiede nella valutazione delle attitudini l'esame *anche* della capacità scientifica e di analisi delle norme da effettuarsi *prevalentemente* sui provvedimenti giudiziari (esaminati i quali si valutano *anche* i titoli scientifici), da affiancarsi all'esame del profilo complessivo del magistrato, senza che il peso del giudizio attitudinale possa essere sbilanciato in favore di competenze giuridiche desunte da

pubblicazioni scientifiche o monografie.

X. Nonostante quanto sopra illustrato, il bilancio attuale relativo al sistema delle valutazioni di professionalità, dal punto di vista ordinamentale, non può essere del tutto negativo. I parametri delle valutazioni di professionalità fissati dal legislatore, i requisiti e gli indicatori fissati dal Consiglio e gli stessi principi enunciati nel contesto eurounitario, chiuso il lungo periodo degli automatismi di carriera e della progressione per anzianità senza demerito, non dipingono una figura di magistrato arretrata e non attuano un inconsapevole ritorno al magistrato disattento al servizio perché concentrato sui passaggi necessari per una carriera brillante.

Un magistrato tecnocratico, chiuso in sé stesso e nel proprio (presunto) sapere giuridico non è, né secondo la normativa primaria né quella secondaria, un *buon magistrato*. L'assenza dei requisiti obbliga ad una valutazione che deve essere necessariamente di segno negativo, senza alcuna possibilità di compensazione tra capacità tecnica o laboriosità e difetto degli elementi necessari a garantire la rispondenza al modello costituzionale di giudice indipendente e terzo, nonché a quello di giudice *equilibrato*.

Il magistrato *professore*, anche se tale profilo viene valorizzato in modo non pertinente in alcuni rapporti di dirigenti, non è un modello prescelto dal legislatore, tanto è vero che le pubblicazioni di provvedimenti giudiziari o di altri contributi aventi rilievo scientifico e le relazioni a convegni giuridici sono solo uno degli strumenti idonei a *dimostrare l'aggiornamento dottrinale e giurisprudenziale*, sempre *che abbiano comportato un arricchimento del lavoro giudiziario*.

Le norme che regolano la valutazione di professionalità disegnano, quindi, indirettamente ma con grande chiarezza, quale siano le caratteristiche del lavoro del giudice: una ricerca di un punto di equilibrio tra efficienza del servizio, mediante attenzione al dato quantitativo e qualità del lavoro; il possesso di adeguate tecniche argomentative, nonché, aspetto a mio avviso essenziale, di congruenza della motivazione e, quindi, della decisione, ai fatti emersi nel processo, capacità di lavoro di equipe con gli altri colleghi, con il personale amministrativo e, nell'Ufficio del processo, insieme ai tirocinanti *ex art. 73*, con i giudici onorari di pace o i VPO assegnati al Tribunale o alla Procura, capacità di condivisione di idee mediante la partecipazioni a riunioni diverse per natura e per partecipanti rispetto alle camere di consiglio.

In tal modo emerge anche quale sia del magistrato professionalmente attrezzato secondo

l'ordinamento attuale: capace di presidiare con fermezza la propria indipendenza anche interna, ma anche di partecipare all'espletamento di un servizio che viene garantito dall'ufficio giudiziario nella sua interezza (come si evince anche dall'obbligo di partecipazione alle scelte organizzative dell'ufficio); non solo redattore di provvedimenti giudiziari, ma anche figura presente in e per l'ufficio; espressione di affidabilità (puntualità e presenza in ufficio) e capacità relazionale, dotato di competenze interdisciplinari (non solo giuridiche, ma anche di capacità di comprensione di questioni tecnico-scientifiche illustrate dai consulenti), munito anche di una attitudine direttiva (del personale amministrativo, del gruppo di lavoro, partecipe al progetto della dirigenza giudiziaria).

Viene ad essere confermata, quindi, l'idea indicata in premessa, per la quale il sistema delle valutazioni di professionalità *disegna* un certo modello di magistratura: in quello attuale un potere diffuso, privo di gerarchie, non composta da monadi ma da individualità che agiscono sinergicamente con gli altri, nel rispetto della propria autonomia; per le quali la soluzione dei casi giudiziari non è una occasione per *fare giurisprudenza*, ma per risolvere con puntualità problemi delle persone ad assicurare la realizzazione di diritti violati e solo eventualmente e indirettamente per contribuire all'innovazione dell'ordinamento. Un modello, però, in parte messo a rischio da spinte carrieristiche e gerarchizzanti, soprattutto nelle procure, indotte dalla riforma ordinamentale.

Manca, però, nelle disposizioni attuali un indicatore della capacità del magistrato che, nella sostanza, costituisce quasi un prerequisito: l'adattabilità ai continui cambiamenti, giuridici, tecnici, relazionali, ambientali e funzionali. Questa capacità però, è il bene più importante che i giovani magistrati possono conferire alla Magistratura.

Abstract: L'altissima percentuale di giudizi positivi di professionalità dei magistrati dimostra l'esistenza di forti criticità nella procedura valutativa. Essa, tuttavia, resta un tratto caratterizzante dell'ordinamento giudiziario in quanto i criteri di valutazione contribuiscono in modo decisivo a scolpire nella Costituzione un ben determinato modello di giurisdizione e di giudice. L'opzione della riforma del 2006-2007 è quella di un magistrato che non agisce come monade, dedito a redigere sentenze-trattato nelle materie di suo interesse, ma che partecipa a una giurisdizione diffusa. Come indicato anche dagli organi consultivi eurounitari, risulta delicato il coordinamento tra i limiti alla valutazione dell'operato del magistrato e la garanzia della sua indipendenza. Diversi aspetti delle

valutazioni di professionalità restano problematici: il rapporto col disciplinare, la standardizzazione eccessiva delle valutazioni, la loro necessaria rilevanza per il conferimento delle funzioni direttive, il giudizio sui provvedimenti giudiziari, i poteri dei consigli giudiziari, gli sfasamenti temporali di valutazione.

Abstract: The very high percentage of CSM positive assessments on judges' professional activities shows the existence of a strong criticality in the evaluation procedure. It is however, a characteristic feature of our judicial system, since the evaluation criteria contribute decisively to shape in the Constitution a well-defined model of jurisdiction and judge. The 2006-2007 reform presents a judge who does not act as a monad, totally devoted to drafting judgements-treaties in topics of his interest, but a judge who participates in a widespread jurisdiction. As also indicated by the Euro-unitary consultative bodies, the coordination between the limits of judicial evaluation and the guarantee of judicial independence appears delicate. Several aspects of professional evaluations remain problematic: the relationship with the disciplinary system, the excessive standardization of evaluations, their necessary relevance for the conferral of management functions, the judgement on judicial rulings, the powers of judicial councils, the time shifts in evaluation.

Parole chiave: CSM – valutazioni di professionalità – indipendenza – disciplinare – promozioni - prerequisiti.

Key words: CSM – judges' evaluation – CCJE – independence – qualitative indicators - disciplinary.

LA BANDA LARGA TRA INTERVENTO PUBBLICO E MERCATO*.

di Camilla Buzzacchi**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. L'azione europea per la banda larga. - 3. La politica nazionale per la banda larga. – 4. L'attuazione della *Strategia*. – 5. L'abuso di posizione dominante da parte di Tim. – 6. Il servizio universale della banda larga: la necessità di investimenti pubblici e di regolazione adeguata

240

1. Introduzione.

L'avvio della *Strategia Italiana per la Banda Ultralarga* risale al marzo 2015: tale politica si è posta «l'obiettivo di contribuire a ridurre il gap infrastrutturale e di mercato esistente, attraverso la creazione di condizioni più favorevoli allo sviluppo integrato delle infrastrutture di telecomunicazione fisse e mobili», e «rappresenta il quadro nazionale di riferimento per le iniziative pubbliche a sostegno dello sviluppo delle reti a banda ultra larga in Italia, al fine di soddisfare gli obiettivi fissati dall'Agenda Digitale Europea entro il 2020»⁴⁶³. Giunti oggi alla data che da allora rappresenta il traguardo, pare opportuno ricostruire la vicenda che si è fin qui sviluppata e che attesta un percorso che presenta ancora incertezze ed esiti non allineati con quelli auspicati all'inizio: ma soprattutto in questo lustro è emerso un indirizzo – da parte degli attori in gioco, operatori economici ed istituzioni – che ancora non si colloca nettamente in un modello di mercato regolato. A fronte di tali elementi la riflessione che si avvia si propone l'obiettivo di evidenziare le criticità che si sono ad oggi palesate e di valutare come l'andamento poco lineare di questa politica rischi di pregiudicare il conseguimento del risultato che essa si è posta, e che rappresenta un'esigenza ampiamente riconosciuta per l'avanzamento – non solo economico – del sistema-Paese.

Il primo passaggio dell'analisi è inteso ad effettuare una ricostruzione del percorso che si è fin qui svolto, che porti a comprendere i risultati che sono stati raggiunti e dunque gli eventuali benefici che la *Strategia* ha generato. A partire dalla rappresentazione effettuata

* *Sottoposto a referaggio.*

** Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Milano Bicocca.

⁴⁶³ In questi termini la *Strategia* si trova descritta nel sito del Governo italiano, <http://bandaultralarga.italia.it/>

risulta poi possibile comprendere il regime che caratterizza la realizzazione di questa infrastruttura – in termini di apertura alla concorrenza – e, di conseguenza, le esigenze di regolazione che si stanno determinando. E a tale proposito, come paradigma di riferimento, può valere una riflessione formulata all’avvio di questo cammino di infrastrutturazione: “L’individuazione delle opzioni regolamentari disponibili nelle aree in cui una corsa agli investimenti nelle NGA è in corso, o potrebbe essere stimolata, dipende dalla definizione del mercato geografico rilevante. Una definizione del mercato rilevante su base nazionale può condurre con maggiori probabilità all’accertamento di una posizione dominante, che potrebbe invece non essere configurabile nelle aree locali maggiormente concorrenziali, ove queste ultime fossero ritenute mercati geografici distinti. In quest’ultimo caso, se non vi è una posizione dominante individuale (e le stringenti condizioni richieste per l’accertamento di una dominanza collettiva non sono soddisfatte), in base all’attuale quadro normativo europeo non è possibile adottare misure regolamentari”⁴⁶⁴. Proprio in tema di regolazione diventa infine necessario considerare la recente decisione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, che ha sanzionato il principale operatore economico privato coinvolto nella realizzazione dell’infrastruttura per violazione dell’art. 102 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea. Il provvedimento è interessante perché conferma un’evoluzione anomala del processo di realizzazione della rete di connessione sul territorio nazionale, posto che emerge un comportamento anticoncorrenziale della società con posizione dominante – benché si debba tenere conto del possibile annullamento della decisione in sede giudiziaria – e di conseguenza una notevole difficoltà a far prevalere dinamiche competitive.

⁴⁶⁴ V. M. Cave, *La regolamentazione delle reti di nuova generazione*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 3/2009, p. 549.

G. De Minico, *Le regole sulle reti di nuova generazione: autorità e politico*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2012, p. 1, si occupa della distinzione dei ruoli di autorità di regolazione e legislatore: «a ciascun regolatore spetta un compito specifico: l’Autorità sarà chiamata a tracciare in anticipo le modalità di condotta degli operatori, al fine di coniugare un duplice obiettivo, quello di incentivare la propensione a un investimento rischioso – poiché dalla costruzione di una rete futura deriva un ritorno economico dal carattere incerto – e garantire, al contempo, che sulla stessa si giochi la piena competizione degli attori del mercato. Il decisore politico, invece, dovrà assolvere al difficile compito di individuare il modello di strategia regolatoria che, tramite l’azione congiunta di soggetti pubblici e privati, si riveli il più idoneo allo sviluppo armonico e uniforme della banda larga e ultra larga sul territorio nazionale».

Interessante poi la prospettiva di A. Tonetti, *La nuova disciplina per lo sviluppo della banda larga: vera semplificazione?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 1/2011, che ha dedicato un’analisi alla c.d. microregolazione normativa-amministrativa, cruciale al pari della macroregolazione per lo sviluppo di una rete nazionale.

Il quadro che si prevede di ricavare da questo cammino di analisi è dunque quello di un rapporto non semplice fra intervento pubblico e logica di mercato, che in un ambito così nevralgico non ha ancora potuto condurre ai mutamenti preventivati, e che attesta altresì inefficienze e vischiosità, che sembrano indicare un contesto normativo ed economico non ancora maturo ed appropriato per le finalità che si vogliono perseguire.

2. L'azione europea per la banda larga.

La politica di cui ci si intende occupare ha trovato nelle iniziative europee di *soft law* il proprio stimolo: esse hanno indicato gli obiettivi, individuato i percorsi da seguire e delineato il quadro di regolazione che sarebbe stato da adottare per lo svolgimento del percorso di creazione dell'infrastruttura e poi di presidio del funzionamento della stessa⁴⁶⁵. A queste conviene dunque risalire per inquadrare le modalità dell'avvio del cammino. È del 2010 la Comunicazione della Commissione *Un'agenda digitale europea* con la quale l'Unione europea ha incitato gli Stati membri ad adottare azioni per il raggiungimento dell'obiettivo della trasformazione digitale del Paese: «Lo sviluppo di reti ad alta velocità oggi ha lo stesso impatto rivoluzionario che ebbe un secolo fa lo sviluppo delle reti dell'elettricità e dei trasporti. Grazie all'evoluzione in atto nel settore dell'elettronica di consumo, i confini tra i diversi dispositivi digitali stanno scomparendo. I servizi convergono e si spostano dal mondo fisico a quello digitale, universalmente accessibile su qualsiasi dispositivo, che si tratti di smartphone, PC-tavoletta (tablet PC), computer, radio digitali o televisori ad alta definizione. Si prevede che entro il 2020 i contenuti e le applicazioni digitali saranno forniti quasi interamente online»⁴⁶⁶. Tale trasformazione

⁴⁶⁵ M. Libertini, *Le reti di nuova generazione: le posizioni della Commissione europea*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11/2009, p. 1223, osservava nelle fasi di svolgimento delle consultazioni che hanno poi portato alla definizione dell'*Agenda Digitale* nel 2010 che “la connettività a banda larga è ormai vista – nella sostanza – come oggetto di servizio universale (anche se questa parola non è usata espressamente). Da qui due conseguenze: primo, un intervento finanziario diretto dell'Unione (per un 1,02 Mld di euro) e, secondo, una disciplina a maglie relativamente larghe degli aiuti statali ammissibili”. Su questa configurazione della connettività come servizio universale si torna in conclusione.

⁴⁶⁶ COM (2010) 245 def., p. 3. Si rinvia a M. Cave, *La regolamentazione delle reti di nuova generazione*, cit., p. 543 ss., e a G. De Minico, *Regulation, banda larga e servizio universale. Immobilismo o innovazione?*, in *Pol. Dir.*, n. 4/2009, p. 532 ss., per una descrizione della portata della trasformazione dal punto di vista tecnologico.

In merito ai benefici collegati alla banda larga per la competitività dell'economia e per l'inclusione sociale si rinvia anzitutto allo studio della Commissione europea *The socio-economic impact of bandwidth* svolto da

digitale è stata impostata prevedendo che ogni territorio nazionale si ripartisse in zone «bianche», nelle quali nessun operatore privato ha convenienza ad investire nelle reti a banda larga, e nelle quali va quindi valutato l'intervento pubblico di sostegno; in zone «grigie», nelle quali esiste la rete che è tuttavia difficilmente accessibile a tutti gli utenti; infine in zone «nera», dotate di reti accessibili a tutti e dove il mercato può realizzarle.

Tra i punti di debolezza rispetto ai quali la Comunicazione ha invitato ad azioni da parte degli Stati vi è quello della mancanza di investimenti nelle reti: lo scenario auspicato è quello dell'installazione e dell'adozione della banda larga per tutti, a velocità sempre maggiori, tramite tecnologie sia fisse che senza fili. In tale direzione si è chiesto di facilitare gli investimenti nelle nuove reti internet ad altissima velocità, aperte e competitive «che saranno le arterie dell'economia del futuro»; e di incentrare l'azione sulla «fornitura di incentivi atti a incoraggiare gli investimenti privati, integrati da investimenti pubblici mirati, senza creare nuovi monopoli delle reti, e migliorare l'attribuzione delle bande dello spettro»⁴⁶⁷.

La strada indicata dalla Commissione è stata quella dell'intervento pubblico, senza il quale vi sarebbe stato il duplice rischio che i risultati ottenuti non fossero ottimali e che le reti fossero concentrate in poche zone ad alta densità di popolazione, con eccessivi costi di accesso e tariffe d'uso. Si è auspicato pertanto l'adozione di politiche tanto dell'Unione quanto degli Stati membri che garantissero la copertura universale della banda larga a velocità crescenti, per assicurare un abbassamento dei costi legati alla diffusione dell'infrastruttura su tutto il territorio dell'Unione, perché si realizzassero una programmazione e un coordinamento adeguati e, non ultimo, perché si riducesse il carico amministrativo. La questione così impostata si avvicina – con tutta evidenza – alla tematica del servizio *universale*: la dottrina non ha inizialmente ravvisato la possibilità di includere in automatico la banda larga ed i servizi ad essa associati nella prospettiva della Direttiva

Analysys Mason e Tech4i2 Ltd. nel 2013, nonché a consolidata letteratura: N. Czernich, O. Falck, T. Kretschmer e L. Woessmann, *Broadband infrastructure and economic growth*, in *The Economic Journal*, 2011; P. Koutroumpis, *The economic impact of broadband on growth: a simultaneous approach*, in *Telecommunications Policy*, n. 9/2009.

⁴⁶⁷ Comunicazione *Un'agenda digitale europea*, cit., p. 6. Si afferma inoltre, p. 20, che “La strategia è intesa a fare in modo che, entro il 2020, tutti gli europei abbiano accesso a connessioni molto più rapide, superiori a 30 Mbps, e che almeno il 50% delle famiglie europee si abboni a internet con connessioni al di sopra di 100 Mbps”. A tale proposito si richiama l'osservazione di P. Costanzo, *Nuove tecnologie e «forma» dell'amministrazione*, in P. Costanzo, G. De Minico e R. Zaccaria (a cura di), *I «tre codici» della Società dell'Informazione*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 5: mentre l'imprenditore privato si può scegliere il cliente al quale vendere un bene, l'amministrazione “è tenuta a ‘servire’ tutti gli amministrati”.

2002/22/CE relativa “al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica”⁴⁶⁸, e tuttavia sempre di più tale infrastruttura è apparsa imprescindibile per la collettività e dunque bisognosa di intervento pubblico, qualora il mercato non ne avesse garantito la diffusione.

Quanto al finanziamento, la Comunicazione ha prospettato strumenti di finanziamento nazionali, dell’Unione e della BEI: e in particolare ha rivolto l’attenzione a «investimenti mirati in aree in cui, al momento attuale, l’introduzione della banda larga non è economicamente interessante e in cui solo tali interventi mirati possono perciò garantire la sostenibilità degli investimenti»⁴⁶⁹. E per quanto riguarda l’aspetto tecnologico, già nel 2010 si è osservato che in Europa l’accesso a internet era legato principalmente alla banda larga di prima generazione, ovvero le classiche reti telefoniche in rame e di teledistribuzione via cavo: con la crescita della domanda di reti di nuova generazione (NGA), molto più veloci tra i cittadini e le aziende, si è auspicato che l’Europa – sicuramente in ritardo rispetto ad alcune delle principali controparti internazionali – si prodigasse per colmare il divario.

Le politiche che la Comunicazione ha richiesto agli Stati membri sono state molteplici. Anzitutto essi sono stati chiamati ad elaborare e rendere operativi, entro il 2012, piani nazionali per la banda larga per raggiungere gli obiettivi in materia di copertura e velocità definiti nella strategia Europa 2020, utilizzando finanziamenti pubblici in conformità alla disciplina degli aiuti di Stato⁴⁷⁰ e della concorrenza. Essi sono stati altresì invitati ad adottare misure, anche di natura giuridica, per facilitare gli investimenti nella banda larga, e ad utilizzare i fondi strutturali e per lo sviluppo rurale, già accantonati per investimenti in infrastrutture e servizi TIC; infine a mettere in atto il programma sulla politica europea

⁴⁶⁸ G. De Minico, *Regulation, banda larga e servizio universale*, cit., p. 535, osserva a riguardo che “è la stessa direttiva che vincola la Commissione a un preciso criterio di aggiornamento della lista al fine di separare ciò che è dovuto al cittadino come prestazione imperativa da ciò che non lo è”.

⁴⁶⁹ *Un’agenda digitale europea*, cit., p. 21.

⁴⁷⁰ Il quadro di riferimento era rappresentato dagli *Orientamenti comunitari relativi all’applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga*, (2009/C 235/04) poi seguiti da una revisione nel 2013 (2013/C 25/01), che prevedevano diverse forme di intervento pubblico a sostegno della banda larga. Tra queste la possibilità, per gli Stati membri, di qualificare l’installazione e fornitura di una rete a banda larga alla stregua di servizio di interesse economico generale ai sensi dell’art. 86, 2 Tce, ora art. 106, 2 Tfu: un intervento statale inteso a compensazione di un Sieg non costituisce infatti un aiuto di Stato se risultano soddisfatte quattro condizioni cumulative elaborate dalla giurisprudenza comunitaria, note come «criteri Altmark». Altra forma possibile poteva essere partecipazione societaria o di apporto di capitale a favore dell’impresa privata che realizza il progetto. Cfr. sul punto V. Bonfitto, *Gli aiuti di Stato alle reti di prossima generazione a banda ultra-larga*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 8/2010.

in materia di spettro radio, in modo che le frequenze dello spettro fossero assegnate in modo coordinato per raggiungere il 100% di copertura di internet a 30 Mbps entro il 2020. La Comunicazione ha sottolineato la necessità di incoraggiare gli investimenti commerciali in reti aperte e competitive, e ha indicato dei principi per la regolamentazione: la considerazione dei rischi di investimento per la definizione delle tariffe di accesso in funzione dei costi; l'intervento delle autorità nazionali per stabilire le soluzioni di accesso più appropriate caso per caso, dando agli altri operatori l'opportunità di investire a ritmi ragionevoli e tenendo conto anche del livello di concorrenza in ciascuna zona; infine la promozione di meccanismi di coinvestimento e di condivisione dei rischi. Per finire, gli obiettivi additati all'interno della strategia complessiva Europa 2020, sono stati quelli dell'accesso alla banda larga di base per tutti – dunque al 100% – entro il 2013; dell'accesso a banda larga veloce entro il 2020 sempre per l'intera collettività, e di quello alla banda larga ultraveloce entro il 2020 per il 50% degli utenti domestici europei⁴⁷¹.

Prima di passare all'esame della politica avviata in Italia, può essere interessante riportare gli esiti della prima valutazione che, a livello europeo, è stata effettuata dello stato di avanzamento di queste azioni e dei risultati via via raggiunti. La fonte è la Relazione speciale *La banda larga negli Stati membri dell'UE: nonostante i progressi, non tutti i target di Europa 2020 saranno raggiunti* della Corte dei conti europea del 2018: in essa si riportano gli esiti della verifica dell'efficacia dell'azione intrapresa dalla Commissione e dagli Stati membri relativamente ai periodi di programmazione 2007-2013 e 2014-2020, e a tutte le fonti di finanziamento. L'attività di audit ha interessato tutti i servizi della Commissione che svolgevano un ruolo significativo ai fini della banda larga e la BEI.

Per quanto concerne il livello nazionale, il report prende in esame solo cinque Stati membri – Irlanda, Germania, Ungheria, Polonia e Italia – e dunque l'analisi presenta particolare interesse. Nel 2018 il giudizio è di un generale miglioramento della copertura della banda larga in tutta l'Unione, benché non si registri il raggiungimento dei valori-obiettivo che si sono richiamati. In particolare, al 2013 appariva generalizzato il conseguimento della

⁴⁷¹ Può essere interessante aggiungere che nel settembre 2016 la Commissione ha individuato ulteriori obiettivi attraverso la Comunicazione *Connettività per un mercato unico digitale competitivo: verso una società dei Gigabit europea*, COM (2016) 587 def., nota come «la società dei Gigabit entro il 2025». I tre nuovi obiettivi strategici per il 2025 sono la connettività di almeno 1 gigabit per i principali motori socioeconomici (scuole, poli di trasporto e principali fornitori di servizi pubblici); la copertura 5G ininterrotta in tutte le aree urbane e su tutti i principali assi di trasporto terrestre; l'accesso a una connettività Internet che offra una velocità di scaricamento pari ad almeno 100 Mbps per tutte le famiglie europee, nelle aree rurali e in quelle urbane. È un orizzonte che molti Stati hanno ritenuto difficile da perseguire.

copertura della banda larga, mentre si esprimono forti perplessità circa la probabilità di raggiungere il traguardo del 2020 per la banda larga veloce⁴⁷². La criticità che viene evidenziata riguarda le zone rurali: in 14 Stati, a metà 2017, la copertura in quei contesti era inferiore al 50 % e la ragione viene rinvenuta nel fatto che il settore privato ha meno incentivi a investire nella fornitura della banda larga. Ma anche l'intento dell'utilizzo della banda larga ultraveloce, a metà 2017, era disatteso, posto che solo il 15 % delle famiglie era abbonata a connessioni Internet di questo tipo. Nella Relazione si esprime però apprezzamento per tre dei cinque Stati membri esaminati – ovvero Ungheria, Irlanda e Italia – che dal 2011, grazie ad una combinazione di investimenti pubblici e privati, hanno notevolmente accresciuto la propria copertura con la banda larga veloce, ma soprattutto «dispongono di piani per aumentare ulteriormente la copertura nelle zone rurali e nelle zone suburbane».

Su due profili di supporto nella realizzazione delle strategie nazionali merita riferire le valutazioni della Corte: quello del contesto giuridico e concorrenziale, e quello del finanziamento. Circa il primo, l'organo contabile ha esaminato se gli Stati membri abbiano posto in essere un adeguato contesto giuridico e di regolamentazione, idoneo a promuovere la concorrenza per i servizi a banda larga. Rispetto alla pertinente normativa dell'Unione – la Raccomandazione 2010/572/UE relativa all'accesso regolamentato alle reti di *accesso di nuova generazione*; la direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica; infine la Raccomandazione 2013/466/UE relativa all'applicazione coerente degli obblighi di non discriminazione e delle metodologie di determinazione dei costi per promuovere la concorrenza e migliorare il contesto per gli investimenti in banda larga – la Corte ha constatato che Ungheria, Italia e Polonia disponevano di un quadro di regolamentazione e di un contesto competitivo appropriato. Mentre in relazione alla questione del finanziamento, si è valutato che essa non sia stata adeguatamente affrontata nelle zone rurali e suburbane: in particolare si segnala che un importante progetto della BEI sostenuto

⁴⁷² Nella Relazione speciale *La banda larga negli Stati membri dell'UE: nonostante i progressi, non tutti i target di Europa 2020 saranno raggiunti* si osserva, p. 7, che tutti gli Stati membri avevano sviluppato strategie per la banda larga, ma in quelle dei cinque Stati prescelti sono state riscontrate debolezze: sono emersi ritardi nel definire le strategie e i valori-obiettivo identificati non erano sempre coerenti con quelli della strategia Europa 2020. Si osserva che «non tutti gli Stati membri avevano affrontato i problemi connessi all'infrastruttura di Internet preesistente (infrastruttura telefonica), con potenziali implicazioni nel medio e lungo termine ai fini di una velocità adeguata».

dal Fondo europeo per gli investimenti strategici (FEIS) non si è focalizzato sulle zone in cui il sostegno del settore pubblico è invece maggiormente necessario.

Nel 2018 la Corte dei conti ha pertanto raccomandato correzioni, da parte degli Stati, per incidere in tre ambiti: quello della pianificazione strategica, quello del quadro della regolamentazione e quello della promozione della concorrenza mediante finanziamenti. Agli Stati membri è stata sollecitata l'elaborazione di nuovi piani per il periodo successivo al 2020, ma anche alla Commissione e alla BEI sono state indirizzate delle richieste. Spetta alla prima chiarire l'applicazione degli orientamenti in materia di aiuti di Stato, per evitare che alcuni Stati membri limitino gli investimenti nella banda larga sulla base di una scorretta interpretazione degli stessi; e oltre a ciò, l'istituzione europea dovrebbe sostenere gli sforzi degli Stati membri per promuovere una maggiore concorrenza nella fornitura di servizi a banda larga, e in tale direzione occorre favorire la creazione di reti adeguate e l'aggregazione di progetti di piccole dimensioni in progetti che abbiano una dimensione critica. Alla BEI è stato chiesto invece di concentrare il proprio sostegno tramite il FEIS e il Fondo relativo alla banda larga per collegare l'Europa (CEBF) su progetti di piccole e medie dimensioni nelle zone in cui il sostegno del settore pubblico è maggiormente necessario, in linea con la finalità di assistere i progetti più rischiosi.

Emerge dunque da questi documenti l'attenzione per l'esigenza di assicurare il servizio anche in territori dove esso più difficilmente può essere realizzato attraverso meccanismi di mercato; e l'indicazione di strumenti – giuridici e finanziari – che possono aiutare nel raggiungere le finalità volute attraverso logiche di competizione.

L'esame prosegue allora con la ricostruzione dello sviluppo della strategia italiana.

3. La politica nazionale per la banda larga.

Lo Stato italiano ha dato avvio nel 2015 ad una strategia di risposta al quadro delineato dall'Unione con le Comunicazioni richiamate, benché già nel decennio precedente fossero intervenute iniziative e norme tese a promuovere l'infrastruttura⁴⁷³. Con la *Strategia*

⁴⁷³ Il tema delle infrastrutture a banda larga compare tra le priorità delle politiche governative già nel Documento di Programmazione Economica e Finanziaria del 2001, e poi nel 2003 è stato avviato il primo programma nazionale per lo sviluppo della banda larga nel Mezzogiorno, poi esteso a tutte le aree sottoutilizzate. Ma complessivamente gli esiti di questi primi interventi è stato fortemente insoddisfacente.

italiana per la banda ultralarga del 3 marzo 2015 la Presidenza del Consiglio dei ministri ha definito «la cornice all'interno della quale amministratori pubblici, operatori privati e tutti gli stakeholder potranno esercitare la difficile arte del discernimento nella pianificazione di un'infrastruttura di telecomunicazioni a 'prova di futuro', cercando il giusto bilanciamento tra investimenti e benefici degli utenti delle varie comunità locali, tra flessibilità tecnologica e domanda di tecnologia»⁴⁷⁴. L'urgenza della realizzazione di tale infrastruttura veniva giustificata sulla base dei ritardi dell'Italia, tra le ultime nazioni dell'Unione per copertura a banda ultralarga, ma anche per la situazione dell'offerta, contraddistinta dalla più estesa diffusione, nel continente, di aree a fallimento di mercato: nel linguaggio tecnico denominate «aree bianche». A seguito di consultazione pubblica condotta da Infratel per conto del Ministero dello Sviluppo Economico nel luglio 2014 era infatti emersa evidenza che il mercato da solo non sarebbe stato in grado di permettere al Paese di raggiungere pienamente gli obiettivi fissati dall'Agenda digitale europea, nonostante si registrasse una ripresa degli investimenti programmati da parte degli operatori privati nel triennio 2014-2016: tale sforzo non sarebbe comunque bastato «ad allineare l'Italia alla media europea, in particolare, al Centro-Nord, dove non sono stati utilizzati incentivi pubblici. Secondo gli impegni attuali, l'Italia raggiungerà solo fra tre anni l'attuale media europea, quando l'Europa avrà spostato ancora più in là il suo livello di copertura»⁴⁷⁵.

Del documento che illustra tale *Strategia* interessa soprattutto evidenziare l'impostazione che emerge in merito alla scelta tra intervento pubblico e mercato, alla luce della quale diventa interessante verificare con quali modalità il successivo sviluppo della politica abbia – o non abbia – confermato i propositi.

Sul punto si rinvia a A. Tonetti, *La nuova disciplina per lo sviluppo della banda larga e il ruolo dell'AGCOM*, in *Dir. Econ.*, n. 2-3/2010.

Un'esaustiva ricostruzione dei precedenti che hanno condotto alla *Strategia* dal 2015 è svolta da N. Matteucci, *L'investimento nelle reti NGA a larga banda: la 'questione settentrionale'*, in *Journal of Industrial and Business Economics*, n. 4/2014, p. 142 ss. In particolare si evidenzia il merito che è da assegnare agli studi che hanno supportato tali politiche: cfr. F. Caio, *Portare l'Italia verso la leadership europea nella banda larga. Considerazioni sulle opzioni di politica industriale*, Rapporto per il Ministro dello sviluppo economico, www.sviluppoeconomico.gov.it, 2009; F. Caio, J. S. Marcus e G. Pogorel, *Achieving the Objectives of the Digital Agenda for Europe (DAE) in Italy: Prospects and Challenges*. Report of the expert advisory team appointed by President Letta, 2014.

⁴⁷⁴ *Strategia italiana per la banda ultralarga*, 3 marzo 2015, p. 4.

⁴⁷⁵ *Ivi*, p. 22.

Ai fini di perseguire obiettivi sufficientemente allineati con quelli dell'azione europea⁴⁷⁶, la *Strategia* parte da una metodologia di individuazione di quattro distinte tipologie di *cluster*, rispetto alle quali le differenti complessità di infrastrutturazione comportano costi crescenti; e di suddivisione del territorio nazionale in 94.000 sotto-aree omogenee, che interessano tutte le realtà comunali. Infatti ogni Comune è a sua volta diviso in sotto-aree che sono riconducibili a uno o più *cluster*: ciò dipende dalla minore o maggiore densità abitativa, dalla presenza di reti *Fiber To The Cabinet (FTTC)*, dal fatto che l'area sia rurale, nonché dalla circostanza che la realtà sia di c.d. «case sparse». Merita segnalare l'osservazione relativa a tale metodo: «tale clusterizzazione è stata definita per massimizzare l'efficacia dell'intervento pubblico rispetto alle risorse economiche disponibili»⁴⁷⁷.

Il *cluster A* comprende i territori dove migliore è il rapporto costi-benefici, e ciò significa che lì è molto probabile che ci sia l'interesse degli operatori privati a investire: in esso rientrano le principali aree industriali del Paese, con una popolazione che costituisce il 15% di quella nazionale. Vengono qualificate «aree nere», intendendosi che si tratta di contesti nei quali si sarebbero potuti confrontare due operatori distinti, con relative reti. In queste realtà si contava di portare la velocità di collegamento da 30 a 100 Mbps entro il 2020 e si prevedeva di utilizzare strumenti finanziari per l'accesso al debito e misure di defiscalizzazione degli investimenti.

Rientrano invece nel *cluster B* le aree nelle quali le condizioni di mercato non sono sufficienti a garantire ritorni accettabili a condizioni di solo mercato per investire in reti particolarmente veloci: ne fanno parte 1.120 Comuni, corrispondenti al 45% del totale, alcuni in «aree nere» e altri in «aree grigie», che corrispondono all'ipotesi di un solo operatore di rete, senza considerare un eventuale secondo attore. In alcuni di questi Comuni

⁴⁷⁶ C. Cambini, M. Polo e A. Sassano, *Fiber to the People: the Development of the Ultra-broadband Network in Italy*, IEFÉ - The Center for Research on Energy and Environmental Economics and Policy at Bocconi University Working Paper n. 83/2016, p. 14, osservano quanto segue: "The Master plan has translated these target into a pair of thresholds: a coverage of 85% of the population with ultra-fast (100 Mbit/s) broadband networks and of the residual 15% with fast (30 Mbit/s) broadband networks. We can observe that these two targets are not completely aligned with the ones in the DAE. In particular, while DAE's target 2 is met according to the thresholds set in the Master plan, DAE's target 3 is spelled out in terms of penetration whereas the ultra-fast coverage of 85% of the population is still in terms of deployment. This latter, indeed, would allow to meet the 50% ultra-fast penetration target if the take-up rate would be around 60%, a figure that is far above the present situation. In other words, it is not obvious that the threshold of ensuring a 100 Mbit/s access to 85% of Italian citizens will produce a penetration consistent with the third target of the DAE".

⁴⁷⁷ *Strategia italiana per la banda ultralarga*, cit., p. 30.

gli operatori di rete avrebbero investito direttamente, mentre in altri si prevedevano piani pubblici; e circa l'accesso ai mezzi finanziari, si prevedevano contributi a fondo perduto con eventuale partecipazione pubblica alla realizzazione delle opere: una partecipazione in ogni caso contenuta, poiché l'appetibilità di mercato veniva considerata alta.

Il *cluster C* raccoglie aree marginali, con il 25% della popolazione, repute a fallimento di mercato: dunque aree rurali, dove si valutava che gli operatori potessero mostrare interesse a investire in reti veloci soltanto se incentivati da un sostegno statale nella forma di contributi a fondo perduto, in misura maggiore rispetto a quanto destinato al *cluster B*. Infine le aree del *cluster D* sono tutte caratterizzate da fallimento di mercato, e pertanto destinate all'intervento pubblico: appaiono rientrare prevalentemente nel Mezzogiorno, e per esse si preventivava l'incentivo pubblico a fondo perduto in misura massima, anche in una prospettiva di finalità di coesione per lo sviluppo di territori particolarmente disagiati. Quanto agli aspetti relativi alle aste, basti segnalare che il meccanismo di base per l'aggiudicazione delle offerte doveva basarsi sul tempo di realizzazione dell'infrastruttura: con l'offerta tecnica più a *prova di futuro* – che avrebbe visto una preferenza per le reti *Fiber To The Home (FTTH)* rispetto alle reti *Fiber To The Building (FTTB)* e alle reti *Fiber To The Cabinet (FTTC)* – si sarebbe ottenuto l'affidamento del lavoro con la data di completamento dei lavori più vicina. Il controllo sulla conduzione delle gare sarà stato assegnato ad Infratel, quale unica centrale acquisti; mentre all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni sarebbe spettata la verifica sulle prestazioni effettivamente erogate e sulle scelte tecnologiche.

Ma è la scelta pro-concorrenza che va particolarmente segnalata. Nella *Strategia* si affermava che «l'attore principale della presente strategia è il mercato che è chiamato a investire in un'infrastruttura ritenuta strategica per lo sviluppo del Paese. L'intervento pubblico è quindi solo sussidiario agli investimenti privati al fine di stimolarli»⁴⁷⁸. Come si è detto, le risorse a ciò destinate venivano qualificate come «statali di provenienza comunitaria, sia nazionali sia regionali»: dovevano dunque provenire dal FESR, dal FEASR e dal FSC), e assumere le forme di sgravi fiscali, di prestiti a tasso agevolato, nonché di altri tipi di condizioni preferenziali di finanziamento. Va aggiunto che si precisava l'impegno al completo rispetto della disciplina sugli aiuti di Stato: la distribuzione di risorse sarebbe stata limitata alla correzione delle carenze di mercato e in

⁴⁷⁸ *Ivi*, p. 40.

funzione del rafforzamento della competitività e della concorrenza. In particolare la Commissione aveva già approvato il regime di aiuto: con decisione C (2012) 9833 del 18 dicembre 2012 essa aveva autorizzato il regime SA.34199 (2012/N), concernente l'attuazione del *Piano Digitale Banda Ultra Larga*⁴⁷⁹.

Ma la scelta pro-concorrenza appare poi più specificamente illustrata, e precisamente indicando quattro modalità.

Per le aree del *cluster D* – dunque quelle non appetibili per il mercato – si prevedeva l'intervento diretto, necessario per evitare situazioni di divario digitale all'interno di Comuni solo parzialmente coperti dagli operatori di telecomunicazioni, e dunque per realizzare un'infrastruttura pubblica destinata a servire esclusivamente la popolazione esclusa. Tale intervento diretto doveva essere volto a ottenere che la rete di accesso rimanesse di proprietà pubblica, ma destinata alla concessione per una durata temporale limitata da affidare mediante una gara a evidenza pubblica, che impegnasse l'unico concessionario a offrire l'accesso passivo e a cedere i diritti di uso delle infrastrutture realizzate agli operatori: questi ultimi avrebbero collegato i clienti finali al servizio di connettività di nuova generazione.

Vi era poi la via della partnership pubblico-privata (PPP), ovvero dell'accordo di partenariato tra un soggetto pubblico e uno o più soggetti privati che co-investono per la realizzazione delle infrastrutture di accesso, garantendo a uno o più soggetti privati la possibilità di sfruttare fin da subito la concessione di uso delle reti. Tale opzione avrebbe avuto il vantaggio di ampliare il volume degli investimenti – visto che poteva aprirsi a tutti gli investitori privati, che avrebbero potuto quindi anche non essere operatori di telecomunicazioni – ma per il resto sarebbe stata da regolare come avviene per il modello dell'intervento diretto.

La terza possibilità era quella dell'intervento a incentivo: essa prevedeva un contributo pubblico assegnato con un bando ad un operatore, al fine di favorire una diffusione delle reti più rapida. Il vantaggio del coinvolgimento dei privati sarebbe stato quello di garantire una maggiore efficacia d'intervento, nonché la capacità di attrazione di investimenti. La proprietà dell'infrastruttura sarebbe stata dell'operatore che aveva percepito l'incentivo, ma questi doveva impegnarsi a rispettare le condizioni di massima apertura sulle

⁴⁷⁹ Tale autorizzazione si è fondata sugli *Orientamenti dell'Unione europea per l'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga* (2013/C 25/01).

infrastrutture realizzate con incentivi pubblici. Si trattava di un modello attuabile in casi limitati, ovvero in aree marginali, con media densità di unità immobiliari.

Per finire lo schema dell'intervento ad aggregazione della domanda utilizzava parte dei modelli precedenti. Nelle aree industriali, o in singole aree che fossero capaci di organizzarsi, si puntava a stimolare la massima mobilitazione di risorse ed energie, permettendo ad un soggetto promotore – pubblico, privato o anche una PPP – di diventare proprietario dell'infrastruttura. In questa eventualità si prospettava il coinvolgimento degli enti locali interessati all'area, chiamati a cooperare con Infratel. Si prevedeva di definire un *business plan* che verificasse le condizioni di sostenibilità economico-finanziaria dell'intervento in funzione dell'aggregazione raggiungibile, a cui doveva seguire la raccolta di adesioni di aziende, amministrazioni e privati del territorio; e quindi si sarebbe effettuata la scelta del modello prescelto. Al termine del periodo di realizzazione dell'infrastruttura, l'operatore privato sarebbe stato tenuto alla restituzione del contributo pubblico se i ricavi derivanti dall'attività avessero superato la soglia definita nel bando di gara.

Si può in conclusione osservare che dalla *Strategia* emergeva un approccio volto a contenere l'intervento pubblico – previsto solo in una logica di complementarità – e ad investire primariamente sulle dinamiche concorrenziali e sugli investimenti privati. Come è stato sottolineato “the State aid scrutiny allows to use public funding as a residual tool when the market fails to deliver. It is implicit in this approach that a primary role is assigned to private operators, with the public support entering when needed. The use of public resources, in general and, even more, when public finance is tight, then should be addressed to the areas where a suboptimal level of investment would otherwise realize”⁴⁸⁰. Tale valutazione circa la portata residuale dell'intervento pubblico doveva valere sia per i profili del sistema dei finanziamenti che per il ruolo che le imprese di proprietà pubblica erano chiamate a svolgere.

La diversificazione delle aree voleva porre le premesse per la diversificazione delle misure pubbliche a cui ricorrere per ottenere l'obiettivo della generalizzata infrastrutturazione: la presenza delle «*state owned companies*» sarebbe stata evidentemente essenziale nelle aree di quei *cluster* – *D* e forse anche *C* – nei quali era verosimile che non si riscontrassero investimenti privati; mentre non avrebbe dovuto avere luogo in quei contesti dove le «*state*

⁴⁸⁰ C. Cambini, M. Polo e A. Sassano, *Fiber to the People*, cit., p. 18.

owned companies» si sarebbero poste in competizione con operatori privati.

Sul piano dei sussidi pubblici, il loro impiego era da prevedere in “absence of market delivery due to market failures”: “State aids may be justified as an additional policy tool whenever the incentives that regulation may create through access pricing are insufficient to boost investment, as shown in the theoretical and empirical literature reviewed above. At the same time, a close coordination between public subsidies and regulatory measures is a cornerstone for a successful policy aimed at limiting the aid at the minimum necessary, reducing as much as possible distortions of the competitive process”⁴⁸¹. La loro consistenza è apparsa da subito rilevante, e idonea a permettere un effettivo salto di qualità al Paese⁴⁸². Tali riflessioni rimandano, come si comprende chiaramente, agli aspetti regolatori. La funzione regolatoria appariva destinata – alla luce di questa *Strategia* – ad essere declinata in maniera differente in ragione delle aree alle quali si rivolge⁴⁸³. Ci si aspettava infatti che nelle «aree nere» si potesse avere addirittura competizione infrastrutturale, mentre in «aree grigie» o «bianche» l’infrastruttura non avrebbe potuto che essere di un unico operatore, con chiari effetti sulla misura dell’impegno pubblico e sulla pervasività della regolazione⁴⁸⁴. La prospettiva che si apriva era pertanto di una regolazione diversificata da territorio a territorio, e pronta a modificarsi nel tempo, via via che la copertura delle reti fosse avanzata: ci si aspettava infatti che i contesti sarebbero stati così molteplici che sarebbe stato inevitabile il ricorso a sistemi di regole non uniformi.

⁴⁸¹ *Ivi*, p. 14.

⁴⁸² Osserva L. Pellizzato, *Città sempre più “digitali”. Quali risorse per lo sviluppo dell’Agenda digitale nella PA*, in *La Finanza locale*, n. 3/2016, p. 92, che “le opportunità sul piatto per lo sviluppo dell’Agenda digitale sono cospicue per budget a disposizione e articolate per tipologia di agevolazione. Mutuando quindi il puntuale pensiero (e la speranza) dell’Osservatorio non si può che ribadire ‘niente più alibi!’ per coloro che sono direttamente o indirettamente coinvolti nello sviluppo dello ‘scheletro’ digitale del Paese, quale strategico *asset* tecnologico, economico e sociale da preservare e valorizzare per il nostro futuro”.

⁴⁸³ Cfr. l’approccio di M. Bourreau, C. Cambini e P. Doğan, *Access regulation and the transition from copper to fiber networks in telecoms*, in *Journal of Regulatory Economics*, n. 3/2014.

⁴⁸⁴ C. Cambini, M. Polo e A. Sassano, *Fiber to the People*, cit., p. 18 ss., osservano ancora, a tale proposito, che “the classification of the different Cluster seems less fit than the EC one in terms of black, grey or white areas. Indeed, black areas are those that entail some form of infrastructural competition, where more than one operator is constructing NGN’s, whereas in the grey area only one operator deploys the ultra-fast broadband network. Regulation, accordingly, should be different when there is some form of infrastructural competition and when, instead, there is only one NGA infrastructure. Cluster A, instead, is not defined according to infrastructural competition, but rather on operator(s) willing to deploy a 100 Mbit/s network. Analogously, Cluster B and C are those in which operators would not, without public support, upgrade the broadband networks to the policy target. It is less obvious how regulation should be shared in the different cases, since Cluster A might include areas where there is infrastructural competition and others in which just one operator upgrades the network to the 100 Mbit/s target. To sum up, while different cluster require different regulation, the way they are designed does not generate well defined different regulatory problems”.

A tale proposito indicazioni significative si rinvennero nell'*Indagine conoscitiva sulla concorrenza statica e dinamica nel mercato dei servizi di accesso e sulle prospettive di investimento nelle reti di telecomunicazioni a banda larga e ultra-larga*⁴⁸⁵ di Agcm-Agcom pubblicata l'8 novembre 2014, e dunque precedente al varo della *Strategia*. La prospettiva della regolazione diversificata per territori veniva contemplata, dal momento che si affermava che «occorrerà valutare se, all'interno del quadro europeo di regolazione settoriale, l'introduzione di una regolazione incentivante sia per gli operatori 'alternativi' che per l'*incumbent*, finalizzata alla realizzazione di reti FTTC e alla loro scalabilità verso reti FTTB/H, possa prevedere, nel medio periodo, forme di differenziazione geografica delle condizioni di accesso alla rete, capaci di coniugare la concorrenza statica con quella infrastrutturale, stimolando complessivamente nuovi investimenti nelle aree caratterizzate da concorrenza infrastrutturale»⁴⁸⁶.

Ma poi si prospettavano «tre scenari ipotetici di un progetto di sviluppo di reti FTTB/H, che si differenziano in relazione alla diversa proprietà della rete ed alla relativa *governance* e, dunque, in relazione al diverso grado e alla fisionomia dell'integrazione verticale che caratterizzerebbe il settore: (i) lo sviluppo e la gestione della rete FTTB/H da parte di un operatore di rete 'puro' non verticalmente integrato; (ii) lo sviluppo e la gestione della rete FTTB/H da parte dell'operatore dominante verticalmente integrato; (iii) lo sviluppo e la gestione della rete FTTB/H attraverso una joint venture tra più operatori. L'analisi delle criticità concorrenziali dei tre scenari prescinde dalle misure di politica pubblica idonee a creare gli incentivi per l'investimento privato».

Circa il primo di essi, esso veniva ritenuto di limitata attualità. Rispetto al secondo scenario – che vede come protagonista l'operatore *incumbent* – si rilevava che, nel corso dell'indagine conoscitiva, Telecom non aveva presentato significativi progetti di investimento in reti FTTB/H. Laddove la società avesse inteso procedere autonomamente con investimenti privati in tale direzione, lo scenario che si sarebbe venuto a determinare, caratterizzato dall'esistenza di un operatore dominante verticalmente integrato, avrebbe presentato “criticità concorrenziali analoghe a quelle che sin qui si sono già poste”. Infine il terzo scenario avrebbe segnato “una sostanziale discontinuità rispetto all'assetto storicamente prevalente nel settore” e avrebbe richiesto “un'ampia condivisione di intenti

⁴⁸⁵ IC48.

⁴⁸⁶ *Ivi*, p. 39.

da parte dei diversi operatori interessati, si tratta di un progetto soggetto a non poche incertezze che potrebbero dilatare i tempi di realizzazione degli investimenti”⁴⁸⁷.

Ci si attrezzava, dunque, a sviluppi diversificati della digitalizzazione del Paese, che potevano oscillare dalla soluzione della prosecuzione di una sorta di monopolio riferito all’unica rete a quella della c.d. competizione infrastrutturale, in vista di una duplicazione della rete. I passaggi che hanno dato seguito a questi primi approcci della politica delle reti hanno segnato un’evoluzione di segno differente.

4. L’attuazione della *Strategia*.

L’obiettivo immediatamente perseguito, nell’attuazione della *Strategia*, ha riguardato evidentemente le aree a fallimento di mercato – le c.d. «aree bianche» – nelle quali occorre un intervento diretto dello Stato, posto che lo Stato dovrebbe essere escluso in tutto il resto del territorio, nel quale la concorrenza può esplicarsi. A tal fine è stato necessario varare un nuovo regime di sussidi, che sono stati notificati alla Commissione con l’atto Aiuto di Stato SA.41647 (2016/N) per il Piano Aree Bianche. L’istituzione europea ha risposto confermando la compatibilità⁴⁸⁸ con decisione C (2016) 3931 del 30 giugno 2016.

La decisione è stata così motivata: le risorse pubbliche che si prevedeva di spendere per aree in cui non esisteva alcun accesso alle reti di nuova generazione non avrebbero escluso gli investimenti privati. A ciò si aggiungeva l’apprezzamento dell’intenzione di promuovere l’utilizzo delle infrastrutture esistenti – non necessariamente della comunicazione – per incoraggiare gli offerenti a utilizzare il più possibile le reti esistenti: anche questa azione si prospettava idonea a minimizzare l’uso di fondi statali. Per il resto la *Strategia* italiana appariva improntata a stimolare la concorrenza tra operatori e a livello del mercato al dettaglio: dunque capace di garantire che la nuova infrastruttura fosse aperta a tutti gli operatori interessati, con benefici per la concorrenza e i consumatori. Infatti il provvedimento europeo dichiara che: «SINFI – ‘Sistema Informativo Nazionale Federato delle Infrastrutture’ will contain all relevant information regarding existing infrastructures

⁴⁸⁷ *Ivi*, pp. 43-52.

⁴⁸⁸ C (2016) 3931 def.: al p. to 98, p. 20 si dichiara che «Italy has designed the measure in such a way as to minimise the State aid involved and potential distortions of competition arising from the measure».

(not limited to telecommunication infrastructure) to favour reuse of already available infrastructure therefore reducing the overall cost of broadband roll-out»⁴⁸⁹. E in relazione alla concessione di aiuti di Stato, era apprezzata la scelta di assegnarli a fronte di gare di appalto aperte rispettose del principio della neutralità tecnologica: dunque non a favore di una particolare tecnologia, ma secondo criteri capaci di premiare la qualità dei progetti.

Avviato tale percorso, si sono delineate le strategie dei diversi operatori, che sono andate a determinare uno scenario piuttosto complesso. In tale scenario si preparavano a competere le principali società già operanti nel settore delle telecomunicazioni – Telecom Italia, Fastweb e Vodafone – ma ad esse si sono aggiunti soggetti ulteriori: Enel e Metroweb. Il secondo era già un attore significativo, in quanto responsabile delle reti NGA di Milano, e operativo anche a Bologna, Torino e Genova: controllato al 46,2% da Cassa depositi e prestiti, è stato poi in un secondo momento assorbito da Enel, l'ex monopolista del settore elettrico e tuttora il principale operatore di quell'ambito di servizi. Enel è intervenuta in questa cornice industriale creando nel 2015 una nuova società – Open Fiber, frutto di un'operazione di concentrazione approvata dalla Commissione europea con decisione M.8234 del 2016⁴⁹⁰ – con l'obiettivo di sviluppare reti NGA sfruttando la sua ampia rete di cabine e cavi per la distribuzione dell'energia elettrica. All'apparire di questi due soggetti industriali lo scenario ha assunto caratteri nuovi, risultando più evidente come il Governo aveva intenzione di incidere e anche controllare il processo, se non altro condizionando gli operatori privati, soprattutto nelle loro scelte di investimento⁴⁹¹.

Open Fiber S.p.A., società partecipata dal 2015 pariteticamente da Enel e Cassa depositi e prestiti, si è dunque presentato come un operatore candidato a realizzare l'installazione, la fornitura e l'esercizio di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità in fibra ottica, su tutto il territorio nazionale: i suoi servizi in fibra ottica sono indirizzati al mercato all'ingrosso, in cui offre l'accesso a tutti gli operatori di mercato interessati; pertanto è stato

⁴⁸⁹ *Ivi*, p. to 53, p. 10.

⁴⁹⁰ M.8234 - ENEL / CDP EQUITY / CASSA DEPOSITI E PRESTITI / ENEL OPEN FIBER / METROWEB ITALIA, C (2016) 8826, 15 dicembre 2016. La Commissione, p. 6, ha espresso apprezzamento per l'«intenzione di voler fare uso estensivo, tra l'altro, delle infrastrutture della rete di distribuzione di energia elettrica, rappresenta un elemento positivo in linea con gli obiettivi della direttiva 2014/61/UE recante misure volte a ridurre i costi dell'installazione di reti di comunicazioni elettronica ad alta velocità» e ha riportato la posizione della maggior parte degli operatori secondo cui l'operazione avrebbe avuto un «impatto positivo sul mercato di accesso all'ingrosso alle infrastrutture di rete in postazione fissa in Italia attraverso un miglioramento delle condizioni di offerta *wholesale* per gli operatori meno infrastrutturati tramite una rete di fibra più capillare sul territorio italiano».

⁴⁹¹ C. Cambini, M. Polo e A. Sassano, *Fiber to the People*, cit., p. 17.

considerato, fin dal suo ingresso, come l'operatore destinato ad intervenire soprattutto nelle aree oggetto a fallimento di mercato, rientranti nei *clusters C e D*.

Di per sé la presenza di Enel attraverso Open Fiber poteva e può tuttora essere fonte di significativi vantaggi per la realizzazione dell'infrastruttura, portando elementi di collaborazione e sinergia tra attività elettriche e di telecomunicazione. È stato infatti osservato che nel contesto internazionale "le reti elettriche locali hanno bisogno di più 'intelligenza' che in passato, poiché lo sviluppo della generazione rinnovabile, diffusa sul territorio con molti piccoli impianti ha modificato profondamente topologia e funzioni delle reti locali (le *smart grid*), e richiede una capacità di comunicazione decentrata che chiama in causa funzioni di telecomunicazione. Così come i consumi elettrici possono divenire più 'intelligenti', reagendo a prezzi differenti durante la giornata, gestendo gli elettrodomestici in modo da minimizzare la spesa, sviluppi che richiedono contatori intelligenti (*smart meter*) e, ancora una volta, funzioni di telecomunicazione per la gestione efficiente di milioni di punti di prelievo. Allo stesso modo, gli operatori di telecomunicazioni possono beneficiare della collaborazione con gli operatori elettrici per lo sviluppo delle nuove reti, laddove le infrastrutture elettriche possono essere utilizzate come supporto per la realizzazione delle nuove reti a banda ultra-larga. Utilizzando le reti elettriche aeree nelle zone rurali per sostenere anche le reti in fibra e raggiungere utenti remoti, utilizzando le canaline elettriche per posare anche le reti in fibra"⁴⁹².

Ma al di là di questi profili tecnici, le dinamiche tra i vari operatori coinvolti hanno ben presto rivelato criticità: da un lato la presenza di operatori riconducibili all'area pubblica – Open Fiber sostenuto da Enel – ha dimostrato l'intento del Governo di non lasciare agli operatori privati – ma soprattutto a Telecom, ora Tim dopo la privatizzazione – una presenza troppo pervasiva nel settore; e d'altra parte la condotta di Tim è stata

⁴⁹² Cfr. M. Polo, *Ngn "elettriche", sarà davvero una buona idea?*, in *CorCom - Corriere Comunicazioni*, 15 maggio 2015, il quale aggiunge: "Nei centri abitati la parte finale delle reti elettriche e di telecomunicazione esistenti è sottoterra. Le parti più recenti dentro canaline, all'interno delle quali la sostituzione del rame con la fibra è un'operazione relativamente semplice. Quelle dei decenni precedenti, invece, sono realizzate interrando direttamente il cavo (di telecomunicazione o elettrico). E qui la posa della fibra, quindi, richiede di costruire nuove trincee, posare canaline e posarvi la fibra, con costi ben maggiori. È chiaro da questa descrizione un po' noiosa che la realizzazione della nuova rete in fibra, quindi, potrebbe risultare meno onerosa in quelle aree dove Enel avesse una infrastruttura sotterranea in canaline laddove i cavi in rame di Telecom fossero interrati direttamente in trincea. La fibra prenderebbe la strada delle canaline Enel. Analogo discorso per l'utilizzo delle reti elettriche aeree nelle zone rurali. Dalle esperienze recenti, tuttavia, il quadro che appare sembra suggerire come le aree a 'infrastrutturazione moderna' siano fortemente sovrapposte tra i due operatori, e dove Telecom ha la rete interrata quasi sempre anche Enel è in analoga condizione. Sinergie, quindi, possibili ma probabilmente limitate".

effettivamente molto spesso poco conforme alle regole della concorrenza. Infratel ha indetto finora tre bandi, che sono stati aggiudicati a Open Fiber, le cui offerte sono risultate più competitive di quelle di Tim. Le gare sono state puntualmente seguite da ricorsi, per cui solo i primi due bandi sono stati avviati mentre per il terzo l'azienda pubblica non ha potuto far partire i lavori: circostanza che tiene inutilizzata una quantità significativa di risorse pubbliche.

Oltre a ciò Open Fiber ha incontrato resistenze nelle amministrazioni del territorio⁴⁹³, a cui spetta adottare le autorizzazioni necessarie ai lavori. Non in tutte le Regioni queste sono arrivate con tempistiche funzionali a far procedere le opere, e anzi: spesso vi è stato uno stallo completo. Poche amministrazioni – solo le Province hanno al momento provveduto agli adempimenti per alimentare il Sistema Informativo e andare a costituire il Catasto del sottosuolo, cosicché stenta ad avanzare la mappatura nazionale dei cavidotti – hanno contribuito al processo, cosicché i numeri rimangono per ora insoddisfacenti. I dati sull'avanzamento dei lavori sono stati forniti da Infratel⁴⁹⁴ a inizio dicembre 2019 e sono attingibili anche nella pagina web dell'Agenda digitale⁴⁹⁵ da metà gennaio 2020: essi descrivono una situazione che, rispetto all'obiettivo di connettere in fibra ottica 7700 comuni, dichiara completati i lavori in soli 13 Comuni, mentre quelli in attesa di collaudo sono 369; i lavori sono in corso in quasi 1700 comuni, mentre in altri 295 si è solo superata la fase delle autorizzazioni.

Le tante criticità hanno suggerito recentemente l'opportunità di percorrere strade diverse: da un lato l'operatore privato – ex monopolista pubblico – ha dimostrato l'intenzione di assorbire il concorrente pubblico – Open Fiber – per una gestione condivisa della rete, che sarebbe unica. D'altro canto ad un obiettivo analogo ha cominciato a lavorare anche Cassa depositi e prestiti, che ha investito in un'operazione di integrazione nel settore delle telecomunicazioni, anche in ragione della sua partecipazione nel capitale di entrambi i concorrenti: con quasi il 10% di Telecom Italia e il 50% di Open Fiber, la Cassa reputa poco efficiente uno scenario basato su due distinte reti in fibra. Anche per evitare la dispersione degli investimenti, la Cassa ha dunque avviato un complesso percorso volto a raggiungere sia l'integrazione delle reti che la quota più significativa del capitale di Tim.

⁴⁹³ Per un'analisi della prospettiva soprattutto a livello comunale si rinvia a G. P. Boscariol, *La legge n. 158 del 2017 sui piccoli comuni*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, n. 1/2018, p. 219 ss.

⁴⁹⁴ <http://bandaultralarga.italia.it/>

⁴⁹⁵ <https://www.agendadigitale.eu/infrastrutture/banda-larga-2020-tutti-i-dossier-sul-tavolo-del-governo/>

Vi è dunque una contrapposizione tra i due più importanti operatori, Open Fiber e Tim, che sta rallentando la realizzazione dell'infrastruttura e, di conseguenza, sta allontanando la riduzione del divario del Paese rispetto allo scenario europeo. L'indice di digitalizzazione dell'economia e della società è oggetto di misurazione da parte della Commissione europea, il cui rapporto 2019 sul Digital Economy and Society Index (DESI) vede l'Italia al 24mo posto nell'Unione, con un avanzamento di una posizione rispetto all'anno precedente: la percentuale italiana di copertura delle reti fisse a banda larga ultra-veloce è del 24% mentre quella media europea è del 60%, con la percentuale più bassa delle persone tra i 16 e i 24 anni a utilizzare Internet⁴⁹⁶. È evidente che dietro la contrapposizione tra i due concorrenti vi sono strategie finanziarie rilevanti, che coinvolgono ormai anche investitori stranieri, e dunque sul terreno della composizione di questi contrastanti interessi si stava cercando una possibile soluzione. Ma alcune vicende nuove possono forse cambiare lo scenario.

Da un lato l'irruzione dell'emergenza sanitaria nel 2020 è evento che può mutare le priorità per gli investimenti pubblici del Paese, se si considera la situazione di crisi economica e finanziaria che il medesimo dovrà affrontare. È prevedibile un posto di primo piano per Cassa depositi e prestiti in funzione della liquidità che l'Italia avrà bisogno nei tempi che si aprono, e dunque anche le scelte di politica industriale nel campo delle infrastrutture digitali potrebbero subire delle variazioni.

Al tempo stesso tale crisi sanitaria ha messo in evidenza il ruolo ormai essenziale dei servizi di rete: un intero Paese ha scoperto le potenzialità di una grande quantità di attività – lavorative e non – da remoto, e proprio tale scenario dimostra quanto necessaria sia una capillare infrastruttura delle comunicazioni e quanto preziose siano le risorse digitali. La banda larga e ultra larga potrebbe rappresentare uno strumento di primaria rilevanza per rilanciare molteplici attività in tempi di modalità di convivenza alterate, e dunque l'attualità della politica in esame rimane nella sua interezza.

L'altro evento che segna lo sviluppo dell'infrastruttura delle comunicazioni è stata la

⁴⁹⁶ Cfr. le analisi di Osservatori Agenda Digitale, *Italia digitale: la "macchina" è pronta a correre?*, Milano, 2019. Si osserva che il divario tra Nord e Sud è più che mai aperto sul terreno della digitalizzazione: nove Regioni hanno un punteggio superiore alla media nazionale e sette sono del Nord – Lombardia, Emilia-Romagna, Liguria, Piemonte, Veneto, e province autonome di Trento e Bolzano – e due del centro, Lazio e Toscana. Tutte le altre sono sotto la media, e le ultime sono tutte del Sud. Anche N. Matteucci, *L'investimento nelle reti NGA a larga banda: la 'questione settentrionale'*, cit., p. 130, dichiara mancati vari traguardi infrastrutturali sulla banda larga fissati dall'Agenda digitale.

conclusione dell'indagine dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nei confronti di Tim per abuso di posizione dominante: nel febbraio 2020 l'Autorità ha accertato la violazione comminando una severa sanzione alla società privata. Di questo provvedimento è interessante ora occuparsi, per riflettere sulle prospettive che apre.

5. L'abuso di posizione dominante da parte di Tim.

La decisione che ora si ripercorre nei suoi passaggi principali attesta, evidentemente, un grave *vulnus* nel processo finora sviluppatosi, posto che il supposto operare di dinamiche competitive è sconfessato da questo provvedimento dell'Agcm, che accerta condotte che hanno precluso meccanismi concorrenziali.

Con il provvedimento conclusivo del procedimento A514 del 25 febbraio 2020 l'Autorità ha chiuso l'indagine, che ha avuto origine da diverse segnalazioni depositate da più soggetti. La prima segnalazione è pervenuta il 12 maggio 2017 da parte di Infratel, che ha denunciato presunti comportamenti anticoncorrenziali adottati da Tim, volti ad ostacolare la concorrenza nelle gare indette nel corso del 2016 per la copertura delle aree a fallimento di mercato. Tim avrebbe alterato l'esito delle gare attraverso molteplici interventi: anzitutto chiedendo una modifica, in corso di gara, dei propri piani di investimento rispetto a quelli dichiarati a Infratel in sede di consultazione pubblica; secondariamente comunicando pubblicamente, a gara in corso, di non volere partecipare alla seconda gara indetta, dopo essersi regolarmente pre-qualificata, e di investire comunque nelle aree bianche a fallimento di mercato con un piano di copertura autonomo; presentando infine numerosi ricorsi a varie autorità giudiziarie e amministrative, nazionali ed europee, per contestare strumentalmente la struttura dei bandi di gara e ritardare le procedure di aggiudicazione.

Anche da parte di Enel e Oper Fiber sono pervenute segnalazioni di modalità di azione anticoncorrenziali di Tim: esattamente un mese dopo Infratel essi hanno rappresentato soprattutto l'esistenza di ostacoli alla riuscita del piano di investimenti di Open Fiber sull'intero territorio nazionale, sia nelle aree bianche che al di fuori di esse.

A seguito di questi reclami, l'Autorità ha deliberato l'avvio di un procedimento nei confronti di Tim ai sensi dell'art. 102 TFUE in data 28 giugno 2017, ritenendo che gli elementi emersi potessero giustificare un'inchiesta diretta ad individuare possibili strategie

anticompetitive, idonee ad ostacolare lo sviluppo concorrenziale dei mercati *wholesale* e *retail* dei servizi a banda larga e ultralarga in Italia. Le condotte di Tim sono infatti apparse idonee a ostacolare lo sviluppo della concorrenza infrastrutturale: la gravità delle medesime è risultata ancora maggiore in considerazione della circostanza che il mercato italiano non aveva presentato elementi di competitività fino all'ingresso di Oper Fiber.

Alla base del procedimento sono state formulate due ipotesi circa gli obiettivi strategici perseguiti da Tim: da un lato si è supposto il fine di ostacolare lo svolgimento delle procedure di gara indette da Infratel per la copertura con reti FTTH delle aree bianche «in modo da preservare indebitamente la posizione monopolistica storicamente detenuta in tali territori ed evitare l'ingresso di un nuovo operatore (Open Fiber, aggiudicataria delle gare)»; dall'altro si è percepito l'obiettivo di «accaparrarsi preventivamente la clientela sul nuovo segmento dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio a banda ultralarga, anche con politiche commerciali anticoncorrenziali (prezzi non replicabili, *lock-in*)»⁴⁹⁷.

Effettuata l'individuazione dei mercati rilevanti – quello dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa a banda larga e ultralarga, di dimensione nazionale, anche denominato mercato *wholesale*; e quello dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio su rete fissa a banda larga e ultralarga, di dimensione nazionale, anche denominato mercato *retail* – l'indagine ha accertato che entrambi presentano un'ampiezza geografica di dimensione nazionale. Il mercato dei servizi di accesso all'ingrosso è caratterizzato da una posizione quasi-monopolista di Tim, salvo che in alcune aree metropolitane nelle quali, dopo l'ingresso sul mercato di Open Fiber, si sono presentati assetti di mercato maggiormente concorrenziali. Il caso più emblematico è quello di Milano, dove Tim e Open Fiber, a metà

⁴⁹⁷ Provvedimento finale del procedimento A514, p. to 24. Può essere interessante riprendere la decisione M.8234 della Commissione in relazione alla concentrazione da cui ha avuto luogo la costituzione di Open Fiber. In essa figura la posizione assunta da TIM, p. ti 30-31, che nel corso dell'indagine è stata sentita dall'Autorità europea: «uno degli operatori di telecomunicazioni attivi in Italia (TIM) ha tuttavia evidenziato numerose criticità riguardo all'Operazione e, in particolare, che essa: (a) violerebbe la disciplina in materia di aiuti di Stato; (b) potrebbe portare, in considerazione della sua natura conglomerale, a possibili pratiche anticoncorrenziali attraverso la concessione di sconti selettivi e vendita a pacchetti di prodotti energetici e telefonici, anche alla luce degli accordi conclusi da EOF con operatori di telecomunicazioni fissa a dettaglio (Vodafone e Wind); (c) potrebbe indurre il gruppo Enel a rifiutare l'accesso alle infrastrutture energetiche esistenti a danno di operatori terzi che intendano realizzare reti NGA, come già avvenuto in passato. Tali rilievi sono da una parte generici e astratti, e, dall'altra inconferenti ai fini dell'analisi finalizzata a determinare se l'Operazione in sé possa ostacolare in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato interno (per quanto riguarda l'asserita violazione delle regole in materia di aiuti di Stato). In ogni caso, la Commissione analizzerà di seguito, anche alla luce dei rilievi di TIM, i possibili effetti orizzontali dell'Operazione, derivanti dalla presenza di EOF e del Gruppo Metroweb sul mercato per la fornitura di servizi di accesso all'ingrosso alle infrastrutture di rete in postazione fissa in Italia ed eventuali sotto-mercati geografici e di prodotto ed i possibili effetti non-orizzontali sui possibili mercati collegati».

2018, avevano un'analogia quota di linee fisse attive, a banda larga e ultralarga⁴⁹⁸: ma anche in questa area la forza competitiva di Tim appariva maggiore rispetto a quella degli altri operatori, potendo disporre di una propria rete fissa, che copre il Comune di Milano nelle medesime percentuali della rete in fibra ottica di Open Fiber, ereditata da Metroweb. Ai fini dell'analisi antitrust del potere di mercato la peculiare situazione concorrenziale del Comune di Milano appare comunque ininfluente: nelle altre città dove Open Fiber ha avviato gli investimenti non ci sono infrastrutture ereditate, come nel caso di Milano, e pertanto le percentuali di copertura raggiunte non sono confrontabili con i livelli di copertura di Tim.

Passando all'esame dei comportamenti nella prospettiva della violazione ipotizzata, l'Autorità osserva anzitutto che «dalla posizione dominante discende una 'speciale responsabilità', per cui l'impresa che la detiene non può ridurre o eliminare il grado di concorrenza ancora esistente sul mercato, con comportamenti escludenti. Pertanto, sono consentiti gli atti di tutela degli interessi commerciali dell'impresa dominante ma non le condotte che abbiano lo scopo di rafforzare la posizione dominante e di abusarne»⁴⁹⁹. Il presupposto così astrattamente rappresentato ricorre nel caso di specie, posto che Tim, a seguito dell'entrata sul mercato di Open Fiber, non ha riportato modifiche in relazione al grado di indipendenza in qualità di operatore in posizione dominante: Tim ha piuttosto continuato, sulla base dei dati raccolti, a detenere una posizione dominante sull'intero territorio nazionale. Essa ha messo in atto pratiche suscettibili di configurare una violazione dell'art. 102 TFUE, e complessivamente corrispondenti a tutta la casistica contemplata in quella disposizione: l'Autorità parla di «un'unica e complessa strategia abusiva escludente, che Tim ha posto in essere con modalità diverse a partire almeno da dicembre 2016, subito

⁴⁹⁸ Nel provvedimento finale del procedimento A514, p.to 85, si osserva che la specificità del caso milanese, non estendibile allo stato ad altre città italiane, deriva «dal fatto che la rete FTTH del territorio di Milano è stata costruita dalla società Metroweb, poi acquisita da Open Fiber, prima che fosse realizzata da TIM la copertura con rete FTTC. In pratica, l'evoluzione tecnologica della rete fissa ha saltato una fase del ciclo di sviluppo così come invece verificatosi finora nel resto del territorio nazionale». E si specifica che per gli elementi di specificità del caso di Milano, nella sua delibera 348/19/CONS, l'Agcom ha individuato il Comune di Milano, ai fini della regolamentazione, come un mercato distinto dal resto del territorio nazionale.

⁴⁹⁹ Le sentenze della Corte di Giustizia UE a conferma di queste affermazioni sono, per la prima situazione, le seguenti: 21 febbraio 1973 (causa C-6/72 – Europemballage); 9 novembre 1983 (causa C-322/81 - N. V. Nederlandsche Banden-Industrie Michelin c. Commiss. CE); 3 luglio 1991 (causa C-62/86 - Akzo Chemie); del 16 marzo 2000 (causa C-395/96 - Compagnie Maritimes Belges) e sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, del 10 marzo 2006 n. 1271. Per la seconda fattispecie: Tribunale di primo grado UE del 7 ottobre 1999 (causa T-228/97 - Irish Sugar) e 8 ottobre 1996 (cause riunite T- 24/93, 25-93, 26/93, 28/93 - Compagnie maritimes belges e altri).

dopo l'ingresso di Open Fiber, il primo concorrente infrastrutturato a rappresentare una concreta minaccia competitiva alla consolidata posizione dominante di Tim nel mercato dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa»⁵⁰⁰.

È interessante la posizione che ha assunto l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni a riguardo: nel parere reso essa ha evidenziato che, con delibera 348/19/CONS, vi è stata, a partire dal 2019, un'apertura a forme di differenziazione dei rimedi regolamentari su base geografica. Sono stati definiti degli indicatori di concorrenzialità che consentono di individuare dei *Comuni Contendibili*, ossia dei Comuni nei quali risulterebbe sufficiente l'imposizione di rimedi regolamentari meno stringenti rispetto al resto del territorio nazionale. Forse per effetto di tale delibera, la posizione di Agcom – pur dimostrandosi allineata a quella di Agcm in relazione alla valutazione dei mercati rilevanti – è di cauta valutazione dell'abuso di Tim: i dati ad essa risultanti conducono a ritenere limitati gli effetti restrittivi delle condotte sia *wholesale* che *retail* dell'impresa privata⁵⁰¹.

Malgrado ciò, le valutazioni a cui perviene Agcm sono all'insegna del riconoscimento di una complessa strategia anticoncorrenziale sia sul mercato *wholesale* che sul mercato *retail*, dove Tim detiene storicamente una posizione dominante⁵⁰². Tale strategia⁵⁰³ si è dispiegata nelle aree bianche, mediante il mutamento strumentale dei piani di investimento e le iniziative legali di disturbo: Tim ha così potuto porre ostacoli al piano di investimenti infrastrutturali di Infratel. Nella restante parte del territorio, Tim ha perseguito un disegno di *pre-emption* del bacino di domanda contendibile da altri operatori, allo scopo di prosciugare la base di clientela acquisibile da operatori concorrenti. La strategia abusiva così descritta è finalizzata a ostacolare l'ingresso sul mercato di un nuovo operatore dotato di infrastruttura di rete fissa e a preservare indebitamente il pregresso grado di potere di mercato dell'*incumbent*. Tali condotte vengono identificate come la reazione all'ingresso del Gruppo Enel sui mercati delle telecomunicazioni fisse, annunciato a novembre 2015, e sono state dirette a generare vantaggi competitivi a danno di Open Fiber, mediante la creazione di barriere strategiche all'entrata di nuovi concorrenti.

⁵⁰⁰ Cfr. provvedimento finale del procedimento A514, p. to 106.

⁵⁰¹ *Ivi*, al p.to 427, nella parte che riporta il parere di Agcom, si evidenzia che «in relazione alle condotte *wholesale*, l'Agcom ha rimarcato di avere adottato delle misure pro-concorrenziali di cui occorrerebbe tenere conto nell'ambito del procedimento A514».

⁵⁰² *Ivi*, nei p. ti 466-469 si argomenta il persistere di una chiara posizione dominante di Tim: si parla addirittura di un potere di mercato quasi-monopolistico.

⁵⁰³ *Ivi*, cfr. p. ti 437-439.

Quanto alla qualificazione giuridica della strategia abusiva in violazione dell'art. 102 TFUE, essa è assimilabile a quei casi di strumentalizzazione o di manipolazione dei processi, delle regole, o dei procedimenti amministrativi che, secondo la giurisprudenza comunitaria, possono dare luogo a condotte abusive. L'ampliamento delle figure di abuso di posizione dominante e del controllo antitrust operato dalla giurisprudenza è infatti giunto fino a comprendere – sia nell'ordinamento comunitario che negli ordinamenti nazionali – i possibili abusi della regolazione pubblica, anche quando questa è sicuramente e pienamente legittima. La decisione rinvia a tale riguardo allo scrutinio antitrust effettuato in relazione all'abuso di contenziosi civili e amministrativi nei confronti dei concorrenti, come nel caso Pfizer⁵⁰⁴; all'abuso di procedimenti o provvedimenti amministrativi finalizzati a garantire diritti di esclusiva, ancora nel caso Pfizer; e all'abuso del procedimento amministrativo anche quando non sia finalizzato ad assicurare l'accesso al

⁵⁰⁴ La vicenda della casa farmaceutica Pfizer costituisce un passaggio emblematico nella vigilanza e nella giurisprudenza in tema di abuso di posizione dominante. Con sentenza 12 febbraio 2014 il Consiglio di Stato (Cons. di Stato, sez. VI, 12 febbraio 2014, n. 693, Ratiopharm/Pfizer) ha capovolto la decisione del Tar del Lazio 3 settembre 2012 di annullamento del provvedimento n. 23194 di Agcm 11 gennaio 2012 relativo al procedimento A431, a seguito del quale era stata accertata l'esistenza di un abuso di posizione dominante da parte di tre società appartenenti al Gruppo Pfizer, finalizzato a ritardare l'ingresso dei genericisti nel mercato interessato.

Il caso è stato oggetto di molteplici commenti, che qui si riportano: G. Pitruzzella, *Farmaci e antitrust*, in *Nuove Autonomie*, n. 3/2012; G. Ghidini, G. Cavani e P. F. Piserà, *Abuso del diritto al brevetto e abuso di posizione dominante: il caso "Pfizer"*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, n. 3/2014; C. D'Amore, *Il Consiglio di Stato conferma la decisione dell'Autorità garante della concorrenza di condannare Pfizer per abuso di posizione dominante finalizzato a ritardare l'ingresso sul mercato delle aziende farmaceutiche generiche*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, n. 1/2014; C. Osti, *Il sistema italiano di revisione delle decisioni dell'Autorità antitrust: alcune stranezze sul caso "Pfizer"*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, n. 3/2014; H. Simonetti, *Appello, non applicazione e revisione giudiziale sugli atti della pubblica amministrazione ai fini della disciplina antitrust (Alcune riflessioni a margine della sentenza del Consiglio di Stato n. 693/2014)*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, n. 3/2014; E. Arezzo, *"Strategic patenting" e diritto della concorrenza: riflessioni a margine della vicenda "Ratiopharm - Pfizer"*, in *Giur. comm.*, n. 2/2014; G. Ghidini, G. Cavani e P. F. Piserà, *Il caso Pfizer*, in *Rivista di diritto civile*, n. 6/2015; G. Ghidini, *Alcuni recenti orientamenti interpretativi in tema di "intersection" fra PI e Antitrust*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, n. 2/2015; C. D'Amore, *L'abuso del diritto nel settore farmaceutico: note a margine della sentenza "Pfizer" del Consiglio di Stato 12 febbraio 2014, n. 693*, in *Concorrenza e mercato*, 2015; A. Pezzoli e G. Sepe, *"Public" e "private enforcement": c'è danno e danno...*, in *Analisi giur. econ.*, n. 2/2017.

mercato, emerso nel caso Coop Estense/Esselunga⁵⁰⁵ e nel caso Aspen⁵⁰⁶. Pertanto «comportamenti astrattamente legittimi dal punto di vista antitrust se posti in essere da un'impresa che non detiene una posizione dominante, possono rappresentare, invece, abusi qualora siano compiuti da un'impresa in tale posizione»⁵⁰⁷.

La fattispecie abusiva è altresì potenzialmente suscettibile di pregiudicare il commercio intracomunitario perché la strategia riguarda l'intero territorio nazionale ed è idonea a limitare la produzione e a precludere o limitare l'accesso al mercato nazionale rispetto a quei soggetti che intendano operare in Italia: si osserva del resto che, tra gli operatori attualmente attivi nel mercato, vi sono anche alcuni soggetti attivi in altri Stati membri. In più la condotta di Tim rispetto agli investimenti nelle aree bianche, consistente nel tentativo di occupare preventivamente il mercato con una rete meno costosa ma tecnologicamente subottimale rispetto agli standard richiesti dai bandi di gara Infratel, assume «rilievo anche nell'analisi della potenzialità di lesione del commercio nel mercato interno dell'Unione Europea. A tal proposito, appare significativo che la condotta di Tim avrebbe potuto impedire che l'Italia potesse raggiungere un livello di infrastrutturazione tecnologica comparabile con quello medio degli altri Stati membri, mettendo a rischio la possibilità di garantire il raggiungimento degli obiettivi di copertura e di penetrazione del territorio e della popolazione stabiliti dall'Agenda digitale europea»⁵⁰⁸.

L'Autorità ha ritenuto di disporre l'applicazione di una sanzione prevista per i casi di

⁵⁰⁵ Con sentenza 8 aprile 2014 (Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 1673, 8 aprile 2014, caso A437 – Coop Estense) il Consiglio di Stato ha dichiarato pienamente legittimo il provvedimento n. 23639 di Agcm 28 giugno 2012, relativo alla conclusione del procedimento A437. Il Tar Lazio, con sentenza 2 agosto 2013, n. 7826, aveva accolto l'impugnativa proposta da Coop Estense e annullato il suddetto provvedimento. Si rinvia ai commenti di M. Angeli, *La responsabilità per abuso del diritto: le regole del Consiglio di Stato sul caso Coop Estense*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, n. 2/2014; C. D'Amore, *Il Consiglio di Stato conferma la decisione*, cit.; S. Bastianon, *Esselunga v. Coop Estense e la guerra tra supermercati. L'abuso di posizione dominante come illecito di mera condotta*, in *Mercato, Concorrenza Regole*, 2/2014; cfr. la Rassegna di M. Zuppetta, *Abusi di posizione dominante (anno 2012)*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, p. 409 ss.; G. Barozzi Reggiani, in *Dir. Econ.*, n. 1/2015.

⁵⁰⁶ Agcm Provvedimento n. 26185 29 settembre 2016. La dottrina che segue si è occupata della decisione: L. Arnaudo e R. Pardolesi, *Sul giusto prezzo, tra Aquino e Aspen*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 3/2016; M. Colangelo, *Farmaci, prezzi iniqui e concorrenza: il caso Aspen*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 3/2016; M. Angeli, *La sentenza "TAR Lazio" nella causa italiana "Aspen" sull'imposizione dei prezzi iniqui di cui all'art. 102 (a) TFUE*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, n. 2/2017. Il provvedimento dell'Autorità è stato confermato dalla giurisprudenza amministrativa, TAR LA - Roma sez. I 26 luglio 2017, n. 8945: su tale decisione v. la nota di G. Colangelo, *Il paradigma "Aspen": dominanza di mercato, supremazia negoziale e "pricing" abusivo*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 1/2018.

⁵⁰⁷ Provvedimento finale del procedimento A514, p.to 636: si richiama nuovamente la "speciale responsabilità" dell'impresa in posizione dominante, il cui comportamento non deve ostacolare una concorrenza effettiva nel mercato comune.

⁵⁰⁸ *Ivi*, p. to 647.

infrazioni gravi, ovvero una sanzione amministrativa pecuniaria nella misura massima del dieci per cento del fatturato realizzato da ciascuna impresa responsabile dell'infrazione nell'ultimo esercizio. La gravità dell'abuso compiuto da Tim, secondo la prassi dell'Autorità e l'orientamento comunitario, è stato valutato in ragione di molteplici elementi, ed è stato considerato una violazione grave della disciplina a tutela della concorrenza: «la gravità emerge con particolare riferimento alle condotte finalizzate a compromettere lo svolgimento degli investimenti pubblici nelle aree bianche. In tal caso, infatti, TIM ha tentato di boicottare una complessa iniziativa volta a garantire che in tutto il territorio nazionale vi fosse la disponibilità di connessioni a banda ultralarga, nel tentativo di prolungare artificiosamente un assetto di mercato caratterizzato da assenza di incentivi all'innovazione tecnologica e di prodotto nonché da scarsa competitività nel mercato dei servizi al dettaglio»⁵⁰⁹. Si arriva così alla quantificazione finale della sanzione pari a 116.099.937,60 €, rispetto alla quale si specifica che «in considerazione delle attuali difficoltà del sistema produttivo derivante dall'emergenza epidemiologica da COVID-19, dell'importo elevato della stessa e in via del tutto eccezionale, deve essere pagata entro il 1° ottobre 2020».

La vicenda fin qui ricostruita avrà evidentemente ulteriori sviluppi, posto che al provvedimento del regolatore farà seguito il ricorso al giudice amministrativo da parte dell'operatore privato: non si può quindi ancora inquadrare compiutamente la questione della distorsione della concorrenza, sulla quale ci si può aspettare che si pronuncino le giurisdizioni competenti fino all'ultimo grado, e rispetto alla quale si è evidenziata una posizione di Agcom non pienamente allineata con quella di Agcm. Le osservazioni che si possono proporre ora sono piuttosto relative ai rapporti tra pubblico e privato che devono – a quanto sembra – ancora manifestarsi secondo modalità «virtuose» in un settore di primaria rilevanza quale quello dell'infrastruttura digitale: laddove per «virtuose» pare doversi intendere modalità che permettano al Paese di usufruire di un esteso sistema di connettività in tempi rapidi e a costi coerenti, al netto dunque di oneri dovuti a contenzioso giudiziario o a inefficienze amministrative. In attesa che l'ambiente competitivo interessato avvii tali modalità di funzionamento, l'interrogativo finale che ci si pone – anche alla luce di questa prima evidenza di non corretta relazione tra concorrenti a seguito della decisione di Agcm – concerne il servizio in sé che la *Strategia* italiana è chiamata a estendere e

⁵⁰⁹ *Ivi*, p. to 651.

potenziare: a fronte delle ambiguità che si sono illustrate circa la fragilità dei meccanismi concorrenziali, la domanda è se i servizi di cui si ragiona possano essere considerati come universali ed essenziali; e in che misura essi, in un contesto quale quello nazionale, possano risultare garantiti da dinamiche di mercato.

6. Il servizio universale della banda larga: la necessità di investimenti pubblici e di regolazione adeguata.

Come è stato osservato “il processo di liberalizzazione del settore delle tlc è partito dalla scelta del modello di Fbc (Facility Based Competition), che riconosceva solo un monopolio naturale ‘storico’, e destinato ad esaurirsi, sulla vecchia rete locale di accesso in rame; per il resto si riteneva possibile che l’offerta di risorse di rete si sarebbe sviluppata in un contesto competitivo, e promuoveva una regolazione orientata verso la realizzazione di tale obiettivo”⁵¹⁰. Ma tale prospettiva era costruita a partire da un approccio che ancora non riconosceva l’accesso ad Internet ad alta velocità come un servizio pubblico essenziale: le nuove reti si sono invece gradualmente presentate come la nuova frontiera del servizio universale⁵¹¹, e rispetto ad esse è emersa la convinzione che, specialmente in alcune parti del territorio nazionale, sia possibile prevedere la duplicazione di infrastrutture di rete. Come si è già evidenziato con l’*Indagine* di Agcm e Agcom del 2014, due soluzioni alternative si era prospettate fin dall’inizio: quella dell’operatore in precedenza dominante nelle telecomunicazioni, che avrebbe finanziato in toto il progetto; oppure quella di investitori privati che, magari in società aperte anche alla partecipazione del capitale pubblico, si sarebbe impegnati a realizzare le nuove reti⁵¹².

⁵¹⁰ M. Libertini, *Le reti di nuova generazione*, cit., p. 1229. L’A. osserva inoltre che in tale prospettiva le reti di nuova generazione apparivano come un’offerta innovativa, tendenzialmente destinata a non essere regolamentata.

G. De Minico, *Regulation, banda larga e servizio universale*, cit., p. 544, osservava che “queste reti sono estranee alla tematica del servizio universale, perché il realizzarle o no dipende, non dall’adempimento di un obbligo per l’impresa, bensì da una sua libera scelta d’investimento. Il regolatore europeo e nazionale, in mancanza di obblighi *ex lege*, dovrà studiare una regolazione in grado di incentivare gli investimenti degli operatori privati nelle nuove reti e, al tempo stesso, di prevenire la fisiologica attitudine dell’*incumbent* della vecchia rete a spostare la sua dominanza sui nuovi scenari tecnologici”.

⁵¹¹ In tal senso cfr. M. Libertini, *Che cosa resta del servizio universale nella disciplina delle comunicazioni elettroniche*, in *Federalismi.it*, n. 14/2009.

⁵¹² Cfr. ancora M. Libertini, *Le reti di nuova generazione*, cit., p. 1231.

L'approccio evidenziato tanto nella strategia europea quanto in quella nazionale è caratterizzato da una chiara apertura al mercato, che deve addirittura rappresentare il contesto prevalente di realizzazione dell'infrastruttura, con deroghe giustificate solo in quelle realtà dove gli operatori privati non hanno interesse ad investire. Il contesto nazionale è stato pertanto concepito secondo una ripartizione in diversi comparti geografici, e rispetto ad alcuni di questi si è prospettata una soluzione di infrastrutturazione a partire dal mercato; mentre rispetto ad altri, in cui l'investimento privato non è prevedibile che si attivi spontaneamente, si è valutato di aprire gare, ricorrendo anche a sovvenzioni pubbliche che rendessero attrattivo agli operatori privati un impegno industriale finalizzato a costruire le reti. Il modello che emerge dalla documentazione di avvio dell'Unione e dell'Italia *sarebbe* dunque quello di un sistema *a macchia di leopardo*, con un servizio universale sovvenzionato, ma in misura tale da non comportare distorsioni della concorrenza. La realizzazione della nuova rete di comunicazione *sarebbe* stata affidata a un insieme di forze pubbliche e private, operanti secondo logiche di competizione, laddove esse fossero possibili, ma la regia dell'operazione *sarebbe* rimasta allo Stato⁵¹³.

L'uso del condizionale nelle ultime affermazioni è dovuto al fatto che pare di poter osservare che lo Stato abbia assunto un ruolo che è andato oltre la regia, attrezzandosi con un operatore pubblico – Open Fiber – per garantire l'intervento di costruzione delle reti laddove l'*incumbent* privato – Telecom, ex monopolista pubblico – era probabilmente intenzionato a presidiare, sfruttando la propria infrastruttura già esistente. Tale *mossa* pubblica sembra aver sospinto l'operatore privato con posizione dominante verso condotte anticoncorrenziali, riguardo alle quali è prematuro esprimere un'opinione definitiva: tuttavia l'insieme di queste dinamiche depone a favore di un giudizio di limitato apprezzamento per la riuscita del gioco concorrenziale; ma anche della capacità dei regolatori di svolgere al meglio le funzioni di arbitro in un contesto dove l'operatore pubblico ha avuto la possibilità di introdursi in aree a fallimento di mercato, dove però l'operatore privato – ex monopolista – poteva in fondo già essere presente con la sua tecnologia, probabilmente non abbastanza avanzata ed efficiente.

Quello che può allora constatarsi è la stranezza di un contesto industriale nel quale pubblico e privato appaiono scontrarsi con ruoli quasi capovolti, perché la supposta lesione della competizione è perpetrata dall'operatore privato ai danni soprattutto di quello pubblico,

⁵¹³ Come prefigurava G. De Minico, *Regulation, banda larga e servizio universale*, cit., p. 561.

oltre che di alcuni altri privati di minori dimensioni; ma anche perché la qualificazione di «pubblico» e «privato» appare ambigua.

La concorrenza risulta alterata e distorta da una società privata, che a quanto pare prova a replicare lo scenario che era tipico dell'epoca del monopolio pubblico. La dottrina ha evidenziato la connotazione proprietaria privatistica del nuovo “capitalismo delle reti”, e ha segnalato come in tale contesto “non ci sia stato spazio neanche per ammodernare la rete dei servizi che corrono sulle infrastrutture”⁵¹⁴. Dunque l'ex-monopolista Tim ha contato sulla propria pervasiva presenza nel settore e ha probabilmente rinunciato a rendere più efficienti i servizi offerti: il passaggio dalla proprietà pubblica alla proprietà privata ha determinato una minore capacità di investire per innovare, con effetti negativi anche e soprattutto nei riguardi dell'intero sistema economico⁵¹⁵.

E del resto la dottrina ha denunciato la modalità con la quale si sono realizzate le privatizzazioni: la riduzione drastica degli investimenti non solo per lo sviluppo ma anche per il mantenimento in efficienza delle reti esistenti ha portato a sostenere che le privatizzazioni nelle *public utilities* e nei servizi a rete presentano più ombre che luci: “Le imprese privatizzate investono in R&S generalmente di meno, talvolta molto di meno, delle imprese pubbliche. Del resto questo è ciò che ci si deve aspettare se il management ha un orizzonte relativamente di breve periodo nella ricerca di valore per gli azionisti quando i tempi di maturazione degli investimenti in ricerca sono lenti. Telecom Italia prima della sua privatizzazione era stata una delle imprese europee più veloci nell'introdurre le nuove tecnologie di commutazione, la telefonia mobile, e i sistemi di compressione dei dati ed era tra le migliori al mondo per capacità di autofinanziamento, numero di linee per addetto e appunto investimento in ricerca e innovazioni a monte del suo sistema di fornitura: il confronto con l'attuale Telecom è impietoso”⁵¹⁶. La particolare realtà di Milano, dove le

⁵¹⁴ P. Spirito, *Gli investimenti nelle reti tra privatizzazione degli assetti proprietari e liberalizzazione dei servizi: il fallimento dello Stato ed il fallimento del mercato*, in *Analisi giur. econ.*, n. 2/2015, p. 326. L'A. aggiunge, p. 321, che il modello adottato per la privatizzazione ha seguito la strada del collocamento sul mercato di attività integrate verticalmente, senza separare le funzioni della rete infrastrutturale rispetto a quella dei servizi.

⁵¹⁵ M. Mazzuccato, *Lo Stato innovatore*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. XI, osserva che “quando è avvenuta la liberalizzazione di Telecom Italia, all'inizio degli anni Novanta, la compagnia telefonica ha immediatamente cominciato a tagliare in ambito della ricerca. Mentre la logica delle privatizzazioni doveva essere tale per cui «se lo Stato farà un passo indietro, lo spirito imprenditoriale e la capacità di innovazione del settore privato potranno dispiegare tutta la loro forza”, p. 24.

⁵¹⁶ Questa la posizione di P. Spirito, *Gli investimenti nelle reti*, cit., p. 326, che richiama M. Florio, *Le privatizzazioni un bilancio critico*, CSIL Working Paper Series, n. 2/2014, p. 6.

autorità di regolazione hanno evidenziato la presenza di rapporti effettivamente competitivi, e di servizi tecnologicamente avanzati, sembrerebbe confermarlo: essa rimane un «mercato distinto»⁵¹⁷, e dunque un'eccezione rispetto ad uno scenario dove il meccanismo competitivo non sembra poter funzionare.

Ma si può altresì constatare la presenza di un c.d. “capitalismo ibrido”⁵¹⁸: perché in fondo Telecom/Tim è ancora largamente partecipato dallo Stato, e l'operazione che sembrava in procinto di compiersi prima dell'emergenza sanitaria – ovvero l'integrazione, per effetto dell'iniziativa di Cassa depositi e prestiti, dell'operatore pubblico con il privato – confermerebbe uno scenario ancora indistinto, nel quale pubblico e privato troverebbero più vantaggioso eliminare gli elementi di competizione⁵¹⁹. E del resto questa volontà di rimanere all'interno di un capitalismo ancora ampiamente dominato dalla sfera pubblica è emersa in questi anni a seguito della creazione di «enti ibridi» proprio come le banche di investimento, di cui Cassa depositi e prestiti⁵²⁰ è l'emblema⁵²¹. Se tale tendenza risulta funzionale a promuovere un meccanismo di collaborazione tra investimenti pubblici e settore privato, il giudizio su di essa non può che essere positivo⁵²²: mentre ciò che va evitato sono «comportamenti opportunistici capaci di far inceppare gli aspetti virtuosi del sistema», come il procedimento appena concluso da Agcm nei confronti di Tim sembra

⁵¹⁷ Cfr. Agcom, 348/19/CONS, p. to 86, p. 31 e p. to 207, p. 55.

⁵¹⁸ L'espressione è di G. L.C. Provenzano e A. Aresu, *La politica industriale è tornata, ora serve un nuovo IRI della conoscenza*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, n. 3/2017, p. 662.

⁵¹⁹ Su questo scenario cfr. l'intervista a G. Oliveri, *Rete unica? "Sì ma a condizioni molto stringenti"*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 novembre 2019, nella quale si esprimono riserve per la prospettiva della rete unica: «L'aspetto cruciale rimanda alla proprietà della rete unica e alla sua *governance*, che dovrebbe essere neutrale e indipendente, in modo da garantire a tutti gli operatori parità di condizioni».

⁵²⁰ F. Bassanini, *La politica industriale dopo la crisi: il ruolo della Cassa Depositi e Prestiti*, in *L'industria*, 3/2015, ha sottolineato il ruolo chiave della Cassa per la politica industriale del Paese.

Sia consentito rinviare a C. Buzzacchi, *L'audit degli organi di revisione contabile sugli aiuti di Stato: gli interventi di Cassa depositi e prestiti all'esame della Corte dei conti*, in *Concorrenza e mercato*, 2017.

⁵²¹ G. L.C. Provenzano e A. Aresu, *La politica industriale è tornata*, cit., p. 662, argomentano come segue: «alle varietà del capitalismo di Stato, in cui lo Stato può essere azionista di minoranza o maggioranza, si affiancano quindi la creazione e il potenziamento di enti ibridi, come appunto le banche pubbliche per lo sviluppo, e l'allargamento del campo della regolamentazione al campo della 'strategia', per cui lo Stato regolatore si riorienta come 'Stato stratega'. Le stesse grandi imprese italiane privatizzate e privatizzande – Eni, Enel, Finmeccanica, Terna, Poste, Ferrovie – possono essere considerate creature del capitalismo ibrido, in cui una quota di controllo sempre più ridotta dello Stato si confronta con meccanismi internazionali di *governance*, organizzazione e strategie».

⁵²² P. Spirito, *Gli investimenti nelle reti*, cit., p. 316, osserva ancora che proprio a partire dalla funzione di promozione degli investimenti, e degli investimenti più rischiosi ed innovativi, l'intervento pubblico nell'economia può tornare ad assumere un ruolo di vettore per lo sviluppo e di attivatore di innovazione, in un rapporto simbiotico con le forze del mercato.

attestare⁵²³.

In questo scenario piuttosto ambiguo, in cui attori pubblici e privati non si muovono con completa trasparenza e soprattutto non sembrano effettivamente perseguire gli obiettivi che la politica europea e nazionale per la banda larga hanno proposto, il rischio è che si perda “il senso e la dimensione dei servizi alla collettività che devono essere garantiti secondo una logica universalistica”⁵²⁴: se i servizi pubblici che rispondono a bisogni fondamentali delle comunità rimangono affidati ad una logica di concorrenza in cui gli operatori economici – pubblici e privati – appaiono più impegnati in strategie finanziarie⁵²⁵ che in disegni industriali capaci di rispondere, con capacità imprenditoriale, alle sfide ad essi proposte da politiche pubbliche volte a modernizzare il Paese e a creare opportunità di crescita economica e sociale per strati sempre più ampi di popolazione, il bilancio che si può effettuare ora dell’azione italiana a favore della banda larga è solo parzialmente soddisfacente.

In più l’irruzione dell’emergenza sanitaria conferisce sempre più nettamente la fisionomia di «servizio universale» alle reti veloci e all’accesso generalizzato alle medesime. Il passaggio storico di straordinario impiego di connessione per attività da remoto – non solo quanto rientra nella nozione di «lavoro», ma anche impieghi a finalità culturale e sociale come la didattica di ogni ordine e grado e visite virtuali a musei, per fare solo alcuni esempi di particolare rilevanza – sta dimostrando, in questo travagliato anno 2020, la nevralgica funzione di un’infrastruttura come le reti digitali⁵²⁶.

È interessante, a questo riguardo, l’ordine del giorno del 16 marzo 2020 che la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome ha adottato su *Grande Progetto Banda Ultralarga*: premettendo lo stato di lento avanzamento della *Strategia* del 2015 e rilevando altresì che «nell’attuale periodo caratterizzato dall’emergenza COVID-19 in cui è richiesto ai cittadini l’utilizzo massivo di soluzioni e di modalità digitali di lavoro e di studio si registra, al

⁵²³ Opinione diversa è stata manifestata da F. Debenedetti in *Il caso TIM e il bastone tra le reti*, in *Il Sole 24 Ore*, 4 marzo 2020, dove si sostiene che «ancora una volta è il mercato che pone rimedio alle disfunzioni dello Stato».

⁵²⁴ P. Spirito, *Gli investimenti nelle reti*, cit., p. 326. Medesima considerazione è espressa da G. Rossi, *Pubblico e privato nell’economia semiglobalizzata. L’impresa pubblica nei sistemi permeabili e in competizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, n. 1/2014, p. 56.

⁵²⁵ Cfr. le considerazioni di G. Zapponini, *Due reti invece di una. La partita Tim-Open Fiber vista da Debenedetti*, in *Formiche.net*, 12 marzo 2020.

⁵²⁶ Cfr. l’intervista al Ministro Paola Pisano *Pisano: il lavoro a casa? Serve più banda larga. Non c’è un caso Cina*, in *Corriere della Sera*, 19 marzo 2020; e l’intervista a Aldo Biso, *Le reti? Uno scudo per il Paese. Pensare già alla strategia di uscita*, in *Corriere della Sera*, 29 marzo 2020.

contrario, il permanere di una forte carenza infrastrutturale di banda ultralarga in molte aree del Paese», l'organo rappresentativo delle autonomie ha dato mandato al proprio Presidente di «inoltrare un'urgente missiva al Presidente del Consiglio dei Ministri affinché sia informato sullo stato del Grande Progetto Banda Ultralarga e sui gravi ritardi – come riscontrati dai verbali del COBUL e dai dati Infratel – che investono l'intervento nelle cd. aree bianche e della preoccupazione delle Regioni e Province Autonome per il rischio, malgrado gli interventi regionali, di perdita di propri fondi a valere sull'attuale programmazione FESR e FEASR. Dovrà, altresì, essere richiesto al Presidente del Consiglio dei Ministri di attivarsi immediatamente per ottenere un'accelerazione della realizzazione delle opere in argomento, ponendo in essere ogni iniziativa utile a riguardo anche al fine di salvaguardare le Amministrazioni Regionali da ogni pregiudizio economico derivante dai ritardi nell'esecuzione dei lavori nelle cd. aree bianche, prevedendo inoltre al fine di consentire il completamento dell'infrastruttura BUL la disponibilità di identiche somme compensative secondo l'originaria dotazione di spesa»⁵²⁷. Anche da questa presa di posizione è inevitabile cogliere un certo grado di insoddisfazione per un intervento che ancora non ha conseguito i risultati prefissati, benché si sia giunti alla data che doveva rappresentare il passaggio conclusivo.

Il cammino della politica in esame appare ancora fortemente accidentato e anche confuso, e l'eccezionale utilizzo di connessioni in un Paese chiamato, per ragioni sanitarie, a fare crescente affidamento su di esse, rappresenta un motivo di estrema urgenza, nonché di effettiva necessità, per rendere più solida la politica in esame: ma di una solidità che è fatta sì di risorse finanziarie – e la crisi del sistema produttivo che si sta ora aprendo fa temere sviluppi tali per cui tanti settori avranno bisogno di iniezioni di liquidità, non solo quello delle reti di connessione – ma è fatta anche di regolazione adeguata, affinché l'attività di arbitro delle autorità competenti possa effettivamente contribuire al completamento di un'opera di cui l'intera comunità nazionale ha bisogno.

Abstract: Il saggio ricostruisce le tappe della politica italiana per la bandalarga, che si sono finora caratterizzate per le difficili interazioni tra gli operatori sul piano delle dinamiche competitive: attestando l'esigenza di un'appropriata funzione di regolazione, tanto più necessaria dal momento che l'Agcm ha nel 2020 sanzionato la società privata Tim per

⁵²⁷ Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, 20/28/CR13/C14, 12 marzo 2020.

violazione di abuso di posizione dominante. La prospettiva auspicata è quella di una più netta collocazione dei servizi di connessione tra quelli di natura universale, giustificata ulteriormente dalla crisi pandemica, che ha generato una consistente domanda di servizi digitali, a cui sempre più diffusamente va garantito l'accesso.

Abstract: The essay shows the steps of the Italian policy for the broadband: they have been characterized by the difficult competitive interactions among the economic operators. This circumstance certifies the need for a proper activity of regulation, which is even more necessary in consideration of the decision of Agcm of 2020 regarding the private company Tim, who has been penalised for abuse of a dominant position. The invoked perspective is the collocation of the fast connection services among the universal ones, and this is extremely urgent when considering the extraordinary demand for digital services caused by the pandemic crisis.

Parole chiave: banda larga – politica pubblica – concorrenza – regolazione – servizio universale.

Key words: broadband – policy – competition – regulation – universal service.

UN DIRITTO ALL'OBLIO "RACCHIUSO" ALL'INTERNO DEI CONFINI EUROPEI: ALLA RICERCA DI UN BILANCIAMENTO MULTILIVELLO DEI DIRITTI CONFLIGGENTI NELL'ERA DIGITALE*.

di Daniela Messina**

Sommario. 1. Il diritto all'oblio tra tutela dell'identità personale e diritto di cronaca. – 2. I motori di ricerca ed il loro ruolo non *neutrale* per l'accesso alle informazioni. – 3. Caratteri fondamentali e limiti del diritto alla deindicizzazione. – 4. La sentenza della Corte di Giustizia Europea C-507/17 del 24 settembre 2019: l'introduzione del limite territoriale al diritto alla deindicizzazione. – 5. Le criticità di un diritto all'oblio *racchiuso* entro i confini europei. – 6. Alla ricerca di un delicato bilanciamento tra diritti fondamentali in un'ottica multilivello e globale.

274

1. Il diritto all'oblio tra tutela dell'identità personale e diritto di cronaca.

In un mondo sempre più connesso e caratterizzato dall'*imperitura memoria* dei dati immessi in Rete, l'esigenza di dimenticare ed essere dimenticati assume sempre più valore per la corretta evoluzione democratica delle moderne società digitali. Nato durante l'esclusiva presenza dell'informazione cartacea⁵²⁸, il diritto all'oblio, infatti, si è affermato nel tempo come strumento essenziale per il ripristino del ruolo imprescindibile del fattore temporale nella corretta diffusione delle notizie e, dunque, di quell'inesorabile scandire del tempo che è elemento connaturato alla piena evoluzione dell'identità personale e al contempo parametro essenziale per il legittimo esercizio dell'attività di cronaca⁵²⁹.

* *Sottoposto a referaggio.*

** Professore a contratto di Diritto dell'informazione e dell'informatica – Università di Napoli "Parthenope".

⁵²⁸ Come è noto, il primo caso giurisprudenziale italiano di riconoscimento del diritto all'oblio nel settore della stampa risale ad una sentenza del Tribunale di Roma del 15 maggio 1995. Essa aveva ad oggetto la pubblicazione sul quotidiano *Messaggero*, nell'ambito di un gioco a premi, della prima pagina di un'edizione d'epoca dello stesso quotidiano in cui risultava palesemente leggibile il nome di un individuo reo confesso di un omicidio risalente ad un trentennio prima. L'assenza di un rinnovato interesse della società alla vicenda, per di più decontestualizzata, e l'effettiva lesione della nuova identità del soggetto colpito nella sua sfera personale e lavorativa convinsero il Tribunale di Roma a dichiarare l'avvenuta pubblicazione non rientrante legittimamente nell'alveo dell'esercizio dell'attività di cronaca e, quindi, lesiva dell'interesse del soggetto coinvolto ad essere dimenticato. Trib. Roma, s.n. 2566/1995.

⁵²⁹ Sul peculiare percorso giurisprudenziale e dottrinale del diritto all'oblio si permetta di rinviare a D. Messina, *Il diritto all'oblio tra vecchie e nuove forme di comunicazione* in *Diritto Mercato Tecnologia*, n. 2, 2016. V., inoltre, T.A. Auletta, *Diritto alla riservatezza e "droit à l'oubli"*, in *L'informazione e i diritti della persona* (a cura di) G. Alpa, Napoli, 1983; L. Crippa, *Il diritto all'oblio: alla ricerca di un'autonoma definizione*, in *Giust. civ.*, 1997, VII-VIII, p. 1990 ss; M. Mezzanotte, *Il diritto all'oblio – un contributo allo studio della privacy storica*, Napoli, 2009; Alpa G. (a cura di), *L'informazione e i diritti della persona*,

Come è noto, tale situazione giuridica si sostanzia nel «diritto della persona a che certe vicende della propria vita, che non presentino più i caratteri dell'attualità, ovvero sia che non siano più suscettibili di soddisfare un interesse apprezzabile della collettività a conoscerle, non trovino più diffusione da parte dei media»⁵³⁰.

Ne consegue che, in un panorama informativo che rischia di operare solo per accumulo di dati, ma non per evoluzione degli stessi, il diritto all'oblio assume su di sé il compito di incanalare il fluire incessante e duraturo delle informazioni presenti in Rete nelle categorie della verità, correttezza e pertinenza che rendono legittimo l'esercizio del diritto di cronaca⁵³¹. In questo modo, anche all'interno di uno scenario fortemente digitalizzato, si consente di garantire la piena realizzazione di quell'insopprimibile "libertà di dare e divulgare notizie, opinioni e commenti"⁵³² che costituisce la «pietra angolare» dell'ordine democratico⁵³³, perché in grado di innescare il vitale confronto tra le varie anime del tessuto

Napoli, 1983; L.X. Rano, *La force du droit à l'oubli*, in *Mémoire de D.E.A. Informatique et Droit* 2003/2004, Montpellier, 2007; A. Gambaro, *Falsa luce agli occhi del pubblico* in *Riv. dir. civ.*, 1981; A.A.V.V., *Il diritto all'oblio – atti del Convegno di Studi del 17 maggio 1997*, Napoli, 1997; P. Laghezza, *Il diritto all'oblio esiste (e si vede)*, nota a *Cass.*, sez. III, 09 aprile 1998, n. 3679 in *Foro.it.*; G. Napolitano, *Il diritto all'oblio esiste (ma non si dice)*, in *Diritto dell'informatica*, n.3/1996; V. Mayer-Schonberger, *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, Princeton, 2009; D. Messina, *Le prospettive del diritto all'oblio nella società dell'informazione e della comunicazione*, in *Informatica e diritto*, Napoli, 2009; F. Di Ciommo e R. Pardolesi, *Dal diritto all'oblio in Internet alla tutela della identità dinamica. È la rete, bellezza*, in *Danno e responsabilità*, 7, 2012; A. Papa, *Comunicazione e nuove tecnologie, New media e tutela dei diritti*, Roma, 2011; F. Pizzetti, *Il caso del diritto all'oblio*, Torino, 2013; M.R. Morelli, voce *Oblio (diritto all')* in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, VI, Milano, 2013; G. Finocchiaro, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità* in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, Milano, 2014; F. Di Ciommo, *Quello che il diritto non dice. Internet e oblio*, in *Danno e responsabilità*, n. 12, 2014; A. Papa, *Pubblicità degli atti parlamentari e diritto all'oblio di terzi: la difficile ricerca di un loro equilibrato bilanciamento nella società dell'informazione e della comunicazione* in *Rivista dell'Associazione dei costituzionalisti*, 2014; S. Martinelli, *Diritto all'oblio e motori di ricerca, memoria e privacy nell'era digitale*, Milano, 2017; D. Messina, *Diritto all'oblio*, in A. Papa, *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2018.

⁵³⁰ Cass., s.n. 6919/2018.

⁵³¹ Si fa riferimento ai tre criteri individuati dalla Corte di Cassazione nella famosa *sentenza-decalogo* del 1984 cui un giornalista deve attenersi per esercitare in maniera legittima il diritto di cronaca nel rispetto dell'art. 21 della Costituzione. Corte di Cassazione, I civ, sentenza 18 ottobre 1984, n. 5259. Sul punto, v. tra gli altri, A. Pace e M. Manetti, *Rapporti civili. Art.21, La libertà di manifestazione del proprio pensiero* in *Commentario della Costituzione*, Bologna – Roma, 2006; A. Pace e F. Petrangeli, (voce) *Cronaca e critica (diritto di)* in *Enciclopedia del diritto*, Agg., Vol.V, Milano, 2002; P. Caretti, *Diritto dell'informazione e della comunicazione. Stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni, teatro e cinema*, Bologna, 2009; Così R. Zaccaria., *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2010; A. Papa, *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, op. cit.

⁵³² Corte cost., s.n. 105/1972.

⁵³³ Corte cost., s.n. 84/1969. La diffusione plurale di informazioni, incardinata in idonee garanzie costituzionalmente riconosciute, consente al singolo di sviluppare un pensiero consapevole ed esercitare in maniera cosciente, scevra da qualsiasi condizionamento esterno, i diritti politici, civili, economici e sociali riconosciuti e garantiti dall'ordinamento. Pertanto, partendo dall'assunto che «[...] i principi fondanti del nostro Stato esigono che la [...] democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale» (Corte cost., s.n.

sociale⁵³⁴, finendo inevitabilmente col caratterizzare la stessa forma di Stato⁵³⁵. Al contempo, tale situazione giuridica interviene a ripristinare il carattere dinamico insito nell'essenza stessa dell'evoluzione dell'identità personale che, come è noto, affondando le proprie radici nella tutela della dignità della persona *ex art. 2 della Costituzione*⁵³⁶, mira a

112/1993), la situazione giuridica soggettiva tutelata nell'art. 21 nella sua poliedricità diventa coesistente, quindi, alla forma democratica fissata dalla Carta Costituzionale.

⁵³⁴ Lo stretto collegamento esistente tra pluralismo informativo e sviluppo in senso democratico delle moderne società è stato evidenziato a più riprese in dottrina, v. P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975; L. Carlassare (a cura di), *La comunicazione del futuro e i diritti delle persone*, Padova, 2000; C. Chiola, *Informazione, pensiero, radiotelevisione*, Napoli, 1984; C. Chiola, (voce) *Manifestazione del pensiero (libertà di)* in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XIX., Roma, 1988; A. Di Giovine, *I confini della libertà in manifestazione del pensiero*, Milano, 1988; C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958; S. Fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; A. Loiodice, *Contributo allo studio sulla libertà di informazione*, Napoli, 1969; A. Pace e M. Manetti, *Rapporti civili. Art.21, La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, *op. cit.*; L. Paladin, *La libertà di informazione*, Torino, 1979; F. Rimoli, *Pluralismo*, in *Enciclopedia giuridica.*, Roma 1998. V. Zeno-Zencovich, *La libertà d'espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Bologna, 2004; E. Apa, *Il nodo di Gordio: informazione televisiva, pluralismo e Costituzione* in *Quaderni costituzionali*, 2004; A. Nieuwenhuis, *The concept of pluralism in the case-law of the European Court of Human Rights* in *European Constitutional Law Review*, 2007; A. Papa, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009; F. Bassan e S. Venturini, *Pluralismo e par condicio* in F. Bassan e E. Tosi, *Diritto degli audiovisivi, commento al nuovo Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici come modificato dal D.Lgs. 15 marzo 2010, n.44*, Milano, 2012; F. Abbondante, *Libertà di espressione e hate speech nell'era di internet* in R. Delle Donne (a cura di), *Studi e ricerche di scienze umane e sociali*, Napoli, 2014; O. Pollicino, *Tutela del pluralismo nell'era digitale e responsabilità degli Internet service provider* in *Percorsi Costituzionali*, Napoli, 2014; G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet* in *Rivista di diritto dei media*, 1/2018; F. Abbondante, *La tirannia degli algoritmi e la libertà di manifestazione del pensiero lo stato dell'arte e le prospettive future in i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale*, 2019, M. Monti, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale*, 4/2019.

⁵³⁵ Così A. Pace e M. Manetti, *Rapporti civili. Art.21, La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, *op. cit.*, p. 25.

⁵³⁶ Come è noto, in assenza di un esplicito riferimento in Costituzione si è soliti individuare il fondamento costituzionale del diritto all'identità personale nell'art. 2 Cost., nella relativa veste di clausola aperta e generale del libero ed integrale svolgimento della personalità umana. Come è stato evidenziato dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 3769 del 22 giugno 1985, infatti, dal momento che tale situazione giuridica meritevole di tutela si sostanzia in «un interesse essenziale, fondamentale e qualificante della persona» essa affonda le proprie radici nell'art. 2 della Costituzione, il cui fine è quello di «tutelare la persona umana integralmente e in tutti i suoi modi essenziali». Tale norma, infatti, sempre secondo la Corte, «si colloca al centro dell'intero ordinamento costituzionale ed assume come punto di riferimento la persona umana nella sua complessità ed unitarietà dei suoi valori e bisogni, materiali e spirituali». Alla luce di tale interpretazione, all'art. 2 deve riconoscersi, pertanto, la forza di «apprestare copertura costituzionale ai nuovi valori emergenti della personalità in correlazione anche all'obiettivo primario di tutela del 'pieno sviluppo della persona umana', di cui al successivo art. 3» (Cass., s.n. 978/1996). Sul carattere *aperto* dell'art. 2, P. Barile, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1978, che definisce tale norma "matrice" dei diritti fondamentali; A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma 1989, che parla di "forza maieutica dell'art. 2 rispetto alla tavola dei diritti contenuta nella Costituzione"; A. Mattioni, *Informazione e riservatezza tra Convenzione Europea e Costituzione italiana*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1990, che individua nell'art. 2 un "significato autonomo rilevante ed indipendente dall'eventuale natura "aperta" ad esso riconosciuto". Una visione intermedia è invece prospettata da M.R. Morelli, voce *Oblivio (diritto all')*, *op.cit.* L'Autore, infatti, afferma che clausola di garanzia di cui all'art. 2 dovrebbe "chiudersi" dinanzi ai tentativi di affermazione di valori talmente estranei al testo costituzionale da alterare "il contenuto assiologico della Carta

proteggere da possibili indebite interferenze esterne la proiezione sociale della personalità del soggetto, intesa come immagine di sintesi del suo patrimonio intellettuale, sociale e professionale⁵³⁷. Alterazioni, appunto, che possono derivare anche da un erroneo esercizio dell'attività informativa consistente nella diffusione di una notizia decontestualizzata, priva di alcuni dati essenziali ovvero redatta in modo da ingenerare confusione nei lettori.

L'identità personale, infatti, “vive nella relazione”⁵³⁸, in quanto si *nutre* e si sviluppa a partire dalle informazioni, opinioni e idee che circolano all'interno della società, risultando fortemente correlata all'agire dei mezzi di diffusione attraverso cui il racconto della vita reale si fa notizia e viene divulgato ai consociati al fine di renderli edotti. Ripristinare l'azione del tempo ancorandola all'interesse della collettività ad essere informata significa, pertanto, garantire al singolo un pieno e completo sviluppo della propria personalità attraverso il diritto di essere rappresentato “nella vita di relazione, con la sua vera identità, così come questa nella realtà sociale, generale o particolare, è conosciuta o poteva essere riconosciuta con l'esplicazione dei criteri della normale diligenza e della buona fede oggettiva”⁵³⁹.

fondamentale” e, al contrario, “aprirsi” dinanzi alle nuove esigenze che risultano strettamente legate ai valori costituzionalmente sanciti, ma al contempo presentano quelle inevitabili peculiarità che sono frutto dell'evoluzione non prevedibile, ma connaturata alla società umana. In questo modo verrebbe ad affermarsi un'immediata e diretta precettività della garanzia costituzionale che si mostra direttamente ed immediatamente attuabile dal giudice senza una necessaria intermediazione legislativa. Ancora sul valore dell'art. 2 in relazione allo sviluppo della persona umana, C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991; F. Bartolomei, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino 1987. V. Zeno-Zencovich, *Personalità (diritti della)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sez. civile*, vol. XIII, 1995. A favore, invece, del carattere chiuso della clausola di garanzia dei dritti inviolabili della persona di cui all'art. 2 Cost.; A. De Cupis, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, IV Milano; G. Dossetti, *Costituzione e riforme in Quaderni costituzionali*, n. 2, 1995; F. Cuocolo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2000; A. Spadaro, *Il problema del “fondamento” dei diritti “fondamentali”* in *Diritto e società*, 1991; R. Lucifredi., *La nuova Costituzione italiana raffrontata con lo Statuto Albertino*, Milano, 1972. A favore del carattere “chiuso” della norma P. Rescigno, *Personalità (diritti della)* in *Enciclopedia Giuridica*, XXIII, Roma, 1990.

⁵³⁷ G. Finocchiaro, (voce) “*Identità personale (diritto alla)*”, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civ., Agg., Torino, 2010, p. 725. L'Autrice, in particolare, sottolinea che l'identità personale è costituita dall'immagine, “socialmente mediata o oggettivata, del soggetto stesso”. È una sintesi “tra l'immagine che il soggetto ha di sé (verità personale), che può in ipotesi estrema anche essere scorrelata dalla realtà e l'insieme dei dati oggettivi riferibili al soggetto”.

⁵³⁸ Ancora G. Finocchiaro, (voce) *Identità personale (diritto alla)*, *op.cit.*, p.735. L'Autrice, infatti, sostiene che la “proiezione sociale dell'immagine di un soggetto è mediata dalla necessaria oggettivazione e, quindi, è frutto di un processo ricostruttivo che muove dai fatti e dalle opinioni per approdare ad una sintesi oggettivata”.

⁵³⁹ Cass., s.n. 3769/1985. Sull'analisi del diritto all'identità personale, v. tra gli altri: P. Rescigno, *Personalità (diritti della)*, *op. cit.*; G. Finocchiaro, (voce) *Identità personale (diritto alla)*, *op.cit.*; V. Zeno-Zencovich, *Onore, reputazione e identità personale*, in G. Alpa e M. Bessone (a cura di), *La responsabilità civile*, vol. III, Torino, 1987; G. Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005; V. Zeno-Zencovich, *Personalità (diritti della)*, *op.cit.*; G. Pino, *L'identità personale* in AA.VV., *Gli interessi protetti nella*

Da quanto evidenziato, quindi, il diritto all'oblio nel tempo si è afferma come un diritto poliedrico che “sorge e si affina nell'ambito del rapporto tra il diritto dell'individuo al rispetto della sua riservatezza e della sua dignità, da una parte, e il diritto, non meno fondamentale, alla libertà di informazione e di manifestazione del pensiero, dall'altra. Diritti, questi, rispetto ai quali esso vive in una tensione permanente”⁵⁴⁰. In un panorama dominato dal valore centrale del dato e da meccanismi sempre più intensi ed automatizzati di produzione, accumulo e trattamento delle informazioni, l'individuazione dei limiti di tale *tensione* costituisce oggi una delle più importanti e, al contempo, complesse sfide delle società digitali.

La sentenza della Corte di Giustizia C-507/17⁵⁴¹, oggetto della presente analisi, si innesta proprio all'interno di tale delicato percorso di ricerca apportando un ulteriore ed importante, seppur dibattuto, contributo alla tutela di un diritto i cui caratteri essenziali continuano ad assumere sfumature diverse, ma estremamente rilevanti in uno scenario complesso e dai confini in perenne trasformazione.

2. I motori di ricerca ed il loro ruolo non *neutrale* per l'accesso alle informazioni.

La ricerca di un idoneo punto di equilibrio tra libertà di informazione e tutela della proiezione attuale dell'identità personale mediante un'attività di *ripristino* dell'azione del tempo deve oggi necessariamente confrontarsi con un panorama informativo estremamente particolare e dinamico, caratterizzato da un sovradimensionamento dei contenuti informativi e dall'assenza delle barriere temporali e spaziali tipiche dell'esperienza fisica tradizionale.

La complessità di tale scenario giustifica le diverse sfumature interpretative e,

responsabilità civile, Vol. II, Torino, 2005; M. Tampieri, *L'identità personale: il nostro documento esistenziale in Europa e diritto privato*, fasc. 4, 2019.

⁵⁴⁰ F. Pizzetti, *Il prisma del diritto all'oblio in Il caso del diritto all'oblio, op.cit.*, p. 30. Sul punto anche P. Laghezza, *Il diritto all'oblio esiste (e si vede), op.cit.* L'Autore definisce il diritto all'oblio come diritto a due anime in quanto: “è indubbio che il *droit à l'oubli* tenda a salvaguardare il riserbo imposto dal tempo ad una notizia già resa di dominio pubblico”, ma parimenti esprime un forte legame con il diritto all'identità personale “se solo si considera che lo scorrere del tempo modifica ogni cosa e, soprattutto, la personalità dell'individuo, al punto che la ripubblicazione di una notizia, già divulgata in un lontano passato, può essere in grado di gettare false light in *public eyes*”.

⁵⁴¹ CGUE, causa C-507/17.

conseguentemente, attuative, che ha assunto nel tempo la tutela del diritto all'oblio, affermandosi non solo come legittima pretesa del singolo di veder rimosse le informazioni personali che non sono più di interesse per la collettività, ma anche nella più recente accezione di diritto alla deindicizzazione, così come sottolineato dalla Corte di Giustizia al termine della storica sentenza *Google Spain*⁵⁴².

Nell'attuale realtà informativa, in cui una notizia può perpetuamente essere riportata alla luce per effetto dell'agire dei motori di ricerca, infatti, l'attività di recupero del valore temporale impone necessariamente il coinvolgimento non solo dei soggetti che *narrano* direttamente le vicende pubblicandole sui propri siti, ma anche di quelli che favoriscono la veicolazione delle stesse, *catturandole* nel fluire incessante delle informazioni in Rete e riproponendole agli utenti sotto forma di collegamenti ipertestuali. È indubbio, infatti, che tali *provider* svolgano oggi un ruolo di primo piano nel sistema di diffusione delle notizie poiché sono proprio i motori di ricerca che guidano i lettori *smarriti* nel *mare magnum* delle informazioni in Rete, fornendo loro le chiavi che consentono un accesso diretto alle notizie. In assenza di tali collegamenti ipertestuali, infatti, le diverse attività di ricerca risulterebbero difficoltose, se non addirittura infruttuose.

Tuttavia, il riconoscimento dell'importante e quasi imprescindibile⁵⁴³ ruolo assunto dai motori di ricerca nell'attuale panorama digitale risulta non privo di conseguenze con riferimento sia alla garanzia del pluralismo informativo, sia ai fini della piena realizzazione del diritto ad essere dimenticati. Considerare tali *provider* come vere e proprie *porte di accesso alla conoscenza*, dal momento che in loro assenza gli utenti verrebbero privati di un supporto fondamentale alla ricerca di notizie, significa assumere l'esistenza di una

⁵⁴² Corte di Giustizia dell'Unione Europea, *Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*, causa 131/12. Per un'analisi della sentenza e dei risvolti in termini di riconoscimento del diritto all'oblio v. tra gli altri F. Pizzetti, *La decisione della Corte di giustizia sul caso Google Spain: più problemi che soluzioni*, in www.federalismi.it, 2014; O. Pollicino, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, G. Resta e V. Zeno-Zencovich (a cura di), Roma, 2015, p.21; ancora O.Pollicino e M. Bassini, *Diritto all'oblio: i più recenti spunti ricostruttivi nella dimensione comparata ed europea*, in F. Pizzetti (a cura di), *Il caso del diritto all'oblio*, op.cit.; G. Finocchiaro, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, op.cit.; T.E. Frosini, *Diritto all'oblio e Internet*, in www.federalismi.it, 2014; R. Petti, *La protezione dei dati personali e il caso Google Spain in Diritto Mercato Tecnologia*, 2015, T.E. Frosini, *Google e il diritto all'oblio preso sul serio*, in G. Resta e V. Zeno Zencovich, *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, op.cit.; B. Van Alsenoy e M. Koekoek, *Internet and jurisdiction after Google Spain: the extraterritorial reach of the 'right to be delisted'* in *International Data Privacy Law*, 2015, Vol. 5, No. 2.

⁵⁴³ Il ruolo dei motori di ricerca è stato definito dall'*Article 29 Working Group* essenziale per lo sviluppo della società dell'informazione. *Article 29 Working Group, Parere 1/2008 sugli aspetti della protezione dei dati connessi ai motori di ricerca*, adottato il 4 aprile 2008.

stretta interdipendenza tra possibilità di accesso alle informazioni e servizi erogati da tali piattaforme.

Il primo elemento che rileva ai fini di tale analisi è che i motori di ricerca, nel panorama informativo, non si configurano come *provider neutri*: ben lungi dal consentire una ricerca di notizie che sia affidata al caso (secondo una logica che potremmo definire di *serendipity effect*)⁵⁴⁴, tali aggregatori orientano in maniera mirata l'utente durante le operazioni di ricerca, influenzando così l'esercizio costituzionalmente tutelato del diritto all'informazione.

È noto, infatti, che l'attività dei motori di ricerca sia remunerata attraverso inserzioni pubblicitarie direttamente presenti sulle piattaforme ovvero mediante l'introduzione dei cosiddetti *link* sponsorizzati. Il modo in cui le informazioni ricercate vengono visualizzate, pertanto, risente fortemente di tale aspetto, dal momento che tali piattaforme predispongono i risultati in maniera non casuale, impiegando algoritmi che sfruttano i dati personali degli utenti al fine di massimizzare gli introiti derivanti dal comparto pubblicitario.

È evidente che in questo modo l'attività di ricerca delle informazioni in un panorama dominato dalla digitalizzazione risulta essere non solo non indifferente, ma fortemente alterata da tecniche di profilazione sempre più sofisticate che, limitando le possibilità di scelta messe a disposizione degli utenti, finiscono col determinare un inevitabile impatto sulla libera determinazione degli individui.

A tale problematica si aggiunge poi il già menzionato carattere a-temporale della Rete. Operando in un contesto non caratterizzato dallo scandire del tempo, i motori di ricerca, in assenza di un intervento umano esterno, non discernono tra notizie attuali e datate; tra siti di informazioni professionali ed amatoriali; tra dati veri o apparentemente tali. Al fine di fornire ai propri utenti un servizio quanto più efficace e veloce possibile, le attività di aggregazione delle informazioni realizzate da tali piattaforme, già fortemente condizionate da logiche di massimizzazione dei profitti, vengono realizzate senza tener conto dei parametri della veridicità, continenza e pertinenza che del diritto di cronaca rappresentano, invece, la vera essenza.

Del peculiare collegamento esistente tra fattore temporale, motori di ricerca e diffusione

⁵⁴⁴ Con tale termine si fa riferimento “alla capacità o fortuna di fare per caso inattese e felici scoperte, specialmente in campo scientifico, mentre si sta cercando altro”. Enciclopedia Treccani, (voce) “serendipità”.

delle notizie presenti in *Internet*, il Garante italiano per la protezione dei dati personali si è invero pronunciato più volte negli ultimi anni. Già nel 2004, infatti, precorrendo i tempi, l’Autorità con provvedimento n. 111606 aveva affrontato la questione della imperitura accessibilità delle notizie in Rete favorita dall’attività svolta dai motori di ricerca, imponendo agli editori dei siti di informazione l’obbligo di predisporre archivi appositamente dedicati alle notizie che ormai avevano esaurito la propria funzione di interesse per la collettività⁵⁴⁵. Alla base di tale decisione, vi era la duplice necessità di tutelare l’identità attuale dei soggetti coinvolti senza però limitare al contempo la fondamentale attività di ricerca delle informazioni che è alla base dell’esercizio del diritto di cronaca. La creazione di pagine dedicate alle notizie risalenti nel tempo ed accessibili solo navigando all’interno del sito, impedisce, infatti, che le stesse vengano facilmente *catturate* dai motori di ricerca, con il rischio di proporre continuamente al pubblico informazioni spesso parziali ovvero non aggiornate. Sullo stesso filone interpretativo si inserisce la sentenza della Corte di Cassazione n. 5525 del 2012 relativa al mancato aggiornamento di una notizia concernente una inchiesta giudiziaria. La presenza nell’archivio di un giornale *online* delle informazioni relative all’arresto del soggetto leso, ma non del successivo proscioglimento dall’accusa secondo la Corte aveva gettato «un intollerabile alone di discredito sulla persona del ricorrente, vittima di una vera e propria gogna mediatica». Tale mancato intervento aveva inoltre alterato inevitabilmente il fine ultimo dell’attività di cronaca trasformando una informazione legittimamente diffusa, in una informazione «parziale e non esatta, e pertanto sostanzialmente non vera»⁵⁴⁶.

La disamina effettuata permette di affermare che nella necessaria opera di contemperamento tra diritto di informare e tutela dell’identità personale, l’attuale scenario digitale impone un’attenzione particolare sull’attività svolta dai motori di ricerca che, operando come intermediari non neutrali tra dato immesso in Rete ed utente finale, incidono inevitabilmente sulle possibilità di accesso della collettività alle informazioni e, quindi, su quella insopprimibile necessità di pluralità delle informazioni che è alla base del vivere democratico. Non tenere conto di tale ruolo sarebbe indiscutibilmente un errore.

⁵⁴⁵ Provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali del 10 novembre 2004, “*Reti telematiche e Internet - Motori di ricerca e provvedimenti di Autorità indipendenti: le misure necessarie a garantire il c.d. "diritto all’oblio*” - doc. web n. 111606. Sullo stesso tema “*Archivi giornalistici on-line a prova di privacy*”, decisione del Garante della protezione dei dati personali n. 321 del 3 aprile 2009.

⁵⁴⁶ Cass., s.n. 5525/2012.

3. Caratteri fondamentali e limiti del diritto alla deindicizzazione.

Una volta individuato il carattere composito del diritto all'oblio ed il ruolo di primo piano svolto dai motori di ricerca all'interno dell'attuale panorama digitale, diviene particolarmente rilevante valutare quali possano essere le implicazioni ai fini del bilanciamento tra libertà di informazione e tutela dell'identità personale di un'attività di deindicizzazione affidata a *provider* che, come evidenziato, assumono una posizione tutt'altro che neutrale all'interno dell'attuale scenario informativo.

Come è noto, in occasione della sentenza adottata il 13 maggio 2014, la Corte di Giustizia, al termine di una attenta disamina dei servizi erogati a favore degli utenti, ha riconosciuto i motori di ricerca come veri e propri titolari del trattamento dei dati personali ai sensi dell'allora vigente art. 2 della Direttiva 95/46/CE⁵⁴⁷, la cui disciplina è oggi trasfusa nell'art. 4, paragrafo 1, n. 7, del GDPR⁵⁴⁸. Alla base di tale decisione, la constatazione che nell'esercizio delle proprie funzioni i gestori di tali piattaforme, dopo aver raccolto i dati degli utenti, li estraggono, li registrano e li organizzano successivamente nell'ambito dei propri programmi di indicizzazione. Le stesse informazioni, inoltre, vengono conservate in appositi *server*, comunicati e messi a disposizione sotto forma di elenchi dei risultati delle ricerche effettuate per il loro tramite⁵⁴⁹.

Agendo in questo modo, i motori di ricerca compiono tutte quelle funzioni che sono considerate caratterizzanti la figura del titolare del trattamento, ivi compresa la determinazione delle finalità per le quali i dati vengono raccolti; una identificazione, questa, che sussiste anche nel caso in cui si sottolinei che tali soggetti solitamente non intervengono direttamente sul contenuto delle informazioni diffuse, ma soltanto nella messa a disposizione dei *link* che rimandano ad esse.

⁵⁴⁷ Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

⁵⁴⁸ Ai sensi del Regolamento 2016/679 si configura come titolare del trattamento «la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali; quando le finalità e i mezzi di tale trattamento sono determinati dal diritto dell'Unione o degli Stati membri, il titolare del trattamento o i criteri specifici applicabili alla sua designazione possono essere stabiliti dal diritto dell'Unione o degli Stati membri».

⁵⁴⁹ Corte di Giustizia, causa 131/12, *Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*, paragrafo 28.

Alla luce di ciò e dal momento che sono in grado di incidere «in modo significativo ed in aggiunta all'attività degli editori»⁵⁵⁰ sull'esercizio dei diritti fondamentali dei soggetti interessati, secondo la Corte di Giustizia tali *provider* sono anch'essi tenuti a rispettare il sistema di obblighi finalizzati alla tutela e alla protezione dei dati personali; sistema che, come è noto, è stato ulteriormente rafforzato anche sulla scia di tale decisione con il Regolamento (UE) 2016/679.

Ne consegue che, per quanto rileva ai fini della presente analisi, ricade oggi sui motori di ricerca, al pari degli altri titolari del trattamento, il dovere di garantire la piena realizzazione del diritto all'oblio ai sensi dell'art. 17 del GDPR⁵⁵¹ e dei considerando 65), 66) e 156). Tenuto conto del servizio da essi erogato, inoltre, la richiesta di cancellazione dei dati personali nel caso di tali *provider* si concretizza nella rimozione «dall'elenco dei risultati ottenuti in seguito ad una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, i collegamenti ipertestuali che riportano a pagine *web* pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a questa persona»⁵⁵². Tale intervento risulta obbligatorio anche nel caso in cui le informazioni per le quali sia stata avanzata richiesta di rimozione siano state lecitamente pubblicate e non siano state previamente o simultaneamente cancellate dai gestori delle pagine *web* sorgenti.

È evidente che la decisione della Corte di Giustizia, nonostante le critiche sollevate⁵⁵³, si sia inserita pienamente nell'ambito del più generale obiettivo perseguito a livello europeo di consentire ai singoli di riacquistare finalmente il controllo dei propri dati personali e di usufruire così di una tutela della propria identità in un'ottica non più statica, bensì

⁵⁵⁰ *Ivi*, par. 38.

⁵⁵¹ L'art. 17 del Regolamento (UE) 2016/679, disciplinando per la prima volta il diritto all'oblio, stabilisce quanto segue: «L'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo e il titolare del trattamento ha l'obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali, se sussiste uno dei motivi seguenti: a) i dati personali non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati; b) l'interessato revoca il consenso su cui si basa il trattamento conformemente all'articolo 6, par. 1, lettera a), o all'articolo 9, par. 2, lettera a), e se non sussiste altro fondamento giuridico per il trattamento; c) l'interessato si oppone al trattamento ai sensi dell'articolo 21, par. 1, e non sussiste alcun motivo legittimo prevalente per procedere al trattamento, oppure si oppone al trattamento ai sensi dell'articolo 21, par. 2; d) i dati personali sono stati trattati illecitamente; e) i dati personali devono essere cancellati per adempiere un obbligo legale previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento; f) i dati personali sono stati raccolti relativamente all'offerta di servizi della società dell'informazione di cui all'articolo 8, par. 1».

⁵⁵² Corte di Giustizia, causa 131/12, par. 88.

⁵⁵³ Sul punto O. Pollicino, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della carta di Nizza nel reasoning di Google Spain, op. cit.*; O. Pollicino e M. Bassini, *Bowling for Columbine. La Corte di giustizia sul caso Google Spain: l'oblio (quasi) prima di tutto?* In *Medialaws.eu*, 2014; S. Martinelli, *Diritto all'oblio e motori di ricerca, op.cit.*

dinamica⁵⁵⁴. L'ampliamento dell'obbligo di rimozione dei dati personali *ex art. 17* del GDPR ai motori di ricerca ha portato con sé, tuttavia, una serie di criticità che impongono una riflessione sulle conseguenze concrete di tale decisione anche alla luce del bilanciamento tra tutela del diritto all'identità personale e libertà di informare nell'era digitale.

È palese che la scelta di affidare a tali *provider* lo strumento per recidere il collegamento virtuale esistente tra un individuo ed un passato che cerca in maniera prorompente, ma non legittima, di definire i contorni della sua attuale identità, discenda dall'utilizzo ormai diffusissimo di queste piattaforme per la realizzazione di indagini di ogni genere. Il carattere pervasivo di tali servizi, infatti, porta a ritenere, come è stato evidenziato dalla stessa Corte di Giustizia in una recente pronuncia, che le attività di ricerca realizzate per il loro tramite siano in grado di determinare «un'ingerenza più rilevante nel diritto fondamentale al rispetto della vita privata della persona interessata che non la pubblicazione da parte dell'editore del sito web»⁵⁵⁵. Quindi spetterebbe soprattutto a tali soggetti, in quanto operanti *sul fronte della conoscenza*, il compito di ristabilire il valore del tempo nell'evoluzione dell'identità attuale degli individui, recidendo i collegamenti con notizie legittimamente pubblicate in passato, ma non più di interesse della collettività, anche quando la fonte non riporti il nome e cognome del reclamante, ma contenga «elementi caratteristici dell'identità culturale e sociale dell'interessato» che consentono di risalire in maniera inequivocabile alla sua persona⁵⁵⁶.

Tuttavia, operando nel contesto di un diritto costituzionalmente tutelato ed estremamente importante per l'evoluzione di una società quale quello del diritto di informazione, la decisione di affidare tale strumento a soggetti non neutri e soprattutto privati risulta essere estremamente insidioso. E' evidente che la decisione di rimuovere o meno il collegamento che orienta il lettore in Rete verso una determinata notizia, non può avvenire sulla base di una semplice richiesta di rimozione, ma impone una opportuna, quanto delicata attività di ponderazione tra diritti fondamentali ed interessi in gioco⁵⁵⁷. Ma in assenza della previsione

⁵⁵⁴ D. Messina, *Le prospettive del diritto all'oblio nella Società dell'informazione e della comunicazione*, in *Informatica e diritto*, 2009, p.100.

⁵⁵⁵ Corte di Giustizia, causa 131/12, par. 38.

⁵⁵⁶ Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento n. 144 del 20 giugno 2019, reperibile su questo link: <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9124401>.

⁵⁵⁷ Corte di Giustizia, causa 131/12, punto 40. Come indicato dalla stessa Corte, la rimozione dei *link* su richiesta degli interessati, deve essere preceduta da una «ponderazione dei contrapposti diritti ed interessi in

di un necessario intervento di un organo giurisdizionale ovvero della competente autorità indipendente in materia, la sentenza sembra affidare *sic et simpliciter* ad imprese ispirate esclusivamente da interessi di carattere economico, un compito spiccatamente pubblicistico che rischia inevitabilmente di influenzare il livello di pluralismo delle informazioni presenti in Rete. Preoccupazione ampliata dalla constatazione che, all'interno dell'attuale panorama digitale, Google rappresenta uno dei motori di ricerca più noti ed utilizzati tra gli utenti in tutto il mondo⁵⁵⁸ e che il numero di *provider* che erogano effettivamente tale servizio è estremamente limitato⁵⁵⁹.

Ne consegue che non solo si affida ad una società privata una delicatissima opera di bilanciamento tra diritti fondamentali, snaturandone di fatto la relativa natura⁵⁶⁰, ma la conformazione fortemente oligopolista del mercato dei motori di ricerca spinge a ritenere che le decisioni adottate da tali società nel tempo influiranno sempre più sulle possibilità di accesso alle informazioni da parte degli utenti, con notevoli ripercussioni in termini di sviluppo in senso democratico delle società digitali.

In secondo luogo, è importante sottolineare che le richieste di deindicizzazione da sole possono risultare non risolutive della situazione lesiva lamentata dal soggetto ricorrente. Come evidenziato, nel caso dei motori di ricerca il diritto all'oblio si sostanzia nella rimozione, in presenza di una legittima motivazione, dei *link* ottenuti inserendo il nome ed il cognome della persona. Questo significa che, non solo l'informazione completa rimane pubblicata sul sito fonte e quindi, ancora, raggiungibile anche se con maggiori difficoltà, ma che l'utilizzo di altre parole chiave potrebbe comunque consentire l'ottenimento di collegamenti ipertestuali che riportano a quella determinata pagina. In tal caso il soggetto interessato, per ottenere una piena tutela, dovrà necessariamente rivolgersi al gestore del sito web su cui è pubblicata la notizia e sarà compito di quest'ultimo valutare l'effettiva esistenza di una legittima pretesa alla rimozione del contenuto.

Rileva sottolineare che la complessità connessa alla realizzazione di attività di

gioco, nell'ambito della quale si deve tener conto dell'importanza dei diritti della persona interessata risultanti dagli articoli 7 ed 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea."

⁵⁵⁸ Sole24ore, *Google domina il mondo della ricerca (soprattutto da console)*, 10 maggio 2017 <https://www.infodata.ilsole24ore.com/2017/05/10/google-domina-mondo-della-ricerca-soprattutto-console/>

⁵⁵⁹ Le stime evidenziano che nel solo gennaio 2020 Google ha coperto il 73,44% delle ricerche effettuate dagli utenti su personal computer, seguito dai motori di ricerca Bing (11,22%), Baidu (10,25%), Yahoo! (2,60%) e Yandex (1,21%). I rimanenti *provider* attivi non ha raggiunto nemmeno l'1% delle ricerche effettuate. I dati aggiornati sono reperibili al seguente link <https://netmarketshare.com>.

⁵⁶⁰ Sul punto molto critico O. Pollicino, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della carta di Nizza nel reasoning di Google Spain, op.cit.*

deindicizzazione efficaci, ma al contempo idonee a bilanciare con altri diritti confliggenti ha spinto recentemente l'*European Data Protection Board*⁵⁶¹ ad adottare delle Linee Guida in materia di diritto all'oblio specificamente destinate ai motori di ricerca⁵⁶². Tuttavia, nonostante l'indiscutibile valore di un documento che cerca di interpretare il dato normativo fornendo dei criteri di riferimento al fine di indirizzare le decisioni dei *provider* nei casi concreti, il risultato delle riflessioni del gruppo di regolatori europei non dipana gli interrogativi circa l'adeguatezza di interventi così significativi da parte di soggetti privati. Una volta individuate delle linee di azione di carattere generale, infatti, il testo sottolinea esplicitamente che il bilanciamento tra tutela dell'identità personale degli interessati e garanzia della libertà di espressione, anche nella declinazione di libero accesso alle informazioni, è intrinsecamente connesso alla piena realizzazione dell'art.17 del GDPR⁵⁶³ e pertanto deve essere compiuto ogni qualvolta venga avanzata una richiesta di rimozione delle informazioni da parte degli utenti. Una valutazione importante, quindi, che comunque viene lasciata alla discrezionalità dei motori di ricerca.

Ciò comporta che, in assenza di strumenti di carattere pubblicistico utili a supportare tali decisioni ovvero a garantire un controllo a monte del processo di deindicizzazione, il rischio che soluzioni adottate per motivazioni che esulano da esigenze di tutela dell'individuo ovvero della collettività possano alterare la varietà e l'accessibilità delle informazioni presenti in Rete rimane, pertanto, elevato e particolarmente significativo all'interno di assetti democratici la cui essenza si fonda, invece, proprio sulla «pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee»⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ L'*European Data Protection Board*, istituito ai sensi dell'art.68 del Regolamento (UE) 679/2016, è un organismo europeo indipendente composto dai rappresentanti delle autorità nazionali per la protezione dei dati e dal Garante europeo della protezione dei dati. L'EDPB, che ha sostituito l'*Article 29 Working Party* previsto dalla precedente direttiva 95/46/CE, ha come obiettivo l'applicazione coerente a livello europeo delle norme in materia di protezione dei dati e la promozione della cooperazione tra le autorità di controllo.

⁵⁶² *Guidelines 5/2019 on the criteria of the Right to be Forgotten in the search engines cases under the GDPR* (part 1), adottate il 2 dicembre 2019.

⁵⁶³ Così le Linee Guida a p. 10. Tale affermazione è stata ribadita più volte anche dalla Corte di Giustizia in occasione della sentenza *Google Spain*, par. 81 nonché nella sentenza n. 136/17 del 24 settembre 2019, par. 66.

⁵⁶⁴ Corte cost., s.n. 105/1972. Affermazione ribadita anche nella s.n. 94/1977.

4. La sentenza della Corte di Giustizia Europea C-507/17 del 24 settembre 2019: l'introduzione del limite territoriale al diritto alla deindicizzazione.

Le criticità connesse alla corretta tutela del diritto all'oblio sono emerse nuovamente e sotto una nuova prospettiva con riferimento all'estensione territoriale di tale situazione giuridica nella sua peculiare accezione di *deindicizzazione* dei *link* alle informazioni personali.

Recentemente la Corte di Giustizia è, infatti, intervenuta nuovamente in materia di diritto all'oblio con la sentenza C-507/17 del 24 settembre 2019⁵⁶⁵ introducendo un nuovo e significativo tassello nel percorso di implementazione della relativa garanzia. La decisione trae origine dal rinvio pregiudiziale alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, mosso dal *Conseil d'État*, con decisione del 19 luglio 2017 nell'ambito della controversia tra la società *Google LLC* e la *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL) (Commissione nazionale per l'informatica e le libertà; da ora *CNIL*). Il quesito avanzato riguardava la corretta interpretazione dell'allora vigente direttiva 95/46/CE, in seguito al rifiuto della società americana di procedere alla rimozione dei *link* che conducevano ad informazioni obsolete o non più di interesse della collettività, non solo con riferimento ai domini afferenti alla UE, ma anche relativamente a tutte le estensioni presenti a livello extraeuropeo. Più nel dettaglio, in seguito ad una richiesta di deindicizzazione avanzata da una persona fisica, Google era stata diffidata dal CNIL per essersi limitata a rimuovere esclusivamente i risultati ottenuti con ricerche effettuate all'interno degli Stati membri dell'Unione Europea.

Dinanzi al mancato ottemperamento da parte della società americana, il CNIL aveva deciso, quindi, di irrogare una sanzione di 100.000 euro con delibera del 10 marzo 2016 a cui Google aveva fatto seguito presentando ricorso al *Conseil d'État*. Nelle more di tale giudizio, quest'ultimo aveva deciso di sospendere il procedimento richiedendo alla Corte di Giustizia europea un chiarimento relativo al diritto alla deindicizzazione sancito dalla sentenza *Google Spain* del 13 maggio 2014. In particolare, si poneva la necessità di comprendere se lo stesso doveva essere interpretato come obbligo a carico dei *provider* di intervenire, a seguito di una richiesta, su tutti i nomi di dominio dei propri motori di ricerca, compresi quelli ricadenti al di fuori dell'ambito territoriale europeo, ovvero imponeva di

⁵⁶⁵ CGUE, causa C-507/17.

limitarsi a quelli corrispondenti alle estensioni afferenti ai solo Stati membri, se non addirittura al singolo Stato di residenza del soggetto reclamante⁵⁶⁶.

A seguito di tale richiesta, nel gennaio 2019 si è dapprima pronunciato l'Avvocato generale proponendo alla Corte di virare verso una soluzione che consentisse di circoscrivere ai confini europei le domande di deindicizzazione avanzate ai gestori di tali piattaforme⁵⁶⁷.

Alla base di tale decisione vi è la constatazione che l'articolo 52, paragrafo 1, del TUE stabilisce che l'ambito di applicazione dei Trattati è rappresentato dai territori degli Stati membri e, pertanto, al di fuori dei confini europei il diritto dell'Unione non può essere, in via generale, fonte di diritti e di obblighi. Inoltre, anche la Carta dei diritti fondamentali dell'UE in cui sono sancite le situazioni giuridiche da tutelare ai sensi degli artt. 7, 8 ed 11 deve considerarsi sottoposta a tale principio in quanto operante nello stesso campo di azione del diritto europeo. Ne consegue che, la ricerca del necessario bilanciamento tra tutela della persona, libertà di espressione e diritto all'informazione anche all'interno di un panorama digitale che oltrepassa agevolmente i confini tradizionali, deve rispettare un criterio di collegamento con il diritto dell'Unione e la sua territorialità.

Una estensione a livello mondiale della procedura di deindicizzazione, d'altra parte, metterebbe in difficoltà le Autorità nazionali che di fatto “non sarebbero in grado di definire e determinare un diritto a ricevere informazioni e, ancor meno, di bilanciarlo con gli altri

⁵⁶⁶ Più precisamente le questioni sollevate alla Corte di Giustizia sono state tre di carattere consequenziale: «1) Se il “diritto alla deindicizzazione”, come sancito dalla [Corte] nella sentenza del 13 maggio 2014, [Google Spain e Google (C-131/12, EU:C:2014:317),] sulla base delle disposizioni di cui all'articolo 12, lettera b), e all'articolo 14, [primo comma,] lettera a), della direttiva [95/46], debba essere interpretato nel senso che il gestore di un motore di ricerca, nel dare seguito a una richiesta di deindicizzazione, è tenuto ad eseguire tale deindicizzazione su tutti i nomi di dominio del suo motore, affinché i link controversi non appaiano più – indipendentemente dal luogo a partire dal quale viene effettuata la ricerca avviata sul nome del richiedente – e ciò anche al di fuori dell'ambito di applicazione territoriale della direttiva [95/46]. 2) In caso di risposta negativa alla prima questione, se il «diritto alla deindicizzazione», come sancito dalla [Corte] nella summenzionata sentenza, debba essere interpretato nel senso che il gestore di un motore di ricerca, nel dare seguito a una richiesta di deindicizzazione, sia tenuto solamente a sopprimere i link controversi che appaiono in esito a una ricerca effettuata a partire dal nome del richiedente sul nome di dominio corrispondente allo Stato in cui si ritiene sia stata effettuata la domanda o, più in generale, sui nomi di dominio del motore di ricerca corrispondenti alle estensioni nazionali di tale motore per tutti gli Stati membri (...). 3) Inoltre se, a complemento degli obblighi richiamati [nella seconda questione], il “diritto alla deindicizzazione”, come sancito dalla [Corte] nella summenzionata sentenza, debba essere interpretato nel senso che il gestore di un motore di ricerca, quando accoglie una richiesta di deindicizzazione, è tenuto a sopprimere, con la cosiddetta tecnica del “blocco geografico”, a partire da un indirizzo IP che si ritiene localizzato nello Stato di residenza del beneficiario del “diritto alla deindicizzazione”, i risultati controversi delle ricerche effettuate a partire dal nome di quest'ultimo, o persino, più in generale, a partire da un indirizzo IP che si ritiene localizzato in uno degli Stati membri assoggettati alla direttiva [95/46], e ciò indipendentemente dal nome di dominio utilizzato dall'utente di Internet che effettua la ricerca».

⁵⁶⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale *Maciej Szpunar* presentate il 10 gennaio 2019 - Causa C-507/17.

diritti fondamentali alla protezione dei dati e alla vita privata”. Più complesso, inoltre, verrebbe a delinearci il rapporto con le autorità ubicate in Stati non appartenenti all’Unione Europea. Considerato che la percezione dell’interesse del pubblico ad avere accesso alle notizie potrebbe necessariamente non essere la stessa in tutti i paesi extraeuropei, si potrebbe riscontrare il rischio di una più ampia restrizione *globale* della circolazione delle informazioni, in quanto gli Stati terzi, a seguito di procedure di deindicizzazione globale, potrebbero decidere di limitare in maniera reciproca l’accesso alle informazioni dei soggetti che si trovano all’interno dei confini europei.

Sulla base di tali argomentazioni, quindi, l’Avvocato ha concluso che la soluzione concernente la rimozione totale dei *link* a livello mondiale, invece, per quanto «allettante in ragione della sua radicalità, chiarezza, semplicità ed efficacia», non può essere adottata perché «tiene conto unicamente di un solo lato della medaglia, vale a dire della protezione dei dati di un individuo» ed è pertanto manchevole di quel bilanciamento tra diritti confliggenti che è essenza stessa del diritto all’oblio.

La Corte di Giustizia ha deciso di allinearsi a tali conclusioni e pur riconoscendo che l’obiettivo ultimo del quadro normativo europeo in materia si sostanzia nel garantire un elevato livello di protezione dei dati personali in tutta l’Unione, ha ribadito che quest’ultimo «non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità»⁵⁶⁸. Pertanto con sentenza del 24 settembre 2019 ha stabilito che l’articolo 12, lettera b), e l’articolo 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46/CE e l’articolo 17, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 «devono essere interpretati nel senso che il gestore di un motore di ricerca, quando accoglie una domanda di deindicizzazione in applicazione delle suddette disposizioni, è tenuto ad effettuare tale deindicizzazione non in tutte le versioni del suo motore di ricerca, ma nelle versioni di tale motore corrispondenti a tutti gli Stati membri». Al contempo, tale *provider* è tenuto ad adottare tutte le misure che ritiene necessarie affinché venga effettivamente impedito agli utenti di avere accesso ai *link* oggetto della domanda a partire da una ricerca effettuata all’interno dei confini europei o quantomeno a scoraggiare seriamente tali comportamenti.

⁵⁶⁸ CGUE, causa C-507/17, punto 60. La stessa rimanda, poi, sentenza del 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke e Eifert*, C-92/09 e C-93/09, punto 48, nonché parere 1/15 (Accordo PNR UE-Canada), del 26 luglio 2017, punto 136.

5. Le criticità di un diritto all'oblio *racchiuso* entro i confini europei.

La decisione della Corte di Giustizia si inserisce nell' articolato percorso di riconoscimento e di garanzia del diritto all'oblio e porta ad evidenziare come la necessaria quanto delicata opera di bilanciamento tra diritti confliggenti assuma nuovi e sempre più complessi elementi di criticità all'interno di un panorama digitale il cui punto di forza è rappresentato proprio dall'abbattimento dei confini materiali di tipo spaziale e temporale. È evidente che, in un contesto fortemente connesso ed interdependente, l'equilibrio tra posizioni meritevoli di tutela, lungi dal potersi considerare una costante, deve oggi confrontarsi con tradizioni normative, culturali e sociali spesso profondamente diverse, che possono variare anche in maniera sensibile da paese a paese. Non tenere in debito conto questo fondamentale aspetto significa affidarsi a strumenti di garanzia che sono destinati a soccombere dinanzi al carattere penetrativo e dinamico della Rete.

Sotto tale profilo, la scelta adottata dalla Corte di Giustizia sembra, ad una prima analisi, dare una effettiva risposta a tale esigenza. Racchiudendo il diritto all'oblio a livello sovranazionale, tra Stati caratterizzati dalle medesime radici storico-culturali e che condividono un quadro normativo comune in materia di dati personali, la tutela dell'evoluzione dell'identità personale e sociale del singolo appare garantita e non messa in discussione. Tuttavia, questa soluzione si scontra tautologicamente con la sua premessa: il carattere a-territoriale della Rete.

Come è noto, alla base del Regolamento (UE) 2016/679 in cui è incardinato il diritto all'oblio vi è il fine ultimo di riconsegnare ai cittadini europei il pieno controllo sui propri dati personali; un potere che il fluire incessante delle informazioni nella nuova era digitale aveva inevitabilmente disperso, spesso sottraendolo del tutto al soggetto interessato⁵⁶⁹. Tale obiettivo innerva tutto l'atto e trova specifica realizzazione nel superamento del principio

⁵⁶⁹ Nel Considerando 7) del Regolamento europeo si legge, infatti, che la straordinaria evoluzione del panorama tecnologico richiede «un quadro più solido e coerente in materia di protezione dei dati nell'Unione, affiancato da efficaci misure di attuazione, data l'importanza di creare il clima di fiducia che consentirà lo sviluppo dell'economia digitale in tutto il mercato interno. È opportuno che le persone fisiche abbiano il controllo dei dati personali che le riguardano e che la certezza giuridica e operativa sia rafforzata tanto per le persone fisiche quanto per gli operatori economici e le autorità pubbliche». Sul punto si permetta di rimandare a D. Messina, *Il Regolamento (UE) 2016/679 in materia di protezione dei dati personali alla luce della vicenda "Cambridge Analytica"*, in www.federalismi.it, 2018.

di stabilimento⁵⁷⁰. La *ratio* di tale scelta è quella di garantire, in uno scenario estremamente dinamico in cui le informazioni travalicano quotidianamente i confini nazionali, una tutela piena del cittadino europeo (e dei soggetti che si trovano su tale territorio) ogni qualvolta i relativi dati personali siano oggetto di trattamento, indipendentemente dal luogo in cui la prestazione, il servizio ovvero l'attività si sia materialmente compiuta. A tal fine, ai sensi dell'art. 3 e dei considerando 22) 23) 24) del GDPR la tutela, infatti, deve essere accordata non solo ai casi in cui il titolare o il responsabile del trattamento siano stabiliti nell'Unione, «indipendentemente dal fatto che il trattamento sia effettuato o meno all'interno dei confini europei», ma anche a tutte quelle attività che coinvolgono dati personali relativi a soggetti che si trovano nell'Unione ed il cui titolare o responsabile non sia stabilito in uno degli Stati europei⁵⁷¹.

Dal momento che la previsione si estende all'intero processo di gestione delle informazioni personali, compresa la possibilità di richiederne la rimozione nel caso in cui non siano più necessarie rispetto alle finalità per le quali sono state originariamente raccolte o altrimenti trattate, interventi di *geoblocking* appaiono, però, in contrasto con una logica che mira a proteggere il singolo indipendentemente dal *luogo* in cui viene concretamente svolta

⁵⁷⁰ Nella direttiva 95/46/CE la determinazione dell'ambito territoriale di riferimento della normativa in materia di tutela dei dati personali ruotava essenzialmente intorno al tradizionale principio di stabilimento. Ai sensi dell'art. 4, par. 1, lett. a), infatti, le norme nazionali di recepimento della direttiva operavano in caso di trattamenti effettuati «nel contesto delle attività di uno stabilimento del responsabile del trattamento nel territorio dello Stato membro». In tal senso, l'applicabilità del quadro normativo dipendeva dallo svolgimento di un'attività realizzata da un'impresa stabilmente presente all'interno di uno degli Stati europei. Nel caso di soggetti *extra-europei*, le regole operavano solo nel caso il responsabile disponesse di «strumenti, automatizzati o non automatizzati, situati nel territorio di detto Stato membro». Con lo straordinario incremento dell'utilizzo della rete Internet e, soprattutto, dei social network che della a-territorialità fanno il proprio punto di forza, tale approccio in vista di una effettiva tutela dei dati personali è risultato via via sempre meno efficiente. Dal campo di applicazione della normativa sfuggivano, infatti, proprio i grandi colossi extra-europei che da anni dominano il panorama mondiale del mercato delle comunicazioni. Con il Regolamento (UE) 2016/679, il legislatore europeo ha ampliato l'ambito di efficacia della disciplina in materia di tutela dei dati europei, dichiarando in maniera specifica al considerando 23) che tale scelta è finalizzata ad evitare che una persona fisica possa essere privata dalla protezione cui ha diritto ogni volta che il trattamento venga effettuato da un soggetto non stabilito dell'Unione e si connetta all'offerta di beni o servizi indipendentemente dal fatto che vi sia pagamento correlato ovvero al monitoraggio del comportamento di interessati che si trovano nell'Unione. Sul punto v. F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali – dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016; D. Messina, *Il Regolamento (UE) 2016/679 in materia di protezione dei dati personali alla luce della vicenda Cambridge Analytica*, in *Federalismi.it*, 2018; *Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 8/2010 on applicable law (WP179)*, adottato il 16 dicembre 2010. Consultare, inoltre, la sentenza *Weltimmo s. r. o/ Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság*, causa C-230/14.

⁵⁷¹ In questo caso, i trattamenti in questione debbono riguardare, oltre all'offerta di beni o alla prestazione di servizi ai suddetti interessati, all'interno del territorio europeo, indipendentemente dall'obbligatorietà di un pagamento dell'interessato, anche il monitoraggio del loro comportamento nel caso in cui abbia luogo nell'Unione.

l'attività di utilizzo delle stesse. Ne consegue che, appurato che i gestori dei motori di ricerca siano da considerarsi a tutti gli effetti titolari del trattamento e che il diritto all'oblio sia parte integrante della tutela dei dati personali, alla luce del GDPR anche la richiesta di deindicizzazione dovrebbe focalizzarsi sulla protezione dell'identità dell'interessato, intervenendo su tutti i domini in cui il dato viene effettivamente trattato, senza alcuna discriminazione spaziale. O perlomeno la rimozione dei *link* dovrebbe tenere conto almeno di tutti i luoghi in cui il soggetto è solito proiettare spazialmente la propria persona per motivi affettivi e/o professionali: luoghi che non necessariamente coincidono con i confini europei. Un'ipotesi, quest'ultima, che assume sempre più rilievo in un mondo interconnesso e globale che tende a moltiplicare i centri di interesse in cui si svolge la personalità di un individuo. In caso contrario, un professionista che lavora a livello internazionale ovvero un cittadino europeo che trascorre parte della propria esistenza al di fuori dell'Unione, anche nel caso in cui abbiano ottenuto la rimozione di *link* collegati ad informazioni personali risalenti nel tempo, devono sempre mettere in conto la possibilità di subire ulteriori lesioni della propria sfera personale e professionale in seguito ad attività di ricerca compiute a partire da domini extraeuropei.

È da sottolineare che la limitata - o meglio parziale - efficacia di soluzioni di deindicizzazione su base territoriale è stata evidenziata da tempo anche dal Garante italiano per la protezione dei dati personali che, in occasione di un caso di continua reperibilità di informazioni che comportava per il ricorrente un impatto *sproporzionatamente negativo* sulla sua sfera personale, ha affermato con fermezza che l'attività di rimozione degli URL debba estendersi anche alle versioni extraeuropee dei motori di ricerca al fine di rendere effettiva la tutela dei soggetti interessati⁵⁷². Sulla stessa linea di pensiero si è collocato nel 2014, l'*Article 29 Data Protection Working Party* che, all'indomani della sentenza *Google Spain*, nel delineare le prime linee guida in materia di diritto all'oblio⁵⁷³ ha sottolineato che nonostante gli utenti accedono usualmente a tali piattaforme mediante i propri domini nazionali, una soluzione basata su una limitazione *europea* degli interventi di tali *provider* dovrebbe ritenersi comunque non soddisfacente. Al fine di evitare che la tutela effettiva degli utenti possa essere aggirata facilmente, le attività di deindicizzazione debbono

⁵⁷² Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento n.557 del dicembre 2017.

⁵⁷³ Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the Europe Union Judgement on "Google Spain and Inc V Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González"* C-131/12 – adottata il 26 novembre 2016.

estendersi a tutti i domini rilevanti, compresi quelli terminanti in *.com*. Questo alla luce della considerazione che la già menzionata sentenza C-131/12 introduce un vero e proprio *obbligo di risultato* per i motori di ricerca che può essere conseguito solo attraverso una rimozione totale e non geograficamente parziale dei *link* che riportano ai contenuti lesivi. Da quanto evidenziato, quindi, è possibile affermare che la limitazione del rimedio della deindicizzazione seppur rispettoso del diritto europeo e dei suoi ambiti di applicazione, nonché di ordinamenti caratterizzati da sensibilità e valori lontani e differenti, rischia di condurre nell'era digitale ad identità personali dalla *tutela frazionata*, in quanto meritevoli di protezione in un determinato contesto geografico, ma oggetto di potenziali lesioni in altri, nonostante in questi si esplichino parte della vita personale e professionale degli individui. Tutto ciò in un panorama in cui i dati personali, invece, non conoscono frontiere.

6. Alla ricerca di un delicato bilanciamento tra diritti fondamentali in un'ottica multilivello e globale.

Le criticità emerse nell'analisi della decisione della Corte di Giustizia di limitare territorialmente l'efficacia applicativa del diritto all'oblio evidenziano la complessità insita nell'attuale ricerca di un adeguato bilanciamento tra situazioni soggettive meritevoli di tutela all'interno di un panorama digitale le cui caratteristiche peculiari tendono a mettere a dura prova i tradizionali schemi di garanzia.

Con particolare riferimento all'oggetto di analisi, è, infatti, innegabile che la libertà di informazione, nel fluire incessante delle notizie che caratterizzano *Internet*, debba oggi necessariamente confrontarsi con modalità di tutela dell'identità personale e non può non tenere conto del processo osmotico in atto ormai da diversi anni tra mondo reale e virtuale. È evidente, infatti, che ci troviamo nella cosiddetta era dell'*onlife* in cui “la dimensione vitale, relazionale, sociale e comunicativa, lavorativa ed economica, di ogni soggetto è frutto di una continua interazione tra realtà materiale ed analogica e realtà virtuale ed interattiva”⁵⁷⁴. È proprio questa influenza reciproca tra scelte esistenziali effettuate nei due

⁵⁷⁴ Il termine *onlife* è un neologismo che deriva dalla crasi delle parole *online* e *offline*. Secondo l'Autore, in una realtà ormai iperconnessa non è più ragionevole chiedere se si può essere *online* o *offline* in quanto ormai i confini tra le due realtà sono quanto mai labili. *Onlife*, quindi, “è quanto accade e si fa mentre la vita scorre,

diversi ambiti a determinare attualmente il percorso evolutivo dell'identità personale di ogni individuo, la cui proiezione esterna necessita di essere tutelata.

Inoltre, a rendere ancora più multiforme il panorama in cui deve operare la tutela del diritto all'oblio concorre anche il carattere a- spaziale della Rete. In un contesto dai confini labili e dalla tendenziale imperitura permanenza delle informazioni in esso circolanti, infatti, è doveroso tenere in considerazione che ogni decisione adottata a livello locale è in grado di produrre effetti diretti o indiretti che possono travalicare i confini nazionali. Come è stato efficacemente evidenziato, l'utilizzo sempre più esteso e pervasivo di *Internet* ha creato un affascinante, quanto complesso, "sistema a matrice, all'interno del quale occorre muoversi con visione ampia fra le difficoltà poste dall'integrazione dei diversi ordinamenti ed il contemperamento che ogni diritto richiede con gli altri diritti in gioco"⁵⁷⁵.

Ed è proprio in tale visione prospettica e in un'ottica di *azione-reazione* che devono essere interpretate le preoccupazioni sollevate nel corso del procedimento dall'Avvocato generale circa le possibili ripercussioni in termini di pluralismo informativo di un diritto alla deindicizzazione su scala globale⁵⁷⁶. È evidente, infatti, che una decisione del genere rischia di creare delle vere e proprie reazioni a catena, spingendo gli Stati destinatari indirettamente di tali misure limitative a restringere, a loro volta, le possibilità di accesso dei cittadini europei a determinate informazioni, con il "rischio reale di corsa al ribasso a danno della libertà di espressione, a livello sia europeo che mondiale"⁵⁷⁷. Una conseguenza, questa, che andrebbe, inoltre, ad intrecciarsi con il sopramenzionato problema dell'affidamento ai motori di ricerca della valutazione delle richieste di riconoscimento del diritto all'oblio e, quindi, di attività di bilanciamento tra diritti fondamentali.

Ne deriverebbe, pertanto, un panorama informativo dalle possibilità di accesso fortemente ridimensionate, potenzialmente condizionato sia da scelte effettuate non necessariamente nell'interesse della collettività perché adottate da operatori privati, sia dal rapporto di continua tensione con contesti culturali *extraeuropei* non sempre caratterizzati dalla medesima sensibilità verso il riconoscimento e la garanzia di alcuni istituti ormai radicati nel tessuto europeo.

restando collegati a dispositivi interattivi". L. Floridi, *The Onlife Manifesto. Being Human in a Hyperconnected Era*, Springer International Publishing, 2014.

⁵⁷⁵ F. Pizzetti, *Il caso del diritto all'oblio*, op. cit., p. 5.

⁵⁷⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale *Maciej Szpunar*, 10 gennaio 2019, Causa C-507/17.

⁵⁷⁷ *ivi*, p. 61.

In un contesto così complesso e dalle molteplici criticità in termini di pluralismo informativo e di tutela della piena e consapevole evoluzione delle personalità degli individui è evidente che il bilanciamento tra diritti confliggenti impone sempre più approcci di tipo multilivello e di carattere globale.

Innanzitutto, nella ricerca di un idoneo punto di equilibrio diviene oggi fondamentale acquisire una profonda conoscenza delle dinamiche della Rete in modo che interventi normativi e giurisprudenziali di carattere locale, muovendosi a partire da istituti ormai consolidati, tengano conto in maniera prospettica delle potenziali ripercussioni indirette ed esterne delle norme adottate. Inoltre, la dinamica compenetrazione tra aspetti virtuali e reali ed i potenziali effetti transnazionali delle decisioni destinate alla Rete impongono nella fase storica attuale che si colloca inevitabilmente agli albori della società digitale globalmente intesa la diffusione e l'applicazione di strumenti di cooperazione e di collaborazione tra i diversi ordinamenti che siano in grado di garantire un agire quanto più condiviso a livello globale.

Pertanto, non potendosi accettare in maniera aprioristica la diffusione di modelli normativi *calati dall'alto* per effetto diretto o indiretto di sentenze adottate in determinate comunità⁵⁷⁸, il bilanciamento degli interessi nell'era digitale richiede in questa momento azioni coordinate di tipo multilivello che siano in grado di diffondere i semi di un futuro *comune sentire* in modo da consentire nel tempo la creazione di un sistema di norme destinate alla Rete sempre più condiviso e, quindi, applicabile in uno scenario che tendenzialmente non conosce confini.

Si tratta ovviamente di un percorso lungo, ma necessario che trova pieno riscontro, d'altra parte, nello stesso quadro normativo delineato dal Regolamento (UE) 2016/679 nelle cui maglie il diritto all'oblio si incardina ed opera. L'art. 50 del GDPR, infatti, alla luce delle inevitabili maggiori difficoltà connesse alla tutela dei dati al di fuori del contesto europeo, promuove espressamente attività di intensa collaborazione tra Stati membri, paesi terzi ed organizzazioni internazionali attraverso l'adozione di adeguate misure di cooperazione

⁵⁷⁸ Cfr. O. Pollicino, *La Corte di Giustizia, 5 anni dopo Google Spain, limita l'estensione del diritto all'oblio all'Unione europea* in *Medialaws.eu*, 2019. Sul punto anche M.R. Ferrarese, *Il linguaggio transnazionale dei diritti* in *Riv. Dir. Cost.*, 2000, p. 78 ss. L'Autrice afferma che: "questa dilatazione dei diritti è frutto essenzialmente di un eccezionale interesse della giurisprudenza europea che ha condotto la stessa a fare dei diritti fondamentali nella tutela multilivello, la *core jurisprudence* non soltanto dinanzi alle Corti costituzionali e alla Corte europea dei Diritti Umani, ma anche dinanzi alla Corte di Giustizia, talché si è avuta una sempre più diffusa tensione a sganciare la protezione dei diritti dalla dimensione politica dello Stato nazione per agganciarla ad un patrimonio giuridico che ha la pretesa di essere dell'intera umanità".

internazionale. In particolare, è esplicitamente richiesto alla Commissione europea e alle autorità di controllo nazionali di sviluppare meccanismi *extraeuropei* per agevolare e prestare mutua assistenza nell'applicazione efficace della normativa in materia, nonché sostegno reciproco attraverso la vicendevole condivisione di conoscenze con paesi terzi⁵⁷⁹. Il Regolamento (UE) 679/2016, inoltre, promuove esplicitamente attività di assistenza reciproca anche a livello europeo tra le diverse autorità di controllo degli Stati membri. Il Capo VII, infatti, al fine di assicurare l'applicazione coerente della normativa a livello sovranazionale, stabilisce meccanismi di aiuto reciproco mediante lo scambio di informazioni utili, di momenti di collaborazione attiva fino a prevedere lo svolgimento di indagini e di misure di contrasto congiunte. Inoltre, al fine di comporre situazioni di conflittualità che possano affiorare all'interno degli stessi confini europei, l'art. 63 del Regolamento prevede l'istituzione di un peculiare *meccanismo di coerenza*. Tale procedura, che prevede anche il coinvolgimento della Commissione Europea, mira proprio ad individuare una linea di azione comune ogni qualvolta emergano criticità in merito a decisioni di carattere generale ovvero che producano effetti in più di uno Stato membro. Rileva sottolineare, ai fini della presente analisi, che tra le possibili motivazioni che legittimano l'avvio di tale percorso e l'adozione di un parere da parte del Comitato europeo⁵⁸⁰ vi è, in particolare, anche il caso in cui «un'autorità di controllo competente non si conforma agli obblighi relativi all'assistenza reciproca ai sensi dell'articolo 61 o alle operazioni congiunte ai sensi dell'articolo 62»⁵⁸¹.

In tale ottica, viene ad inserirsi anche la nascita del Comitato europeo, un organismo indipendente formato dai rappresentanti delle autorità nazionali e dal Garante europeo della protezione dei dati, con il compito *ex art. 70* del Regolamento, tra l'altro, di fornire linee guida, raccomandazioni e *best practises* in materia, nonché di promuovere lo scambio efficace di informazioni ed adottare pareri sulle decisioni nazionali che possono avere

⁵⁷⁹ Tali previsioni vanno a completare il quadro normativo dedicato all'articolato panorama della circolazione dei dati al di fuori dei confini europei che, come è noto, suddivide i trasferimenti internazionali e le relative regole in tre ambiti fondamentali concernenti il sistema fondato sulle decisioni di adeguatezza (art.45); quello relativo alla richiesta di garanzie adeguate da parte dei paesi destinatari (art.46) e quello operante nel rispetto delle norme vincolanti d'impresa (art.47).

⁵⁸⁰ In tale ottica, viene ad inserirsi anche la nascita del Comitato europeo, un organismo indipendente formato dai rappresentanti delle autorità nazionali e dal Garante europeo della protezione dei dati, con il compito *ex art. 70* del Regolamento, tra l'altro, di fornire linee guida, raccomandazioni e *best practises* in materia, nonché di promuovere lo scambio efficace di informazioni ed adottare pareri sulle decisioni nazionali che possono avere un'efficacia generale ovvero produrre effetti ricadenti in più di uno Stato membro.

⁵⁸¹ Art. 64, par. 2, Regolamento (UE) 679/2016.

un'efficacia generale ovvero produrre effetti ricadenti in più di uno Stato membro.

Da quanto analizzato, è evidente la volontà del legislatore europeo di favorire quanto più possibile momenti di confronto su molteplici livelli, alla luce della consapevolezza che in una società digitale dai confini fluidi la via della cooperazione rappresenta allo stato attuale uno strumento indispensabile per la composizione dei conflitti.

Intraprendendo in maniera decisa tale strada sarà possibile, infatti, creare il terreno fertile per un agire esponenzialmente sempre più condiviso, in grado di ridurre la distanza intercorrente tra Stati caratterizzati da esperienze, tradizioni e sensibilità diverse in termini di riconoscimento, tutela e bilanciamento di quei diritti che nel labirinto della Rete e in assenza di punti di riferimento territoriali si mostrano più vulnerabili e quindi più facilmente attaccabili.

Solo in questo modo, al termine di un percorso che si mostra sicuramente complesso, ma in grado di gettare le basi di una nuova stagione di condivisione di interessi e di valori tra gli utenti della Rete, sarà possibile realizzare un corretto bilanciamento tra diritti confliggenti. E in tale prospettiva, anche la tutela del diritto all'oblio potrà esplicarsi in maniera piena, ripristinando nell'era dall'*imperitura memoria* l'imprescindibile valore del fluire del tempo.

Abstract: La sentenza della Corte di Giustizia C-507/17 del 24 novembre 2019 ha apportato un ulteriore ed importante, seppur dibattuto, contributo al percorso di riconoscimento e di tutela del diritto all'oblio. La decisione di limitare territorialmente tale diritto, *racchiudendolo* entro i confini europei, impone, infatti, una riflessione di più ampio respiro sul bilanciamento tra diritti confliggenti nell'era digitale dal momento che l'a-territorialità della Rete amplia inevitabilmente gli effetti di decisioni adottate a livello locale, richiedendo sempre più soluzioni di tipo multilivello e di carattere globale.

Abstract: The judgment of the Court of Justice C-507/17 of 24 November 2019 has made a further and significant, albeit debated, contribution to the path of recognition and protection of the right to be forgotten. The decision to limit this right territorially, *enclosing* it within European borders, requires, in fact, a broader reflection on the balance between conflicting rights in the digital era, since the a-territoriality of the Network inevitably expands the effects of decisions taken at the local level, increasingly demanding multilevel

and global solutions.

Parole chiave: Diritto all'oblio – motori di ricerca – identità personale – pluralismo informativo – tutela multilivello.

Key words: Right to be forgotten – search engines – personal identity – pluralism of information – multilevel protection.

MODELLI COMPARATIVISTICI (E GEOMETRICI) DI COORDINAMENTO DELLE POLITICHE EUROPEE*.

di Sabrina Ragone**

Sommario: 1. Contesto e metodologia per la comprensione dei modelli di coordinamento delle politiche europee. – 2. Questioni terminologiche e spunti dottrinali per l’adozione di una classificazione flessibile. – 3. I punti sulla linea retta (ovvero i modelli di coordinamento delle politiche europee) e l’importanza dei segmenti (ovvero dove si collocano le esperienze concrete, per approssimazione). – 4. Conclusioni: da una retta a una griglia.

299

1. Contesto e metodologia per la comprensione dei modelli di coordinamento delle politiche europee.

Il dibattito accademico e politico degli ultimi mesi è dominato dalle riflessioni circa la risposta giuridica ed economica alla pandemia da COVID-19, gli effetti della stessa e la sua compatibilità con principi e diritti costituzionali. Molto si discute, soprattutto nei Paesi più colpiti dal contagio, di come rendere più efficace l’azione dei propri Governi nell’arena europea, al fine di ottenere l’adozione di decisioni e misure più tempestive (e solidali) per la gestione della crisi.

In questa prospettiva, risulta fondamentale comprendere come i Governi gestiscono e coordinano le politiche europee tra i diversi Ministeri, dal momento che il modello di coordinamento può avere ricadute sull’efficacia dell’azione nazionale a livello europeo⁵⁸².

Il presente contributo propone una classificazione comparatistica dei modelli⁵⁸³ di coordinamento interministeriale delle politiche europee, in base all’applicazione incrociata (ma non rigida) dei seguenti “elementi determinanti”⁵⁸⁴ principali: l’esistenza o meno di uno

* *Sottoposto a referaggio.*

** Professoressa associata di Diritto pubblico comparato – Università di Bologna.

⁵⁸² Sull’importanza dell’interazione funzionale tra amministrazioni nazionali ed europee, cfr. già S. Cassese, *Divided powers: European administration and national bureaucracies*, in *Id.* (a cura di), *The European Administration*, IIAS e EIPA, Bruxelles e Maastricht, 1987.

⁵⁸³ Sulle classificazioni, la modellistica e i fini del diritto comparato, cfr. almeno G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 11 ss.; L. Pegoraro e A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Astrea-Giappichelli, Buenos Aires-Torino, 2017, p. 29 ss.; G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, CEDAM, Padova, 2019, 10^a ed., p. 20 ss.

⁵⁸⁴ L.J. Constantinesco, *Introduzione al diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1996; *Id.*, *Il metodo comparativo*, edizione a cura di A. Procida Mirabelli Di Lauro, Giappichelli, Torino, 2000.

specifico organo interministeriale di coordinamento; la sua collocazione nel Ministero degli Affari Esteri o all'interno della Presidenza del Consiglio; l'esistenza o meno di un Ministro per gli Affari Europei. Come si vedrà in seguito, tali parametri servono anche a chiarire il grado di allontanamento del sistema di coordinamento dalla situazione di partenza, in cui, tendenzialmente, le questioni europee venivano gestite in maniera non dissimile dalle relazioni internazionali *tout court*.

Va ricordato, inoltre, quale necessario elemento di contesto, sintomatico dell'influenza dell'integrazione europea sui sistemi nazionali, l'impatto sugli ordinamenti degli Stati membri, che sempre ha comportato interventi normativi primari e, in alcuni casi, persino riforme costituzionali, accanto a quel fenomeno denominato "europeizzazione"⁵⁸⁵, che a sua volta ha impattato su istituzioni e amministrazioni statali⁵⁸⁶. La dottrina giuridica si è concentrata, in particolare, sull'europeizzazione delle amministrazioni, con riferimento, ad esempio, alla convergenza in settori in cui è stato necessario creare autorità indipendenti o adattare il procedimento amministrativo alle norme europee⁵⁸⁷, fino a offrire, recentemente, una ricostruzione olistica del ruolo del diritto amministrativo nell'integrazione europea⁵⁸⁸.

Proprio l'esistenza di dinamiche comuni a livello europeo, connotate da tale impatto su norme e attori a livello nazionale, aveva indotto parte della dottrina a ipotizzare tendenze *omogeneizzatrici* rivolte al miglioramento della *governance* interna, specialmente per i Paesi che si apprestavano a entrare nell'UE all'inizio del millennio⁵⁸⁹. L'esame dei modelli di coordinamento interministeriale (ma non solo) può costituire, invece, un esempio emblematico

⁵⁸⁵ Non si tratta, peraltro, di un fenomeno unidirezionale, bensì bidirezionale, che va analizzato nelle sue dimensioni verticale e orizzontale, come dimostrato da J. Magone, *Contemporary European Politics. A Comparative Introduction*, Routledge, London-New York, 2011, p. 158 ss.

⁵⁸⁶ Ch. Debbasch (a cura di), *Administrations nationales et intégration européenne*, Centre de Recherches Administratives, Aix-Marseille, 1987; Y. Mény, P. Muller e J.-L. Quermonne (a cura di), *Adjusting to Europe. The Impact of the European Union on National Institution and Policies*, Routledge, London-New York, 1996; K.H. Goetz e S. Hix, *Europeanised Politics? European Integration and National Political Systems*, Frank Cass, London, 2000; P. Graziano e M. Vink (a cura di), *Europeanization: New Research Agendas*, Palgrave Macmillan, London, 2007.

⁵⁸⁷ S. Cassese F. Bignami (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2004; S. Battini e G. Vesperini (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2006; M.P. Chiti e G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2^a ed., 2007; G. Della Cananea (a cura di), *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Giuffrè, Milano, 3^a ed., 2011; M.P. Chiti (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2^a ed., 2018; I. Martín Delgado, F. Di Lascio (a cura di), *Diritto amministrativo europeo e diritti nazionali: influenze, tensioni e prospettive*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

⁵⁸⁸ A. Sandulli, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, FrancoAngeli, Milano, 2018.

⁵⁸⁹ B. Lippert, G. Umbach e W. Wessels, *Europeanization of CEE executives: EU membership negotiations as a shaping power*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 8, n. 6/2001, p. 984 ss.

della persistenza di divergenze sostanziali, anche quando si esaminano Stati membri la cui situazione economica, sociale e istituzionale potrebbe indurre a pensare il contrario⁵⁹⁰. La letteratura, soprattutto politologica, lo ha ampiamente dimostrato in riferimento anche ad ambiti diversi⁵⁹¹.

Il progressivo *adattamento istituzionale*, consistente nella “sostituzione a lungo termine di pratiche e strutture preesistenti”⁵⁹², spesso avvenuto senza strappi⁵⁹³ a seguito di cambiamenti sovranazionali, ha interessato diversi organi costituzionali, primi fra tutti i Governi⁵⁹⁴. Questi, infatti, sono stati e continuano a essere gli attori principali sulla scena dell’integrazione europea, protagonisti di qualsiasi decisione politica e normativa, sia nella fase ascendente, di *decision-making* (alla quale si fa principalmente riferimento nel presente contributo), sia in quella discendente⁵⁹⁵. In virtù delle funzioni riservate agli esecutivi, è sorta quindi la necessità di *adattare* la loro struttura per rispondere alle esigenze di coordinamento derivanti dalla partecipazione alle decisioni europee, nonché di istituire meccanismi per raggiungere una posizione condivisa nel modo più rapido ed efficace possibile, perché, come affermava il Primo Ministro Rocard in una circolare del 15 ottobre 1988, “l’unité des positions françaises est une condition de l’efficacité de notre action [...]”⁵⁹⁶.

La gestione delle crisi, da quella economica a partire dal 2008 fino a quella sanitaria legata alla pandemia da COVID-19, ha consolidato la tendenza al rafforzamento del ruolo degli esecutivi nazionali, soprattutto a causa dei meccanismi decisionali intergovernativi. Si tratta, tuttavia, di un *trend* che investe i Governi in maniera asimmetrica, favorendo in particolare alcuni attori all’interno della compagine governativa, specialmente i Ministri di Economia e Finanze e i

⁵⁹⁰ Questo aspetto è stato approfondito in S. Ragone, *Domestic Response to the Financial Crisis: Reforms of Executive Branches in Economically Weak Countries of the Eurozone*, in *Rivista di Diritti comparati*, Special issue, n. 1/2019, p. 147 ss.

⁵⁹¹ K.H. Goetz e J.-H. Meyer-Sahling, *The Europeanisation of national political systems: Parliaments and executives*, in *Living Reviews in European Governance*, vol. 3, n. 2/2008, p. 4.

⁵⁹² J.P. Olsen, *European Challenge to the Nation State*, in B. Steunenberg e F. van Vught (a cura di), *Political Institutions and Public Policy. Perspectives on European Decision Making*, Springer, Dordrecht, 1997, p. 159.

⁵⁹³ Cfr. la definizione dei cambiamenti traumatici proposta da T.A. Börzel, *States and Regions in the European Union. Institutional Adaptation in Germany and Spain*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 22 ss.

⁵⁹⁴ Così H. Kassim, *The Europeanization of Member State Institutions*, in S. Bulmer, C. Lequesne (a cura di), *The Member States of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 285 ss.

⁵⁹⁵ H. Kassim, *The Europeanization of Member State Institutions*, cit., in particolare p. 292 ss.

⁵⁹⁶ In prospettiva critica, A. Sepos, *The National Coordination of EU Policy: Organisational Efficiency and European Outcomes*, in *Journal of European Integration*, vol. 27, n. 2/2005, p. 169 ss.

Presidenti del Consiglio⁵⁹⁷. Di conseguenza, spostare l'attenzione sugli esecutivi diviene essenziale per comprendere le dinamiche politico-costituzionali delle forme di governo nazionali⁵⁹⁸. Si tratta, tuttavia, di un'impresa cui il giurista concorre insieme a politologi, sociologi ed economisti, offrendo il proprio contributo come tassello di un mosaico più ampio. In questo caso, la classificazione offerta serve ad agevolare la comprensione dell'organizzazione interna degli esecutivi, anche per favorire, in un secondo momento, una valutazione dell'efficacia dei diversi sistemi di coordinamento, obiettivo primario degli studi politologici precedenti e attuali. Da un punto di vista giuridico, l'aspetto da analizzare è quello della competenza e della struttura delle sedi in cui avviene tale coordinamento, alla luce delle trasformazioni che sono avvenute più o meno in parallelo all'evoluzione dell'integrazione europea o sono dipese da riforme nazionali. Da un lato, quindi, analisi empiriche future potranno fare tesoro dei risultati dell'indagine; dall'altro, gli studi precedenti, specie di scienza politica, rappresentano indispensabili strumenti supplementari alla ricerca, confermando il carattere fortemente multidisciplinare del tema oggetto di studio.

Un'ultima precisazione metodologica. Se la determinazione dei modelli appare chiara ed essenzialmente definita, la collocazione delle singole fattispecie nelle categorie elaborate assume connotati meno netti, alla luce delle sfumature che ne condizionano gli elementi caratterizzanti. La corretta impostazione tassonomica richiede, quindi, uno sforzo applicativo concettualmente contiguo a quello c.d. *fuzzy*. Una ricostruzione in termini grafici semplifica questo assunto. Si immagini un segmento di retta, su cui si evidenziano ipoteticamente quattro punti, che muovono dal primo modello sino ad arrivare, per grandezze equivalenti, al quarto. Quello che interessa a fini classificatori non è tanto il punto esatto in cui si situano i modelli, quanto lo spazio che li divide, perché è solo lì che si possono collocare le fattispecie concrete, le quali presentano caratteristiche tendenti all'ibridazione, nonostante gli elementi *tendenzialmente* caratterizzanti. La collocazione fra un modello e quello contiguo risponde a una gradazione infinita di appartenenza all'uno, piuttosto che all'altro, ma difficilmente riflette

⁵⁹⁷ Già K.H. Goetz, *European integration and national executives: a cause in search of an effect?*, in *West European Politics*, vol. 23, n. 4/2000, p. 211 ss., metteva in rilievo questa potenziale asimmetria. La coesistenza di elementi di convergenza e divergenza è stata oggetto del mio contributo *Crisis económica y coordinación de las políticas europeas en los Estados miembros: patrones de convergencia y divergencia*, in AA.VV., *Setenta años de Constitución italiana y cuarenta años de Constitución española*, CEPC, Madrid, 2020, p. 459 ss. Cfr. altresì, L. Cappuccio, *Forma di governo italiana ed integrazione europea: il progressivo rafforzamento del governo* e tutta la sezione monografica dedicata a *Le forme di governo tra Italia e Spagna*, a cura di A. Lucarelli e S. Staiano, in questa Rivista.

⁵⁹⁸ Cfr. i contributi raccolti in R. Ibrido e N. Lupo (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, il Mulino, Bologna, 2018.

una totale estraneità a tutte le altre ricostruzioni principali. La collocazione concreta, quindi, non può che valorizzare quegli elementi che avvicinano ciascun caso a una posizione più o meno accostata a uno dei modelli. I punti che segnano i modelli sul segmento andranno deserti, perché questi sono costruiti in modo analitico e ipotetico. La consapevolezza di un'impossibile corrispondenza stringente a un modello fa acquisire, comunque, maggior margine di collocazione/ibridazione, attraverso una gradazione di sfumature tassonomiche del reale.

La classificazione è operata su base politetica, tenendosi conto di una pluralità di parametri e non di un singolo elemento decisivo (come avviene nelle monotetiche), caratterizzandosi, quindi, per una più spiccata flessibilità⁵⁹⁹. Solo adottando tale approccio *fuzzy*, si possono proporre classi sfocate e graduate, poiché i casi collegati (per approssimazione) a ciascun modello presentano necessariamente anche alcune caratteristiche divergenti, oltre a condividere quelle decisive per la classificazione. A differenza delle scienze esatte, infatti, le classificazioni in quelle sociali appaiono meno nette, sia per le loro proprietà multiformi e interpretabili, sia perché soggette alla stessa evoluzione degli ordinamenti. Nell'applicazione del metodo comparativo a questo oggetto di indagine vanno presi in considerazione il formante legale e quello dottrinale⁶⁰⁰, mentre quello giurisprudenziale, che pure ha rivestito, grazie alla giurisprudenza delle corti nazionali e della Corte di Giustizia UE, un ruolo fondamentale nell'evoluzione dell'integrazione europea, non offre spunti significativi riguardo al coordinamento interministeriale delle politiche europee.

⁵⁹⁹ C. Pignato, (voce) *Classificazioni politetiche*, in AA.VV., *Dizionario di antropologia*, Zanichelli, Bologna, 1997, p. 172. Sull'applicazione di questa metodologia nel diritto comparato, cfr. S. Baldin, *Riflessioni sull'uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, n. 10/2012, p. 1 ss.

⁶⁰⁰ R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, UTET, Torino, 5^a ed., 1992, p. 43 ss.; e poi G. Bognetti, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 82 ss.; L. Pegoraro e A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, cit., p. 11 ss.; A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 150 ss.; R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 100 ss.

2. Questioni terminologiche e spunti dottrinali per l'adozione di una classificazione flessibile.

La dottrina politologica ha posto le basi per le indagini sul coordinamento interministeriale delle politiche europee all'inizio degli anni 2000⁶⁰¹ e i parametri elaborati da tali autori sono stati poi applicati a casi di studio diversi: ad esempio, agli Stati dell'Europa centrale e orientale che hanno aderito all'UE nell'ultimo allargamento sostanziale, i quali, per numero e differenze, rappresentavano un insieme di studio di indubbio interesse comparativo⁶⁰². I precedenti studi relativi agli esecutivi hanno individuato alcune tendenze, tra cui la creazione di strutture governative specializzate sulle questioni europee⁶⁰³ e la progressiva dicotomizzazione tra affari esteri e affari europei⁶⁰⁴. Risulta evidente, poi, la persistente importanza delle amministrazioni centrali, che da sempre ricevono direttamente le informazioni dall'UE e dispongono di quasi tutti gli strumenti partecipativi a livello europeo. Specialmente nei momenti di crisi, economica ma anche politica, il protagonismo delle istituzioni centrali si è rafforzato ulteriormente. Contestualmente, nell'ambito della nuova *governance* economica europea sono state valorizzate le funzioni dei Ministeri economico-finanziari⁶⁰⁵ e nel corso degli anni il ruolo direttivo, rappresentativo e di coordinamento dei Primi Ministri e delle Presidenze del Consiglio è stato potenziato⁶⁰⁶.

⁶⁰¹ Cfr. in particolare, H. Kassim, B.G. Peters e V. Wright (a cura di), *The National Co-ordination of EU Policy. The Domestic Level*, Oxford University Press, Oxford, 2000, che analizzava Austria, Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Grecia, Italia, Portogallo, Regno Unito e Spagna; A. Jordan e A. Schout, *The coordination of the European Union. Exploring the capacities of networked governance*, Oxford University Press, Oxford, 2006 (Germania, Paesi Bassi e Regno Unito).

⁶⁰² Cfr. in particolare K.H. Goetz, *The New Member States and the EU: Responding to Europe*, in S. Bulmer, C. Lequesne (a cura di), *The Member States of the European Union*, cit., p. 254 ss.; A. Dimitrova e D. Toshkov, *The Dynamics of Domestic Coordination of EU Policy in the New Member States: Impossible to Lock In?*, in *West European Politics*, vol. 30, n. 5/2007, p. 961 ss.; L. Gärtner, J. Hörner e L. Obholzer, *National Coordination of EU Policy: A Comparative Study of the Twelve "New" Member States*, in *Journal of Contemporary European Research*, vol. 7, n. 1/2011, p. 77 ss.

⁶⁰³ Su questo, cfr. Ch. Debbasch, *L'influence du processus d'intégration communautaire sur les administrations nationales*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3/1991, p. 741 ss.

⁶⁰⁴ Cfr. C. Closa Montero e I. Molina, *La elaboración y coordinación de la política europea: apuntes para negociar mejor la maraña post-Lisboa*, in *Análisis del Real Instituto Elcano*, n. 121/2010, p. 1.

⁶⁰⁵ K.H. Goetz e J.-H. Meyer-Sahling, *The Europeanisation of national political systems: Parliaments and executives*, cit., p. 14.

⁶⁰⁶ Così J. Mittag, W. Wessels, *The 'One' and the 'Fifteen'? The Member States between procedural adaptation and structural revolution*, in W. Wessels, A. Maurer e J. Mittag (a cura di), *Fifteen into one? The European Union and its member states*, Manchester University Press, Manchester, 2003, in particolare p. 424 ss.

In dottrina, per coordinamento si intende qualsiasi attività, disciplinata dall'ordinamento e/o esercitata *de facto*, volta a orientare la politica del Governo, attraverso strumenti politici, giuridici e amministrativi per coordinare gli enti pubblici coinvolti e risolvere eventuali conflitti. In questo contesto, quindi, la prospettiva di analisi è interna piuttosto che europea (facendo perno sui meccanismi nazionali indipendentemente dall'impatto esercitato dalle istituzioni a Bruxelles) e il fenomeno può coinvolgere, oltre ai Ministri, anche altri organismi amministrativi⁶⁰⁷.

All'interno dell'UE coesistono sistemi eterogenei, principalmente a causa di fattori, fondamentalmente nazionali, che ancora oggi dispiegano i propri effetti in maniera determinante⁶⁰⁸. In primo luogo, l'atteggiamento (proattivo, reattivo, passivo) di ciascuno Stato membro rispetto all'integrazione europea determina quante energie vengono investite sulle politiche europee, incidendo sul profilo degli attori coinvolti e sulle aspettative circa la loro *performance*. In secondo luogo, la maggiore o minore importanza degli affari europei nella politica interna, sia nei momenti elettorali che per la creazione e la tenuta di coalizioni⁶⁰⁹, porta ad assumere comportamenti diversi a seconda del momento storico di riferimento e delle condizioni socio-economiche dello Stato interessato; da questo punto di vista, il proliferare di movimenti e partiti euroscettici, che nell'ultimo decennio sono anche entrati a far parte di compagini governative, rappresenta un elemento imprescindibile dell'esame *case by case*. A detti fattori va aggiunta, inoltre, la sensibilità specifica su alcune politiche industriali, agricole o di altra natura, che possono rivestire importanza capitale in uno Stato membro e portare a un approccio più selettivo nei confronti delle politiche europee, facendo sì che gli sforzi si concentrino su tali temi⁶¹⁰.

Più in generale, l'assetto dell'amministrazione nazionale e la concezione del coordinamento *ex se* non possono non riverberarsi sul coordinamento delle politiche europee, giacché gli stessi strumenti impiegati, ad esempio, per far dialogare livello regionale e livello statale nei sistemi decentrati, possono essere traslati al coordinamento anche in ambito europeo. Ancora tenendo

⁶⁰⁷ C. Franchini, *L'impatto dell'integrazione comunitaria sulle relazioni al vertice dell'amministrazione. Poteri governativi e poteri amministrativi*, in *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3/1991, p. 775 ss.

⁶⁰⁸ Cfr. H. Kassim, B.G. Peters e V. Wright (a cura di), *The National Co-ordination of EU Policy. The Domestic Level*, cit., p. 10 ss.

⁶⁰⁹ Sui problemi legati alla frammentazione dello spettro politico, G. Pasquino, *Governments in European Politics*, in J. Magone (a cura di), *Routledge Handbook of European Politics*, Routledge, London-New York, 2015, p. 295 ss.

⁶¹⁰ Sull'atteggiamento selettivo di alcuni governi, cfr. H. Kassim, *The National Coordination of EU Policy*, in J. Magone (a cura di), *Routledge Handbook of European Politics*, cit., p. 686 ss.

conto dell'organizzazione amministrativa e territoriale, l'aumento delle attribuzioni di Parlamenti nazionali, Stati e Regioni⁶¹¹, fino agli anni della crisi economica, ha sbilanciato gli equilibri interni portando a modifiche dei meccanismi di coordinamento. L'UE comprende, infatti, sistemi tradizionalmente federali (come Austria e Germania) o federalizzati (Belgio), regionali o pseudo-regionali (Italia, Spagna e in passato il Regno Unito) e Stati unitari con livelli diversi di decentramento amministrativo (Paesi Bassi, Lussemburgo, in parte Francia e Portogallo, etc.)⁶¹². Da un punto di vista politico, infine, l'interpretazione della propria *leadership* da parte di Presidenti del Consiglio e della Repubblica, la stabilità delle loro maggioranze e la solidità della loro posizione partitica possono a loro volta diventare rilevanti⁶¹³.

Quelle spinte all'omogeneizzazione cui si è accennato *supra* non avevano intaccato la permanenza di divergenze significative tra i diversi Stati membri prima della crisi economica⁶¹⁴, ma anche in seguito le amministrazioni nazionali hanno dato prova di una sostanziale resilienza rispetto a riforme destinate ad esaurire i propri effetti non appena il Paese di riferimento avesse completato il proprio programma di misure richieste dai rispettivi *Memoranda of Understanding* o, più in generale, avesse superato le fasi più critiche. In Irlanda, ad esempio, dopo le elezioni del 2016, il capo del governo sciolse il c.d. *Economic Management Council* che era stato istituito negli anni della crisi; oppure in Portogallo la c.d. ESAME (*Estrutura para*

⁶¹¹ Cfr., ad esempio, M. Cartabia, N. Lupo e A. Simoncini (a cura di), *Democracy and Subsidiarity in the EU. National parliaments, regions and civil society in the decision-making process*, il Mulino, Bologna, 2013; N. Lupo, *National and Regional Parliaments in the EU Decision-making Process, after the Treaty of Lisbon and the Euro-crisis*, in *Perspectives on Federalism*, vol. 5, n. 2/2013, p. 1 ss. Non a caso, alcuni lavori comparatistici si sono soffermati solo su sistemi decentrati, come S. Baroncelli (a cura di), *Il ruolo del Governo nella formazione e applicazione del diritto dell'Unione europea. Le peculiarità di un sistema costituzionale multilivello*, Giappichelli, Torino, 2008 (Austria, Germania, Italia e Spagna).

⁶¹² L'elemento territoriale come *discrimen* per la classificazione era già stato adottato, tra gli altri, da Ch. Debbasch, *L'influence du processus d'integration communautaire sur les administrations nationales*, cit. e D. Ordóñez Solís, *Administraciones nacionales e integración europea*, in *Noticias de la Unión Europea*, n. 136/1996, p. 19 ss. Gli effetti si dispiegano anche sulle strategie politiche degli enti decentrati, come dimostrato da C. Colino, I. Molina e A. Hombrado, *Responding to the New Europe and the Crisis: The Adaptation of Sub-national Governments' Strategies and its Effects on Inter-governmental Relations in Spain*, in *Regional & Federal Studies*, vol. 24, n. 3/2014, p. 281 ss. con riferimento al caso spagnolo.

⁶¹³ Cfr., ad esempio, il documento adottato dal governo Renzi per la presidenza italiana del 2014: *Europa. Un nuovo Inizio. Programma per la Presidenza Italiana del Consiglio dell'Unione Europea*, disponibile qui: http://presidenza.governo.it/governoinforma/documenti/programma_semestre_europeo_ita.pdf. Questo link, così come tutta la sitografia citata nel presente contributo è stato consultato a maggio 2020.

⁶¹⁴ J.P. Olsen, *Europe in Search of Political Order*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 239. Ancor prima, J. Mittag e W. Wessels, *The 'One' and the 'Fifteen'? The Member States between procedural adaptation and structural revolution*, cit., p. 413 ss.

o *Acompanhamento da Execução do Memorando de Entendimento*) era stata creata appositamente come una task force temporanea per il coordinamento delle riforme⁶¹⁵.

Anche solo tenendo in considerazione gli Stati membri fondatori, non soltanto attraverso una comparazione sincronica, che dimostra le differenze tra i vari sistemi, ma anche attraverso una comparazione diacronica, è possibile comprendere come gli strumenti di coordinamento siano stati modificati in base a come si è evoluta l'UE, all'aumento degli attori interessati e alle riforme nazionali. Tali Paesi hanno dovuto affrontare le sfide dell'appartenenza a un'organizzazione sovranazionale peculiare come le Comunità europee senza personale già specializzato, adattando le competenze acquisite nella sfera delle relazioni internazionali, della diplomazia e della cooperazione economica⁶¹⁶. Gli Stati membri più recenti, invece, hanno potuto far tesoro dei modelli adottati in altri sistemi europei, imitandoli, ibridandoli e combinandoli.

Al fine di offrire strumenti di semplificazione per la comprensione dei sistemi di coordinamento, la dottrina ha individuato, da un punto di vista sostanziale, due vettori di analisi consistenti nella selettività/onnicomprensività e nell'accentramento/decentramento⁶¹⁷ e, da un punto di vista strutturale, due modelli principali, cioè quelli dominati dal Ministro per gli Affari Esteri e quelli incentrati sul Presidente del Consiglio⁶¹⁸. Si tratta, tuttavia, di classificazioni che dipendono soprattutto, se non esclusivamente, da dinamiche politiche, come gli equilibri tra i Ministeri, l'importanza e il prestigio dei singoli Ministri, o il ruolo assunto in concreto da capi dello Stato e degli esecutivi.

Diversamente, questa analisi, attraverso la combinazione degli *elementi determinanti* di cui sopra (riconducibili alla sfera giuridica), consente di affrontare la complessità degli strumenti di coordinamento in maniera più compiuta, integrando le osservazioni politiche e politologiche. Se si considerano come sintomi di un livello evolutivo più avanzato la scissione delle politiche europee da quella estera, l'istituzione di un Ministro per gli Affari Europei e la presenza di una sede di coordinamento apposita, è possibile collocare sul segmento di cui si è parlato i punti che segnano il passaggio da un modello all'altro. L'immaginario punto iniziale corrisponde,

⁶¹⁵ J. Magone, *Portugal as the 'good pupil of the European Union'. Living under the regime of the Troika*, in Id., B. Laffan e C. Schweiger (a cura di), *Core-Periphery Relations in the European Union. Power and Conflict in a Dualist Political Economy*, Routledge, London-New York, 2016, p. 179 ss.

⁶¹⁶ Sulla Francia, cfr. J. Boulouis, *La incidencia del Derecho Comunitario en la Organización Administrativa Francesa*, in *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 9/1992, p. 317 ss.

⁶¹⁷ H. Kassim, *The National Coordination of EU Policy*, cit.

⁶¹⁸ B. Laffan, *Managing Europe from Home. Impact of the EU on Executive Government: A Comparative Analysis*, OEUE Paper, 2003.

quindi, a quei sistemi nei quali non esiste un meccanismo formalizzato di coordinamento delle politiche europee, demandandosi agli equilibri politici, alle prassi e ai meccanismi collaborativi già esistenti la gestione di tali politiche. Il secondo punto sulla linea, alla luce di quella tendenza, evidenziata in precedenza, secondo la quale l'allontanamento della sede del coordinamento dal Ministero degli Affari Esteri sarebbe un segnale dell'evoluzione dei sistemi di coordinamento, identifica i sistemi in cui c'è una sede di coordinamento, ma questa si trova ancora presso il Ministero degli Affari Esteri. Gli ultimi due punti corrispondono, infine, ai sistemi in cui il coordinamento avviene presso la Presidenza del Consiglio e a quelli in cui a tale elemento si aggiunge un ulteriore fattore di specializzazione ed *emancipazione* degli affari europei, vale a dire l'esistenza di un Ministro apposito, oltre, eventualmente, a un meccanismo presso la Presidenza del Consiglio.

3. I punti sulla linea retta (ovvero i modelli di coordinamento delle politiche europee) e l'importanza dei segmenti (ovvero dove si collocano le esperienze concrete, per approssimazione).

Il primo punto, identificabile come modello (teorico) di partenza, ovvero il sistema di coordinamento meno formalizzato, è connotato dall'assenza di sedi specifiche per il coordinamento interministeriale. Sorprendentemente, l'ordinamento che più si avvicina a tale punto, pur collocandosi sul segmento contiguo e non in corrispondenza del punto medesimo, è quello tedesco. In Germania, nei primi decenni dall'entrata nelle Comunità europee, il Ministero degli Affari Esteri era affiancato da quello dell'Economia, fino a quando nel 1958 questo binomio venne formalizzato, con una divisione delle competenze e la successiva creazione di unità specializzate in affari comunitari in entrambi i dicasteri⁶¹⁹. Anche il Ministero dell'Agricoltura, già negli anni '60, aveva istituito una direzione generale specifica, seguito poi dagli altri Ministeri soprattutto dopo il Trattato di Maastricht⁶²⁰, nonostante la netta prevalenza

⁶¹⁹ H.U. Derlien, *Germany*, in H. Kassim, B.G. Peters e V. Wright (a cura di), *The National Co-ordination of EU Policy. The Domestic Level*, cit., p. 58 ss.

⁶²⁰ A. Maurer, *Germany: fragmented structures in a complex system*, in W. Wessels, A. Maurer e J. Mittag (a cura di), *Fifteen into one? The European Union and its Member States*, cit., p. 125. Naturalmente, non si è trattato di un fenomeno solo tedesco, in quanto lo stesso ha investito tutti gli Stati, a partire dai primi sei. Sul Belgio, cfr. B. Kerremans e J. Beyers, *Belgium: The Dilemma between Cohesion and Autonomy*, in K. Hanf e B. Soetendorp (a cura di), *Adapting to European integration. Small States and the European Union*, Routledge, London-New York, 2014, p. 14 ss.; sui Paesi Bassi, A. Jordan e A. Schout (a cura di), *The*

del Ministero dell'Economia (parzialmente sostituito da quello delle Finanze tra il 1998⁶²¹ e il 2005)⁶²². Il sistema tedesco si basa sulla responsabilità condivisa e sull'attribuzione dell'iniziativa per il coordinamento orizzontale al Ministero competente⁶²³, che è tenuto a intraprendere negoziati interni per raggiungere una posizione comune, a informare gli altri Ministeri interessati, ad aggiornare costantemente il Parlamento federale e a preparare i documenti per l'esecutivo. Le riunioni dei capi delle Direzioni generali sono coordinate dal Ministero degli Affari Esteri e da quello dell'Economia, hanno cadenza periodica e si dedicano alla risoluzione di potenziali contrasti tra le amministrazioni coinvolte e al monitoraggio dell'implementazione delle norme europee. Le questioni che rimangono irrisolte in questa sede vengono poi demandate al *Staatssekretärsausschuss für Europafragen*, cioè al Comitato dei Segretari di Stato per gli affari europei, che è presieduto dal Segretario di Stato per l'Europa⁶²⁴, afferente al Ministero degli Affari Esteri, presso il quale è al contempo viceministro⁶²⁵. Dal 2014, il Segretario di Stato per gli affari europei ricopre anche il ruolo di commissario per la cooperazione franco-tedesca, a conferma di quella tendenza all'affermazione di un duunvirato *Merkozy* emersa negli anni della crisi economica⁶²⁶. Alla mancanza di sistemi rigidi di

Netherlands: from event to issue coordination, in Id. (a cura di), *The coordination of the European Union. Exploring the capacities of networked governance*, cit., p. 166 ss.

⁶²¹ S. Bulmer e M. Burch, *The Europeanisation of Central Government: the UK and Germany in historical institutionalist perspective*, in G. Schneider e M. Aspinwall (a cura di), *The Rules of Integration: Institutional Approaches to the study of Europe*, Manchester University Press, Manchester, 2001, p. 73 ss.

⁶²² K.H. Goetz, J.-H. Meyer-Sahling, *The Europeanisation of national political systems: Parliaments and executives*, cit., p. 14.

⁶²³ A. Maurer, *Germany: fragmented structures in a complex system*, cit., p. 119; Id., *Germany: a reactive and passive coordinator?*, in A. Jordan e A. Schout (a cura di), *The coordination of the European Union. Exploring the capacities of networked governance*, cit., p. 149 ss.; T. Beichelt, *Die europapolitische Koordinierung der Bundesrepublik: besser als ihr Ruf*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, vol. 38, n. 4/2007, p. 751 ss.

⁶²⁴ Una ricostruzione chiara dei meccanismi si trova sul sito del Governo tedesco: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/europa/die-beteiligung-deutschlands-am-europaeischen-gesetzgebungsprozess-479728>. Sull'assenza di un Ministero specifico, cfr. già A. Zei, *L'organizzazione del Governo in Germania*, in F. Lanchester (a cura di), *La barra e il timone. Governo e apparati amministrativi in alcuni ordinamenti costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 223.

⁶²⁵ Nel 1973 era stata istituita una commissione all'interno della Presidenza, poi eliminata da Schröder. Cfr. C. Sasse, *Regierungen, Parlamente, Ministerrat: Entscheidungsprozesse in der Europäischen Gemeinschaft*, Europa Union Verlag, Bonn, 1975, p. 28 ss.

⁶²⁶ M. Schoeller, M. Guidi e Y. Karagiannis, *Explaining Informal Policy-Making Patterns in the Eurozone Crisis: Decentralized Bargaining and the Theory of EU Institutions*, in *International Journal of Public Administration*, vol. 40, n. 14/2017, p. 1211 ss.; F. Wasserfallen, D. Leuffen, Z. Kudrna e H. Degner, *Analysing European Union decision-making during the Eurozone crisis with new data*, in *European Union Politics*, vol. 20, n. 1/2019, p. 3 ss.

coordinamento sopperisce, infatti, il compito di decisore finale della Cancelleria⁶²⁷, che svolge un ruolo fondamentale nella gestione della politica europea.

Il secondo punto identificato sulla retta immaginaria della presente classificazione si riferisce ai sistemi di coordinamento imperniati sul ruolo del Ministero degli Affari Esteri, come avviene in Stati di dimensioni, peso demografico, cultura amministrativa e politica diversi, quali Belgio, Paesi Bassi e Lussemburgo⁶²⁸, o Spagna e Portogallo.

In Belgio, infatti, la sede di coordinamento interno più importante per quanto concerne le questioni relative all'UE è la Direzione generale per il coordinamento e gli affari europei (*Direction générale Coopération et Affaires européennes*, DGE)⁶²⁹, istituita presso il Ministero degli Affari Esteri. All'interno di questa istituzione si elabora la posizione belga, attraverso incontri regolari con i rappresentanti degli esecutivi coinvolti. La natura di questa Direzione è cambiata nel corso degli anni poiché, a causa della partecipazione di soggetti degli altri livelli di governo che nel corso dell'evoluzione territoriale del Paese hanno acquisito il ruolo di co-decisori (anche nell'ambito delle politiche europee), è divenuta una “agenzia interfederale dotata di una logica federale duale definita in Costituzione”⁶³⁰. Può essere poi convocata, se necessario, la Conferenza interministeriale sulla politica estera (*Conférence Interministérielle de Politique Étrangère*, CIPE), composta dai Ministri competenti dello Stato e dei diversi livelli territoriali. Il Servizio Pubblico Federale – SPF – *Affaires étrangères* è integrato, dal 2019, oltre che dal Ministro per gli Affari Esteri, da quello della Giustizia che ha ricevuto la delega per gli affari europei, oltre che dai titolari del commercio e della cooperazione allo sviluppo. In caso di contrasti tra i diversi attori coinvolti, viene chiamato a intervenire l'organo di coordinamento generale, cioè il Comitato di Concertazione (*Comité de concertation*)⁶³¹, che si trova presso la

⁶²⁷ M. Kölling, *El centro de gobierno en Alemania entre: Kanzlerdemokratie y Konsensusdemokratie*, in J. Lanzaro (ed.), *Centro presidencial: presidencias y centros de gobierno en América Latina, Estados Unidos y Europa*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 366.

⁶²⁸ J. Beyers, B. Kerremans e P. Bursens, *Belgium, the Netherlands, and Luxembourg: Diversity Among the Benelux Countries*, in E.E. Zeff e E.B. Pirro (a cura di), *The European Union and the Member States. Cooperation, Coordination, and Compromise*, Rienner, London, 2001, p. 63.

⁶²⁹ Sulla composizione e le funzioni, cfr. il sito ufficiale della DGE: http://diplomatie.belgium.be/fr/sur_organisation/organigramme_et_structure/e/.

⁶³⁰ E. Drieskens, S. Van Hecke e P. Bursens, *The 2010 Belgian Presidency: Driving in the EU's Back Seat*, Swedish Institute for European Policy Studies, Stockholm, 2010, p. 32.

⁶³¹ Le competenze di tale Comitato comprendono tutte le materie, come è dimostrato dal suo ruolo anche nella gestione della crisi sanitaria legata al COVID-19: <https://www.premier.be/fr/comit%C3%A9-de-concertation-%E2%80%93-coronavirus>.

Presidenza del Consiglio, è presieduto dal Primo Ministro ed è composto da Ministri dei diversi livelli territoriali⁶³².

Anche nei Paesi Bassi, la sede del coordinamento degli affari europei afferisce al Ministero degli Affari Esteri ed è la Direzione Generale per la Cooperazione Europea⁶³³, che è altresì competente per i rapporti con gli altri Stati membri e con altre organizzazioni internazionali. Pure in questo caso, se necessario, le questioni possono essere portate in Consiglio dei Ministri⁶³⁴. Simile, ma ancora più semplice, è il sistema del Lussemburgo, dove le iniziative delle istituzioni europee vengono comunicate al Ministero degli Affari Esteri, che a sua volta le distribuisce tra i diversi Ministeri in base alla competenza. Il Ministero ha una Direzione per i rapporti economici internazionali e gli affari europei (Direction II) per il coordinamento tra i diversi dicasteri, nonché un Comitato interministeriale per il coordinamento della politica europea (*Comité Interministériel de Coordination de la Politique Européenne - CICPE*), composto da alti funzionari dei Ministeri interessati e presieduto dal direttore generale per gli affari europei e le relazioni economiche internazionali. Tale Comitato si occupa sia della fase ascendente che della fase discendente e può svolgere riunioni in sessione plenaria o ristretta, a seconda dei Ministeri coinvolti da ciascun atto. È possibile, infine, che questioni particolarmente rilevanti vengano portate all'attenzione del Consiglio dei Ministri⁶³⁵.

In Portogallo, fin dall'adesione (e nonostante le modifiche avvenute negli anni della crisi)⁶³⁶, il perno del coordinamento è stato collocato presso il Ministero degli Affari Esteri, in particolare nella *Direcção Geral das Comunidades Europeias*, DGCE, dal 2006 *Direcção Geral dos Assuntos Europeus*, DGAE⁶³⁷, nella quale si prepara e coordina la partecipazione al Consiglio Europeo e al Consiglio dell'UE, si gestiscono i rapporti bilaterali e multilaterali, si definisce la posizione nazionale relativa agli atti normativi dell'UE, alle azioni legate al mercato interno e

⁶³² Cfr. J. Beyers e P. Bursens, *The European Rescue of the Federal State. How Europeanization Shapes the Belgian State*, in *West European Politics*, vol. 29, n. 5/2006, p. 1057 ss.

⁶³³ Cfr. il sito del Ministero degli Affari Esteri: <https://www.government.nl/ministries/ministry-of-foreign-affairs/organisational-structure/directorates-general>.

⁶³⁴ B. Soetendorp, K. Hanf, *The Netherlands: Growing Doubts of a Loyal member*, in Id. (a cura di), *Adapting to European Integration: Small States and the European Union*, cit., p. 40.

⁶³⁵ Cfr. il sito del Ministero degli Affari Esteri: <https://maee.gouvernement.lu/fr/directions-du-ministere/affaires-europeennes/affaires-europeennes.html>.

⁶³⁶ J. Magone, *EU coordination in Portugal: Continuity and flexibility in a Troika regime*, in S. Ragone (ed.), *Managing the Euro Crisis. National EU Policy Coordination in the Debtor Countries*, Routledge, London-New York, 2018, p. 55 ss.

⁶³⁷ Cfr. il sito del DGAE: <https://eportugal.gov.pt/entidades/direcao-geral-dos-assuntos-europeus>. Qui il documento sulla missione 2020: https://www.portaldiplomatico.mne.gov.pt/images/pdf/4-direcao-geral-assuntos-europeus/Plano_de_Atividades_2020_-_DGAE.pdf. Cfr. altresì la fonte di riferimento, decreto-legge n. 121/2011, del 29 dicembre.

al commercio e pure le revisioni dei trattati e i processi di allargamento. All'interno della DGAE, in particolare, è attiva la *Comissão Interministerial para os Assuntos Europeus* (CIAE), che si occupa del coordinamento tra i Ministeri e con le *Regiões Autónomas*. Si affianca al DGAE un segretario di Stato per gli affari europei (ad oggi, una *Secretária de Estado dos Assuntos Europeus*)⁶³⁸.

Anche nel caso spagnolo, il coordinamento ha luogo presso il *Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación* (denominazione assunta nel 2018), a cui afferisce la *Secretaría de Estado para la Unión Europea*⁶³⁹, divisa in tre direzioni generali (una per l'integrazione, il coordinamento degli affari generali; una per il mercato interno e le altre politiche comunitarie e una per l'Europa occidentale, centrale e Sudest) che si occupano delle fasi ascendente e discendente. Anche qui, il *Secretario de Estado para la Unión Europea* presiede la *Comisión Interministerial para Asuntos relacionados con la Unión Europea* (CIAUE), che rappresenta la sede del coordinamento tra i Ministeri. Se permangono conflitti, la decisione viene demandata alla Presidenza del Consiglio⁶⁴⁰.

Spostandosi sulla retta classificatoria delineata in questo scritto, il terzo punto identifica in astratto i sistemi in cui il centro del coordinamento è situato all'interno della Presidenza del Consiglio⁶⁴¹. Ciò dipende da una maggiore affermazione della dicotomia affari esteri/affari europei, sempre con la precisazione che la PESC rientra, in ogni caso, tra le competenze dei Ministeri degli Affari Esteri.

Per approssimazione, si può ricondurre a questo modello il caso francese, poiché la sede del coordinamento interministeriale si colloca all'interno della Presidenza del Consiglio: il *Secrétariat général des affaires européennes* (SGAE), infatti, segue le attività dell'UE,

⁶³⁸ J. Magone, *Portugal*, in H. Kassim, B.G. Peters e V. Wright (a cura di), *The National Co-ordination of EU Policy. The Domestic Level*, cit., p. 141 ss.; J. de Matos Correia, *A Integração na União Europeia e o Papel do Ministério dos Negócios Estrangeiros*, in *Nação e Defesa*, n. 115/2006, p. 29 ss.

⁶³⁹ Cfr. il sito: <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/Ministerio/FuncionesEstructura/Organigrama/Paginas/SecretariaDeEstadoParaLaUnionEuropea.aspx>. La disciplina interna è stata modificata anche con il decreto n. 595/2018 (cfr. l'art. 9).

⁶⁴⁰ Sull'evoluzione del sistema spagnolo, I. Molina, *Spain*, in H. Kassim, B.G. Peters, V. Wright (a cura di), *The National Co-ordination of EU Policy. The Domestic Level*, cit.; C. Closa Montero, P.M. Heywood, *Spain and the European Union*, Palgrave Macmillan, London, 2004, p. 60 ss.; I. Molina, *Después de tocar fondo: una nueva política europea para España*, in *Política Exterior*, n. 152/2013, p. 84 ss.

⁶⁴¹ Così era ad esempio per il Regno Unito, il cui *European and Global Issues Secretariat* (EGIS) era una "small unit" all'interno del Cabinet Office con una competenza generale relativa agli affari europei e internazionali di carattere economico in termini di coordinamento e implementazione delle norme europee. Cfr. <https://www.gov.uk/government/groups/european-global-issues-secretariat> e, sui profili evolutivi, H. Kassim, *United Kingdom*, in *Id.*, B.G. Peters e V. Wright (a cura di), *The National Co-ordination of EU Policy. The Domestic Level*, cit., p. 22 ss.

dell'OCSE e delle organizzazioni internazionali in qualche modo legate alle competenze europee (come la OMC). Questo segretariato generale, sotto la direzione del Primo Ministro, garantisce il raggiungimento di una posizione comune in tutti gli ambiti coperti dal TUE, dal TFUE e dal trattato Euratom⁶⁴². Dal 2017, inoltre, si è rinnovato il riparto di competenze tra i vari organi dell'esecutivo e la denominazione del Ministero degli Esteri è divenuta *Ministère de l'Europe et des Affaires Étrangères* (in precedenza, solo tra il 2007 e il 2012 si faceva esplicito riferimento alle questioni europee come parte della competenza di tale dicastero)⁶⁴³. Nello specifico, il Presidente della Repubblica partecipa al Consiglio Europeo; il Ministro dell'Europa e degli Affari Esteri, con il supporto del segretario di Stato competente⁶⁴⁴, esprime la posizione francese sui grandi dossier europei e partecipa al Consiglio Affari Esteri, mentre il segretario di Stato a quelle del Consiglio Affari Generali. Restano fermi il ruolo di coordinamento del SGAE e, di conseguenza, quello del Primo Ministro; nonché l'attribuzione alla segretaria di Stato per gli affari europei delle funzioni di *secrétaire générale pour la coopération franco-allemande*.

L'ultimo punto che si può collocare sulla retta riguarda l'istituzione di un Ministero per la gestione degli affari europei. In alcuni casi, infatti, le deleghe del Ministero degli Affari Esteri comprendono anche quelli europei (così si inferisce dalla denominazione di quelli di Austria, Malta o Croazia); in altri viene nominato un segretario di Stato (Portogallo, Spagna, Irlanda, dove c'è un *junior Minister of State for European Affairs*); in pochi un Ministro deputato, con o senza portafoglio, come in Svezia, Finlandia⁶⁴⁵ e Italia, o in passato in Danimarca o nella stessa Francia.

⁶⁴² Sui profili evolutivi, cfr. J. Hayward e V. Wright, *Governing from the centre. Core executive coordination in France*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 133 ss.; e J.S. Ambler e M.S. Reichert, *France: Europeanism, Nationalism, and the Planned Economy*, in E.E. Zeff e E.B. Pirro (a cura di), *The European Union and the Member States. Cooperation, Coordination, and Compromise*, cit., p. 29 ss.; **A. Szukala, France: the European transformation of the French model**, in W. Wessels, A. Maurer e J. Mittag (a cura di), *Fifteen into one? The European Union and its Member States*, cit., p. 228 ss. **Per la disciplina del SGAE, cfr. Il Décret n. 2005-1283 du 17 octobre 2005 relatif au comité interministériel sur l'Europe et au secrétariat général des affaires européennes e il sito ufficiale <https://sgae.gouv.fr/sites/SGAE/accueil.html>.**

⁶⁴³ Il decreto di attribuzione delle deleghe a tale Ministro, tuttavia, non enfatizza le competenze europee: cfr. il *Décret n. 2017-1074 du 24 mai 2017 relatif aux attributions du ministre de l'Europe et des affaires étrangères*.

⁶⁴⁴ Ad oggi, una segretaria di Stato: cfr. il *Décret n. 2019-287 du 8 avril 2019 relatif aux attributions de la secrétaire d'Etat auprès du ministre de l'Europe et des affaires étrangères, chargée des affaires européennes*.

⁶⁴⁵ <https://valtioneuvosto.fi/en/rinne/minister-for-european-affairs>.

Il caso italiano, in effetti, risponde alle tendenze evolutive evidenziate in precedenza per quanto concerne sia la scissione tra politica estera e politica europea sia, in parallelo, la valorizzazione del ruolo del Presidente del Consiglio e soprattutto della Presidenza⁶⁴⁶, alla quale afferisce il Dipartimento per le Politiche Europee (DPE, fondato alla fine degli anni '80 con altra denominazione), a sua volta presieduto da un Ministro senza portafoglio per gli affari europei⁶⁴⁷. Il DPE si fa carico del coordinamento nelle fasi ascendente e discendente di formazione e implementazione delle norme europee, nonché dei rapporti con il Parlamento e gli altri attori interessati alle politiche europee; è diviso in tre uffici, dedicati a mercato interno, competitività e affari generali; agli aiuti di Stato; e al coordinamento delle politiche dell'UE⁶⁴⁸. A questo riguardo, il Comitato Interministeriale per gli Affari Europei (CIAE), convocato e presieduto dal Presidente del Consiglio o dal Ministro per gli Affari Europei, è composto dal Ministro degli Affari Esteri, dal Ministro dell'Economia e delle Finanze e dagli altri Ministri competenti nelle materie oggetto della riunione, oltre che, se necessario, da rappresentanti degli enti territoriali. Nella fase ascendente, il CIAE coordina i diversi Ministeri per il raggiungimento di una posizione comune, che viene trasmessa al DPE, il quale è competente proprio per la definizione unitaria della posizione italiana che andrà sostenuta nelle istituzioni europee, d'intesa con il Ministero degli Affari Esteri⁶⁴⁹.

4. Conclusioni: da una retta a una griglia.

⁶⁴⁶ Sull'evoluzione del modello, cfr. G. Della Cananea, *Italy*, in H. Kassim, B.G. Peters e V. Wright (a cura di), *The National Co-ordination of EU Policy. The Domestic Level*, cit., p. 107 ss.; S. Ragone, *Coordinación de las políticas europeas y transformaciones estructurales de los Ejecutivos nacionales (el caso italiano en perspectiva comparada)*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, n. 12/2013, p. 1 ss. e la bibliografia ivi citata.

⁶⁴⁷ Le deleghe al Ministro attuale sono specificate al Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 26 settembre 2019, *Delega di funzioni al Ministro senza portafoglio, sig. Vincenzo Amendola* (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 245 del 18/10/2019).

⁶⁴⁸ Cfr. il Decreto di organizzazione 25 maggio 2016 adottato dal sottosegretario di Stato Sandro Gozi, delegato agli affari europei della precedente amministrazione (<http://www.politicheeuropee.gov.it/it/normativa/decreto-di-organizzazione-25-maggio-2016/>).

⁶⁴⁹ Cfr. la legge n. 234/2012, recante norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea, e il sito ufficiale del CIAE: <http://www.politicheeuropee.gov.it/it/ministro/ciae/>, anche per quanto concerne le funzioni del Comitato Tecnico di Valutazione (CTV). Cfr. altresì P. Vella, *Art. 2. Comitato interministeriale per gli affari europei*, in L. Costato, L.S. Rossi e P. Borghi (a cura di), *Commentario alla legge 24.12.2012 n. 234 'Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea'*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 22 ss.

L'analisi del formante legale (e dottrinale) dimostra che, nel tempo, le tendenze ravvisate dai politologi si sono trasformate in riforme normative solo in parte. Da un lato, l'allontanamento delle questioni europee dall'alveo di quelle internazionali/estere è avvenuto soltanto in alcuni ordinamenti e/o per taluni periodi; dall'altro, la valorizzazione dei Presidenti e delle Presidenze del Consiglio si è verificata in maniera disomogenea per quanto concerne la formalizzazione normativa, mentre il giudizio è unanime in termini politici.

I punti identificati sulla retta permettono, infatti, di impostare l'analisi giuridica, lasciando tuttavia spazio per l'integrazione da parte di altre scienze, come si è evidenziato nel paragrafo introduttivo. A questo proposito, altri fattori (o vettori) di cambiamento andrebbero inseriti nel quadro comparativo, a partire dal ruolo dei Ministri dell'Economia e delle Finanze, che hanno visto aumentare le proprie competenze a seguito delle riforme della *governance* economica europea e delle modifiche nazionali susseguenti. Negli anni scorsi, infatti, da più parti si è sottolineata la rivalutazione delle loro funzioni, anche, ma non soltanto, nei Paesi le cui economie sono state più duramente colpite dalla crisi. Aggiungendo questo elemento ai parametri di indagine, insieme alla situazione economico-finanziaria *ex se* dei Paesi studiati e ad altri fattori più prettamente politici, quali i partiti o la coalizione al governo e/o la *leadership* dei capi degli esecutivi, si può elaborare una griglia di analisi più compiuta e complessa, in cui si intersecano diverse rette sullo stesso piano, se si vuole tenere l'analisi al livello nazionale. Nella fase attuale, infine, risulta utile integrare l'indagine con l'esame della situazione sanitaria e del ruolo (potenzialmente più incisivo o, comunque, mutato) anche del Ministero della Salute. Si deve tener conto, poi, del fatto che i sistemi di coordinamento dipendono da tutti gli elementi culturali, politici, sociali e organizzativi menzionati nel testo, e che le loro modifiche sono dettate più spesso da fattori endogeni che dall'evoluzione dell'integrazione europea. Lo dimostra la natura provvisoria delle misure adottate negli anni della crisi economica e *a contrario* lo avvalora l'indole interna delle motivazioni che hanno portato alle modifiche del modello di coordinamento italiano⁶⁵⁰.

I sistemi amministrativi hanno dato prova di una notevole resilienza, della quale si deve tener conto sia nell'analisi che nella proposta di riforme potenziali. Se quello della crisi economica è stato uno *stress test* determinante per verificare la tenuta dei sistemi di coordinamento delle politiche europee, la gestione della pandemia da COVID-19 tra livello nazionale ed europeo

⁶⁵⁰ S. Ragone, *Conclusion*, in Ead. (a cura di), *Managing the Euro Crisis. National EU Policy Coordination in the Debtor Countries*, cit., p. 131 ss.

offre una nuova occasione per testare l'efficacia e l'efficienza dei diversi modelli, sia in termini assoluti che in termini relativi – vale a dire, per misurare il miglioramento della *performance* di ciascun sistema isolatamente –, nelle loro concrete materializzazioni *tendenzialmente* coincidenti con i medesimi.

Abstract: Il contributo affronta, in prospettiva comparata, il tema del coordinamento interministeriale delle politiche europee, adottando una classificazione politetica basata su una pluralità di parametri, tra cui la collocazione delle sedi di coordinamento e l'istituzione di un Ministero specifico per gli affari europei. La tassonomia viene spiegata attraverso l'utilizzo di una retta, su cui vengono individuati punti corrispondenti a ciascun modello "puro", mentre sui segmenti l'autrice colloca i sistemi reali adottati nei diversi Stati membri. L'articolo testa, inoltre, la tenuta delle teorie politologiche sull'evoluzione dei sistemi di coordinamento, verificando la loro (parziale) trasposizione giuridica. Riprendendo i risultati essenziali dello stress test verificatosi con la crisi economica per la performance delle amministrazioni nazionali, con particolare riferimento alla resilienza delle stesse, il testo pone le basi per una valutazione del coordinamento delle politiche europee nella gestione della crisi della pandemia da COVID-19.

Abstract: This contribution addresses, from a comparative perspective, the topic of inter-ministerial coordination of European policies, adopting a polythetic classification based on a plurality of parameters, including the location of the mechanisms for coordination, as well as the establishment of a specific Ministry for European affairs. The taxonomy is explained through the use of a straight line, on which different points correspond to each "pure" model, while on the segments the author places the real systems adopted throughout the Member States. The article also tests the theories elaborated by political scientists on the evolution of coordination systems, checking their (partial) transposition into legal sources. Recalling the essential results of the stress test that occurred with the economic crisis on the performance of national administrations, with particular reference to their resilience, the text lays the foundations for an assessment of the coordination of European policies in the management of the COVID-19 pandemic.

Parole chiave: Coordinamento – Politiche europee – Comparazione giuridica – Classificazioni *fuzzy*.

Key words: Coordination – European Policies – Legal Comparison – Fuzzy Classifications.

MATERIALI

318

IN MEMORIAM DI GIUSEPPE ABBAMONTE.**UNIVERSITÀ “FEDERICO II”, NAPOLI, 13 GENNAIO 2020*.**

di Filippo Patroni Griffi**

319

Poco dopo il mio rientro in ruolo da un'esperienza non giudiziaria, ero a presiedere la Quarta Sezione quando giunse la notizia della scomparsa del Professore. Ritenni giusto ricordarlo all'inizio dell'udienza pubblica e fui seguito dall'avvocato dello Stato e da un avvocato del libero foro.

Per me non fu facile commemorarlo sia pur brevemente, a causa dei risalenti, a mio nonno prima e poi a mio padre, legami esistenti tra le famiglie, ma soprattutto per la conoscenza diretta che ebbi la fortuna di avere di Lui, nel periodo universitario e nella preparazione ai concorsi, imbattendomi, tra gli altri, su quell'aureo volume sui *Principi di diritto finanziario*, che in realtà era un testo di diritto costituzionale applicato alla finanza pubblica e al diritto tributario. Un libro di principi, come era nel suo stile.

Permettetemi di soffermarmi ancora brevemente sui legami familiari. Già si conoscevano mio nonno e suo padre. Il fratello Mario era in classe di mio padre, che mi raccontava come, quando si recava da ragazzo in casa Abbamonte, il fratello maggiore, il nostro Professore, fosse sempre a studiare. Quando superai gli scritti del concorso in magistratura, mio padre fu avvertito dal professore, a sua volta notiziato, all'apertura delle buste, dal presidente Brancaccio. E poi, nella mia prima sede a Potenza da pretore, cominciarono i viaggi nella mitica Mercedes 220 diesel color verdino del fratello “piccolo” Ugo, consigliere di quella Corte di appello.

E poi naturalmente ritrovai il Professore impegnato nelle sue mirabili conclusioni ai convegni o nelle Aule del Consiglio di Stato, con il suo stile inconfondibile e con il suo

* *Riceviamo e volentieri pubblichiamo.* Il testo riproduce l'intervento del Presidente Filippo Patroni Griffi a “*In memoriam* di Giuseppe Abbamonte. Presentazione degli *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, ESI, 2019, Università degli Studi di Napoli “Federico II”, 13 gennaio 2020.

** Presidente del Consiglio di Stato.

eloquio, misurato ma inesorabile nella sua consequenzialità logica. È per tutto questo che, nella mia breve commemorazione in Quarta, ebbi modo di dire, con sincera convinzione, che con Lui perdevo un modello di riferimento di giudice prima e di studioso poi, che mi fu indicato fin da ragazzo e che avevo poi ritrovato nei corridoi di Palazzo Spada e nei convegni, quando Lui, con un qualche imbarazzo da parte mia, era incerto sul se continuare a darmi del “tu” o passare a un più formale “voi”.

Quali erano le caratteristiche che mi hanno sempre colpito del Professore e che mi fa piacere ricordare oggi?

1. La sua profonda cultura generalista. Egli sapeva certamente essere un tecnico e un operatore del diritto, ma era fondamentalmente un giurista vero. Questi fa del diritto una delle tante branche del sapere. E, per l'appunto, come ricorda Giovanni Leone nella sua *Presentazione degli Scritti*, Egli conosceva di arte, di letteratura ma anche di lingue antiche perché la conoscenza della lingua consentiva di “entrare” nel mondo dell'autore: era capace di recitare interi brani di poemi omerici (era forse una caratteristica di quella generazione, dato che anche mio padre, solitamente a tavola, era solito deliziarci con brani recitati in greco, salvo a precisare “però Peppino questo brano lo conosceva per intero!”). Ed evidentemente questo desiderio di conoscenza diretta degli autori attraverso la loro lingua gli resta, se, come ci dice Leone, in tarda età Egli ritenne necessario studiare l'inglese per meglio comprendere la dottrina anglosassone.

2. La sua poliedrica attività di giurista: magistratura, accademia, foro, vissute, nella loro diversità, come un'esperienza unica, o almeno unitaria, e totalizzante. Perché tutte e tre queste attività, direi svolte a due a due per volta, compongono progressivamente la poliedrica personalità del Professore e ne costituiscono al tempo stesso espressione autentica. Egli, in questo, è degno erede della migliore e risalente Scuola giudica napoletana, di quella Scuola che, a cavallo di Ottocento e Novecento, influenzò profondamente la scuola italiana del diritto. Una scuola che, sul piano della teoria, abbandona il metodo esegetico francese nell'analisi del diritto, per cercare una via autonoma alla sistemazione giuridica che non ricadesse necessariamente nella dogmatica allora prevalente nella dottrina tedesca ma facesse leva piuttosto, nella sistemazione, sul valore ordinante del diritto. Per questo io credo che Lui sia stato il degno erede di quella

Scuola giuridica napoletana del secolo XIX. Di quella tradizione giuridica fiorita nel periodo delle monarchie amministrative preunitarie, che a Napoli ebbe grande giureconsulti (Manna, Pisanelli, Antonio Scialoja, Pasquale Stanislao Mancini) e che univa spesso nella medesima persona le figure di avvocato, amministratore, giudice, consigliere di Stato, legislatore e assieme professore di economia e di diritto e talora di storico, filosofo e letterato. Una Scuola che rifiutava una netta divaricazione tra teoria e prassi. Una Scuola che, sul versante della pratica, vede i migliori giuristi “napoletani” del tempo impegnati nell’insegnamento (nell’Accademia, ma anche in Scuole private, e non solo di diritto) e nel Foro, tanto che -come ebbe ad ammonire Gianturco nella commemorazione ai funerali di *Don Ciccio Correr*a, grande avvocato napoletano - “non è nei libri scientifici, non in monografie dottrinali il titolo della nostra cultura giuridica, bensì nelle polverose allegazioni che non servivano solo alla causa, ma alla scienza”. La contrapposizione tra scienza e pratica fornisce spunti di riflessione anche di attualità. E probabilmente la contrapposizione, nella sua nettezza, è davvero “esagerata”. Se posso adoperare un’espressione di sintesi, direi che la dogmatica fornisce al giurista la logica, la tecnica, il metodo sistematico. L’approccio al diritto di un Gianturco, così come quello della scuola giuridica napoletana prima e nazionale poi, l’approccio che a me sembra riferibile anche ad Abbamonte, è quello “pratico” (non certo da “praticoni”) e supera la sterile contrapposizione tra scienza e “prassi” per propugnare un approccio “pratico” al diritto, in forza del quale, dal punto di vista culturale, il giurista assume la consapevolezza che il diritto serve alla comunità di cui è espressione e non alla logica astratta e dogmatica di un “sistema” che parla a sé stesso.

3. Abbamonte giurista e avvocato insieme, con la sua “colta intuizione”, o per meglio dire con quella sua capacità di leggere le trasformazioni del diritto e del processo, anticipava temi che si sarebbero poi rivelati centrali nella riflessione giuridica.

Tra i tanti temi da Lui trattati, da tanti anni Egli vedeva nel processo un momento centrale: l’accesso del giudice al fatto. E quindi la centralità della prova. Oggi questa idea si va facendo strada, oltre che in dottrina, anche in giurisprudenza. Non è stato un percorso facile, né è a tutt’oggi un approdo scontato, quanto meno nella sua portata. Sappiamo che il carattere autoritativo del provvedimento, la struttura impugnatoria del processo e il carattere tendenzialmente cassatorio del giudizio amministrativo hanno spesso indotto a

pensare, in ordine rispettivamente inverso, che il giudizio amministrativo mirasse al solo annullamento del provvedimento, che conseguentemente il processo fosse strutturato sulla verifica della legittimità dell'atto e che quindi l'atto fungesse in qualche modo da schermo tra il giudice e il fatto. Si diceva che il giudice assumeva la realtà di fatto sottostante alla vicenda nei termini in cui essa veniva "disegnata" se non "cristallizzata" dal provvedimento. Sappiamo che ciò non è mai stato del tutto vero come dimostra l'utilizzo risalente di alcune fattispecie sintomatiche di eccesso di potere (travisamento di fatto, difetto di istruttoria, e via dicendo). Ma oggi sicuramente non è così e, soprattutto, non può esserlo, anche alla luce della giurisprudenza europea sul principio di "full jurisdiction". E non è così per un motivo di fondo: il ragionamento dell'interprete, ma del giudice in particolare, e con lui dell'avvocato, che di quel ragionamento è necessariamente partecipe, è un "andirivieni continuo tra fatto e norma", all'esito del quale si ha "la costituzione del caso giuridico"⁶⁵¹.

Il giudice che non conosca del fatto non è un vero giudice. Anche nel giudizio di cassazione, quando la Corte superiore non entra nel fatto (ammesso che ciò sia del tutto vero) non vi entra direttamente ma ripercorre il ragionamento del giudice delle istanze inferiori e ne verifica la correttezza (anche) alla luce del nesso tra fatto e norma, tra fatto e diritto. E il fatto può addirittura entrare nel giudizio anche "contro" il giudicato, a dimostrazione dell'imprescindibilità del fatto nel processo.

Di tutto ciò era profondamente convinto Abbamonte. Ricordo che in più occasioni, quando in Consiglio di Stato chiedeva di discutere una causa, aveva cura di precisare: "presidente, solo per dei chiarimenti in fatto".

Fatto e merito sono due cose diverse, profondamente. Il primo si pone sul piano degli accadimenti, delle circostanze, il secondo su quello delle valutazioni. Oggi l'area del merito amministrativo va erodendosi. E di questo mi sarebbe piaciuto discutere oggi col Professore. Ma anche il sindacato sulle valutazioni discrezionali, che sfiora il merito quando non vi entra, va tenuto ben distinto dall'accertamento del fatto, che rientra nell'oggettività, ancorché quale risultante dagli atti del processo, dal principio dispositivo (ancorché attenuato) e dall'onere della prova e, prima ancora, di allegazione.

⁶⁵¹ J. Hruschka, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica* (1965), trad.it. Bologna, 2009, p. 26.

4. La poliedricità degli interessi del Professore si ritrova nei volumi curati in sua memoria. Ci sono scritti afferenti a ogni settore, cosa inevitabile se si considerino gli interessi di studioso di Abbamonte, e ciò ha probabilmente imposto di ordinare i contributi per ordine alfabetico degli autori. Ci sono scritti che riguardano il tema che ho voluto evidenziare io: penso in particolare ai contributi di Clemente di San Luca, Di Modugno, Iannotta, Liguori, Perfetti, Pinto, Maria Alessandra Sandulli. E cito solo questi scritti per la rilevata attinenza al tema che indicavo, visto che sarebbe impossibile anche solo ordinare tutti i contributi presenti nei tre volumi.

Questi volumi evidenziano quanto il diritto sia vivo e abbia mille sfaccettature. Purché lo si affronti in maniera non troppo specialistica, da puro operatore. Perché il diritto può darci più di una semplice tecnica (che naturalmente serve e anzi è alla base di ogni riflessione seria). La ricchezza dei temi trattati in questi volumi, la competenza e la riflessione versate nel trattarli, la presenza di noi tutti qui, ne sono certo, stanno facendo contento il Professore. Ed era quello che volevamo.

Abstract: Il presente contributo è la relazione tenuta in occasione del convegno dedicato alla memoria del Prof. Giuseppe Abbamonte.

Abstract: This contribution is the report held at the conference dedicated to the memory of Prof. Giuseppe Abbamonte.

Parole chiave: Università – Giuseppe Abbamonte – diritto amministrativo.

Key words: University – Giuseppe Abbamonte – administrative law.

BREVI RIFLESSIONI SUL RAPPORTO TRA MAGISTRATURA E POTERE POLITICO E SUGLI ERRORI GIUDIZIARI (A PARTIRE DALLA LETTURA DEL LIBRO DI PIO DEL GAUDIO, *GUAI A CHI CI CAPITA. MATRICOLA 35898. DEL GAUDIO PIO, 2019*).

di Luca Di Majo**

Sommario. 1. Premessa. – 2. La vicenda politico-giudiziaria e la narrazione “Guai a chi ci capita”. – 3. Magistratura e potere politico: una difficile convivenza. – 4. Breve rassegna di eclatanti errori giudiziari. – 5. Osservazioni conclusive.

324

1. Premessa.

Come spesso accade, le vicende degli *innocenti in carcere* sollecitano gli studiosi delle discipline giuridiche, psicologiche, statistiche a riflettere sui molteplici argomenti toccati da storie e racconti spesso custoditi in libri anche solo *autobiografici*.

Dalla narrazione dei protagonisti di errori giudiziari lo statistico analizza i dati, lo psicologo i comportamenti della persona prima e dopo la restrizione della libertà personale, il giurista si interroga sulle criticità del sistema penale processuale e sulla gradazione della pena (anche preventiva), a partire dall'utilizzo *poco parsimonioso* delle misure cautelari fino alla funzione rieducativa della pena, passando per l'approfondimento dello stato delle carceri italiane.

La vicenda ben nota alle cronache nazionali dell'arresto, dell'immediato rilascio (dopo 10 giorni di detenzione) e della completa assoluzione dell'ex Sindaco di Caserta Pio Del Gaudio rappresenta, forse, un esempio particolarmente tangibile di come il controverso rapporto tra politica e magistratura, rischi di sfociare in azioni giudiziarie poi rivelatesi infondate⁶⁵² e frequentemente accompagnate da arresti *frettolosi*, poco dopo smentiti dai

** Ricercatore t.d. lett. a) di Istituzioni di diritto pubblico – Università della Campania “L. Vanvitelli”.

⁶⁵² Tra le tante, Antonio Fontana, ex Sindaco di Villabate (PA) arrestato per concorso esterno in associazione mafiosa a causa di dichiarazioni false dei alcuni pentiti; Mauro Galeazzi, assessore di un Comune della Provincia di Brescia, arrestato per presunta corruzione e peculato; Paolo Caputo, ex dirigente dell'ASL di Salerno, arrestato per presunte tangenti nel 1994; Andrea Frulio, ex Sindaco di Alghero, arrestato nel 2001

giudici del riesame.

Quanto accade impatta negativamente sulla vita privata e professionale di un individuo privato anche per pochi giorni di restrizione della propria libertà personale con conseguenze che, tuttavia, perdurano anche per diverso tempo a causa della diffusione incontrollata della notizia del presunto reato e dell'arresto che circola in rete, sui giornali e nelle televisioni⁶⁵³, per la *spettacolarizzazione* degli eventi procedimentali e processuali, per le giornate vissute *da carcerario e non da detenuto* e per la difficoltà con cui si forma la convinzione agli occhi dell'opinione pubblica della riabilitazione sociale del soggetto oltre che giuridica.

2. La vicenda politico-giudiziaria e la narrazione “Guai a chi ci capita”.

Pio Del Gaudio è stato eletto Sindaco della Città di Caserta all'esito delle elezioni amministrative del 17 maggio 2011, con una coalizione mista composta da alcuni partiti del centro destra nazionale e diverse liste civiche, conquistando il 52,64% dei consensi⁶⁵⁴. La consiliatura terminò in anticipo rispetto alla scadenza naturale del mandato, a seguito delle dimissioni di 17 consiglieri depositate in data 26 maggio 2017 presso un Notaio e dopo che, già nei giorni precedenti, alcuni transfughi della maggioranza avevano bocciato

per truffa e falso in atto pubblico, fu risarcito per 55 milioni di lire a causa di errori nella conduzioni delle indagini; Bortolo Mainardi, coinvolto suo malgrado nella “tangentopoli bellunese” fu destinato al carcere (prima) e ai domiciliari (poi) per estorsione e tentata concussione mai provate; Domenico Frustagli e Andrea Commodari, amministratori comunali di Sant'Andrea dello Jonio (CZ) per presunta collusione con la mafia, nel 1991 furono destinatari di una misura cautelare di detenzione in carcere; Calogero Gueli, Sindaco di Agrigento viene scagionato completamente dall'accusa di concorso esterno in associazione mafiosa dopo quattro anni di processi. Eppure, poche ore dopo l'assoluzione, gli arriva un altro ordine di carcerazione. Ma è un equivoco;

⁶⁵³ Sul punto, il soggetto protagonista di una notizia che incide negativamente sulla propria reputazione, come un arresto, non ha il diritto alla cancellazione della notizia, ma solo alla rettifica rispetto alle risultanze processuali successive, negato che un provider possa essere tenuto alla rimozione di un contenuto dai risultati di ricerca di tutto il mondo. La famosa sentenza *Google Spain e Google C-131/12*, EU:C:2014:317 sancisce infatti il solo diritto alla deindicizzazione. Cfr. R. Cosa e L. Viola, *Diritto all'oblio: il caso Google Spain*, in *Sicurezza e giustizia*, n. 2/2015; T.E Frosini, *Diritto all'oblio e Internet*, in *federalismi.it*, 10 giugno 2014; F. Pizzetti, *La decisione della Corte di giustizia su caso Google Spain: più problemi che soluzioni*, in *federalismi.it*, 10 giugno 2014.

⁶⁵⁴ Pio Del Gaudio conquista la fascia tricolore con una coalizione di centro destra che ricalca, in parte, la composizione nazionale. Non ne fanno parte l'allora neocostituito gruppo parlamentare Futuro e libertà, componente della coalizione a sostegno dell'ex Sindaco di Caserta dal 1997 al 2005, raggiungendo il 4,5%. La coalizione di centro sinistra a trazione Partito Democratico conquistava il 26,15% dei consensi. Tre i candidati *outsiders* sostenuti da liste singole che, complessivamente hanno segnato il 10% dei consensi

il bilancio di previsione dell'ente comunale.

La vicenda politica si lega indissolubilmente con quella giudiziaria a partire dal 14 luglio 2015, giorno della notifica dell'ordinanza di custodia cautelare emessa dal Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere con cui Pio Del Gaudio veniva a conoscenza di essere indagato, in concorso, per una serie di condotte criminose, tra cui il delitto previsto e punito dall'art. 416 bis, commi 1 e 3 del codice penale. L'arresto dell'ex Sindaco di Caserta, agli occhi di assistette, sembrò una scena di un film: un elicottero sorvola il cielo di Caserta alle 4.00 del mattino e si ferma in prossimità del quartiere "Petrarelle", a metà tra i colli Tifatini e la Reggia di Caserta, in prossimità dello Stadio Pinto. I Carabinieri incappucciati, armati di mitra, con diversi cecchini appostati nel quartiere pronti ad intervenire in caso di necessità. Pochi minuti, esce l'ex Sindaco e viene portato via a sirene spiegate.

Il libro dell'autore racconta minuziosamente i giorni di detenzione, dalla mattina dell'arresto al giorno della liberazione: gli orari, gli ultimi momenti in casa, la perquisizione presso il suo studio, il passaggio innanzi alla Reggia di Caserta, le conversazioni con le guardie penitenziarie, le amicizie con i *cellanti*, la conoscenza di un mondo tutto nuovo per Pio Del Gaudio.

Impaurito ma allo stesso tempo incredibilmente affascinato da quello che gli stava accadendo, quasi stordito dal repentino trapasso da "un appartamento di 110 metri quadri di Via Petrarelle ad una cella di 15 metri quadrati".

Una sorta di *pellegrinaggio* lungo quasi tre anni di cui 10 giorni vissuti in un particolare *monastero* in cui l'ex Sindaco di Caserta ripercorre fatti, storie, amicizie, inimicizie, incontri, interrogandosi su chi, come e cosa sarebbe accaduto se avesse scelto altre strade, se si fosse fidato di meno di alcune persone.

Ripercorre e ricostruisce i rapporti passati con i consiglieri comunali, alcuni ancora in carica sebbene in uno schieramento diverso – e opposto – da quello di cui facevano parte durante la consiliatura Del Gaudio.

Impara la vita "da carcerato e non da detenuto", come più volte gli spiega il suo "compagno di cella" Mirko: uno Stato percepito lontano e come un nemico che non si preoccupa di tutelare la dignità di un essere umano sottoposto non soltanto alla restrizione della libertà personale, ma alle ulteriori pene accessorie della mancanza d'acqua, dei furti dello "spesino" (sì, anche in carcere), delle umiliazioni che un detenuto subisce anche da chi,

all'accesso e dentro le mura, ha il dovere di *accompagnare* il reo (o presunto tale, come molti che scontano in carcere le misure cautelari) in un percorso di rieducazione e di reinserimento nella vita sociale che la nostra Costituzione impone a tutti gli operatori della Giustizia.

Si preoccupa del dolore provocato alla famiglia, dei soci dello studio commerciale “rovinati”, dell'opinione pubblica casertana riportata fedelmente nell'appendice al libro in cui si percepiscono non soltanto gli effetti della spettacolarizzazione degli arresti di “pesci grossi” (così viene chiamato da una guardia penitenziaria lo stesso Pio Del Gaudio), ma anche l'animo giustizialista di una società che troppo facilmente dimentica che «l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva» (art. 27, comma 2, Cost.).

La storia del detenuto Del Gaudio è anche la storia di una comunità di detenuti che si aiuta reciprocamente⁶⁵⁵, socializza, gioisce per le liberazioni dei *cellanti*, interviene in soccorso del proprio compagno di avventura quando lo Stato rimane fuori le mura carcerarie, privando i detenuti dei beni primari come l'acqua, in quel tempo *concessa* quasi come fosse un lusso soltanto dalle 21.30 alle 7; durante tutto questo arco di tempo i detenuti si lavano e lavano la loro cella (“sempre splendente grazie a Mirko”), conservano taniche di acqua per quando sarebbe venuta a mancare⁶⁵⁶, si lavano nel “canotto”⁶⁵⁷ quando non gli è consentito entrare in doccia.

Un racconto denso di vicende *a quadretti* che in soli 10 giorni Pio Del Gaudio ha imparato ad accettare con dignità, con curiosità, sentendosi paradossalmente “felice per tutto quello che si era lasciato fuori”, addirittura attendendosi nell'uscita del 24 luglio per salutare uno per uno tutti i detenuti (“i miei parenti mi hanno atteso per più di un'ora e mezza”).

Pio Del Gaudio racconta, nel suo libro, di “una vita parallela” che, nonostante le numerose condanne che l'Unione europea continua ad infliggere all'Italia per la condizione malsana delle carceri in Italia, si trasforma in un percorso educativo e formativo anche grazie al supporto di tutti i destinatari delle misure afflittive che diventano, forse per la prima volta, i protagonisti – alle volte solitari – del percorso rieducativo personale.

⁶⁵⁵ Come la vicenda dello “spesino”: il detenuto ordina la spesa che gli arriva in carcere una settimana dopo. Per questo motivo Pio Del Gaudio, appena entrato, non aveva nulla. Eppure il suo compagno di cella, Mirko, ha diviso con lui le sue vivande.

⁶⁵⁶ Racconta Pio Del Gaudio che una sera l'acqua tardava ad arrivare ed in carcere il termometro segnava quasi 40 gradi.

⁶⁵⁷ Il “canotto” era una sorta di piatto doccia formato da lunghi sacchi dell'immondizia neri in cui si lavava il detenuto nei giorni in cui la doccia non era prevista.

3. Magistratura e potere politico: una difficile convivenza.

Sebbene non sia il *vero tema* del libro di Pio Del Gaudio, il coinvolgimento del personaggio politico in diverse vicende giudiziarie (non solo quella che ha portato all'arresto) induce una riflessione in tema di ricostruzione, ancorché sommaria e senza pretese di esaustività, del controverso rapporto tra la politica e il potere giudiziario.

A partire dagli scandali di tangentopoli, la magistratura ha progressivamente assunto la funzione di presidio del corretto funzionamento delle istituzioni democratiche, incidendo in diversi casi anche sulla tenuta delle maggioranze di governo⁶⁵⁸.

L'attività degli organi inquirenti, in particolare, viene ancora oggi percepita sempre più come un indebito sconfinamento nelle questioni politiche, giustificate da una legislazione spesso interpretata estensivamente ed in favore delle Procure titolari di indagini di rilevanza nazionale⁶⁵⁹.

In realtà, il rapporto tra la politica e la magistratura è stata da sempre questione gravida di problemi. Già nella fase di transizione tra il diritto comune e il diritto codificato si avvertì l'esigenza di slegare il potere giudiziario dal sovrano, aprendo la strada alla funzione giurisdizionale moderna, ontologicamente diversa dalla funzione amministrativa che continuava ad essere identificata con la persona del Re, accogliendo il modello di giustizia francese ancorché con qualche limitazione⁶⁶⁰.

⁶⁵⁸ Accadde con Fini per la vicenda della casa a Montecarlo e, pochi anni prima, con Mastella, accusato dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di S. Maria Capua Vetere di associazione per delinquere che portò alla caduta del Governo Prodi.

⁶⁵⁹ Come non pensare, da ultimo, al caso della trattativa stato mafia e al conflitto tra il Capo dello Stato e la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo sulla trattativa Stato – mafia che ha portato alla sentenza n. 1/2013 della Corte costituzionale, su cui S. Ceccanti, *Una prima lettura rapida in 7 punti della sentenza 1/2013: il Quirinale ha ragione perché se il Presidente fosse intercettabile sarebbe in gioco l'equilibrio tra i poteri e la sua funzione di garantire prestazioni di unità*, in *forumcostituzionale.it*; M.C. Grisolia, *La sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2013: un nuovo tassello nella ricostruzione giurisprudenziale della figura e del ruolo del Capo dello Stato nel nostro sistema costituzionale*, in *forumcostituzionale.it*, 5 febbraio 2013; A. Morelli, *La riservatezza del Presidente. Idealità dei principi e realtà dei contesti nella sentenza n. 1 del 2013 della Corte costituzionale*; A. Pace, *Intercettazioni telefoniche fortuite e menomazione delle attribuzioni presidenziali*, in *Giur. cost.*, 2013; S. Sorrentino, *La distruzione delle intercettazioni del Presidente della Repubblica tra giusto processo e principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, Studi, 2013; A. Sperti, *Alcune riflessioni sul ruolo del Presidente della Repubblica e sulla sua responsabilità dopo la sentenza n. 1 del 2013 della Corte costituzionale*, in *forumcostituzionale.it*, 22 febbraio 2013; F. Viganò, *La sentenza della Corte costituzionale sul conflitto di attribuzione tra Presidente della Repubblica e Procura di Palermo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 gennaio 2013.

⁶⁶⁰ Un'idea che faticava ad emergere, tanto che l'art. 68 dello Statuto Albertino espressamente affermava che «la Giustizia emana dal Re ed è amministrata in suo nome dai giudici che egli istituisce» e ne limitava

Soltanto in principio del '900 sembravano mutare i rapporti tra politica e potere giudiziario, tanto che le garanzie di indipendenza dei magistrati vennero ampliate e, quasi contestualmente, si istituì il Consiglio Superiore della Magistratura competente in materia di disciplina e carriera⁶⁶¹.

Successivamente, attraverso le politiche repressive del governo fascista, alla magistratura venne affidato il compito di tutelare l'interesse nazionale, divenendo progressivamente assoggettata allo Stato centrale e contribuendo alla diffusione capillare dei principi corporativi.

La riforma dell'ordinamento giudiziario posta in essere a mezzo del R.D. n. 1921/23 organizzò gli uffici giudiziari su scala gerarchica, al cui vertice furono posti dirigenti *di controllo* rispetto all'esercizio della funzione giurisdizionale da parte dei magistrati, così da assicurare all'esecutivo l'affermazione della "politica giudiziaria del regime"⁶⁶².

Per tutti coloro che non si adeguavano alle numerose circolari⁶⁶³ e alle direttive politiche del Governo veniva applicata la sanzione della dispensa dal servizio, con la conseguenziale soppressione dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura che, al contrario, diventava il grimaldello per imporre la forza del regime fascista⁶⁶⁴.

l'inamovibilità (art. 69). Di contro era previsto il principio del giudice naturale (art. 71) e la subordinazione del giudice alla legge (art. 70 e art. 72).

⁶⁶¹ Sul CSM si rinvia a S. Bartole, *Materiali per un riesame della posizione del Consiglio Superiore della Magistratura*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1978, Id., *Consiglio Superiore della Magistratura, due modelli a confronto*, in *Quad. cost.*, 1989, p. 428 ss.; F. Bonifacio e G. Giacobbe, *La Magistratura (artt. 104-107)*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, Zanichelli, 1986; B. Caravita di Toritto (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari, Laterza, 1994; N. Zanon e F. Biondi, *Il sistema costituzionale della Magistratura*, Bologna, Zanichelli, 2014.

⁶⁶² G. Neppi Modona, *La Magistratura e il fascismo*, in *Fascismo e società italiana*, Torino, Einaudi, 1973, p. 127.

⁶⁶³ Tra le altre, circolare del 15 febbraio 1926 riservata alla persona del Primo Presidente e Procuratore Generale della corte d'Appello di Torino e ai Presidenti dei Tribunali e Procuratori del Re del distretto, con cui si tentava di porre un argine alla possibile fuga di notizie relative alla quantità dei processi e delle condanne nei confronti degli oppositori politici; circolare del 3 dicembre 1928 «Manifestazioni sovversive», con cui si "invitava" la magistratura ad un comportamento maggiormente repressivo nei confronti dei reati di vilipendio alle istituzioni e di offese al Capo del Governo al fine di tutelarne il prestigio.

⁶⁶⁴ Significativa, sul punto, la sentenza a Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 28 luglio 1928, attraverso cui veniva riconosciuto il valore interpretativo della Carta del Lavoro, considerata «il documento fondamentale e più solenne del nuovo regime perché enuncia la tappa più elevata cui l'ardore della squisita civiltà italiana ricambia ed onora il lavoro, che l'ha prodotta per le maggiori ed immancabili fortune della nazione». Questo caso consentì al Guardasigilli Rocco di esprimere significative parole di apprezzamento e di orgoglio di un potere giudiziario sempre più asservito ai capisaldi della cultura fascista: «parlare della Magistratura italiana è per me motivo di alta soddisfazione perché più vivo accanto ad essa, più mi convinco delle sue altissime virtù di carattere [...], della sua dottrina [...], della sua disciplina e del suo patriottismo. Anche e specialmente del suo patriottismo, perché lo spirito del fascismo [...] è penetrato nella Magistratura più rapidamente che in ogni altra categoria di funzionari e di professionisti. Posta di fronte alla nuova legislazione fascista, la Magistratura italiana, piena di dottrina, di senso pratico, ne ha penetrato completamente lo spirito, l'interpreta e l'applica con piena fedeltà. E a questo proposito, è pur doveroso

Un potere originariamente *di intralcio* diventò un formidabile strumento di propaganda e consolidamento dei principi ispiratori del regime fascista “contribuendo a rivestire di legalità ogni programma politico, anche il più efferato”⁶⁶⁵ delineando principi giuridici ciò che fino a quel momento erano fenomeni di manifestazione politica e sociale.

Come noto, i rapporti mutarono radicalmente con l’entrata in vigore della Costituzione in cui, da un lato emerse la netta cesura rispetto al passato regime corporativo, mentre dall’altro, si cercò di recuperare alcuni elementi dello stato liberale arricchiti da garanzie concernenti l’indipendenza e l’autonomia del potere giudiziario⁶⁶⁶.

Eppure, nonostante diverse disposizioni a presidio della separazione dei poteri, l’intreccio tra politica e magistratura è proseguito, accentuandosi a partire dalla “messa in stato d’accusa”⁶⁶⁷ alla classe politica storica negli anni *Tangentopoli* e proseguito durante il *ventennio berlusconiano* in cui “l’inasprirsi del conflitto è segnalato dal rifluire, nel lessico dei *mass media*, di locuzioni quali *governo dei giudici* e *politicizzazione della giustizia* che si affiancano al neologismo ad effetto *malagiustizia*: mentre questo termine si usa per le ipotesi di giustizia tardiva e per gli errori giudiziari clamorosi, con le prime due espressioni si allude al presunto tentativo dei giudici di sostituirsi agli organi di indirizzo politico”⁶⁶⁸.

Molteplici gli esempi che hanno evidenziato una spiccata ostilità della politica nei confronti della magistratura: tra le tante, il *caso Previti*⁶⁶⁹, il tentativo di istituire una Commissione parlamentare di inchiesta sull’uso politico della giustizia su proposta degli On.li Cicchitto e Saponara, la vicenda della legge n. 367/2001 (meglio nota come *legge sulle rogatorie*), il

tributare un alto elogio alla Corte di Cassazione la quale, proprio in questo campo della comprensione dello spirito del regime» e della sua legislazione, ha dato esempi luminosi. Mi si consenta qualche citazione: la Cassazione a Sezioni Unite, nella sua sentenza del 28 luglio 1928, riconosceva solennemente, prima ancora che la legislazione l’avesse consacrato, il valore della Carta del Lavoro e stabiliva che la Carta del Lavoro, anche nelle parti non sanzionate dalla legge, deve essere considerata come un documento interpretativo dello spirito giuridico e della concezione sociale del regolamento dei rapporti di lavoro e deve servire di norma per la più esatta comprensione delle disposizioni positive regolatrici delle relazioni tra capitale e lavoro. La Carta del Lavoro, quindi, se non ha ancora, in tutte le sue disposizioni, forza di legge, è tuttavia da considerarsi come un insieme di principi genarli superiori alla legge stessa». Sul punto, cfr. A. Aquarone, *L’organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, Einaudi, 1965, p. 242 ss.

⁶⁶⁵ O. Abbamonte, *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante il fascismo*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 65.

⁶⁶⁶ Si tratta di questioni già arate dalla migliore dottrina, alla quale si rinvia per gli approfondimenti, tra cui S. Bartole, *Autonomia e indipendenza del potere giudiziario*, Padova, Cedam, 1964; A. Pizzorusso, *L’organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, Einaudi, 1990; S. Romano, *Nozione e natura degli organi costituzionali*, in Id., *Scritti minori*, Vol. I, Milano, 1950; C. Salazar, *La Magistratura*, Bari, Laterza, 2002; G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997.

⁶⁶⁷ G. Ferri, *Magistratura e potere politico*, Padova, Cedam, 2005, p. 342.

⁶⁶⁸ C. Salazar, *La Magistratura*, cit., p. 22.

⁶⁶⁹ Corte cost., s.n. 225/2001.

*caso Bompressi*⁶⁷⁰, la presunta *trattativa Stato – mafia*⁶⁷¹, il *caso CONSIP*, fino alle recenti tensioni tra l'ex Ministro degli Interni Salvini e le Procure siciliane in relazione alle vicende dei salvataggi in mare da parte delle ONG⁶⁷².

4. Breve rassegna di eclatanti errori giudiziari in Italia.

«Ho giudicato questo individuo conformemente all'agente 64, perché l'agente 64 è l'emanazione della forza pubblica. Per riconoscere la mia saggezza, basta immaginare che io abbia agito inversamente. Vi renderete subito conto che sarebbe stato assurdo. Infatti, se mi pronunciassi contro la forza le mie sentenze non sarebbero eseguite. Senza i gendarmi, il giudice sarebbe soltanto un povero sognatore».

Con questa sentenza, il giudice Bourriche condanna Jérôme Crainquebille, mercante di strada che si guadagnava da vivere con il proprio carretto di frutta e verdura, accusandolo ingiustamente, nonostante una testimonianza favorevole all'imputato, di aver indirizzato un insulto – in realtà mai pronunciato – alla guardia che gli aveva intimato di sgomberare la piazza ove si era stabilito.

Il secondo spunto di riflessione non può che concernere il profilo degli errori giudiziari, il vero tema centrale del libro di Pio Del Gaudio, *vittima* di considerazioni contenute nell'ordinanza di custodia cautelare che non hanno successivamente trovato riscontro nella realtà dei fatti, tanto che non soltanto il Tribunale del Riesame di Napoli accoglie il ricorso presentato dal legale di fiducia ed annulla l'ordinanza, ma a distanza di tre anni viene accertata la totale estraneità dei fatti dell'ex Sindaco di Caserta rispetto ai capi di imputazione ascritti.

In aggiunta, pur considerato *simbolico* dallo stesso Autore del libro, gli viene riconosciuto un indennizzo per l'ingiusta detenzione pari a circa 2.500,00 Euro.

La saga degli errori giudiziari in Italia è ricca di storie più o meno eclatanti e per molti

⁶⁷⁰ Corte cost., s.n. 200/2006, su cui T.F. Giupponi, *A chi spetta il potere di grazia?*, in A. Morrone (a cura di), *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, 2018, Milano, Wolters Kluwer, pp. 325-330.,

⁶⁷¹ Corte cost., s.n. 1/2013, su cui si rinvia a nota n. 5, oltre a T.F. Giupponi, *Il Presidente della Repubblica intercettato e la sua "inviolabilità"*, in A. Morrone (a cura di), *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, cit., pp. 318-324.

⁶⁷² Sul punto, per le considerazioni giuridiche, tecniche e normative, si consenta un rinvio al numero 1/2018 della Rassegna di diritto pubblico europeo, *Europa e Migranti*, curata da A. Patroni Griffi.

aspetti, il caso dello sventurato Crainquebille, narrato in due articoli de *Le Figaro*⁶⁷³ è simile a quello che viene definito comunemente come uno dei più gravi errori giudiziari della storia d'Italia: il *caso Barillà*⁶⁷⁴, una vicenda giudiziaria che ha visto protagonista, suo malgrado, un piccolo imprenditore di Nova Milanese di origine calabrese condannato a 18 anni di reclusione in primo grado e accusato di essere un personaggio di spicco della malavita milanese, scagionato dalla Corte d'Appello di Genova dopo 7 anni di ingiusta detenzione⁶⁷⁵.

Il *caso Morrone*, un pescatore incensurato accusato dalla Procura della Repubblica di Taranto di duplice omicidio di due ragazzini, detenzione e porto illegale di arma da fuoco e munizioni, riconosciuto erroneamente da un testimone oculare che dichiarò di *aver visto in faccia l'assassino*. Domenico Morrone cercò di provare la propria innocenza anche attraverso prove che dimostravano un alibi granitico⁶⁷⁶ e la conduzione di *indagini lampo* condotte con scarsa meticolosità: il 29 novembre 1991 giunse la sentenza di condanna in primo grado a ventuno anni di reclusione, confermati dalla Corte di Assise d'Appello di Lecce il 2 novembre dell'anno successivo. Il 10 gennaio 1994, in sede di rinvio, la condanna viene nuovamente confermata dalla Corte d'Appello di Bari, così che in data 22 giugno dello stesso anno, Domenico Morrone presentò ulteriore ricorso per Cassazione, ma per la seconda volta il processo di rinvio confermò la sentenza di condanna.

Un devastante iter processuale nel quale non si tenne conto dell'alibi del Morrone, né delle ritrattazioni dei testi che inizialmente lo avevano accusato e che successivamente avevano affermato di aver testimoniato in uno stato di confusione, né dell'esito negativo circa la presenza di tracce di polvere da sparo dell'analisi chimico-balistica effettuata dalla polizia scientifica su un campione prelevato all'imputato.

Al di là del movente e delle risultanze processuali che porteranno alla completa assoluzione, ciò che qui interessa è l'estenuante *vita a quadretti* che Domenico Morrone è stato costretto a subire: una prigionia difficilissima, rimasto solo, senza affetti e senza che nessuno avesse mai creduto alla propria innocenza. Aveva contratto l'epatite B, era ingrassato più di venti chili ed accusato di calunnia nei confronti di inquirenti e magistrati

⁶⁷³ Gli articoli sono stati pubblicati il 21 novembre 1900 e il 16 gennaio 1901.

⁶⁷⁴ Su cui si rinvia, tra tutti, a S. Zurlo, *L'uomo sbagliato*, Rai libri, 2005.

⁶⁷⁵ Per tali motivi, il 7 febbraio 2003, la seconda sezione della Corte di Cassazione ha riconosciuto a Daniele Barillà quasi quattro milioni di Euro per l'ingiusta detenzione subita.

⁶⁷⁶ Durante l'esecuzione omicida, infatti, il Morrone era a casa dei coniugi Masoni per riparare il loro acquario. I coniugi, peraltro, furono anche condannati per il delitto di falsa testimonianza.

per via di una lettera da lui sottoscritta.

O ancora, eclatante per aver colpito un noto conduttore radiotelevisivo, il *caso Tortora*, definito senza mezzi termini da Giorgio Bocca “il più grande esempio di macelleria giudiziaria all’ingrosso effettuato nel nostro Paese”.

Il momento dell’arresto che interruppe la brillante carriera del conduttore (il 17 giugno 1983) viene ricordato ancora oggi come il primo caso di *manette spettacolo*: fuori l’Hotel Plaza di Roma, Tortora sfilò davanti a fotografi e giornalisti con le manette ai polsi per essere condotto in carcere con l’accusa di essere associato della Nuova Camorra Organizzata di Raffaele Cutolo.

Un’agenda rinvenuta nell’abitazione di un camorrista con un cognome Tortosa (ma non Tortora) ed un recapito telefonico: questa la prova ritenuta concreta che, secondo la Procura di Napoli, fu sufficiente per confermare la *violenta scarica* di delazione di alcuni pentiti nei confronti di Tortora, poi accertati in pieno svolgimento delle loro funzioni malavitose. Tortora fu definito, in primo grado, «socialmente pericoloso [...] cinico mercante di morte», con i media che lo dipingevano in modi diversi, “difendendolo o condannandolo anzitempo, quasi fosse un personaggio pirandelliano di *Uno, nessuno e centomila*”⁶⁷⁷ e dividendosi tra innocentisti e colpevolisti⁶⁷⁸.

A ciò si aggiungevano diversi rigetti delle istanze di scarcerazione proposte innanzi al Tribunale della libertà, nonostante le condizioni di salute del conduttore in carcere diventavano via via precarie.

Il calvario giudiziario si concluse con la piena assoluzione innanzi alla Corte d’Appello di Napoli (i pentiti che lo accusarono furono considerati inattendibili), dopo una condanna a dieci anni e mesi sei di reclusione pronunciata in primo grado.

Tornò in televisione il 20 febbraio 1987 con la trasmissione che aveva già condotto prima delle vicende giudiziarie, *Portobello*, e fu accolto da un toccante e prolungato applauso del pubblico.

⁶⁷⁷ D. Bosi e C. De Filippo, *Toghe che sbugliano: errori giudiziari e ingiuste detenzioni*, Aliberti editore, 2008.

⁶⁷⁸ Leonardo Sciascia propose un dibattito sul Corriere della Sera del 7 agosto 1985, mentre Enzo Biagi difese a spada tratta il conduttore con articolo “E se tortora fosse innocente?” “Mentre voi leggete questo articolo, Enzo Tortora è a colloquio con i giudici: sapremo se poi, con più esattezza, di quali reati è incolpato, o meglio di quali deplorabili fatti si sarebbe reso responsabile. Fino all’ultima sentenza, per la nostra Costituzione, stiamo parlando di un innocente. Invece, in ogni caso, è già condannato: dalle riprese televisive, dai titoli dei giornali, dalla vignetta del pappagallo che finalmente parla e dice ‘*Portolongone*’, dl commento senza carità di quello scrittore che afferma: ‘in qualunque maniera vada, è finito per sempre’. O dell’altro che annota, seguendo la cronaca, tempi durissimi per gli *strappalacrime*”.

Enzo Tortora, invecchiato e provato dalla sofferenza fisica e morale pronunciò un piccolo discorso, rimasto poi nella storia della radiotelevisione italiana: “dunque, dove eravamo rimasti? Potrei dire moltissime cose e ne dirò poche. Una me la consentirete: molta gente ha vissuto con me, ha sofferto con me questi terribili anni. Molta gente mi ha offerto quello che poteva, per esempio ha pregato per me, e io questo non lo dimenticherò mai. E questo ‘grazie’ a questa cara, buona gente, dovete consentirmi di dirlo. L’ho detto, e un’altra cosa aggiungo: io sono qui anche per parlare per conto di quelli che parlare non possono, e sono molti, e sono troppi. Sarò qui, resterò qui, anche per loro. Ed ora cominciamo, come facevamo una volta”.

5. Osservazioni conclusive.

Tortora, Barillà, Morrone sono i simboli della giustizia negata della storia italiana, ma purtroppo non sono gli unici: Salvatore Gallo, condannato ingiustamente per l’omicidio del fratello; Gino Girolomoni, detenuto in carcere per l’accusa di reati di pedofilia mai accertati; Vincenzo Don Vito, giovane pugliese che si è tolto la vita perché ingiustamente accusato di omicidio.

Ma ve ne sono altre di vicende, anche drammatiche, che hanno caratterizzato la storia giudiziaria d’Italia. A questi si aggiungano tutti quelli di cui la verità non è stata provata e quelli che forse non saranno mai individuati.

Il libro di Pio Del Gaudio è la testimonianza (forse non ultima) che qualcosa nel sistema giudiziario italiano non funziona e continua a non funzionare.

Questi episodi, così come le continue interferenze tra politica e magistratura mettono a nudo continuamente le criticità di un sistema giudiziario arcaico ed inadeguato rispetto al presente.

Sarebbe opportuno che lo Stato, la magistratura e l’avvocatura offrano alla Giustizia il proprio contributo, ognuno per la sua parte, al fine di migliorare le criticità del sistema giudiziario (processuale e sostanziale) italiano.

E ve ne sono molti: gli errori giudiziari, la denegata giustizia, i tempi eccessivamente lunghi dei processi.

Su questi punti – e non solo – ogni operatore non può porsi come esule guardiano del

proprio giardino dei diritti, come sta accadendo per il dibattito sulla prescrizione.

La *macchina giustizia*, come viene chiamata nel gergo giornalistico, ha bisogno di tutte le componenti tecniche per funzionare, mettersi in modo e camminare. Proprio come un'autovettura che senza freni rischia di schiantarsi contro un muro; proprio come un'autovettura che senza volante non è in grado di affrontare le tortuosità di un percorso; proprio come un'autovettura che senza l'acceleratore, non è in grado di raggiungere la meta celermente, ma senza eccedere ed andare oltre i limiti di velocità e le prescrizioni che il codice della strada impone.

Abstract: La recensione al libro dell'ex Sindaco di Caserta, Pio Del Gaudio, induce ad una riflessione approfondita sui due profili particolarmente attuale e critici: gli errori giudiziari e la continua conflittualità tra politica e magistratura.

Abstract: The review of the book by the former Mayor of Caserta, Pio Del gaudio, prompts a deep reflection on his two particularly topical and critical profiles: judicial errors and the continuing conflict between politics and the judiciary.

Parole chiave: errori giudiziari – carceri – politica - magistratura.

Key words: judicial errors – detention places – politics – judiciary..

OSSERVATORIO SULLE RIFORME COSTITUZIONALI

336

In vista del referendum sulla riduzione del numero dei parlamentari, *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online* ospita un dibattito aperto a studiosi ed esperti di diverse provenienze ed età.

Il confronto, inaugurato dall'editoriale del Prof. Gaetano Azzariti, si candida ad essere uno dei primissimi (se non altro, in ordine di tempo) momenti qualificati di discussione su un argomento che nelle prossime settimane vedrà coinvolti politici ed addetti ai lavori, oltre che, naturalmente, tutti gli italiani.

La giovane, ma già consolidata esperienza della rivista le permette ormai di affrontare un tema cruciale di attualità costituzionale con la competenza e l'autorevolezza di un riconosciuto periodico di settore, ma, allo stesso tempo, con l'agilità e l'immediatezza che solo lo strumento informatico consente di mettere a disposizione e che ha costituito uno dei segreti della sua affermazione sin dai primi numeri.

L'imminente consultazione referendaria rappresenta un'occasione che la rivista non ha voluto mancare, offrendo il proprio apporto, come sempre plurale, di idee e contenuti al servizio della comunità.

L'importanza – giuridica, politica, sociale – rivestita dall'evento impone un approccio ispirato ad un assoluto rigore metodologico, al fine di dare un piccolo contributo ad una corretta opera di informazione e divulgazione ed è a quest'impegno assunto con i lettori che, ancora una volta, non si intende venire meno.

Il nostro auspicio è quello di dare ulteriore impulso al dibattito dando spazio al parere di quanti vorranno ancora intervenire nelle prossime settimane in avvicinamento all'appuntamento referendario, così da favorire un dialogo scientifico che ci auguriamo proficuo.

La Redazione

IL REFERENDUM SUL “TAGLIO DELLE POLTRONE”: VERSO UNO SVUOTAMENTO DELL’ISTITUZIONE PARLAMENTARE?*

di Luca Longhi**

338

1. Il dibattito sulla riduzione del numero dei parlamentari entra nel vivo in vista della celebrazione del referendum costituzionale prevista per il prossimo 29 marzo.

Sarà opportuno che su un tema così centrale per la nostra vita democratica si faccia assoluta chiarezza, sgombrando, nei limiti del possibile, il campo da equivoci e da interpretazioni mistificatorie.

Compito precipuo dei giuristi sarà confrontarsi nelle varie sedi a loro disposizione, cercando di offrire il proprio apporto specialistico per una corretta informazione sull’argomento.

Come dimostrato anche dalla recente esperienza del 2016, il referendum rappresenta uno dei momenti qualificati nei quali la comunità degli studiosi è chiamata a svolgere un servizio (*munus*) a beneficio della collettività, comunicando le proprie ragioni con equilibrio e senza lasciarsi andare al furore della polemica, sebbene in una simile materia le argomentazioni giuridiche rischino più che mai di sovrapporsi alle opinioni strettamente politiche.

Il breve contributo che segue si propone di fornire una prima succinta analisi della riforma facendo seguito all’editoriale del Professor Azzariti pubblicato su questo numero e intitolato, in modo eloquente, «La trappola» e che può essere considerato il punto di partenza ideale delle argomentazioni che seguono.

.

* *Sottoposto a referaggio.*

** Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico – Università telematica Universitas Mercatorum.

2. L'obiettivo perseguito dalla riforma degli artt. 56 e 57 Cost., come può agevolmente evincersi dalla lettura del relativo *dossier* parlamentare, consiste nel favorire «un miglioramento del processo decisionale delle Camere per renderle più capaci di rispondere alle esigenze dei cittadini e dall'altro ridurre il costo della politica (con un risparmio stimato di circa 500 milioni di euro in una Legislatura)».

Si tratta, pertanto, di provare a comprendere se gli obiettivi dichiarati della riforma siano effettivamente compatibili con la drastica riduzione del numero dei parlamentari – da 630 a 400 deputati e da 315 a 200 senatori – che si andrebbe a determinare per effetto dell'intervento in questione.

Ad avviso di chi scrive, questo pur sensibile «taglio delle poltrone» non può costituire di per sé un miglioramento dei processi decisionali delle Camere, posto che il dato numerico, singolarmente considerato, non può essere certamente individuato quale fattore responsabile della perdita di centralità dell'istituzione parlamentare maturata nell'arco degli ultimi anni.

Ed anzi, una riduzione dei seggi, tanto più in presenza dell'irreversibile crisi dei partiti cui stiamo assistendo da alcuni decenni ormai, potrebbe solo contribuire ad accentuare la marginalizzazione dell'istituzione, allontanandola dalla comunità e dai bisogni che essa esprime, tanto più alla luce del mutato rapporto aritmetico tra elettori ed eletti.

Proprio il graduale arretramento dei partiti politici dal ruolo propulsivo che la Costituzione assegna loro (art. 49) e la sopravvenuta incapacità degli stessi di selezionare delle classi dirigenti di eccellenza – come avveniva, invece, nei primi decenni della Repubblica – fa sì che a questo taglio numerico non si accompagni presuntivamente un miglioramento qualitativo delle rispettive compagini parlamentari.

Viceversa, con la riforma in atto – scaturita in un contesto di complessiva diffidenza verso l'istituzione parlamentare (la c.d. antipolitica) – si creerebbe un circolo ancor più ristretto di eletti (una vera e propria *casta*, per utilizzare un'espressione cara alla vulgata giornalistica), recidendone irrimediabilmente il collegamento con i territori ed annacquandone conseguentemente la responsabilità politica e morale verso gli elettori.

Il solco profondo con gli elettori che rischia di venirsi a creare a seguito di una tale riforma rappresenterebbe un indebolimento della rappresentanza esercitata attraverso il voto e una potenziale interruzione del circuito virtuoso tra Stato-apparato e Stato-comunità instaurato

dall'ordinamento costituzionale, un circuito che necessita di essere costantemente nutrito per la salute della nostra democrazia.

3. Per quanto concerne, poi, l'altro obiettivo perseguito dalla riforma – quello della riduzione del costo della politica – si rileva che la democrazia richiede, per sua stessa natura, dei costi che non devono essere considerati degli sprechi in quanto tali, quanto piuttosto delle condizioni necessarie per il buon funzionamento delle istituzioni, anche perché ne sia salvaguardato l'*onore* (cfr. art. 54 Cost.) nell'interesse generale.

A ciò si aggiunga che il risparmio ipotizzato non rappresenterebbe un risultato tanto decisivo per i destini della finanza pubblica o, quantomeno, non tale da giustificare un così massiccio assottigliamento dell'istituzione parlamentare e della relativa dotazione strutturale.

Ciò non toglie, naturalmente, che, proprio in ossequio ai richiamati doveri di disciplina ed onore, mai sufficientemente posti in rilievo dalla dottrina, una riduzione dei costi della politica, tesa all'eliminazione degli sperperi (che pure sono balzati all'attenzione dell'opinione pubblica negli ultimi anni) sarebbe comunque auspicabile.

Ad ogni buon conto, non è certamente in quell'ambito, nel panorama degli esempi che i media hanno evidenziato in maniera più o meno scandalistica in questi anni, che bisogna insistere per combattere gli sprechi di risorse pubbliche.

Non è colpendo l'istituzione parlamentare, a cominciare dalla riduzione della sua componente numerica, che si potrà verosimilmente avere un riscatto della nostra democrazia.

Pertanto, alla luce delle brevi considerazioni appena sviluppate, non sembra che la riforma in questione individui delle risposte adeguate ai problemi che mirerebbe a superare (qualità dei processi decisionali e costi della politica) e che rappresentano ormai dei veri e propri *topoi* del dibattito politico dei nostri tempi, ossessivamente agitati dagli addetti ai lavori senza che si sia ancora riusciti a conseguire risultati convincenti.

Non è escluso che queste risposte possano essere validamente cercate, invece, nella rivalutazione del ruolo dei partiti, recuperando cioè la parte sana della lezione della c.d. prima Repubblica (che sta conoscendo proprio in questi giorni anche una nostalgica rivisitazione in chiave cinematografica) e soprattutto rilanciando quella questione morale

che non si è mai avuto la forza di affrontare fino in fondo nel nostro Paese.

Forse solo in questo modo – a partire, cioè, da una *migliore* selezione dei nostri rappresentanti – il Parlamento potrà finalmente ritrovare la centralità perduta ed incidere sui processi decisionali con maggiore efficacia ed aderenza ai bisogni della collettività⁶⁷⁹.

In altri termini, il miglioramento della funzione legislativa e la riduzione dei costi, materiali e morali, della politica, prima ancora che da estemporanee ricette demagogiche buone solo a soddisfare le esigenze di chi si accontenta di una lettura superficiale dei fenomeni, passerebbe soprattutto per la promozione e valorizzazione dell'istituzione parlamentare e dello spirito pluralista che anima la stessa fin dai lavori dell'Assemblea Costituente.

Non potrà essere certo la riduzione del numero dei parlamentari e la creazione di un ristretto *club* di eletti, quanto piuttosto il potenziamento della dialettica democratica e della c.d. democrazia dell'alternanza nelle sue diverse forme e declinazioni, a fornire la soluzione più idonea ai problemi descritti.

⁶⁷⁹ Per una compiuta ed approfondita disamina delle questioni attuali legate all'istituzione parlamentare, si veda, da ultimo, N. Lupo, *Introduzione. Le metamorfosi del Parlamento*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, n. 1/2019, p. 1 ss.

VERSO IL REFERENDUM COSTITUZIONALE SULLA RIDUZIONE DEL NUMERO DEI PARLAMENTARI. QUANDO IL FINE (NON SEMPRE) GIUSTIFICA I MEZZI*.

di Armando De Crescenzo**

342

L'8 ottobre 2019 la Camera dei Deputati ha approvato il testo di legge costituzionale A.C. 1585- B, già approvato in seconda deliberazione dal Senato (A.S. n. 214-515-805-B), che riduce il numero dei parlamentari come stabilito in Costituzione, agli artt. 56 e 57, in 400 deputati e 200 senatori elettivi.

Su tale testo il 29 marzo 2020 si svolgerà il referendum popolare confermativo previsto dall'articolo 138 della Costituzione.

In questo breve contributo, si tenterà di delineare delle riflessioni sull'incidenza che l'eventuale esito favorevole del referendum in oggetto comporterà sugli equilibri della nostra forma di governo.

Seppur parte della dottrina ha già avuto modo di esprimersi sul punto⁶⁸⁰, si è preferito strutturare il lavoro così da ripercorrere brevemente il rapporto che intercorre tra intento riformatore e obiettivi attesi, tenuto conto anche del dato storico e del contesto socio-politico, per poi soffermarsi sul “metodo” della revisione.

Con riguardo al primo aspetto, si sottolinea che il dibattito in Assemblea Costituente si concentrò più diffusamente sul bicameralismo paritario che sul numero dei parlamentari. Non a caso, il numero fisso di parlamentari è frutto della disciplina introdotta successivamente all'entrata in vigore della Costituzione, in particolare con legge costituzionale del 9 febbraio 1963, n. 2, con la quale si individuava il numero complessivo in 630 deputati e 315 senatori elettivi e al contempo si parificava la durata delle due Camere, prima diversificata in quanto prevista in sei anni per il Senato della Repubblica.

Nell'originaria formulazione, come approvata dall'Assemblea Costituente, il numero dei

* *Sottoposto a referaggio.*

** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Napoli “Federico II”.

⁶⁸⁰ Ci si riferisce all'editoriale del Prof. G. Azzariti, nel presente numero.

parlamentari era determinato in misura fissa in rapporto alla popolazione: per la Camera, un deputato ogni 80.000 abitanti (o frazioni superiori a 40.000); per il Senato, un senatore ogni 200.000 abitanti (o frazioni superiori a 100.000)⁶⁸¹.

Come autorevolmente sottolineato⁶⁸², la riforma del 1963 mirava a soddisfare l'esigenza che i componenti delle Camere non aumentassero in ordine all'incremento della popolazione, «al fine di evitare l'ipertrofia delle assemblee» in un paese che negli anni sessanta del secolo scorso registrava un costante incremento demografico.

A seguito della riforma intervenuta nel 1963, nel corso del dibattito sulle riforme istituzionali, il Parlamento è giunto in più occasioni a deliberare una modifica del numero dei parlamentari, soprattutto nell'ambito di progetti più ampi di revisione del bicameralismo, senza che, però, l'*iter* della revisione trovasse esito definitivo⁶⁸³. Occorre, dunque, chiedersi, come mai nell'attuale contesto socio-politico il testo di legge sulla riduzione del numero dei parlamenti sia stato approvato.

La riforma si colloca in una particolare fase di crisi del sistema partitico e istituzionale (come ben richiamato nei contributi presenti in questo numero).

Nell'ambito della presentazione del disegno di legge, sono stati particolarmente enfatizzati due ordini di obiettivi: da un lato, favorire il miglioramento del processo decisionale delle Camere per renderle più capaci di rispondere alle esigenze dei cittadini; dall'altro, ridurre "i costi della politica"⁶⁸⁴.

Si ritiene che non sarà forse questo tipo di revisione a determinare un significativo cambiamento, in senso positivo, del procedimento decisionale, potendo addivenire al medesimo risultato attraverso interventi meno "invasivi" (quali la modifica del sistema elettorale, dei regolamenti parlamentari – con disciplina per quanto possibile uniforme tra Camera dei Deputati e Senato della Repubblica) o, al contrario, rimettendo in discussione la persistenza e attualità di un bicameralismo ancora perfetto (forse non più idoneo a «dare

⁶⁸¹ Per una disamina approfondita del tema, si rinvia al dossier elaborato dalla Camera dei Deputati del 7 ottobre 2019 all'indirizzo <http://documenti.camera.it/leg18/dossier/pdf/AC0167f.pdf>.

⁶⁸² G. Ferrara, *Art. 55*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, (art. 55-63), Zanichelli, 1984, p. 103.

⁶⁸³ Per una compiuta e più recente trattazione sul tema si rinvia al contributo di F. Clementi, *Sulla proposta costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari: non sempre "less is more"*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, pp. 4 ss.

⁶⁸⁴ Con un risparmio stimato di circa 500 milioni di euro in una Legislatura; dati indicati dal Governo, dal Dipartimento per le Riforme Istituzionali, e reperibili sul sito <http://www.riformeistituzionali.gov.it/it/la-riduzione-del-numero-dei-parlamentari/>.

completezza di espressione a tutte le forze vive della società nazionale»⁶⁸⁵).

Nell'attuale assetto socio-politico e di crisi dell'istituzione parlamentare tale modifica costituzionale potrebbe incidere profondamente sugli assetti della forma di governo, soprattutto se corredati da ulteriori interventi, non solo di carattere costituzionale, ma anche di legislazione ordinaria (tra tutti, l'approvazione di un nuovo sistema elettorale⁶⁸⁶).

Apparentemente, la semplice riduzione del numero dei parlamentari eletti non sembrerebbe incidere in maniera significativa sul più generale assetto della parte seconda della Costituzione, trattandosi pur sempre di una revisione estremamente puntuale, a differenza di precedenti progetti di revisione di più ampia portata (quali, da ultimo, la cd. "riforma Renzi-Boschi"⁶⁸⁷).

Tuttavia, ciò non può legittimare, come affermato, un'interpretazione che consenta di dire «che si possa procedere senza tener conto degli effetti di sistema, sia delle singole riforme, sia delle diverse riforme che vengono messe in cantiere contemporaneamente»⁶⁸⁸.

La questione non è di poco conto, se solo si consideri che in una democrazia rappresentativa assumono una fondamentale centralità le disposizioni costituzionali relative alla composizione dell'organo parlamentare. Ciò non solo per il funzionamento dell'organo stesso, ma anche per i riflessi che comporta sugli altri, perché dalle Camere discendono i poteri di cui sono investiti gli altri organi costituzionali.

È vero che qui si tratta di disciplinare soltanto la conformazione dell'entità rappresentativa «e non si pone ancora la questione del modo come specificamente deve essere regolato il rapporto di rappresentanza né quella della forma che deve assumere l'entità del rappresentante»⁶⁸⁹. Ma è altrettanto vero che il rapporto rappresentativo non può non essere influenzato dal «modello organizzativo cui si dovrà conformare l'entità rappresentante ed è egualmente inconcepibile che la struttura di questa entità non risenta del modo come è

⁶⁸⁵ G. Ferrara, cit., p. 104.

⁶⁸⁶ Sul rapporto tra riduzione del numero dei parlamentari, sistema elettorale e forma di governo, si rinvia alle riflessioni proposte da V. Fogliame, in questo numero.

⁶⁸⁷ A. Lucarelli, *Il progetto politico della "grande" riforma renziana*, in A. Lucarelli-F. Zammartino (a cura di), *La riforma costituzionale Renzi-Boschi. Quali scenari?*, Giappichelli, 2016, p. 3.

⁶⁸⁸ Così, B. Caravita, *Audizione*, in *Indagine conoscitiva nell'ambito dell'esame delle proposte di legge costituzionale C. 1585 cost. approvata dal Senato, e C. 1172 cost. D'Uva, recanti «modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari» e della proposta di legge C. 1616, approvata dal senato, recante «disposizioni per assicurare l'applicabilità delle leggi elettorali indipendentemente dal numero dei parlamentari»*, Resoconto stenografico, 3 aprile 2019.

⁶⁸⁹ In questi termini G. Ferrara, cit., pp. 103 ss.

concepita l'altra: quella che in essa si dovrà rappresentare»⁶⁹⁰.

In altri termini, un'apparente revisione puramente puntuale della Costituzione è idonea a produrre un "effetto domino" anche su tutte le altre disposizioni, a meno che non si tratti di revisioni che non incidano sulla "conformazione" e il funzionamento degli organi costituzionali.

D'altro canto, è difficile individuare delle indicazioni di metodo relative all'esercizio del potere di revisione costituzionale, anche al di là di quanto emerge dalla lettera della disposizione costituzionale che lo disciplina (art. 138 Cost.⁶⁹¹).

L'art. 138 Cost., infatti, non distingue espressamente tra revisioni organiche (o totali) e puntuali⁶⁹². In tal senso la differenza, tanto nell'uno quanto nell'altro caso, può risiedere nella capacità di riuscire a ponderare al meglio le conseguenze inevitabili di tali revisioni. Solo così, se ne potranno cogliere gli effetti anche nel breve periodo.

Apprezzamento che non può che essere rimesso alle forze politiche tanto di maggioranza quanto di opposizione, così da scongiurare impieghi distorti della revisione, quali, ad esempio, l'uso meramente politico a fini di auto-legittimazione di alcune forze partitiche.

Non a caso, in diversa occasione, come già si è espresso in dottrina, «nessuna riforma costituzionale può assicurare un governo migliore, perché questo dipende da virtù che non stanno (almeno in misura sufficiente) nelle leggi, ma negli uomini: e non solo in quelli che ci governano»⁶⁹³.

⁶⁹⁰ *Ibidem*

⁶⁹¹ Si richiama, più di recente e per un approfondimento sul tema, M. Manetti (a cura di), *Per la Costituzione. Scritti scelti*, Vol. I-II, Editoriale Scientifica, 2019.

⁶⁹² Data la copiosità della letteratura sul tema, ci si limita, per ragioni di economia espositiva a richiamare, i più recenti contributi di A. Lucarelli (per gentile concessione dell'autore), *Le garanzie dell'art. 138 Cost.*, in M. Della Morte (a cura di), *Tavola rotonda: le garanzie dell'art. 138 Cost.*, Università degli Studi del Molise – Dipartimento Giuridico – 28 febbraio 2017 Campobasso, in corso di pubblicazione, p. 2 ss., secondo il quale «Il potere di modificare/revisionare la Costituzione, sulla base di norme costituzionali (principi, regole, procedure) significa che singole o più discipline legislative costituzionali possono essere sostituite da altre, ma solo nel presupposto che l'identità, l'omogeneità e la continuità della Costituzione nella sua interezza rimangano garantite.; nonché P. Carnevale, *Considerazioni postume sull'art. 138 Cost. e il procedimento di revisione costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017.

⁶⁹³ Così, R. Bin, *Cose serie, non riforme costituzionali!*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/2013, p. 317.

SISTEMA PARTITICO, «FORMANTE LEGISLATIVO» E CORTE COSTITUZIONALE: QUALCHE OSSERVAZIONE SULLA RIDUZIONE DEL NUMERO DEI PARLAMENTARI*.

di Virgilia Fogliame**

346

1. Ad oggi, il tema relativo alla riduzione del numero dei parlamentari – proposta di bandiera del Movimento 5 Stelle e sulla quale il corpo elettorale sarà chiamato a pronunciarsi il prossimo 29 marzo – sembra aver suscitato non solo adesioni, ma anche numerose critiche volte ad evidenziare, per lo più, alcune conseguenze non del tutto coerenti che si produrrebbero sul piano concreto. Tuttavia, per far sì che il confronto referendario possa declinarsi in una reale occasione di partecipazione democratica, trincerarsi dietro un aprioristico e radicale atteggiamento di diffidenza e scetticismo sulle soluzioni proposte non sembra un buon sentiero da percorrere, in particolare se il compito del giurista si sostanzia nell’obiettivo di «generare processi di consapevolezza e partecipazione».

Ma coloro i quali speravano che (almeno per un limitato periodo di tempo) il tema potesse “decantare” per avere la lucidità di metterne in rilievo i relativi aspetti, hanno dovuto invece fare i conti con una proposta che si è andata “contorcendo” sotto il fuoco del sistema mediatico, in ispecie a seguito della dichiarazione di inammissibilità, da parte della Consulta, della proposta presentata da otto Consigli regionali⁶⁹⁴ guidati dal centro-destra, avente ad oggetto l’abrogazione della quota proporzionale prevista dall’attuale legge elettorale, nell’intento di trasformare il sistema in un maggioritario puro⁶⁹⁵.

* *Sottoposto a referaggio.*

** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Napoli “Federico II”:

⁶⁹⁴ Ossia Veneto, Piemonte, Lombardia, Friuli-Venezia Giulia, Sardegna, Abruzzo, Basilicata e Liguria.

⁶⁹⁵ In particolare, con sentenza n. 10 del 16.01.2020 - 31.01.2020, i Giudici hanno dichiarato inammissibile la richiesta di referendum avanzata dalla Lega, avente ad oggetto “Abolizione del metodo proporzionale nell’attribuzione dei seggi in collegi plurinominali nel sistema elettorale della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica”, arrestando così il disegno del partito promotore dell’iniziativa di modificare l’attuale sistema elettorale in un maggioritario puro a collegi uninominali. Tuttavia, nella consapevolezza che la “normativa di risulta” in esito all’abrogazione referendaria non potesse essere immediatamente

Senza addentrarsi in considerazioni meramente soggettive sulla idoneità o meno della proposta quale chiave di volta per fornire una ragionevole soluzione per contrastare le «derive del parlamentarismo», la presente riflessione tenderà a mettere in evidenza alcuni aspetti problematici legati ad un eventuale esito positivo all'appuntamento del 29 marzo.

2. È già stata utilmente sottolineata dagli economisti la «marginalità» della manovra in commento sui costi della politica, incidendo sulla spesa pubblica soltanto per un valore pari allo 0,007%⁶⁹⁶. L'aspetto che, invece, pare assumere un rimarchevole interesse sembra essere l'inevitabile riduzione del "peso politico" che investirebbe le realtà territoriali "minori" nell'ipotesi in cui la proposta dovesse essere accolta dal corpo elettorale. Difatti, nonostante il numero di parlamentari prefigurato dalla stessa tenda ad avvicinarsi il più possibile al cd. "rapporto ottimale" tra popolazione e rappresentanti (così come emerge dai risultati prodotti dall'applicazione della formula nota come "*legge cubica della dimensione delle assemblee*" ideata dal politologo Rein Taagepera, pubblicati attraverso un report del 9 ottobre 2019 dal Centro Italiano Studi Elettorali)⁶⁹⁷, occorre considerare la profonda «eterogeneità» che caratterizza il nostro Paese, ove le differenze in termini di consistenza demografica, economica e produttiva risultano essere piuttosto marcate in relazione alle diverse aree regionali che ne fanno parte.

Ed è proprio da tale «eterogeneità» che muove la presente riflessione, attesa l'inevitabile "svolta maggioritaria" che assumerà l'intero sistema elettorale attuale nell'ipotesi in cui il disegno riformatore dovesse concretizzarsi, inficiando così il corretto funzionamento del circuito rappresentativo a causa della inevitabile sotto-rappresentazione delle autonomie

"autoapplicativa" (ossia idonea a produrre, in qualsiasi momento, il rinnovo degli organi elettivi, poiché sarebbe stato necessario rideterminare tutti i collegi elettorali per trasformarli in uninominali), era stata proposta altresì la parziale abrogazione della delega conferita al Governo con la legge n. 51/2019 per la revisione dei collegi elettorali legata al taglio dei parlamentari. Siffatto tentativo, tuttavia, è stato dichiarato inammissibile dalla Corte a causa del carattere «apparentemente abrogativo» dell'intervento sulla norma di delega interessata (art. 3, l. n. 51 del 2019) declinandosi, al contrario, in una «eccessiva manipolazione» della stessa, diretta a dar vita «ad una "nuova" norma di delega, diversa, nei suoi tratti caratterizzanti, da quella originaria». Invero, secondo i Giudici, la sostanziale «alterazione» di tutti i «caratteri somatici» di quest'ultima di cui all'art. 76 Cost. (al fine di garantirne la duplice compatibilità con l'attuazione della riforma costituzionale sulla riduzione dei parlamentari da un lato, ed il nuovo impianto elettorale risultante dal referendum dall'altro), avrebbe determinato un «inammissibile effetto ampliativo della delega originaria».

⁶⁹⁶ Così come rilevato dall'Osservatorio sui conti pubblici attraverso un report di E. Frattola, disponibile online: https://osservatoriocpi.unicatt.it/cpi-Nota_risparmi_taglio_parlamentari.pdf.

⁶⁹⁷ Rinvenibile al seguente indirizzo: <https://cise.luiss.it/cise/2019/10/09/945-sono-troppi-600-sono-pochi-qual-e-il-numero-ottimale-di-parlamentari/>.

territoriali più deboli. Invero, ipotizzando uno scenario che combini la riduzione del numero dei seggi a disposizione con i meccanismi di distribuzione degli stessi previsti dall'attuale sistema (che si presenta misto a separazione completa), le forze politiche "più forti" tenderebbero ad acquisire un significativo vantaggio sulle formazioni meno solide, in specie al Senato⁶⁹⁸. Difatti, a causa del minor numero di membri da eleggere in ogni circoscrizione, aumenterebbe implicitamente la soglia di sbarramento richiesta per accedere verso le più alte sedi della rappresentanza, limitando in particolare le *chances* di successo per le singole forze "minori" non coalizzate.

Pertanto, se il centrodestra dovesse presentarsi unito alle prossime elezioni (come accaduto in occasione delle politiche del 2018) riuscirebbe a prevalere sulle forze antagoniste, specie qualora non si instaurasse un dialogo tra centrosinistra e Movimento 5 Stelle⁶⁹⁹. In caso contrario, il centrodestra riuscirebbe comunque (ad oggi) a mantenere la maggioranza, seppure di poche unità, considerato in particolare i recenti esiti registrati dal Partito Democratico alle consultazioni regionali svoltesi in Emilia-Romagna e Calabria: difatti, pur perdendo la guida di quest'ultima, il partito di Nicola Zingaretti è riuscito ad ottenere il 15,1% dei consensi (risultando primo partito con oltre 113.000 preferenze)⁷⁰⁰, mentre il Movimento 5 Stelle si è fermato in entrambe le Regioni ad un valore nettamente inferiore al 10%⁷⁰¹.

⁶⁹⁸ Così come rilevato da G. Tarli Barbieri, *La riduzione del numero dei parlamentari: una riforma opportuna? (ricordando Paolo Carrozza)*, in *Le Regioni*, n. 2/2019, p. 380 ss. e da O. Chessa, *Sul taglio dei parlamentari*, in <http://www.lacostituzione.info/>, 10 ottobre 2019.

⁶⁹⁹ In termini percentuali, infatti, la coalizione di centrodestra riuscirebbe ad imporsi sul centrosinistra e il Movimento 5 Stelle conquistando circa il 47% dei seggi alla Camera e il 43% al Senato. Tale percentuale è stata calcolata dalla scrivente in base ai dati messi a disposizione dal dossier "*Disposizioni per assicurare l'applicabilità delle leggi elettorali indipendentemente dal numero dei parlamentari*" redatto dal Servizio Studi della Camera dei Deputati, tenendo conto altresì della percentuale di voti ottenuti dal centrodestra all'esito delle elezioni politiche del 2018. In argomento, si v. altresì la simulazione elaborata dal capogruppo del partito Liberi e Uguali alla Camera Federico Fornaro per "Il Fatto Quotidiano", basata sulla distribuzione territoriale del voto emersa in occasione delle elezioni europee dello scorso anno, rinvenibile al seguente link: <https://www.ilfattoquotidiano.it/in-edicola/articoli/2019/07/16/nuovo-parlamento-post-taglio-trionfo-della-destra-salviniana/5326617/>.

⁷⁰⁰ Secondo quanto emerge dall'elaborazione congiunta degli istituti Agi e Youtrend elaborata per Sky Tg24, disponibile on-line: <https://tg24.sky.it/speciali/elezioni/italia/regionali/calabria/dati-elettorali.html>. In Emilia-Romagna, invece, il Partito Democratico è riuscito ad ottenere il 34,6% dei consensi, confermando così alla guida della Regione il Presidente uscente Stefano Bonaccini, che ha raggiunto il 51,42% delle preferenze. Fonte: analisi Agi e Youtrend disponibile al link <https://tg24.sky.it/speciali/elezioni/italia/regionali/emilia-romagna/mappa.html>.

⁷⁰¹ Per la precisione, all'esito delle elezioni svoltesi lo scorso 26 gennaio, i pentastellati hanno raggiunto il 4,7% dei consensi in Emilia Romagna ed il 6,2% in Calabria.

Secondo i sondaggi più recenti⁷⁰², il consenso degli elettori verso il Partito Democratico è cresciuto di due punti percentuali rispetto ai dati registrati a dicembre: si tratta di un dato non trascurabile, atteso che a tale crescita si è accompagnato, inesorabilmente, un «simmetrico»⁷⁰³ calo di consensi del Movimento, accreditando così l'ipotesi relativa ad una graduale «mobilitazione» dell'elettorato pentastellato verso l'area di centrosinistra, come dimostrato da una recente analisi condotta in relazione alle consultazioni elettorali in Emilia-Romagna⁷⁰⁴. Ciò conduce a ritenere che, al contrario di quanto sostenuto nei mesi scorsi dal *leader* della Lega, una eventuale futura alleanza di stampo “giallo-rossa” risulterebbe tutt'altro che «un'alleanza tra perdenti».

3. Di contro, coloro i quali avevano riposto fiducia in un ridimensionamento della citata “svolta maggioritaria” attraverso la modifica del vigente impianto elettorale in senso proporzionale, potrebbero restare delusi. Invero, sebbene la proposta di legge presentata lo scorso 9 gennaio dal Presidente della Commissione Affari Costituzionali della Camera (ribattezzata “*Germanicum*” in nome della parziale aderenza ai meccanismi elettorali previsti dall'ordinamento tedesco) riuscirebbe a garantire un “diritto di tribuna” alle forze politiche che non raggiungano la soglia di sbarramento (fissata al 5%), il centrodestra unito potrebbe comunque ottenere la maggioranza⁷⁰⁵. Siffatto scenario risulterebbe mitigato nell'ipotesi in cui, invece, dovesse formarsi la citata alleanza “giallo-rossa”: in tale

⁷⁰² L'indagine presa in considerazione, elaborata dall'Istituto SWG per il Tg La7 del 10 febbraio, è disponibile al seguente indirizzo: <https://tg.la7.it/politica/il-sondaggio-politico-di-luned%C3%AC-10-febbraio-2020-10-02-2020-146989>.

⁷⁰³ Le rilevazioni sulle intenzioni di voto diffuse a dicembre da Quorum-Youtrend, infatti, cristallizzavano il consenso del M5S e del PD rispettivamente al 16,3% e al 18,7% (così come emerge dai dati disponibili al link: <https://www.youtrend.it/2019/12/20/supermedia-sondaggi-politici-19-dicembre-la-lega-arretra-di-14-punti/>). I sondaggi condotti a febbraio (cfr. nt. 9), invece, hanno fotografato una realtà opposta, registrando un calo dei pentastellati pari a due punti percentuali (14%) e un incremento dei consensi del PD pari al medesimo valore perso dal Movimento, raggiungendo così il 20,7%.

⁷⁰⁴ Secondo un'indagine effettuata dall'Istituto Cattaneo (a cura di M. Regalia, M. Valbruzzi e S. Vassallo), infatti, è emerso – attraverso un'analisi sui flussi elettorali dalle elezioni europee del 2019 alle regionali del 2020 – come le recenti elezioni regionali svoltesi in Emilia-Romagna siano state connotate da una «mobilitazione simmetrica» dell'elettorato del Movimento 5 Stelle verso il Partito Democratico. L'indagine, condotta sulle città di Forlì, Ferrara, Parma e Ravenna, ha rilevato come, in ognuna di esse, più del 50% degli elettori del Movimento 5 Stelle abbia scelto la candidatura del *leader* regionale del centrosinistra. Per un approfondimento, si rinvia all'analisi pubblicata il 27 gennaio al seguente link: http://www.cattaneo.org/wp-content/uploads/2018/03/2020-01-27_ER_Flussi_4Citt%C3%A0.pdf.

⁷⁰⁵ È quanto emerge dalla simulazione elaborata in argomento da “Quorum-Youtrend”, pubblicata il 14 gennaio 2020 al seguente indirizzo: <https://www.youtrend.it/2020/01/14/cosa-accadrebbe-se-si-votasse-con-il-germanicum/>

evenienza, potrebbe guadagnare un proprio spazio anche il partito Italia Viva di Matteo Renzi (oggi stabile al 4,2% in relazione agli ultimi sondaggi), favorito dal “diritto di tribuna” qualora non dovesse raggiungere il valore previsto dalla soglia di riferimento, raccogliendo migliori risultati in Toscana ed Emilia-Romagna.

Per «garantire la governabilità», quindi, occorre “dialogo” tra le singole forze politiche, in modo da neutralizzare affermazioni di stampo personalistico che conducono, troppo spesso, ad una faticosa ricerca di equilibrio nelle attività assembleari, tutt’altro che arginabile attraverso un semplice ridimensionamento delle assemblee rappresentative e ad un mutamento della formula elettorale. Sembra matura la convinzione, infatti, che le problematiche relative all’individuazione di un sistema di elezione idoneo ad assicurare una “maggiore governabilità” non possano essere affrontate in assenza di una rimediazione concernente l’attuale assetto dei partiti, questi ultimi travolti da un severo processo di “personalizzazione” che conduce le forze al governo ad elaborare formule elettorali idonee a garantire il proprio consolidamento e mantenimento nel lungo periodo. Nulla di nuovo: già nel 2005, infatti, il “partito personale” al potere era riuscito ad imporre una legge elettorale conforme alla propria cristallizzazione, introducendo un sistema «asseritamente» proporzionale con liste bloccate (in luogo delle candidature individuali) formate dai partiti stessi (o meglio, dai propri *leader*) e premio di maggioranza senza soglia minima, eliminando i collegi uninominali per far posto a circoscrizioni plurinominali. E a distanza di dieci anni, è stato riproposto lo stesso modulo: nella seduta del 4 maggio 2015, il Parlamento ha approvato una nuova legge elettorale (6 maggio 2015, n. 52, cd. “*Italicum*”, dichiarata parzialmente illegittima dalla Corte costituzionale e abrogata ancor prima della messa in opera) rispondente alle esigenze di un “partito personale” alla ricerca di consolidamento⁷⁰⁶.

⁷⁰⁶ S. Staiano, *La forma di governo nella Costituzione come norma e come processo*, in F. Musella (a cura di), *Il Governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, Bologna, 2019, p. 49 ss. A ben vedere, infatti, la legge elettorale n. 52 del 2015 risultava aderente ad uno schema predefinito costituito dal binomio “referendum costituzionale – approvazione legge elettorale”. Un positivo esito del referendum del 4 dicembre 2016, infatti, avrebbe determinato una «depressione funzionale» della Seconda Camera, comprimendo significativamente il ruolo delle autonomie in relazione alla struttura ed al funzionamento della forma di governo. Pertanto, l’obiettivo del partito promotore delle iniziative in analisi concerneva la destrutturazione del contesto autonomista al fine di «costituire un quadro unico, nazionale, al centro del sistema», arrestando così la gestione monocratica dei processi decisionali posta in essere dai *leader* scelti su scala regionale, atteso che la ramificazione a livello periferico del codice comunicativo proveniente dal “partito personale nazionale” (gestione delle risorse permeabile a logiche arbitrarie, unidimensionalità del potere, apparato di partito «in posizione servente» rispetto al *leader*) ha condotto verso un progressivo disallineamento tra la definizione della linea politica dettata dai dirigenti del partito nazionale e quella, di contro, adottata dai *leader*

Occorrerebbe chiedersi, a questo punto, quanto abbiano influito i cambiamenti del «formante legislativo» e della struttura partitica sul circuito rappresentativo, in uno al ruolo assunto dalla Corte in tale processo, che sembra inclinato a circoscrivere il ruolo dei partiti nel campo della produzione normativa in materia elettorale, ritagliandosi in tal modo un ruolo decisivo nel funzionamento della forma di governo⁷⁰⁷. Dal canto suo, il legislatore politico si mostra desideroso di disegnare un apparato elettorale aderente alle esigenze dei soggetti partitici, ma produce testi di cattiva qualità, molto spesso altamente disfunzionali in fase applicativa, conducendo pertanto i Giudici ad intervenire nuovamente attraverso tecniche di sostanziale «ablazione», che si risolvono in dichiarazioni di illegittimità parziale degli stessi. Con il risultato che il testo emergente a seguito di siffatta manipolazione sarà incompatibile con la volontà originaria dettata dalla dimensione partitica, conducendo pertanto a nuove leggi elettorali⁷⁰⁸.

Le problematiche rilevate in tale sede riflettono, quindi, l'assenza di un solido assetto democratico interno delle formazioni politiche, queste ultime avvolte da una «spirale leaderistica»⁷⁰⁹ che ha prodotto una riduzione del «peso politico» dei gruppi ed un conseguente incremento dei «singoli attori politici in quanto persone»⁷¹⁰. L'attività delle Camere, infatti, risulta complicata non tanto dal numero dei membri che la compongono⁷¹¹, ma dalle fratture derivanti dal «gioco competitivo» posto in essere dalle varie forze

substatali. In argomento, cfr. S. Staiano, *Costituzione italiana: art. 5*, Roma, 2017, p. 122; F. Musella, *Il partito politico tra reti e organizzazione*, in S. Staiano (a cura di), *Nella rete dei partiti. Trasformazione politica, forma di governo, network analysis*, Napoli, 2014, p. 47 ss.; M. Calise, *Il partito personale. I due corpi del leader*, Roma-Bari, 2010. Sul tentativo di riforma del 2016 quale «progetto decisamente politico» che, per dimensione e contenuti, tendeva a collocarsi «al di fuori dell'art. 138 Cost., in cui lo scontro ed il dibattito hanno contenuti altamente politici, spostati su un piano di dialettica e personificazione politica piuttosto che giuridico-costituzionale», cfr. A. Lucarelli, *Il progetto politico della "grande" riforma renziana*, in A. Lucarelli e F. Zammartino (a cura di), *La riforma costituzionale Renzi-Boschi. Quali scenari?*, Torino, 2016, p. 6 ss. (sul punto, si v. altresì nello stesso volume il contributo di M. Della Morte e B. De Maria, *Gli istituti della partecipazione nella riforma Renzi-Boschi*, spec. p. 78).

⁷⁰⁷ *Amplius*, su tale profilo, A. Vuolo, *La legge elettorale. Decisione politica, controlli, produzione giurisprudenziale*, Napoli, 2017, p. 127 ss. Ritiene «fortemente auspicabile» un «ritorno della giurisdizione costituzionale entro i confini dell'incidentalità», seppur fortemente «irrealistico» a causa della incisiva «pressione del contesto politico», S. Staiano, *Il giudizio sulla legge elettorale come decisione politica*, in www.federalismi.it, n. 2/2017, p. 11.

⁷⁰⁸ S. Staiano, *La forma di governo nella Costituzione come norma e come processo*, cit., p. 55. In termini piuttosto aspri avverso siffatto «ipercinetismo» in materia elettorale, cfr. F. Lancheater, *La corte e il voto: riflettendo su un comunicato stampa*, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it, n. 1/2017, p. 6 ss.

⁷⁰⁹ C. De Fiores, *Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader*, in www.costituzionalismo.it, fasc. 1/2018, 242.

⁷¹⁰ D. Garzie e F. Viotti, *Leader, identità di partito e voto in Italia, 1990-2008*, in *Rivista italiana di scienza politica*, fasc. 3/2011, p. 414.

⁷¹¹ Così come rilevato da G. Azzariti, *La trappola: a proposito del referendum sulla riduzione del numero dei parlamentari*, in questa *Rivista*, Editoriale, n. 1/2020.

politiche alla costante ricerca di consenso, quest'ultimo ottenuto attraverso progressive e molteplici politiche di «rispecchiamento»⁷¹² tese ad assecondare le esigenze dell'elettorato emergenti dai sondaggi o espresse sui *social-network*⁷¹³. Un *modus operandi* che conduce i *leader* partitici verso pratiche destinate all'insuccesso, inidonee a perdurare nel lungo periodo in quanto orientate – attraverso una capillare opera di «ricerca di connessione» con gli umori degli elettori⁷¹⁴ – ad ottenere il favore «immediato» degli stessi⁷¹⁵. E ciò soltanto allo scopo di custodire, il più a lungo possibile, i “propri” consensi (che, tuttavia, tendono a svanire «con la stessa rapidità con cui si sono catalizzati»)⁷¹⁶.

Il disegno di riduzione del numero dei parlamentari sembra costituire l'esito di tale processo, atteso che è stato proposto da una forza politica in progressivo arretramento la quale, nel tentativo di riconquistare la fetta di elettorato perduta, tende ad assecondare il diffuso malcontento verso i “costi della politica”, elevandosi a principale artefice di una scelta di natura «punitiva» nei confronti di una classe rappresentativa inefficiente.

Peccato che le cd. “politiche di rispecchiamento” – per il contesto e le modalità in cui le stesse maturano – risultano essere ben lontane dal concetto di “rappresentanza” in senso proprio, che presuppone invece scelte «efficienti», «complesse» e «responsabili» da parte degli eletti, come tali destinate a perdurare nel lungo periodo per garantire una maggiore governabilità. Per tale ordine di motivi, non può che condividersi l'opinione di chi ha sostenuto che tale riforma sia soltanto puramente «estetica»⁷¹⁷.

⁷¹² C. Pinelli, *Populismo e democrazia rappresentativa*, in *Democrazia e diritto*, n. 3/2010, spec. p. 36.

⁷¹³ Sulla «sinergia» tra *media* e *leader*, sorretta dal dominio di quest'ultimo sui circuiti di comunicazione attraverso un carisma che riesce a «bucare lo schermo», ispirando nell'elettorato un «sentimento di fiducia, talora di entusiasmo e – a fasi alterne – di approvazione delle politiche che propone» cfr. M. Calise, *La democrazia del leader*, Roma-Bari, 2016, p. 18 ss.

⁷¹⁴ «Come un personal trainer costretto a calibrare il proprio passo – i propri muscoli – su quelli del proprio cliente, i *leader* al tempo della rete hanno successo solo se riescono a farsi guidare dai follower. Replicando nelle proprie parole [...] il caleidoscopio di umori che la lettura degli analytics fa emergere dalle viscere del web». Sul punto, cfr. M. Calise e F. Musella, *Il Principe digitale*, Roma-Bari, 2019, p. 91.

⁷¹⁵ Tale fenomeno tende a declinarsi in una «centralizzazione del potere su base populista», conducendo a «degenerazioni della rappresentanza» a causa degli effetti distorsivi prodotti dalla cd. «democrazia del pubblico». Sul punto, cfr. S. Staiano, *La rappresentanza*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, p. 21; G. Ferraiuolo, *Costituzionalismo e populismo al governo*, in F. Musella (a cura di), *Il Governo in Italia*, cit., p. 279-280. Sulla «metamorfosi» della democrazia rappresentativa in una «democrazia del pubblico», nella quale i partiti politici «cedono spazio alla personalizzazione, l'organizzazione alla comunicazione, mentre le identità collettive si indeboliscono, compensate dalla fiducia personale diretta» cfr. I. Diamanti, Prefazione a B. Manin, *Principi del governo rappresentativo*, Bologna, 2010, X.

⁷¹⁶ M. Calise e F. MUSELLA, *Il Principe digitale*, cit., spec. pp. 67-92.

⁷¹⁷ P. Carrozza, *È solo una questione di numeri? Le proposte di riforma degli artt. 56 e 57 Cost. per la riduzione dei parlamentari*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, fasc. speciale, maggio 2019, p. 99.

ALCUNE BREVI CONSIDERAZIONI SULLA PROPOSTA DI LEGGE COSTITUZIONALE DI RIDUZIONE DEI PARLAMENTARI SOTTOPOSTA A *REFERENDUM* COSTITUZIONALE*.

di Fulvio Pastore**

La riduzione di oltre un terzo del numero dei componenti le camere parlamentari, a sistema elettorale invariato, comporta oggettivamente una riduzione significativa del grado di rappresentatività e di pluralismo degli organi parlamentari.

Il principio pluralista, anche se non espressamente enunciato in una specifica disposizione costituzionale, alla luce di una lettura logico-sistematica, costituisce uno dei principi fondamentali della Costituzione e rientra a pieno titolo nel c.d. nucleo duro della Costituzione, ovvero quell'insieme di beni giuridici che non possono essere intaccati neppure da una legge costituzionale, perché concorrono significativamente a caratterizzare in senso democratico il nostro ordinamento giuridico. Il principio pluralista, del resto, pervade ogni parte del nostro sistema costituzionale, manifestandosi in mille forme e modi diversi, dal pluralismo politico, a quello sociale, a quello culturale, a quello religioso, a quello territoriale. In un moderno Stato di diritto, inoltre, lo stesso principio di legalità, secondo il quale la legge rappresenta il fondamento positivo e il limite negativo di ogni altra espressione di legalità, trova la sua *ratio* proprio nella rappresentatività e nel pluralismo delle camere parlamentari, risultando superato il mito illuministico che identificava la legge con la volontà generale e quindi con la verità, la razionalità e la giustizia. Il superamento dell'idea di onnipotenza e di supremazia della legge, coincide con l'affermazione della rigidità della Costituzione e del suo corollario, ovvero il sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi e gli atti aventi forza di legge. Garanzie costituzionali, queste ultime, parimenti fondate sugli stessi principi di pluralismo e rappresentatività del Parlamento. Non a caso le democrazie critiche e mature vengono definite anche come democrazie pluraliste, a sottolineare il rilievo decisivo di tale principio.

* *Sottoposto a referaggio.*

** Professore associato di Diritto costituzionale – Università di Cassino e del Lazio Meridionale.

Tra le motivazioni a favore dell'approvazione della proposta vengono principalmente indicate, dai sostenitori, le seguenti: una riduzione dei costi della politica; una maggiore stabilità ed efficienza del sistema politico.

Quanto alla prima motivazione su indicata, si può agevolmente rilevare che il risparmio conseguente alla prevista riduzione dei parlamentari rappresenta una somma irrisoria rispetto ai costi complessivi della politica. In ogni caso, lo stesso risparmio si sarebbe potuto ottenere facilmente riducendo di un terzo le indennità e i rimborsi oggi riconosciuti ai parlamentari, senza ridurre il pluralismo e la rappresentatività degli organi parlamentari. Quanto alla seconda motivazione su indicata, si rileva, molto sinteticamente, come la stabilità ed efficienza del nostro sistema politico andrebbero più utilmente perseguite attraverso la introduzione di adeguati elementi di razionalizzazione e stabilizzazione della forma di governo parlamentare che non prevedano l'elezione diretta del vertice dell'esecutivo, anziché illudersi di ottenere tale risultato mediante una semplificazione della dialettica parlamentare. La stabilità è presupposto necessario ma non sufficiente per un rendimento qualitativamente elevato della forma di governo che presuppone anche la capacità di rappresentare il pluralismo di una società post-industriale complessa come la nostra. Un adeguato pluralismo e grado di rappresentatività delle Istituzioni politiche, infatti, è presupposto indefettibile di efficacia ed efficienza dell'azione di governo, atteso che la mancata riconduzione nell'alveo parlamentare di istanze e bisogni presenti a livello sociale, culturale e territoriale, pregiudica la capacità degli organi di indirizzo politico di individuare e perseguire correttamente e pienamente gli interessi pubblici generali.

Chi vuole sdrammatizzare il *vulnus* inferto al sistema democratico dalla riduzione del numero dei parlamentari, a sua volta, sostiene che: il vero problema non è il numero dei parlamentari ma la qualità della rappresentanza parlamentare, atteso che già ci troviamo di fronte a una grave ed evidente crisi di rappresentanza politica nonostante la consistenza attuale delle assemblee elettive; la sovranità del popolo, a seguito dell'avvento dell'informatica e del digitale, non si esprime più in via preminente attraverso i meccanismi di democrazia rappresentativa quanto, piuttosto, mediante gli strumenti di partecipazione politica diretta.

Il tema della qualità della rappresentanza politica costituisce sicuramente un elemento cruciale del dibattito scientifico sulla crisi del sistema istituzionale italiano, come bene evidenziato negli atti del convegno annuale dell'Associazione Italiana dei costituzionalisti

svoltosi nel 2016 a Trento (si rimanda in particolare alla ampia e approfondita relazione svolta da Sandro Staiano in quella sede). Tuttavia, non si vede come la riduzione dei parlamentari possa automaticamente tradursi in una migliore scelta dei parlamentari senza un intervento riformatore adeguato sul piano della selezione delle candidature e sul piano dei meccanismi elettorali ma soprattutto senza un rinnovamento del sistema dei partiti e della cultura politica del Paese.

Per quanto concerne, poi, l'esigenza, effettivamente impellente di un potenziamento degli Istituti di partecipazione politica diretta, si deve notare come la proposta in esame appaia purtroppo isolata e sganciata da un ridisegno complessivo del sistema politico-istituzionale che valorizzi il ruolo dei cittadini nella vita politica.

Come è noto, le norme costituzionali non prescrivono l'adozione di un particolare sistema elettorale ma la giurisprudenza costituzionale ha di recente evidenziato come la Costituzione non sia indifferente al sistema elettorale adottato, dovendo le scelte discrezionali del legislatore in materia conformarsi a una serie di principi costituzionali (cfr. sentenze della Corte costituzionale n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017). In particolare, la Consulta ha evidenziato come la legislazione elettorale debba innanzitutto assicurare i valori del pluralismo e della rappresentatività delle camere parlamentari mentre la governabilità rappresenta solo un obiettivo costituzionale, da perseguire a condizione che il sacrificio della rappresentatività richiesto a tal fine non sia eccessivo e quindi irragionevole.

In tal senso, appare evidente come la riduzione significativa del numero dei parlamentari, determinata dalla proposta di revisione in esame, renda particolarmente controindicata l'adozione di un sistema elettorale fortemente manipolativo. Infatti, l'effetto maggioritario del sistema elettorale, in questo caso, determinerebbe una sotto-rappresentazione delle minoranze parlamentari che si andrebbe a sommare alla riduzione del pluralismo già prodotta dalla riduzione dei componenti le camere. Il rischio sarebbe quello di una esclusione dal circuito della rappresentanza politica di numerosi partiti politici di dimensioni nazionali apprezzabili e/o di una insufficiente rappresentanza di aree territoriali importanti del Paese.

L'opinione pubblica sembra attualmente troppo condizionata da argomenti populistici e demagogici per poter sperare in una reiezione della proposta di revisione sottoposta a *referendum*. Tutti i sondaggi mostrano come la stragrande maggioranza del corpo elettorale

sia favorevole alla riduzione dei parlamentari prevista e non è facile immaginare che nella campagna elettorale referendaria le argomentazioni esposte possano trovare uno spazio sufficiente a far prevalere una diversa manifestazione di volontà.

Si tratta, pertanto, di mettere in campo delle proposte di riforma che possano determinare un contrappeso adeguato, rispetto alla riduzione di pluralismo e rappresentatività paventata, così come appare fondamentale per le sorti della nostra democrazia una ripresa di ruolo dei partiti politici e di tutti i corpi intermedi.

LA RIDUZIONE DEL NUMERO DEI PARLAMENTARI: *DE IURE CONDITO O DE IURE CONDENDO?* *

di Francesco Clementi**

1. Sono due i principali argomenti intorno ai quali, dal punto di vista degli studiosi, in genere, si sviluppa il dibattito riguardo ad una riduzione del numero dei parlamentari, testo di riforma costituzionale sottoposto al voto popolare in un referendum il prossimo 29 marzo, ossia: (a) la fonte che individua il numero dei parlamentari, cioè il testo costituzionale, una legge organica, una legge ordinaria; e (b) la determinazione del numero dei parlamentari, che per alcuni è un dato esplicito e puntuale, sostanziato in un numero fisso, come ad esempio oggi accade in Italia; per altri, invece, è un dato mobile, dipendente dal rapporto con la popolazione, come ad esempio oggi avviene in Romania; per altri ancora, infine, è una variabile libera che si applica a partire da un numero minimo prefissato di parlamentari e che dipende dall'esito elettorale, potendo determinare seggi c.d. "soprannumerari", come ad esempio oggi in Germania.

Al tempo stesso - ed al contrario - dal punto di vista dell'opinione pubblica il tema viene svolto, per lo più, con uno spirito antiparlamentarista oltre che antipolitico; con una logica, insomma, tutta populistica, anti-elites, fondata sull'idea di "casta"; idea che è stata negli anni abilmente corroborata – peraltro non senza un qualche argomento, sia chiaro – da un sistema mediatico che ha profondamente radicato questo pensare nelle pieghe più profonde della nostra società.

Così, in un Paese che, anche per ragioni demografiche, crescentemente vede fasce della popolazione sempre più caratterizzarsi per un analfabetismo funzionale di ritorno e per lasciar prevalere le emozioni alle ragioni soprattutto nei momenti elettorali, conviene affrontare questo tema partendo innanzitutto dalla tradizione costituzionale italiana in tema che, come è noto, ha vissuto principalmente tre fasi⁷¹⁸, e che oggi sembra poterne dischiuderne una quarta, in ragione dell'esito, che appare scontato, del voto appunto del 29

* Sottoposto a referaggio.

** Professore associato di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Perugia.

⁷¹⁸ Ci si permetta di rinviare *amplius* a F. Clementi, *Sulla proposta costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari: non sempre «less is more»*, n. 2/2019. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

marzo prossimo.

La nostra storia costituzionale evidenzia con chiarezza, infatti, che la predeterminazione fissa del numero dei parlamentari, come previsto attualmente dalla nostra Costituzione per ciascuna delle Camere, non è un consolidato costituzionale che appartiene alle sue basi fondative, posto che non è il frutto dei lavori dell'Assemblea costituente, ma che essa è il portato successivo di un intenso e dinamico confronto politico che, in ragione innanzitutto delle previsioni della III Disposizione transitoria e finale⁷¹⁹, ha occupato le prime tre Legislature repubblicane, fino ad approdare poi alle plurime riforme costituzionali del 1963. E dunque alla definizione di un numero fisso nel testo costituzionale di parlamentari. Su questa base, il tema del numero dei parlamentari ha avuto appunto tre fasi (dal 1948 al 1963; dal 1963 al 2001; dal 2001 ad oggi, dopo la legge costituzionale 17 gennaio 2000, n. 1, di riforma dell'articolo 48 della Costituzione⁷²⁰) caratterizzate - stante la l'immodificabilità di un sistema elettorale di tipo proporzionale per ragioni legate alla collocazione internazionale dell'Italia in ragione della c.d. guerra fredda⁷²¹ - soprattutto intorno all'obiettivo di fornire la migliore rappresentanza politica al Paese. Questa naturalmente veniva a proporsi - e continua a proporsi, non lo dimentichiamo - all'interno di un bicameralismo paritario fondato praticamente sulla medesima logica speculare di rappresentanza politico-elettorale, al netto delle non così incidenti differenze presenti riguardo all'elettorato attivo e passivo e alla c.d. base regionale delineate rispettivamente dagli articoli 56 e 57 della Costituzione riguardo alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica.

⁷¹⁹ Questa, come noto, prevedeva che « Per la prima composizione del Senato della Repubblica sono nominati senatori, con decreto del Presidente della Repubblica, i deputati dell'Assemblea Costituente che posseggono i requisiti di legge per essere senatori e che: sono stati presidenti del Consiglio dei Ministri o di Assemblee legislative; hanno fatto parte del disciolto Senato; hanno avuto almeno tre elezioni, compresa quella all'Assemblea Costituente; sono stati dichiarati decaduti nella seduta della Camera dei deputati del 9 novembre 1926; hanno scontato la pena della reclusione non inferiore a cinque anni in seguito a condanna del tribunale speciale fascista per la difesa dello Stato. Sono nominati altresì senatori, con decreto del Presidente della Repubblica, i membri del disciolto Senato che hanno fatto parte della Consulta Nazionale. Al diritto di essere nominato senatore si può rinunciare prima della firma del decreto di nomina. L'accettazione della candidatura alle elezioni politiche implica rinuncia al diritto di nomina a senatore.».

⁷²⁰ A questa riforma fecero seguito, come sua attuazione ulteriore, due ulteriori provvedimenti: la legge 27 dicembre 2001, n. 459, nota anche come legge Tremaglia e il conseguente relativo regolamento applicativo (decreto del presidente della Repubblica 2 aprile 2003, n. 104). Da ultimo, cfr. M. Fedi e G. Gambardella, *Il voto degli italiani all'estero: dalle origini del dibattito alle problematiche attuali fino alla recente pronuncia (di rito) della Corte Costituzionale sulle modalità di voto*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, n. 1, 2018, n. 1, p. 265 ss.

⁷²¹ Sul punto, ci si permetta di rinviare a F. Clementi, *Vent'anni di legislazione elettorale (1993-2013). Tra il già e il non ancora*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2, 2015, p. 557 ss.

2. Tenuto conto di questi elementi, il testo che sarà sottoposto a referendum si viene a qualificare per almeno tre caratteristiche, che lo rendono assai differente dalle numerose proposte di legge di riforma costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari che, soprattutto a partire dalla XIII Legislatura, hanno caratterizzato il nostro ordinamento.

Promosso dalla maggioranza politica che ha sostenuto il Governo Conte I, si tratta di un testo infatti che: (a) nasce come una c.d. “micro” riforma, nella logica politica di riforme limitate e puntuali del testo, in completa antitesi alla strategia di “macro riforme” che ha caratterizzato gli ultimi quindici-venti anni del dibattito politico in tema di riforme costituzionali; (b) vede come principale argomento politico per la sua introduzione la necessità di “abbattere i costi della politica”⁷²²; (c) conferma la presenza dei senatori a vita di nomina presidenziale, fissandone il numero a cinque, e mantiene la previsione costituzionale vigente circa la presenza degli ex Presidenti della Repubblica come senatori di diritto a vita.

3. Nonostante chi scriva sia sempre stato favorevole ad una riduzione del numero dei parlamentari in ragione di una diversa ristrutturazione del bicameralismo (in modo tale da favorire, oltre ad una rappresentanza politica popolare diretta, anche una di tipo territoriale), questo testo – se preso *uti singulus* – inevitabilmente si espone a forti critiche⁷²³.

Eppure queste critiche, oggi, possono essere ben temperate – anzi, forse addirittura rimosse – di fronte alle scelte che il Parlamento sta già operando, andando a sanare i problemi che l’eventuale approvazione di questo testo nel referendum costituzionale, slegato da qualsivoglia intervento successivo di rango costituzionale, regolamentare ed elettorale, potrebbe determinare nell’ordinamento.

Infatti la questione della riduzione del numero dei parlamentari oggi sembra doversi forse

⁷²² Cfr. Intervento del Presidente Conte nell’ambito della presentazione della Nota di aggiornamento al DEF 2018. Si v. *amplius* l’Audizione, da parte delle Commissioni Affari costituzionali congiunte di Camera e Senato del Ministro per i rapporti con il Parlamento e per la democrazia diretta dell’allora Governo Conte I, Riccardo Fraccaro, chiamato ad illustrare le linee programmatiche della sua azione di governo. (Camera dei deputati, XVIII Legislatura, Resoconti Stenografici delle sedi Legislativa, Redigente e Referente, Commissioni Riunite (I Camera e 1a Senato), Resoconto stenografico della seduta n. 1 di giovedì 12 luglio 2018).

⁷²³ Per un elenco puntuale e specifico, ci si permetta di rinviare a F. Clementi, *Sulla proposta costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari: non sempre «less is more»*, n. 2/2019. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

interpretare, anche in ragione di un esito che appare scontato, più intorno alle prospettive della serie di riforme costituzionali (e non solo) da dover approvare come conseguenza della riduzione dei parlamentari, piuttosto che riguardo alla mera proposta in sé di riduzione del numero dei parlamentari. Insomma, più che *de iure condito*, probabilmente ormai è più rilevante ragionare *de iure condendo*, non da ultimo perché difficilmente gli elettori italiani si esprimeranno in modo maggioritariamente contrario a questo referendum, che peraltro, come noto, è pure senza quorum.

Preso atto di ciò, e accantonato l'argomento politico – per chi scrive assai debole, invero – di una forte riduzione dei costi della politica (non da ultimo perché il risparmio netto generato dall'approvazione di questa riforma sarà pari a 57 milioni annui, 285 milioni a legislatura, cioè lo 0,007 per cento della spesa pubblica italiana almeno a stare a quanto evidenziato dall' "Osservatorio sui Conti Pubblici Italiani", diretto da Carlo Cottarelli⁷²⁴), a poco più di un mese di distanza dal voto referendario, a mio avviso, allora l'elemento essenziale da far emergere pertiene quindi più sui testi di iniziativa di riforma costituzionale che si stanno presentando in Parlamento come conseguenza appunto di un'approvazione di questo testo nel referendum del 29 marzo prossimo, che sul testo in sé sul quale si è chiamati al voto.

Per cui, può essere utile, proprio per cogliere il senso del voto che ci attende, ragionare intorno alle iniziative - di riforma costituzionale e non – che sono già in corso di esame parlamentare e che sono state poste in essere proprio per affrontare gli effetti e le conseguenze, appunto, della riduzione del numero dei parlamentari.

Se ne possono elencare almeno tre.

Innanzitutto, la modifica dell'elettorato attivo e passivo del Senato della Repubblica. Con questa scelta, equiparando l'elettorato del Senato a quello della Camera, si vuole tentare di ridurre *in primis* i potenziali esiti difformi e divaricanti del voto di fiducia tra Camera e Senato, oltre che, naturalmente, allargare la platea di chi partecipa al voto: un fatto utile anche a contrastare il voto di chi non vota, offrendogli una potenzialità in più. Si tratta, in particolare, di effetti che sarebbero oltremodo dannosi a maggior ragione a numeri ridotti. D'altronde, è proprio la diversa composizione delle Camere – che è inevitabilmente figlia

⁷²⁴ A ben vedere, dunque, un risparmio molto più basso rispetto ai 500 milioni a legislatura, propagandati da alcuni esponenti politici. Cfr. E. Frattola, *Quanto si risparmia davvero con il taglio del numero dei parlamentari?*, in *Osservatorio sui Conti Pubblici Italiani*, 24 luglio 2019, disponibile al link: https://osservatoriocpi.unicatt.it/cpi-Nota_risparmi_taglio_parlamentari.pdf

anche di una diversa platea di elettori – a favorire non di rado una composizione politica delle due assemblee non speculari, sperimentando così in quasi tutte le legislature italiane a partire dal 1994 le difficoltà nell’esprimere un comune, omogeneo e coerente voto di fiducia tra Governo e Parlamento. Tuttavia, non essendovi ora in Parlamento la forza politica per togliere alla Camera Alta il voto di fiducia, questa scelta prova a ridurre allora il rischio di un eccesso di differenza politica nella composizione tra le due Camere, auspicando che ciò possa ridurre il rischio di due potenziali maggioranze politiche. In questo senso, allora, con le modifiche dell’art. 58, primo comma, della Costituzione, riguardo all’elettorato attivo del Senato, approvato già in prima lettura alla Camera, si viene ad uniformare il limite di età per eleggere i senatori, abbassandolo da 25 a 18 anni, cioè a quanto già previsto per la Camera dei deputati, così come, a seguito della conclusione dell’esame in Commissione Affari costituzionali del Senato, è stata approvata pure la modifica dell’elettorato passivo, con l’abbassamento dell’età minima per poter essere eleggibile a senatore da 40 a 25 anni.

In secondo luogo, onde evitare che vi sia una forte asimmetria di “forza politica” dei delegati regionali proprio in quell’elezione (poiché vi è notevole differenza tra 33 su 945 e 33 su 60), con la proposta di legge A.C. 2238 si prevede, da un lato, la riduzione del numero dei delegati regionali che partecipano all’elezione del Presidente della Repubblica, così il loro numero viene ridotto da tre a due, lasciando tuttavia immutato il fatto che la Valle d’Aosta abbia comunque un delegato. E, dall’altro, si modifica il primo comma dell’articolo 57 della Costituzione, stabilendo che, ad eccezione dei seggi assegnati alla circoscrizione Estero, il Senato sia eletto “su base circoscrizionale” e non più, invece, su base regionale, consentendo quindi la possibilità di senatori eletti da più regioni. Fatto decisivo, tenuto conto delle difficoltà di rappresentanza di interi territori, venendo a mancare ben 115 senatori. Si tratta, evidentemente, di due riforme costituzionali vincolate dall’entrata in vigore della legge costituzionale di riduzione del numero di parlamentari e che, in particolare per quanto riguarda i delegati regionali, decorrono dalla prima legislatura per la quale si applica la legge costituzionale di riduzione del numero di parlamentari. E tuttavia si tratta di riforme che consentono di adeguare in modo accettabile la riduzione del numero dei parlamentari alle dinamiche ordinamentali.

La terza proposta riguarda una legge elettorale più adeguata, atta a superare la palese distorsione della rappresentanza politica che questa riduzione del numero dei parlamentari

naturaliter prevede (a maggior ragione aggravata dalla legge 27 maggio 2019, n. 51, che ha riprodotto il numero di seggi da attribuire in ragione di un rapporto frazionario, costruito sugli attuali numeri fissati in Costituzione), non da ultimo perché le regioni e le aree più popolate saranno inevitabilmente avvantaggiate rispetto alle aree meno abitate, specialmente rispetto a quelle interne. Eppure è necessaria una nuova legge elettorale anche per garantire un'equa rappresentanza di tutti i gruppi linguistici nelle regioni a Statuto speciale e in quelle che hanno, al loro interno, minoranze linguistiche e culturali costituzionalmente garantite. In tal senso, vi è l'iniziativa parlamentare presentata dal presidente della commissione Affari costituzionali, Giuseppe Brescia⁷²⁵, che sembra poter essere però – nel merito, oltre che nel metodo - solo l'inizio di un processo che, a mio avviso, non si potrà concludere in un tempo breve, al di là delle parole dei protagonisti.

Cosa manca ancora?

Nonostante siano in corso di elaborazione anche le ulteriori due riforme costituzionali preannunciate nell'accordo di maggioranza sulla quale è nato e si è venuto a stabilizzare il Governo Conte II - ossia il cambiamento delle norme relative al rapporto fiduciario da instaurare a camere riunite e la presenza dei presidenti di regione in Senato per le leggi relative all'autonomia differenziata – pesa ancora l'assenza di una proposta organica di riforma dei regolamenti parlamentari, che sarebbe, invece, quanto mai necessaria di fronte al tema di dover modificare la stessa struttura del Parlamento (dalle Commissioni permanenti ai gruppi parlamentari, innanzitutto), così come sembra essere ancora troppo flebile quel “tono politico-costituzionale”, tipico di un processo politico importante e di rilievo che si apre. E che, a maggior ragione, non può non vedere il coinvolgimento di tutte le forze politiche, non soltanto quelle di maggioranza.

Insomma, da fare non manca a questo Parlamento e alle forze politiche lì presenti.

Forse è tempo allora che la politica, a poco più di un mese dal voto referendario del 29 marzo, decida di aprire anche questo ulteriore percorso. Infatti, il dare prova di aver colto, con consapevolezza, il rilievo oggettivo delle conseguenze problematiche che, pure

⁷²⁵ Questo testo prevede 391 seggi assegnati con metodo proporzionale, uno sbarramento del 5% e un “diritto di tribuna” per chi resta sotto la soglia del 5%. Si v. la proposta di legge A.C. 2329, presentata il 9 gennaio 2020, annunciata il 10 gennaio 2020, il cui esame è iniziato il 14 gennaio 2020 in Commissione, dal titolo: “Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, e al testo unico di cui al decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 533, in materia di soppressione dei collegi uninominali e di soglie di accesso alla rappresentanza nel sistema di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Delega al Governo per la determinazione dei collegi elettorali plurinominali”.

riguardo a questo versante, determina l'approvazione di una riduzione del numero dei parlamentari nel nostro Paese, sarebbe una dimostrazione politica di tutto rispetto, soprattutto di fronte ad un voto referendario che, da parte degli elettori, complice anche un assordante silenzio mediatico, rischia di essere invece inevitabilmente basato su un'incoscienza – ma non innocente - disinvoltura.

Parole chiave: Parlamento – referendum - riduzione numero parlamentari - riforme

Key words: Parliament – referendum – reduction in the number of parliamentarians - reforms

IL “TAGLIO” DEI PARLAMENTARI E IL FINE DELLA “QUALITY OVER QUANTITY”: TANTO RUMORE PER NULLA?*

di Marina Calamo Specchia**

Sommario. 1. Le origini: *tempus regit actum*? – 2. Le ragioni che militano contro la riduzione del numero dei parlamentari. – 3. La riduzione del numero dei parlamentari e la nuova configurazione della democrazia: verso una democrazia iper-maggioritaria? – 4. *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*: la questione procedurale del rinvio *sine die* del referendum costituzionale sul taglio dei parlamentari. – 5. Brevi Riflessioni conclusive.

364

1. Le origini: *tempus regit actum*?

Una premessa di contesto è importante al fine di inquadrare correttamente l'ambito storico-politico entro cui la revisione costituzionale che riduce il numero dei parlamentari ha preso avvio.

La proposta di mettere mano alla composizione del Parlamento repubblicano nella XVIII Legislatura, confluita nel progetto di legge costituzionale A.C. 1585- B cost. approvato in seconda deliberazione dalla Camera l'8 ottobre 2019, prende corpo con il governo Conte 1, precisamente nel punto 20 del “Contratto per il governo del cambiamento” M5S-Lega, poi confermata nel punto 29 dell'accordo del Governo Conte bis⁷²⁶.

* *Sottoposto a referaggio.*

** Professore ordinario di Diritto costituzionale comparato – Università di Bari “Aldo Moro”.

726 Contratto per il governo del cambiamento: “20. Riforme istituzionali, autonomia e democrazia diretta. *Nell'ambito della fondamentale riforma delle istituzioni si rivela necessario un approccio pragmatico e fattibile, con riferimento ad alcuni interventi limitati, puntuali, omogenei, attraverso la presentazione di iniziative legislative costituzionali distinte ed autonome. Occorre partire dalla drastica riduzione del numero dei parlamentari: 400 deputati e 200 senatori. In tal modo, sarà più agevole organizzare i lavori delle Camere e diverrà più efficiente l'iter di approvazione delle leggi, senza intaccare in alcun modo il principio supremo della rappresentanza, poiché resterebbe ferma l'elezione diretta a suffragio universale da parte del popolo per entrambi i rami del Parlamento senza comprometterne le funzioni. Sarà in tal modo possibile conseguire anche ingenti riduzioni di spesa poiché il numero complessivo dei senatori e dei deputati risulterà quasi dimezzato. Occorre introdurre forme di vincolo di mandato per i parlamentari, per contrastare il sempre crescente fenomeno del trasformismo. Del resto, altri ordinamenti, anche europei, contengono previsioni volte a impedire le defezioni e a far sì che i gruppi parlamentari siano sempre espressione di forze politiche presentatesi dinanzi agli elettori, come si può ricavare dall'articolo 160 della Costituzione portoghese o dalla disciplina dei gruppi parlamentari in Spagna. È inoltre fondamentale potenziare un imprescindibile*

istituto di democrazia diretta già previsto dal nostro ordinamento costituzionale: il referendum abrogativo. Per incentivare forme di partecipazione attiva dei cittadini alla vita politica nazionale occorre cancellare il quorum strutturale - ovvero la necessità della partecipazione alla votazione della maggioranza degli aventi diritto - al fine di rendere efficace e cogente l'istituto referendario. Ulteriore obiettivo di questa proposta, nel solco dello spirito che anima l'articolo 75 della Costituzione, è quello di scoraggiare, in ogni forma, l'astensionismo elettorale, spesso strumentalizzato per incentivare il non voto, al fine di sabotare le consultazioni referendarie. Sempre allo scopo di incentivare la partecipazione diretta dei cittadini alla vita politica del Paese sosteniamo l'introduzione del referendum propositivo, ossia un mezzo volto a trasformare in legge proposte avanzate dai cittadini e votate dagli stessi. È poi necessario rendere obbligatoria la pronuncia del Parlamento sui disegni di legge di iniziativa popolare, con puntuale calendarizzazione. Per migliorare il rapporto tra cittadini e istituzioni intendiamo inoltre intervenire su quelle fondazioni, direttamente o indirettamente collegate a partiti politici, introducendo adeguate misure per garantire la massima trasparenza dei finanziamenti ricevuti e delle attività finanziarie svolte. Altre questioni da affrontare in termini costituzionali sono: l'abolizione del Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro, istituzione rivelatasi inefficace rispetto agli scopi per i quali era stata concepita, e l'affermazione del principio della prevalenza della nostra Costituzione sul diritto comunitario, in analogia al modello tedesco, fermo restando il rispetto dell'articolo 11 della Costituzione. Occorre prevedere una maggiore flessibilità dell'azione di governo in modo tale da poter far fronte efficacemente ai diversi cicli economici, prevedendo l'adeguamento della regola dell'equilibrio di bilancio, che rende oggettivamente impossibile un'efficace azione anticiclica dello Stato. Sotto il profilo del regionalismo, l'impegno sarà quello di porre come questione prioritaria nell'agenda di Governo l'attribuzione, per tutte le Regioni che motivatamente lo richiedano, di maggiore autonomia in attuazione dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione, portando anche a rapida conclusione le trattative tra Governo e Regioni attualmente aperte. Il riconoscimento delle ulteriori competenze dovrà essere accompagnato dal trasferimento delle risorse necessarie per un autonomo esercizio delle stesse. Alla maggiore autonomia dovrà infatti accompagnarsi una maggiore responsabilità sul territorio, in termini di equo soddisfacimento dei servizi a garanzia dei propri cittadini e in termini di efficienza ed efficacia dell'azione svolta. Questo percorso di rinnovamento dell'assetto istituzionale dovrà dare sempre più forza al regionalismo applicando, regione per regione, la logica della geometria variabile che tenga conto sia delle peculiarità e delle specificità delle diverse realtà territoriali sia della solidarietà nazionale, dando spazio alle energie positive ed alle spinte propulsive espresse dalle collettività locali. Occorre garantire i trasferimenti necessari agli enti territoriali e una contestuale cessazione delle "politiche di tagli" compiute dagli ultimi Governi. C'è ancora molto da fare per avvicinare le decisioni pubbliche ai cittadini. Un modo che sembra suggerito anche dagli articoli 5 e 118 della Costituzione, consiste nel trasferire funzioni amministrative dallo Stato alle Regioni e poi ai Comuni secondo il principio di sussidiarietà. In tale ambito, si intende rilanciare anche il disegno attuativo delle disposizioni costituzionali su Roma Capitale (art. 114 Cost.) con legge dello Stato. Verrà in tale modo sancito un nuovo Patto tra la Repubblica e la sua Capitale, restituendole nuova e definitiva dignità. Occorre inoltre utilizzare il modello dei "costi standard" per i servizi regionali e locali. Per semplificare la vita dei cittadini e delle Istituzioni occorre diminuire drasticamente il numero delle norme in vigore e fare in modo che le leggi siano attuate. È altresì necessario verificare lo stato di attuazione delle singole disposizioni e la relativa efficacia anche con un bilancio dei risultati concreti della loro attuazione. In particolare occorre fare il "tagliando alle leggi", per valutare se gli effetti ottenuti nel lungo periodo siano quelli originariamente proposti e, nel caso, se siano necessarie modifiche, integrazioni o sia addirittura opportuno procedere alla loro abrogazione. Per garantire l'efficacia dei servizi dello Stato ai cittadini e per dare spazio alle competenze professionali del personale e della dirigenza pubblica, è necessario semplificare e uniformare i procedimenti nonché razionalizzare e accorpate le numerose banche dati pubbliche oggi esistenti. Occorre uniformare i criteri di nomina delle autorità amministrative indipendenti. È opportuno introdurre il principio della cittadinanza digitale dalla nascita, prevedendo l'accesso gratuito alla rete internet per ogni cittadino. È inoltre essenziale introdurre un efficace sistema di valutazione delle performances della pubblica amministrazione nel suo complesso, del personale e della dirigenza pubblica, anche attraverso il coinvolgimento dell'utenza". Sul Contratto per il Governo del cambiamento e sulla formazione del Governo Conte 1, M. Esposito, *Spunti per un'analisi delle variazioni costituzionali percepibili nel procedimento di formazione del Governo Conte*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2018; A. Morrone, *Governo di cambiamento*, in *Federalismi.it*, 6 giugno 2018; A.M. Nico, *Dalla legge elettorale alla formazione del Governo*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2018; C. Pinelli, *Appunti sulla formazione del Governo Conte e sulla fine della riservatezza*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2018; A. Ruggeri, *Anomalie di una crisi di governo e rischio di un uso congiunturale della Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*,

La dottrina⁷²⁷ non ha mancato di sottolineare che la restrizione costituzionale che riduce il numero dei parlamentari da 945 a 600 (400 deputati e 200 senatori) non costituisce una novità sul piano politico.

Il primo intervento sul numero dei parlamentari risale alla seconda legislatura (25 giugno 1953 - 11 giugno 1958), che ridimensionò la composizione del Senato ai soli senatori elettivi in numero di 237 (oltre ai senatori a vita e agli ex Presidenti della Repubblica) espungendo i senatori di diritto che erano stati originariamente previsti nel numero di 107 dalla III disposizione transitoria della Costituzione, e nella terza legislatura (12 giugno 1958 - 15 maggio 1963) quando nacque il dibattito di riequilibrare la composizione del Senato rispetto alla Camera dei Deputati che allora contava 590 componenti, al fine di armonizzarne la base elettiva e per garantire un organico funzionamento del bicameralismo, onde evitare che «il Senato, considerato nella sua totalità, abbia nella votazione in comune con la Camera, una disponibilità di voti perfino inferiore a quella del numero dei membri della Camera appartenenti a un solo partito. Basterebbe cioè un solo partito della Camera a neutralizzare la volontà di tutta la rappresentanza senatoriale» (come si legge nella relazione illustrativa del ddl cost. n. 285).

La legge costituzionale n. 2 del 1963 risponde pertanto alla logica di armonizzazione delle due Camere originariamente differenziate per durata (cinque anni La Camera dei Deputati e sei anni Il Senato) e per composizione (interamente elettiva la Camera bassa, mista la Camera alta): questa riforma chiude la fase dei primi quindici anni di vita della Costituzione, durante la quale si avvia l'attuazione progressiva della Carta costituzionale e il dibattito sul numero dei parlamentari si inserisce in una logica di consolidamento del sistema democratico attraverso il sistema elettorale proporzionale⁷²⁸ e dunque di

10 giugno 2018; M. Siclari, *Primi rilievi sulla formazione del Governo Conte*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2018; L. Spadacini, *Prospettive di riforma costituzionale nella XVIII legislatura*, in *Astridonline*, n. 13/2018.

Accordo di governo Conte bis: “10) È necessario inserire, nel primo calendario utile della Camera dei deputati, la riduzione del numero dei parlamentari, avviando contestualmente un percorso per incrementare le opportune garanzie costituzionali e di rappresentanza democratica, assicurando il pluralismo politico e territoriale. In particolare, occorre avviare un percorso di riforma, quanto più possibile condiviso in sede parlamentare, del sistema elettorale. Contestualmente, si rende necessario procedere alla riforma dei requisiti di elettorato attivo e passivo per l'elezione del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, nonché avviare una revisione costituzionale volta a introdurre istituti che assicurino più equilibrio al sistema e che contribuiscano a riavvicinare i cittadini alle Istituzioni.”

727 E. De Marco, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta nei progetti del Governo del cambiamento*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2018 (10 dicembre 2018), p. 589 ss.

728 F. Clementi, *Vent'anni di legislazione elettorale (1993-2013): tra il già e il non ancora*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2/2015, p. 557 ss.

stabilizzazione di quella dimensione rappresentativa che i Costituenti avevano in mente di consegnarci, con la dovuta precisazione che con la legge n. 29 del 6 febbraio 1948 fu stabilito che il Senato fosse eletto con sistema maggioritario in collegi uninominali con il quorum del 65% dei suffragi espressi, accogliendo quanto deliberato in Assemblea costituente, ma con il correttivo che in caso di mancato raggiungimento di detta elevata soglia i seggi fossero attribuiti proporzionalmente, raggruppando i suffragi ottenuti da ciascun candidato in liste di partito su base regionale e applicando il metodo d'Hondt delle più alte medie statistiche.

Che non ci fosse unanimità di consensi sui metodi di composizione della seconda camera emerge non solo dalla Relazione al Progetto di Costituzione presentata il 6 febbraio 1947 dal Presidente della Commissione per la Costituzione, Meuccio Ruini, nella quale si legge che, sebbene l'istituzione di una seconda camera sia prevalsa per l'opportunità di assicurare «doppie e più meditate decisioni» rifiutando il monocameralismo «per il timore di cadere nel governo convenzionale o di assemblea» come aveva dimostrato l'esperienza francese della III Repubblica (1875-1940)⁷²⁹, «la difficoltà maggiore stava e sta nel modo di composizione della seconda Camera, o 'Camera dei senatori'. È chiaro che non può essere formata a semplice duplicato e con gli stessi metodi della Camera dei deputati».

Tra le tante proposte, furono scartate sia la nomina da parte del Presidente della Repubblica, che avrebbe rievocato il procedimento elitario di formazione del Senato dello Statuto albertino di nomina regia, sia la rappresentanza organica degli interessi o l'elezione di tipo indiretto da parte degli eletti locali, ma nella vasta gamma di soluzioni, «la Commissione è stata quasi unanime nello stabilire che la seconda camera debba avere base regionale»⁷³⁰. La varietà di posizioni e l'esigenza di diversificare i modi di formazione delle due camere condusse al voto finale dell'Assemblea costituente sull'odg Nitti del 7 ottobre 1947, relativo all'elezione del Senato, stabilendo che «il Senato sarà eletto con suffragio universale e diretto col sistema del collegio uninominale» che sancì in modo definitivo una differente idea alla base del sistema di formazione delle due camere, per la quale la vocazione politica del Senato legava l'elezione a suffragio universale alla dimensione regionale del voto dando vita, come ebbe a dire Costantino Mortati nella seduta pomeridiana del 18 settembre

729 Per una disamina del sistema assembleare francese, si consenta di rinviare a M. Calamo Specchia, *Le leggi costituzionali della III Repubblica di Francia*, Liberilibri, Macerata, 2008.

730 C. Corsetti, *La Costituzione della Repubblica italiana. Fatti, Testi, Misfatti*, Aracne, Roma, 2018, pp. 53-55.

1947 a una forma specifica di rappresentanza politica «dei grandi gruppi di interessi omogenei nel loro interno dal punto di vista territoriale e sociale, e differenziati dagli altri per le diverse condizioni storiche, geografiche, economiche, allo scopo di far pervenire le voci più chiare e genuine di questi interessi all'atto delle deliberazioni di politica generale, sicché tali deliberazioni risultassero il più possibile aderenti alla varietà dei bisogni reali di tutta la società. E, nel promuovere l'attuazione di tale intento, si è voluto tenere presente soprattutto il Mezzogiorno, la parte d'Italia cioè meno progredita rispetto alle altre, onde sollecitare in essa una più efficiente coscienza politica, ed in tal modo dare ad essa maggior peso nell'attività statale. [...] Noi sappiamo bene che i problemi meridionali si possono risolvere solo sul piano nazionale, nell'ambito della politica generale dello Stato, in occasione delle decisioni in materia di politica doganale, tributaria, agraria, dei trasporti, degli scambi internazionali, della stessa politica estera. Ma, appunto per questo, noi pensiamo che sia necessario conferire alle regioni più arretrate la possibilità di raggiungere, attraverso l'organizzazione regionale, una coscienza più piena dei loro problemi, dei loro bisogni unitariamente intesi, per poterli rappresentare al centro con quella maggior forza che viene dalla loro visione integrale e dalla loro organizzazione. Donde l'esigenza di dare alle regioni una voce specifica nel Parlamento, di fare cioè delle regioni non già delle pure e semplici circoscrizioni elettorali, bensì un centro unitario di interessi organizzati da far valere unitariamente ed in modo istituzionale»⁷³¹.

La proposta di Mortati, com'è noto, fu respinta, ma le riflessioni del giurista sulla Regione quale cellula costituiva della nuova forma di Stato e l'esigenza di una specifica rappresentanza degli interessi differenziati penetrarono nello spirito della Costituente e presero forma in quella *base regionale* in cui si compendia la rappresentanza del Senato repubblicano e che fu fatta propria dall'odg Nitti e approvata dall'Assemblea costituente nella già citata seduta del 7 ottobre 1947.

Nei trentaquattro anni che vanno dal 1963 al 1997, nonostante alcune proposte di revisione della Costituzione⁷³², non si mise mano agli artt. 56 e 57 Cost., fino alla XIII Legislatura

731 D. Argondizzo, *Il sistema elettorale del Senato italiano nel dibattito all'Assemblea costituente*, in ASTRID Rassegna, n. 140/2010, www.astridonline.it/rassegna/ (la pagina è stata consultata il 13 marzo 2020).

732 In realtà in quegli anni furono presentate due progetti di revisione costituzionale frutto dei lavori di altrettante Commissioni bicamerali: la Commissione bicamerale "Bozzi" della IX Legislatura, che lavorò dal 30 novembre 1983 al 29 gennaio 1985 e la Commissione bicamerale "De Mita - Jotti" della XI Legislatura, che lavorò dal 9 settembre 1992 all'11 gennaio 1994. Nessuna delle due formulò proposte di modifica degli artt. 56 e 57 della Costituzione.

con la Commissione bicamerale per le riforme istituzionali (cd. Commissione D'Alema, istituita con la legge costituzionale 1/1997 e operativa dal 5 febbraio 1997 al 4 novembre 1997) che propose una riduzione dei parlamentari a 400/500 deputati e a 200 senatori, tutti elettivi.

La proposta non ebbe, tuttavia alcun esito, come quella varata nella XV Legislatura in Commissione affari costituzionali della Camera dei deputati (cd. Bozza Violante) ove si prevedeva una Camera pari a 512 membri e un Senato pari a 186 eletti in secondo grado dai Consiglieri regionali, provinciali, comunali e delle città metropolitane (più sei senatori della circoscrizione estero).

Gli unici due progetti che contenevano disposizioni in merito alla riduzione del numero dei parlamentari e che hanno sfiorato l'entrata in vigore sono quello della XIV legislatura e quello della XVII legislatura. Il primo (A.S. 2544-D) conteneva la previsione di una Camera dei Deputati composta da 518 deputati e un Senato composto da 252 senatori, ma il referendum costituzionale del 25-26 giugno 2006 respinse il progetto. Lo stesso è avvenuto con il referendum del 4 dicembre 2016, che ha respinto la legge di revisione costituzionale proposta nella XVII Legislatura (A.C. 2613-D) che tra le tante misure prevedeva anche la modifica strutturale e funzionale del Senato, trasformandolo in organo elettivo ma di secondo grado composto da 95 componenti eletti dai Consigli regionali e provinciali autonomi scelti nel numero di 74 tra i propri componenti e 21 scelti tra i Sindaci dei comuni dei rispettivi territori, cui si aggiungevano cinque senatori nominati per alti meriti dal Presidente della Repubblica per sette anni e non più a vita.

Il disegno di revisione della Costituzione repubblicana, nonostante il voto negativo popolare del 60% del corpo elettorale che avrebbe imposto una seria riflessione alla classe politica in merito alla volontà espressa per ben due referendum costituzionali consecutivi dal popolo italiano, non è stato abbandonato: dopo le elezioni politiche del 4 marzo 2018 il dibattito sulla riduzione del numero dei parlamentari si riapre in modo ancor più veemente, facendo leva sul senso di sfiducia dei cittadini nei confronti delle istituzioni, o meglio della loro immagine distorta rappresentata dalla c.d. *casta*, e alimentando un sentimento che, anziché rivolgersi verso la politica che ha mostrato la propria inadeguatezza guardandosi bene dal preservare la Costituzione da ulteriori attacchi, si

abbatte sull'Istituzione costituzionale, con una connotazione spiccatamente antiparlamentare⁷³³.

Si tratta di un tema, quello della riduzione del numero dei parlamentari, che tocca l'essenza della democrazia e della democraticità di un ordinamento costituzionale e che va messo in stretta relazione con le leggi elettorali esprimendo in questo nesso la dimensione della rappresentanza politica e dunque i fondamentali della forma di Stato, ossia il rapporto tra governanti e governati, e della forma di governo, ossia i meccanismi istituzionali che mettono in relazione gli organi costituzionali.

E proprio perché nell'architettura della Costituzione il numero dei parlamentari è il fulcro dell'ingranaggio che fa muovere la forma di governo parlamentare, dalla composizione dei gruppi parlamentari e delle commissioni alle maggioranze qualificate per la revisione costituzionale e per l'elezione del Presidente della Repubblica e dei giudici della Corte costituzionale, occorre ragionare intorno al grado di impatto che la riduzione del numero dei parlamentari potrà comportare sul piano politico costituzionale, senza liquidarla come una questione di carattere marginale⁷³⁴.

2. Le ragioni che militano contro la riduzione del numero dei parlamentari.

Con riferimento alle ragioni sottese alle scelte costituenti in merito alla composizione del Parlamento è quantomai opportuno rileggere alcune pagine degli atti dell'Assemblea costituente, in particolare le parole del Presidente Umberto Terracini: «[...] il numero dei componenti un'assemblea deve essere in certo senso proporzionato all'importanza che ha una nazione, sia dal punto di vista demografico, che da un punto di vista internazionale. Non è, come ha accennato l'onorevole La Rocca, che si vorrebbe conservare l'attuale numero dei deputati per rispetto ad una tradizione, ma perché la diminuzione del numero dei componenti la prima Camera repubblicana sarebbe in Italia interpretata come un atteggiamento antidemocratico, visto che, in effetti, quando si vuole diminuire l'importanza di un organo rappresentativo s'incomincia sempre col limitarne il numero dei componenti,

733 F. Clementi, *Sulla proposta costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari: non sempre "less is more"*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, p. 3.

734 P. Carrozza, *È solo una questione di numeri? Le proposte di riforma degli artt. 56 e 57 Cost. per la riduzione dei parlamentari*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3/2019, pp. 81 ss.

oltre che le funzioni. Quindi, se nella Costituzione si stabilisse la elezione di un Deputato per ogni 150 mila abitanti, ogni cittadino considererebbe questo atto di chirurgia come una manifestazione di sfiducia nell'ordinamento parlamentare. Quanto all'osservazione fatta dall'onorevole Nobile circa l'alto costo di un'assemblea parlamentare numerosa, rileva che, se una Nazione spende un miliardo in più per avere buone leggi, non si può dire che la spesa sia eccessiva, specie se le leggi saranno veramente buone ed anche se si consideri l'ammontare complessivo del bilancio in corso. Personalmente, quindi, ritiene che il problema in questione non si sarebbe nemmeno dovuto porre: non tanto quello concernente la determinazione del numero dei componenti l'assemblea nella Costituzione, quanto quello della diminuzione di tale numero. Si sarebbe dovuto accettare ciò che poteva essere suggerito dall'attuale vita politica del Paese, vale a dire che esso assai opportunamente ha sentito la necessità di adeguare nelle ultime elezioni il numero dei suoi rappresentanti alla aumentata massa della popolazione. Per queste considerazioni un'eventuale diminuzione del numero dei componenti la prima Camera costituirebbe a suo avviso un grave errore politico»⁷³⁵.

La logica che ha guidato il Costituente è stata quella di dotare il Paese di un numero di parlamentari che fosse congruo e attuale rispetto alla popolazione: il concetto di rappresentatività accolto dal Costituente non si basa dunque su numeri cardinali, come la rappresentanza del Senato USA concepita in numero fisso per dare uguale peso a tutti gli Stati membri indipendentemente dall'estensione territoriale, ma su un quoziente rappresentativo dato dal rapporto eletto/abitanti: si legge, infatti, nel resoconto della seduta del 27 gennaio 1947 dell'Adunanza Plenaria della Commissione per la Costituzione presieduta da Ruini che l'obiettivo dei Costituenti era di determinare una rappresentanza più ampia e più forte del passato che rifuggisse dalle tentazioni tipiche delle forze anti-progressiste di esautorazione degli organi rappresentativi. Tanto che fu fissato il rapporto di un deputato ogni 80.000 abitanti o frazione superiore a 40.000, e di un senatore ogni 200.000 abitanti, o frazione superiore a 100.000 abitanti, optando per una *rappresentanza di tipo incrementale*, ossia che mutasse nel numero dei rappresentanti al variare della consistenza della popolazione (il calcolo fu fatto sull'ultimo censimento dell'epoca che calcolava 42 milioni di italiani).

735 II Sotocommissione della Commissione per il progetto di Costituzione, Pres. Terracini, 18 settembre 1946.

L'obiettivo dei Costituenti, memori dell'esperienza autoritaria, era quello di garantire la più ampia e reale rappresentanza politica, mantenendo costante il rapporto numerico tra eletti e abitanti, di modo che il numero dei parlamentari seguisse l'andamento demografico della popolazione⁷³⁶.

In questa prospettiva il taglio dei parlamentari, approvato dall'attuale XVIII Legislatura, è *beyond the line* della Costituzione, che si è certamente evoluta nel corso dei suoi settantuno anni, sia attraverso revisioni formali sia mediante adattamenti al tessuto politico-sociale anche per il tramite della giurisprudenza costituzionale, mostrandone la benefica elasticità: tuttavia è pur vero che quando si mette mano alla struttura della Costituzione, è necessario porsi delle domande in relazione allo spirito che animò i nostri Padri e le nostre Madri costituenti nella scelta di determinate formule e istituti, al fine di valutare l'impatto delle proposte di revisione costituzionale sulla tenuta del sistema politico-istituzionale.

Sulla scorta di queste premesse, che pongono alla base delle modifiche della Costituzione la filosofia che animò le scelte dell'Assemblea costituente, le criticità della revisione che impone la riduzione dei parlamentari si evidenziano sotto molteplici profili.

In primo luogo, la cristallizzazione del numero dei parlamentari attuata con la riforma del 1963 opera una costante e fisiologica riduzione della rappresentanza, se si valuta l'impatto dell'aumento demografico degli ultimi settant'anni e, si auspica, quello a venire (nel 1963, quando fu fissato il numero dei parlamentari, il rapporto per i deputati era 1/80.000; oggi è 1/95.000; per i senatori era 1/133.500, oggi 1/190.500); in secondo luogo, l'argomento dell'efficienza decisionale, è mal posto, dipendendo non tanto dalla dimensione del Parlamento ma dalle logiche conflittuali che dominano da oltre venticinque anni la scena politica italiana e dall'abuso che in un simile contesto viene fatto della decretazione d'urgenza e del ricorso alle questioni di fiducia, addebitando alla Costituzione i mali e le degenerazioni della classe politica italiana; infine, il taglio dei costi della politica è un argomento posto in funzione demagogica, poiché accanto alle indennità dei parlamentari vanno considerati i costi fissi delle strutture e del personale tecnico-amministrativo che sono incompressibili. Altre misure, che non incidono sul quoziente di rappresentatività del Parlamento possono essere avanzate per contenere alcuni costi, come la riduzione delle indennità dei parlamentari (oggetto di due proposte di legge depositate in Parlamento , la

736 E. Cavasino, *Commento all'art. 56*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa e G.E. Vigevari (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, Il Mulino, 2018, vol. II, p. 23 ss.

n. 324 del 29 aprile 2008 a firma di Stefani et al.; e la n. 2354 del 7 maggio 2014, a firma di Di Maio, Fraccaro, Toninelli et al.) oppure la previsione di una sanzione pecuniaria per i parlamentari assenteisti, simile alla misura adottata dal Senato francese con la modifica del suo Regolamento.

La drastica mutilazione del Parlamento, che si realizza con la revisione costituzionale oggetto di discussione, va letta nella sua complessa relazione con l'ordinamento costituzionale, al fine di poter valutare lo squilibrio che rischia di produrre sulla forma di governo parlamentare.

Il fine della governabilità, posto come obiettivo primario della riforma accanto a quello del contenimento della spesa, è un obiettivo politico costituzionalmente legittimo che si riflette sul piano sociale ed economico, ma esso non può essere perseguito in dispregio del principio rappresentativo o come fine autonomo rispetto allo stesso, che al contrario, non è un mero obiettivo politico bensì un principio fondamentale che connota e innerva la nostra Costituzione.

L'ancillarità dell'obiettivo della governabilità rispetto alla rappresentanza è stata evidenziata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 1/2014 in materia di legge elettorale⁷³⁷: afferma la Corte che «In ambiti connotati da un'ampia discrezionalità legislativa come avviene in sede di approvazione di una revisione costituzionale al pari di una legge elettorale (la legge elettorale è stata configurata come una legge *a contenuto costituzionalmente necessario* dotata di una forza passiva peculiare rispetto alle leggi 'normalmente' ordinarie per la quale il referendum abrogativo può essere dichiarato ammissibile solo a condizione che l'abrogazione produca una *normativa di risulta*, v. sent. n. 89/1987), la Corte deve «verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con

⁷³⁷ Cfr. G. Guzzetta, *La sentenza n. 1 del 2014 sulla legge elettorale a una prima lettura*, in www.forumcostituzional.it, 14 gennaio 2014, del quale si condivide l'impostazione per cui, con espresso riferimento alla legge n. 270/2005 e al premio di maggioranza ivi previsto, dichiarato incostituzionale per gli effetti distorsivi, "Un premio attribuito senza soglia minima, insomma, 'rovescia' la "ratio della formula elettorale [a base proporzionale] prescelta dallo stesso legislatore del 2005" e, come afferma la Corte, "se la scelta di fondo è quella di un sistema proporzionale, le distorsioni determinate dalla legge elettorale non possono essere tali da "tradire" la logica di quel sistema e le aspettative che gli elettori nutrono nei confronti di un sistema (quello proporzionale) che mira ad assicurare un'ampia rappresentatività", p. 1. Per un'accurata ricostruzione del quadro d'insieme della sentenza 1/2014, G. Serges, *Spunti di giustizia costituzionale a margine della declaratoria di illegittimità della legge elettorale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014, 21/03/2014, p. 1 ss.

il dettato costituzionale» (cons. 3.1 in diritto); e che «il legislatore, pur nell'esercizio della sua ampia discrezionalità, non può comprimere illimitatamente la 'rappresentatività dell'assemblea parlamentare' in modo 'incompatibile con i principi costituzionali in base ai quali le assemblee parlamentari sono sedi esclusive della rappresentanza politica nazionale (art. 67 Cost.), si fondano sull'espressione del voto e quindi della sovranità popolare, ed in virtù di ciò ad esse sono affidate funzioni fondamentali, dotate di una caratterizzazione tipica ed infungibile' (sent. 106 del 2002) tra le quali vi sono, accanto a quelle di indirizzo e di controllo del governo, anche le delicate funzioni connesse alla stessa garanzia della Costituzione (art. 138): ciò che peraltro distingue il Parlamento da altre assemblee rappresentative di enti territoriali» (cons. 3.1 in diritto).

Il richiamo nella notissima sentenza n. 1/2014 alle garanzie costituzionali impone di considerare l'impatto che la riduzione del numero dei parlamentari produce sugli istituti e le istituzioni di garanzia.

In primo luogo, viene ad evidenza il procedimento di revisione costituzionale (art. 138 Cost.) con il doppio circuito deliberativo, il secondo dei quali potrebbe precludere lo svolgimento del referendum costituzionale qualora raggiungesse la maggioranza dei due terzi. I Costituenti stabilirono detto quorum avendo ben presente che esso, operando con un congruo numero di parlamentari e soprattutto in un contesto di bicameralismo perfetto con una diversa durata delle due Camere che in tal modo assicurasse al contempo maggiore ponderazione nella decisione, il primo, e un reale pluralismo politico (con la possibilità di maggioranze diversificate tra i due rami del Parlamento) la seconda, avrebbe consentito alle minoranze di svolgere la propria funzione di opposizione costruttiva e di concorrere in modo determinante all'approvazione della revisione costituzionale.

E' opportuno precisare, infatti, che l'art. 138 fu approvato dall'Assemblea Costituente il 3 dicembre 1947, quando erano stati già approvati tanto l'odg Giolitti del 23 settembre 1947⁷³⁸ sull'elezione della Camera in collegi plurinominali con sistema proporzionale quanto l'odg Nitti⁷³⁹ del 7 ottobre 1947 sull'elezione del Senato in collegi uninominali

738 Il 23 settembre 1947 su proposta di A. Giolitti, comunista, viene approvato il seguente odg: «L'Assemblea costituente ritiene che l'elezione dei membri della Camera dei deputati debba avvenire secondo il sistema proporzionale».

739 Il 7 ottobre 1947 su proposta di F.S. Nitti, liberale, viene approvato il seguente odg: «L'Assemblea costituente afferma che il Senato sarà eletto con suffragio universale e diretto col sistema del collegio uninominale». Interessante è notare come tra i firmatari dell'odg Nitti figurassero molti deputati comunisti, tra cui Palmiro Togliatti.

secondo il principio maggioritario: risulta evidente, pertanto, che per l'Assemblea costituente la garanzia di ponderazione nel processo di revisione costituzionale – dunque del principio di rigidità – era data dai tre elementi contestuali, ossia diversità di elezione delle due Camere nei modi e nei tempi, bicameralismo perfetto e congruo numero dei parlamentari, elementi, dunque, nell'ottica dei Costituenti non negoziabili. L'indebolimento del procedimento di revisione costituzionale parte dunque da lontano: nella seduta del 20 gennaio 1948, quando, entrata ormai in vigore la Costituzione, si trattò di dare attuazione alle scelte costituenti in merito all'elezione dei parlamentari, la Costituente approvò l'emendamento Dossetti, leader della sinistra democratica e convinto proporzionalista, che propose di sostituire la proposta governativa «metà più uno» con «settantacinque per cento», un quorum talmente elevato da aggirare la scelta costituente e che la successiva legge elettorale del 6 febbraio 1948 n. 29 stabilì in «un numero di voti validi non inferiore al 65 per cento dei votanti» con il paracadute della ripartizione dei seggi vacanti per ciascuna regione in base a liste e in proporzione ai voti ottenuti dai candidati secondo il metodo D'Hondt⁷⁴⁰. Un elemento della rigidità costituzionale era pertanto stato già superato prima ancora che la Costituzione producesse i propri effetti e poi nel 1963 sarà la volta di quello della diversa durata delle due Camere, con la legge costituzionale 2/1963 che fissò il numero dei parlamentari e parificò la durata dei due rami del Parlamento, eliminando (consapevolmente?) quel contrappeso costituzionale voluto dai Costituenti. Nella stessa scia di indebolimento del principio di rigidità si porranno tutti quei progetti di revisione costituzionale che, come si è visto più su, sono stati presentati nel corso degli anni e che miravano a eliminare il bicameralismo paritario, visto (un po' superficialmente) come obsoleto, anzi traendo dalla singolarità del caso italiano elementi di critica anziché di coerenza, senza considerare che il bicameralismo costituiva, e costituisce ancora, uno dei *checks and balances* posti dai Costituenti a presidio del nostro sistema costituzionale.

Ultimo atto di tale continua erosione della Costituzione repubblicana è la riduzione del numero parlamentare, portata avanti dalla XVIII Legislatura: essa comprime ulteriormente il sistema delle garanzie costituzionali del processo di revisione a garanzia della rigidità costituzionale – innescando un congegno esplosivo che rischia di deflagrare facendo implodere il congegno costituzionale - e potrebbe anche sopprimere la possibilità di influenza delle minoranze, se accompagnata da una legge elettorale maggioritaria o

740 C. Corsetti, *La Costituzione della Repubblica italiana*, cit., p. 31, nota 1.

proporzionale *a vocazione maggioritaria* (come nel caso dell'opzione per alte soglie di sbarramento), tagliando fuori dal circuito decisionale costituzionale le minoranze e il pluralismo politico. La legge costituzionale del 1963 ha già minato le basi del principio di rigidità costituzionale, così come voluto dai Costituenti: dell'originario trittico, restano bicameralismo paritario e congruo numero dei parlamentari. Riducendo anche quest'ultimo, il rischio di calare la Costituzione nell'agone politico in balia delle maggioranze del momento è tutt'altro che peregrino!

In secondo luogo, vengono fortemente condizionati i processi di formazione e di funzionamento degli organi di garanzia costituzionale. Il capo dello Stato è eletto dal Parlamento in seduta comune a maggioranza dei tre quinti per i primi tre scrutini e a maggioranza assoluta per i successivi e la riduzione di un terzo del numero dei parlamentari riduce anche in questo caso il rapporto di forza delle minoranze e consegna l'elezione del Presidente della Repubblica alla contingente maggioranza; inoltre i 58 delegati regionali avrebbero una decisiva incidenza sull'elezione del Presidente della Repubblica molto maggiore rispetto al passato, potendone influenzare l'elezione. Ancora, la drastica riduzione del numero dei parlamentari influisce anche sul ruolo del Presidente della Repubblica: non va tralasciato che l'art. 90 della Costituzione prevede la messa in stato d'accusa del Capo dello Stato a maggioranza assoluta del Parlamento in seduta comune: con la riduzione dei parlamentari occorrerebbero solo 301 parlamentari contro i 476 di prima. Questo nuovo assetto costituzionale potrebbe spingere verso la formazione di una maggioranza monolitica che ponga il Presidente della Repubblica in posizione di subordinazione rispetto al Presidente del consiglio dei ministri che è espressione di quella maggioranza, con quali prevedibili infausti esiti è facile prevedere qualora questa revisione fosse accompagnata da una riforma elettorale in senso maggioritario, che emarginando il ruolo delle minoranze tanto nella scelta quanto nella permanenza in carica del Presidente della Repubblica finirebbe con il vanificare il ruolo di garante dell'unità nazionale che è assegnato alla figura del Capo dello Stato dall'art. 87 della Cost. Analogo discorso vale per l'elezione dei cinque giudici costituzionali, eletti dal Parlamento in seduta comune e per i cinque giudici costituzionali nominati dal Presidente della Repubblica: venendo eletti dal Parlamento in seduta comune si manifestano le medesime criticità evidenziate per l'elezione del Presidente della Repubblica. Inoltre, i cinque senatori a vita potrebbero anch'essi condizionare tanto il procedimento legislativo quanto quello di revisione, come pure

l'elezione degli organi di garanzia (P.d.R. e Corte costituzionale) considerato che il rapporto 5/600 ha un peso strutturale maggiore di 5/945.

In terzo luogo, l'aumento della dimensione delle circoscrizioni elettorali – che per l'elezione del Senato cesserebbero di coincidere con le regioni, con la conseguenza di abbandonare quel principio rappresentativo della seconda camera che coniugava la vocazione politica del Senato alla territorialità degli interessi rappresentati – diluirebbe il legame tra eletto e territorio di riferimento, rafforzando sempre di più il legame tra eletto e partito di riferimento, in quella logica clientelare che al contrario la riforma si proporrebbe di superare, e introducendo altresì una disparità di trattamento sia tra le regioni più piccole che non sarebbero rappresentate e le altre che sarebbero o sotto-rappresentate (quelle di medie dimensioni) e altre ancora sovra-rappresentate (quelle più popolate e geograficamente più estese), sia tra regioni a statuto ordinario e regioni a statuto speciale, già messa a dura prova con la riforma del titolo V che, con il potenziamento della competenza regionale concorrente a vantaggio delle prime, aveva visto diluirsi quel principio di specialità inteso dal Costituente come scelta non negoziabile. Apparirebbe, infatti, una regione super-speciale, il Trentino Alto Adige, con l'elevazione a soggetti degni di essere rappresentati delle due Province autonome⁷⁴¹, assegnando loro una situazione immotivata di privilegio rappresentativo, benché esse non siano neppure previste dall'art. 114 Cost. come enti costitutivi della Repubblica.

Inoltre, non è provata l'affermazione per la quale la riduzione del numero dei parlamentari snellisca e velocizzi il processo deliberativo del Parlamento: l'assunto è smentito dai tempi stessi della riforma costituzionale, che presentata nel febbraio del 2019 è stata approvata con procedura aggravata ad ottobre 2019 e pertanto l'affermazione che in Italia il numero dei parlamentari allunghi i tempi dell'approvazione delle leggi non ha fondamento essendo smentita dallo stesso iter temporale di questa riforma costituzionale. E come dimostrano, anche, i 14 giorni che furono necessari all'approvazione della legge Fornero. Questo conferma che sul piano politico sono le divisioni tra e nei partiti che allungano i tempi della decisione e certamente non il numero dei parlamentari.

Non va, infine, trascurato che la riduzione di un terzo dei componenti avrà conseguenze

741 E. Imparato, *Rappresentanza delle autonomie territoriali in Senato e minoranze linguistiche. Alcune riflessioni a margine della recente revisione costituzionale*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie locali*, n. 1/2020, p. 285.

determinante sull'organizzazione dei lavori del Senato e, dunque, la misura adottata contraddice i proclamati obiettivi della riforma: infatti, la maggiore efficienza è correlata non tanto al numero dei parlamentari quanto all'effettiva capacità di organizzazione dei propri lavori, alle regole di composizione dei gruppi parlamentari (si pensi al numero di tre parlamentari richiesti per formare un gruppo misto che dovranno subire una riduzione, con il paradosso di dover legittimare il cd. Gruppo unicellulare), alle regole di composizione e di funzionamento delle Commissioni permanenti, che potranno essere chiamate a deliberare con soli quattro senatori.

Un'ulteriore disposizione costituzionale che subirà una violazione dalla riduzione del numero dei parlamentari è l'art. 72, comma 3 della Costituzione che prescrive che le Commissioni devono essere «composte in modo da rispettare la proporzione dei gruppi parlamentari», poiché si potrebbe incorrere o nella sottorappresentanza delle forze politiche minoritarie, quando non presenti in tutte le commissioni, o nella sovrarappresentanza delle minoranze, quando cioè uno stesso parlamentare faccia parte di più commissioni parlamentari. La medesima scelta dilemmatica tra proporzionalità e rappresentatività di una forza minoritaria si porrebbe per la composizione di organi a numero fisso, come le Giunte e gli Uffici di Presidenza⁷⁴².

Inoltre sul piano tecnico, ad una lettura attenta degli artt. 70-72 della Costituzione, dedicati al procedimento legislativo, nulla impedisce in sede di modifica dei Regolamenti parlamentari, di predisporre strumenti deliberativi che consentano il superamento della *navette*: guardando alla Costituzione francese, il procedimento di approvazione della legge nasce bicamerale paritario e in terza lettura sono previsti dei meccanismi di superamento dello stallo parlamentare (*vote bloqué*, commissione mista paritetica di conciliazione, ecc.). D'altra parte, l'art. 72 della Costituzione italiana già prevede con una formula molto ampia, da definire nelle modalità applicative in sede regolamentare, che il regolamento parlamentare «Può altresì stabilire in quali casi e forme l'esame e l'approvazione dei disegni di legge sono deferiti a commissioni, anche permanenti, composte in modo da rispecchiare la proporzione dei gruppi parlamentari». Ben si dovrebbe dunque mettere mano seriamente a una riforma organica dei Regolamenti parlamentari, che la Costituzione stessa prevede come meccanismo di flessibilizzazione e

742 S. Curreri, *Gli effetti della riduzione dei Parlamentari. Del fare riforme senza badare alle conseguenze*, in *Iacostituzione.info*, 6 febbraio 2020, pp. 1-2.

snellimento del procedimento legislativo. È chiaro, quindi, che il taglio lineare dei parlamentari nulla ha a che vedere con la velocizzazione del procedimento legislativo.

Last but not least, la riduzione dei rappresentanti degli italiani residenti all'Estero (da 12 a 8 deputati e da 6 a 4 senatori) senza modificare il sistema elettorale proporzionale con preferenza, producendo l'accorpamento delle circoscrizioni estero già di per sé amplissime, determina una vanificazione della rappresentatività. Tanto da indurre taluno degli stessi eletti a ritenere ormai superflua tale rappresentanza⁷⁴³.

A fronte dei pregi addotti dai sostenitori della riforma, che a mio avviso non reggono l'urto del cd. *stress test costituzionale*, occorre a questo punto domandarsi quale è il disegno che si profila all'orizzonte.

3. La riduzione del numero dei parlamentari e la nuova configurazione della democrazia: verso una democrazia iper-maggioritaria?

Neanche la comparazione con altri paesi europei aiuta a superare le criticità della revisione sul numero dei parlamentari: ad esempio, la Germania, che è un termine di paragone spesso evocato sebbene le due esperienze presentino elementi difficilmente comparabili a cominciare dalla forma di Stato (federale, la Germania, e unitaria, l'Italia) che imprime una differente configurazione alla rappresentanza delle seconde camere (territoriale con rapporto geometrico, la Germania, e nazionale con rapporto aritmetico, l'Italia), ha un rapporto numerico tra eletti (al Bundestag, omologo alla nostra Camera dei deputati) ed abitanti pari a 1 per 105.000: una differenza in aumento (e pertanto in difetto di rappresentatività) di circa 35.000 abitanti rispetto ai rapporti numerici che si prevedono all'esito della riforma italiana. Senza considerare peraltro che la Germania è un paese socialmente più omogeneo del nostro e con una forte rappresentanza territoriale garantita dal Bundesrat, la Camera dei Länder, sicché essa non ha le stesse esigenze pressanti di rappresentanza delle diversità che ha invece l'Italia, che presenta una realtà più

743 F. Intraiva, *Taglio degli eletti all'estero: a questo punto meglio abolirli e potenziare Comites e CGIE. Una riflessione dell'On. Fcsia Nissoli Fitzgerald pubblicata su "La Voce di New York" il 21 ottobre scorso*, in *Corriere Italiano*, alla pagina: <https://www.corriereitaliano.com/attualita/in-primo-piano/5033/taglio-degli-eletti-allestero-a-questo-punto-meglio-abolirli-e-potenziare-comites-e-cgie/> (la pagina è stata consultata il 13 marzo 2020).

disomogenea socialmente e geograficamente.

Per poterci orientare nel variegato quadro della comparazione giuridico-costituzionale occorre partire da una premessa di fondo: la rappresentatività dei parlamenti non può essere valutata in astratto sul numero dei componenti, che di per sé non dice nulla, ma con riferimento al rapporto rappresentanti/abitanti.

Sotto questo profilo, la comparazione tra i Parlamenti dei paesi europei può essere condotta solo comparando entità che presentano delle caratteristiche simili, paragonando tra loro le camere direttamente elettive, ossia le camere basse nelle quali si esplicita il principio della rappresentanza popolare. Le seconde camere non sono infatti tutte elette direttamente dai cittadini come pure alcuni parlamenti sono monocamerale e includerli nella valutazione falserebbe il risultato. Lo stesso Servizio studi della Camera dei Deputati ritiene che «più agevole a rendersi è la comparazione tra le Camere “basse” [...] che sono tutte elettive dirette»⁷⁴⁴.

Applicando questo criterio, e paragonando tra loro le camere elettive si sfata facilmente la vulgata che vuole il Parlamento italiano come il più numeroso d'Europa: esso al contrario si trova nella media del rapporto deputato/abitanti di Regno Unito, Francia⁷⁴⁵, Germania, Polonia, Paesi Bassi. Vi sono anche paesi che presentano percentuali molto più alte del rapporto rappresentante/abitanti: Danimarca (3.1); Svezia (3.4), fino ad arrivare a paesi di ridottissime dimensioni con una percentuale molto alta dell'indice di rappresentatività del Parlamento come Lussemburgo (10) e Malta (14). Il che significa che, al di là della dimensione e della popolazione degli Stati, la quota di rappresentanti non può scendere sotto un certo minimo pena la compressione della rappresentanza⁷⁴⁶.

Ma qual è, allora, la *ratio* che domina la scelta di ridurre la rappresentanza?

Non si può comprendere appieno l'obiettivo della riforma sulla riduzione del numero dei parlamentari, se essa non viene collegata al processo di trasformazione della forma di governo parlamentare con innesti di cripto-formule di presidenzializzazione che si è

744 Servizio Studi della Camera dei Deputati, *Riduzione del numero dei parlamentari*, Dossier, 16 ottobre 2018, p. 19.

745 Si precisa che sono stati depositati presso l'Assemblea nazionale e il Senato due progetti di legge organica che, a fronte di un potenziamento del ruolo del Parlamento, riducono il numero dei parlamentari: il progetto di legge organica n. 977 del 23 maggio 2018, con la previsione di una riduzione pari al 30% in entrambe le Camere e il progetto di legge organica n.2204 del 29 agosto 2019, con la previsione di una riduzione pari al 25% in entrambe le Camere.

746 A. Algostino, *Contro la riduzione del numero dei parlamentari, in nome del pluralismo e del conflitto*, in *Questione Giustizia*, 10 febbraio 2020, p. 3.

realizzato “a Costituzione invariata” con il passaggio dalle leggi elettorali proporzionali alle leggi elettorali maggioritarie degli anni novanta sino alla novella del 2017 (Legge Rosato *Bis*) e del 2019 (Legge Rosato *Ter*), passando per la Legge Calderoli e *l’Italicum*, dichiarate parzialmente incostituzionali (con le sentenze n. 1/2014 e 35/2017).

La scelta prima in favore di un sistema elettorale misto a tendenza maggioritaria nel 1993 (leggi nn. 276 e 277 del 4 agosto 1993, cd. riforma “Mattarella”), poi di un sistema (apparentemente) proporzionale con premio di maggioranza nel 2005 (la citata legge n. 270/2005) e di un sistema misto *rovesciato* rispetto a quello disciplinato dalla legge Mattarella con la legge Rosato *bis* n. 165 del 3 novembre 2017 hanno determinato uno slittamento della forma di governo reale dal modello parlamentare prefigurato dalla Costituzione⁷⁴⁷, dando vita ad una presidenzializzazione strisciante dell’esecutivo, che aspira a omologarsi a quel modello di democrazia definito da Maurice Duverger⁷⁴⁸ come democrazia *immediata*, in quanto l’elettore con il suo voto sceglie *senza vie traverse* il capo del governo che è il leader del partito che ha vinto le elezioni.

La torsione maggioritaria del sistema politico, come ben evidenzia l’esperienza italiana, non può non estendere i propri effetti sulla tenuta dei meccanismi di garanzia della rigidità costituzionale previsti dalla procedura di revisione costituzionale, soprattutto considerando l’opzione di sistemi elettorali a tendenza maggioritaria, alla quale non si sottraggono i sistemi elettorali attuali e in relazione ai quali la logica consensuale sottesa alla maggioranza dei due terzi in seconda deliberazione, tipica dei sistemi parlamentari a base pluralistica, non è più sufficiente a garantire la rigidità costituzionale, che andrebbe pertanto blindato a maggior ragione in presenza di procedimenti di revisione costituzionale che, come quello in atto riducono il numero dei parlamentari in assenza di contrappesi istituzionali, quali la tutela della rappresentanza delle minoranze che solo un sistema

747 Come avverte A. Torre: “per un giurista (e per un comparatista in particolare) il concetto di presidenzializzazione deve essere trattato con grande attenzione perché spesso si collega ad una prassi istituzionale che a volte si distanzia dalla Costituzione formale”, A. Torre, *The Queen and Her “President”. Una presidenzializzazione della forma di governo parlamentare britannica?*, in A. Digiovine e A. Mastromarino (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, 2007, p. 31.

748 M. Duverger, *I sistemi politici*, Bari, 1978; trad. it., *Institutions politiques et droit constitutionnel. I. Les grands systèmes politiques*, 1955. L’autore distingue tra sistemi a “parlamentarismo maggioritario” fondati su due partiti nei quali sono gli stessi elettori a scegliere il governo secondo un modello democratico diretto, nel senso moderno del termine, e sistemi a “parlamentarismo non maggioritario” fondati su più di due partiti, nei quali il governo è normalmente formato da coalizioni fatte e disfatte dagli eletti e dunque si è al cospetto di “democrazie mediate” (op. cit., pp. 114-115).

elettorale autenticamente proporzionale potrebbe assicurare.

Non è un caso, infatti, che già nel 1995 – all’indomani dell’entrata in vigore delle leggi elettorali maggioritarie - Giorgio Napolitano e Sergio Mattarella, insieme ad altri deputati tra i quali Leopoldo Elia e Franco Bassanini, depositarono alla Camera dei Deputati la proposta di legge costituzionale n. 2115/1995 con la quale si chiedeva il rafforzamento dell’art. 138 per scongiurare il pericolo di una revisione costituzionale consegnata nelle mani di contingenti maggioranze, circostanza concretamente verificatasi nel 2001 con la revisione del titolo V passata con una manciata di voti (quattro per l’esattezza) e per la prima volta nella storia repubblicana rimessa al voto popolare. Dopo il tentativo di modifica della legge di revisione costituzionale del 2006 bocciata dal popolo italiano con il referendum costituzionale del 25-26 giugno 2006, Andrea Manzella insieme ad altri depositava un’altra proposta di revisione dell’art. 138 (n. 817/2006) seguita da un’altra ancora a firma di Anna Finocchiaro comunicata alla Presidenza del Senato il 25 luglio 2007 nella quale testualmente si legge che «il carattere rigido della carta costituzionale rappresenta, insieme all’indipendenza degli organi di garanzia (Presidente della Repubblica e Corte costituzionale), il presidio più robusto per evitare che la Costituzione diventi uno strumento della politica della coalizione vincitrice nelle elezioni politiche». E mai parole furono più profetiche!

Esiste, dunque, un *fil rouge* che lega procedura di revisione costituzionale, riduzione del taglio dei parlamentari e sistema elettorale. La marginalizzazione del Parlamento sino alla sua anestetizzazione a servizio dei *leader* di partito produce una sorta di mandato imperativo⁷⁴⁹ mascherato a Costituzione invariata che corrode dall’interno e

749 Ma perché la libertà di voto del parlamentare è l’essenza del principio rappresentativo e la sua eliminazione o distorsione ne muta l’essenza? Occorre risalire alle origini del divieto di mandato imperativo per coglierne l’irrinunciabile rilevanza. Il principio della libertà mandato s’afferma in Occidente quale elemento costitutivo della “rappresentanza”. La rappresentanza parlamentare è una rappresentanza politica, quindi aperta al pluralismo della società civile e non costretta da interessi di parte, di ceto, di territorio o di etnia. Nell’Inghilterra del XVI secolo, la nozione di “Parlamento”, nel significato attuale di assemblea legislativa che esercita un controllo sull’Esecutivo, si sviluppa nel passaggio dalla rappresentanza di tipo privatistico legata alle corporazioni cetuali e concepita come rappresentanza di interessi di una particolare classe, cui si era legati dal vincolo di appartenenza, alla rappresentanza di tipo pubblicistico o politica, svincolata dal mandato. Con il *Bill of Rights del 1689* la libertà del deputato viene solennemente ribadita e proclamata, come antico diritto e libertà, nel punto 9 che afferma: “*la libertà di discorso e dibattiti e procedimenti in parlamento non deve essere messa in stato di accusa o inquisita in alcuna corte o luogo fuori del parlamento*”. Qualche anno più tardi Edmund Burke nel suo discorso agli elettori di Bristol, nel novembre del 1774, ricorda il ruolo del Parlamentare di rappresentare *one nation*: «*Parliament is not a 9 Congress of Ambassadors from different and hostile interests; which interests each must maintain, as an Agent and Advocate, against other Agents and Advocates; but Parliament is a deliberative Assembly of one Nation, with one Interest, that of the whole; where, not local Purposes, not local Prejudices ought to guide, but the general*

surrettiziamente il midollo della democrazia rappresentativa e mette a rischio il sistema dei pesi e contrappesi istituzionali, snaturando le scelte costituenti che nel pluralismo delle forze politiche *fotografate* dal principio della rappresentanza, inteso quale *cinghia di trasmissione* tra sistema politico e forma di governo⁷⁵⁰, avevano posto la garanzia dei quorum deliberativi.

I proponenti della revisione costituzionale sul taglio dei parlamentari, forse, per sfuggire alle critiche che nel 2006 e nel 2016 hanno investito le riforme costituzionali *di sistema* (che vertevano sulle dinamiche Stato-Regioni, sulla forma di governo, sui rapporti tra i poteri dello Stato) hanno spaccettato la revisione sulla riduzione del numero dei parlamentari, depositando contestualmente un insieme di proposte di revisione costituzionale che toccano i gangli vitali della forma di Stato e della forma di governo.

Ad avviso di chi scrive, si tratta di un disegno di revisione costituzionale unitario che ancora una volta incide sulla configurazione dell'intero sistema dei pubblici poteri, nel quale un ruolo di primo piano gioca proprio la drastica riduzione del numero dei parlamentari (per il ruolo di motore del sistema costituzionale svolto dal Parlamento) che non può non determinare un'alterazione in senso maggioritario dell'esito del voto, indipendentemente dal tipo di sistema elettorale adottato: questi effetti riflessi della revisione costituzionale vanno valutati attentamente per il rischio, in essi insito, di causare compressioni illegittime «non solo del principio dell'uguaglianza ma anche della personalità del voto, tutelati dagli artt. 3 e 48, secondo comma, Cost.» (sent. 35/ 2017,

Good, resulting from the general Reason of the whole. You choose a Member indeed; but when you have chosen him, he is not Member of Bristol, but he is a Member of Parliament». Sul continente europeo-continentali, alla fine del XVIII secolo, la storia del vincolo di mandato accompagna l'affermazione del costituzionalismo e rappresenta quell'ostacolo (da eliminare) alla determinazione del carattere nazionale della rappresentanza parlamentare: si giunge così alla famosa seduta dell'Assemblea Nazionale del Terzo Stato francese dell'8luglio 1789 nella quale viene votata la mozione del Vescovo Talleyrand, presentata il giorno prima, sulla nullità dei mandati imperativi che avevano caratterizzato sino ad allora la rappresentanza cetuale degli Stati generali per costruire una nozione di interesse pubblico libera dalle dinamiche cetuali e da ogni altra forma di particolarismo sociale (C. Koch, *Les origines françaises de la prohibition du mandat impératif*, Thèse pour le Doctorat, Université de Nancy, Faculté de Droit,, Crépin-Leblond, Nancy, 1905, pp. 42-55). Il vincolo di mandato era un ostacolo alla ricerca di soluzioni d'interesse generale ed era pertanto in contrasto con quella idea di "Nazione" sovrana che i Rivoluzionari francesi avevano edificato in sostituzione della sovranità regia: il principio del divieto di mandato imperati entra nella Costituzione monarchico-limitata del 1791 il cui art. 7 recita: «I rappresentanti eletti nei dipartimenti non saranno rappresentanti di un dipartimento particolare, ma della nazione intera, e non potrà essere conferito loro alcun mandato» (per una disamina anche storica e comparatistica del peso della libertà di mandato sulla riforma che riduce il numero dei parlamentari, C. Sbailò, *Tagliare il numero dei parlamentari? Si può a condizione di preservare la libertà di mandato. L'intima contraddittorietà della riforma gialloverde*, in www.forumcostituzionale.it, 30 marzo 2019, pp. 8-12).

750 A. Algostino, *Contro la riduzione del numero dei parlamentari*, cit., p. 7.

12.2).

Che la riforma si proponga come un programma di respiro più ampio rispetto all'apparente e minimale *questione dei numeri* traspare dai relativi atti parlamentari. Nella prima relazione di accompagnamento del disegno di legge emerge la finalità del legislatore di razionalizzazione e semplificazione del procedimento legislativo e di rafforzamento del rapporto tra i cittadini e le istituzioni, facendo esplicito riferimento al punto 20 del Contratto per il Governo del Cambiamento: si legge, infatti, espressamente nella relazione che la riduzione dei parlamentari «è parte integrante del programma di Governo sottoscritto dalle due forze di maggioranza nell'ottica della razionalizzazione della spesa pubblica e al fine di semplificare l'iter parlamentare di approvazione delle leggi».

In sintesi, dunque, si profila un obiettivo riformatore che si articola in tre fasi progressive: a) drastica riduzione del numero dei parlamentari; b) introduzione di un vincolo di mandato, implicito o esplicito, tra formazioni e movimenti partitici ed eletti; c) potenziare gli istituti di democrazia diretta; d) flessibilizzazione del principio di rigidità costituzionale, che grazie alla combinazione della riduzione del numero dei parlamentari con il sistema elettorale agevolerà riforme costituzionali sempre più incisive sul piano della forma di stato e della forma di governo, sino a modifiche totali implicite non consentite dal tenore degli art. 138 e 139 Cost.

In un sistema democratico rappresentativo quale è il nostro va, dunque, preservato e rafforzato il ruolo centrale del Parlamento, vero motore del sistema costituzionale. A meno che non si intenda mutare il cuore della forma di Stato, trasformandolo da Stato unitario a democrazia rappresentativa in Stato federale a democrazia diretta: e in questa proiezione la riduzione del numero dei parlamentari è una prima tessera di un *puzzle in fieri*, del quale a oggi non si intravede ancora l'immagine definitiva.

Ed è quello che si sta ponendo in essere con il pacchetto complessivo di riforme che il Governo Conte bis intende comunque portare avanti, depotenziando la democrazia rappresentativa nel mentre si consolida quel processo di presidenzializzazione⁷⁵¹ e di democrazia plebiscitaria o dispotica o governo delle élites⁷⁵², innescato dalla deriva post-

751 Cfr. sulla deriva presidenzialistica cui si assiste in molte democrazie europee si veda l'opera collettanea a cura di A. Di Giovine e A. Mastromarino, *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, cit.

752 Per un'accurata disamina del fenomeno cfr. A. Di Giovine, *Dal principio democratico al sistema rappresentativo: l'ineluttabile metamorfosi*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020.

democratica⁷⁵³ del sistema politico caratterizzato dalla de-ideologizzazione dei movimenti partitici fluidi e da nuove forme di democrazia *elettronica*⁷⁵⁴.

Nel momento in cui si scrive, sul piatto della bilancia abbiamo la legge costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari e sono in discussione una proposta di revisione costituzionale sull'introduzione del referendum propositivo e sull'eliminazione del *quorum* partecipativo per il referendum abrogativo⁷⁵⁵, la proposta di modifica dell'art. 66 Cost. che introduce un ricorso alla Corte costituzionale in materia di convalida delle elezioni; la proposta di soppressione del CNEL, una legge di iniziativa popolare (LIP) sull'introduzione del semipresidenzialismo appoggiato dal centro-destra (sebbene non vada dimenticata la propensione al semipresidenzialismo della sinistra dalemiana), la proposta di revisione costituzionale n. 142 presentata il 23 marzo 2018 su iniziativa del deputato forzista Paolo Russo e che prevede l'introduzione dell'elezione diretta a suffragio universale del Presidente della Repubblica e della forma di governo semipresidenziale e, *dulcis in fundo* (o *venenum in cauda*) le bozze di intese sull'autonomia differenziata di Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna ex art. 116 Cost., comma 3, nonché la bozza di Legge quadro sulle autonomie differenziate approvata in Conferenza Stato Regioni il 29 novembre 2019, che non è neppure essa immune da risvolti di incostituzionalità con riferimento ai meccanismi di perequazione finanziaria ex art. 119 rimessi a una discrezionale individuazione dei LEP ex art. 117, co.2 lett. m. della Costituzione.

Nonostante l'apparente autonomia delle proposte di riforma, come già evidenziato, ci troviamo al cospetto del mero *spacchettamento* di un obiettivo unico che mira a traghettare il paese da Stato unitario a democrazia rappresentativa in Stato federale a democrazia diretta. Per fare una esemplificazione del nesso che lega tra loro tutte le ricordate proposte di riforma della Costituzione, notiamo che la proposta di riduzione del numero dei parlamentari non va letta isolatamente ma in un complesso unitario con l'altra proposta di

753 In questo contesto di post-ideologizzazione della politica la funzione di condizionamento delle masse è saldamente nelle mani di *elite* di professionisti della comunicazione che orientano il voto attraverso il controllo e la persuasione dei cittadini. Sull'affermazione di tale modello distorsivo della formazione del consenso A. Mastropaolo, *Democrazia, neodemocrazia, postdemocrazia: tre paradigmi a confronto*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2001- IV, p. 1612 ss.; C. Crouch, *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003 .

754 Cfr, G. Gometz, *Sulla "democrazia liquida". La segretezza del voto tra autonomia politica e bene comune*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 6 ottobre 2014, p. 1 ss.

755 A. Anzon Demmig, *L'iniziativa legislativa popolare "indiretta" (cd. Referendum propositivo nel progetto di legge costituzionale in itinere)*, in www.forumcostituzionale.it, 22 marzo 2019; I. Nicotra, *Referendum propositivo e democrazia rappresentativa: alla ricerca di una sintesi in federalismi.it*, n-10/2019, 22 maggio 2019.

revisione costituzionale sul cd. referendum propositivo, che rende evidente l'obiettivo di marginalizzazione del ruolo del Parlamento, che se non sorretto da una modifica del sistema elettorale con eliminazione delle liste bloccate, diventerà ancor più di quanto non lo sia già *longa manus* dei leader di partito, introducendo una sorta di mandato imperativo mascherato che eroderebbe dall'interno e surrettiziamente il midollo della democrazia rappresentativa.

La contrazione della rappresentanza di intere aree del paese si ripercuoterà inevitabilmente anche sui processi di autonomia differenziata: molti territori non avranno rappresentanti, poiché il rapporto rappresentante/abitanti aumenterà sensibilmente, e dunque le loro istanze non verranno più rappresentate nelle sedi della decisione politica anche quando si adotteranno decisioni, come quella relative all'attribuzione di interi pacchetti di competenze in autonomia legislativa regionale esclusiva, che avrà effetti diretti in termini di attribuzione delle risorse per politiche sociali e di garanzia dell'uniformità territoriale dei diritti fondamentali.

L'ossessione riformatrice perdura da più di trent'anni, favorita dalla più volte menzionata riduzione di peso della rigidità costituzionale, sovente intesa nell'immaginario politico più come un ostacolo da aggirare che come una garanzia da preservare⁷⁵⁶.

Non potendo in questa sede approfondire i rischi per la tenuta del sistema costituzionale italiano contenuti in ciascuno dei citati progetti di riforma costituzionale in mancanza degli opportuni contrappesi (ad es. implementare la quota proporzionale del sistema elettorale a garanzia del principio rappresentativo a fronte della riduzione del numero dei parlamentari)⁷⁵⁷, quello che forse non emerge ancora con evidenza è che la coincidenza di una riforma di così ampia portata, come quella che si si vuole compiere con le leggi di *ratifica* delle intese sull'autonomia differenziata, letta insieme alla serie di progetti di revisione costituzionale, getta ombre fitte sul futuro operato di questa Legislatura e, sul piano sostanziale, vanno lette insieme come un obiettivo politico unitario, anche se non riconducibili alla medesima regia, a nulla valendo la circostanza che formalmente le proposte formano oggetto di atti distinti: l'immagine del puzzle che si va componendo mette all'angolo la democrazia rappresentativa e licenzia il Parlamento, quale luogo del

756 Sul punto si leggano le note di F. Vari, *Primi spunti sulle riforme a colpi di maggioranza e lo svuotamento della rigidità costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016.

757 G. L. Conti, *Il futuro dell'archeologia: le proposte di riforma della Costituzione sul banco della XVIII legislatura*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018.

convenire, del convincere (nel senso etimologico del termine: *cum vincere*, legare insieme), del conflitto ma anche della mediazione degli interessi contrapposti e del condividere, in dispregio di quella stessa volontà popolare che nel 2016 ha scelto la Costituzione repubblicana contro il falso mito del decisionismo⁷⁵⁸.

4. *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*: la questione procedurale del rinvio *sine die* del referendum costituzionale sul taglio dei parlamentari.

Da ultimo, è doverosa qualche breve riflessione di carattere procedurale, in relazione alla procrastinazione della data della consultazione referendaria: com'è noto, infatti, l'emergenza sanitaria esplosa con l'epidemia del COVID-19 ha imposto uno slittamento del referendum costituzionale già fissato per il 29 marzo 2020.

Come tutte le scelte, anche questa ha prodotto un contrasto di opinioni: da una parte coloro (prevalentemente esponenti politici) che premono per un accorpamento delle consultazioni elettorali regionali con il referendum, confidando – forse – in un effetto di trascinamento delle due consultazioni, dall'altra, i militanti (soprattutto nei comitati per il NO), ma anche alcuni costituzionalisti, che richiedono la fissazione di una data apposita e separata per il referendum costituzionale.

Ad avviso di chi scrive, esistono argomentazioni giuridiche a sostegno della tesi del non accorpamento delle elezioni regionali con il referendum costituzionale che legittimano l'affermazione della necessità e non della mera opportunità di fissare date differenti per le due consultazioni elettorali.

L'art. 7 del dl. 98/2011 recita così: «Election Day. 1. A decorrere dal 2012 le consultazioni elettorali per le elezioni dei sindaci, dei Presidenti delle province e delle regioni, dei Consigli comunali, provinciali e regionali, del Senato della Repubblica e della Camera dei

⁷⁵⁸ Ciò non significa che si è contrari a manuttenzioni migliorative del testo costituzionale che siano in grado di offrire strumenti per facilitare il processo decisionale: si potrebbe pensare a un bicameralismo imperfetto "a costituzione invariata", come quello previsto dalla Costituzione francese, per il quale tutti i disegni o proposte di legge nascono bicamerali e solo successivamente alle prime due letture da parte delle due camere si procede all'attivazione di una commissione mista paritetica (prevista anche in Germania, Belgio, Stati Uniti) che ha il compito di elaborare un testo congiunto che sarà approvato in via definitiva dalla camera bassa. Un istituto del genere è agevolmente prevedibile dai regolamenti parlamentari che già disciplinano le commissioni legislative, considerato che l'art. 70 della Costituzione stabilisce che la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due camere, lasciando l'integrale disciplina tecnico-procedimentale alla fonte regolamentare.

deputati, si svolgono, compatibilmente con quanto previsto dai rispettivi ordinamenti, in un'unica data nell'arco dell'anno. - 2. Qualora nel medesimo anno si svolgano le elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia le consultazioni di cui al comma 1 si effettuano nella data stabilita per le elezioni del Parlamento europeo».

Difficilmente una disposizione è stata più chiara: è possibile l'accorpamento di una pluralità di consultazioni elettorali aventi ad oggetto esclusivamente *elezioni* amministrative, politiche ed europee.

La ratio della norma è lapalissiana: è possibile indire un *election day* per le *elezioni* che tassativamente vengono elencate e che abbiano ad oggetto la selezione della rappresentanza ai vari livelli territoriali, dal Comune all'Unione europea, ossia con un oggetto sostanzialmente omogeneo.

Nulla si dice al riguardo del referendum, che è una consultazione elettorale ma ad oggetto diverso dalla selezione della rappresentanza, vertendo, al contrario, su una deliberazione popolare di grado legislativo o costituzionale.

Per la consultazione referendaria di tipo abrogativo è prevista un'ipotesi di sospensione in caso di scioglimento anticipato delle camere ai sensi dell'art. 34, comma 2, della legge 352/1970: il legislatore ha pertanto già previsto una disciplina diversificata della consultazione referendaria prevedendo la sospensione e il rinvio del referendum abrogativo in caso di scioglimento ed elezioni politiche. Trattasi dunque di legge speciale che resiste all'abrogazione di una legge successiva di carattere generale.

E questo perché distinta è la ratio delle due consultazioni: le elezioni sono infatti esercizio della democrazia rappresentativa, mentre i referendum, tanto abrogativi quanto costituzionali, sono esercizio di democrazia diretta. Le due consultazioni non sono pertanto fungibili ma vanno trattate in modo differente.

Pertanto, la situazione determinatasi a seguito dell'emergenza COVID-19 ci pone, per la prima volta, di fronte ad una sospensione del procedimento del referendum costituzionale con il rinvio della consultazione popolare per motivi di necessità e urgenza: applicando correttamente i principi dell'analogia *legis* e dell'analogia *iuris*⁷⁵⁹, in difetto di un'espressa

759 La dottrina in tema di analogia e interpretazione estensiva è sterminata: senza pretesa di esaustività si rinvia a A. Belvedere, *Interpretazione estensiva e analoga: alcune considerazioni*, in *Diritto privato*, 2001-2002, Cedam, Padova, 2003, pp. 557-577; A. G. Conte, *Ricerche in tema d'interpretazione analogica* (1957), ora in Id., *Filosofia dell'ordinamento normativo. Studi 1957-1968*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 26, n. 58; N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto, Memorie dell'istituto giuridico dell'Università di Torino*, Utet, Torino, 1938, p. 87 ss., ristampa inalterata a cura di P. Di Lucia, Giuffrè, Milano, 2006, N. Bobbio, voce

disciplina della sospensione del referendum costituzionale (e la vicenda del rinvio del referendum suggerisce un'integrazione della legge 352/1970 nella parte in cui disciplina il referendum costituzionale), occorre interpretare estensivamente non l'art. 7 del dl. 98/2011, che concerne le modalità di esercizio della democrazia rappresentativa, ma l'art. 34, comma 2, della legge 352/1970, che disciplina le modalità di esercizio della democrazia diretta estendendo al referendum costituzionale il divieto legislativo di contestualità con le elezioni dei rappresentanti.

Il referendum costituzionale va pertanto rinviato ad una data autonoma rispetto alla data che verrà fissata per il rinnovo dei consigli regionali e dei Presidenti della Regione⁷⁶⁰: la nuova data potrà essere individuata con decreto del Presidente della Repubblica, qualora la deliberazione di rinvio del Governo dovesse individuare una data compresa entro il 70° giorno dalla emanazione del decreto di indizione, ossia entro il 29 maggio 2020; qualora invece ritenesse che l'emergenza sanitaria non fosse superata, il Governo dovrà adottare un decreto-legge che rinvi il referendum oltre il termine consentito dall'art. 15 della legge n. 352 del 1970.

5. Brevi Riflessioni conclusive.

La rappresentanza è, nella logica organizzativa delle democrazie contemporanee novecentesche, il più significativo modo di estrinsecazione del principio della sovranità popolare: accanto ad esso, e in funzione complementare (mai alternativa) le democrazie

Analogia (1957), in Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 398-413; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 158; A. Kaufmann, *L'analoga. Un problema insoluto della scienza del diritto*, in Id., *Analogia e "natura della cosa"*, trad. it., Vivarium, Napoli, 2003, p. 16; P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 631; L. Gianformaggio, *L'analoga giuridica*, in Id., *Studi sulla giustificazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 1986, pp. 150-151; L. Caiani, *Analogia (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 349; G. Carcaterra, *Analogia (teoria generale)*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, II, Treccani, Roma, 1988, pp. 8-9; V. Velluzzi, *La distinzione tra analogia giuridica ed interpretazione estensiva*, in M. Manzin, P. Sommaggio (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Coll. Acta Methodologica 2, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 133-148.

⁷⁶⁰ In senso adesivo sul non accorpamento del Referendum costituzionale alle elezioni regionali, A Celotto, *Giusto rinviare il referendum costituzionale, sbagliato accorparlo alle elezioni regionali*, in *La stampa* (ed. online) del 5 marzo 2020, reperibile al seguente link: <https://www.lastampa.it/politica/2020/03/05/news/giusto-rinvia-referendum-costituzionale-sbagliato-accorparlo-alle-elezioni-regionali-1.38554953>.

pluralistiche che si sono affermate e consolidate nel XX secolo hanno accolto principi e correlati istituti di cittadinanza attiva attraverso l'esercizio dei diritti e la partecipazione politica tramite il referendum.

La democrazia è una realtà conflittuale che trova nel Parlamento la sede naturale per la risoluzione del conflitto, valorizzando quella incorporazione del confronto agonistico tra interessi che «*corrisponde esattamente all' 'oggetto sociale' della Costituzione, che non pretende affatto di comporlo una volta per tutte, ma punta a istituire regole e procedure che consentano di individuare in futuro punti di equilibrio tra gli interessi che siano accettabili per tutti*»⁷⁶¹.

La scelta della democrazia rappresentativa è tanto più efficace in termini di riflessività sociale quanto più è in grado di assicurare contemporaneamente il principio maggioritario e la tutela delle minoranze⁷⁶². Se uno dei due elementi di questa bilancia virtuale comincia a *pesare* di meno, come nel caso della riduzione del numero dei parlamentari, è l'equilibrio del sistema costituzionale ad essere compromesso.

Al contrario, l'*humus* plebiscitario e demagogico, dal quale è scaturita la riforma sul taglio dei parlamentari, “mistifica e favorisce la crescita rigogliosa di un regime oligarchico, che alimenta le diseguaglianze, nazionali e globali, segnando sempre più il passo da un orizzonte costituzionale che ragiona di ‘partecipazione effettiva’, legando democrazia politica e democrazia sociale in un progetto di emancipazione individuale e collettiva (art. 3, c. 2, Cost.)”⁷⁶³: in questo contesto un ruolo cruciale svolgerà la riforma dell'attuale legge elettorale n. 165/2017, che sta pericolosamente oscillando tra formule proporzionali ad alta soglia di sbarramento e invaghimenti maggioritari, mentre una scelta volta a riequilibrare il *vulnus* al sistema rappresentativo derivante dall'eventuale approvazione del referendum costituzionale dovrebbe orientarsi verso un sistema elettorale proporzionale puro con preferenza.

Diversamente qualunque formula elettorale che abbia rendimenti maggioritari rischierà di produrre quelle torsioni in grado di determinare effetti altamente manipolativi della rappresentanza che potrebbero dar luogo a violazioni della Costituzione, ben potendo anche le leggi di revisione costituzionale essere dichiarate contrarie alla costituzione in caso di

761 R. Bin, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2007, pp. 20-21,

762 M. Luciani, *Iniziativa legislativa e referendum, le proposte di revisione costituzionale*, intervento alla Tavola Rotonda AIC, Roma, 1 marzo 2019, in *Osservatorio costituzionale*, n.1-2/2019, p. 201.

763 A. Algostino, *Contro la riduzione del numero dei parlamentari*, cit., p. 2.

violazione di principi supremi dell'ordinamento giuridico-costituzionale (Corte costituzionale, sent. n. 1142/1988).

Riducendo gli spazi del Parlamento, vulnerando la rappresentanza, restringendo la dialettica parlamentare quale espressione delle diverse istanze della società civile, la Costituzione ne risulterebbe svuotata nei contenuti essenziali del principio della sovranità popolare e varrebbero in questa sede le argomentazioni della Corte costituzionale sulla legge elettorale per le quali non si può determinare «una eccessiva divaricazione tra la composizione dell'organo della rappresentanza politica, che è al centro del sistema di democrazia rappresentativa e della forma di governo parlamentare prefigurati dalla Costituzione, e la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto, che costituisce il principale strumento di manifestazione della sovranità popolare» (Corte cost. n. 1/2014).

Ogni Costituzione ha, pertanto, un suo spirito che non può essere modificato senza cambiare la propria essenza: l'organo competente a effettuare una revisione non potrebbe capovolgere i fondamenti del sistema costituzionale dal quale dipende la sua esistenza. Questo ragionamento si riassume nell'espressione secondo la quale la Costituzione non può essere una forma vuota e un semplice meccanismo giuridico, ma essa deve essere uno strumento di precisione – fragile e forte insieme - di regolamentazione dei rapporti tra gli individui e le istituzioni e di tutela dei principi e diritti fondamentali.

Abstract: Lo studio riflette sull'impatto che, qualora approvata con referendum, la revisione costituzionale che riduce i parlamentari produrrà tanto sulla forma di stato, in relazione al grado di rappresentatività dei cittadini, quanto sulla forma di governo, considerato che il Parlamento, nel disegno dei Padri costituenti, è stato concepito come il motore strutturale e funzionale degli altri organi costituzionali.

Abstract: The study reflects on the impact that, if approved by referendum, the constitutional review that reduces parliamentarians will produce both on the form of state, in relation to the degree of representativeness of citizens, and on the form of government, considering that Parliament, in the design of the Founder fathers, it was conceived as the structural and functional engine of the other constitutional bodies.

Parole chiave: Costituzione – rappresentanza – democrazia – Parlamento – revisione

costituzionale.

Key words: Constitution – representation – Democracy – Parliament – Constitutional review.

LA (MERA) RIDUZIONE DEI PARLAMENTARI: UNA REVISIONE CHE ALLONTANA IL DATO COSTITUZIONALE DA DECENNI DI RIFLESSIONI SCIENTIFICHE E TENTATIVI RIFORMATORI*.

di Marco Plutino**

393

1. La revisione costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari ("Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari", proposta approvata definitivamente in data 8 ottobre 2019) che sarà oggetto del quarto referendum costituzionale repubblicano difficilmente può incontrare un giudizio benevolo da parte dei costituzionalisti. Infatti salvo rare eccezioni⁷⁶⁴ tutti i primi commenti sono di tenore critico⁷⁶⁵. La revisione opera un taglio (nel linguaggio economico si direbbe "lineare") del numero dei parlamentari per le due camere pari al 36,5% dei componenti di ciascuna camera senza alcun intervento sulle funzioni.

La maggiore criticità della revisione consiste sicuramente nell'extrapolare il profilo del numero dei parlamentari dal contesto suo proprio di una discussione sul modo d'essere del nostro bicameralismo e delle funzioni parlamentari, che restano immutati. Un referendum su un profilo strutturale di un organo costituzionale senza toccare le sue funzioni è già di

* *Sottoposto a referaggio.*

** Professore associato di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

⁷⁶⁴ La più rimarchevole, perché meglio argomentata sul piano scientifico, appare quella di G. Di Plinio, *Un "adeguamento" della costituzione formale alla costituzione materiale. Il "taglio" del numero dei parlamentari, in dieci mosse*, in *federalismi.it*, 2019, n. 7, p. 2 ss. L'articolo è imbastito di argomenti di analisi economica del diritto e di scienza dell'organizzazione e dell'amministrazione di indubbio pregio scientifico e, per qualche aspetto, condivisibili da chi scrive. Tuttavia non mi sembra che venga dimostrato il pregio della revisione in questione quanto, semmai, che alcuni argomenti avversi adottati possono essere efficacemente contrastati o, in altri casi, che diversi profili della questione vantano argomenti (soprattutto prognostici) pro e contro che non consentono di trarre decise conclusioni. Alcuni punti saranno ripresi *infra*, ma un limite della riflessione ci sembra emergere dal fatto di non considerare che il superamento del bicameralismo paritario è la questione fondamentale del nostro parlamento, e che è di marginale utilità dimostrare che il bicameralismo paritario di domani funzionerebbe meglio di quello di oggi.

⁷⁶⁵ Tra i tanti O. Chessa, *Sul taglio dei parlamentari*, in *www.lacostituzione.info*, sintetizza: "una revisione costituzionale totalmente priva di giustificazione razionale non può mai essere buona". V. *infra*.

per sé sospetto. La revisione in effetti fa parte di ciò che rimane di un fascio di *riforme* che non avevano il fine di integrare la democrazia rappresentativa migliorandone il funzionamento ma di occuparne sempre maggiori spazi se non corromperla dal di dentro (come per l'ipotizzato superamento dell'attuale art. 67 Cost.) alla luce dell'idea, scientificamente errone, che la democrazia rappresentativa sia una forma minore, magari destinata a recedere storicamente. Questo disegno ovviamente troverebbe nuova linfa dall'entrata in vigore della revisione. Bisogna invece ribadire, anche alla luce dei principi fondamentali della Costituzione, che la democrazia rappresentativa, pur utilmente integrabile da forme di decisione diretta affidate al cittadino, è l'unica forma di democrazia in sé compiuta e autosufficiente, comprendente tra l'altro anche il versante della partecipazione: l'idea che più democrazia diretta si introietti e meglio è non può pertanto essere condivisa e ad un certo punto incontrerebbe un limite nella Costituzione che esprime diversi principi al cuore di un assetto rappresentativo, che sicuramente sfuggono alla possibilità di una revisione costituzionale nel loro nucleo essenziale (es. art. 67 Cost.)⁷⁶⁶. Illuminata in questo quadro la riduzione del numero dei parlamentari prima ancora di essere valutata in sé e per sé appare come un modo tra gli altri per sminuire la rappresentanza e un certo modo d'essere della democrazia⁷⁶⁷. Leggendo la relazione illustrativa e i dossier delle camere sul punto le ipotetiche ragioni a sostegno della revisione consisterebbero in un contenimento dei costi delle istituzioni e in un miglioramento decisionale delle camere. Del primo obiettivo va detto molto chiaramente, prima e in alternativa di inoltrarsi in una discussione, che l'argomento non ha un tono scientifico, per quanto aleggi non da oggi ed addirittura non fu sconosciuto al dibattito tra i costituenti⁷⁶⁸. Ciò che conta di una

⁷⁶⁶ Sui principi supremi di organizzazione come limite all'esercizio del potere di revisione ora M. C. Carbone, *Problematiche di una revisione organica della Costituzione nell'ordinamento italiano*, Cacucci, Bari, 2020, p. 64, ed ivi bibliografia.

⁷⁶⁷ Il giudizio forse più duro attualmente è quello di A. Algostino, *Contro la riduzione dei parlamentari, in nome del pluralismo e del conflitto*, in *Questione Giustizia*, 10 febbraio 2020, p. 9, che parla di tassello "di una trasformazione della forma di Stato in senso autoritario" tendente ad esprimere il dissenso. L'autrice è stata tra le prime ad occuparsi del tema nel nostro ordinamento in occasione delle prime proposte di (mera) riduzione del numero dei parlamentari. A. Algostino, *In tema di riforme costituzionali. Brevi note sulla proposta di riduzione del numero dei parlamentari*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012, p. 7 ove già si parlava di "riduzione degli spazi della rappresentanza", con conseguente potenziale esclusione di cittadini dalla sfera pubblica e, quindi, di "regressione nel cammino della democrazia".

⁷⁶⁸ In particolare all'interno della discussione più ampia del rapporto più congruo tra eletti e cittadini. Sul punto si rinvia a D. Porena, *La proposta di legge costituzionale in materia di riduzione del numero dei parlamentari (AC. 1585): un delicato "snodo" critico per il sistema rappresentativo della democrazia parlamentare*, in *federalismi.it*, n. 14, 17 e 18/2019, con riferimento alla Costituente e anche alla dottrina odierna. La discussione dei "costi" viene riportata su un binario condivisibile da G. Di Plinio, *Adeguamento*, cit., 12. Nel senso che i costi hanno un valore istituzionale (l'autore parla di costi di coordinamento e di

istituzione è intanto il ruolo. Il ruolo, che si manifesta attraverso la posizione istituzionale e le funzioni attribuite dalla Costituzione, deve essere servito da un rendimento. Conta e deve preoccupare il rendimento, non il costo, e ciò dipende dalla capacità di una istituzione di svolgere in modo adeguato, se non soddisfacente, le funzioni che l'ordinamento gli commette. Ciò vale ancor più per un organo costituzionale, per la sua posizione di preminenza e di indefettibilità, tanto che la dottrina da tempo individua anche standard di funzionalità e nuclei essenziali delle attribuzioni (da doversi svolgere con modalità astrattamente adeguate) come altrettanti limiti a revisioni costituzionali⁷⁶⁹.

organizzazione, e conclude che “la dimensione ottimale sarebbe quella che minimizza i costi di interdipendenze”, 3) se esprimono – lo ribadiamo a parole nostre - il prezzo dell'efficienza e i costi dell'inefficienza. Ma questo scenario, pur interessante e da riprendere, non pare veramente decisivo per una valutazione della revisione *de qua* che trova elementi di riflessione in circostanze che hanno maggiore coerenza (basti pensare al “costo” della mancata realizzazione di una camera degli interessi territoriali!).

⁷⁶⁹Correttamente è stato affermato che non esiste in campo comparato qualcosa definibile come uno standard formale o strutturale di parlamento (o corpo legislativo), G. Di Plinio, *Adeguamento*, cit., p. 2 (anche se v. G. Passarelli, *Il ruolo della circoscrizione nei sistemi elettorali*, novembre 2019, Astrid, laddove si richiama la cd. legge della radice cubica di Taagepera, che è una legge, per così dire, “esistenziale”). Ma si è coagulata una dottrina ampiamente maggioritaria sul ruolo dei parlamenti (le cd. ragioni), su un nucleo indefettibile di funzioni, etc, in termini di diritto costituzionale positivo italiano. Ora, tra le funzioni e la struttura non può che esservi uno stretto rapporto. Il fatto che alla coagulazione di dottrina attorno al primo punto non corrispondano conclusioni sul secondo non vuol dire che non ve ne siano. Il discorso più ricorrente, che però non è esaustivo, riguarda il modo d'essere del rapporto rappresentativo, visto che già in Costituente diversi interventi (Foschini, Ambrosini, Togliatti, Ruini, etc.) affermarono l'esigenza di un certo preciso modo d'essere anche indicando rapporti numerici precisi da intendersi come ottimali che, però, sottintendevano per lo più la normativa proporzionale. Sul punto v. D. Porena, *La proposta di legge costituzionale in materia di riduzione del numero dei parlamentari (AC. 1585): un delicato “snodo” critico per il sistema rappresentativo della democrazia parlamentare*, in *federalismi.it*, 2019, n. 14, 7 n e 10 n. In generale l'approccio più corretto e raffinato sembra quella sostenuto da A. Mangia, *Note sul programma di riforme costituzionali della XVIII legislatura*, in *Forumcostituzionale.it*, 2 dicembre 2018, 4 ove si afferma che non esiste in generale una rilevabile correlazione tra numero di componenti di un'assemblea rappresentativa e qualità della funzioni, e però allo stesso tempo si afferma che qualche indizio porta a ritenere che un collegio rappresentativo (più) ampio diversifica meglio di interessi coinvolti nel processo decisionale, in omaggio al modo d'essere della nostra Costituzione. Diciamo che, ciò detto, una riduzione del numero dei componenti di un collegio a parità di funzioni ben difficilmente può essere assunto come un paradigma di efficienza (o, per usare una brutta espressione, efficientamento), soprattutto per un organo costituzionale. In una diversa ottica G. Di Plinio, *Adeguamento*, 5 ss. e 8 ss. che si richiama a dati e a schemi di scienza dell'organizzazione (ma si potrebbe richiamare anche la riflessione di Sartori, e non solo, sui “comitati”, nel senso astratto e politologico dell'espressione; rilevo una possibile contraddizione interna nel ragionamento di Di Plinio laddove per un verso ritiene che la riduzione dei parlamentari allontani gli elettori, e in generale gli interessi non generali, con effetti anche benefici, dall'altro ammette, sempre per giustificare la riduzione dei parlamentari, che rispetto ai decenni scorsi i mezzi e i canali di informazione oggi rendono molto più facile presentare le proprie legittime istanze, 11. Ma soprattutto forse andrebbe notato che il rapporto rappresentativo è un rapporto ricco e complesso, che non è fatto solo di “istanze” e di documenti da trasmettere).

La verità ci pare che la Costituzione commetta al parlamento un relevantissimo numero di funzioni che richieda un congruo numero di parlamentari, generalmente più elevato (in proporzione alla popolazione, e al netto delle leggi elettorali e al modo d'essere del rapporto rappresentativo) di quanto sia previsto all'estero: basti pensare ai poteri deliberanti delle camere. Di fronte a questo scenario una analisi, pur interessante sull'influenza del lobbismo o degli interessi microsettoriali in ordine ad un corpo e legislativo a ranghi ridotti,

Se il risparmio di spesa sarebbe peraltro risibile, i danni istituzionali emergenti (oltre quelli *simbolici*) certi e non di facile quantificazione.

E così veniamo all'altro argomento, che in teoria invece possiede una dignità scientifica: la revisione creerebbe un parlamento più forte e autorevole.

Ora, come si possa sostenere in generale che una modifica strutturale, nella forma peraltro di un rimaneggiamento, e di un organo costituzionale, si tramuti in un beneficio funzionale per l'organo in questione è un onere della prova che dovrebbe incombere su chi lo sostiene. Appare piuttosto ovvio ritenere il contrario.

Prima di discutere a fondo l'argomento, appare interessante richiamare in modo sintetico le vicende che hanno riguardato la revisione dei profili strutturali del parlamento. Come noto, gli articoli 56 e 57 della Costituzione nella loro originaria versione prevedevano l'elezione di ogni parlamentare in ragione di un certo rapporto (con differenze tra i deputati e i senatori) con la popolazione, con alcune soglie minime garantite e massime. Nel 1963 la legge costituzionale n. 2 inseriva un numero fisso di deputati e senatori e equiparava la durata delle Camere a cinque anni (art. 60 Cost.). La lettera originaria e la revisione davano per scontato un impianto elettorale proporzionale e indicavano un certo modo d'essere della rappresentanza e del parlamento ispirata certamente alla dottrina kelseniana⁷⁷⁰. La legge del 1963, in particolare, aveva lo scopo di ottimizzare la funzionalità del sistema bicamerale, sempre più *perfetto*, riducendo i caratteri distintivi delle due camere e ratificando nel dato formale quel coordinamento prodotto dal sistema dei partiti che con grande precocità aveva assunto la trazione della nostra forma di governo⁷⁷¹. Inoltre voleva servire a fissare un ragionevole tetto di parlamentari rispetto ad una popolazione in drastico aumento⁷⁷². Il numero non era dunque *magico* (nel senso epistemologico dell'espressione) ma frutto di una razionalità strumentale, collegato ad una presunzione di adeguatezza, sia pure non formulata nella tecnica del numero fisso. La proporzionalità delle leggi consentiva

per quanta consistenza possa avere, ci sembra che abbia una validità piuttosto limitata. Comunque v. nel testo.

⁷⁷⁰ Del tipo infine ipostatizzato in H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etaslibri, Milano, p. 302.

⁷⁷¹ Sul ruolo dei partiti, oltre che dei fattori normativi, a trasformare il sistema bicamerale in un "monocameralismo imperfetto" v. A. Barbera, (voce) *Parlamento*, in *Enc. delle scienze sociali*, vol. VI, 1996, p. 479.

⁷⁷² Un'attenta ricostruzione delle varie fasi che hanno riguardato la struttura del Parlamento come disciplinata dalla Costituzione in F. Clementi, *Sulla proposta costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari: non sempre "less is more"*, in *Osservatoriodellefonti*, n. 2/2019, pp. 4-6.

un rapporto abbastanza stretto tra elettori e parlamentari, mediato da un sistema dei partiti che aveva una presa formidabile sulla società.

Già prima della crisi del sistema politico del 1992 l'elevato numero di parlamentari in rapporto alle altre democrazie comparabili fece nascere una corrente di opinione che sostenne la pletoricità dei nostri organi rappresentativi. Ciò avvenne a partire dai primi anni '70 con la nascita delle assemblee legislative regionali e in un quadro di crescente crisi sistemica. Nel 1990 un voce in dottrina concludeva che “del resto, se non si è ridotto il numero dei parlamentari all'indomani dell'integrale attuazione del disegno autonomistico tracciato dalla Costituzione con l'elezione nel 1970 dei quindici consigli delle regioni a statuto ordinario, è impensabile che lo si faccia adesso”⁷⁷³. Ma con il crollo dei partiti di qualche anno successivo la polemica anti-politica e anti-parlamentare era destinata a fare carriera e ad insediarsi al cuore delle istituzioni.

Il riferimento ai consigli regionali non intende essere casuale anche per il fatto che il precedente immediato della riduzione del numero dei parlamentari deriva da quella polemica sui *costi della politica* e dei suoi sprechi che ha condotto ad un contenimento dei numeri dei consiglieri regionali, a partire dall'art. 14 del d.l. n. 138 del 2011. La Corte Costituzionale, come noto, ha da tempo ribadito (in particolare nella sent. n. 106 del 2002) che il parlamento è l'organo esclusivo della rappresentanza nazionale, per cui ogni ragionamento per analogia non avrebbe senso.

Da un punto di vista storico va poi ricordato che il nostro parlamento è stato ed è tra i più autorevoli al mondo. Lo è per funzioni commesse – un parlamento che lavora per commissioni, peraltro con poteri anche deliberanti e con funzioni non legislative enormemente potenziate dalla sofisticata riforma del 1971 – e lo è stato (e per questa parte non lo è più) per le contingenze politico-istituzionali dovute all'assenza di alternanza al governo frutto dell'ascesa elettorale del PCI, nell'ambito di una democrazia cd. bloccata. Questo fatto era del resto alla base della grande riforma del 1971 (fase della cd. centralità del parlamento), che ha lasciato una traccia che prescinde dal quadro istituzionale del tempo.

Rinviando al seguito una riflessione sull'adeguatezza attuale del numero di parlamentari (o, al contrario, sulla ragionevolezza di una riduzione), va ribadito che anche se si prova ad

⁷⁷³ P. Armaroli, (voce) *Parlamento*, in *Enc. giur.*, vol. XII, 1990, 5, il quale affermava che il numero dei parlamentari appariva “francamente eccessivo”.

accreditare l'idea che la riduzione dei parlamentari si attende da decenni, pur non mancando sporadiche voci in questo senso, l'affermazione può essere smentita. Dovremmo rinvenire un profluvio di progetti e proposte per la riduzione del numero dei parlamentari. Non è così.

2. Il problema storico del nostro parlamento, fin dalla Costituente, è sempre stato il modo d'essere del bicameralismo. Il numero notevole dei nostri parlamentari, una sorta di epifenomeno di questo problema. Ciò di per sé non implica né che siano molti né che siano pochi, perché questo giudizio va rapportato alle funzioni previste dalla Costituzione e non solo (ma quantomeno a quelle previste in Costituzione). Possiamo però fin da ora dire che i parlamentari sono in numero cospicuo, quasi più di ogni altro paese, *a causa* del bicameralismo paritario⁷⁷⁴.

Questa affermazione può essere messa alla prova con una rapida scorsa dei progetti degli ultimi decenni, la quale dimostra che il tema del numero dei parlamentari è stato trattato finora solo di riflesso e mai finora come questione a sé stante (di polemica anti-politica o di funzionalità, vedremo). Pertanto si sta realizzando una cesura, in quanto la revisione sottoposta al referendum è estranea al quadro precedente. Affermare una continuità con la nostra tradizione di riformismo istituzionale (fallito) è frutto di una decontestualizzazione dei dati, come è facile dimostrare.

L'ipotesi di una riduzione del numero dei parlamentari maturava nel progetto della Commissione Bozzi (1983-85) nell'ambito di un primo tentativo di differenziazione delle funzioni di due camere che continuavano ad essere considerate paritarie ma che mostravano segni di specializzazione, al Senato spettando di prevalenza la funzione di controllo sull'esecutivo. La riduzione del numero dei parlamentari operava pertanto in una ottica di una riqualificazione del parlamento, tornando alla tecnica pre '63 del rapporto con gli abitanti o assegnandoli in linea con la media europea (da cui l'argomento ricorrente del confronto comparato; un argomento epistemologicamente improprio, perché, come abbiamo detto, *a priori*).

Tralasciando le Commissioni bicamerale De Mita-Jotti (1992-94), che fa eccezione perché il bicameralismo e le funzioni era lasciate intatte e ci si limitava a portare la durata della

⁷⁷⁴ Ad ogni modo la nostra Camera dei deputati, dati alla mano, e in rapporto ovviamente alla popolazione, è tra le ultime per dimensione. V. D. Porena, *La proposta*, cit., p. 23.

legislatura a quattro anni, lo spunto della Commissione Bozzi viene spinto da questo momento verso un chiaro e inequivoco tentativo di superamento del bicameralismo paritario.

Il Comitato di studio per le riforme istituzionali insediato presso il governo Berlusconi (cd. Comitato Speroni, 1994) inaugurava il motivo del Senato composto da rappresentanti di Regioni ed enti locali, segnando l'abbandono anche da parte degli ex-comunisti dalla soluzione monocamerale⁷⁷⁵.

Nel progetto della Commissione D'Alema (1997-98), un'ambiziosa rimodulazione delle funzioni delle camere vedeva il superamento del principio del bicameralismo paritario che veniva corredato da una riduzione del numero dei parlamentari (700, riprendendo la tecnica del numero fisso, ma c'era l'integrazione di alcuni rappresentanti degli enti locali limitatamente ad alcune funzioni).

Nel progetto del governo Berlusconi (2005), approvato dal parlamento e respinto dal referendum, nell'ambito di una netta differenziazione tra le due camere (ad es. fiducia monocamerale) veniva operata una riduzione del numero dei parlamentari da 945 a 770.

Così in seguito, fino al referendum del 2016. Nella cd. bozza Violante del 2007, approvata dalla Commissione Affari Costituzionali della Camera il numero dei parlamentari (186 componenti del Senato, 512 della Camera) era ridotto nell'ambito di una spinta differenziazione tra le due camere. Similmente avveniva nei progetti approvati in prima lettura al Senato nel 2012 nel corso della XVI legislatura e nella legislatura successiva. In particolare la relazione finale della Commissione dei cd. saggi insediati nell'ambito del governo Letta propose ancora una volta una riduzione dei parlamentari (450 deputati e 200 senatori) nell'ambito del superamento del bicameralismo paritario, con un'apparente innovazione: benché in premessa si affermasse che tra gli obiettivi, apparentemente autonomo, vi fosse «il rafforzamento del Parlamento attraverso la riduzione del numero dei parlamentari» accanto al «superamento del bicameralismo paritario, una più completa regolazione dei processi di produzione normativa e in particolare una più rigorosa disciplina della decretazione di urgenza», la riduzione del numero dei parlamentari era ovviamente conseguente alle diverse ipotesi in tema di differenziazione delle funzioni delle

⁷⁷⁵ A partire da questo momento tutti i tentativi istituzionali e quasi tutte le riflessioni scientifiche sono orientate verso la creazione di una camera degli interessi territoriali, con rarissime, per quanto autorevoli, proposte di altro tipo, dal monocameralismo alle ipotesi come quelle per una camera (alta) votata alla rappresentanza di interessi non territoriali.

camere (con soluzioni sia di elezione diretta che non dei senatori e con relativa rimodulazione delle funzioni spettanti al Senato). Questa tecnica dei saggi, segno dei tempi, era una *captatio benevolentiae* verso la cittadinanza ma ineccepibile nella sostanza delle soluzioni.

Ebbene tale espediente tecnico veniva ripreso in grande stile nel quesito del referendum del dicembre del 2016, affermando non dissimilmente dal progetto Letta di trattare «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 [...]». La sostanza del progetto consisteva in una vigorosa riscrittura del Titolo V entro cui trovava posto anche una netta differenziazione tra le due camere. Qualunque cosa si pensi delle soluzioni prefigurate, il progetto in questione appariva anzi molto corretto nell'approcciarsi alla modifica delle strutture del parlamento in quanto il numero dei deputati restava inalterato mentre il Senato veniva rimaneggiato in ragione delle nuove funzioni (a cento componenti, di cui novantacinque membri nominati dai Consigli regionali fra i loro stessi componenti e fra i sindaci dei propri territori). Un approccio, quello della correlazione tra strutture e funzioni, che evidenzia come l'elevato numero dei nostri parlamentari dipenda esclusivamente dal bicameralismo perfetto e perciò dalla mancata trasformazione del Senato in una camera degli interessi, o comunque differenziata.

In definitiva quando in dottrina si afferma che negli ultimi trenta anni tutti i progetti “hanno battuto la strada della differenziazione fra le due Camere e, dal 1997, di una riduzione del numero dei parlamentari”⁷⁷⁶ si fa un'affermazione esatta (con l'anticipazione del Comitato Speroni) ma occorrerebbe aggiungere che il primo caso – la differenziazione funzionale – contempla e comprende il secondo, la riduzione dei parlamentari. *Post hoc, ergo propter hoc*, avrebbero detto gli antichi romani. Tutte le ipotesi di riduzione del numero dei parlamentari sono state formulate nell'ambito di progetti di differenziazione delle funzioni delle due camere, nessuna prima di questa. Ciò squalifica alquanto anche l'argomento di un favore *di principio* verso la riduzione del numero dei parlamentari. Va da sé che una riduzione minima del numero dei parlamentari non inciderebbe in modo sostanziale sulle attribuzioni del parlamento (ma produrrebbe comunque l'esigenza di aprire un cantiere istituzionale importante per adeguare l'ordinamento) per quanto *in principio*, si potrebbe

⁷⁷⁶C. Fusaro, *Perché...Fa quello che i partiti promettono da trent'anni senza esserci riusciti*, in AA.VV., *Perché Sì. Le ragioni della riforma costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2016, p. 11.

contro-argomentare, apparirebbe poco accettabile; ma non è certo il caso di una revisione che taglia più di un terzo dei parlamentari.

La finalità dei tentativi riformatori è stata sempre di superare, seguendo anche le indicazioni emergenti dai costituzionalisti (non pochi tra i quali sono stati parlamentari o ministri), l'attuale assetto del bicameralismo, nel cui ambito appariva ragionevole ridurre (e non lasciare inalterato, o aumentare) il numero dei parlamentari in ragione delle nuove funzioni. Si può dissentire sulle singole soluzioni prefigurate ma difficilmente può disconoscersi questo dato.

In effetti non è semplice immaginare la revisione di un organo costituzionale limitata alla sua composizione a prescindere dalle funzioni o a funzioni invariate. E non è un caso che non si ravvisino significativi precedenti comparati *de jure condito*, mentre non meraviglia troppo, per le temperie in cui versano attualmente le democrazie, che cominci a dibattersene in questi termini anche in qualche altra esperienza⁷⁷⁷.

Pertanto ridurre il numero dei parlamentari in modo consistente, a parità di funzioni, può essere ritenuto espressione di una scelta discrezionale legittima ma anche, al contrario e più facilmente, di una scelta affetta da palese irragionevolezza e in teoria sindacabile. Nel primo senso occorrerebbe offrire una argomentazione prognostica che il contesto istituzionale e tecnologico consenta oggi di far fronte con un numero assai minore di parlamentari a quelle stesse funzioni che il Parlamento svolge da sempre. Tali funzioni oggi per la verità appaiono anche aumentate, con il *multilevel constitutionalism*, con l'appesantirsi dello Stato sociale e con l'assunzione di nuovi compiti: si pensi alle funzioni in rapporto all'Unione europea, o in tema di qualità della legislazione, o ancora all'accresciuta interdipendenza dei lavori delle commissioni in ragione del sempre maggiore intreccio degli interessi materiali, all'aumento delle ipotesi di c.d. commissioni filtro, al profluvio di commissioni speciali, bicamerali, etc.. Quanto all'attuazione del regionalismo e al suo rafforzamento nel 2001 ciò vale sicuramente a rafforzare i consigli regionali, molto meno a sgravare di compiti il parlamento. Anzi: le competenze sono quasi tutte esclusive statali e condivise; gli intrecci materiali sono aumentati a dismisura, il parlamento deve farsi anche carico del monitoraggio e del seguito delle sentenze nei rapporti con le autonomie, del modo d'operare della Conferenza Stato-regioni, e gli esempi potrebbero continuare.

⁷⁷⁷ Riferimenti in G Di Plinio, *Un "adeguamento"*, cit., p. 2, n. 1.

Che il parlamento sia meno un organo di *decision making*, affermazione condivisibile, perché il baricentro del potere decisionale per tante ragioni si è spostato per lo più sul governo (o su altri livelli) ha implicazioni sul piano numerico, ma indica semplicemente che il parlamento oggi trova le sue ragioni in un potenziamento di funzioni non decisionali, come quelle pubblicitarie, informative, espressive, di raccordo, che non per questo lo rendono meno centrale nella trama istituzionale, ma semmai centrale in modo diverso.

Se viceversa vuole notarsi un indebolimento complessivo del parlamento, ebbene anche questa circostanza appare vera, ma ciò dipende in misura importante anche dalla sua struttura (ormai) obsoleta, che si riverbera in modo molto dannoso sull'esercizio delle funzioni, come diremo meglio nelle conclusioni. Il suo modo d'essere in termini strutturali però viene confermato e così le funzioni. Si fa una riforma puntuale del testo per ribadire, e rafforzare, il carattere più criticato. Segno che esistono pessime riforme puntuali, al limite anche incostituzionali, e riforme più ampie organiche o eterogenee ma ispirate da un disegno unitario o almeno coerente⁷⁷⁸.

Il quesito referendario non risponde alla questione fondamentale posta in dottrina in modo chiaro: "Sono settant'anni che ci teniamo due Camere elette allo stesso modo che fanno le stesse cose, e siamo l'unica democrazia parlamentare al mondo che se le tiene"⁷⁷⁹. Continueremmo ad avere due camere elette allo stesso modo e che fanno le stesse cose, restando un *unicum* nelle democrazie parlamentari europee e non solo. Un dossier del Parlamento (appunto in tema di informazione parlamentare, da noi veramente eccellente) ci rende edotti che solo la Guinea equatoriale ha due camere che fanno le stesse identiche cose.

3. La via sarebbe invece già tracciata dalla legge cost. n. 3 del 2001, il cui art. 11 dispone, al primo comma: «Sino alla revisione delle norme del titolo I della parte seconda della Costituzione, i regolamenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica possono prevedere la partecipazione di rappresentanti delle Regioni, delle Province autonome e degli enti locali alla Commissione parlamentare per le questioni regionali». La

⁷⁷⁸ M. C. Carbone, *Problematiche*, cit., pè. 85-86 ma passim.

⁷⁷⁹ C. Pinelli, *Perché...trasforma un doppione della Camera in un Senato che rappresenta le autonomie*, in AaVv, *Perché Sì*, cit., p. 13.

revisione del titolo in questione allude alla struttura del parlamento e la direzione di marcia è chiaramente indicata dal transitorio potenziamento della cd. bicameralina con l'apertura ai rappresentanti regionali e locali e con il potenziamento del suo ruolo disposto dal comma successivo. La disposizione era chiaramente dettata, come noto, perché non fu possibile arrivare ad un consenso sulla creazione di una camera degli interessi territoriali per le resistenze dei senatori e si rinviò la questione. Un segmento mancante che la dottrina da allora ha sollecitato costantemente, e sono sotto gli occhi di tutti gli effetti della sua assenza. È da ribadire che con rarissime eccezioni la dottrina costituzionalista propende per la trasformazione del Senato della Repubblica in un'assemblea che sia sede di rappresentanza degli interessi territoriali, regionali o anche locali; le soluzioni sono eterogenee ma la necessità di questa esigenza è sottolineata comunemente⁷⁸⁰. Perfino le restanti soluzioni avanzate in dottrina propendono per il superamento del sistema bicamerale attuale, verso ipotesi monocamerale o bicamerale differenziate in altri modi.

La camera degli interessi territoriali sarebbe la chiusura più coerente di un sistema regionale che nel 1999-2001 è stato rafforzato e che nella prospettiva dell'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. si intende ulteriormente rafforzare. Ciò è impraticabile, realisticamente, senza intervenire sul bicameralismo, come dimostra l'attualità, perché sarebbe necessario fare del parlamento, nella scia della dottrina parlamentarista citata, un luogo di prestazioni di unità⁷⁸¹. Occorre quantomeno convenire che sarebbe non solo proficuo ma anche urgente "consentire la rappresentanza e la ricomposizione al centro delle istanze differenziate provenienti dalle varie parti del territorio"⁷⁸².

Percorrendo questa via la riduzione del numero dei parlamentari potrebbe essere ben più consistente e soprattutto dotata di un senso istituzionale che attualmente pare non avere.

⁷⁸⁰ M. Dogliani, *Le controverse vicende del bicameralismo italiano*, in AA.VV., *La riforma della Costituzione. Una guida con le analisi di 15 costituzionalisti*, Corriere della Sera, 2016, in part. Pp. 117-119. Nell'ampissima dottrina v. ad es. due opere collettanee: AA.VV., *La Camera degli interessi territoriali nello Stato composto. Esperienze e prospettive*, a cura di V. Baldini, Satura, Napoli, 2007 e AA.VV., *A World of Second Chambers. Handbook for Constitutional Studies on Bicameralism*, a cura di J. Luther, P. Passaglia, R. Tarchi, Giuffrè, Milano, 2006. Piace citare quest'ultima opera anche in ricordo di J. Luther, raffinato studioso anche di questi temi, che ci ha lasciato prematuramente.

⁷⁸¹ Su questo aspetto ora v. Baldini, *Il regionalismo differenziato: un pericolo per l'unità dello Stato? Profili teorici e di diritto positivo*, in *dirittifondamentali.it*, 7. In ordine non dissimile di idee, restando sul piano dell'analisi dei procedimenti, A. Lucarelli, *Regionalismo differenziato e incostituzionalità diffuse*, in *Dir. Pubbl. Eur. - Rassegna online*, n. spec. 2/2019, p. 2 ss.

⁷⁸² P. Bilancia, *Osservazioni a prima lettura sulla configurazione proposta di senato federale e sul bicameralismo <asimmetrico>*, in AA.VV., *Costituzione una riforma sbagliata. Il parere di sessantatré costituzionalisti*, Passigli, Firenze, 2004, p. 441.

Basta guardare le dimensioni delle camere alte europee che rappresentano interessi territoriali.

Questo argomento ci pare decisivo per una valutazione negativa della revisione su cui pende il giudizio. Dovrebbe superare l'argomento di un miglioramento della funzionalità del parlamento perché ne confermerebbe il più macroscopico difetto, salvo che non si intende ragionare di un passo mediano rispetto all'obiettivo della differenziazione funzionale. Ma non è così: intanto perché tutte le posizioni favorevoli alla riduzione dei parlamentari sia in sede politica che scientifica alludono ad una ulteriore revisione per introdurre il bicameralismo differenziato, trasformando la revisione in questione in un'occasione per uno *sblocco* dell'ingrippato riformismo italiano (argomento ovviamente di nessun pregio scientifico). Neanche può essere guardata con favore una posizione volta a far passare il messaggio che una revisione costituzionale, magari sbagliata e dannosa, possa essere gestita a livello sub-costituzionale con apposite modifiche producendo benefici⁷⁸³. Esistono precisi limiti di ordine giuridico. Ciò che è sancito a livello costituzionale, pur nella presenza di tante pagine bianche, è un limite a modificazioni sub-costituzionali. Certamente molti aspetti potrebbero essere migliorati ma non siamo più ai tempi in cui per fronteggiare una situazione bloccata Leopoldo Elia valorizzava in modo mirabile tutte le possibilità insite nel sistema per meglio coordinare l'attività delle camere sul piano regolamentare⁷⁸⁴. Né è il caso, come è stato proposto in questi giorni, di immaginare simil-camere aggiuntive, come fu proposta nel 1997 per non andare a toccare gli interessi corporativi dei senatori, immaginando un sistema barocco che fu oggetto di

⁷⁸³ In particolare, per l'autorevolezza della provenienza, L. Violante. *Una riforma che superi il bicameralismo paritario*, Corriere della sera, 21 febbraio 2020. La posizione è emersa in un recente documento approvato dall'Assemblea nazionale del Partito Democratico. In dottrina voci nettamente favorevoli allo stato sono quella di G. Di Plinio, C. Fusaro e G. Cerrina Feroni. Una posizione contraria, con distinguo, in F. Clementi, *La riduzione del numero dei parlamentari: de jure condito o de jure condendo*, in *Dir. Pubbl. Eur. - Rassegna online*, fasc. 1/2020, pp. 3-4, precisando una precedente, e più rigida posizione manifestata in Id., *Sulla proposta costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari: non sempre "less is more"*, in *Osservatoriodellefonti*, n. 2/2019, p. 1 ss., p. 30.

⁷⁸⁴ L. Elia, *Atti bicamerali non legislativi*, in AaVv, *Raccolta di scritti sulla Costituzione, II. Studi sulla Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 421. Su questa traccia si sono mossi con arguzia anche C. Chimenti, *Gli organi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1989, in part. P. 140 ss., e D. Nocilla, (voce) *Atti bicamerali non legislativi*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. 1, Giuffrè, Milano, 1997, p. 183 ss. ove afferma chiaramente "la questione dell'atto bicamerale non legislativo riguarda più in generale l'esigenza di coordinamento, in un sistema bicamerale, delle volontà delle due Camere: esigenza che sussiste con evidenza massima per ciò che attiene alla volontà legislativa (intesa in senso materiale), ma che attiene anche alle altre funzioni esercitate dalle Camere stesse, quali la funzione di controllo o quella di indirizzo", trattandosi perciò "di una pura necessità di ordine pratico" (188). Una necessità, aggiungiamo, oggi del tutto priva di un retroterra di condizioni politiche o istituzionali che possano difendere il carattere bicamerale paritario.

severe ironie e privo di seguito in dottrina⁷⁸⁵. Neanche la *costituzionalizzazione* della Conferenza Stato-Regioni, che tra l'altro richiederebbe una nuova revisione costituzionale, ci esimerebbe dall'intervenire sul carattere (costituzionalmente) paritario del nostro bicameralismo⁷⁸⁶. La mancata realizzazione, del resto, della semplicissima integrazione della commissione per le questioni regionali attesa da diciannove anni la dice lunga sulla effettiva possibilità di realizzazione di queste misure a livello sub-costituzionale almeno quanto il fallimento di tutte le revisioni offre spunti di riflessione sul riformismo istituzionale italiano. Il Parlamento sarebbe impegnato in un lungo, complesso e incerto processo di produzione normativa *interna* ed esterna. E in ultima analisi nessun aggiustamento darebbe coerenza ed agibilità ad una riforma che ribadisce l'assetto costituzionale e tutte le funzioni (costituzionali) attualmente svolte. Non pare peregrino affermare che i senatori difficilmente consentirebbero un nuovo intervento di revisione, nel senso qui auspicato, dopo aver già concesso questa revisione. Diversamente, invece, crescerebbe la pressione per un intervento limitato e ampiamente condiviso volto a intervenire sulla struttura e le funzioni del Senato della Repubblica, che difficilmente incontrerebbe resistenze invincibili dopo le risultanze emerse da venti anni di giurisprudenza costituzionale sul rapporto tra Stato e Regioni e sull'onda delle spinte a realizzazione il *regionalismo differenziato*.

Pare pertanto superfluo nell'economia del presente lavoro esaminare a fondo l'argomento che la revisione migliorerebbe la funzionalità del parlamento nei suoi limiti attuali di fondo. Tesi comunque non semplice da sostenere e che appare finora priva di significative articolazioni più specifiche, salvo qualche marginale aspetto.

Il numero dei parlamentari dovrebbe dipendere unicamente dai carichi di lavoro e della funzioni come correttamente si affermava già nella relazione finale della commissione Bozzi: "la Commissione auspica una riduzione del numero complessivo dei parlamentari, consigliata anche dal minore carico di lavoro che dovrebbe gravare sulle Camere a seguito

⁷⁸⁵“Per rimediare ai guai del bicameralismo i nostri acuti costituenti hanno escogitato un'idea graziosa: di introdurre tre Camere, il Senato, la Camera dei deputati e il Senato in sessione speciale, quest'ultimo composto da duecento senatori e altri duecento rappresentanti di Regioni, Province e Comuni. Così i parlamentari, portati da quasi novecento a settecento, risalgono nuovamente a novecento. Per non dire delle leggi, che si distingueranno in leggi esaminate dalle tre Camere e approvate da due; leggi esaminate e approvate da due Camere; leggi esaminate da due Camere e approvate da una sola; leggi esaminate e approvate da una sola Camera”. S. Cassese, *Un lavoro fatto male*, in *la Repubblica*, 8 novembre 1997.

⁷⁸⁶ Diversamente è chiaro che la proposta di “costituzionalizzazione” della Conferenza Stato-Regioni ha una sua dignità e può essere variamente combinata con un parlamento (anche) bicamerale, ma non certo paritario.

delle riforme proposte, e in particolare a seguito della differenziazione delle funzioni e della delegificazione”, proseguendo che la diminuzione del numero dei parlamentari “non dovrebbe comunque assumere una misura tale da determinare un problema per la funzionalità delle Camere”.

Difficile che su queste (ineccepibili) premesse la riduzione dei parlamentari a parità di funzioni non arrechi danno o addirittura apporti un beneficio. Certamente nella relazione illustrativa alla d.d.l. di revisione c’è l’affermazione apodittica ma questa prova manca del tutto: prevale su tutto l’argomentazione demagogica e antipolitica. L’argomento della pletoricità astratta, come abbiamo visto, non ha fondamento senza la dimostrazione che oggi il Parlamento abbia meno attività, e precisamente carichi di lavoro, da svolgere rispetto al passato.

E’ vero invece che il nostro parlamento funzioni con grande difficoltà e si sta avviando ad una sorta di monocameralismo alternativo di fatto, dove a seconda delle singole vicende e contingenze una camera diventa politicamente prevalente e l’altra tende alla ratifica, ma in realtà entrambe si svalutano⁷⁸⁷. Ma non è un assetto ottimale, anzi è una grave distorsione del quadro costituzionale e non certo una forma di coordinamento, e in ultima dipende invece dal modo d’essere del bicameralismo attuale che tende dal 1994 a produrre maggioranze non (esattamente) omogenee⁷⁸⁸, ed la vera priorità è che la revisione non affronta. Ratificarlo con una *deminutio* del Parlamento appare veramente eccessivo.

Il nostro parlamento resta e resterà caratterizzato dall’attività delle commissioni permanenti⁷⁸⁹, che hanno un preciso ruolo costituzionale e che richiedono un adeguato numero di componenti. E’ stata affermata in dottrina l’esigenza di accorpamento delle commissioni, ma più come necessario seguito dell’entrata in vigore della revisione che come esigenza in sé e infatti mancano particolari prove che l’attuale ripartizione sia insoddisfacente, al netto della considerazione che ovviamente esistono ed esisteranno sempre intrecci materiali⁷⁹⁰.

⁷⁸⁷ Su quest’ultimo punto in part. G. Azzariti, *La trappola: a proposito del referendum sulla riduzione del numero dei parlamentari*, in *Dir. Pubbl. Eur. - Rassegna online*, fasc. 1/202, p. 1 ss. Sul ruolo prevalentemente di ratifica delle camere già S. Curreri, *Riforme dei regolamenti e futuro del Parlamento*, in *Quad. cost.*, 2008, p. 772-73. In un senso meno pregnante, e con un parlamento ancora molto autorevole, la fase già era avviata con le riforme del 1988.

⁷⁸⁸ Questione già notata da A. Barbera, (voce) *Parlamento*, cit.

⁷⁸⁹ Un punto certale della riflessione dell’Elia, su cui infatti v. F. Longo, *Commissioni ed organizzazione dei lavori parlamentari negli scritti di Leopoldo Elia*, in *Dir. Pubbl.*, n. 9/2009, p. 489 ss.

⁷⁹⁰ Sull’esigenza di ridurre le commissioni dopo l’eventuale entrata in vigore della revisione G. Cerrina Feroni, *Riduzione del numero dei parlamentari e applicabilità delle leggi elettorali*, in *Osservatorio*, AIC, n.

Ma anche nell'ottica di chi ha prefigurato, sulla scorta della migliore tradizione parlamentaristica (ancora Elia, Tosi, etc.), con grande fantasia e capacità argomentativa un ruolo del parlamento quale luogo di raccolta, snodo, raccordo, mediazione, e non necessariamente di decisione, di tutti principali processi decisionali della Repubblica e dei rapporti interordinamentali⁷⁹¹. In conseguenza a tale approccio andrebbe configurato.

4. La posta del referendum sembra correttamente identificata dalle parole di un costituzionalista attualmente parlamentare: "Questo è uno spot elettorale e basta. È un taglio casuale e numerico. Non c'è stata alcuna volontà di affrontare i nodi strutturali di un bicameralismo ripetitivo totalmente indifendibile"⁷⁹².

Per quanto la prova ci paia ultronea, una prima dottrina ha già sottolineato numerosi aspetti critici relativi alla funzionalità delle camere e più in generale gli effetti che si produrrebbero sul sistema costituzionale e non tutti rimediabili a livello di interventi regolamentari⁷⁹³.

3/2019. Sul punto anche C. Fusaro, *La riduzione dei parlamentari. Un'innovazione marginale, ma non si può votare "no": è utile e tiene aperta la porta a ulteriori riforme*, in *www.libertàeguale.it*, 25 febbraio 2020, p. 13, che propone la riduzione a circa dieci commissioni permanenti, dichiaratamente per meglio gestire la distribuzione del restante numero di parlamentari.

⁷⁹¹ Si tratta delle posizioni degli ultimi anni di Andrea Manzella (ma non solo), per lo più divulgate sulla stampa, coerenti alla sua riclassificazione delle funzioni parlamentari dove affiancava a quelle tradizionali (incluse quelle nuove già integrate con i regolamenti del 1971; ad es. Pierre Avril già da quegli anni sottolineava che queste costituivano la "nuova frontiera" dei parlamenti contemporanei) le funzioni di coordinamento e di garanzia costituzionale, entrambe interpretate in modo fortemente originale.

⁷⁹² S. Ceccanti, in *Corriere della Sera*, 10 maggio 2019. L'autore ha in modo più articolato affermato: "Sulla riduzione dei parlamentari la maggioranza di governo ha deciso di fare solo una sforbiciata ai numeri di deputati e senatori per fare uno spot elettorale. Nient'altro. I problemi strutturali che rendono da sempre non giustificabile il bicameralismo ripetitivo, dai problemi delle maggioranze diverse tra Camera e Senato al raccordo con le autonomie, quelli reali, che pesano sull'ordinamento, sono puramente e semplicemente ignorate"; "Se la riduzione dei parlamentari non è collegata al superamento del bicameralismo ripetitivo, si confermano cioè le stesse funzioni e la doppia fiducia per Camera e Senato, o col monocameralismo o con un bicameralismo che raccordi Parlamento e autonomie, abbiamo a che fare solo con uno spot. Le altre democrazie o sono monocamerali oppure la prima camera ha un numero di eletti più alto e la seconda rappresenta le regioni per cercare di ridurre i conflitti tra Stato e Regioni. Qui invece abbiamo a che fare con tagli lineari solo numerici. Tutto sbagliato". "In questo modo si vuole cambiare poco e male"; "il referendum spot elettorale sul numero dei parlamentari [...] va nella direzione negativa che lei enuncia" [svuotamento del Parlamento, la disintermediazione tra popolo ed esecutivo] (in *www.democratica.it*, 10 maggio 2019)

⁷⁹³ V. ad es. S. Curreri, *Gli effetti della riduzione dei parlamentari. Del fare riforme senza badare alle conseguenze*, in *laCostituzione.info*, 6 febbraio 2020 e, prima ancora, sul piano degli effetti sulla selezione del ceto parlamentare, Id., Audizione informale in occasione dell'esame del testo AC 1585, p. 1 in *www.camera.it*. Sul punto anche D. Porena, *Proposta*, cit., p. 10, P. Carrozza, *Audizione*, nell'ambito delle Audizioni del 21-22 novembre 2018 sul ddl di modifica degli artt. 56 e 57 Cost. presso il Senato, pp. 13 ss. e reperibile sul sito *www.senato.it*. Disfunzionalità specifiche sono rilevate anche da L. Tentoni, *Appunti sulla riduzione del numero dei parlamentari*, in *Mentepolitica*, 20 luglio 2019. Si tratta di questioni inerenti alla formazione delle maggioranze nelle commissioni, alla distribuzione dei parlamentari tra le commissioni, all'esiguo numero di senatori che basterebbero verosimilmente per far cadere un governo, agli effetti che le

Inoltre la riduzione del numero dei parlamentari creerebbe dei vincoli oggettivi alla discussione sulle leggi elettorali e, in generale, sul modo d'essere della nostra rappresentanza e ciò non appare un aspetto positivo⁷⁹⁴. Questo non vuol dire certo che bisogna guardare alla Costituzione dal punto di vista delle leggi elettorali, ribaltando l'ordine delle fonti, ma che esistono questioni trasversali rispetto al piano delle fonti che sono centrali e dovrebbero essere oggetto di riflessione in modo integrato, senza creare irrigidimenti impropri. E che uno di questi grandi nodi irrisolti del post-1993 è la questione del modo d'essere della rappresentanza. Con la riduzione del numero dei parlamentari invece alcune formule, se non alcuni sistemi, elettorali sarebbero di fatto preclusi e certe conseguenze sulla rappresentanza (in teoria, positive o negative) sarebbero inevitabili ma non ponderate all'atto della revisione⁷⁹⁵.

Di questa discussione dovrebbe far parte a pieno titolo anche la normativa sui partiti, sulle associazioni politiche, sulle fondazioni politiche e sul loro finanziamento, oltre che la legislazione elettorale di contorno. Anche da questo punto di vista può dirsi che senza un intervento organico e guidato dalla Costituzione (tra l'altro di migliore attuazione dell'art. 49 Cost.) esiste un rischio di ulteriore involuzione della rappresentanza politica, con una chiusura autoreferenziale dei partiti attorno ai propri capi e la designazione quasi solo di fedelissimi, con scarso spazio alla competenza e con allontanamento dai territori⁷⁹⁶.

Inquadrando il citato spunto offerto dalla commissione Bozzi in uno sfondo più ampio, possiamo affermare che una revisione costituzionale che tocchi il parlamento dovrebbe sempre partire da una riflessione collettiva sul tipo di rappresentanza e di parlamento (anche in rapporto alle regioni) auspicabile e perseguirla coerentemente⁷⁹⁷.

soglie implicite (più elevate) potrebbero avere sulla rappresentanza, ai riflessi sulla selezione del ceto parlamentare, alla capacità rappresentativa dei territori (e degli italiani residenti all'estero), al ruolo dei delegati regionali in merito alla elezione del P.d.R., e così via.

⁷⁹⁴ La discussione sulla revisione delle leggi elettorali vive a prescindere dalla revisione, ma con l'entrata in vigore della revisione diventa urgente e assolutamente necessitata, sia perché le leggi attuali non sarebbero più applicabili senza aggiornare la formula elettorale ai nuovi numeri (rivedendo collegi e circoscrizioni), ma più in particolare perché con la mera revisione della legge attualmente vigente si avrebbero collegi *monstre* sia alla Camera che al Senato, da cui la quasi fatale necessità di scegliere formule a base proporzionale.

⁷⁹⁵ È stato notato soprattutto quelli notevolmente manipolativi. F. Pastore, *Alcuni brevi considerazioni sulla proposta di legge costituzionale di riduzione dei parlamentari sottoposta a referendum costituzionale*, in *Dir. Pubbl. Eur. - Rassegna online*, fasc. 1/2020, p. 3.

⁷⁹⁶ Su questo aspetto, e in generale sul ruolo della rappresentanza, occorrerebbe riscoprire la ricerca e le mirabili osservazioni di G. Sartori, *Dove va il parlamento?*, in G. Sartori, L. Lott, G. Somotgy e A. Predieri *Il Parlamento italiano. 1946-1963*, Napoli, ESI, 1993, p. 281 ss.

⁷⁹⁷ In tal senso B. Caravita, *Audizione*, in Indagine conoscitiva nell'ambito dell'esame delle proposte di legge costituzionale C. 1585 cost. approvata dal Senato, e C. 1172 cost. D'Uva, recanti «Modifiche agli articoli 56,

Questo approccio di razionalità strumentale non può essere facilmente abbandonato magari in nome della presunta intenzionalità delle conseguenze. Occorre invece progettare le istituzioni, con un approccio fallibilista, ma non fallito – se è consentito il gioco di parole – in partenza.

Da qualche anno assistiamo ad una preoccupante dissociazione tra le analisi dei costituzionalisti e l'elaborazione in materia istituzionale in tema di democrazia rappresentativa. Non si spiegherebbe diversamente non solo la revisione in questione ma la cornice nella quale cade di realizzazione di un parlamentarismo bicamerale *più che perfetto* con interventi sui residui di differenziazione⁷⁹⁸. Una linea istituzionale incomprensibile, di conferma e rafforzamento del bicameralismo paritario, che semmai dovrebbe condurre, con più coerenza, a sposare soluzioni (comunque molto marginali in dottrina⁷⁹⁹) monocamerali. Ma in realtà la linea diventa intellegibile se vista all'interno della fallace contrapposizione tra democrazia rappresentativa e diretta, viste come modelli sullo stesso piano e alternativi.

Senza indugiare in riflessioni rarefatte, ribadire ed ancor più rafforzare un assetto bicamerale paritario porta ad un cortocircuito tra l'assetto complessivo della Costituzione e prassi con tratti di grave discutibilità o sicuramente incostituzionali di razionalizzazione o coordinamento, come i maxi-emendamenti, i decreti *milleproroghe*, le questioni di fiducia, la soppressione dei tempi di esame di una camera a scapito dell'altra⁸⁰⁰, che alla fine nuocciono all'istituzione in quanto tale, minandone autorevolezza e credibilità, come

57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari» e della proposta di legge C. 1616, approvata dal Senato, recante «Disposizioni per assicurare l'applicabilità delle leggi elettorali indipendentemente dal numero dei parlamentari», 3 aprile 2019.

⁷⁹⁸ Sul punto in particolare F. Biondi, *Le conseguenze della riforma costituzionale del 2019*, in *Nomos*, n. 3/2019, p. 6 ss.

⁷⁹⁹ Una piuttosto recente presa di posizione a riguardo autorevole è P. Ciarlo e G. Pitruzzella, *Monocameralismo: unificare le due camere in un unico Parlamento della Repubblica*, 10 ottobre 2013, in reperibile in *Confronticostituzionali.it*, elaborato in occasione dei lavori della Commissione dei cd. saggi del governo Letta.

⁸⁰⁰ Anche sulla valutazione negativa, e talora in termini di palese incostituzionalità, di questi fenomeni la dottrina è assolutamente monolitica. V. ad es. sui maxi-emendamenti, tra i tanti, N. Lupo, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in AA.VV., *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, a cura di E. Gianfrancesco, N. Lupo, Roma, 2007, p. 41, nel ritenere che la questione di fiducia su maxi-emendamenti costituisca una "elusione indifendibile dei principi costituzionali"; L. Cuocolo, *I "maxi-emendamenti tra opportunità e legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 4766; E. Griglio, *I maxi-emendamenti del governo in parlamento*, in *Quad. cost.*, 2005, p. 823. Sulla (necessaria) emendabilità da garantire nel processo di bilancio N. Lupo, *Commento all'art. 81 Cost.*, in AaVv, *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Giappichelli, Torino, 2006, p. 1590.

riconosciuto ormai, sia pure con irrisolutezze, anche dal giudice costituzionale⁸⁰¹. Tali prassi non derivano solo e tanto dal numero dei parlamentari, quanto da una confusione normativa e istituzionale che ha nella natura paritaria delle camere un fattore di snodo determinante.

Le *ragioni* del parlamento⁸⁰² pertanto sono ben vive anche se spesso calpestate, e questa riforma non ne tiene conto⁸⁰³, limitandosi a registrare una situazione ormai insostenibile. Con questo contributo non si intende svalutare il dato positivo costituzionale attuale quanto piuttosto ribadire come già oggi il sistema costituzionale sia incrinato da gravi distorsioni, che non verrebbero affatto meno. Anzi. Bisogna adoperarsi pertanto per restituire nitore al quadro, con una progettualità nel solco della scienza e in conformità alle scelte fondamentali della Costituzione, e non distorcerlo ulteriormente e forse in modo irreparabile.

Abstract: Il parlamento ha di recente deliberato la riduzione del numero dei parlamentari e il corpo elettorale deciderà con referendum. Un intervento apparentemente puntuale ma che in realtà esce dal tracciato istituzionale italiano e allontana il dato costituzionale dalle evidenze scientifiche.

Abstract: The parliament has recently decided to reduce the number of parliamentarians and the electoral body will decide by referendum. An intervention apparently punctual but that actually leaves the Italian institutional layout and moves the constitutional data away from scientific evidence.

Parole chiave: revisione costituzionale – parlamento – riforme istituzionali – bicameralismo – camera degli interessi territoriali.

⁸⁰¹ V. in part. Corte cost., ord. n. 17 del 2019, commentata da una copiosissima dottrina, che ha rilevato per la massima parte le irrisolutezze della decisione (anche) alla luce delle macroscopiche violazioni delle prerogative parlamento, davvero difficili da non considerare “violazioni manifeste” della Costituzione alla stregua dello stesso parametro dettato dalla Corte.

⁸⁰² L’espressione è di C. Chimenti, *Le “ragioni” del parlamento (nella prospettiva di un rinnovamento della nostra forma di governo)*, in AaVv, *Scritti Predieri*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 549 ss.

⁸⁰³ L. Longhi, *Il referendum sul “taglio delle poltrone”: verso uno svuotamento dell’istituzione parlamentare?*, in *Dir. Pubbl. Eur. - Rassegna Online*, , fasc. 1/2020, p. 2.

Key words: Constitutional review – parliament – institutional reforms – bicameralism – chamber of territorial interests.

**OSSERVATORIO
SUL FUTURO
EUROPEA**

**PERMANENTE
DELL'UNIONE**

412

MANIFESTO PER L'ISTITUZIONE DELL'OSSERVATORIO PERMANENTE SUL FUTURO DELL'UNIONE EUROPEA.

di Alberto Lucarelli*

413

Il direttivo della Rassegna di diritto pubblico europeo online in data 22 gennaio 2020 ha istituito un Osservatorio permanente sulla “Conferenza sul futuro dell’Europa”.

L’osservatorio risulta così strutturato per ambiti tematici:

- ambiente: Alberto Lucarelli, Maria Chiara Girardi, Andrea Napolitano;
- diritti e immigrazione: Andrea Patroni Griffi, Luca Di Majo;
- economia e welfare europeo: Carlo Iannello, Armando de Crescenzo, Guido Saltelli;
- giurisprudenza (ruolo delle Corti): Sara Lieto, Daniela Mone, Maria Teresa Stile;
- istituzioni: Alberto Lucarelli, Luigi Ferraro;
- nuove tecnologie: Lorenzo Chieffi, Rosanna Fattibene.

La proposta di una “Conferenza sul futuro dell’Europa”, avanzata da Macron nella lettera ai cittadini europei il 4 marzo 2019, si colloca in linea di continuità con il discorso tenuto alla Sorbona il 26 settembre 2017 per un’Europa sovrana, unita e democratica.

Il suddetto Osservatorio si propone dunque di seguire l’andamento dei lavori della Commissione, secondo le citate aree tematiche, recependo i contributi degli studiosi.

In particolare, si ricorda che la Conferenza avrà quali principali oggetti: il sistema di governo dell’Unione, la ripartizione delle competenze tra livello nazionale ed europeo, la creazione di una capacità fiscale autonoma dell’UEM, la realizzazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile, la lotta alle disuguaglianze e la creazione di un mercato del lavoro europeo, il rispetto dello Stato di diritto, il ruolo dell’Unione nel mondo globalizzato, i rapporti fra cittadinanza federale ed identità nazionali.

* Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli “Federico II”.

USING THE CONFERENCE ON THE FUTURE OF EUROPE TO SHAPE A REAL EUROPEAN POLITICAL DISCOURSE

Italian Non-Paper for the Conference on the Future of Europe (2020-2022)

1. Introduction

Italy welcomes the launch of a Conference on the Future of Europe.

Europe has been through a lot in the last 10 years. The Eurozone has been repeatedly on the brink of disaster. Our continent has suffered from the destabilizing effect of the crises in our Neighborhood. We had to tackle the unprecedented decision of a Member State to withdraw from the Union. Yet, the EU subsisted, showing the extraordinary resilience of the European project.

In the declaration adopted in Rome, in 2017, on the 60th anniversary of the Treaties, we reconfirmed our commitment to the European project, but many promises remain unfulfilled, including the full implementation of the Treaty of Lisbon. Now more than ever, muddling through is not an option. A thorough debate on the way forward is necessary. And if relevance is anything to go by, this debate cannot be confined behind closed doors, and cannot be limited to a mere aggregate of national debates. It has to be open, participatory, and genuinely transnational.

Construed as a major opportunity to open up the debate on the future of Europe, the Conference could become the breeding ground of a much-needed European political discourse. To this end, it should hinge upon two main topics:

- A pragmatic, down-to-earth debate on the innovations that could foster a better functioning of the Union, more transparency, and citizens' participation;
- A discussion on key priorities, with a view to the policies, which proved to be of particular salience for domestic debates.

As far as procedure and governance are concerned, Italy fully supports the Presidency's engagement with the other EU institutions and stands ready to consider different

arrangements provided that the following criteria are met:

- Participation: all European citizens willing to participate and engage in the debate should be allowed to do so. Different levels of Governance, including Regions and Municipalities, should be encouraged to join in the process.
- Co-ownership: Adequate representation of all EU institutions in the governing bodies of the Conference shall be granted.
- Representativeness: not only EU institutions and national Governments, but also national Parliaments shall be adequately represented in collective bodies, with delegations wide enough to reflect different political sensibilities.
- Transparency: access to documents and proceeding has to be granted all along.
- Relevance: we can't afford to convene a vast consultative exercise to little or no avail. This would prove to be not only frustrating but also counterproductive. We have to make sure that the outcome of the Conference is relevant, and concretely taken care of.
- Trans-nationality: 27 national debates on the future of Europe would make some sense but little difference. The real added value of the conference would be promoting a Europe-wide integrated debate on cross cutting issues. To make the most out of the Conference, we should mobilize a wide array of tools and have as wide-ranging, transnational and participatory a debate as possible. Italy attaches the greatest importance to the early involvement of the civil society as well as of national Parliaments. Inter-parliamentary conferences, town-hall meetings with representatives from all Member States, citizens' consultations will be key to the success of the initiative. A bottom-up and open approach – including the use of social media and the establishment of a conference interactive blog – could keep the debate alive and shall accompany the process all along.

The Western Balkans should also be engaged in the Conference on the Future of Europe, as Italy and other member States suggested in their joint paper “Elements for an enhanced enlargement process and sustained and accelerated integration of the Western Balkans” of December 2019.

Youth participation in the whole exercise will be key. In this respect, Italy aims at promoting initiatives involving young people from the EU, the Western Balkans, and the Mediterranean countries.

2. Bolstering the European democratic space, promoting a better functioning of the EU.

As stated in the December 2019 EUCO Conclusions, “*the Conference should contribute to the development of our policies in the medium and long term so that we can better tackle current and future challenges*”. Yet, a debate on policies cannot ignore decision-making procedures and the broader issue of the functioning of the EU. It would be probably premature, at this stage, to envisage a major overhaul of the European architecture. However, Italy deems that the Conference should not shy away from discussing targeted but symbolically important innovations to the EU institutional setup.

- Priority should be given to two strands of measures: -Innovations aimed at bolstering the European democratic space;
- Measures aimed at promoting a better functioning of the EU institutions.

On the former, it is worth noting that EU decisions have become increasingly relevant to European citizens. However, as long as the public debate remains segmented along national lines, the risk of misperception and misrepresentation remains very high. The way in which the debate on the EU economic governance in the aftermath of the financial crisis unfolded, with reciprocal stereotyping in the media of Northern and Southern Europe, is a point in case.

Only a truly EU-wide political discourse can help us frame correctly the main choices we are faced with. This is by no means quixotic. The largely transnational debate on environmental challenges, which is involving civil society representations across all EU countries, demonstrates that this is a distinct possibility.

Italy suggests discussing selected innovations that could spur an authentic EU debate, notably:

- a. Improving transparency and citizens’ participation. A thorough discussion is needed on how to ensure greater transparency and citizens’ participation to all European proceedings. Members of the EMU should also consider an in-depth examination of the Eurozone governance. Notably, envisaging a better involvement of the European Parliament and greater transparency for the EFC-Eurogroup-Eurosummit proceedings.
- b. Further strengthening of the European Citizens’ Initiative. In this context, the

introduction of an all-European Referendum on issues related to EU integration could be envisaged. This consultative tool should be engineered in order to be consistent with and supportive to national direct democracy instruments.

c. Reinforcing European representation: the role of the European Parliament should be strengthened, including by formalizing its right of initiative. The possibility of harmonizing the electoral rules for the European election should also be explored, with a view to laying the groundwork for an EU-wide political campaigning. A limited but symbolically important joint EU constituency could also serve this purpose, allowing the European political families to compete on a trans-national basis. This could also pave the way to more ambitious reforms, dovetailing the debate on a directly-elected President of the Commission. Equally important would be discussing process innovations that could make the EU institutions more effective. Italy suggests exploring in particular four lines of action:

d. Making full use of existing options to simplify the EU decision-making process. A progressive shift towards Qualified Majority Voting should be envisaged, in such fields as, social security and social protection, anti-discrimination measures and taxation. On CFSP we look at the possibility to shift from unanimity to QMV with an open approach at least in certain domains. The so-called “Passerelle clauses” and provisions enshrined in article 31(2) TEU could be used to this end.

e. Developing a stronger EU external action as a mean to support EU internal policies, making full use of the potential of the double-hatted HR/VP and strengthening EEAS-Commission coordination both at HQ level and in Third Countries. The ultimate goal is to enhance the ability of the EU to influence the security environment, particularly in our proximity, through connecting more strategically crisis management tools with other strands of external action.

f. Streamlining the role of the General Affairs Council following the spirit and the letter of the Treaties, including by making its role in the preparation of the European Council more salient.

g. Making full use of the opportunities offered by Presidency Trios, by rationalizing the division of labor along thematic lines and avoiding fragmentation, especially on complex legislative files involving longer negotiations.

3. Fine tuning policies - Promoting a thorough debate on EU priorities.

Policies will be the gist of the Conference on the future of Europe. The Strategic Agenda adopted by the European Council in June 2019 provides a good guidance on the outstanding issues. The Conference should provide us with an opportunity to inform our citizens and, above all, receive their feedback, listen to their concerns and treasure their proposals on those issues that are perceived as particularly relevant by the wider public, including innovation, research and digital transition, public health, social security, social protection and inclusion, gender equality, security and defense, transparency and relationship between citizens and the Public Administration, cultural policies, preservation of cultural heritage and landscape, cultural and creative industries, etc. In so doing, this exercise should help us spotlight the notion of European public goods, highlighting the fields in which joint EU action has a clear added value. Most importantly, the Conference should serve the purpose of laying the foundations of a true European debate. In this respect, specific emphasis should be given to those policies that make the headlines of national media and dominate, sometimes with a less than positive undertone, the national debates on the EU.

3.1 A green deal for the Europeans.

The European Green Deal shall certainly be one of the topics of choice of the Conference. It is also very fitting, since the environment is already at the center of an unfolding Europe-wide debate.

The “Green Deal” is a political necessity and a moral imperative, for the sake of future generations. However, it can also represent a great opportunity for relaunching growth and investments, especially at a time of economic slowdown in Europe.

The potential impact of the 2050 climate-neutrality goal on the European society and industrial base shall not be underestimated. We need to make sure that industrial green transition leaves no one behind and remains sustainable both socially and territorially.

Also, the transition towards a greener economy will need significant investments in

innovation and adequate financial support. Without sufficient resources and a fully-fledged Sustainable Europe Investment Plan, the Green Deal is likely to prove ineffective.

Mobilizing EU funds and rallying private capitals will be essential, but at least equally, if not more, important will be activating national resources. Italy calls for a coherent European economic governance, allowing a wider use of budgetary policies for financing long-term investments and supporting the green transformation of our production system.

3.2 Debating economic policy choices, accomplishing the Economic and Monetary Union.

It is time to acknowledge that the European economic policy cannot be a mere aggregate of separate national policies. A pure and simple coordination of national fiscal policies, underpinned by abstract, one-size-fits-all technical criteria, does not serve well the purposes of a well-functioning economic and monetary union. Italy believes that a coherent/aggregated economic policy stance should be defined for the Eurozone as a whole, and that this should be reached through a transparent debate at the highest political level. The European Parliament and national Parliaments shall also be involved in the process.

Having in mind the objective of fulfilling the Sustainable Development Goals and having in mind the inextricable connection between the economic and social dimensions, Italy believes that the European Semester should gradually evolve into a broader “sustainable Semester”. There is a clear need to move from the present predominant focus on fiscal discipline and financial stability towards a more comprehensive approach, which appropriately values the goals of sustainability, growth and preservation of the social fabric. In the meantime, the architecture of the EMU ought to be completed building up its missing pillars: a common guarantee scheme for bank deposits and a macroeconomic stabilization mechanism. We look forward for the Commission to present a proposal on a European unemployment benefit (re)insurance scheme and wish for its swift approval. Institutional issues, like appointing a European Finance Minister, with appropriate competences, prerogatives and resources, should also be considered.

The Conference should also help us take a fresh look to a contentious, yet essential, topic:

tax harmonization. Clearly, this is not an issue that can be addressed without an honest and forward-looking trans-European perspective. Yet, a higher degree of uniformity in this area would massively benefit the functioning of the internal market, also avoiding aggressive tax planning and base erosion.

3.3. Facing the migration challenge together.

An effective EU migration Policy. Migration policies have been front and center of the political debate in the last few years. Unfortunately, the obvious crosscutting implications of this topic have been leveraged to show the EU under a bad light. Blaming its inertia or scapegoating it for the arrival of illegal immigrants has almost grown into a habit.

As stated most recently in our November 2019 paper on a new European start on migration and asylum, Italy believes that the root cause of this problem is precisely the fact that migration has not been construed as a truly European issue, which requires European answers.

The Treaty provisions on visa, borders, migration and asylum have been given a narrow and formalistic interpretation in the last few years. We confined ourselves to covering some legislative ground without really creating common policies. Moreover, we took a narrow and misleading approach, looking at migration exclusively through the lenses of Asylum policy, instead of developing an overarching migratory policy, as per article 79 TFUE. In so doing, we also totally neglected the issue of solidarity, despite the clear formulation of article 80 TFUE.

The migration crisis of 2015-2017 is over, but new crises are always brewing. Temporary protection schemes, built upon solidarity, although requested by the Treaties and formally adopted, have never been activated. An objectively uneven burden sharing among Member States calls for common approaches. Solidarity that is currently circumstantial, at best, must become structural.

In parallel, the EU should offer a framework for legal migration, which is necessary for Europe's economic development. While respecting Member States' prerogatives, a better coordination between immigration and employment policies is necessary. This should also be brought at the center of the European debate, along with integration. The EU should

enhance an approach that respects the human being behind every migrant. The success of some integration policies should be highlighted, anchoring this policy into a broader anti-discrimination and anti-racism agenda.

THE CONFERENCE ON THE FUTURE OF EUROPE BETWEEN FORM OF STATE AND FORM OF GOVERNMENT.

di Alberto Lucarelli**

With regard to the Conference on the Future of Europe (2020-2022), on February 14, Italy presented a document entitled "Italian Non-Paper for the Conference on Europe". The document consists of three paragraphs: 1 Introduction; 2. Bolstering the European democratic space, promoting a better functioning of the EU; 3. Fine tuning policies - Promoting a thorough debate on EU priorities.

Also in order to open a debate, within this newly established observatory, I will try to formulate some "quick" considerations; bearing in mind that from this European political process it will be necessary - hopefully - to finally define what the horizon of the European Union will be; i.e. a union of States (intergovernmental dimension) or rather a supranational entity with a federal projection? This is the basic question, therefore the question of the form of state - the relations between the European institutions and those of the individual Member States - is strongly raised, stressing a classic category of constitutionalism, but equally at the centre of the political debate is the form of government, the relations between the exponential bodies of the governments in Brussels, the bureaucratic administrative apparatus, represented by the Commission, the judicial dimension expressed by the Court of Justice and finally the long-standing question of representation. The role of the European Parliament, its ability to influence the political direction, the relationship between representation and sovereignty of the population and the extent to which these categories in a logic of "State" have been mortified in the process of European integration. In short, almost twenty years ago the corresponding paper magazine was born with the aim of questioning the classic categories of public law in the process of European integration. Today, as never before, the themes then chosen and identified are very topical. The economic-financial steering of the Maastricht Treaty, all declined on competition law, rigour and austerity, the aborted project of a political Europe in the early 2000s, clumsily

** Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli "Federico II".

and without courage taken up and translated into the Lisbon Treaty, give us in 2020 an uncertain European Union, not confident in itself, unable to play a geo-political role. The Mediterranean basin, and in particular the Middle East, now after the progressive withdrawal of the United States, sees an ever stronger presence of Erdogan's Turkey and Putin's Russia. Europe "moves" in a scattered order, incapable of expressing a unitary political direction, or rather, we could say lacking a political project of its own. So form of state and form of government are, or at least should be, two central themes of the conference on the future of the European Union. In a vision according to Giambattista Vico, these two enormous categories should be approached with a realistic and non-formal approach. To build a "dress" that is able to make Europe play a political role, valuing citizens, their participation, their demands, their needs, also in the consideration that in Europe, from the beginning, the instruments that have most characterized the development of democracies in the 20th century have been absent: political parties. The document presented by Italy has gone almost unnoticed, and this is wrong. Therefore we should take it into consideration, even if aware, of its limitations. But it is necessary to discuss it! The "pro-Europeans", those who believe in a political Europe, in a form of state that tends to be federal, must abandon the functionalist approach, that is to say, a Europe with a thousand layers, which stratifies and proceeds in this way without a goal. This approach has been going on since 1954, when, in a vision we would say today sovereign, the French Parliament rejected the project of a European Defence Community. In contrast to this approach, politically and conceptually weak, incapable of a strong proposal - if we exclude the (shipwrecked) project of the European Constitution - there has been a very political approach, jealous of the prerogatives of individual states and their diplomatic and economic-financial strength. A sort of intergovernmental realism, where the European Union becomes, in substance, an arena of institutionalized interstate cooperation. And this is the orientation that has prevailed in recent years. What is Italy's orientation in the document cited? It is not well understood. On the one hand, it seems to distance itself from the functionalist dimension, but without reacting vigorously to the intergovernmental dimension. In extreme synthesis: confederation or federation?

I believe that from the Conference on the Future of Europe, this doubt must be resolved. To enhance the political and economic guidelines of the individual States, or to try to unite them through a difficult and complex process of synthesis and a vision that does not divide?

It is clear that if we think of a supranational Union, it should not do everything, based on its relations with the individual Member States, on the system of competences, distinguishing the subjects that have European competence from those that have state competence. In this sense, the principle of vertical subsidiarity has shown all its limits. In this part the Italian document seems interesting, in fact it identifies some policies that should be European, such as fiscal harmonization, migration policy, financial solidarity policy, investment policy, Green Deal policy. But a supranational approach, or even an approach that can be improperly defined as federal, needs to be built, not only through the definition of the system of competences, but also with the "constitutional" structure of the form of government and with the determination and allocation of resources. A "frugal" Budget. As expressed today by the countries of Northern Europe, it slips towards a confederate Europe, circumscribing the autonomy of supranational institutions. As well highlighted (S. Fabbrini, *Il Sole 24 Ore*, 23 February 2020, p. 11): "The Italian document distances itself from the confederal logic recognizing (for example) that the Eurozone cannot be the mere aggregate of separate national policies, or fiscal policy cannot be the mere coordination of national fiscal policies. However, it is still too general in defining the indispensable resources that the EU should acquire in order to guarantee its institutional autonomy" and so I add, disengaging from the confederal and intergovernmental dimension. All this is accompanied in this document by the hope that the EU will not only enhance the role of parliament, for example by formalising its role as a legislative initiative and strengthening the instruments of political participation of citizens. In short, in conclusion, the two major issues to be addressed remain the form of state and the form of government, with the awareness of dealing with complex issues, not fearing to go through them in a transparent, participatory and even conflictual way, and not only in a debate within the chancelleries of individual states.

REPORT ON THE COMPREHENSIVE ECONOMIC POLICY RESPONSE TO THE COVID-19 PANDEMIC

1. The COVID-19 pandemic constitutes an unprecedented challenge with very severe socio-economic consequences. We are committed to do everything necessary to meet this challenge in a spirit of solidarity.

2. A coordinated and comprehensive strategy is necessary to deal with health emergency needs, to support economic activity and to prepare the ground for the recovery. This strategy should combine short, medium and long-term initiatives, taking account of the spill overs and interlinkages between our economies and the need to preserve confidence and stability.

3. Several measures have already been taken at the national and EU levels, as set out in the statement of the Eurogroup in inclusive format of 16 March. A subsequent letter of the President of the Eurogroup of 24 March outlined further elements of policy response under consideration. The European Council, in its statement of 26 March, invited the Eurogroup to present proposals on the economic response to the COVID-19 pandemic within two weeks. Replying to the Leaders' mandate, this report takes stock of actions taken thus far and outlines a comprehensive and coordinated economic response.

Coordinated actions taken so far at the level of the Member States, the EU and the euro area⁴. Since the onset of the crisis, Member States have continuously stepped up efforts to support the economy.

5. A timely, temporary and targeted discretionary fiscal stimulus is being provided in a coordinated manner. Significant public resources are directed to strengthen the healthcare sector and civil protection mechanisms and to support affected workers and economic sectors. To date, the aggregate amount of Member States' discretionary fiscal measures amounts to 3% of EU GDP, a threefold increase since 16 March, on top of the significant impact of automatic stabilisers.

6. Furthermore, Member States have so far committed to provide liquidity support for

sectors facing disruptions and companies facing liquidity shortages, consisting of public guarantee schemes and deferred tax payments, which are now estimated at 16% of EU GDP, up from 10% on 16 March.

7. The Ministers of Finance stand ready to take further measures as needed, as developments unfold.

8. Flexibility in EU rules. On 23 March, Ministers of Finance agreed with the assessment of the Commission that the conditions for the use of the general escape clause of the EU fiscal framework, a severe economic downturn in the euro area or the Union as a whole, are fulfilled. This offers the flexibility necessary to the national budgets to support the economy and to respond in a coordinated manner to the impact of the COVID-19 pandemic. Overall fiscal guidance will be provided within this framework and as part of a streamlined

European Semester exercise. We welcomed the Commission's decision to issue a specific temporary state-aid framework to expedite public support to companies, while ensuring the necessary level playing field in the Single Market as well as the recent extension of the framework to cover support for research, testing and production relevant in the fight against the COVID 19 pandemic. We also welcome the Commission's guidance on the use of all the flexibilities offered by the EU public procurement framework in this emergency situation, issued on the 1st of April.

9. Use of the EU budget. We welcome the proposals by the Commission to make best use of existing EU budget resources to fight the crisis. The proposal for a Coronavirus Response Investment Initiative was approved by the European Parliament and the Council and is in force as of the 1st of April. This will allow the use of EUR 37 billion under cohesion policy to address the consequences of the COVID-19 crisis. In addition, the scope of the Solidarity Fund was broadened to include major public health crises. Starting from the 1st of April, this allows the hardest hit Member States to get access to financial support of up to EUR 800 million in 2020.

10. Monetary Policy. We welcome the resolute action taken by the European Central Bank to support liquidity and financing conditions to households, businesses and banks, which will help to preserve the smooth provision of credit to the economy. On 18 March, the ECB decided to launch a EUR 750 billion Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP), to expand the range of eligible assets under the corporate

sector purchase programme (CSPP) and to ease the collateral standards. These measures are aimed at ensuring that all sectors of the economy can benefit from supportive financing conditions that enable them to absorb the Covid-19 shock.

11. Financial Stability: We welcome the guidance provided by supervisory authorities to financial institutions on the interpretation and application of the regulatory requirements in the current exceptional circumstances. We also welcome the release of capital buffers. To overcome the financing pressures faced by firms and households, making full use of the flexibility provided for in the regulatory framework is essential. We will continue to monitor closely the evolution of the situation and to coordinate European and national measures. Where necessary, we stand ready to take further actions, including legislative measures, if appropriate to mitigate the impact of Covid-19.

Additional crisis response instruments and preparing the ground for the recovery

12. At this critical juncture, we are ready to step up the EU response to support, bolster and complement efforts made so far. We are committed to ensure the conditions for an adequate response to the crisis in every EU Member State. In that context, measures envisaged by the European institutions should be implemented in light of the severity of the economic consequences of the pandemic on individual Member States.

13. EU budget flexibility. We welcome the Commission's proposals regarding the further temporary flexibility in the use of EU funds, such as allowing transfers between funds, regions and policy objectives, abandoning national co-financing requirements and supporting vulnerable members of society. This will help to mobilise effectively the EU budget to face the repercussions of the COVID-19 pandemic.

14. Emergency Support. We agreed that a dedicated COVID-19 instrument to support the financing of emergency aid, through the provision of grants, is necessary, to first and foremost reinforce our healthcare systems. In this context, we welcome the Commission proposal of 2 April to re-activate the Emergency Support Instrument in the context of the COVID-19 outbreak. This instrument can at this stage provide support of EUR 2.7 billion from EU budget resources. Its firepower can be strengthened rapidly, through additional voluntary contributions from Member States.

We call on Member States to explore ways to further reinforce the Emergency Support Instrument in the context of the legislative process.

15. Strengthening EIB activities. We welcome the initiative of the EIB Group to create a pan-European guarantee fund of EUR 25 billion, which could support EUR 200 billion of financing for companies with a focus on SMEs, throughout the EU, including through national promotional banks. We invite the EIB to operationalize its proposal as soon as possible and stand ready to put it in place without delay, while ensuring complementarity with other EU initiatives and the future Invest EU programme. This initiative is an important contribution to preserving the level playing field of the single market in light of the national support schemes.

16. Safety nets in the EU and EA. Safety nets are in place in the euro area and the EU. In the euro area, the ESM is equipped with instruments that could be used, as needed, in a manner adapted to the nature of the symmetric shock caused by COVID 19. We propose to establish a Pandemic Crisis Support, based on the existing ECCL precautionary credit line and adjusted in light of this specific challenge, as a relevant safeguard for euro area Member States affected by this external shock. It would be available to all euro area Member States during these times of crisis, with standardised terms agreed in advance by the ESM Governing Bodies, reflecting the current challenges, on the basis of up-front assessments by the European institutions. The only requirement to access the credit line will be that euro area Member States requesting support would commit to use this credit line to support domestic financing of direct and indirect healthcare, cure and prevention related costs due to the COVID 19 crisis. The provisions of the ESM Treaty will be followed. Access granted will be 2% of the respective Member's GDP as of end-2019, as a benchmark. With a mandate from the Leaders, we will strive to make this instrument available within two weeks, while respecting national procedures and constitutional requirements. The credit line will be available until the COVID 19 crisis is over. Afterwards, euro area Member States would remain committed to strengthen economic and financial fundamentals, consistent with the EU economic and fiscal coordination and surveillance frameworks, including any flexibility applied by the competent EU institutions. The Balance of Payments Facility can provide financial support to Member States that have not adopted the euro. It should be applied in a way which duly takes into account the special circumstances of the current crisis.

17.SURE. In the spirit of solidarity and in light of the exceptional nature of the COVID -19 crisis, we agree on the need to establish, for the duration of the emergency, a temporary loan-based instrument for financial assistance under Article 122 of the Treaty on the Functioning of the European Union. We will strive to make the instrument operational as soon as possible. In this context, we welcome the Commission proposal of 2 April to set-up a temporary instrument supporting Member States to protect employment in the specific emergency circumstances of the COVID-19 crisis. It would provide financial assistance during the time of the crisis, in the form of loans granted on favourable terms from the EU to Member States, of up to EUR 100 billion in total, building on the EU budget as much as possible, while ensuring sufficient capacity for Balance of Payments support, and on guarantees provided by Member States to the EU budget. The instrument could primarily support the efforts to protect workers and jobs, while respecting the national competences in the field of social security systems, and some health-related measures. This proposal should be taken forward without delay in the legislative process. The Member States' position on this emergency instrument does not pre-judge the position on future proposals related to unemployment insurance. Consistent with its legal basis, access to the instrument will be discontinued once the COVID-19 emergency has passed.

18. We agree that a coherent strategy in the EU is needed to support Member States' efforts to return to a normal functioning of our societies and economies and to promote a relaunch of economic activity and investment to ensure sustainable growth.

19.Recovery Fund. In this context, we also agreed to work on a Recovery Fund to prepare and support the recovery, providing funding through the EU budget to programmes designed to kick-start the economy in line with European priorities and ensuring EU solidarity with the most affected member states. Such a fund would be temporary, targeted and commensurate with the extraordinary costs of the current crisis and help spread them over time through appropriate financing. Subject to guidance from Leaders, discussions on the legal and practical aspects of such a fund, including its relation to the EU budget, its sources of financing and on innovative financial instruments, consistent with EU Treaties, will prepare the ground for a decision.

20.Upcoming MFF. The next EU Multiannual Financial Framework (MFF) will play a central role in the economic recovery. It will have to reflect the impact of this crisis and the

size of the challenges ahead, by setting the right priorities, to allow Member States to effectively address the fallout of the coronavirus crisis, to support the economic recovery, and ensure that cohesion within the Union is maintained through solidarity, fairness and responsibility. We welcome the Commission's intention to adapt its MFF proposal to reflect the new situation and outlook.

21. Roadmap for Recovery. Work is ongoing on a broader Roadmap and an Action Plan to support the recovery of the European economy through high quality job creation and reforms to strengthen resilience and competitiveness, in line with a sustainable growth strategy. It should put in place the conditions to relaunch our economies whilst promoting economic convergence in the EU and reducing any fragmentation resulting from the crisis, including through the rapid restoration of the full functionality of the Single market. The President of the Commission and the President of the European Council, in consultation with other institutions, including the ECB, have started work to this end. The Eurogroup stands ready to contribute and support this endeavour.

22. Today we are engaged in an effort to safeguard the health and lives of European citizens and to tackle the immediate economic challenge. This includes the fiscal means Member States need to finance the necessary measures. The recovery of the European economy poses a big challenge. We will act together in solidarity and we will deliver. This includes the necessary progress in strengthening the European Union.

Next steps

23. The Eurogroup will pursue the work needed taking into account the intention of the Council Presidency to take the legislative proposals forward without delay.

<https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/eurogroup/2020/04/07-09/>

Press contacts

Luis Rego

Eurogroup President Spokesperson

+352 621 136 935

THE EUROPEAN STABILITY MECHANISM IN FRONT OF THE EPIDEMIOLOGICAL EMERGENCY*.

di Maria Teresa Stile**

The significant increase in the national deficit, caused by the current serious epidemiological emergency, has raised a government reflection on the possibility of continuing the reform work of the European Stability Mechanism for Italy, insisting, the President of the Council of Ministers, in the press conference following the publication of the D.L. Cura Italia⁸⁰⁴ on the 17th of March 2020 No. 18, on the need for the adoption of European bonds in line with the policy of the package, given the need for appropriate measures other than those envisaged in the reform work of the ESM Treaty⁸⁰⁵, which are currently suspended.

The European Council of the 26st of March 2020 concluded without agreement on the measures to be taken to deal of the economic crisis caused by the global health emergency.

In the debate on the solutions to be adopted, the original dividing line emerged between the Mediterranean countries, which prefer flexible rules and mutualisation of risks, and the Northern Front, which strongly opposes it.

Specifically, in favour of the issuance of eurobonds (coronabond, or sanibond), nine out of twenty-seven countries are in favour of the issuance of eurobonds, such as Italy, France, Spain, Greece, Portugal, Ireland, Luxembourg, Belgium and Slovenia, which are opposed by the Netherlands, Austria and Germany, which are more in favour of the ESM as a tool designed to deal with crises. In particular, the position of the German Finance Minister, Olaf Scholz, who rejects a generalisation of debts, is in sharp closing, while a position of greater balance is supported by Chancellor Angela Merkel, which gives hope to an opening and modulation of the *conditionalities* provided for the procedure of access to the European

* Paper accepted after blind review.

** Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico – Università Telematica Pegaso.

⁸⁰⁴ D.L. 17 March 2020, No. 18, bearing measures to strengthen the National Health Service and Economic Support for Families, Workers and Businesses Related to the Epidemiological Emergency from Covid-19, in G.U., 70, 17 March 2020.

⁸⁰⁵ For an analysis of the reform work of ESM, please refer to M.T. Stile, *The ESM in solving European financial crises. A paradigm of limiting state sovereignty*, AIC, No. 2/2020.

Stability Mechanism.

It should be noted, however, that the titles at the heart of the Italian Government's proposals are not real Eurobonds. These Bonds, better-defined European recovery bonds, would consist of European bonds linked to the financial crisis caused by the pandemic. The issuance of *common* bonds would therefore allow Member States to finance the extraordinary expenditure needed for health, to deal with the business crisis and to support families in serious difficulty.

However, on the basis of these premises, it should be noted that the Eurogroup reunited on the night of the 9-10th of April to discuss the adoption of possible resolutions to the impending financial crisis caused by the COVID-19 epidemiological emergency.

Therefore, a specific “package of proposals”⁸⁰⁶ was agreed following the lengthy negotiation at the Eurogroup, based on a strong European financial plan to support workers and businesses, that includes the provision of aids in accordance with a sustainable economic-financial, health and social recovery.

In particular, the Minister of Economy and Finance, in the press release of the 10th of April 2020⁸⁰⁷, stated that: «[...]Thanks to the strong alliance between Italy and the other countries that signed the letter promoted by the President of the Council, Giuseppe Conte, the European agenda has changed and we have moved from a single-proposal document, the ESM with light conditionality, to a package of four proposals that includes 200 billion from EIB for business, 100 billion that through the new SURE programme will help to finance the integration fund and the Italian-French proposal of a large Recovery Fund fuelled by the issuance of european common debt. In addition, for countries wishing to use it, they will be able to access a new line of credit dedicated only to the health emergency, which will be totally devoid of any present and future conditionality».

In addition, the Minister of Economy and Finance, Roberto Gualtieri, at the end of the Eurogroup meeting made it clear that our Government insisted on the proposal for European bonds by making it clear that the ESM's forecasts, even with light conditionality, are inadequate, remarking that an ambitious package of proposals will be discussed at the next summit of European leaders, for which "Italy will fight with determination for the

⁸⁰⁶ Report on the *Comprehensive economic policy response to the COVID-19 pandemic*, European Council, Council of the European Union, 9 April 2020, www.consilium.europa.eu.

⁸⁰⁷ The Minister of Economy and Finance Gualtieri stated in the press release: “On the table also the eurobonds, from the Eurogroup an ambitious package of proposals”, <http://www.mef.gov.it/>.

decisions of the European Council are in line with the challenge that Europe is facing”.

The European response of the *package* therefore includes, in addition to a financial support measure consisting of the EIB's pan-European Guarantee Fund, with the intention of using it to support a programme of disbursements to European companies, two specific measures: the SURE programme, to partially refinance employment support measures, and the Pandemic Crisis Support of the ESM, to finance health care and prevention costs.

The SURE, a temporary solidarity instrument of financial assistance based on art. 122 TFUE, will provide loans to Member States «on favourable terms» to support worker protection and employment programmes.

The ESM will establish Pandemic Crisis Support (PCS), based on the existing ECCL (Enhanced Conditions Credit Line) mechanism: a line of credit accessible to all eurozone countries with a generally sound economic and financial situation, but without respect some of the eligibility criteria for access to the PCCL, which is the main line of credit for the ESM, in favour of virtuous countries that they have a rapport debt-to-PIL of less than 60%. The document therefore provides for flexible use of the ESM, in the version referred to in the 2012 Treaty⁸⁰⁸, to “support the financing of direct and indirect health care as well as the costs of treatment and prevention due to the crisis caused by COVID 19”⁸⁰⁹.

In particular, there is a loan available to all Member States, the amount of which will be able to reach 2% of the debtor country's PIL, which, after overcoming the epidemiological emergency, must strengthen its economic fundamentals and respect the budgetary framework, to return gradually to the principle of the balanced budget related to the Fiscal Compact⁸¹⁰.

The document also provides, as a temporary, targeted and proportionate instrument to the extraordinary costs caused by the pandemic, a fund linked to the European budget, financed with "innovative financial instruments", in line with the Treaties amounting to EUR 500 billion.

The SURE raises doubts because it is voluntary membership and is only activated after the

⁸⁰⁸ Treaty establishing the European Stability Mechanism (ESM), with Annex, signed in Brussels on 2 February 2012, ratified with L. 23 July 2012, No. 116, G.U. No. 175, 28.7.2012.

⁸⁰⁹ Eurogroup President Mario Centeno declarations of the on 9 April 2020, www.consilium.europa.eu.

⁸¹⁰ The *Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union*, i.e. *Fiscal Compact*, was signed by the Italian Republic on 2.3.2012, together with 24 other EU member states, at the European Council on 1-2 March 2012 and came into force on 1 January 2013. The Italian Republic ratified it with law No. 114 of 23.7.2012, in G.U. No. 175, 28.7.2012 - Suppl. Ordinary No. 160.

all EU states have joined. It is a loan, therefore additional public debt, to be repaid. In order for it to be operational, each EU state must provide irrevocable, liquid and immediately necessary guarantees so that the Commission can issue on the market the securities necessary to collect the resources to be given to the states in difficulty.

Equally perplexity arises from the use of the ESM Enhanced Conditions Credit Line to offer the *Pandemic crisis support* loan. The unconditional ESM does not exist. It is an international treaty and, as such, it would need to be reformed in order to be used differently, eliminating, first of all, the reference, contained to Article 136 TFUE, to the “strict conditionality” for stability mechanisms, and by repealing a large part of the European Regulation 472/2013, implementing the *Two Pack* legislation.

It is important to note, with regard to the different allocation of the PCS funds, linked to health, care and prevention due to Covid-19, that at the end of the state of epidemiological emergency, the Member State, which has obtained the funding, remains committed to strengthening its economic and financial fundamentals, in line with the EU's framework of coordination and economic surveillance and public finance, which will be followed by some pressure from the Troika as soon as the pandemic crisis has ended.

It seems realistic, therefore, to hope, in view of the next summit, that the European Council will assess the appropriateness of the adoption of European bonds as required by our Government and of the conditionalities of the ESM, which must not adversely affect national sovereignty.

In these terms, European Council President's statement: “It is time to lay the ground for a robust economic recovery. This plan has to relaunch our economies whilst promoting economic convergence in the EU. The EU budget will have to play a meaningful role here. Together with the President of the Commission, I am working on a Roadmap and Action Plan to ensure the well-being of all Europeans and to bring the EU back to strong, sustainable and inclusive growth based on a green and digital strategy”.

And on the reassuring words of President Charles Michel, we look forward to the significant breakthrough of the Eurogroup agreement ahead of the Summit on the 23rd of April 2020.

Abstract: La recente relazione sulla risposta globale della politica economica alla pandemia del COVID-19 ha aperto un dibattito sulle soluzioni da adottare per affrontare la crisi

economica causata dall'emergenza sanitaria globale. Pertanto, un "pacchetto di proposte" specifico è stato concordato in seguito alla lunga negoziazione presso l'Eurogruppo, del 9-10 aprile, basata su un forte piano finanziario europeo a sostegno dei lavoratori e delle imprese, che comprende la fornitura di aiuti in conformità con una ripresa economica-finanziaria, sanitaria e sociale sostenibile. La risposta europea del "pacchetto" prevede un uso flessibile del MES per "sostenere il finanziamento dell'assistenza sanitaria diretta e indiretta, nonché i costi delle cure e della prevenzione dovuti alla crisi causata dal COVID 19". In uno spirito di solidarietà, sembra realistico sperare, in vista del prossimo vertice, che il Consiglio europeo valuti l'adeguatezza dei bond europei e delle condizionalità del MES, che non devono pregiudicare la sovranità nazionale.

Abstract:

The recent Report on the comprehensive economic policy response to the COVID-19 pandemic, opened a debate on the solutions to be taken to deal of the economic crisis caused by the global health emergency.

Therefore, a specific “package of proposals” was agreed following the lengthy negotiation at the Eurogroup, of the 9-10th of April, based on a strong European financial plan to support workers and businesses, that includes the provision of aids in accordance with a sustainable economic-financial, health and social recovery. The European response of the "package" provides for flexible use of the ESM to “support the financing of direct and indirect health care as well as the costs of treatment and prevention due to the crisis caused by COVID 19”. In a spirit of solidarity, it seems realistic to hope, in view of the next summit, that the European Council will assess the adequacy of the European bonds and of the conditionalities of the ESM, which must not undermine national sovereignty.

Parole chiave: COVID-19 pandemica - risposta politica economica - pacchetto di proposte - MES - uso flessibile.

Key words: COVID-19 pandemic - economic policy response - package of proposals - ESM - flexible use.

**A. LUCARELLI E S. STAIANO (A CURA DI)
LE FORME DI GOVERNO TRA ITALIA E SPAGNA
Atti del Convegno di Napoli, 6 maggio 2019**

437

NOTA DEI CURATORI

In Italia e Spagna i sistemi di relazioni giuridiche tra gli organi supremi dell'ordinamento costituzionale, quanto all'allocazione del potere politico, presentano affinità tali da renderne particolarmente proficua la comparazione.

Invero, in entrambi i Paesi, la forma di governo parlamentare a debole razionalizzazione è messa alla prova di vicende politico-istituzionali segnate da significative difficoltà a formare maggioranze coese e stabili, rivelando rimarchevoli disfunzioni nel rendimento dell'azione di governo.

Il carattere estremamente elastico delle disposizioni costituzionali in tema di forma di governo ha consentito, sia in Italia sia in Spagna, a formanti come il sistema elettorale, il sistema partitico e la giurisprudenza costituzionale, di favorire trasformazioni profonde a Costituzione formalmente invariata.

I contributi scientifici raccolti prendono spunto dalle relazioni e dagli interventi effettuati nel corso del seminario internazionale di studi dal titolo "Trasformazioni della forma di governo e sorte della democrazia: Italia e Spagna", svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Napoli Federico II, in data 6 maggio 2019, ma risultano arricchiti dal confronto di idee compiuto che in quella sede e dal dibattito che ne è scaturito.

Il taglio interdisciplinare e comparatistico della ricerca caratterizza non solo i singoli contributi, ma è anche segno dell'approccio generale proprio del lavoro collettivo svolto.

Sono state affrontate le maggiori questioni teoriche insorte con riferimento alla categoria dogmatica della forma di governo, e ai suoi elementi costitutivi e condizionanti, ma sono state anche empiricamente analizzate le esperienze concrete dei Paesi considerati. Gli studiosi coinvolti, ciascuno con i propri mezzi e sulla base delle proprie conoscenze, ha collaborato a questa ricerca, si spera utile, su temi di considerevole interesse scientifico e di pressante attualità.

I saggi introduttivi di Sandro Staiano e Jorge Lozano Miralles, incentrati rispettivamente sulla vicenda italiana e su quella spagnola, costituiscono la cornice generale nella quale si vanno a inserire gli scritti degli altri autori, ma anche la base di partenza della riflessione svolta nei singoli contributi su argomenti più specifici.

Non è qui di certo affermata la pretesa di risultati esaustivi o definitivi. È, piuttosto,

perseguito l'obiettivo di offrire un contributo utile a favorire l'ulteriore approfondimento di questioni aperte e suscettibili di interessanti sviluppi, come tappa di un itinerario di studio ancora lungo e complesso. Un itinerario che ci si ripromette di proseguire con gli stessi compagni di viaggio, e con altri che si vorranno aggiungere nello stesso spirito di confronto aperto e, non sembri irrilevante, con l'atteggiamento empatico che ha coeso fino a oggi questo gruppo di studiosi.

ALBERTO LUCARELLI E SANDRO STAIANO

LA REPUBBLICA PARLAMENTARE ITALIANA E IL SUO SISTEMA DEI PARTITI.

RELAZIONE INTRODUTTIVA*.

di Sandro Staiano**

Sommario. 1. Forma di governo e sistema dei partiti: un dibattito lungo cinquant'anni. – 2. Formante partitico e convenzioni costituzionali. – 3. Il formante giurisprudenziale – 4. Mutamenti del formante partitico: partiti tradizionali e partiti personali. – 5. Permanenza e declino delle regole convenzionali. – 6. Disfunzioni della forma di governo e sorte della forma di Stato.

440

1. Forma di governo e sistema dei partiti: un dibattito lungo cinquant'anni.

Il perdurare, tra i costituzionalisti, del dibattito sul ruolo da riconoscere al fattore partitico nell'ambito delle ricostruzioni della forma di governo italiana, rivela talvolta linee di riflessione eccentriche al disporsi dell'esperienza, la quale si è incaricata di dare in proposito il suo responso, rendendosi incomprensibile a chi fermi l'oggetto dello studio del giurista al quadro delle complesse relazioni formali tra organi supremi come ricavabile dalle sole disposizioni costituzionali, e, al più, dalle influenze rimarcate su di esse dalla giurisprudenza della Corte costituzionale.

Invero, non è atualizzabile, appartenendo senza residui ad altro tempo, la vecchia critica a Leopoldo Elia, quando egli indicava nei partiti e nella loro connessione in sistema, da una parte, e nella produzione di norme che da essi procede, dall'altra, condizioni di fatto «di immediata rilevanza giuridica» nella determinazione della forma di governo⁸¹¹. Critica a supporto della quale veniva chiamato un presunto ripensamento dello stesso Elia, consegnato a uno studio, successivo di oltre trentacinque anni alla voce di enciclopedia del

* *Sottoposto a referaggio*. Questo scritto riordina i contenuti delle relazioni introduttive presentate, tra maggio e giugno del 2019, in due convegni di studi tenutisi presso l'Università degli studi di Napoli Federico II (*Trasformazioni della forma di governo e sorti della democrazia*, 6 maggio 2019; *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, 15-16 giugno 2019); in esso si riprendono – pressoché integralmente per la parte teorica, con aggiornamenti e integrazioni nella parte applicativa – le tesi contenute nel saggio *La forma di governo nella Costituzione come norma e come processo*, in *Il governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, a cura di F. Musella, Il Mulino, Bologna 2019.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli “Federico II”.

⁸¹¹ L. Elia, (voce) *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 638.

1970, nel quale l'autore aveva preferito “parlare, a scampo di equivoci, di situazioni condizionanti anziché di elementi costitutivi”⁸¹²; anche per Elia – si assume – i partiti si collocherebbero, rispetto alla forma di governo, in una dimensione esterna, meramente descrittiva, comunque estranea al piano normativo-prescrittivo. Ma una simile interpretazione non trova fondamento in una lettura compiuta e organica del saggio più recente. Invero, quando chiama in causa i “problemi di metodo” intorno ai quali si è affaticata la dottrina negli studi intesi alla costruzione di una tipologia delle forme di governo con “procedimenti di generalizzazione e di comparazione”, per stabilire il “valore descrittivo o prescrittivo delle tipizzazioni”⁸¹³, Elia mantiene fermi i capisaldi della sua precedente riflessione: lo scritto del 2006 qualifica ancora la disciplina costituzionale della forma di governo a *fattispecie aperta*, nel senso che “il funzionamento dipende oltre che da norme costituzionali o consuetudinarie, anche da convenzioni integrative (o secondo costituzione)”⁸¹⁴. E della forma di governo parlamentare ancora distingue tre “varianti [...]”: a bipartitismo rigido; a multipartitismo temperato; a multipartitismo esasperato”, considerando come “il contesto del sistema politico può dar luogo a situazioni di preminenza governativa o parlamentare o di equivalenza funzionale tra i due organi”⁸¹⁵. Il contesto partitico continua a fornire elementi di fatto *di immediata rilevanza giuridica*; tali elementi assumono connotazioni normative e sono necessari a definire la forma di governo; da essi è possibile trarre la qualificazione dommatica di una determinata forma di governo su base comparativa. Oltre il tono conciliante adoperato nei confronti dei suoi critici, Elia mantiene fermi metodo e merito: “...e pur si muove”, per dirla col Galileo che conferma la sua cosmografia nell’ambito di un dibattito difficile.

E, del resto, sul piano teorico e dommatico, rimangono resistibili tutte le obiezioni mosse nel tempo alla concezione qui accolta e portata ai suoi esiti odierni.

Anzitutto, l’opzione definitoria che si richiama al contesto partitico non può ritenersi preclusa per il fatto che, nell’ordinamento italiano, i partiti non sono stati concepiti come organi o poteri dello Stato, in questo incorporati. Ciò che rileva, invece, è che i partiti siano i formanti normativi della forma di governo; e lo sono in quanto produttori di norme convenzionali che integrano la *fattispecie costituzionale aperta*: le convenzioni

⁸¹² *Id.*, *Forme di Stato e forme di governo*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, vol. III, Milano, 2006, p. 2600.

⁸¹³ *Ibidem*.

⁸¹⁴ *Ivi*, p. 2601.

⁸¹⁵ *Ibidem*.

costituzionali sono il veicolo che trasporta la fattualità delle dinamiche partitiche nella sfera della rilevanza giuridica. Che poi i partiti, oltre che formanti (soggettivi) – in quanto contribuiscono a determinare la regola convenzionale (formante fonte) – siano anche formati – in quanto a tale regola si debbano conformare – non è sorprendente, poiché deriva dalla natura stessa della fonte convenzione costituzionale.

Per converso, la pretesa di pervenire a una definizione dommaticamente fondata della forma di governo facendo affidamento unicamente sulle disposizioni costituzionali, non solo non potrebbe che condurre a risultati fuorvianti (quasi tutta l'esperienza, specie nella più recente vicenda della Repubblica, dovrebbe essere considerata *praeter se non contra Constitutionem*), ma sarebbe in contrasto con il sistema e con l'ispirazione delle disposizioni costituzionali stesse, le quali sono state concepite come implicanti la necessità dell'integrazione, e in una complessa vicenda di integrazione hanno visto svilupparsi la propria messa in opera. Che di tale integrazione debbano essere attori dominanti i partiti è carattere originario dell'assetto costituzionale italiano: nella fase costituente, i partiti, mentre definivano le norme sulla forma di governo modellandole sulla propria struttura organizzativa (allora sostanzialmente omogenea) e sulle proprie relazioni allora in atto, imprimevano a quelle stesse norme una elasticità tanto elevata da consentire che il mutamento futuro in tale struttura e in tali relazioni potesse poi sempre determinare le dinamiche della forma di governo, con il solo invalicabile vincolo a conservare a essa natura parlamentare.

Anche dell'ordine del giorno Perassi, presentato il 4 settembre 1946 e approvato il giorno successivo dalla Seconda Sottocommissione dell'Assemblea Costituente, si può fare una lettura congruente con tale ricostruzione: di esso, invero, si può mettere in luce – è stato soprattutto messo in luce – il destino di auspicio debole e disatteso nella normazione costituzionale e legislativa ordinaria (sicché se ne apprezza soltanto la virtù tattica, valendo esso a chiudere il dibattito e a sbloccare le determinazioni costituenti sulla forma di governo). Ne va però altresì rilevata, anche in considerazione del consenso pressoché generalizzato che esso riscosse, la natura di *pactum de modo* tra i partiti alla Costituente: saranno i partiti a definire e a rendere operanti i «dispositivi» necessari a stabilizzare l'azione di governo e a «evitare le degenerazioni del parlamentarismo». E non lo faranno attraverso ulteriori norme di rango costituzionale. Lo faranno con la legislazione elettorale,

e soprattutto con norme convenzionali intese a conformare, in concreto, i tratti della *fattispecie a formazione progressiva* prefigurata dagli artt. 92 ss. della Costituzione.

Tuttavia, l'approccio secondo il quale il contesto partitico è fattore propulsivo e normativo della forma di governo – nell'originaria restituzione teorica di Leopoldo Elia, rimasta per alcuni aspetti incompiuta, forse per l'andamento del dibattito da essa suscitato, orientato in prevalenza a negarne apoditticamente il fondamento, piuttosto che discutere ponendosi dal suo punto di vista – ha lasciato aperte questioni ben evidenziate dalla dottrina nel corso del tempo: conviene esaminarle; e in ragione dell'esame di esse, valga anticiparlo, la perdurante validità di quella posizione teorica risulterà confermata.

La prima è quella della riconoscibilità della natura di fonte normativa alle convenzioni costituzionali. Questione dirimente, poiché, se si negasse tale natura, verrebbe meno la possibilità stessa di individuare il punto di passaggio dal fatto – ciò che si produce nel contesto partitico – alla norma regolatrice della forma di governo; e, dunque, di attribuire *rilevanza giuridica* a quella *condizione di fatto*: il rapporto tra forma di governo e fattore partitico resterebbe in una sfera di nebulosa commistione tra elementi appartenenti al campo della scienza giuridica ed elementi appartenenti al campo della scienza politica.

Un nodo da sciogliere, senza però attenuarne una problematicità non riducibile attraverso eleganze formulari che spostano, o negano, la questione. Così, ad esempio, non sembra risolutivo sostituire alla formula «situazioni di fatto di immediata rilevanza giuridica» la formula «situazioni materiali condizionanti»⁸¹⁶: procedendo in tal senso, si presenterebbe immediatamente la necessità di qualificare quel «condizionamento», di stabilire come esso avvenga, se si compia o non si compia mediante un meccanismo di produzione normativa. Alle convenzioni costituzionali come fonti sono stati mossi due ordini di critiche: uno di tipo latamente assiologico; l'altro presentato come di tipo dommatico, ma in realtà innervato di elementi di teoria generale.

La critica *assiologica* dà risalto alle implicazioni sistemiche – ritenute non desiderabili – derivanti dall'assunzione a parametro delle convenzioni costituzionali: è presa a bersaglio polemico l'analisi storico-comparativa “per modellini” e si chiama in causa una “lettura realistica, più politologica, delle istituzioni”, alla quale si riconosce utilità al più quando essa resta “sul piano della descrizione degli eventi”, ma si ritiene non possa essere tenuta

⁸¹⁶ G. Zagrebelsky, *Introduzione*, in L. Elia, *Studi di diritto costituzionale (1958-1966)*, Milano, 2005, p. XXX ss.

in pregio quando “si inabissa e riemerge in figure carsiche come la costituzione materiale [...], le convenzioni [...] o [...] le consuetudini costituzionali”⁸¹⁷. Il richiamo a queste ultime come parametro oggettivo condurrebbe a “deresponsabilizzare l’interprete”, mentre “le ‘lacune’ ed i ‘*penombral cases*’, il *casus omissus* e il *casus dubius*” andrebbero “risolti [...] con gli strumenti della costruzione teorica, della cui coerenza interna e congruità con i dati positivi l’unico responsabile è l’interprete”⁸¹⁸. Su tutto intero questo approccio è espresso un giudizio, che induce a compierne il radicale rifiuto in nome della massima valorizzazione dell’interpretazione, dell’interpretazione giudiziale in specie. Non sembra che a una tale serie di assunti si possa opporre una “difesa” della convenzione costituzionale come fonte da un punto di vista dommatico; poiché per essi non viene ricercato alcun fondamento nell’ordinamento dato. Al più si potrebbe opporre un diverso giudizio di valore circa il rapporto tra interpretazione e produzione di parametri “oggettivi”. Come in effetti è stato fatto: laddove la “deresponsabilizzazione dell’interprete” è stata vista come disvalore, si è ritenuto, all’opposto, che l’uso della convenzione sia un utile “criterio di giustificazione”, strumento attraverso il quale la Corte potrebbe sostenere un ruolo sostanzialmente arbitrale⁸¹⁹: giudizio valoriale sistemico *versus* giudizio valoriale sistemico.

Sul piano più strettamente teorico e sul piano dommatico, invece, le principali obiezioni alla qualificazione delle convenzioni costituzionali come norme giuridiche muovono dall’assunto dell’appartenenza di esse alla categoria delle regole *autonome*, cioè delle regole che, sebbene non create dal soggetto a se stesso (nel qual caso sarebbe in radice escluso il carattere della giuridicità), possano da questo essere liberamente disattese: ciò che non può invece avvenire per la regola giuridica, sottratta al libero mutamento, poiché l’inosservanza di essa provoca una sanzione “assistita dalla forza”⁸²⁰. Quanto poi alla sanzione, essa viene intesa da questa dottrina esclusivamente come inflizione di una misura indesiderata, o, ancora più restrittivamente, come inflizione di un “castigo” da parte di un

⁸¹⁷ R. Bin, *L’ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996, p. 57 ss.

⁸¹⁸ *Ivi*, p. 53.

⁸¹⁹ M. Midiri, *Prassi e consuetudine nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in A. Pisaneschi e L. Violini (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli de’ Santi*, Milano, 2007, p. 468.

⁸²⁰ G.U. Rescigno, *Le convenzioni costituzionali*, Padova, 1972, p. 109 ss.; ritiene, invece, che si abbia giuridicità in tutti i casi di eteronomia L. Paladin, (voce) *Governo italiano*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 679.

“terzo imparziale”, di un giudice “autorità superiore ai soggetti implicati dalla regola”⁸²¹, essendo la giustiziabilità altra connotazione imprescindibile della norma giuridica.

Perciò una fonte fatto, quale la consuetudine, può ben essere ascritta al mondo delle regole giuridiche, ma in quanto uno dei suoi elementi costitutivi, l'*opinio iuris seu necessitatis*, “non è la convinzione dottrinarica che la regola è giuridica, ma la convinzione ben più concreta che quella regola è degna di essere coercita [...] che non solo bisogna seguire quella regola (convinzione che si rinviene rispetto a tutte le regole sociali, anche non giuridiche), ma che dalla violazione di tale regola deve seguire necessariamente un castigo, inflitto se necessario mediante la forza”⁸²². Così non accade per le convenzioni costituzionali: queste, in quanto regole autonome, non sono norme giuridiche; in caso di loro violazione, non sarà applicabile alcuna sanzione in giudizio. Se nel corso di un giudizio dovessero essere richiamate, lo sarebbero solo come elementi di fatto⁸²³.

Le convenzioni, dunque, non hanno alcunché della giuridicità: non l'essere poste “da un'autorità abilitata dal sistema giuridico ad introdurre regole giuridiche secondo forme determinate”; non l'essere a “fondamento di conseguenze di ordine giuridico”. Pertanto, “nessun atto o fatto giuridico produttivo di effetti giuridici ha come fondamento convenzioni, oppure, detto all'inverso, se un atto o fatto produce conseguenze giuridiche, la regola su cui esso atto o fatto si fonda non è convenzione, ma appunto regola giuridica”⁸²⁴.

Mai fonte del diritto, dunque; semmai canone interpretativo: alle convenzioni della Costituzione può essere riconosciuta “una qualche prescrittività”, una “valenza normativa, ma tutta particolare e comunque indiretta”, come “funzione direttiva”, di orientamento delle “scelte che l'interprete è chiamato a fare all'interno delle potenzialità linguistiche delle singole disposizioni”, e solo a fini ermeneutici e non con riferimento ai processi di

⁸²¹ G.U. Rescigno, *op. ult. cit.*, p. 115, nota 6.

⁸²² *Ivi*, p. 112 s.

⁸²³ «Se in un processo penale per ricostruire la intenzione dell'imputato è utile o necessario ricostruire se esso ha rispettato o violato una regola convenzionale, il giudice ovviamente conoscerà di questa convenzione, esattamente come deve conoscere di ogni fatto utile o necessario per ricostruire i fatti. Ma altro è conoscere una convenzione e ricostruire comportamenti conformi o difformi da una convenzione, altro è porre una regola convenzionale a fondamento di decisioni giuridicamente vincolanti. Se una regola fonda una decisione giuridicamente vincolante, non è una convenzione» (G.U. Rescigno, *Ripensando le convenzioni costituzionali*, in *Politica del diritto*, n. 4/1997, p. 514).

⁸²⁴ *Ivi*, p. 77.

produzione normativa si è potuto farne “uso anche al di fuori dell’ordinamento di cui parevano essere caratteristica esclusiva ed essenziale”⁸²⁵.

Simili obiezioni possono però essere discusse e disattese.

Che sia giuridica solo la regola giustiziabile, in quanto applicata da un giudice, è assioma traente radice da una concezione di stampo austriaco “difficilmente accettabile [...] e [...] sottoposta a critiche piuttosto imbarazzanti”⁸²⁶. A esso si potrebbe opporre la tesi che nel sistema sono rinvenibili norme non sanzionate, non essendo la coercibilità un carattere necessario della norma giuridica⁸²⁷.

Ma non occorre ingaggiarsi nell’antica controversia sulle norme *imperfette* (i cui esempi, peraltro, appartengono al campo del diritto da fonte atto), essendo più produttivo rilevare che il concetto di sanzione come fatto positivo dell’inflizione di una misura indesiderata (concetto in tutta evidenza conformato avendo mente soprattutto al diritto penale nel suo modo d’essere primigenio) è troppo ristretto: è sanzione anche la preclusione a ottenere un vantaggio, a conseguire un risultato; è sanzione l’annullamento di un atto; è sanzione lo scioglimento di un organo⁸²⁸. Se queste non fossero anch’esse sanzioni, si dovrebbe ritenere non sanzionata – e quindi non giuridica – gran parte delle norme costituzionali derivanti da diritto scritto, per come esse sono conformate.

Né siffatte sanzioni sono necessariamente poste in atto attraverso l’applicazione della forza da parte di un giudice: affinché si abbia norma, occorre che vi sia una sanzione istituzionalizzata, non sempre affidata alla sede giurisdizionale, che si rinviene nel sistema in cui le norme si compongono. Quando ciò avviene, la regola – sia essa legislativa o consuetudinaria – è giuridica. La distinzione tra tipi di regole non si compie

⁸²⁵ In tal senso S. Bartole, *Le convenzioni della costituzione tra storia e scienza politica*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, tomo I, Milano, 1987, p. 65 ss. Coerentemente, l’Autore ripropone ancor oggi una ricostruzione della forma di governo italiana del tutto avulsa dal contesto partitico (cfr. S. Bartole, *La Repubblica italiana e la sua forma di governo*, Modena, 2018). Allo stesso modo, il dato partitico è pretermesso quando, per la ricostruzione della forma di governo negli istituti che la connotano, si muove alla ricerca delle «sole regole costituzionali [...] sperando così di isolarle da tutto ciò che è spurio rispetto a quanto può correttamente trarsi dalla lettera e dallo spirito del dettato costituzionale»: così O. Chessa, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un’interpretazione della forma di governo italiana*, Napoli, 2010, p. 5.

⁸²⁶ Lo rilevava N. Bobbio, *Consuetudine (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Milano, 1961, p. 443 ss.

⁸²⁷ Cfr. C. Esposito, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, Fabriano, 1930, p. 71 ss.

⁸²⁸ In tema cfr. F. Modugno, *Norma (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII, Milano, 1978, p. 346 ss.

nell'opposizione giuridicità/non giuridicità, bensì in ragione della funzione da ciascuna regola svolta, beninteso sempre nella sfera della giuridicità.

Nell'ambito delle norme giuridiche consuetudinarie è poi dato distinguere le convenzioni costituzionali, come norme prodotte in forza di un comportamento, ripetuto in modo uniforme e costante nel tempo, sorretto dalla *opinio iuris seu necessitatis*, che regolano la struttura e il funzionamento di organi costituzionali e le relazioni tra essi. La distinzione tra consuetudine e convenzione costituzionale può essere in tal modo ritenuta come tra *genus* e *species*, tanto più se si pervenga a una certa accezione di *animus*, per la quale questo “non deve già sussistere in ogni puntuale ripetizione del comportamento, né necessariamente nel momento iniziale di esso, e neppure consistere in una psicologica convinzione circa l'obbligatorietà del comportamento [...] ma deve presiedere complessivamente al processo di formazione della consuetudine e non essere, se non per modo di dire, una mera risultante della ripetizione [...] Ne deriva che la rilevanza del cosiddetto convincimento diffuso della normatività del comportamento risulterà *a posteriori*, rispetto a una consuetudine già formatasi, ma pure che tale rilevazione non è altro che il riconoscimento di una decisione impersonale e non psicologica che sussisteva già prima e nel corso della ripetizione [...] e che ha permesso al fatto di porsi come propriamente normativo”⁸²⁹. Si può in altri termini ritenere che convenzioni costituzionali e consuetudini – tutte identificate per il ricorrere di un elemento materiale, *diuturnitas*, e dell'*animus*, nel senso appena accolto, e per l'applicabilità di una sanzione nei casi di inosservanza – appartengano alla medesima categoria dommatica.

In merito – ancora – alla giustiziabilità, non sembra si possa sostenere che mancherebbe sempre qualsiasi istanza giurisdizionale a garanzia dell'osservanza delle convenzioni costituzionali, poiché queste chiamerebbero in causa esclusivamente rapporti di forza di tipo politico, sicché, se un giudice interferisse, si farebbe esso stesso soggetto politico⁸³⁰. Si ammette, certo, che a tanto potrebbe attendere la Corte costituzionale, per quella particolare *politicalità* che ne connota la posizione nel sistema, ma – con una considerazione di mera plausibilità in astratto – si afferma che essa non vorrebbe mai “entrare nel vivo della lotta politica”, né gli altri soggetti glielo consentirebbero, preferendo “cercare un accomodamento sulla base della rispettiva forza, piuttosto che investire del loro conflitto

⁸²⁹ *Ivi*, p. 361 s.

⁸³⁰ Così G.U. Rescigno, *Le convenzioni costituzionali*, cit., p. 127.

la Corte”⁸³¹. Si tratta di una prospettiva largamente smentita nell’esperienza: la Corte ha assunto, sempre più nettamente nel tempo, la funzione di arbitro del conflitto politico, anche al prezzo di travalicare i confini sistemici della propria giurisdizione. Dunque, la circostanza che non sia stata *di fatto* mai imposta in sede giurisdizionale l’osservanza di una convenzione costituzionale, non vuol dire affatto che manchi la possibilità che ciò avvenga – per tutte le sanzioni, l’applicazione giudiziale è sempre, sotto diversi profili, eventuale – né tantomeno che manchi un’istanza in cui ciò possa avvenire⁸³².

Vi è anche un argomento di tipo culturale, fondato sull’analisi comparativa dei sistemi parlamentari, avanzato contro la tesi della natura giuridica della convenzione costituzionale: questa si afferma nel contesto costituzionale britannico, con caratteri tanto poco generalizzabili che la pretesa di trasporre l’istituto in area continentale si fonderebbe su un errore di sopravvalutazione degli elementi di affinità, in larga parte apparenti, e di sottovalutazione delle diversità non riducibili⁸³³. Dall’errore – metodologico e maggiore – per traslazione impropria, deriverebbe un errore per travisamento. Sull’istituto britannico, riguardato da una prospettiva interna agli ordinamenti di *civil law*, verrebbe proiettata una qualificazione che esso in realtà non possiede nel luogo natale: il *valore giuridico*. Laddove, nelle terre della *common law*, vale invece un decisivo “elemento spirituale”, consistente nella “credenza [...] di non avere [...] a che fare con un obbligo giuridico”⁸³⁴. Dunque, la convenzione costituzionale potrebbe diventare fonte solo se mutasse natura, cioè solo se assumesse caratteri tali da farla ritenere una consuetudine.

⁸³¹ *Ibidem*.

⁸³² Peraltro, la possibilità di utilizzare la consuetudine costituzionale, oltre che come elemento fattuale comparativo nella sequenza argomentativa, come elemento normativo che entri a comporre il parametro si è affacciata nella giurisprudenza costituzionale: cfr. sentt. 22 ottobre 1975, n. 231; 24 giugno-10 luglio 1981, n. 129; 6 dicembre 1995-18 gennaio 1996, n. 7; 3 maggio-18 maggio 2006, n. 200; 4 dicembre 2012-15 gennaio 2013, n. 1. Sul punto, da differenti prospettive e con varietà di posizioni, cfr. A. Simoncini, *Alcune considerazioni su consuetudini e convenzioni costituzionali come parametro del giudizio della Corte*, in G. Pitruzzella, F. Teresi e G. Verde (a cura di), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Torino, 2000, p. 581 ss.; P. Carnevale, *A Corte... così fan tutti? Contributo ad uno studio su consuetudine, convenzione e prassi costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Rivista Aic*, n. 4/2014; A. Morrone, *Fonti normative*, Bologna, 2018, p. 246 ss.

⁸³³ Mancherebbe, nell’esperienza italiana, “il culto del ‘precedente’, così spiccato nei Paesi di diritto comune. Come i giudici inferiori si allontanano liberamente dalle decisioni della Corte suprema e questa muta avviso senza difficoltà, così neppure gli uomini di Stato si sentono troppo legati ad un comportamento precedente proprio o altrui [...]. Al posto delle convenzioni si insinuano facilmente i principi meno rigorosi e più vaghi della correttezza costituzionale” (così G. Treves, (voce) *Convenzioni costituzionali*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. X, Milano, 1962, p. 527).

⁸³⁴ *Ibidem*.

Ma forse a non dover essere sopravvalutata è l'influenza che il modello britannico può avere rimarcato sull'elaborazione riferita all'ordinamento italiano. Se si considerano i fenomeni di produzione normativa nella concretezza del loro disporsi, assumendo un punto di vista più strettamente e coerentemente dommatico, si può convenire sull'impossibilità di distinguere le convenzioni costituzionali dalle consuetudini, trattandosi "in entrambi i casi [...] di norme che vengono applicate in ragione del loro contenuto anziché dei loro caratteri formali", le quali "determinano o possono determinare precedenti impegnativi in avvenire, che sono vincolanti fino a quando il loro rispettivo ambiente politico-sociale consente ad osservarle e a farle valere"⁸³⁵. Allora, è certo possibile una distinzione tra convenzioni costituzionali e consuetudini, ma essa non attiene alla natura di fonte, da riconoscere in entrambe, quanto semmai alle circostanze fattuali della formazione, che per la convenzione costituzionale è un comportamento tacitamente concordato tra soggetti incardinati in poteri costituzionali⁸³⁶.

Tali argomenti non fanno breccia nella dottrina intesa a negare, irriducibilmente, la giuridicità delle convenzioni costituzionali, ma che riconosce natura di fonte alle *consuetudini costituzionali*. Ma è rimarchevole che proprio tale dottrina, benché riproponga tenacemente la distinzione tra convenzioni (non giustiziabili, e dunque non qualificabili come normative) e consuetudini (giustiziabili, e alle quali quindi si attaglia tale qualificazione), lasci trascolorare tuttavia il requisito della giustiziabilità quando passa a descrivere la forma di governo italiana nell'esperienza. E – partendo da un'avvertita osservazione delle vicende repubblicane e del consolidarsi dei modi della produzione normativa riferita ai "rapporti tra soggetti incardinati in poteri costituzionali" – fa giustizia, con riferimento alla disciplina del procedimento di formazione del governo (in particolare alla fase delle consultazioni presidenziali), di certe varianti lessicali tendenti a presentarsi come distinzioni concettuali *a capello d'angelo*, ponendo in luce che si sono formate "prassi costant[i] fin dall'inizio della vita della Costituzione repubblicana, e che nessuno

⁸³⁵ L. Paladin, *op. cit.*, p. 678.

⁸³⁶ *Ivi*, p. 679, nota 8: "la tradizionale contrapposizione tra le convenzioni e le consuetudini costituzionali finisce per essere molto sfumata, ed anzi si risolve, sotto un certo aspetto, in una questione di linguaggio più che di sostanza. Da un lato, in verità, il termine 'convenzione' si presta a indicare quelle fonti-fatto che abbiano la loro prima origine in un comportamento concordato tra i titolari di vari uffici costituzionali, e quindi ripetuto ad opera dei titolari successivi; dall'altro lato il termine 'consuetudine' si addice piuttosto a quei fatti normativi che non si fondino su precedenti ben definiti e vicini nel tempo [...]. Ne segue che le convenzioni tendono tutte a trasformarsi in consuetudini, mediante la ripetizione costante di un certo comportamento; mentre, per converso, non tutte le consuetudini costituzionali traggono origine dalle convenzioni".

dubita della loro liceità (prevale anzi a livello di opinione pubblica che esse sono non soltanto opportune ma addirittura necessarie). Anziché *prassi* possiamo dire *regolarità* (un solo caso o più casi del tutto slegati non costituiscono una prassi o pratica), per ricavare subito dopo la parola *regole*: se vi sono regolarità (che sono fatti; naturalmente presupponiamo regolarità nei comportamenti umani) è segno che vi sono regole che vengono seguite; non si tratta di un fatto fisico, ma di comportamenti umani che manifestandosi in modo regolare automaticamente rinviano a regole che le regolarità, le prassi manifestano”⁸³⁷.

Quale altro senso attribuire a questa sequenza argomentativa, se non quello di descrizione del processo di formazione di una fonte fatto di tipo costituzionale? Che poi la si denomini *consuetudine* piuttosto che *convenzione* è, seguendo Paladin, questione di secondario rilievo: vi può essere fonte in senso giuridico, anche quando non vi sia giustiziabilità.

Insomma, se si discende dalla sfera dei *noumena*, della mera pensabilità in termini di teoria generale, sul terreno della forma di governo come *fenomeno* analizzabile in termini dommatici, ci si avvede che il requisito della giustiziabilità non è necessario a qualificare la norma giuridica, se, atteso che la logica giuridica è logica del dover essere, si perviene a ritenere che la sanzione non è necessariamente quella applicata in un procedimento innanzi a un giudice: l’equazione descrittiva delle regole giuridiche sulla forma di governo può (deve) fare a meno della variabile giustiziabilità.

Resta da considerare la questione del campo di estensione delle convenzioni costituzionali, poiché si è dubitato che in esse possano essere ricompresi “gli accordi più o meno espliciti di inclusione o esclusione di partiti politici dalle maggioranze parlamentari e dalle coalizioni di governo”, ritenendo che essi si collochino “puramente e semplicemente sul terreno, sempre necessariamente instabile, della lotta politica contingente e quindi reversibile”, al di fuori di “un legame con istituti e poteri di significato ordinamentale”⁸³⁸.

Non sembra, in proposito, che il riconoscimento in un comportamento dei tratti della convenzione costituzionale possa essere determinato dal suo oggetto. Affinché vi sia convenzione è soltanto necessario che ricorrano continuità e stabilità del comportamento, e che sia identificabile un campo normativo non esaurito da disposizioni costituzionali; il

⁸³⁷ G.U. Rescigno, *Prassi, regolarità, regole, convenzioni costituzionali, consuetudini costituzionali, consuetudini giuridiche di diritto pubblico*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018, p. 2.

⁸³⁸ G. Zagrebelsky, (voce) *Convenzioni costituzionali*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. IX, 1988, p. 7.

che pure sembra ben presente ove si rileva che “due presupposti soltanto appaiono necessari: la continuità e la stabilità nei rapporti costituzionali e la presenza di una pluralità di forze politico-costituzionali tra le quali si possa formare un equilibrio non preventivamente fissato in modo rigido da regole costituzionali formali”⁸³⁹. Che le convenzioni intervengano negli ambiti lasciati aperti dalle disposizioni costituzionali – dunque, per ciò che qui più rileva, dalle fattispecie *a formazione progressiva* – è peraltro assunto consolidatissimo, “universale avviso”⁸⁴⁰.

2. Formante partitico e convenzioni costituzionali.

Consolidati i capisaldi teorici, le relazioni organizzative fondamentali in cui la forma di governo consiste possono essere (e non possono non essere) ricostruite nel quadro dei mutamenti (molto rilevanti, talvolta tumultuosi e instabili) in atto nel sistema dei partiti e nella struttura e nel funzionamento dei singoli partiti, guardando precipuamente ai formanti convenzionali.

Nella fase in cui la teoria della immediata rilevanza giuridica del formante partitico viene proposta in Italia, i partiti presentano una struttura sostanzialmente omogenea: dimensione nazionale e una certa concentrazione del potere di direzione e di decisione *di ultima istanza* in gruppi ristretti, formati per cooptazione. Si possono riscontrare differenze quanto al carattere più o meno virtuoso dei criteri di selezione della classe dirigente: scelte *premiali*, orientate dall’efficienza del rapporto dei singoli con gli elettorati locali, in un *cursus honorum* tipizzato; oppure prevalenza dei rapporti di fedeltà-protezione con singole personalità o frazioni dei gruppi dirigenti nazionali. Si tratta di diversità che, in stagioni più risalenti nel tempo, valgono a differenziare piuttosto stabilmente un partito dall’altro, ma che presto trascolorano, per la circolazione delle forme organizzative tra le diverse forze e la non resistibile tendenza all’omogeneizzazione. Altre diversità tra i partiti maggiori sono nel grado di accentramento dei poteri, nella unidimensionalità più o meno accentuata del comando politico, nell’articolazione (manifesta o criptica) in correnti, nelle modalità e nelle fonti di finanziamento. Tuttavia, questi partiti hanno molto simili la struttura profonda

⁸³⁹ *Ivi*, p. 6.

⁸⁴⁰ L. Paladin, *op. cit.*, p. 679.

e il modo di funzionamento tipico, dando luogo a un assetto rigido⁸⁴¹: l'organizzazione ispirata a principio oligarchico; l'investitura non affidata a forme universalistiche determinate dalla volontà degli iscritti; il centro di comando dislocato saldamente nei partiti quanto ai rapporti con le sedi della rappresentanza politica.

Tale sistema si consolida in vigenza di un formante legislativo che impronta la formula elettorale a spiccato proporzionalismo, e che è prodotto del suo tempo: sotto il *velo di ignoranza* circa i rapporti di forza che si sarebbero palesati nelle elezioni del 1948, reciprocamente timorosi, i partiti protagonisti della stagione costituente vogliono impedire il dominio assoluto o troppo consolidato della forza vincente, quale che essa sia. E, infatti, in vista delle elezioni del 1953, di quella formula lo schieramento parlamentare raccolto intorno ai vincitori nella precedente tornata compie la correzione in senso maggioritario (blandamente maggioritario, considerando quanto messo in atto nell'esperienza più recente: per ottenere il sessantacinque per cento dei seggi sarebbe occorso ottenere comunque la maggioranza dei voti validi). La legge *maggioritaria* non produrrà gli effetti desiderati, per il mancato raggiungimento della soglia necessaria, e sarà abrogata nel 1954: gli orientamenti elettorali consolidano il multipartitismo, tendenzialmente "estremo"⁸⁴², di essi nel sistema partitico-parlamentare si prende atto.

In questo assetto *originario*, destinato a perdurare nelle sue linee di fondo per un quarantennio, la prima necessità, per rendere efficiente in misura accettabile la relazione fiduciaria, è l'individuazione di una regola sulla delimitazione delle coalizioni: tale regola è la *conventio ad excludendum*, attraverso cui dalle forze di governo sono sempre esclusi i partiti collocati sui versanti estremi, sinistro e destro, dello schieramento parlamentare (anche se, in uno scenario che vede una forza centrista dominare largamente, per consistenza elettorale, l'area di governo, e una forza di sinistra dominare largamente l'area di opposizione, si tratta di una regola in concreto ostativa solo nei confronti di quest'ultima).

Nella medesima temperie maturano però anche altre convenzioni in riferimento alla formazione e alla composizione dell'Esecutivo; e tutte manifestano la presa partitica sulle dinamiche della forma di governo, al cospetto dei poteri degli organi costituzionali, del

⁸⁴¹ L. Morlino, *Le tre fasi dei partiti italiani*, in L. Morlino e M. Tarchi (a cura di), *Partiti e caso italiano*, Bologna, 2006, p. 105.

⁸⁴² Cfr. L. Elia, (voce) *Governo*, cit., p. 654 ss.

Presidente della Repubblica anzitutto: non è consentita a questo la compartecipazione alla scelta dei Ministri a pari titolo con il Presidente del Consiglio, spettando ai partiti il potere sostanziale di designazione (salvo, in determinate condizioni, impedire la nomina di un ministro); si preclude lo scioglimento anticipato delle Camere, quando dai partiti provenga la disponibilità a formare una maggioranza parlamentare alternativa; si impedisce al Presidente della Repubblica di provocare la formazione di un Governo avverso alla maggioranza parlamentare, col fine di ottenere che esso, non ottenendo la fiducia iniziale e sciolte conseguentemente le Camere, rimanga in carica fino allo svolgimento di nuove elezioni, che poi dal Presidente della Repubblica risulterebbero orientate oltre misura (oltre la misura consentita nella democrazia, e nel parlamentarismo, dei partiti).

La fase appena descritta si caratterizza per l'accentuata stabilità delle regole convenzionali, in corrispondenza con la staticità del sistema dei partiti, fermo nei suoi tratti fondamentali nonostante le tensioni e i fattori di crisi che su di esso premono, e che mettono a dura prova l'efficienza della forma di governo e, in ultima istanza, della forma di Stato.

Seguendo una scansione temporale che guardi unicamente a struttura e funzionamento della forma di governo nel contesto partitico, possono distinguersi due ulteriori fasi: una prima, in cui, alla trasformazione dei partiti, e al mutamento del formante della legge elettorale, fa riscontro la creazione di nuove regole convenzionali, che rideterminano, secondo un nuovo ordine, la relazione fiduciaria; una seconda in cui la crisi di sistema è tale da rendere difficile la formazione stessa di nuove regole convenzionali.

La prima procede dalla grande crisi del sistema partitico tra lo scorcio degli anni Ottanta e i primi anni Novanta del secolo trascorso ed è segnata dalla irruzione, poi dalla espansione fino a divenire forma preponderante, del "partito personale": del partito dominato dal suo *leader*, del quale cioè il *leader* è la forma stessa⁸⁴³. Le tradizionali macchine organizzative sono ridotte in funzione servente, sono uno degli strumenti in una più complessa catena di trasmissione del comando politico. Il *leader* è al centro di una *rete* autonoma di relazioni, nell'ambito della quale drena e distribuisce risorse, decide sulle candidature per il Parlamento, e dunque determina gli eletti, dei quali poi stabilisce la permanenza nella posizione di *back bancher* o la promozione in ruoli di direzione. Se è capo del Governo, il *leader* assegna e revoca gli incarichi ministeriali, per comando politico monocratico; se, pur non essendo personalmente impegnato, designa un altro come Presidente del Consiglio,

⁸⁴³ M. Calise, *Il partito personale*, Roma-Bari, 2000, p. 47.

lo orienta puntualmente e può metterlo facilmente sotto scacco nei casi di *dissociazione*. L'affermazione del partito personale nel sistema italiano è stata dapprima oggetto di letture contrastanti: considerata come espressione di una *nuova modernità*, al cospetto del “tramonto dei dinosauri”, dei vecchi partiti novecenteschi⁸⁴⁴; o, al contrario, come prodotto e fattore di regressione, di compromissione del circuito della rappresentanza. Poi la nuova forma partito, introdotta sul versante di centro-destra degli schieramenti politici, e coesistita per un tratto con i partiti tradizionali, ha mostrato una tale preminenza competitiva da essere divenuta largamente dominante: gli attori partitici rilevanti quanto alla determinazione della forma di governo hanno assunto tutti la medesima struttura personale; questa si è bensì differenziata per sottotipi, ma si è, nei tratti principali, omologata.

Una prima diversità – genetica – riguardava il tipo di apparato messo in campo: il primo partito personale costituito in Italia, sul versante del centro-destra, fu organizzato sull'impalcatura della struttura aziendale del suo *leader*. Mentre, più tardi, il partito personale costituito nell'area del centro-sinistra a partire dall'assoggettamento maggioritario dell'apparato al *leader*, si è strutturato nel *network territoriale* di cui lo stesso *leader* è lo snodo.

Altra diversità è stata quella del partito personale macro-regionale, con connotazioni carismatiche della *leadership*, che è nato e si è consolidato nell'ambiente istituzionale regionale⁸⁴⁵: qui la torsione monocratica della forma di governo nelle Regioni – che si è determinata e consolidata assai prima di quanto non sia avvenuto a livello nazionale, offrendo anzi il paradigma poi a tale livello esteso – ha favorito e reso più intensa la personalizzazione partitica. Successivamente però tale forza politica è stata interessata da una radicale trasformazione, perdendo la sua connotazione territoriale e transitando anch'esso verso la struttura di partito personale nazionale.

Ora, quanto alla determinazione della forma di governo, nei tratti strutturali e funzionali, si possono identificare fattori di incidenza comuni, pur in presenza delle segnalate diversità; che valgono a differenziare fortemente lo stato delle cose da quello pregresso.

In periodo di coesistenza competitiva tra partito personale e partito *tradizionale*, il formante

⁸⁴⁴ *Ivi*, p. 11.

⁸⁴⁵ Per una ricostruzione della genesi e delle vicende della Lega Nord, cfr. A. Curcio e L. Perini (a cura di), *Attraverso la Lega. La costruzione del consenso sul territorio e le trasformazioni della società italiana*, Bologna, 2014.

legislativo è in formule elettorali prevalentemente maggioritarie, introdotte dopo l'esito positivo di un referendum abrogativo a carattere fortemente manipolativo, ritenuto ammissibile dalla Corte costituzionale: le leggi 4 agosto 1993, n. 276 e n. 277 sono la risposta normativa *obbligata* di un sistema partitico fatto oggetto di discredito diffuso, ridefinito negli attori, e sospinto dal bisogno di dare dimostrazione di voler correggere le *storture* che ne avevano determinato la crisi. L'obiettivo di quelle leggi è l'attenuazione della frammentazione tipica del multipartitismo italiano attraverso il massimo *favor* per l'aggregazione delle liste elettorali in coalizioni, nella prospettiva di far corrispondere la coalizione di governo a quella prevalente nella competizione.

Quella formula elettorale crea condizioni competitive equilibrate, nelle quali entrambi i tipi di partito (personale, in ascesa, e tradizionale, in declino) possono concorrere con equivalenti *chance* di vittoria. Diversa sarà certo la struttura della coalizione presentata agli elettori: quanto alle aggregazioni intorno al partito personale, posizione dominante dell'unico partito personale presente nella coalizione ovvero condivisione paritaria del dominio con altro partito personale, con potere di coalizione molto più che proporzionale alla consistenza elettorale da parte del partito numericamente minore, e posizione gregaria di altre forze; quanto alle aggregazioni intorno al partito *tradizionale*, carattere tendenzialmente paritario delle *partnership*, dunque disproporzione elevata a favore delle componenti di minore consistenza, il cui potere di coalizione è meno moderabile di quanto non possa avvenire al cospetto del monolitismo di un partito personale. Ma entrambi i tipi mostrano identica capacità di affermazione: nell'esperienza, infatti, si alternano in posizione di governo.

Le coalizioni si formano in vista della scadenza elettorale, sulla base della negoziazione tra i *partner* sulla distribuzione delle *chance* di vittoria: essendo noti, grazie a sondaggi sempre più attendibili, gli orientamenti nei singoli collegi uninominali (mediante i quali viene attribuito circa il settantacinque per cento dei seggi), le trattative possono svolgersi con pressoché piena cognizione di causa. E anche le scelte relative alla collocazione dei candidati nelle liste sul canale proporzionale – candidature plurime, cioè sia in un collegio uninominale sia in una o più liste, per dare maggiori o minori possibilità di *ripescaggio* – possono essere contrattate nella stessa logica e sulla base degli stessi dati.

La regola convenzionale corrispondente al contesto partitico, che si afferma in tale fase, è quella che vincola il Presidente della Repubblica a conferire l'incarico, in prima istanza, al

leader della coalizione vincente: l'assetto partitico è mutato, e vede ora la dislocazione largamente prevalente dei partiti in due poli, alternativi; la convenzione conforma le decisioni degli attori istituzionali in modo da far corrispondere coalizione elettorale e coalizione di governo, restringendo il libero dispiegarsi delle combinazioni parlamentari non responsive agli esiti elettorali.

Ancora in epoca di coesistenza tra partito personale e partito *tradizionale*, il formante legislativo viene sottoposto di nuovo a revisione: è introdotto un sistema asseritamente proporzionale, con soglie di sbarramento per l'accesso al riparto dei seggi per le coalizioni, per i partiti non coalizzati e per i partiti coalizzati, e con premio di maggioranza senza soglia minima (legge 21 dicembre 2005, n. 270). A volere la modificazione, introdotta a ridosso delle elezioni politiche generali, è il partito personale al governo: vedendo profilarsi la propria sconfitta, esso ritiene di poterla impedire per via di tempestivo mutamento della formula⁸⁴⁶. In subordine, l'obiettivo è impedire, o dimezzare, la vittoria del competitore: obiettivo conseguibile rendendo disfunzionale la formula. E la disfunzione è introdotta: il premio di maggioranza viene previsto su base nazionale per la Camera, e su base regionale per il Senato. Le forti asimmetrie territoriali nella dislocazione del consenso elettorale precludono, per la seconda Camera, l'effetto ipermaggioritario che si realizza invece per la prima. In un sistema bicamerale simmetrico ciò impedisce che la coalizione più votata possa autonomamente sostenere un Governo, tanto più perché il sistema delle liste bloccate, introdotto dalla stessa legge n. 270 del 2005, rende improbabili, almeno con immediatezza, fenomeni di transfughismo, essendo i candidati con maggiori *chance*, e dunque la massima parte degli eletti, scelti sulla base del rapporto di fedeltà con il *leader* del partito maggiore della coalizione sconfitta o comunque sottoposti al suo vaglio⁸⁴⁷. La formazione del Governo risulterà perciò affidata a complesse mediazioni parlamentari.

Pur nelle assai mutate condizioni, conserva efficacia la convenzione maturata in vigenza delle leggi elettorali precedenti: dopo le elezioni del 2006, il Presidente della Repubblica non ritiene di potersi sottrarre al vincolo di dare l'incarico (benché, sembrerebbe, nella specie di mandato esplorativo) al *leader* della coalizione maggioritaria (di maggioranza

⁸⁴⁶ Prospettiva invero illusoria, in forza della *legge bronzea del revisore sconfitto*: sempre e ovunque, non solo in Italia, chi mette mano con questo fine alla legge elettorale è destinato inesorabilmente a perdere le elezioni

⁸⁴⁷ La previsione delle liste bloccate è soprattutto nella logica del partito personale, benché non sembri sgradita – nonostante le dichiarazioni in senso contrario – alle segreterie dei partiti tradizionali, in crisi di egemonia.

assoluta, grazie al premio su base nazionale, alla Camera; in ipotesi di sola maggioranza relativa, per l'assai esile effetto maggioritario complessivo, in ragione del premio su base regionale, al Senato). Solo dopo aver consumato senza esito questo passaggio, il Presidente della Repubblica conferisce l'incarico ad altri. E la regola conserva natura convenzionale, benché la legge n. 270 del 2005 ne abbia recato il tentativo di codificazione, stabilendo che i partiti o i gruppi politici organizzati «che si candidano a governare depositano il programma elettorale nel quale dichiarano il nome e cognome della persona da loro indicata come capo della forza politica», ovvero «quando collegati in coalizione [...] il nome e cognome della persona da loro indicata come unico capo della coalizione» (art. 1, c. 5, modificativo dell'art. 14, DPR n. 361 del 1957), ritenendo forse di dare una sorta di legittimazione diretta al capo della coalizione vincente per l'investitura nella posizione di Presidente del Consiglio. La medesima disposizione lascia però ferme le «prerogative spettanti al Presidente della Repubblica previste dall'articolo 92, secondo comma, della Costituzione»: il Presidente, dunque, non sarà orientato a incaricare il capo della coalizione vincente dalla norma legislativa, ma si determinerà in forza della regola convenzionale.

Una variante della medesima regola avrebbe trovato probabilmente campo anche nel quadro della legge 6 maggio 2015, n. 52, se questa avesse mai avuto applicazione. Essa, infatti, riferita alla sola Camera dei deputati⁸⁴⁸, prevedeva che risultasse necessariamente un unico partito vincente in virtù del premio di maggioranza: destinato a scattare o per il raggiungimento della soglia del quaranta per cento, o per avere prevalso nel successivo turno di ballottaggio tra i due partiti più votati. Anche quella legge elettorale non avrebbe avuto di per sé forza conformativa delle decisioni del Presidente della Repubblica quanto all'incarico per la formazione del Governo, e dunque si sarebbe dovuta formare una regola convenzionale attinente al rapporto tra forma di governo e contesto partitico, adatta ai caratteri assunti dalle *leadership* in esso operanti (personalizzate, concentrate, capaci di dominare i gruppi parlamentari).

⁸⁴⁸ La prospettiva, perseguita mediante legge di revisione costituzionale, era quella di abolire l'elezione diretta del Senato e di estrometterlo dal circuito fiduciario; risultato questo da realizzare, negli auspici del riformatore, anteriormente alla prima applicazione della legge n. 52 del 2015.

3. Il formante giurisprudenziale.

La vicenda elettorale e i suoi esiti nell'applicazione della legge 270 del 2005 e i fatti che seguono l'approvazione della legge n. 52 del 2015 producono una cesura profonda nella linea di evoluzione delle regole convenzionali sulla forma di governo.

Un nuovo formante irrompe tra quelli prodotti dagli attori che determinano la *formazione progressiva* della fattispecie disegnata dagli artt. 92 ss. della Costituzione: il formante giurisprudenziale. La Corte costituzionale giunge per due volte – con le sentenze 4 dicembre 2013-13 gennaio 2014, n. 1 e 25 gennaio-9 febbraio 2017, n. 35 – a ridisegnare la legge elettorale, allontanandola di molto dai modelli provenienti dal contesto partitico. Per farlo, deve travalicare i confini nei quali sono contenuti i suoi poteri in un sistema di giurisdizione costituzionale improntato all'incidentalità. In tal modo restringe il campo dei soggetti per l'innanzi dominanti – i partiti – e il loro modo di produzione normativa: laddove v'era stato modellamento esclusivamente legislativo e convenzionale della forma di governo, v'è ora modellamento giurisdizionale.

Quella che ne deriva non è solo una “catastrofe politica”⁸⁴⁹, scaturente dal fatto che, in arco di tempo relativamente ristretto, due leggi elettorali vengano dichiarate costituzionalmente illegittime; è soprattutto un sommovimento profondo nel consolidato sistema degli organi, degli atti e dei fatti che determinano la struttura e il funzionamento della forma di governo: anche la Corte costituzionale entra nella struttura facendosi produttrice della legge elettorale⁸⁵⁰.

La mutazione viene in abbagliante evidenza, se si pone mente al fatto che la disciplina del sistema elettorale è originariamente pensata, e si consolida nell'attuazione, avendo riferimento a un assetto della giustizia costituzionale incentrato e saldamente ancorato all'incidentalità: sono soltanto le Camere a poter compiere la «verifica dei poteri», cioè a poter decidere sulla regolarità delle operazioni elettorali e sui «titoli di legittimazione» degli eletti, alla luce della legge, con esclusione di qualsiasi istanza a esse esterna, dunque tagliando fuori i giudici in posizione eteronoma; e se non v'è alcun giudice comune competente a decidere, manca in radice la possibilità che la legge elettorale giunga davanti

⁸⁴⁹ M. Luciani, Bis in idem. *La nuova sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale politica*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, p. 3.

⁸⁵⁰ Struttura dalla quale era ritenuta, senza soverchi dubbi, esclusa: in tal senso v. M. Luciani, (voce) *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali III*, Milano, 2010, p. 570.

alla Corte costituzionale, poiché solo per eccezione sollevata nel corso di un giudizio comune ciò potrebbe avvenire⁸⁵¹.

La Corte costituzionale deve aver ritenuto di essere chiamata *vi fatali cui resisti non potest* – si potrebbe dire, per missione storica – a razionalizzare la forma di governo rimodellando una formula elettorale ritenuta disfunzionale e costituzionalmente illegittima. E questo obiettivo – nella propensione *sostanzialista* a conseguirlo – ha fatto aggio sulle esigenze di adeguata costruzione logica e dommatica, alle quali pure molta dottrina si è richiamata, e ha reso poco nitida la prefigurazione degli effetti di disarticolazione del sistema e di accentuazione della sua crisi.

Sul piano dommatico, la Corte mette invero da parte un consolidato teorico, costruito nel tempo, e divenuto saldo nella stessa giurisprudenza costituzionale: per aversi incidentalità occorre che vi sia l'indissolubile concomitanza della distinzione tra il *petitum* innanzi alla Corte costituzionale e il *petitum* innanzi al giudice comune, e *dell'autonomo svolgimento* del giudizio innanzi a quest'ultimo una volta che il processo sia stato in tale sede riassunto o sia comunque ripreso. Già nella sentenza n. 1 del 2014 (poi, per tratizia riproduzione, nella sentenza n. 35 del 2017), la Corte occulta sotto una fitta cortina di inferenze imperfette e qualche paralogismo il dato – innegabile – della carenza di entrambi i necessari elementi. Si ammette infatti che la questione possa venire da un giudizio di accertamento della lesione di un diritto costituzionalmente protetto innanzi al giudice comune: quanto si chiede a questo è esattamente quanto si chiede alla Corte. Nessuna incidentalità, dunque, ma un passaggio strumentale innanzi al giudice comune, adoperato come veicolo per un accesso sostanzialmente diretto alla Corte costituzionale.

Tale disancoraggio dagli approdi dommatici⁸⁵², per affrontare una navigazione perigliosa

⁸⁵¹ Salvo ritenere che gli organi parlamentari preposti a pronunciarsi sui titoli di legittimazione degli eletti possano ritenersi essi stessi giudici, anche «ai soli fini» dell'accesso alla Corte: ma, in tal caso, la partita sarebbe pur sempre giocata sul terreno delle relazioni nelle sedi della rappresentanza politica; e sarebbe puramente ipotetico il caso di una Giunta per le elezioni che sollevasse una questione di legittimità costituzionale sulla legge elettorale.

⁸⁵² Disancoraggio del quale la Corte sembra ben consapevole. Infatti, in decisione successiva, in materia di elezioni europee, e richiamando la propria «costante giurisprudenza», conferma che connotati dell'incidentalità sono la diversità del *petitum* nel giudizio principale e in quello di costituzionalità e l'autonomo svolgimento del giudizio *a quo* dopo la eventuale decisione di accoglimento, laddove, mentre afferma che sono «[...] ammissibili le questioni sollevate in giudizi promossi contro atti amministrativi, anche se essi sono stati contestati solo per l'illegittimità costituzionale della legge applicata [...]», ammette l'accesso sul presupposto che «[...] un'eventuale decisione di accoglimento non sarebbe idonea “*ad esaurire la tutela richiesta*”, in quanto il giudice amministrativo [remittente] dovrebbe poi comunque annullare [...] l'atto di proclamazione degli eletti [...]» e riassegnare i seggi: sent. 25 ottobre-21 dicembre 2018, n. 239,

verso territori concettuali che si riveleranno tutt'altro che corrispondenti alle fiduciose attese dei razionalizzatori, ha come riferimento sistemico l'esigenza, dichiarata dalla Corte, di eliminare le *zone franche* dal giudizio di legittimità costituzionale: programma che non può non essere condiviso da chi ritenga dover riaffermare il principio di legittimità costituzionale in tempi in cui da esso, per molti versi, la decisione politica si discosta.

Ma in proposito una precisazione concettuale è necessaria.

Corrisponde sicuramente alla funzione data alla Corte nel sistema costituzionale l'orientamento a prendere le armi della giustizia contro i casi di elusione impropria del controllo di legittimità sulla legge (e sugli atti a essa equiparati): e se le armi prendesse per tale cimento, la Corte stessa potrebbe uscire dalla posizione di *self-restraint*, che talvolta appunto *zona franca* produce⁸⁵³. Altra qualificazione va data invece agli ambiti che sono collocati – per disciplina costituzionale e legislativa ordinaria – oltre i confini della competenza della Corte: quelli non sono «zone franche» da riconquistare alla giurisdizione, ma aree dell'ordinamento precluse ad essa. Se la Corte volesse espandersi in quegli ambiti, lo farebbe decidendo essa stessa sui propri poteri, dilatandoli per determinazione autonoma.

Ora, l'incidentalità pone la legge elettorale per le Camere oltre quel confine. Attraendola nel suo sindacato, la Corte produce una rottura nel modello dell'accesso, per come questo è normativamente definito.

Dal che si potrebbero trarre, e sono state in effetti tratte, non ragioni di apprensione, ma solo conferma di un mutamento di funzione della giustizia costituzionale, ormai consumato: da garanzia dei valori affermati nel patto originario, in tensione con le sedi dell'indirizzo politico, a garanzia dei diritti fondamentali come fine ultimo⁸⁵⁴. Un mutamento di funzione che vedrebbe in tali diritti il fondamento stesso di legittimazione della Corte e del suo giudizio. E poiché l'incidentalità si rivela modo di accesso troppo ristretto per consentire il pieno dispiegarsi della tutela dei diritti fondamentali, di essa possono travalicarsi i confini, essendo la Corte, in forza di questa sua nuova legittimazione,

par. 2.2.1 delle motivazioni. Ma, nella specie, non essendovi a giudizio della Corte alcuna «zona franca», non si sente premere la necessità di forzare i confini della giurisdizione costituzionale.

⁸⁵³ È il caso della – sempre – negata sindacabilità dei regolamenti parlamentari, da ultimo ribadita con la sent. 5 maggio-9 maggio 2014, n. 120, con cui, disperando la Corte di poter rendere giustizia attraverso il giudizio incidentale, suggerisce la via del conflitto di attribuzione.

⁸⁵⁴ In tema, si vedano gli ampi riferimenti teorici di G. Repetto, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017, p. 325 ss.

in posizione di potersi sottrarre alle regole eteronome sul processo.

Non può non condividersi la necessità di una nuova ricostruzione del quadro ordinamentale in cui si colloca la Corte, tenendo in conto la maggiore complessità dei modi in cui possono garantirsi le ragioni del pluralismo di fronte alla drammatica caduta di responsabilità nelle sedi della rappresentanza politica. Talune di queste costruzioni si incentrano però sull'assunto della fine della democrazia dei partiti, con l'avvenuta «morte» di questi ultimi. Ma, a quanto è dato constatare, tali eventi non si sono prodotti, ché, se si fossero prodotti, sicuramente non sarebbero sfuggiti all'osservazione: essendo la democrazia, nell'esperienza storica della terza modernità, democrazia rappresentativa dei partiti, la fine di questi avrebbe condotto alla fine della democrazia *tout court*, e al passaggio a una non-democrazia, un evento troppo grande per essere oggetto di sfocamento⁸⁵⁵. E, anzi, l'eccesso di ruolo della Corte costituzionale, lungi dall'essere espressione di una *nuova democrazia*, innervata dal discorso sui diritti fondamentali, manifesta semmai la disfunzione della democrazia che conosciamo, e malauguratamente l'accentua (beninteso, con le migliori intenzioni).

Quanto poi all'interferenza nella forma di governo, la Corte, nella produzione della legge elettorale, non può che valersi dei propri strumenti, i quali non le consentono di dettare un testo in luogo di quello approvato dal Parlamento. Essa può, invece, secondo tecnica sperimentata, manipolare il testo della legge parlamentare con dichiarazioni di illegittimità parziale, facendo conseguire dal ritaglio il mutamento radicale del significato complessivo della legge.

Il risultato che ne consegue è piuttosto casuale. Il testo manipolato deve consistere in una normativa *applicabile*. Ma, per quanto ciò avvenga in astratto, talvolta con qualche aggiustamento (ritenuto) *marginale* dettato dalla Corte al legislatore politico, le disposizioni di risulta difficilmente potrebbero dar luogo a una tessitura armonica, non consentendo la tecnica del ritaglio mirato particolari *finenze*. Soprattutto, la legge che ne risulta è, quasi per sua natura, estranea al contesto partitico. È perciò inevitabile che da questo provenga una nuova legge elettorale, per impedire che sia messa in opera la normativa prodotta dalla Corte (e in effetti così è avvenuto nei due casi qui in discorso).

⁸⁵⁵ Altra questione è quella di identificare strumenti idonei a integrare il circuito della rappresentanza, stimolandone il migliore funzionamento, strumenti anche di tipo giurisdizionale: ma tale discorso, come evidente, è interno alla logica della democrazia rappresentativa dei partiti

Ma, a sua volta, il legislatore politico, già per proprio conto spesso poco virtuoso, si vede indotto a soluzioni non efficienti, sospeso com'è tra la necessità di adeguarsi agli orientamenti della Corte, temendone un nuovo intervento (rotto ormai l'argine alla sindacabilità delle leggi elettorali) e la pulsione a eluderli, modellando la *sua* legge sulle esigenze contingenti degli attori partitici. Ne risultano – ne sono in effetti risultate – leggi di bassa qualità e tali da indurre elementi di forte disfunzionalità nella relazione fiduciaria. L'irruzione della Corte costituzionale nella struttura della forma di governo, e la bassa qualità della legge elettorale, causa di quell'irruzione ma anche conseguenza ultima di essa, ha coinciso con un nuovo mutamento profondo nel contesto partitico, paragonabile, per dimensione, a quello che si produsse all'inizio degli anni Novanta del secolo scorso.

Assurgono al governo partiti personali di diverso tipo, che convivono con i partiti personali di governo di prima e seconda generazione, in questa fase messi in posizione di svantaggio competitivo.

I tratti connotativi di tali nuovi attori di governo (i partiti personali di terza generazione) sono precipuamente riconducibili alla categoria del *populismo*, per quanto sia nota la difficoltà, forse l'impossibilità, di dare del *populismo* una definizione scientifica conclusiva e accettata⁸⁵⁶ e per quanto incerti siano sempre risultati i tentativi di ricondurre esperienze politiche concrete ai modelli teorici che si è ritenuto di poter proporre⁸⁵⁷. Nonostante tali difficoltà e incertezze, che hanno condotto, nella rigogliosa selva concettuale in cui il lemma si è intricato, a rinvenire «parsimoniosamente» una definizione di «populismo» come «mentalità»⁸⁵⁸, che sorregge esperienze politiche, tra loro diverse per tratti non secondari – il punto di osservazione rimane utile. Vi sono, infatti, connotazioni dei partiti ispirati a «mentalità populista», e «concezioni generali» di cui sono portatori⁸⁵⁹, che fanno

⁸⁵⁶ M. Tarchi, *Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, Bologna, 2015, p. 19.

⁸⁵⁷ Isaiah Berlin, in proposito, ha ascrivito agli studiosi che si erano cimentati con la nozione di populismo il «complesso di Cenerentola»: esistendo una scarpa – la parola «populismo» – che si adatterà a un piede – un'esperienza di «populismo puro» esistente da qualche parte – il principe – lo studioso, a vario titolo, di fenomeni politici – è destinato a vagare senza fine tra esperienze che *quasi* corrispondono a quel modello, a trovare solo piedi che *quasi* entrano in quella scarpa. La formula «complesso di Cenerentola», che segnalava nel modo più efficace l'ambiguità del lemma in questione e una certa disutilità euristica dei concetti a esso fatti corrispondere, pronunciata nel corso di una conferenza presso la London School of Economics nel 1967, è riportata da J.B. Allcock, «*Populism*»: *A Brief Biography*, in *Sociology*, V, 3, 1971, p. 385; e più di recente, da M. Tarchi, *op. cit.*, p. 27.

⁸⁵⁸ *Ivi*, p. 77.

⁸⁵⁹ Non si ritiene in questo caso appropriato, anche perché spesso fonte di equivoci, il concetto di «ideologia». Tale lemma, e il concetto corrispondente, possono essere invece utilmente adoperati per designare un'altra connotazione di questi partiti, che si affianca alla «mentalità populista»: l'essere forze «antisistema», cioè rappresentare una «controideologia che rifiuta l'ideologia prevalente», sicché «la loro esistenza indica un

luce sulle modalità e sulle ragioni della loro azione come formanti della forma di governo: l'idea del popolo come entità indifferenziata, da unificare intorno a valori comuni appannati, e alla quale restituire il potere, tutto il potere, attraverso istituti di democrazia diretta⁸⁶⁰; la logica amico-nemico utilizzata contro le *élite* culturali e quello che è genericamente denominato *establishment* – i *vecchi partiti*, i poteri economici, i corpi intermedi –, rappresentati come il nemico, *moralmente* esecrabile, con cui non è possibile venire a compromessi⁸⁶¹; il rifiuto della complessità, ritenuta escogitazione fuorviante dei gruppi dominanti, utile a conservare posizioni di privilegio, mentre per assumere decisioni di governo non occorrono alte conoscenze, ma è sufficiente l'esperienza comune; la chiusura del popolo entro i suoi confini, fisici, culturali, tradizionali, in quanto ogni alterità, messa in contatto con il popolo di cui si persegue la restituzione all'unità organica, è potenzialmente contaminante e dissolutiva.

4. Mutamenti del formante partitico: partiti tradizionali e partiti personali.

Siffatta «mentalità» era già presente nei partiti personali di prima e seconda generazione, ma si dispiega nella misura più piena nei due nuovi partiti personali di terza generazione. Peraltro, a quella comune «mentalità», si affiancano anche rilevanti distinzioni: nella variante di essa che trova campo in ciascuna delle due forze; nel come e nel quando essa si è in ciascuna affermata; nel come viene adoperata quale strumento di controllo del consenso. Tutte diversità che incidono sulla funzionalità della forma di governo.

Il partito con più lunga storia è quello che trae la radice più lontana dal partito

massimo di distanza ideologica” (così G. Sartori, *Teoria dei partiti e caso italiano*, Milano 1982, p. 83). I partiti italiani di «mentalità populista» della terza generazione dichiarano tale “antisistematicità ideologica” come rifiuto della democrazia esistente: cfr. G. Capoccia, *Anti-System Parties: A Conceptual Reassessment*, in *Journal of Theoretical Politics*, vol. 14, n. 1/2002, p. 24: “a party’s ideological antisystemness, on the other hand, consists in the incompatibility of its ideological referents, and therefore its political goals, with democracy”. In ciò si distinguono dai partiti di “mentalità populista” di prima e di seconda generazione, le cui retoriche, pur nelle non secondarie diversità, sono tuttavia accomunate dalla critica ai limiti della democrazia esistente, e dall’impegno programmatico a rivitalizzarla.

⁸⁶⁰ Si tratta di un concetto non sovrapponibile, e anzi assai distante, da quello giuridico-costituzionale di popolo inteso come titolare della sovranità, esercitata nei modi della rappresentanza politica secondo principio di maggioranza, e limitato nei suoi poteri.

⁸⁶¹ Anche in ciò v’è estraneità al contesto costituzionale e alla logica stessa della Costituzione, la quale è invece sempre compromesso, originario tra le forze fondative e poi rinnovato nella composizione-competizione pluralista.

macroregionale, a insediamento pressoché esclusivamente settentrionale, un partito personale di prima generazione. Esso conosce una crisi significativa – anche per la forza dissolutiva delle iniziative giudiziarie intese a reprimere malversazioni e illeciti contabili consumati dal *leader* e dal gruppo di funzionari con lui in più stretto legame, oltre che per il fallimento dell’obiettivo di imprimere all’Italia un assetto *federale* per via di revisione costituzionale – giungendo alle soglie dell’irrelevanza nella competizione politica. Cambiato il *leader*, il partito si trasforma, piuttosto repentinamente, in partito di dimensione nazionale, abbandonando la strategia *federalista* e la retorica *secessionista*, e assumendo come dominanti i toni e le *issue* delle formazioni estremiste della destra radicale europea: sono presentati come *emergenze* alle quali fare argine i fenomeni migratori (soprattutto quando i migranti siano di fede islamica, e identificando islamismo e terrorismo) e la criminalità comune, della quale si assume la crescita oltre il tollerabile; si denuncia come lesivo di una sovranità da riconquistare e difendere il processo di integrazione europea, narrato come sotto il dominio delle burocrazie europee, sorde ai bisogni dei «popoli» degli Stati nazionali. Il nuovo *leader* accentua ulteriormente i tratti di concentrazione e unidimensionalità del potere, che avevano caratterizzato già in ampia misura, in altre stagioni, il partito personale di cui ha assunto il governo. E si rapporta, anche impiegando in modo particolarmente intenso la comunicazione in rete, in via molto diretta sia con i militanti del suo partito sia con gli elettori potenziali, nelle modalità tipiche del plebiscitarismo.

Tuttavia, in tale soggetto permane un nucleo *tradizionale* di organizzazione, intorno al gruppo dirigente di più antica appartenenza, nelle aree settentrionali del Paese, specie quando la *leadership* partitica coincida con la posizione di Presidente della Regione: si potrebbe parlare, per il grado di autonomia che li caratterizza, di partiti personali regionali. Si tratta di *leader* e di organizzazioni in forte rapporto con il contesto economico-produttivo, le ragioni del quale, nella captazione del consenso, valgono assai più della «mentalità» populista sulla quale fa leva il *leader* nazionale; e costituiscono un contropotere rilevante nei confronti di questo: sono un fattore di stabilità, al cospetto di *leadership* nazionali fluttuanti, la cui legittimazione plebiscitaria è assai mobile e sempre esposta alla rapida dissoluzione.

L’altro partito di mentalità populista, di più recente affermazione, è egualmente definibile come partito personale, ma ha un assetto molto diverso, nel quale sono del tutto assenti

nuclei territoriali fisicamente identificabili e partecipanti come tali: il *leader* è piuttosto lo snodo maggiore di una rete di connessioni telematiche governata da una struttura “di servizio”, non legittimata se non dall’investitura del *leader* medesimo (tale al tempo in cui l’investitura si compie), e interamente opaca, in quanto per proprio statuto non responsiva. Questa stessa struttura ha poteri di controllo e di orientamento dei gruppi parlamentari. Occorre, peraltro, considerare che la configurazione di tale partito si è mostrata, in notevole misura, allo stato fluido, esposta a revisioni non marginali, poiché esso ha inteso far coincidere il compimento del suo processo di istituzionalizzazione con l’ingresso nell’area di governo⁸⁶². Alla luce di questa scelta di fondo debbono essere considerati il rifiuto di ogni alleanza attuale e la dichiarazione di volerne rifiutare per il futuro (cui ha fatto poi riscontro, all’opposto, l’accettazione di ogni alleanza consentisse il conseguimento della maggioranza numerica in Parlamento, senza distinzioni o preclusioni su base ideologica o di schieramento politico); il rifiuto di regole interne effettivamente conformative e dunque tali da vincolare i gruppi dirigenti e garantire gli iscritti (quando si è trattato di dotarsi di una normazione organizzativa, la si è denominata Non-Statuto, ma poi, all’atto dell’ingresso nel Governo, si è perseguito il più forte controllo normativo sui gruppi parlamentari, dando corso a severe misure disciplinari, e adombrando il superamento del divieto costituzionale di mandato imperativo); un sistema di reclutamento, attraverso procedure in internet, dei candidati per le varie sedi istituzionali, sistema facilmente manipolabile ad opera degli stessi aspiranti mediante il controllo di quote relativamente ristrette di partecipanti-internauti, e comunque esposto a esiti casuali (ma, giunti in vista di una competizione dalla quale sarebbe potuta scaturire la conquista di posizioni di governo – com’è poi in effetti avvenuto –, la scelta delle candidature è stata accentrata nel *Capo Politico*, com’è denominato in quella formazione il *leader*)⁸⁶³.

Si poteva ragionevolmente attendere, dunque, che il modello organizzativo cui ascrivere questo partito si rendesse visibile dopo un certo consolidamento dell’esperienza di governo. È, invece, accaduto che – in ragione degli esiti delle dinamiche competitive tra essi intercorrenti, e della percezione del possibile rimarchevole ridislocarsi del consenso – si è

⁸⁶² In coerenza con siffatto approccio – o almeno in coerenza fino a una certa fase di quel processo di istituzionalizzazione, dopo la quale la questione del nome è entrata nella pura narrazione del mito fondativo – la forza politica ha preferito, alla denominazione *partito*, quella di *movimento*.

⁸⁶³ Fin dalle prime esperienze di “primarie *on-line*”, tenute in sede locale, era peraltro parso evidente che i risultati non graditi potevano essere cancellati, in perfetto arbitrio, dal *Capo Politico*: cfr. F. Scuto, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Torino, 2017, p. 211 ss.

prodotta la rottura della compresenza *contrattata* al governo dei richiamati partiti a mentalità populista: uno dei quali, impedendo l'interruzione anticipata della legislatura ed elezioni dall'esito per esso prevedibilmente infausto, è entrato a far parte di una diversa compagine fondata sull'alleanza con un partito collocato sul versante sinistro dello schieramento parlamentare. Quest'ultimo, a sua volta, aveva riacquisito (almeno provvisoriamente) i tratti di partito *tradizionale*, perdendo quelli di partito personale di *terza generazione*, in conseguenza della sconfitta del *leader* che ne aveva indotto e guidato la trasformazione (da questi eventi è poi derivata una scissione di tale partito "neo-tradizionale").

Si è così prodotta una crisi organizzativa e di *leadership* di quel partito, che rende oggi nebulosa la prospettiva del suo riassetto.

5. Permanenza e declino delle regole convenzionali.

Mutano, dunque, i formanti soggettivi della forma di governo: sul versante della determinazione della legge elettorale, con l'integrazione competitiva tra formante Corte costituzionale e formante partiti politici-Parlamento; sul versante della determinazione delle regole convenzionali, con i descritti esiti trasformativi nel sistema partitico. Così, nello scenario che si produce nella XVIII legislatura repubblicana, si riscontrano l'incertezza di alcune regole e l'assoluta mancanza di altre.

La partita istituzionale della formazione (e poi della permanenza in carica) del Governo Conte I si gioca sulle convenzioni, sull'assenza di esse, sull'opportunità di statuirne di nuove⁸⁶⁴.

Quanto alle regole in stato di incertezza, alcune si sono dissolte, poiché non compatibili con la natura personale-populista dei nuovi formanti partitici.

Tra queste, quella che prevedeva che l'incarico potesse essere conferito solo a una persona *eletta in Parlamento*, regola che si era estesa anche al caso dei cosiddetti Governi *tecnici* quando, nella più recente esperienza di questo tipo, il Presidente della Repubblica aveva nominato senatore a vita il Presidente del Consiglio incaricato, in modo da attrarlo

⁸⁶⁴ Rivelatore, in questo senso, il comunicato del Presidente della Repubblica del 28 maggio 2018, che di talune di queste regole convenzionali compie la ricognizione.

nell'alveo parlamentare.

Altra regola travolta è quella secondo la quale, nella formazione del Governo, l'investitura rappresentativa si considera avvenuta con l'esaurimento della sequenza elettorale, e l'investitura fiduciaria del Governo, riferita ai ministri e al programma, avviene in rapporto esclusivo con il Parlamento. Tale regola si è dissolta quando il Presidente ha atteso che partiti *contrapposti alle elezioni* sottoponessero un *accordo di programma alle rispettive basi militanti*, cioè surrogassero il rapporto rappresentativo-elettorale con il *rispecchiamento* plebiscitario dei propri sostenitori.

Hanno invece resistito due regole convenzionali, sulle quali si è incentrata la possibile, residua, razionalizzazione del rapporto fiduciario.

La prima è quella per la quale il Presidente della Repubblica non può provocare la formazione di un Governo ostile alle forze parlamentari risultate prevalenti (per quanto in misura ristretta) alle elezioni, per creare in Parlamento dinamiche di disarticolazione degli schieramenti e ottenere il sostegno per una compagine a lui rispondente, o, in ultima istanza, per pervenire allo scioglimento anticipato delle Camere, affidando il procedimento elettorale a un siffatto Governo. Tale convenzione si deve ritenere salda, benché taluno tra gli osservatori ne abbia intravisto la possibile rottura laddove il Presidente della Repubblica ha adombrato la costituzione di un Governo «neutrale e di servizio» (comunicato del 7 maggio 2018) che avrebbe dovuto prendere decisioni incombenti non rinviabili e cessare a una *data certa* molto ravvicinata⁸⁶⁵. Vero è, infatti, che si sarebbe trattato di un'esperienza del tutto inedita, non corrispondente a tipi noti, e loro ibridazioni: *Governo tecnico* o *Governo del Presidente*, entrambi caratterizzati da relativa debolezza del contesto parlamentare, essendo le Camere ridotte al ruolo di dare l'investitura e di ratificare le decisioni del Governo, nel primo caso in ragione del profilo personale – competenza tecnica senza legittimazione elettorale – del Presidente del Consiglio e dei ministri; nel secondo per la preminenza del Presidente della Repubblica nella composizione personale del Governo, e, in congruenza con tale composizione, nel determinare gli obiettivi di programma. Ma il solo carattere *nuovo* di una tale esperienza non può fondare la tesi del superamento della convenzione in discorso, perché non si sarebbe data vita a un Governo investito della fiducia parlamentare in senso proprio, la quale è rapporto di «emanazione

⁸⁶⁵ Ai componenti di questo ipotetico Esecutivo si chiedeva l'impegno a non candidarsi alle successive elezioni, in modo da non suscitare allarme nelle forze parlamentari circa sviluppi politici a esse avversi.

permanente», secondo l'insegnamento di Leopoldo Elia⁸⁶⁶, e non si può parlare di permanenza laddove vi sia una tal sorta di apoptosi dell'Esecutivo (questa sarebbe stata la *novità*), una tal sorta di Governo non destinato a governare⁸⁶⁷.

La seconda convenzione che resiste per l'insistito e non superabile richiamo a essa di uno dei suoi formanti soggettivi, è quella secondo cui al Presidente della Repubblica non è bensì consentita la compartecipazione alla scelta dei ministri a pari titolo con il Presidente del Consiglio (più esattamente, nella maggior parte dei casi: con i partiti che esercitano il potere sostanziale di designazione), ma è consentito impedire la nomina di un ministro, non solo quando vi sia una ragione ostativa personale (un impedimento giuridico o un'indegnità), ma anche quando rilevino esigenze diverse, di integrità del sistema dei valori costituzionali e di coerenza e adeguatezza a essi delle politiche costituzionali, per come egli li considera nella posizione di rappresentante e di garante dell'unità nazionale. Che in proposito si sia formata una solida convenzione non sembra dubitabile. Sono stati, invero, frequenti, nell'esperienza repubblicana, casi in cui il Presidente della Repubblica ha rifiutato la nomina di singoli ministri, ottenendo designazioni alternative. Lo narrano cronache coeve o anche molto successive ai fatti, sempre tenuti dagli attori istituzionali e partitici dietro una cortina più o meno fitta di riservatezza. Se, nel caso più recente, tale costume di discrezione è stato dismesso, è perché i partiti aspiranti a dar vita al Governo hanno ritenuto di disattendere la convenzione nel disaccordo dell'altro formante e, per farlo, hanno tentato di forzarne la volontà, qualificando, con la massima pubblicità, il suo comportamento come un abuso spinto oltre la soglia dell'eversione. Tuttavia, quando hanno compreso (piuttosto rapidamente, per vero, anche per la fermezza del formante soggettivo istituzionale, il Presidente della Repubblica) che la violazione della regola avrebbe comportato una sanzione a loro carico – il mancato conseguimento di un risultato: formare il Governo – si sono acconciati a osservarla.

Queste due regole convenzionali resistono, in un quadro complessivo di arretramento e rimodulazione derivante dalla trasformazione dei partiti: la prima perché non proviene dal contesto partitico; la seconda perché incrocia il contesto partitico ma è garantita dalla posizione preminente dell'attore istituzionale Presidente della Repubblica.

⁸⁶⁶ L. Elia, (voce) *Governo*, cit., p. 642.

⁸⁶⁷ «Sarebbe la prima volta nella storia della Repubblica che una legislatura si conclude senza neppure essere avviata. La prima volta che il voto popolare non viene utilizzato e non produce alcun effetto»: così il comunicato del 7 maggio 2018.

Si dissolve, invece, ogni regola convenzionale precipuamente ascrivibile al contesto partitico concernente l'identificazione delle forze da comprendere nel Governo, e, in connessione, la scelta della persona cui conferire l'incarico. È l'effetto della nuova legge elettorale 3 novembre 2017, n. 165, della quale si è qui descritta la complessa vicenda formativa, dipanatasi tra Corte costituzionale e decisori politici.

La nuova legge, proporzionalistica nell'ispirazione di fondo⁸⁶⁸, anche per l'assenza di un premio di maggioranza in seggi, ha indotto le forze in competizione a puntare su un premio *occulto*, conseguibile al raggiungimento di una soglia stimata intorno al quaranta per cento. In vista di quest'obiettivo, esse (tutte tranne una, il partito che risulterà poi di maggioranza relativa, per impedimento mitopoietico) si sono indotte a costituire cartelli elettorali. Cartelli elettorali, non coalizioni. I cartelli elettorali hanno coesione programmatica debole; non sono costituiti in vista di un'alleanza di governo, ma solo per dare vantaggio da *massa critica* alla forza maggiore, e *veicolazione* organizzativa e trascinamento elettorale alle forze minori: nella specie, rapporto simbiotico occasionale, sul versante del centro-sinistra, tra il partito personale di seconda generazione e forze minori che, fuori cartello, non avrebbero ottenuto seggi, e forse neppure sarebbero riuscite ad assolvere agli adempimenti necessari a presentare le liste e le candidature; rapporto cleptoparassitario, sul versante del centro-destra, tra il partito personale di prima generazione e il partito personale a mentalità populista e – oramai – a vocazione nazionale, dunque orientato programmaticamente a erodere del primo la base di consenso. Svolte le elezioni – anche in ragione degli esiti disfunzionali della nuova legge elettorale, non essendo nessun competitore, cartello o forza singola, riuscito a conseguire la maggioranza assoluta dei seggi nelle due Camere – ogni partito è andato per suo conto, e si è assistito al rimescolamento governativo tra forze appartenute a cartelli contrapposti, com'era nelle premesse.

Ne risulta la bassa efficienza della relazione fiduciaria, dunque la disfunzionalità strutturale della forma di governo, essendosi dissolta la regola convenzionale razionalizzatrice che identificava e delimitava il campo della coalizione al governo. Essa vincolava il Presidente della Repubblica a conferire l'incarico, in prima istanza, al capo della coalizione vincente (o almeno non sconfitta: come pure è avvenuto). Ma poiché non ci sono coalizioni prefigurate da alleanze elettorali, ma solo cartelli, l'appartenenza ai quali è stata dismessa

⁸⁶⁸ La legge prevede l'attribuzione del sessantatré per cento di seggi sul canale proporzionale, incluso il due per cento riservato agli elettori italiani residenti all'estero, e del trentasette per cento sul canale maggioritario.

subito dopo il voto, la regola convenzionale ha perso il suo oggetto.

E, invero, innanzi al Presidente della Repubblica si sono prospettate, guardando al contesto partitico, due soluzioni pressoché equivalenti quanto a consistenza della base parlamentare. La scelta tra le opzioni disponibili non è avvenuta in forza di una regola convenzionale di identificazione e delimitazione, ma in ragione degli orientamenti contingenti degli attori partitici. Contingenti e, dunque, reversibili, come l'esperienza si è rapidamente incaricata di mostrare, quando – come si rilevava – a un primo governo fondato sulla compresenza contrattata dei due partiti a mentalità populista è seguito, perdurando la legislatura, un nuovo Governo sostenuto da uno soltanto di essi e dal partito *neo-tradizionale*, in precedenza relegato all'opposizione, mentre non è mutata la persona del Presidente del Consiglio.

Ne discende un assetto di governo per sua natura instabile, restando le combinazioni parlamentari tutte equivalenti, e tutte praticabili in alternativa nel corso della legislatura. Questo dato – instabilità e disfunzionalità della forma di Governo – resta fermo, come derivante dal vuoto normativo-convenzionale, anche innanzi ai tentativi di razionalizzazione *per altra via*. L'altra via è stata la stipula di un contratto di diritto privato tra i partiti dell'aggregazione governativa (il *Contratto per il Governo del cambiamento*). Lo schema è questo: due soggetti partitici non possono dare vita a una coalizione in senso proprio saldata da un programma politico (così dichiarano: ma le esigenze comunicative degli attori partitici non debbono fuorviare le categorie analitiche), contraggono, come soggetti di diritto privato (tali sono i partiti per il diritto civile; altra questione – del tutto ignorata o comunque pretermessa dai *contraenti* – è che essi hanno una funzione definita dall'art. 49 Cost.), attraverso i loro legali rappresentanti, obblighi reciproci in vista dell'attività di governo. I contenuti negoziali vengono trasfusi tal quali nel programma di governo, cioè composti in indirizzo politico, in fini da perseguire e in strumenti per conseguirli. Dunque, l'azione di governo dovrebbe ritenersi vincolata dal negozio privatistico. Ma valga osservare che non è ben chiaro – il *Contratto* tace in proposito – quali sarebbero le sanzioni in caso di inosservanza da parte dei contraenti, e in presenza di quali circostanze si potrebbe ritenere consumato l'inadempimento⁸⁶⁹.

Il mutamento di contesto – dal privato al pubblico-costituzionale, dallo studio notarile alle

⁸⁶⁹ È peraltro molto difficile immaginare quale tipo di sanzioni si potrebbero escogitare, per la natura indefinita di uno strumento privatistico che intenda produrre obblighi politici.

aule parlamentari – pone quei contenuti, benché coincidenti, in una rete di relazioni, e in un quadro di attività, di vincoli e di sanzioni, del tutto incomunicanti con gli omologhi privatistico-contrattuali. Né la circostanza che il Presidente del Consiglio abbia fatto richiamo ai contenuti del contratto nel corso delle dichiarazioni programmatiche assume alcuna utilità giuridica: nel rapporto Governo-Parlamento, i contenuti del programma assumono rilevanza in quanto, e solo in quanto, presentati in tale atto, approvato dalla maggioranza con la concessione della fiducia, quale che sia la provenienza e l'attività politica preparatoria. Dunque, le dinamiche che si produrranno nella relazione Governo-Parlamento, il temperamento delle posizioni, la prevalenza di alcune istanze e la pretermissione di altre, la regolazione del conflitto, tutto avverrà nel quadro del programma presentato alle Camere. E la sanzione per l'inosservanza (ammesso che il programma, per la genericità che lo caratterizza lasci riconoscere casi di inadempimento, e che la maggioranza voglia denunciarli), la crisi di governo, si genererà all'interno del contesto parlamentare, non certo nell'ambito della relazione privatistica del *Contratto*. Neppure la circostanza che questo sia stato sottoposto all'approvazione dei gruppi parlamentari assume rilevanza giuridica: si tratta di una forma di adesione politica su richiesta, ottenuta senza ammettere gli aderenti a concorrere a determinare i contenuti, e di un *impegno d'onore*, la cui sorte è affidata alle oscillazioni individuali e collettive nelle consuete dinamiche in atto nelle Camere.

La denominazione *Contratto* è di certo evocativa: fa pensare a impegni dettagliati e puntuali, a clausole stringenti, ad acribie notarili. Ed è appunto questa l'immagine che i partiti contraenti hanno inteso proiettare della loro opera di mediazione e di composizione, pur nella diversità dell'insediamento elettorale e degli obiettivi generali da ciascuno perseguiti (e, si potrebbe aggiungere, nella serrata competizione cui li conduce inevitabilmente la comune natura di partiti personali ispirati a mentalità populista), e assumendo dichiaratamente di non poter concludere, in ragione di tali irriducibili diversità, un vero e proprio accordo politico: *solo* un *Contratto*, dunque, cioè un atto molto conformativo e limitato a quelle *issue* che consentono soluzioni conciliabili.

Ma, in realtà, il testo è fatto di formule generali, di compromessi puramente verbali, e anche quando vengono adoperati lemmi tratti dal linguaggio della scienza delle finanze e della sociologia – quali *flat tax* e *reddito di cittadinanza* – la lettura delle scarse specificazioni a essi riferite ne rivela un impiego atecnico, mettendo in luce un quadro concettuale incerto

e indistinto.

Sotto il profilo programmatico, il Governo costituito nel vuoto convenzionale non presenta tratti peculiari, se non una genericità maggiore del consueto. Anche la previsione di un Comitato di conciliazione, preposto a dirimere le controversie interpretative delle clausole del *Contratto* o a integrarne i contenuti nel corso del tempo al cospetto di situazioni non previste, non sembra innovazione di rilievo. Un tale organismo obbedisce a logica contrattuale privatistica. Ma, una volta traslato il contenuto del *Contratto* nel programma di governo, con le descritte implicazioni di contesto, le tensioni interne all'Esecutivo saranno risolte lungo la linea di continuità partiti-gruppi parlamentari, sotto il dominio delle *leadership* personali. Di un Comitato di conciliazione non vi sarà alcun bisogno, se non come un'altra sede di ratifica, in cui agire sotto dettatura, quando a ciò conducano esigenze comunicative.

L'assenza di regole convenzionali sulla identificazione e delimitazione delle coalizioni ha condotto – nella fase del *Contratto* – a un mutamento profondo della posizione del Presidente del Consiglio nel Governo.

Invero, le convenzioni con quell'oggetto si incentravano sui vincoli a carico del Presidente della Repubblica quanto alla scelta della persona da incardinare in tale funzione, scelta che doveva essere congruente con la coalizione da costituire. Ora, se non vi è più coalizione, ma compresenza nel Governo di due partiti personali disomogenei e in competizione permanente, il vertice dell'Esecutivo diviene un *consolato*, da monocratico qual era: a capo dell'Esecutivo sono, a pari titolo, i *leader* dei due partiti, non un soggetto *terzo*, e i *leader* assumono significativamente la posizione gemellare di Vicepresidenti del Consiglio. Il Presidente del Consiglio – il cui peso è risultato sempre variabile nella vicenda repubblicana, in ragione dei variabili connotati del contesto partitico, senza poter mai essere stabilmente qualificato, neppure con la sia pur poco connotativa locuzione *primus inter pares* – assume adesso ruolo minore come mai per l'innanzi. Egli è un esecutore in senso stretto dei dettami del consolato (formalmente) vicepresidenziale, con funzioni talvolta di *facilitatore* delle mediazioni tra le due componenti della diarchia. Assume altresì, quando premono le circostanze, la posizione di terminale di traslazioni di responsabilità, allorché il Governo sia chiamato ad assumere decisioni necessarie, ma tali da non potere essere comprese nel rapporto di *rispecchiamento* con il *popolo* tenuto dai *leader*. L'assetto del sistema riecheggia, in certa misura, quanto avviene in Francia nel rapporto tra Primo

Ministro e Presidente della Repubblica, da considerare capo effettivo dell'Esecutivo, specie dopo che i casi di *cohabitation*, cioè di dislocazione bicefala del potere per il diverso orientamento o anche il diverso colore politico delle persone rispettivamente incardinate nei due organi, sono divenuti difficili a verificarsi, grazie alla riduzione a cinque anni della durata della carica presidenziale, parificata a quella parlamentare, e alla sostanziale simultaneità dell'elezione in essa con le elezioni all'Assemblea Nazionale⁸⁷⁰. Anche lì il Primo Ministro è destinato – oltre la lettera della Costituzione e in forza di regole convenzionali – a fare da scudo al vero detentore del potere di governo, nei momenti di crisi istituzionale o di lacerazione politica. Ma lì la forma di governo è a componenti presidenziali e parlamentari, e un assetto quale quello descritto è congruente con i tratti di fondo di essa; in Italia, l'adozione di analogo modulo politico-organizzativo potrà risultare soltanto da una distorsione della forma di governo che resta parlamentare: in cui dunque i *Consoli* non sono direttamente eletti in quella carica, *intermediata* dalla fiducia parlamentare, e non sono di conseguenza dotati di quel sovrappiù di legittimazione che invece caratterizza il Presidente della Repubblica francese.

Esaurita ora la fase del *Contratto*, cessato il *Consolato*, e tornata la strumentazione regolativa anche al *nomen* Programma di governo, la figura del Presidente del Consiglio potrebbe sembrare di nuovo nella posizione – di variabile peso – che lo ha, in prevalenza, a lungo connotato nella vicenda repubblicana. Anzi, la restituzione mediatica tende ad accreditare l'idea di un suo rimarchevole, inedito rilievo, in funzione baricentrica tra gli alleati della coalizione di governo, che gli affidano la difficile mediazione delle loro posizioni su temi dirimenti. Ma, guardando oltre le apparenze, al Presidente del Consiglio va, al più, riconosciuto un ruolo di *facilitatore procedurale* del confronto, mentre la soluzione delle controversie sull'indirizzo politico spetta alle forze della coalizione – tra le quali le due maggiori, sia pure per cause e in forme diverse, rimaste prive di un centro personalizzato di comando – e delle soluzioni escogitate egli è il dichiaratore. L'assetto di governo appare, allo stato, improntato a una sorta di nuova *direzione plurima*, frammentata e messa in permanenza alla prova di difficili mediazioni. A questo stato delle cose, in caso di fallimento di mediazioni di particolare rilievo, e innanzi alla necessità di conservare in vita la legislatura nell'attesa che si consumi il consenso per il *leader* del partito personale

⁸⁷⁰ Tale simultaneità è stata ottenuta con la proroga del collegio in carica nel 2001, stabilita con la legge costituzionale n. 2000-964 del 2 ottobre 2000 e la legge organica n. 2001-419 del 16 maggio 2001.

di opposizione, può essere risolutiva una crisi di governo che abbia esito nella sostituzione del Presidente del Consiglio, di nuovo fatto terminale di traslazioni di responsabilità.

Conclusivamente: alla lacerazione del tessuto convenzionale ha fatto riscontro il tentativo di introdurre un nuovo tipo di regole sulla identificazione e delimitazione delle coalizioni e sul loro funzionamento. Tentativo che non sembra riuscito, accrescendo instabilità e disfunzionalità della relazione fiduciaria.

6. Disfunzioni della forma di governo e sorte della forma di Stato.

Chi voglia disegnare i tratti della forma di governo italiana, anche nei suoi più recenti sviluppi, con la strumentazione adatta allo scopo, deve constatare che il riferimento al sistema dei partiti e al veicolo attraverso il quale i fatti in esso verificati assumono *immediata rilevanza giuridica* – le convenzioni costituzionali – risulta ancora irrinunciabile, e consente di vedere il mondo com'è e non come si potrebbe presumere sia sulla base di letture dell'art. 92 ss. Cost. destinate a essere in astratto tutte plausibili, ma di fatto puramente ipotetiche, poiché esse non contemplanò il dato della processualità della messa in opera di queste norme, *a fattispecie aperta e a formazione progressiva*. E, non contemplandolo, incorrono in un vizio di metodo che sfoca la visione dei fenomeni. Sicché ogni piega del reale che, nella loro ristrettezza, quelle visioni non riescono a contenere diviene *anomalia, deviazione* da un modello astratto, che tuttavia continua a essere assunto come paradigma di legalità costituzionale, quando invece è ordinario dinamismo normativo: l'innovazione non è certo rottura; e l'osservazione di essa non autorizza a tenere l'aritmetica delle Repubbliche (da poco saremmo giunti almeno alla terza), come se ogni volta si fosse innanzi a una frattura nello svolgimento della storia.

E quando infine una vera cesura si produce, si rischia di non riconoscerla come tale.

Ora questa cesura è appunto innanzi allo sguardo dell'osservatore costituzionale, poiché, dissolte alcune regole convenzionali cardine, cioè necessarie a orientare le dinamiche della forma di governo e a regolarne la struttura, i partiti, dominatori della formazione di questo tipo di regole fin dalla fondazione della Repubblica, ne hanno perso il controllo (o lo hanno dismesso). Ne è risultato massimamente potenziato il ruolo del Presidente della Repubblica, che, libero da alcuni dei vincoli maggiori ordinariamente provenienti dal

contesto partitico, si trova a stabilire di volta in volta, autonomamente, il criterio delle proprie decisioni, fino a dominare – esso, non più i partiti – la formazione di regole convenzionali, del tutto nuove o risultanti dal rimaneggiamento o adattamento di regole precedenti.

Quel che più rileva dal punto di vista sistemico, l'arretramento dei partiti dalla regolazione convenzionale della forma di governo avviene assecondando un sentimento di estraneità alla Costituzione, che è la faccia istituzionale della *mentalità populista*: in numerose circostanze i governanti dell'ultima leva mostrano una certa indifferenza per una definizione rigorosa delle categorie del costituzionalismo – popolo, sovranità, da ultimo anche territorio – o di confonderne il senso. E il rapporto con gli organi costituzionali è anch'esso posto nella logica amico-nemico, che è logica orientata al dominio, essendo nemico, nelle istituzioni, chiunque ostacoli l'obiettivo, amico chi lo asseconda: regole predefinite sono perciò superflue, anzi sono d'impaccio, tutto essendo affidato a un gioco competitivo che guarda al singolo fatto presente, alla puntuale vittoria o sconfitta riferita a esso. Ecco perché rischia di farsi concreta la possibilità di un disallineamento della forma di governo dalla forma di Stato, con effetti di indebolimento e di restrizione della democrazia.

Abstract: Il contributo analizza i principali tratti evolutivi della forma di governo italiana, per come rimodellata, negli sviluppi più recenti, dai suoi diversi *formanti*. Dissoltesi alcune essenziali regole convenzionali (regole di cui il lavoro offre un'attenta ricostruzione dommatica), che avevano orientato le relazioni tra organi costituzionali per lunghe fasi dell'esperienza democratica, i partiti, dominatori della formazione di questo tipo di regole fin dalla fondazione della Repubblica, non sembrano averne ancora recuperato il pieno controllo. Ne è risultato potenziato il ruolo del Presidente della Repubblica, che, libero da alcuni dei vincoli provenienti dal contesto partitico; sulla scena compare inoltre un *formante* inedito: la Corte costituzionale, che ridefinisce, con le sue pronunce, alcuni dei tratti essenziali delle regole elettorali.

Abstract: The contribution analyzes the main evolutionary traits of the Italian form of government, as reshaped, in the most recent developments, by its different forms. Having

dissolved some essential conventional rules (rules of which the work offers a careful reconstruction), which had oriented the relations between constitutional bodies for long phases of the democratic experience, the parties, dominators of the formation of this type of rules since the foundation of the Republic, do not seem to have yet regained full control. As a result, the role of the President of the Republic has been strengthened, free from some of the constraints coming from the party context; on the scene also appears an unprecedented formant: the Constitutional Court, which redefines, with its pronouncements, some of the essential features of the electoral rules.

Parole chiave: forma di governo – partiti politici – Presidente della Repubblica – convenzioni.

Key words: form of government – politic parties – President of the Republic – conventions.

TRANSFORMACIÓN DE LA FORMA DE GOBIERNO Y DE LA DEMOCRACIA: EL CASO ESPAÑOL*.

di Jorge Lozano Miralles**

Sommario. 1. Los cambios en la forma de estado: a) El populismo; b) Las tensiones territoriales. – 2. Los cambios en la forma de gobierno: a) Poder Ejecutivo: el uso de los decretos leyes como fórmula de desarrollo del programa político; el Gobierno ‘en funciones’ no se somete a control parlamentario; la moción de censura constructiva; b) Poder Legislativo; c) Poder Judicial. – 3. Conclusión.

477

Los acontecimientos que se están produciendo últimamente en los Estados y, en concreto, en España, evidencian que la realidad de las cosas supera las previsiones del ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico-constitucional ha sido desbordado por la realidad o bien por falta de previsiones o bien porque la finalidad de la norma ha sido superada y/o alterada. Es muy ilustrativo lo que sucedió con la moción de censura ganada por Pedro Sánchez (PSOE) contra el Presidente del Gobierno Mariano Rajoy (PP) en junio de 2018: una moción de censura de tipo constructiva, una moción pensada para no poder derribar a un Gobierno, ha triunfado como consecuencia de una “unidad” en los votos de los partidos que estaban en la oposición. “Unidad” de partidos en el momento de votar, pero confrontados y dispares en la arena política y mediática.

Si lo anterior es un ejemplo de cómo la finalidad de la norma ha sido superada/alterada por la realidad de los hechos, un ejemplo de que las previsiones constitucionales son desbordadas por la realidad lo tenemos en la posibilidad de un Gobierno “en funciones” de duración ilimitada tras haberse producido unas elecciones generales en el caso de no presentarse nadie como candidato a la Presidencia del Gobierno: en esta situación el plazo de 2 meses previsto en el art. 99 CE para la convocatoria automática de nuevas elecciones no opera, por lo que el Gobierno en funciones podría seguir gobernando en funciones hasta tiempo infinito. Y, además, un Gobierno sin control del Parlamento, pues podría no responder a un Parlamento que no le prestó su confianza.

* *Sottoposto a referaggio.*

** Catedrático de Derecho constitucional – Universidad de Jaén.

Si los ejemplos anteriores, hacen referencia a la forma de gobierno, no menos impactante es la aparición del fenómeno populista o de los “liderazgos” personales en contra (o dentro) de la fisonomía tradicional de los partidos políticos que rompen o quiebran con el principio clásico de la representación.

Estos son solo unos botones de muestra que, junto con otros, a continuación desarrollamos en dos grandes epígrafes: uno, la realidad que incide sobre la forma de Estado, tanto desde el punto de vista de la soberanía del poder (democracia) como desde el punto de vista del reparto del poder en el territorio; el segundo epígrafe se dedicará al examen de algunos hechos que están cambiando el rol “tradicional” de las instituciones jurídico constitucionales. Lo que va a faltar en este artículo son unas conclusiones, pues por ahora carezco de ellas, salvo una: el desconcierto o la falta de preparación para poder ofrecer soluciones.

Puede que todavía no sea el momento de ofrecer soluciones, sino tan solo el momento de describir e investigar la realidad, dejando para dentro de unos años una teoría más prescriptiva: estamos en el momento de la descripción. Como señala De Vergottini, se presenta «*tanto el ámbito europeo como a nivel de los Estados particulares una situación general de incertidumbre que repercute en nuestro regímenes constitucionales*» llegando a preguntarse incluso si «*se puede pensar que estamos ante una fase de transición hacia un nuevo orden constitucional?*».⁸⁷¹ ¿Estaríamos ante una revolución solapada? ¿Un proceso revolucionario solapado?

⁸⁷¹ G. De Vergottini, *Intervención del Profesor Giuseppe De Vergottini con motivo de su Doctorado Honoris Causa*, en *Revista de Derecho Político*, n. 103/2018, 19-20; F. Balaguer Callejón señala que las «*dos grandes crisis del constitucionalismo en el siglo XXI se reflejan en la dificultad del Derecho Constitucional para cumplir las funciones que históricamente le ha asignado el constitucionalismo y, en particular, la canalización de los conflictos sociales mediante la articulación del pluralismo y la generación de acuerdos políticos y consensos constitucionales*» (en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 30/2018, 16).

1. Los cambios en la forma de Estado.

Creemos que hay dos elementos que están marcando o poniendo en tensión cambios en la forma de Estado, en concreto nos referimos a la aparición del populismo como nueva forma de intermediación política entre el ciudadano y el Estado, así como a las crecientes tensiones territoriales, sea desde Europa, sea desde las Comunidades Autónomas. A ambas materias dedicamos los siguientes dos sub-epígrafes.

479

a) El populismo.

No es un fenómeno nuevo ni tampoco es un fenómeno reciente⁸⁷², ni tampoco es desconocido en Italia⁸⁷³, quien tuvo, probablemente, al primer líder populista en el Gobierno tras la consolidación de las democracias europeas después de la segunda guerra mundial: nos referimos a Silvio Berlusconi.

El populismo es un fenómeno global o, al menos, se está globalizando, generalizando, ampliándose. Hoy ya no existe un populismo de “derechas” o de “izquierdas”, sino que coexisten ambos. La situación es común en Italia y en España, donde a la aparición de Podemos le sigue la aparición de Vox. Sin embargo, es posible, que de nuevo Italia esté por delante, sea premonitoria en el tiempo, que ponga en evidencia algo que también podría suceder en España: la alianza entre partidos populistas de diferente orientación ideológica.

Decimos entre partidos “populistas” de diferente orientación ideológica, pues en España la diferente orientación ideológica no ha impedido pactos entre fuerzas de derecha (PNV o CIU) y fuerzas de izquierdas (PSOE) a nivel nacional.

⁸⁷² A. M. Alterio, *El constitucionalismo popular y el populismo constitucional como categorías constitucionales*, en Biblioteca Virtual UNAM, México, 2013; F. De Carreras, *Populismo contra democracia*, en *Diario El País*, 09/04/2015; M. A. Presno Linera, *Los partidos políticos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, Barcelona, Ariel, Madrid, 2010; M. A. Presno Linera, *Partidos políticos y movimientos ciudadanos en la sociedad del riesgo y la desconfianza*, en M.A. Presno Linera (Coord.), *La metamorfosis del Estado y del Derecho*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2014; M. A. Presno Linera, *Causas jurídico-constitucionales de la desafección ciudadana hacia el sistema representativo*, en Sanjuán Andrés, Calabuig Puig y Tur Ausina, *Problemas actuales de Derecho Constitucional en un contexto de crisis*, Comares, Granada 2015; J. A. Sanz Moreno, *Sobre la redención populista y la fuerza constitucional: el valor intangible de la democracia*, en *Revista de Estudios Políticos*, n. 183/2019.

⁸⁷³ M. Azpitarte Sánchez, *Las estrategias jurídicas del populismo: comentario a la Sentencia 24/2004 de la Corte Constitucional italiana sobre la inmunidad del Presidente del Consejo de Ministros*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 71/2004.

Si antaño el populismo iba anexo a países con una situación económica difícil (pensemos en los líderes populistas iberoamericanos⁸⁷⁴), hoy en día esa situación ya no es la única, pues el populismo se produce también en países ricos (como USA o Suecia o Francia o Alemania o Austria). Pero también es cierto que el populismo en esos países nace al amparo de la idea de que la economía está amenazada por los que vienen de fuera o, en todo caso, por factores ajenos. Es decir, el sustrato económico, como crisis real o como amenaza, es el caldo de cultivo del populismo⁸⁷⁵.

En España *Podemos* nace al hilo de la crisis económica de 2008 con el movimiento de los indignados y *Vox* al hilo de la amenaza que representan los inmigrantes sobre la economía nacional.

Otro factor que tampoco hoy puede ser tenido en cuenta como causa o razón es el del índice de la calidad democrática, aunque en todos se produce una queja contra el sistema de representación⁸⁷⁶, que básicamente consiste en negar el sistema electoral establecido. Es decir, aunque ni la economía ni el índice democrático están ya en la base del populismo (en general) lo cierto es que siguen hundiendo su discurso en ambos elementos.

Además existen otros factores de tipo sociológico que pueden explicar el fenómeno populista y que han sido enumerados por Cristóbal Rovira Kaltwasser y Kirk A. Hawkins⁸⁷⁷ (con lo que el nacimiento del populismo tiene más unas causas sociológicas que estructurales) a quienes seguimos en este punto: (i) las personas tienen actitudes populistas que se encuentran en un «estado de latencia»⁸⁷⁸, (ii) La existencia de «situaciones contextuales» que posibilitan que nuestras actitudes populistas despierten⁸⁷⁹ y (iii) los

⁸⁷⁴ B. Alemparte Prado, *El populismo contra la democracia constitucional*, en *Derecho y humanidades*, n. 19/2012; J. P. Sarmiento Erazo, *Populismo constitucional y reelecciones, vicisitudes institucionales en la experiencia sudamericana*, en *Estudios Constitucionales*, n. 1/2013; L. Zanatta, *El populismo*, Kartz, Buenos Aires, 2014.

⁸⁷⁵ Para un análisis del nacimiento de Podemos, Syriza y M5S y su vinculación a la de crisis económica puede consultarse L. Morlino y F. Raniolo, *The Impact of the Economic Crisis on South European Democracies*, Palgrave MacMillan, Londres, 2017.

⁸⁷⁶ M. N. Alonso García, *La representación política en la dialéctica representantes/representados: la necesaria «reanimación» de la teoría de las élites*, en *Revista de Estudios Jurídicos*, n. 18/2018.

⁸⁷⁷ *Explicando el populismo*, en *Agenda Pública*, 30 de mayo de 2016, <http://agendapublica.elpais.com/explicando-el-populismo/>

⁸⁷⁸ Esas «actitudes populistas que se encuentran en un estado de latencia, vale decir, están dormidas y solo son activadas frente a ciertas situaciones contextuales. En otras palabras, casi todos tenemos un ‘pequeño Hugo Chávez’ al interior nuestro, pero éste se encuentra en un lugar oculto y, por lo tanto, no define nuestras preferencias políticas», *Ibidem*.

⁸⁷⁹ «Por ejemplo, la irrupción de escándalos de corrupción y la creciente convergencia programática entre los partidos políticos facilita que ciudadanos comunes y silvestres utilicemos las categorías dicotómicas y morales inherentes al populismo: ‘una élite corrupta’ versus ‘un pueblo íntegro’. Mientras menos

«liderazgos juegan un rol clave al momento de politizar el malestar existente y ofrecen una interpretación populista de los acontecimientos en curso»⁸⁸⁰.

Aunque es indudable que cada partido populista tiene un perfil propio (así por ejemplo lo que caracterizaría a los populismos de izquierda en Europa sería su reivindicación de poner fin a la austeridad así como una mayor regulación del mundo financiero) hay algunos elementos o características que podemos definir como comunes a los movimientos o partidos populistas: (a) la noción moral de que la sociedad está dividida entre «una elite corrupta» y «un pueblo íntegro» en donde la primera domina al segundo a pesar de que el segundo es quien es el titular del poder y (b) el planteamiento de que la política debe antes que nada respetar el principio de la soberanía popular cuya voz es la de sus líderes, principio de soberanía que se extiende incluso al poder judicial, pues se demanda de jueces y tribunales sentencias acordes con el sentir popular (es el caso de “La Manada” en España entre otros muchos) aun existiendo un ordenamiento jurídico contrario, es decir, se demanda “justicia popular”.

Como señalan Rovira Kaltwasser y Hawkins “existen dos opuestos al concepto de populismo: elitismo y pluralismo. El elitismo reafirma la existencia de una división moral entre ‘el pueblo’ y ‘la elite’, pero evalúa ambas entidades de forma completamente opuesta al populismo. Pues el elitismo desconfía del pueblo, el cual es visto como irracional y peligroso, mientras que tiene fe absoluta en la superioridad de la elite (basta pensar en la tecnocracia). En cambio, el pluralismo no cree en la división entre ‘el pueblo’ y ‘la elite’, sino que plantea que la sociedad está compuesta por un conjunto de individuos y grupos quienes mantienen una gran diversidad de pareceres. Dicha diversidad representa para el pluralismo una fortaleza, en cuanto favorece el intercambio de opiniones y refuerza la necesidad de lograr acuerdos”⁸⁸¹.

Esta breve aclaración conceptual nos ayuda a comprender por qué el populismo mantiene una difícil relación con la democracia. Si bien es cierto que la defensa de la soberanía popular es intrínseca a la democracia, no podemos olvidar que los regímenes democráticos

representados nos sentimos por las opciones políticas existentes y más deslegitimadas éstas se encuentran, mayores son las posibilidades que se despierte aquel ‘pequeño Hugo Chávez’ al interior nuestro». *Ibidem*.

⁸⁸⁰ Así, por ejemplo, *Podemos* en España, (como *Movimiento 5 Estrellas* en Italia) hablan sobre la «existencia de ‘una casta’ que se ha enriquecido de forma deshonesto a costa de ‘un pueblo’ que ha sido defraudado y denigrado. Los políticos (y los medios de comunicación) tradicionales forman parte de esa casta a la que hay que destruir o, al menos, cambiar o sustituir». *Ibidem*.

⁸⁸¹ *Ibidem*.

contemporáneos buscan proteger a las minorías y se basan en instituciones que son autónomas del parecer tanto del gobierno de turno como de la ciudadanía (por ejemplo, los bancos centrales, los tribunales constitucionales y un sinnúmero de organismos internacionales). En consecuencia, los populismos no necesariamente están en contra de la democracia propiamente tal, sino que más bien se oponen a la existencia de límites al ejercicio de la soberanía popular. No es casualidad que populistas europeos tanto de derecha como de izquierda vean con creciente escepticismo a la Comunidad Europea, ya que ésta limita seriamente la capacidad de los gobiernos para determinar sus políticas económicas y de inmigración. El populismo acciona así también las tensiones territoriales, tema al que dedicamos el siguiente epígrafe.

Como conclusión cabe afirmar que el populismo se hace eco de una reivindicación de una importante sector de la población que se podría traducir en términos jurídicos en la idea del llamado “neo-constitucionalismo”⁸⁸², con la particularidad, desde mi punto de vista, de que el neo-constitucionalismo lejos de ser una conclusión es una mera reivindicación de más

⁸⁸² La teoría neo-constitucionalista nace sobre la base de autores que no la mencionan como R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, o *Conceptos y validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2004; M. Atienza, *Dejemos atrás el positivismo jurídico*, en J. A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla Gonzales, (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006; R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984; R. Dworkin, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988; L. Ferrajoli, *Garantismo*, Trotta, Madrid, 2009; o G. Zagrebelsky, *El Derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1996

Expresamente lo hacen, entre otros, M. Barberis, *Esiste il neocostituzionalismo?* en AAVV *Analisi e diritto 2011*; M. Carbonell y L. García Jaramillo, (eds), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010; P. Comanducci, *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricostruzione metateorica*, en T. Mazzaresse, (ed), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002; R. Guastini, *Distinguendo ancora*, Marcial Pons, Madrid, 2013; D. Giannino, *The virtual state: national sovereignty and constitutions facing globalization processes*, en *Panoptica*, n. 11/2016; T. Mazzaresse, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo*, en T. Mazzaresse (ed), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002; J. J. Moreso, *Ethica more iuridico incorporata*, en F. Scamardella y P. Luque Sánchez, *Gli argomenti del costituzionalismo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014; S. Pozzolo, *Neoconstituzionalismo, derecho y derechos*, Palestra, Lima, 2011; *Neo-constituzionalismo*, en *Eunomia. Revista en cultura de la Legalidad*, n. 11/2016-2017; L. Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2013; C. Redondo, *Sull'incorporazione della morale nel diritto* en F. Scamardella y P. Luque Sánchez *Gli argomenti del costituzionalismo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014.

De las cuatro posiciones o doctrinas del neo-constitucionalismo, solo compartimos aquella que entiende el neo-constitucionalismo como la evolución del Estado de Derecho al Estado “Constitucional” de Derecho; las otras tres corrientes o sentidos del término con los que el populismo podría tener cobertura o encaje doctrinal: la que entiende el neo-constitucionalismo como Teoría de la Justicia (el Estado “justo”) o doctrina política; el neo-constitucionalismo en su sentido de una Teoría del Derecho (entendida como alternativa o negación del positivismo jurídico sobre la afirmación de valores) o el neo-constitucionalismo como Filosofía del Derecho. L. Prieto Sanchis (2017), Ponencia: *Neo-constituzionalismo y positivismo*, en <https://www.youtube.com/watch?v=KvRgMVjdmQ>

participación y mejor representación, de defensa de “otros –nuevos- y muchos” derechos fundamentales. Pero la simple negación del positivismo jurídico sin ofrecer alternativas o herramientas que lo sustituyan constituye un evidente riesgo, una deslegitimación del sistema sin poner soluciones.

Es evidente que la separación que se hace (por un sector del neo-constitucionalismo) entre moral y derecho, así como la reivindicación de la importancia de los valores y los principios en el ordenamiento jurídico como reacción al positivismo jurídico son un cauce teórico-jurídico que podría ser asumible. Sin embargo, lo que no hace el neo-constitucionalismo es desarrollar la forma o el procedimiento (o incluso la organización de la Administración de Justicia) para llevar a cabo es “justa” interpretación del ordenamiento jurídico basada en valores y que no caiga en la arbitrariedad. En otras palabras, encontramos buenos deseos e intenciones, pero no hemos encontrado respuestas concretas para obtener los esperados rendimientos de la Administración de Justicia. El neo-constitucionalismo, como cauce jurídico-teórico donde el populismo hunde sus raíces, es así un “relato de buenas intenciones” antes que una propuesta efectiva de instrumentos jurídicos aptos para dar soluciones.

.

b) Las tensiones territoriales

Las tensiones territoriales son ascendentes y descendentes: por una parte, la tensión supranacional derivada de la relación con la UE; de otra, la tensión intra-nacional derivada de movimientos autonomistas, soberanistas o independentistas.

La tensión UE-Estado nacional es un fenómeno común a los Estados europeos donde la dialéctica populista también ha tenido mucha influencia; ha sido el juego partidista cortoplacista quien ha echado las culpas de la mala situación económica o laboral a la UE mientras que el mismo juego de política a corto plazo partidista se ha apropiado de los logros de la UE en su favor.

Sin embargo, esta tensión es la consecuencia de un fenómeno en construcción y, por lo tanto, no es algo nuevo; seguramente la tensión Estado(s)-UE se ha agravado en estos últimos tiempos, pero es una tensión propia de una situación en transición, de un Estado unitario (UE) todavía en construcción y que afecta a todos los Estados por igual. El *Brexit*

(caso evidente de consecuencia de una política populista, practicada por los partidos “tradicionales” que también se contagian del movimiento) puede ser un importante frenazo en la construcción europea, pero, en definitiva, forma parte de los avatares propios de algo que, aunque está avanzando, todavía está en fase de construcción, algo que no está todavía terminado o consolidado. En cualquier caso, las críticas a la UE ponen su acento (en todos los partidos políticos, con mayor o menor intensidad en cada uno de ellos) en el alejamiento de las decisiones políticas del pueblo, el predominio de los sectores económicos en la toma de decisiones, la falta de respeto por los derechos fundamentales.

Más interesante es el fenómeno de distribución del poder “dentro” del Estado, produciéndose en España (aunque no solo) una tensión, no hacia una re-distribución del poder, sino hacia una ruptura del mismo. La distribución del poder dentro del territorio se ha justificado como un mecanismo de control y de límite del poder, así como una forma de acercamiento de las decisiones políticas al pueblo.

La realidad es que efectivamente el poder del Estado se ha limitado, en cuanto se ha desprendido de muchas parcelas de poder, pero también el ejercicio del poder (y la gestión del poder) se ha anquilosado, se ha ralentizado, se ha exasperado, pues la división competencial lleva a la permanente duda de quién es el titular de la competencia y hasta donde llega el ejercicio de la misma. Así nuestro Tribunal Constitucional ha cambiado su configuración inicial de “controlador del legislativo” a árbitro de las competencias territoriales (después de garante de los derechos fundamentales). Se ha limitado el poder, no por convencimiento y por un consciente y adecuado equilibrio de pesos y contrapesos, sino por simple mal funcionamiento del sistema. Y ese mismo anómalo sistema de funcionamiento ha tenido un segundo efecto, cual es el de la falta de responsabilidad. Asistimos en España a nivel autonómico al mismo grado de “irresponsabilidad” que presenciamos a nivel de UE: no hay Gobiernos responsables, pues la responsabilidad de lo “malo” está en otro nivel: si se exige responsabilidad a un Gobierno autonómico la respuesta será que el responsable es el Gobierno nacional o la UE; si la responsabilidad se le exige al Gobierno de la Nación, este trasladará la misma a la UE y a los Gobiernos autonómicos.

Sin embargo, en este artículo no se trata de hacer un análisis del rendimiento del sistema autonómico, sino de hechos puntuales y relevantes que afectan a la forma de Estado. Entre

estos la aspiración a la independencia de Cataluña⁸⁸³. Esa aspiración no se ha limitado a una mera reivindicación, sino que se ha traducido en actos concretos, de carácter jurídico (o, al menos, con apariencia jurídica) cuya finalidad era la desconexión del territorio de Cataluña del territorio nacional creando así un nuevo Estado independiente.

No se trata de examinar ahora los mecanismos activados por la *Generalitat de Catalunya* para proceder a esa desconexión, sino sólo de poner de relieve la existencia de esos mecanismos. Sobre las causas por las que se ha llegado a esa situación pueden ser varias (incluso la conjunción de todas ellas en un preciso momento), pero la realidad es que el fenómeno es de nuevo otro ejemplo de triunfo de un “relato”, triunfo de una situación alejada de la realidad, en donde el sentimiento prevalece sobre la argumentación.

Como señala Roig Molés «el independentismo se ha consolidado como una opción ilusionante que plantea un modelo global (tan irreal como se quiera) y óptimo en la medida de su propia inexistencia»⁸⁸⁴. Se podrá argüir en contra que hay elementos serios y científicos en la propuesta, pero nada mejor para contrarrestar esa afirmación que la célebre frase de Anna Gabriel (portavoz en el Parlamento de Cataluña de CUP) en su alocución en el *Parlament*, tras el discurso en el que el Presidente Puigdemont anuncia la declaración de

⁸⁸³ Sobre el tema hay abundante literatura. Cfr. sobre los riesgos del independentismo:

N. Magaldi Mendaña, *El nacionalismo es la guerra. Una explicación contextual de la situación en Cataluña*, en *Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review*, n. 3/2017; R. Blanco Valdés, *Nación, nacionalidades y regiones: mitos políticos y confusión constitucional*, en AAVV, *España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018; R. Blanco Valdés, *El laberinto territorial español: del cantón de Cartagena al secesionismo catalán*, Alianza, Madrid, 2014; J. J. Ruiz Ruiz, *L'organizzazione territoriale: il modello di Stato autonomo*, en Gambino, Lozano Miralles, Puzzo, Ruiz Ruiz, *Il sistema costituzionale spagnolo*, CEDAM, Milán, 2018; F. De Carreras, *El nacionalismo catalán: una ideología inmóvil* en *Temas para el Debate*, n. 230-231/ 2014; F. De Carreras, *Crónica de un golpe de Estado anunciado*, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 71-72/2017; S. Muñoz Machado, *Cataluña y las demás Españas*, Ed. Crítica, Barcelona, 2014.

Cfr. sobre las razones en favor del independentismo:

J. Cagiao Conde, G. Ferraiuolo, X. Bastida Freixedo, A. Boix Palop, L. Cappuccio, M. Corretja Torrens, L. Payero López, (coords.), *El encaje constitucional del derecho a decidir. Un enfoque polémico*, Catarata, Madrid, 2016; G. Ferraiuolo, *Costituzione Federalismo Secessione. Un itinerario*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016; J. Pérez Royo, *Entre política y derecho: el debate sobre la independencia de Cataluña*, en AAVV *La autodeterminación a debate*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 2014; J. Ridaó Martín, *La consulta y el ‘problema catalán’: ¿de la conllevancia al Estado?*, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 42/2014; J. Ridaó Martín, *El derecho a decidir : una salida para Cataluña y España*, RBA, Barcelona, 2014; C. Viver i Pi-Sunyer, *Una reflexión desde Cataluña sobre el ‘derecho a decidir’*, en AAVV *El futuro territorial del Estado español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Cfr. también el número monográfico de la revista *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 37/2016, dedicado a *La cuestión catalana*.

⁸⁸⁴ E. Roig Molés, *La declaración de Barcelona y (no sólo) el debate independentista*, en *Agenda Pública*, 16 julio 2017, <http://agendapublica.elpais.com/la-declaracion-barcelona-no-solo-debate-independentista> . La negrita es nuestra.

independencia de Catalunya: «*Somos independentistas sin fronteras*»⁸⁸⁵.

En definitiva, el populismo también se ha adueñado del independentismo, por lo que la única solución⁸⁸⁶ –no constitucional- desde mi punto de vista, es la de construir otro “relato” que guste más, pero ello nos lleva al mundo de la novela, al ámbito de la ilusión y nos aleja del mundo de la razón⁸⁸⁷.

Para terminar este subepígrafe relativo a las tensiones territoriales, debemos recordar algo que la doctrina y en general la clase política olvida o soslaya: la existencia de distintos centros de poder conlleva la existencia de otras tantas administraciones públicas en el mismo territorio. Como ya hemos anticipado, eso permite a las fuerzas políticas con políticas a corto plazo diluir las responsabilidades derivadas de su ineficacia en otras administraciones, tener lenguajes/discursos diferentes en función del lugar en el que el partido intervenga (por ejemplo el PSOE hablaba de corrupción en Valencia pero no lo hacía en Andalucía y el PP hablaba de corrupción en Andalucía pero no en Madrid o Valencia, pues en esas Comunidades Autónomas no gobernada uno u otro partido político), contando además con administraciones públicas duplicadas o triplicadas y con competencias fragmentadas que convierten a la Administración Pública en ineficaz, al tiempo que costosa y antieconómica.

Esta multiplicación de administraciones que necesariamente han de repercutir en la modificación de la distribución territorial del poder (desde mi punto de vista suprimiendo algunas instancias políticas) nos lleva al siguiente apartado: los hechos recientes que afectan a la forma de gobierno en España.

⁸⁸⁵ <https://www.publico.es/tremending/2017/10/10/twitter-anna-gabriel-se-declara-independentista-sin-fronteras-y-los-tuiteros-se-cachondean>.

Por su parte J. A. Montilla Martos señala que la expresión «derecho a decidir» se «utiliza porque suena menos radical que «autodeterminación» y evoca la legitimidad democrática. Sin embargo, no puede ocultar la falta de fundamento jurídico y la imposibilidad de imponer un genérico principio democrático a los procedimientos constitucionalmente establecidos» (Recensión al libro *infra* mencionado de Eliseo Aja en la *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, n. 36/2015, 625).

⁸⁸⁶ Creo que un ejemplo de la falta de soluciones constitucionales puede ser el artículo publicado por Eliseo Aja *El Estado autonómico en 2018* en *Agenda Pública*, 23 de marzo de 2019, donde tras relatar los graves problemas del Estado autonómico (financiación, lealtad, tendencias centrífugas y centrípetas, etc.) se limita a proponer «la realización progresiva de reformas parciales, preparadas por una **comisión de expertos**, designados por el Estado y las CCAA, y aprobadas de acuerdo con las previsiones de la propia Constitución». Y ojo, que el Prof. Aja es uno de los más grandes conocedores del funcionamiento del sistema autonómico (cfr. E. Aja, *El Estado autonómico y reforma federal*, Alianza Editorial, Madrid, 2014, con su primera edición de 1998, o *El Estado autonómico: Federalismo y hechos diferenciales*, con varias ediciones, siendo la primera de 1999, Alianza Editorial, Madrid, 2003).

⁸⁸⁷ Y así podremos trasladar al caso español el libro de Irene Tenagli, *La grande ignoranza. Dall'uomo qualunque al ministro qualunque. L'ascesa dell'incompetenza e il declino dell'Italia* (Rizzoli, Milán, 2019).

2. Los cambio en la forma de gobierno.

El panorama recién expuesto en relación con hechos impactantes sobre la forma de Estado tiene, necesariamente, que impactar sobre la forma de gobierno, pues esta es, en definitiva, una consecuencia de la anterior al materializar el poder en las respectivas instituciones. En este punto podríamos examinarlo desde la clásica repartición del poder: hechos que afectan al ejecutivo, al legislativo y al judicial.

487

a) Poder Ejecutivo.

En relación con el Gobierno se observa un fuerte protagonismo del Gobierno en detrimento de los otros dos poderes, aunque especialmente respecto del Parlamento.

Tres son los hechos sobre los que llamamos la atención:

- el uso de los decretos leyes como fórmula de desarrollo del programa político. Al respecto es ilustrativo el artículo del Prof. PÉREZ SOLA publicado en esta misma revista⁸⁸⁸. La posibilidad de utilizar el Decreto Ley (categoría normativa con rango de ley) por parte del Gobierno está circunscrita a casos de extraordinaria y urgente necesidad. El Decreto Ley está constitucionalmente previsto como una categoría para casos de emergencia. Sin embargo, la realidad política -avalada por nuestro Tribunal Constitucional- ha cambiado/mutado su configuración, pasando de ser un instrumento excepcional a uno que podemos calificar de ordinario. El presupuesto habilitante del Decreto Ley ha sido entendido como todo aquello que le permita al Gobierno «*responder a las circunstancias cambiantes de la vida actual*» a fin de conseguir los objetivos gubernamentales; prácticamente todo lo que tenga que ver con la economía se considera presupuesto de hecho habilitante. El Tribunal Constitucional establece como límite al presupuesto de hecho habilitante cuando se detecte abuso o arbitrariedad. La Constitución impone incluso una serie de materias a las que está vedado el Decreto Ley: el Tribunal Constitucional también

⁸⁸⁸ N. Pérez Sola, *El uso del Decreto-Ley por parte del Gobierno español: ¿Se ha roto el equilibrio entre legislativo y ejecutivo?*, *Diritto Pubblico Europeo Rassegna on-line*, monográfico, 2020.

las ha interpretado restrictivamente.

La laxitud del control llevado a cabo por el Tribunal Constitucional⁸⁸⁹ ha conducido a que el Gobierno haga un uso prolífico del mismo. Así en la X legislatura el Gobierno con mayoría absoluta del PP (Presidente Mariano Rajoy) dictó 76 Decretos leyes al tiempo que en el Parlamento se aprobaban 169 leyes, lo que significa que el 31 por 100 de la total actividad legislativa fue desarrollada a través de Decretos Leyes⁸⁹⁰.

En la XII legislatura tenemos dos Gobiernos (como hablaremos posteriormente al hilo de la moción de censura): el de Mariano Rajoy (PP) y el de Pedro Sánchez (PSOE), en ambos casos sin mayoría absoluta en la Cámara baja. Durante el Gobierno Rajoy se dictaron 30 Decretos Leyes, frente a 17 Leyes aprobadas, lo que significa que el 74 por 100 de la actividad legislativa lo fue a través de Decretos Leyes; durante el Gobierno Sánchez se dictaron 35 Decretos Leyes frente a 24 Leyes aprobadas por el Parlamento, lo que supone una cuota de uso inferior del Decreto Ley, el 60 por ciento⁸⁹¹, aunque en todo caso muy elevada.

Los anteriores datos ponen de manifiesto que el Decreto Ley ha pasado de ser un instrumento excepcional (como preveía y prevé la CE) a un instrumento legislativo ordinario; es más, en Gobiernos de minoría el Decreto Ley se ha convertido en el instrumento legislativo predominante, lo que va en contra de un principio básico del

⁸⁸⁹ M. Aragón Reyes, *Uso y abuso del Decreto-Ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*, Iustel, Madrid, 2016.

⁸⁹⁰ La X Legislatura inicia el 13 de diciembre de 2011 y termina el 13 de enero de 2016. Durante ese periodo se aprobaron 76 Decretos Leyes por el Gobierno y 128 Leyes por el Parlamento, correspondiendo 1 Decreto Ley a 2011, 29 a 2012 (frente a 17 Leyes), 17 a 2013 (frente a 27 Leyes), 17 a 2014 (frente a 36 Leyes) y 12 a 2015 (frente a 48 Leyes); a las leyes hay que sumarles las Leyes Orgánicas que fueron un total de 41.

Se puede observar así un uso “decreciente” del Decreto Ley (muchos decretos leyes al inicio y pocos al final de la legislatura) y un uso “ascendente” de la Ley, pocas leyes al inicio de la legislatura y muchas al final.

La XI legislatura fue la más breve de la historia constitucional española al durar desde el 13 de enero hasta el 19 de julio, ostentando durante la misma un Gobierno en funciones no elegido por la Cámara baja. En este periodo el Gobierno utilizó una sola vez la figura del Decreto Ley.

⁸⁹¹ La XII Legislatura se inició el 19 de julio de 2016 y finalizó el 5 de julio de 2019. El 1 de junio de 2018 se presentó la moción de censura que derribó al Gobierno Rajoy e investió al Presidente Pedro Sánchez.

Durante el periodo 19 de julio 2016 a 1 de junio de 2018 se aprobaron 7 Decretos Leyes en 2016 (y ninguna Ley), 21 decretos Leyes en 2017 (frente a 12 Leyes) y 3 Decretos Leyes en 2018 (frente a 2 Leyes). A las Leyes hay que sumarles las Leyes Orgánicas que fueron un total de 3.

Durante el periodo 1 de junio 2018 a 5 de julio de 2019 se aprobaron 25 Decretos Leyes en 2018 (frente a 11 Leyes) y 10 Decretos Leyes en 2019 (frente a 5 Leyes). A las Leyes hay que sumarles las Leyes Orgánicas que fueron un total de 8.

En esta legislatura, en minoría, se observa un claro predominio del Decreto Ley frente a la actividad legislativa parlamentaria que ha invertido la proporción porcentual en uso frente a la X Legislatura.

Durante el periodo en que el Gobierno en funciones no elegido por el nuevo Congreso electo no se ha utilizado el Decreto Ley.

sistema parlamentario: el parlamento (en nuestro caso las Cortes Generales) es el depositario de la voluntad popular y quien debe ejercer la potestad legislativa.

Puede argüirse que se trata de una “cambio” de roles temporal, transitorio puesto que el Congreso (que no el Senado, y, por lo tanto, una sola de las Cámaras que componen las Cortes Generales) tiene que aprobar/convalidar el Decreto Ley en el plazo de 30 días desde su publicación en el BOE. Si se compara el procedimiento legislativo ordinario con el procedimiento de convalidación o derogación del Decreto Ley podremos ver que las diferencias son abismales, pues además del escaso tiempo de duración de las intervenciones de los portavoces de los grupos parlamentarios (10 minutos)⁸⁹² solo cabe o convalidarlo o derogarlo: el poder de enmienda (que es seguramente la base del sistema parlamentario) queda anulado y el carácter deliberativo de la institución parlamentaria (otro elemento angular) disminuido. Por otra parte, el Senado queda excluido, por lo que la teórica representación territorial queda anulada.

Las consecuencias de esa desviación constitucional afectan lógicamente a la calidad democrática del sistema político en cuanto supone otorgar un mayor poder al ejecutivo frente al legislativo y ello significa que el contenido legislativo responderá más a la ideología del partido que sustenta al Gobierno y menos al pluralismo propio de la institución parlamentaria.

Por otra parte esa desviación constitucional afecta a la seguridad del ordenamiento jurídico, en cuanto el Decreto Ley no suele regular situaciones generales lo que complica la interpretación del ordenamiento jurídico y, por supuesto, los efectos negativos que conlleva la vigencia de una norma jurídica (con todos sus efectos) durante 30 días cuando posteriormente puede ser derogada.⁸⁹³

⁸⁹² La Prof. Ana Carmona Contreras llama la atención sobre «*la deficiente regulación del procedimiento de convalidación que lleva a cabo el Reglamento del Congreso, al establecer unos tiempos de intervención extraordinariamente breves: 10 minutos para el representante de cada grupo parlamentario. Resulta evidente la sustancial rebaja de la posibilidad de llevar a cabo una efectiva fiscalización de las decisiones adoptadas por el Gobierno que se desprende de tal regulación*» (Artículo 86, en P. Pérez Tremps y A. Sáiz Arnaiz, (dirs.), *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018 : Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; y un análisis más exhaustivo en la monografía *La configuración constitucional del decreto-ley*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997).

⁸⁹³ Al respecto puede ser muy ilustrativo el caso del Real Decreto-Ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que fue derogado por el Congreso de los Diputados. Ese Decreto Ley establecía, entre otras, plazos para la prórroga de la duración de los contratos de arrendamientos modificando –puntualmente– la Ley –general– de Arrendamientos Urbanos, de forma que si alguien hizo un contrato de arrendamiento entre el 19 de diciembre de 2018 y el 22 de enero de 2019 tendrá una duración distinta de la establecida con carácter general en la Ley de Arrendamientos Urbanos.

- El Gobierno ‘en funciones’ no se somete a control parlamentario. Las razones esgrimidas por el Gobierno de Mariano Rajoy (PP) para **no** comparecer en las sesiones de control de un nuevo parlamento electo es que el control parlamentario presupone una exigencia de responsabilidad política y ésta no es predicable de un Gobierno en funciones al no disponer de la confianza del ‘nuevo’ Congreso de los Diputados. El nuevo Congreso debe elegir a un nuevo Presidente y será este nuevo Parlamento quien podrá exigir responsabilidades a través de los instrumentos de control, pero al Gobierno que está en funciones no puede hacerlo pues lo eligió una anterior Cámara⁸⁹⁴.

Por su parte, el Congreso consideraba que la situación del Gobierno en funciones no era óbice para que pudiera ejercerse el control parlamentario ordinario (comparecencias, preguntas e interpelaciones) sobre su actividad (aunque ésta estuviera limitada), puesto que el poder ejecutivo en funciones adopta decisiones políticas (de despacho ordinario, por motivos de urgencia, o por razones de interés general) y debe dar cuenta de las mismas ante la Cámara que es la representación democrática del conjunto de los ciudadanos.

Ante estas dos posiciones opuestas del Gobierno y el Parlamento, este último decidió interponer un conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales ante el Tribunal Constitucional, quien en su STC 124/2018 resolvió a favor del Congreso de los Diputados, estableciendo «que el criterio del Gobierno expresado en el oficio del Ministerio de la Presidencia de 10 de marzo de 2016, vulneró la atribución que al Congreso de los Diputados confiere el artículo 66.2 CE».

Desde un punto de vista jurídico (e incluso político) ateniendo al análisis literal de los preceptos constitucionales creo que el Gobierno tenía razón. Sin embargo, la posición

Hay que señalar que el Congreso de los Diputados no suele derogar los Decretos Leyes. Sin embargo, últimamente sí que se está produciendo el fenómeno, por lo que la inseguridad jurídica podría ir en aumento: uno en 2006, otro en 2017 y el último en 2019.

⁸⁹⁴ Para aclarar este punto conviene ponerse en los antecedentes: convocadas las elecciones por Mariano Rajoy el 26 de octubre de 2015, este pasa a ser Presidente en funciones; una vez celebradas las elecciones (20 diciembre 2015) y constituida la Cámara baja (13 de enero de 2016) lo primero que debe hacerse es elegir a un nuevo Presidente; sin embargo, al no haber una mayoría clara suficiente para la elección del candidato (ni por mayoría simple), no se presentó ninguna candidatura, por lo que el tiempo pasaba y Mariano Rajoy continuaba como Presidente en funciones desarrollando importantes actuaciones (sobre todo las derivadas de la UE y de la OTAN) sobre las que el Congreso le pidió información, en concreto, sobre una reunión de los Ministros de Defensa de la OTAN.

Este periodo duró diez meses, desde el 13 de enero de 2016 a 26 de octubre de 2016, fecha en la que el Congreso investió (de nuevo) a Mariano Rajoy como Presidente del Gobierno.

Sobre soluciones ingeniosas relativas a la reforma del art. 99.5 CE cfr. el artículo de Rosario Garcia Mahamut, “La reforma de la LOREG para el supuesto de convocatoria automática de elecciones en virtud del artículo 99.5 CE: ¿una oportuna adaptación técnica o una conculcación del derecho de sufragio?”, en Revista de Derecho Político, n. 100/2017.

defendida por el Ejecutivo era una ofensa al sentido común⁸⁹⁵, era un razonamiento alejado de cualquier interpretación sistemática, como de hecho hace el Tribunal Constitucional⁸⁹⁶. En mi opinión esa posición del Gobierno de Rajoy es la consecuencia del uso (y abuso) de los mecanismos de racionalización parlamentaria previstos constitucionalmente y ampliados por los Reglamentos de las Cámaras⁸⁹⁷, empezando por el hecho de que el protagonismo de la oposición parlamentaria en la actividad de control es llevado a cabo por el partido que apoya al Gobierno y terminando con unas muy ventajosas circunstancias para que la exigencia de responsabilidad política no se lleve a cabo, tanto en la cuestión de confianza como en la moción de censura, de tipo constructiva, y de la que hablaremos a continuación.

El mero planteamiento del tema pone de manifiesto la clara sensación y percepción por parte del Gobierno de su superioridad sobre el Poder Legislativo, sensación y percepción que le vienen dadas de esa configuración racional-parlamentaria unida al funcionamiento del sistema de partidos y de liderazgo fuerte en su interior.

- El tercer elemento o hecho que queremos traer a colación es el de la moción de censura constructiva prevista por el art. 113 CE⁸⁹⁸. La configuración constitucional de la moción

⁸⁹⁵ De hecho, en ese mismo periodo, el Gobierno aprobó un Decreto Ley y planteó ante el Tribunal Constitucional dos conflictos de atribuciones (que fueron desestimados (SSTC 34 y 44 de 2018) pues la Mesa del Congreso de negó a estimar el veto planteado por el Gobierno para tramitar dos proposiciones no de ley al entender el Gobierno que las mismas incidían en el Presupuesto.

⁸⁹⁶ Cfr. sobre el tema L. De La Peña Rodríguez, *El control parlamentario del Gobierno en funciones a la luz de la Constitución*, en F. Pau i Vall (Coord.), *Parlamento y control del gobierno*, Aranzadi, Navarra, 1998; D. Delgado Ramos, *El control parlamentario del gobierno en funciones en España: la experiencia de la XI legislatura (2016)*, en *Estudios Constitucionales*, n. 2/2018; J. García Roca, *¿Puede rechazar el control parlamentario un Gobierno en funciones?*, en E. Aranda Álvarez (Coord.), *Lecciones constitucionales de 314 días con el Gobierno en funciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; M. R. Ripollés Serrano, *Gobierno en funciones y control parlamentario*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 109/2017; E. Seijas Villadangos, *El control de las actuaciones de un Gobierno en funciones*, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 42/2017; F. J. Visiedo Mazón, *Un Gobierno en funciones, no un Parlamento en funciones*, en E. Aranda Álvarez (Coord.), *Lecciones constitucionales... cit.*

⁸⁹⁷ J. Lozano Miralles, *I meccanismi di razionalizzazione parlamentare in Spagna*, en el libro *Democrazia forme di governo: modelli stranieri e riforma costituzionale*, coord. por Silvio Gambino, Editorial Maggioli, Rimini, 1997; ---*La forma di governo nello stato autonomico: spunti per una riflessione en Regionalismo, federalismo, devolution. Competenze e diritti*, coord. por Silvio Gambino, Giuffrè ed., Milán, 2003.

⁸⁹⁸ Sobre el tema ver el artículo de M. J. Carazo Liébana, *Sistema parlamentario y moción de censura: el caso español*, en *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online, monográfico, 2020*.

La moción de censura en España es una institución exigencia de responsabilidad política del Legislativo hacia el Ejecutivo. Es uno de los elementos del bicameralismo imperfecto, pues confiere preeminencia al Congreso de los Diputados sobre el Senado. Con el fin de mantener la mayor estabilidad al Ejecutivo, se requiere la inclusión de un candidato a nuevo Presidente en caso de ser derrocado el titular (por ello se denomina moción de censura «constructiva»). Debe estar suscrita por, al menos, la décima parte de los diputados de la Cámara (35 miembros mínimo); se votará cuando hayan transcurrido como mínimo cinco días (período de enfriamiento) y se requerirá mayoría absoluta del Congreso para su aprobación, en cuyo caso, el Gobierno

de censura es un claro botón de muestra del racionalismo parlamentario del sistema político español, en donde se favorece la posición del Gobierno en detrimento del Parlamento. La moción de censura de tipo constructiva exige para su aprobación mayoría absoluta por parte de los miembros Congreso (sin embargo, el Presidente puede ser investido por mayoría simple), así como la inclusión de un candidato a Presidente del Gobierno, quien sustituirá de manera automática al Presidente censurado, lo que traslada el debate de la moción “del” candidato a quien habría que reprobar “al” candidato que saldrá nombrado Presidente en caso de que prospere la censura⁸⁹⁹.

Aunque en los 40 años de historia constitucional española se han presentado diversas mociones, la que llama la atención y comentamos en este momento es la única que ha prosperado: la presentada el 25 de mayo 2018, tramitada el 29 por la Mesa, votada el 1 de junio⁹⁰⁰ y concluida con el nombramiento del nuevo Presidente (BOE de 2 de junio).

España asiste atónita a un cambio de Gobierno absolutamente inesperado: gana un

saliente presentará de inmediato su dimisión al Rey, quien, a su vez, nombrará al nuevo candidato investido de la confianza de la Cámara Baja.

⁸⁹⁹ El carácter “constructivo” de la moción de censura tiene como finalidad evitar la inestabilidad política que se produce cuando los distintos grupos de la oposición pueden coaligarse para destruir el Gobierno sin ser, al mismo tiempo, capaces de unirse para formar uno nuevo, llevando así al juego parlamento-gobierno la máxima que “es muy fácil destruir, pero muy difícil construir”. Tras la grave inestabilidad gubernamental sufrida en Alemania durante la república de Weimar, se consideró que la censura constructiva podría ser un instrumento para favorecer la estabilidad.

La inestabilidad, efectivamente, había sido un defecto importante del sistema que precedió al régimen nazi, y la estabilidad fue, por consiguiente, una de las principales preocupaciones de la segunda postguerra. Fue así incorporada a la Ley Fundamental de Bonn (art. 67 y cuarenta años más tarde recogida por el art. 113.2 de la Constitución española. La moción de censura constructiva es una figura minoritaria en el Derecho comparado: España, Alemania, Bélgica, Eslovenia, Hungría o Israel.

Entre las obras españolas sobre el tema cfr. M. I. Álvarez Vélez, *Relaciones entre Cortes Generales y Gobierno: sobre la investidura del Presidente del Gobierno y los mecanismos de exigencia de responsabilidad política (1978-2016)*, en *Revista de Derecho Público*, n. 101/2018; D. Delgado Ramos, *Teoría y práctica de la moción de censura: notas críticas a propósito de la experiencia reciente*, en *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 29/2019; L. López Guerra, *Moción de Censura*, en *Temas Básicos de Derecho Constitucional, Tomo II, Organización del Estado*, Cívitas, Madrid, 2001; J. F. López Aguilar, *Artículos 113 y 114*, en *Comentarios a la Constitución española. Libro Homenaje a Luis López Guerra (Tomo II)*, Dir. Pablo Pérez Tremps, Alejandro Saiz Arnaiz, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018; J. R. Montero Gilbert, J. García Morillo, J. *El control parlamentario*, Temas clave de la Constitución Española, Tecnos, Madrid, 1984; F. Simón Yarza *La moción de censura: ¿constructiva u «obstructiva»*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 103/2015; E. Vírjala Foruria, *La moción de censura en la Constitución de 1978 (y en la historia del parlamentarismo español)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988.

⁹⁰⁰ Reproducimos el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 1 de junio de 2018: «Señorías, el resultado de la votación ha sido el siguiente: votos emitidos, 350; votos a favor de la moción de censura, 180; votos en contra, 169; abstenciones, 1.

Al haber alcanzado el voto favorable de la mayoría absoluta de la Cámara, queda aprobada la moción de censura, lo que, de conformidad con el artículo 178 del Reglamento, se pondrá en conocimiento de Su Majestad el Rey y del presidente del Gobierno. De acuerdo con el citado precepto, el candidato incluido en aquella se considera investido de la confianza de la Cámara a los efectos previstos en el artículo 99 de la Constitución: don Pedro Sánchez Pérez-Castejón».

candidato socialista apoyado por todos los partidos (menos PP y Ciudadanos) que, además, no era Diputado (había dimitido del cargo al inicio de la legislatura al verse obligado por los cuadros del partido a abstenerse en la investidura del Presidente Rajoy); además, ni el propio proponente quería que saliera exitosa la moción, pues era arriesgado para él y para el su propio partido que acabara saliendo adelante por la falta de preparación para llevar a cabo un cambio tan drástico y con tan escaso apoyo político; era casi la última oportunidad que le quedaba a Pedro Sánchez, oportunidad que podía acabar convirtiéndose en una moción contra el propio líder socialista. Sin embargo, y contra todo pronóstico, la moción de censura prosperó, permitiéndole gobernar durante casi un año, si bien no consiguió – dada la exigua mayoría parlamentaria con la que contaba- aprobar los presupuestos de 2018, lo que le “obligó” a disolver las Cortes y convocar elecciones.

El éxito de la moción de censura es una manifestación evidente de que la realidad es más terca que las previsiones y que aún contra toda previsión pueden suceder las cosas; una segunda conclusión es que se trata de una evidente excepción al principio del reforzamiento del papel del ejecutivo; sin embargo, esta excepción, creo que será eso, una excepción, un caso anómalo, no el anuncio de una regla. Y la tercera última conclusión que cabe obtener, es que las reglas del juego político (véase *intra*-partidos, véase entre votantes y líderes, véase entre partidos políticos, véase entre grupos parlamentarios en el seno de la Cámara, véase en las relaciones parlamento-ejecutivo) están cambiando: lo que antes era impensable hoy es posible, y es posible gracias a los cambios en la ciudadanía, en los medios de comunicación social y en el propio entendimiento de la democracia. De alguna manera podemos considerar el éxito de la moción de censura de 1 de junio de 2018 como otro botón de muestra de la crisis (político-constitucional) por la que atraviesa España (y otros países de la UE) y de la que hemos hablado ya anteriormente. También otro botón de muestra de crisis científica, donde los teóricos del Derecho Constitucional hemos ido “sentando catedra” y la realidad ha revelado que nuestras enseñanzas han sido poco acertadas. Esta contradicción científica nos lleva, precisamente, al siguiente sub-epígrafe, en donde también vamos a observar cómo la realidad ha puesto en evidencia a la Doctrina.

b) Poder Legislativo.

El Parlamento ha perdido centralidad; la pérdida de centralidad de las instituciones no es patrimonio exclusivo del órgano legislativo, sino de todas las instituciones públicas; sin embargo, entre todas ellas, la que ha sufrido una mayor pérdida de centralidad son las Cortes Generales.

La pérdida de centralidad se debe a la “nueva” forma de hacer política, a la política cortoplacista, a la política inmediata, a la expansión/difusión del populismo y a la forma de hacer política populista.

Esta nueva forma de hacer política conduce, desde nuestro punto de vista, a lo que podemos llamar la “**paradoja del Parlamento**”; la paradoja del Parlamento se puede sintetizar en que la institución es más usada que nunca, pero la política discurre al margen de la institución.

Los datos demuestran que el Parlamento es hoy en día una arena política, en donde los instrumentos de control y la discusión política son muy utilizados, sin embargo, la realidad es otra: tanto el control como la discusión tienen un objeto preciso: ganar votantes o, incluso, hacer perder votantes a los otros partidos. Sin lugar a dudas ese es el objetivo de cualquier partido político (ganar las elecciones), pero el objetivo no tiene que convertirse en actividad, pues cuando eso se produce se convierte en una actividad auto-referencial y, por tanto, inútil. La actividad de los partidos ya no es generar espacios públicos de debate para la gestión del bien común, sino generar audiencias para obtener escaños.

Se debate por imágenes y por relatos, pero no por ideas y proyectos.

Sobre la mayor utilización del Parlamento en los últimos tiempos reproducimos las conclusiones que realiza RIPOLLÉS SERRANO⁹⁰¹ (afirmaciones muy solventes por su doble carácter de profesora de Derecho Constitucional y Letrada de las Cortes Generales) tras hacer un exhaustivo análisis del rol desempeñado por las Cortes en sus cuarenta años de funcionamiento democrático. Las conclusiones que nos interesan son, obviamente, las que se refieren a las dos últimas legislaturas (la XI y la XII Legislatura, de enero a julio

⁹⁰¹ M. R. Ripollés Serrano, *De las Cortes generales. Cuarenta años de Parlamento*, en la *Revista Corts, Anuari de Dret Parlamentari*, n. 31/2018 (monográfico dedicado al 40 aniversario de la Constitución española), 249 y ss.

2016 y de julio 2016 hasta 2018, respectivamente).

Una primera afirmación hace referencia a la capacidad de la institución parlamentaria para englobar a los nuevos grupos parlamentarios: «integrados los disidentes en algunos casos anti parlamentarios de etapas anteriores, el Parlamento vuelve por sus fueros como el clásico lugar de debate, contraste de políticas y legitimador de actuaciones políticas, a la par que se expande la percepción de legitimación desde el Parlamento. Lo que desplaza el escenario de la vieja crítica del objeto –crítica al parlamento o al parlamentarismo –, hacia los sujetos –crítica a determinados parlamentarios o grupos parlamentarios, o directamente a partidos políticos. Esto es muy positivo para el sistema institucional, para la propia democracia representativa, aunque quizás no tanto para la ética política porque pone de manifiesto todo el «personalismo» o «subjetivismo» de la crítica política previa, aparentemente al parlamento, pero sustancialmente al sujeto político schmittiano «enemigo»».

Esta afirmación constituye para nosotros un primer ejemplo de lo que hemos llamado la paradoja parlamentaria: efectivamente, la institución absorbe “formalmente” a sus miembros⁹⁰², pero no “materialmente”, no consigue cambiar su esencia. Por ello no es razonable separar el objeto/institución del sujeto/miembros, en cuanto el producto de la institución es la unión de ambos. El Parlamento, como institución de debate y acuerdos, como lugar donde se adoptan las más altas decisiones, sigue sin funcionar, pues sus actores son lo que son y hacen lo que hacen. El Parlamento no consigue trasladar a sus miembros cuál es la función de los representantes (el bien común), no consigue insuflar entre sus miembros que el interés general es el objeto que persigue el Parlamento. Como dice muy ponderada –pero muy acertadamente- falta «ética política», algo que no puede dar el Parlamento pues corresponde a los partidos o formaciones políticas. Uno de los aspectos o perspectivas de la paradoja sería que tenemos una “buena” institución pero conformada por personas “inadecuadas”.

La que Ripollés Serrano llama la quinta observación constituye otro aspecto de lo que

⁹⁰² Dice Ripollés Serrano, *ibidem* (251): «el Parlamento cuenta con una vis atractiva extraordinaria porque conforma a los integrantes, los acomoda a sus usos, reglas y costumbres, considérese cómo los novísimos se han adaptado a las reglas del debate y sesiones y hacen uso de los instrumentos del parlamentarismo, de lo más a lo menos, desde la legítima pretensión de incluir asuntos en los órdenes del día, a los requerimientos de la debida cortesía, o de los repartos de cuotas parlamentarias en diferentes ámbitos –viajes, espacios etc.,– a, incluso, competir por algo tan aparentemente banal como la ubicación en las sedes parlamentarias –la lucha por la visibilidad– o el reparto de despachos».

llamamos *paradoja parlamentaria*: «*ha habido también cambios en los tipos de iniciativas, claramente en las legislativas el vuelco de la hegemonía de la iniciativa gubernamental – proyectos de ley–, hacia otros autores –proposiciones de ley parlamentarias básicamente; el recurso a disposiciones gubernamentales con rango de ley –sobre todo Reales Decretos Leyes, cuyo hecho habilitantes según la Constitución es la «extraordinaria y urgente necesidad», tradicionalmente interpretado como urgencia normativa y que, en los últimos tiempos empieza a despuntar como «necesidad normativa». O, en otro orden de cosas, el triunfo de instituciones de control con sanción jurídica – aprobación de la moción de censura–, o de aquellas que tradicionalmente se adoptaban de forma excepcional, como las comisiones de investigación. O, en el terreno de la organización, se ha experimentado un incremento importante del número de comisiones, o subcomisiones en Congreso a la par que un activismo de comisiones realmente notable».*

La paradoja tiene en este caso que ver con la ocupación de la potestad legislativa por parte del Ejecutivo; el aumento del número de proposiciones de ley (y en consecuencia el incremento del Parlamento en la iniciativa legislativa) se contra resta con el aumento del número de Decretos Leyes emanados del Gobierno. Frente a un aumento de la iniciativa hay un descenso de la actividad legislativa producida, descenso que es asumido por el Ejecutivo. En todo caso, si ese aumento de la producción de Leyes por parte del Gobierno es de una «necesidad normativa», eso vendría a confirmar la pérdida de centralidad de la institución parlamentaria en el sistema parlamentario de gobierno.

Desde el punto de vista de la exigencia de responsabilidad política, hay que reconocer que en este caso sí que funcionó, si bien las razones del éxito de la moción de censura se debe –desde mi punto de vista- a una serie de factores coincidentes en el tiempo (premura en la tramitación, existencia de un sentencia que condenaba al partido del Gobierno por financiación irregular, tensión territorial enfrentando al Gobierno con las fuerzas políticas catalanas, que el candidato no fuera miembro del Congreso, el cansancio del Presidente, las riñas internas del Partido Popular, ...) que de no haberse concentrado todos en un mismo momento nunca hubiere prosperado.

Y desde el ámbito organizativo (o de control)⁹⁰³ cabe decir lo mismo: muchas Comisiones

⁹⁰³ Sí que estamos de acuerdo con los dos interesantes cambios sociológicos en la composición del Parlamento: «*la feminización del Parlamento – nunca hasta las últimas legislaturas ha habido tantos y tan relevantes puestos ocupados por parlamentarias: presidencias (hubo ciertamente dos presidencias ocupadas por dos parlamentarias en el pasado, en una y otra Cámara, y algunas notorias Presidentas de Comisión,*

de Investigación creadas, pero pocos resultados: de las cuatro creadas en la XII Legislatura tan solo dos concluyeron sus trabajos; se solicitaron otras tres, pero por impedimento del Reglamento del Congreso (que solo deja funcionar cuatro Comisiones de Investigación contemporáneamente) no llegaron funcionar o a constituirse. Y el activismo en otras Comisiones y Subcomisiones no ha tenido trascendencia pública, por lo que su finalidad y su trabajo han quedado –si existen- en la ignorancia y en el desconocimiento⁹⁰⁴.

Termina Ripollés Serrano su evaluación sobre la institución parlamentaria afirmando que «lo que sin duda es más relevante y seguramente colofón de lo anterior, se ha asentado la noción de que el Parlamento constituye el órgano esencial de la democracia, lo que supone que se refuerza la misma democracia representativa frente a veleidades pasadas con la democracia directa⁹⁰⁵», concluyendo de manera optimista que si bien no «estamos en una

pero las Mesas como órganos colegiados eran de predominio masculino), lo que ahora ha cambiado–, o la portavocía en pleno o en comisión-; y, además, sociológicamente un rejuvenecimiento de los parlamentarios, habiendo bajado no solo el promedio de edad, sino modificada la procedencia sociológica con nuevas y «jóvenes» profesiones y roles sociales, bastantes de ellas vinculadas en origen a movimientos sociales como consejos ciudadanos, u ONGs, activistas de movimientos sociales diversos (por la vivienda, la ecología, el derecho, la sanidad pública), dinamizadores culturales, directores de teatro, cine, poetas y poetisas, en suma, un universo sociológico muy diferente al de legislaturas anteriores», ibídem, 251-252.

⁹⁰⁴ Por ejemplo, la Comisión de Estudio sobre Tráfico y Seguridad Vial (Legislatura XII) concluyó con más de 60 proposiciones no de ley (no todas aprobadas), se hizo un importante esfuerzo y un muy importante trabajo. Sin embargo, poca trascendencia han tenido las citadas proposiciones no de ley, ni en el ámbito normativo ni en el mediático.

Para L. M. Cazorla Prieto «El progresivo aumento de los medios personales y materiales al servicio de la Cámara ha favorecido indudablemente su centralidad. Otros factores a los que he hecho mención específica (inoperancia de las ponencias, excesos de la lectura única, deficiencias del procedimiento parlamentario, insuficiencias de ciertos instrumentos de control, abuso de los decretos-leyes, amplitud indebida de las potestades gubernamentales de veto presupuestario) han contribuido, al margen de la existencia o no de mayorías absolutas, a que las oscilaciones de la centralidad del Congreso de los Diputados hayan sido en sentido negativo y en perjuicio, por ende, del espíritu de la Constitución de 1978» (Reflexiones sobre la oscilante centralidad del Congreso de los Diputados bajo la Constitución de 1978, en Revista de las Cortes Generales, n. 104/2018, 40).

⁹⁰⁵ «¿Quién pone hoy en cuestión, como sucedía hace unos pocos años, que el Parlamento es el órgano representativo y por ende el foro de expresión de legitimidad política por excelencia?, ¿alguien en las Cámaras o en los Medios discute este axioma?, ¿han suplantado las redes sociales y los foros electrónicos al Parlamento?, ¿se considera que los parlamentarios trabajan poco?, ¿se sigue hablando de que los parlamentarios ganan mucho dinero y se dedican poco a su actividad?, ¿se pone en cuestión la eficacia del Parlamento?, ¿sigue estando en la agenda pública la crítica al parlamentarismo?

Un breve repaso a la información y opinión en los Medios y en los estudios de opinión nos muestra que la respuesta es negativa. Se respeta la naturaleza, funciones y capacidad legitimadora del Parlamento; los foros y redes sociales han quedado como complemento e actuaciones políticas parlamentarias, ciertamente los parlamentarios, políticos en general, y partidos se expresan en los foros, pero estos son anunciadores o voceros de opiniones o actuaciones parlamentarias, en otras palabras se han instrumentalizado las redes sociales al servicio de la política y el parlamentarismo, no han sustituido como espacio público al Parlamento; prácticamente ha desaparecido como una información u opinión recurrente la crítica al escaso trabajo parlamentario –evidentemente falsa ahora, como han podido comprobar los nuevos protagonistas, y en muchos casos falsa antes-; ya no se reiteran esas demagógicas opiniones sobre el exceso de retribuciones de los parlamentarios –también falsas las más de las veces–, por lo demás con niveles retributivos que han de estar equiparados a su importante función, sin complejos de excesos, porque el

edad de oro del parlamentarismo» sí que estamos ante «un proceso de recuperación paulatina». Sin embargo, ella misma termina poniéndose una duda o, mejor dicho, advirtiendo que todo puede no ser positivo. Nosotros, desgraciadamente, creemos más en la segunda conclusión: «si la consideración es que el Parlamento sirve solo cuando se está dentro, confundiendo la crítica política con la institucional, entonces estaríamos ante una comedia, y, muy probablemente, encima, sin final feliz»⁹⁰⁶. El Parlamento ha perdido “auctoritas”, perdiendo así su función orientadora para convertirse en una cámara de eco, donde puede haber muchas opiniones, pero pocas orientaciones.

A esa crisis de la centralidad del Parlamento, se une, como ya hemos mencionado anteriormente, la crisis de la representación. Es evidente que la traducción de los votos en escaños es –siempre– el eterno o continuo debate de la democracia representativa. Debate que, aun siendo muy interesante, no deja de ser estéril, en tanto y en cuanto el debate se produce siempre en términos inconciliables; por ejemplo, en España, ¿quién se atreve a quitar representación a las provincias despobladas cuando la realidad es que un escaño en las provincias despobladas cuesta de 5 a 6 veces menos que en las más pobladas? Sobre el tema, con un análisis profundo de los resultados electorales nos remitimos a los trabajos de Maite Salvador Crespo y Luis Pomed publicados en este mismo número de la Revista⁹⁰⁷.

problema no es este, sino el uso espurio de la condición de parlamentario para otros menesteres, que tiene incluso su tipificación y sanción en el Reglamento parlamentario, (art 17 RCD y Acuerdo de la Mesa del Congreso de 17 de febrero de 1990).

*Desde sus sujetos y desde la ciudadanía el Parlamento se percibe como eficaz, las ruedas de prensa parlamentarias se han multiplicado, nunca como estos últimos dos años ha estado la sala de conferencias de prensa tan solicitada y concurrida, la asistencia de Medios, los periodistas y Medios acreditados suponen tal número que se ha llegado incluso a reformar las instalaciones de prensa del Congreso y es que, en efecto, ha habido un cierto cambio de paradigma parlamentario, de ser una institución objeto de fácil crítica, ha pasado a ser una institución más fuerte, valorada y considerada», Ripollés Serrano, *De las Cortes generales. Cuarenta años de Parlamento*, cit. 252-253.*

⁹⁰⁶ Como señala Isabel Giménez Sánchez para mejorar el control “del” y “en” el Parlamento entre otras cosas es necesaria «una voluntad decidida por parte de los propios parlamentarios de llevar a cabo un control real de la actuación del Gobierno y no limitarse a llevar a cabo actuaciones efectistas meramente dirigidas a la búsqueda de titulares en los medios» (en *Agenda Pública*, 6 de diciembre de 2018, <http://agendapublica.elpais.com/la-reforma-constitucional-las-relaciones-entre-gobierno-y-cortes-generales/>).

⁹⁰⁷ M. Salvador Crespo, *Sistema electoral, sistema de partidos y formación del gobierno en España. Situación actual*, L. Pomed Sánchez *Las elecciones del 28 de abril (y 26 de mayo): reflexiones sobre la forma de gobierno y sobre el sistema de partidos*, en *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, monográfico, 2020.

Un análisis franco y muy correcto es el de R. Blanco Valdés, *El año que vivimos peligrosamente: del bipartidismo imperfecto a la perfecta ingobernabilidad*”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 109/2017.

c) Poder Judicial.

El Poder Judicial asiste a un protagonismo inusitado debido a las siguientes razones:

-la clase política sigue residenciando en los órganos judiciales parte de la disputa política o, mejor dicho, trata de obtener en los tribunales lo que no obtiene en el juego político. El ejemplo paradigmático es la corrupción. Con esto no decimos que la corrupción no deba ser perseguida, sino que la corrupción forma parte del discurso político y quienes condenan o absuelven del delito son los jueces.

-Algunas materias son objeto de judicialización extrema: en concreto nos referimos a agresiones sexuales y violencia de género, así como desahucios. Cuando hablamos de judicialización extrema nos referimos a contextos en los que la política se apropia de la materia y hace bandera de ella. Aquí encontramos las siguientes paradojas o perplejidades o incertidumbres: un Gobierno de la Nación que se quiere presentar como acusación particular en un caso de violación múltiple, pareciendo olvidar que la Fiscalía General del Estado depende del Ministerio de Justicia⁹⁰⁸; una insistente reclamación de justicia “popular”, donde los jueces han de interpretar el ordenamiento jurídico de acuerdo con el sentir del pueblo⁹⁰⁹; una legislación penal que sanciona más gravemente la agresión sexual que el homicidio⁹¹⁰.

-aunque no tiene vinculación con el Poder Judicial, pero sí con la función jurisdiccional, también es relevante el papel del Tribunal Constitucional en el juego político, tanto en el ámbito del problema del independentismo en Cataluña⁹¹¹, como en el propio juego parlamentario, habiendo aumentado notablemente el número de recursos de amparo parlamentarios (actos provenientes del Parlamento, nacional o autonómicos)⁹¹² o, como ya hemos mencionado, interponiendo incluso un conflicto de atribuciones entre Gobierno y

⁹⁰⁸ <https://www.elmundo.es/espana/2018/06/25/5b30c6feca4741df1b8b4628.html> , entre otros.

⁹⁰⁹ https://www.eldiario.es/politica/largo-camino-investidura-Pedro-Sanchez_13_912488743_30239.html
https://www.elespanol.com/espana/politica/20190622/iglesias-abogado-manada-coinciden-cedido-presion-feminista/407960368_0.html

<http://www.rtve.es/noticias/20190621/gobierno-sobre-sentencia-manada-hoy-se-hecho-justicia/1960220.shtml> , entre otros.

⁹¹⁰ https://www.abc.es/sociedad/abci-expertos-descartan-castigar-mas-violacion-homicidio-201811170152_noticia.html

⁹¹¹ Cfr. J. M. Castellá Andreu, *Tribunal Constitucional y proceso secesionista catalán: respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político-constitucional*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 37/2016.

⁹¹² Así en los años 2014 a 2016, hubo una media de 10 recursos de amparo del art. 42 de la LOTC (el que se conoce como amparo parlamentario) frente a 28 recursos de amparo de los años 2017 y 2018. Cfr. Memorias de Actividades del Tribunal Constitucional.

Parlamento ante la negativa del primero a someterse al control del segundo. En definitiva, juridificar la política o, si se quiere, en términos más contundentes, pero más imprecisos, judicializar la política.

Todo ello plantea los problemas obvios en la forma de gobierno de la definición del poder judicial, que sufre presiones sin existir debate sobre su rol efectivo en el sistema, y todo ello al margen del problema constitucional de la configuración del órgano de gobierno, el Consejo del Poder Judicial⁹¹³.

4. Conclusión.

La conclusión a la que llego es la del desconcierto, la de la incertidumbre; y frente a ella solo cabe una receta conservadora: hay que introducir cambios, es indudable, pero no cambios bruscos o amplios. Es una clara posición conservadora, pero creo que ante la falta de una visión clara del problema y de sus posibles soluciones, faltando un modelo económico-político-social omnicomprensivo (al menos amplio), difícilmente cabe articular respuestas globales. Es indudable que existe una reclamación de más derechos y una mejor representación, pero aun siendo reclamaciones importantes no es menos cierto que no dejan de ser puntuales y, además, no tienen en cuenta el contexto o se llevan a cabo sin una ponderación con otros derechos o intereses.

Lo que es cierto es que hay corregir las desviaciones detectadas, bien mediante las oportunas reformas legislativas (que no tienen que ser en este caso constitucionales), bien mediante las oportunas intervenciones en las interpretaciones jurisdiccionales. Pero esas intervenciones son eso, intervenciones, no cambios bruscos.

Abstract: Análisis de los cambios en la forma de Estado y en la forma de gobierno que se están produciendo en España a principios del siglo XXI

Abstract: Analysis of the changes in the form of state and in the form of government that are taking place in Spain at the beginning of the 21st century

⁹¹³ Cfr. sobre el tema P. Lucas Murillo De La Cueva, *La independencia y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 40/2017.

Parole chiave: forma de Estado – forma de gobierno – España.

Key words: Form of state – form of government – Spain.

PREFAZIONE.

IL GOVERNO IN ITALIA E SPAGNA. REGOLE, PRASSI E CONVENZIONI COSTITUZIONALI*.

di Fortunato Musella **

Sommario. 1. Una fascinazione mediterranea? – 2. La fattispecie aperta della forma di governo. – 3. La prassi della normazione – 4. Convenzioni, contratti, criteri di rilevanza. – 5. Conclusioni. Le sorti del governo democratico.

1. Una fascinazione mediterranea?

Italia e Spagna condividono spesso percorsi comuni⁹¹⁴. Per soffermarsi sugli sviluppi recenti, entrambi i paesi sono arrivati alla democrazia dopo una stagione di autoritarismo, hanno quindi gestito un delicato equilibrio tra centro e periferie, hanno sviluppato solidi partiti ideologici. Sono comuni anche alcune crisi dei due paesi⁹¹⁵, e le sfide che le due democrazie stanno attualmente fronteggiando: dagli smottamenti del sistema di partito alle difficoltà di formazione, e conduzione, del governo democratico. E' per questo che, nonostante le differenze di ordine politico-istituzionale, la comparazione tra Italia e Spagna è stata tentata di frequente⁹¹⁶, con il caso iberico a divenire nel nostro paese oggetto di «grande interesse, sorpresa, meraviglia»⁹¹⁷, senza escludere ragioni di vera e propria fascinazione mediterranea.

* Sottoposto a referaggio.

** Professore ordinario di Scienza politica – Università di Napoli “Federico II”.

⁹¹⁴ È il punto di partenza del convegno internazionale «Trasformazioni della forma di governo e sorte della democrazia: Italia e Spagna», Università di Napoli Federico II, Napoli 6 maggio 2019, i cui lavori sono presentati in questo numero monografico.

⁹¹⁵ L. Morlino e F. Raniolo, *The Impact of the Economic Crisis on South European Democracies*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2017; A. Bosco, *Le quattro crisi della Spagna*, Bologna, Il Mulino, 2018.

⁹¹⁶ La logica della comparazione è in questo caso di tipo *most similar cases*, dal momento che Italia e Spagna appaiono strutturalmente simili «anche nella configurazione sociale e politica, nei livelli di educazione, negli stili di vita dei loro abitanti», Cfr. F. de Nardis, *Comparare Spagna e Italia: alcune riflessioni sulle implicazioni metodologiche della comparazione tra due paesi storicamente connessi*, in *Società Mutamento Politica*, 6, n. 11/2015, pp. 95-116.

⁹¹⁷ M. Salvati, *Spagna e Italia. Un confronto*, in V. Pérez-Díaz, *La lezione spagnola. Società civile, politica e legalità*, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 1-82, p. 9.

Di fatto il confronto è, alla prova dei fatti, molto fruttuoso per l'indagine scientifica. In questa prefazione mi soffermerò sul governo in Italia e Spagna, e in particolare – secondo la linea argomentativa di un recente volume⁹¹⁸ – su tre nuclei tematici: il ruolo della variabile partitica, e più di recente del fattore giurisprudenziale, nel determinare una forma di governo che per sua origine è, nei due paesi, a «fattispecie aperta»⁹¹⁹, vale a dire particolarmente suscettibile di essere condizionata dagli assetti politico-partitici; la normazione dell'esecutivo usata come spia e misura dei rapporti nel sottosistema governo-parlamento, con entrambi i paesi a prevedere la prerogativa di emanare decreti legge in capo all'esecutivo, che ha portato spesso all'abuso del loro ricorso in mancanza di coesione della maggioranza parlamentare⁹²⁰; la frammentazione del sistema di partito tradizionale che è all'origine della difficile stabilizzazione dell'indirizzo politico, e al contempo occasione di innovazione istituzionale, con riferimento ad esempio ai meccanismi di formazione del governo. Tre ambiti che portano ad interrogarsi su quale sarà il futuro del governo nelle due democrazie sud europee.

2. La fattispecie aperta della forma di governo.

La modellistica costituzionale classica ha lasciato contemplare sotto un unico sguardo analitico le forme di governo delle democrazie⁹²¹, distinguendole a seconda del rapporto diretto o indiretto del capo dell'esecutivo con la fonte della sua legittimità⁹²². La coppia concettuale che contrappone il presidenzialismo al parlamentarismo, soprattutto con la crescita in numero di paesi che in tutto il mondo hanno forma di Stato democratico, risulta

⁹¹⁸ F. Musella, *Il governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, Bologna, Il Mulino, 2019.

⁹¹⁹ La categoria è di L. Elia, per il quale «il funzionamento dipende oltre che da norme costituzionali o consuetudinarie, anche da convenzioni integrative (o secondo Costituzione)» (*Forme di Stato e forme di governo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 2593-2605, p. 2601).

⁹²⁰ Un tema questo che ha caratterizzato la lunga, e ormai interrotta, transizione italiana alla democrazia maggioritaria (si veda F. Musella, *Il Premier diviso. Italia tra presidenzialismo e parlamentarismo*, Milano, Bocconi University Press, 2012), ma anche la Spagna soprattutto dopo le elezioni del 2015, in seguito alle quali si è assistito «all'abuso del decreto legge (19 decreti legge nei primi 4 mesi), o all'interferenza del governo nella procedura legislativa, azioni che stanno causando conflitti tra il legislativo e l'esecutivo», cfr. C. Vidal Prato, *La forma di governo spagnola, dopo la "prima" sfiducia costruttiva: un dibattito italo-spagnolo*, in *DPCE on line*, n. 4/2018.

⁹²¹ E. Rotelli, *Forme di governo delle democrazie nascenti: 1689-1799*, Bologna, Il Mulino, 2005.

⁹²² Un inquadramento concettuale delle forme di governo, a partire da questo asse, è offerto in F. Musella, *Governo*, in M. Calise, T.J. Lowi e F. Musella (a cura di), *Concetti Chiave. Capire la Scienza Politica*, Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 131-142.

però inadeguata a cogliere la complessità della realtà empirica. Limita, in primo luogo, la differenziazione interna rispetto ad uno stesso *genus* costituzionale. Anche la delimitazione del semi-presidenzialismo, come terzo modello costituzionale ovvero «forma politica a mezza strada fra sistemi presidenziali e sistemi parlamentari»⁹²³, forgiato nella Francia di De Gaulle, non poteva dirsi sufficiente agli scopi di una efficace analisi comparata delle istituzioni politiche. In secondo luogo, essa non permette di investigare la dinamica delle forme di governo, vale a dire il percorso di transizione che gli stessi governi democratici possono compiere, raggiungendo differenti punti di equilibrio tra gli organi costituzionali pur identificandosi col medesimo archetipo formale. Entrambe le considerazioni impongono, come già attenta dottrina osservava negli anni Settanta, di porre al centro dell'analisi, come tratto non accessorio ma elemento fondante e anche giuridicamente rilevante, le «caratteristiche del sistema di partiti (loro numero, struttura parlamentare o meno, coesione, modo reciproco di considerarsi) tra le varianti istituzionali»⁹²⁴.

Nei decenni seguenti, tuttavia, tale indicazione è stata più apprezzata che seguita. Ciò in parte derivava dalla stessa impostazione dei Costituenti, che, come è noto, riconoscevano i partiti politici come libera associazione tra cittadini, rivolta a determinare la politica nazionale, ma ne negavano la qualità di potere dello Stato⁹²⁵, proprio nel momento in cui lo Stato italiano veniva costruito per azione, e supplenza, delle organizzazioni di massa⁹²⁶. Più di recente, la stessa indicazione, inoltre, non è tenuta nella dovuta considerazione anche da quanti, nell'ambito degli studi politologici, si sono affrettati a dichiarare la crisi, o addirittura la fine, del partito di massa, nonostante esso continuasse ad agire da pilastro dell'ordinamento democratico⁹²⁷.

⁹²³ G. Sartori, *Elogio del semi-presidenzialismo*, in *Rivista Italiana di Scienza Politica*, n. 25/1995, pp. 3-20, p. 3. Per una analisi molto lucida dell'evoluzione della forma di governo francese, con particolare attenzione al suo ultimo Presidente, U. Coldagelli, *Macron. Il sogno di una nuova grandeur. Tra ambiguità e speranze*, Roma, Donzelli, 2019.

⁹²⁴ L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 634-675, p. 638.

⁹²⁵ Sulla «soluzione intermedia» fra quella francese e quella tedesca adottata in Assemblea Costituente si veda P. Ridola, *Partiti politici*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Milano, Giuffrè, 1982. Una conferma, a distanza di sessant'anni, è la recente ordinanza 17/2019 della Corte Costituzionale.

⁹²⁶ P. Scoppola, *La repubblica dei partiti: evoluzione e crisi di un sistema politico: 1945-1996*, Bologna, il Mulino, 1997.

⁹²⁷ Come mostra quell'ormai trentennale programma di ricerca empirica che, sviluppandosi intorno alla categoria del *cartel party*, attribuiva al partito un'ancora piena capacità di controllare le risorse statali, a fronte di un processo di smobilitazione dell'elettorato. Si vedano gli studi pionieristici di R.S. Katz, P. Mair, *Changing Models of Party Organization: The Emergence of the Cartel Party*, in *European Consortium for Political Research Joint Sessions of Workshops*, University of Limerick, 30 marzo-4 aprile 1992; e, degli stessi autori, *The evolution of party organizations in Europe: The three faces of party organization*, in *American*

Tra organizzazione di partiti e forma di governo esiste una relazione di reciproca influenza. I partiti si trasformano al fine di cogliere al meglio la struttura delle opportunità di un dato sistema politico, ad esempio personalizzandosi in caso di elezione diretta del presidente⁹²⁸. D'altra parte, il modo di operare degli organi costituzionali, e le loro relazioni, è plasmato dalla configurazione dei partiti che ne garantiscono il funzionamento. Si pensi a come la personalizzazione dei partiti politici sia stata una delle più rilevanti cause del rafforzamento della figura del primo ministro in numerose democrazie, tra le quali, appunto, Italia e Spagna⁹²⁹. Nel nostro paese si ricordi come nel primo cinquantennio della Repubblica italiana la figura del Presidente del Consiglio non coincidesse quasi mai con quella del vertice del partito di maggioranza, mentre nelle ultime legislature la guida dell'esecutivo è stata affidata al capo della coalizione per la prima volta con Silvio Berlusconi, o al leader del partito «a vocazione maggioritaria» con Matteo Renzi. Oppure si consideri, più in generale, come l'insorgenza di partiti personali abbia inciso sui rapporti all'interno della compagine governativa con il netto passaggio dalla «direzione plurima associata»⁹³⁰, tipica dell'esperienza primo-repubblicana, agli esecutivi con leader *primus super pares* degli ultimi anni, sino a contemplare l'attuale struttura di governo ancora in cerca di una stabile definizione. Anche in Spagna la personalizzazione dei partiti politici è stata la chiave principale a spiegare il livello di presidenzializzazione dell'esecutivo iberico, «in un assetto abbastanza flessibile in cui l'autorità politica può variare a seconda delle evoluzioni della politica di partito»⁹³¹.

Gli ultimi sviluppi della forma di governo nei due paesi sono il prodotto della generalizzazione del modello del partito personale, che si riflette nella frammentazione del

Review of Politics, 14, pp. 593–618. Un bilancio recente è tentato in R.S. Katz, P. Mair, *The cartel party thesis: A restatement*, in *Perspectives on politics*, 7, n. 4/2009, pp. 753-766.

⁹²⁸ M. S. Schugart e J.H. Carey, *Presidents and Assemblies. Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992. Sul caso italiano, anche con riferimento all'introduzione dell'elezione diretta dei Presidenti di Regione, di veda S. Staiano (a cura di) *Nella rete dei partiti: trasformazione politica, forma di governo, network analysis*, Napoli, Jovene, 2014.

⁹²⁹ Entrambi i casi sono ricompresi nello studio comparato di T. Poguntke e P. Webb, *The Presidentialization of Politics: A comparative Study of Modern Democracies*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

⁹³⁰ E. Cheli e V. Spaziante, *Il consiglio dei ministri e la sua presidenza: dal disegno alla prassi*, in S. Ristuccia, a cura di, *L'istituzione di governo. Analisi e prospettive*, Milano, Comunità, 1977.

⁹³¹ I. Biezen e J. Hopkin, *The Presidentialization of Spanish Democracy: Sources of Prime Ministerial Power in Post-Franco Spain*, in T. Poguntke e P. Webb (a cura di) *The Presidentialization of Politics*, cit., pp. 107-127.

sistema dei partito⁹³². Muta notevolmente la seconda importante caratteristica dei sistemi di partito: la dinamica, vale a dire le relazioni reciproche tra le diverse componenti del *party system*⁹³³. Non resistono, infatti, le tradizionali linee di competizione elettorale: l'asse destra-sinistra si rileva sempre meno saliente, tanto che leader e partiti sono alla ricerca di un consenso trasversale, mobilitano l'elettorato su nuovi fronti di divisione politico-sociale, come ad esempio la contrapposizione tra popolo e Palazzo, o tra politica nazionale e sovranazionale. Se i sistemi politici si sono affollati di nuovi attori partitici, uno degli indicatori più lucidi del processo di sgretolamento dei sistemi di partito tradizionale si ritrova nel fatto che, mentre la parabola dei partiti di massa si svolgeva in passato nello spazio di diverse generazioni, oggi «l'elettorato italiano è diventato più anziano rispetto ai partiti per i quali esprime – quando lo fa – una preferenza»⁹³⁴. Anche in Spagna le elezioni del 2019 sono caratterizzate dal maggior livello di frammentazione del sistema partitico, con un valore dell'indice che è praticamente raddoppiato rispetto alla media degli anni Ottanta e Novanta. Tendenze che non possono che impattare sulla natura e il funzionamento dell'esecutivo nazionale.

Fino ad arrivare a fasi di vera e propria latitanza dei partiti politici, come successo negli ultimi anni a proposito della redazione della legge elettorale, che i partiti sono sembrati a lungo incapaci di produrre. Ciò ha chiamato in causa la Corte costituzionale, a divenire un vero e proprio formante della forma di governo, superando il consolidato teorico che le avrebbe impedito di intervenire sulle leggi elettorali (infra S. Staiano e M. Troisi). La nuova impostazione riposa invece sulla erronea premessa della fine della democrazia dei partiti. Dopo essere intervenuta per due volte – con le sentt. n. 1/2014 e n. 35/2017 – in materia elettorale, si può affermare che la Consulta travalichi «i confini nei quali sono contenuti i suoi poteri in un sistema di giurisdizione costituzionale improntato all'incidentalità. In tal modo restringe il campo dei soggetti per l'innanzi dominanti – i partiti – e il loro modo di produzione normativa: laddove vi era stato modellamento esclusivamente legislativo e convenzionale della forma di governo, vi è ora modellamento giurisdizionale»⁹³⁵. A

⁹³² Di «*parties without system*» parla Mauro Calise, in S. Passigli (a cura di), *La politica come scienza. Scritti in onore di Giovanni Sartori*, Firenze, Passigli Editore, 2015, presentando l'importante nesso tra personalizzazione della politica e crisi dei sistemi di partito.

⁹³³ Secondo i canoni della classica trattazione di G. Sartori, *Parties and Party System*, Cambridge, Cambridge University Press, 1976.

⁹³⁴ M. Valbruzzi, *Il governo tra frammentazione e destrutturazione partitica*, in F. Musella, a cura di, *Il governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, Bologna, Il Mulino, pp. 295-317, p. 301.

⁹³⁵ S. Staiano, *La forma di governo nella Costituzione come norma e come processo*, n *Il governo in Italia*.

segnalare ancora una volta una relazione causale tra scomposizione del sistema dei partiti, incapace di stabilizzarsi intorno a regole elettorali condivise, e riposizionamento degli attori politico-istituzionali⁹³⁶. E una crescente tendenza alla giudizializzazione della politica⁹³⁷.

Anche il *Tribunal Constitucional* spagnolo ha assunto negli ultimi anni «il timone dello sviluppo costituzionale» spagnolo⁹³⁸. Si pensi al suo intervento in tema di aborto in cui la Corte costituzionale ha contribuito ad una parziale depenalizzazione⁹³⁹, ma soprattutto al suo ruolo nella definizione delle relazioni tra centro e periferia e nella distribuzione di poteri tra i diversi livelli di governo. Questo fenomeno è stato particolarmente evidente negli anni Novanta quando l'esplosione del contenzioso ha portato alcuni autori a parlare di «*estado jurisdiccional autónomico*»⁹⁴⁰. E' stata osservata, infatti, un'opera ininterrotta di ridefinizione del modello territoriale, molto incisiva nella delimitazione dei concreti ambiti di competenza tra lo Stato e le Comunità Autonome⁹⁴¹: un vero e proprio processo di giudiziarizzazione della *governance* territoriale⁹⁴². Inoltre, più recentemente il *Tribunal Constitucional* ha svolto un ruolo chiave nel regolare i tentativi avanzati dalla Catalogna nel difficile percorso verso l'indipendenza. La lotta tra il governo Catalano e quello centrale ha visto quest'ultimo ricorrere sempre più frequentemente al Tribunale costituzionale

Profili costituzionali e dinamiche politiche, Bologna, Il Mulino, 2019, pp. 29-70, p. 51; sul punto, nello stesso volume, si veda il capitolo di M. Troisi, *Il governo nelle decisioni della Corte Costituzionale*, pp. 95-122.

⁹³⁶ A. Morrone parla a tale proposito di «suprematismo» della Corte Costituzionale, cfr. *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte Costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2019, pp. 261-290.

⁹³⁷ Per un inquadramento del fenomeno in ottica comparata si vedano: A. S. Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2000; C. Guarnieri e P. Pederzoli, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*. Oxford, Oxford University Press, 2002; T. Vallinder e C. N. Tate, a cura di, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 2005. In relazione al caso italiano: M. L. Volcansek, *Constitutional Politics in Italy*, Houndmills, Palgrave Macmillan, 1999; P. Pederzoli, *La Corte Costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2008; L. Rullo, *The Italian Constitutional Court in the Personal Leaders' Era*, in *Democracy, Populism, and Judicial Power: Where to from Here?*, Monash University, Prato 24-26 luglio 2019.

⁹³⁸ G. Lopez e E. Guillen, *Judicial Review in Spain: The Constitutional Court*, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, 41, n. 2/2008, pp. 529-562.

⁹³⁹ Sentenza n. 53/1985. Sul punto si veda B. Barreiro, *Judicial Review and Political Empowerment: Abortion in Spain*, in *West European Politics*, 21, n. 4/1998, pp. 147-162.

⁹⁴⁰ Tra i primi a parlarne è M. A. Reyes, *¿Estado jurisdiccional autónomico?*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 16/1996. Lo stesso autore ne discute sviluppi e tendenze più recenti in M. A. Reyes, *Reforma del Estado autónomico: mejora y no sustitución del modelo. Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, 10, n. 6/2019.

⁹⁴¹ M. Castella Andreu, *La relevancia del Tribunal constitucional en la configuración del Estado autónomico español*, in E. Bettinelli e F. Rigano (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 620 ss.

⁹⁴² Si veda H.F.D. Vale, *The Judicialization of Territorial Politics in Brazil, Colombia and Spain*, in *Brazilian Political Science Review*, 7, n. 2/2013, pp. 88-113.

sottoponendolo ad «una inopportuna sovraesposizione politica e mediatica, nel disperato tentativo di mantenere un ruolo istituzionale equilibrato»⁹⁴³. In particolare, la sentenza 31/2010 ha dichiarato incostituzionale diversi articoli dello Statuto Catalano così come modificato dalla legge organica n. 6 del 19 luglio 2006, ponendo un severo limite alle spinte autonomistiche.

3. La prassi della normazione.

Proprio perché la forma di governo, in Italia e in Spagna, è a fattispecie aperta, lasciando agli attori in campo ampi margini di adattamento, e anche ridefinizione, del quadro costituzionale, è molto evidente la necessità di seguirne gli sviluppi in punto di prassi. Pur se molti giuristi istintivamente resistono all'irrompere della "materialità della politica" in contrasto con la certezza del diritto, o più in generale gli studiosi di scienze sociali mostrano ritrosia rispetto alle manifestazioni prive di una qualsivoglia sistematicità – o che sembrano non averne – sono «tanti i settori del diritto costituzionale ancora dominati dalla prassi. Basti pensare alla formazione dei Governi; ai rapporti fra Governo e Capo dello Stato (per esempio per ciò che riguarda il comando delle forze armate), in particolare fra ministri "proponenti" e Capo dello Stato; allo scioglimento delle assemblee parlamentari; alla attività normativa del Governo (soprattutto laddove deve essere trasfusa in atti del Capo dello Stato); alla stessa attività di indirizzo politico»⁹⁴⁴.

Un posto privilegiato in tale ambito è riservato alla decretazione dei nuovi esecutivi, dal momento che l'uso e le modalità di adozione degli atti normativi, soprattutto di quelli "contesi" da governo e parlamento, lasciano osservare il mutamento del posizionamento e delle relazioni degli organi costituzionali. Italia e Spagna sono accomunati dall'attribuzione in capo all'esecutivo nazionale della prerogativa di atti normativi con forza di legge⁹⁴⁵. In

⁹⁴³ Per una ricostruzione del percorso d'indipendenza della Catalogna e del ruolo del Tribunale Costituzionale spagnolo si veda A. Mastromarino, *La dichiarazione di indipendenza della Catalogna*, in *Osservatorio Costituzionale*, n. 3/2017, pp. 1-13, p. 4. Si veda anche, a proposito dell'emergere delle piccole patrie, G. Ferraiuolo, *Costituzione, federalismo, secessione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

⁹⁴⁴ A. Barbera, *Intorno alla prassi*, in A. Barbera e T.F. Giupponi (a cura di), *La Prassi degli organi costituzionali*, Bologna, Bononia University Press, 2008, p. 11.

⁹⁴⁵ Entrambi i paesi hanno inoltre lasciato riscontrare la loro eccezionalità in un quadro comparativo che non vede un uso molto diffuso della decretazione governativa, cfr. D. Fiumicelli, *Dalla urgenza nel provvedere alla "opportunità/convenienza del provvedimento": la decretazione di urgenza tra origine storica, crisi economia e corti costituzionali*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2014.

caso di straordinaria e urgente necessità, si è stabilito che sia il governo italiano che quello spagnolo possano emanare decreti legge, che poi dovranno essere convertiti in un arco di tempo rispettivamente di sessanta e trenta giorni dall'assemblea parlamentare. Come è noto, la prassi è andata ben oltre tale previsione, così che il decreto è divenuto «mezzo ordinario di attuazione dell'indirizzo politico»⁹⁴⁶: in entrambi i paesi si osserva, nel quadro del rafforzamento degli organi di indirizzo politico⁹⁴⁷ una comune tendenza a ricorrere in misura crescente alla legislazione autonoma, con il governo a proporsi, sempre più, come attore normativo. Ciò appare da un lato la conseguenza dei processi di personalizzazione, prima del partito poi del governo, che enfatizzano la figura del Presidente del Consiglio, dall'altra la conseguenza della frammentazione del sistema dei partiti che riduce la stabilità e la coesione delle maggioranze parlamentari, e rende più insidioso per l'esecutivo l'iter legislativo ordinario.

Concentrandoci sul nostro paese, nel corso del tempo l'uso della decretazione conosce un ribaltamento funzionale. A partire dagli anni Settanta i decreti legge hanno conosciuto una costante espansione: con la sesta legislatura si realizzava, infatti, una modalità di co-legislazione tra governo e parlamento che portava ad accrescere il volume della decretazione. Secondo la nota interpretazione di Alberto Predieri, il governo presentava un'ipotesi di lavoro, mentre il parlamento conservava il compito di approvare e attualizzare tale ipotesi⁹⁴⁸. La codeterminazione negoziale si arricchiva, soprattutto negli anni Ottanta, dell'istituto della reiterazione, che permetteva di ripresentare lo stesso decreto dopo il tempo utile per la sua approvazione. L'uso che invece si è fatto dei decreti legge, a seguito del divieto di reiterazione dei decreti fissato dalla Corte costituzionale (sent. 360/1996), ha fatto intravedere importanti novità. Nonostante la sentenza lasciasse presagire un netto calo dei decreti legge, il loro peso è divenuto ancora più elevato, con una decisa «mutazione genetica del decreto legge, da strumento essenzialmente di manutenzione normativa e di portata generalmente modesta [...] a strumento con il quale impostare politiche di medio-

⁹⁴⁶ C. Chimenti, *Un parlamentarismo agli sgoccioli. Lineamenti della forma di governo italiana nell'esperienza di dieci legislature*, Torino, Giappichelli, 1992; A. Simoncini, *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, Eum, 2006.

⁹⁴⁷ Come rilevato nel saggio di M. Calise, *Il governo*, in F. Barbagallo (a cura di), *Storia dell'Italia repubblicana*, Torino, Einaudi, pp. 347-397.

⁹⁴⁸ A. Predieri, [1975], *Il governo colegislatore*, in F. Cazzola, A. Predieri e G. Priulla, *Il decreto legge fra governo e Parlamento*, Milano, Giuffrè, 1975; F. Cazzola e M. Morisi, *L'alluvione dei decreti. Il processo legislativo tra settima e ottava legislatura*, Milano, Giuffrè, 1981.

lungo termine»⁹⁴⁹. I decreti si accompagnano, inoltre, a un istituto che segnala un rapporto molto diverso tra governo e parlamento: la questione di fiducia, che diventa un importante canale per realizzare il programma politico dell'esecutivo, o, si può dire, per «governare senza il parlamento»⁹⁵⁰.

Anche l'analisi della decretazione delegata nel nostro Paese porta a considerare un'importante linea di evoluzione. La concezione che si è affermata in dottrina distingue tra titolarità ed esercizio della delega, di modo che il ricorso all'istituto della delega non possa essere concepito come affidamento al governo di un potere discrezionale, quanto piuttosto come un procedimento che vede l'interlocuzione dialettica tra governo e parlamento⁹⁵¹. A partire dall'*exploit* degli anni Novanta, dovuto anche alle necessità della ricezione del diritto comunitario, i decreti legislativi diventano un canale utile all'esecutivo per ritagliarsi spazi sempre più ampi di autonomia. Resi, infatti, evanescenti gli indirizzi definiti dal parlamento nel testo delle deleghe, con scarsa circoscrizione delle materie dell'attività delegata, e dei tempi entro i quali il governo avrebbe dovuto operare, i decreti legislativi sono apparsi come un assegno in bianco a favore del governo. Diventano, per governi dal diverso colore politico, lo strumento ideale per riforme di ampio respiro in numerosi settori di politica pubblica, unendo alti livelli di discrezionalità ad ampi margini di manovra.

Non troviamo un uso analogo invece della delega legislativa in Spagna, sia per il massiccio ricorso al decreto-ley⁹⁵², sia come conseguenza del ruolo assunto dal *Tribunal Constitucional* che «ha limitato notevolmente i contenuti dell'eventuale regolazione governativa, escludendo espressamente l'ipotesi dell'attribuzione diretta di competenze così come quella di una delimitazione positiva della sfera competenziale autonoma»⁹⁵³. La decretazione d'urgenza ha così continuato a essere utilizzata come strumento per realizzare l'agenda politica del governo nel modo più rapido possibile, senza particolari distinzioni tra materie, e con una frequenza che ha spesso superato quella della legge

⁹⁴⁹ Camera dei deputati-Osservatorio sulla legislazione, *Rapporto 2012 sulla legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea*, Roma, Camera dei deputati, vol. II, tomo II, 2012.

⁹⁵⁰ F. Musella, *Il premier diviso. Italia tra presidenzialismo e parlamentarismo*, Milano, Bocconi, 2012; F. Musella, *Governare senza il Parlamento? L'uso dei decreti legge nella lunga transizione italiana (1996-2012)*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 42, n. 3/2012, pp. 457-478.

⁹⁵¹ S. Staiano, *Decisione politica ed elasticità del modello nella delega legislativa*, Napoli, Liguori, 1990.

⁹⁵² P. Santolaya Marchetti, *Veinticinco años de fuentes del Derecho: el Decreto-ley*, in *Revista de Derecho Político*, n. 58-59/2003.

⁹⁵³ A. M. Carmosa Contreras, *Il decreto legge in Spagna tra costituzione e prassi*, in A. Simoncini, *op. cit.*, p. 286.

ordinaria⁹⁵⁴.

4. Convenzioni, contratti, criteri di rilevanza.

Nell'ambito di veloci trasformazioni e della destrutturazione del quadro politico-partitico, cadono alcune importanti convenzioni costituzionali e se ne creano di nuove⁹⁵⁵. Se già in passato chiara dottrina ha indicato nelle convenzioni un elemento di definizione della forma di governo – anche se non manca chi di contro non ne riconosce il ruolo nel nostro ordinamento⁹⁵⁶ – appare ora più decisivo il loro ruolo nel determinare i rapporti tra gli attori di indirizzo politico. Si può stilare, infatti, una lista delle convenzioni che vanno affermandosi, con una rapidità tale da far sospettare che esse non abbiano ancora il necessario consolidamento, producendo «una raccolta iniziale di materiali fattuali, di prassi da riordinare, di regole pattizie e/o utilitaristiche da definire con maggiore compiutezza, di aspettative, reazioni e correlazioni tra i soggetti costituzionali ancora da abbozzare o che devono trovare positiva conferma»⁹⁵⁷. Di fatto, le convenzioni esprimono delle regolarità nella esperienza costituzionale, e sono relative pertanto a «un fatto che si ripete con costanza tale da poter ricavare da questo fatto la esistenza di una regola di comportamento alla quale quei soggetti si attengono e che spiega sia la esistenza del fatto sia il suo significato costituzionale»⁹⁵⁸. A mancare spesso nel caso delle convenzioni costituzionali, che fanno parte del *genus* delle consuetudini, sarebbe dunque «il principale requisito esterno del decorso del tempo, ovvero il fatto che i comportamenti oggetto della regola,

⁹⁵⁴ A.M. Carmosa Contreras, *El decreto-ley en tiempos de crisis*, in *Revista catalana de dret públic*, 17, n. 2/2013, pp. 107-138.

⁹⁵⁵ Sul recente attivismo in tema di mutamento delle regole e delle consuetudini costituzionali, si veda U. Rescigno, *Prassi, regolarità, regole, convenzioni costituzionali, consuetudini costituzionali, consuetudini giuridiche di diritto pubblico*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2, 2018. In particolare in tema di formazione del governo di veda S. Staiano, *L'incertezza (anche) delle regole sull'incarico*, in *federalismi.it*, n. 4/2018.

⁹⁵⁶ La nozione di convenzione costituzionale è presa a prestito dall'esperienza degli ordinamenti a costituzione non scritta. Il riferimento classico è all'opera di A. V. Dicey, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, Bologna, il Mulino, 2003. Tra gli altri Augusto Barbera ne sconsiglia la sua applicazione ai sistemi a costituzione scritta come l'Italia, cfr. A. Barbera, *Intorno alla prassi*, in A. Barbera e T.F. Giupponi, a cura di, *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, Bononia University Press, 2008.

⁹⁵⁷ Si veda e la relazione di G. Grasso, *Forma di governo, convenzioni costituzionali e mutamento del quadro politico*, Convegno annuale del Gruppo di Pisa, *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, Napoli, 14-15 giugno 2019.

⁹⁵⁸ U. Rescigno, *Convenzione Costituzionale*, in *Enciclopedia Treccani*, Roma, 2005.

sono ripetuti per un certo periodo di tempo»⁹⁵⁹. In linea con tale definizione, alcuni partono dal presupposto dottrinario che «i fatti costituzionali rilevanti per la ricerca non sono molto frequenti, e spesso si possono quindi contare sulle dita della mano»⁹⁶⁰. Ma ciò non fa che porre per le “nuove convenzioni” – espressione chiaramente ossimorica – la questione di esplicitare i «criteri di rilevanza»⁹⁶¹ che possano segnalarne l’interesse anche se queste sono ancora in via di definizione, e stabilizzazione.

Se è vero che riporre il fuoco dell’analisi sugli accadimenti ultimi sulla ricerca di fatti di rilevanza costituzionale possa produrre il pericolo di farsi trasportare dal flusso degli eventi⁹⁶², tale rischio si riduce se si seguono tre criteri metodologici: a) l’innesto di nuove convenzioni va spiegato sulla base dei mutamenti di contesto nel quale esse trovano la loro genesi: le convenzioni sono tanto più significative quanto rispondono a concreti e identificabili cambiamenti strutturali del quadro politico; b) va identificata, anche per le convenzioni costituzionali, la soggettività politica che le pone in essere, così che esse anziché apparire quasi come frutto accidentale della storia, siano ascritte a determinata intenzionalità politica, di natura, pur se non costituente, almeno costitutiva⁹⁶³; tale soggettività nelle democrazie contemporanee va identificata soprattutto nei partiti politici, che pongono per questa via, anche quando il canale di produzione delle norme costituzionali è precluso o difficile da utilizzare, condizioni di fatto di immediata rilevanza giuridica⁹⁶⁴; c) lo studioso dovrà porre particolare attenzione quando le convenzioni costituzionali, al pari delle norme costituzionale, si ricollegano ad una specifica cultura costituzionale, che esprima il proprio posizionamento rispetto alle modalità del vivere comune: dai diritti dei cittadini alle concezioni legate alla rappresentanza politica. Soprattutto quando, come sembra nella fase attuale, il quadro costituzionale è rimesso in discussione da nuove forze politiche che non ne hanno condiviso la nascita e il

⁹⁵⁹ N. Bobbio, *Consuetudine (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, n. 9/1961, pp. 426-433.

⁹⁶⁰ S. Bartole, *Le convenzioni della Costituzione tra storia e scienza politica*, in *Il Politico*, 1983, 51, 1, pp. 5-22.

⁹⁶¹ Mutiamo l’espressione dal conteggio dei partiti politici suggerito da G. Sartori (*Parties and Party System*, cit.), volto a superare tutte le analisi e classificazioni precedenti che si erano limitate al semplice criterio numerico.

⁹⁶² A. Barbera, *Intorno alla prassi*, cit., p. 11.

⁹⁶³ Secondo la nota classificazione delle politiche pubbliche, ormai classica, di T. J. Lowi, *Four systems of policy, politics, and choice*, in *Public Administration Review*, 32, n. 4/1972, pp. 298-310; si veda anche il commento di N. Nicholson, *Policy Choices and the Uses of State Power: The Work of Theodore J. Lowi*, in *Policy Sciences*, 35, n. 2/2002, pp. 163-177.

⁹⁶⁴ S. Staiano, *Prolegomeni minimi a una ricerca forse necessaria su forma di governo e sistema dei partiti*, in *federalismi.it*, n. 3/2012, pp. 1-21, p. 5.

consolidamento.

Applichiamo ora questi tre criteri al procedimento di formazione dell'esecutivo in Italia, che ha lasciato di recente riscontrare importanti elementi di novità. Per quanto riguarda i fattori strutturali è da rilevarsi il ruolo della personalizzazione della politica. A inizio degli anni Novanta, per effetto della costituzione del partito personale di Forza Italia e poi dei partiti che ne hanno seguito il modello⁹⁶⁵, emergono regole non scritte, ma nondimeno «giuridicamente obbligatorie in modo incondizionato»⁹⁶⁶, come quella che comporta l'affidamento dell'incarico di formare il governo, in contesto partitico tendenzialmente bipolare, al capo della coalizione uscita vincente dalle urne; oppure quella, che ha preso avvio dopo le dimissioni di Silvio Berlusconi nel 1994, di ritornare immediatamente alle urne, senza valutare la possibile costituzione di una nuova maggioranza parlamentare, secondo l'argomento per il quale essendo il Presidente del Consiglio stato eletto dal popolo, solo il popolo poteva farlo decadere⁹⁶⁷. Tali convenzioni costituzionali mutano, tuttavia, insieme al quadro politico complessivo, negli ultimi anni, che segnano la rottura del bipolarismo e il netto incremento della frammentazione del sistema dei partiti che lo stesso «virus della personalizzazione»⁹⁶⁸ – negli stadi più avanzati del suo sviluppo – produce. S'impone la ricerca di nuove regole per la formazione del governo, stante l'impraticabilità delle vecchie regole elettorali e la sempre più difficile composizione della maggioranza parlamentare: dopo le ultime consultazioni nazionali, abbiamo registrato il periodo di tempo più lungo nella storia repubblicana per la formazione di un governo, con l'esecutivo Conte a nascere a tre mesi dalle elezioni. Si tratta di un percorso di sperimentazione che riguarderà tendenzialmente un numero sempre più numeroso di democrazie, perché comune è la necessità di fissare modalità operative per la formazione del governo a sistema partitico frammentato. Si ricordi a tale proposito che la tendenza, assolutamente trasversale,

⁹⁶⁵ La categoria si deve a M. Calise, *Il partito personale. I due corpi del leader*, Roma-Bari, Laterza, 2010[2000]; e per un aggiornamento si veda anche F. Bordignon, *Il partiti del capo*, Maggioli/Apogeo, Sant'Arcangelo di Romagna, 2013.

⁹⁶⁶ In questo caso per la sua durata nel tempo la convenzione diviene vera e propria consuetudine costituzionale, cfr. U. Rescigno, *Prassi, regolarità, regole, convenzioni costituzionali, consuetudini costituzionali, consuetudini giuridiche di diritto pubblico*, op. cit., p. 3.

⁹⁶⁷ Una convenzione che risulta anche rafforzata a seguito dell'introduzione della nuova legge elettorale del 2005 con la quale «i partiti in coalizioni venivano collegati alla presentazione di un unico programma elettorale e di un unico “capo della coalizione”», cfr. S. Merlini, *Introduzione*, in Id., a cura di, *Indirizzo politico e collegialità del Governo: miti e realtà nel governo parlamentare italiano*, Torino, Giappichelli, 2011.

⁹⁶⁸ M. Calise, *The personal party: an analytical framework*, in *Italian Political Science Review/Rivista Italiana di Scienza Politica*, 45, n. 3/2015, pp. 301-315, p. 301.

alla moltiplicazione del numero dei partiti non risparmia il bipartitismo spagnolo: le ultime elezioni spagnole hanno, infatti, visto cinque medio-grandi partiti spartirsi i consensi; alcuni di questi partiti dovranno trovare una formula per stare insieme dopo che per anni quella dei *minority governments* aveva potuto mostrare buoni risultati⁹⁶⁹. E non è un caso che un istituto introdotto dalla Costituzione spagnola come la sfiducia costruttiva non ha dato mai luogo ad un cambio di governo sino a quando nel 2018 non ha spianato la strada a Pedro Sánchez, sostenuto da una maggioranza parlamentare eterogenea, che andava dalla sinistra radicale di Podemos fino agli indipendentisti baschi e catalani⁹⁷⁰: le modifiche al sistema dei partiti, in direzione della sua destrutturazione, porta così ad un diverso uso di uno strumento, pensato per garantire la stabilità di governo, a divenire un mezzo per abbattere e formare i governi⁹⁷¹.

Il governo tra Lega e Movimento 5 Stelle è il primo fondato su un «contratto»⁹⁷², denominato «Contratto per il governo del cambiamento», formalmente sottoscritto dinanzi a un notaio dai leader delle due forze politiche, rispettivamente Matteo Salvini e Luigi Di Maio, con la costituzione di un comitato di conciliazione per dirimere le controversie. Si tratta di uno strumento di raccordo tra partiti del tutto nuovo, con pochi elementi in comune con i già utilizzati accordi di governo, che introduce una logica di tipo privatistico nel subordinare l'azione dell'esecutivo in carica ai punti vincolanti predisposti nel patto. I tratti del contratto, infatti, possono essere considerati nuovi per «la vincolatività giuridica derivante dall'impegno assunto dinnanzi ad un notaio; e nuovi per la volontà delle parti di escludere esplicitamente la logica della coalizione e di utilizzare lo strumento del contratto proprio al fine di marcare la persistente distanza ideologico-politica, l'immutata distinta soggettività, pur nella condivisione di una piattaforma programmatica compatibile con le identità delle due forze politiche»⁹⁷³. Inoltre, mentre gli accordi tra forze politiche prima del 2018 sono stati di natura pre-elettorale «*serving as electoral manifestos and, when*

⁹⁶⁹ J.M. Reniu, a cura di, *Pactar para gobernar: dinámicas coalicionales en la España multinivel*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013; B. N. Field, *Why Minority Governments Work: Multilevel Territorial Politics in Spain*, Basingstoke, Palgrave, 2016.

⁹⁷⁰ Per un'analisi del vecchio e nuovo uso della sfiducia costruttiva in Spagna vedi M.J. Carazo Liebana, *Sistema parlamentario y mocion de censura: el caso español*, in questo numero.

⁹⁷¹ C. Vidal Prado, *Sfiducia costruttiva in Spagna?*, in *DPCE Online*, 37, n. 4/2019.

⁹⁷² Si tratta di un documento di 58 pagine, 18.500 parole, che copre trenta temi in diversi domini di *policy*, dalla tassazione pubblica alla protezione ambientale, dall'agricoltura all'Università.

⁹⁷³ T. Guarnier, «*Contratto di governo*», *azione governativa e rapporto fiduciario*, in Convegno annuale del Gruppo di Pisa, *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, Napoli, 14-15 giugno 2019, p. 2.

victory is secured, as a bargained basis for government»⁹⁷⁴, il contratto di governo è il primo caso di negoziato che segue le elezioni.

Il contratto non emerge spontaneamente dal caotico relazionarsi delle parti, ma può essere attribuito ad una determinata soggettività politica, vale a dire due partiti – Lega e Movimento 5 Stelle – con un disegno di natura istituzionale. Mentre la cabina di regia governativa negli ultimi vent'anni è andata incentrandosi sul capo dell'esecutivo, assicurando maggiori poteri ai leader dei due attori contraenti, il contratto ridefinisce gli equilibri interni alla compagine ministeriale, limitando in particolare la figura del Presidente del Consiglio, al quale la Costituzione, senza alcun limite contrattuale, assegna il compito di dirigere la politica generale del governo, e che ora sembra vincolato all'esecuzione di un patto⁹⁷⁵. La figura del primo ministro aveva conosciuto, infatti, un percorso evolutivo passando dal ruolo mediatore dei primi governi repubblicani, a quello accentratore della fase che aveva fatto pensare alla «*presidentialisation Italian style*»⁹⁷⁶, mentre si consuma oggi un'inversione di rotta che pone il Presidente in un ruolo indebolito in quanto non è espressione di alcun partito politico. Risulta anche significativo che i termini del contratto siano stati definiti capi politici delle forze governative, e anche l'indicazione della personalità scelta per la nomina a Presidente del Consiglio dei Ministri rientra nei termini dell'accordo contrattuale⁹⁷⁷.

Oltre che da intestarsi ad una concreta soggettività, il contratto si ispira ad una cultura politica molto distante da quella espressa dalla carta costituzionale. Il contratto, per sua natura, si riferisce ad una concezione della rappresentanza che vincola gli attori politici alla predeterminazione del proprio comportamento, e ciò produce, almeno in due direzioni, un brusco cambiamento rispetto ai principi espressi dalla nostra costituzione. Dal punto di vista dei rapporti degli elettori, se il divieto di mandato imperativo assicurava ai rappresentanti ampi margini di azione, la crisi dei partiti politici porta invece gli elettori a

⁹⁷⁴ J. S. Pereira e C. Moury, *Planning the "government of change": The 2018 Italian coalition agreement in comparative perspective*, in *Italian Political Science*, 13, 2, 2018, 92-103; e per un confronto rispetto al passato C. Moury, *Coalition Government and Party Mandate: How coalition agreements constrain ministerial action*, Londra, Routledge, 2013.

⁹⁷⁵ I. Ciolli, *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il Presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*, Napoli, Jovene, 2018.

⁹⁷⁶ M. Calise, *Presidentialization, Italian Style*, in T. Pogutke e P. Webb, *The Presidentialization of Politics*, Oxford, Oxford University Press, pp. 88-106.

⁹⁷⁷ V. Baldini, *La formazione del governo tra dinamiche politiche e vincoli costituzionali (brevi note con riguardo al potere presidenziale di nomina del presidente del consiglio dei ministri e dei singoli ministri)*, in *dirittifondamentali.it*, 26 maggio 2018, 1; punto ripreso da T. Guarnier, op. cit., p. 20.

stipulare «contratti di breve durata, invece di mantenere a lungo affiliazioni politiche»⁹⁷⁸. Come è stato notato (Fulvio Pastore in questo fascicolo), «la vicenda del "Contratto per il governo del cambiamento" è anche servita a disvelare il carattere retorico della qualificazione dei parlamentari come semplici portavoce dei cittadini», anche se poi di fatto il vincolo più forte apparirà quello tra parlamentari e dirigenti del movimento politico di appartenenza.

Dal punto di vista dei rapporti tra governo e parlamento il contratto esprime la pretesa dell'attuale esecutivo di espropriare l'assemblea di buona parte della funzione legislativa. Si consideri, infatti, come la realizzazione dei punti programmatici dovrebbe essere ad opera delle forze governative, che poi di fatto faranno ampio uso del posizionamento del voto di fiducia come mezzo di sterilizzazione del dibattito parlamentare⁹⁷⁹. L'idea stessa del contratto implica la negazione della distinta soggettività di attori terzi, che sarebbero per questa linea lesi nella loro autonomia: si sottintende così la «sovrapposibilità fra lavoro governativo e lavoro parlamentare, che preannuncia un intervento pervasivo del Governo (o meglio, come vedremo, dei leader dei partiti politici che in esso si fondono) sull'attività legislativa»⁹⁸⁰. La cesura del contratto di governo rende dunque l'analisi di questa convenzione costituzionale meritevole di grande attenzione prima ancora che il tempo possa dimostrarne la durata consuetudinaria. Di fatto nessuna delle attuali forze politiche attualmente al governo ha partecipato al processo costituente, e come è stato anche argomentato, oltre alla loro lontananza rispetto agli eventi che hanno dato vita alla carta costituzionale, si può evidenziare anche «una certa estraneità culturale» degli attori dominanti⁹⁸¹.

⁹⁷⁸ S. Cassese, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, Mondadori, 2017.

⁹⁷⁹ Nel primo semestre del Governo Conte sono state approvate 19 leggi, di cui il 79% sono di iniziativa governativa. Le percentuali di questioni di fiducia poste sui testi legislativi è del 32%, cfr. Openpolis, <http://www.vita.it/it/article/2019/01/22/cosi-il-governo-giallo-verde-ha-emarginato-il-parlamento/150419/>

⁹⁸⁰ T. Guarnier, *op. cit.*, p. 27.

⁹⁸¹ S. Staiano, *Settant'anni. Storia e sorte della Costituzione*, in *federalismi.it*, 11, 23 maggio 2018.

5. Conclusioni. Le sorti del governo democratico.

Il destino della democrazia, ove sarà di sopravvivenza⁹⁸², sarà di grande trasformazione. Al mutare del suo tassello fondamentale, il partito politico che aveva permesso l'incorporazione delle masse nell'edificio statale⁹⁸³, agendo anche in funzioni di supplenza laddove le istituzioni statali sono state più fragili, non può che cambiare anche il regime rappresentativo nel suo complesso. Non siamo tuttavia alla morte del partito, ma al superamento, anche radicale della sua forma novecentesca. E al netto indebolimento dei sistemi di partiti che avevano funzionato, sino a pochi anni fa, secondo logiche di competizione ben riconoscibili.

Italia e Spagna ne sono due esempi significativi. Hanno condiviso, nel loro percorso storico, molti sviluppi, oltre che la posizione nell'area meridionale dell'Unione Europea. Hanno lasciato riscontrare, pur se in diverse configurazioni parlamentari, il rafforzamento del capo politico a seguito dei percorsi di presidenzializzazione della politica riconosciuti in numerose democrazie. Ora alla scomposizione dei sistemi di partito tradizionali, i due paesi riscontrano maggiori difficoltà nella formazione e nella conduzione del governo democratico. Ciò da un lato dà vita a nuovi meccanismi per far dialogare forze politiche alternative, dall'altro produce significative strozzature del rapporto tra governo e maggioranza parlamentare. E' per questo, come si mostrerà ampiamente in questo volume, che l'analisi delle configurazioni costituzionali, soprattutto quando coloro che le hanno fissate hanno preferito lasciarle particolarmente aperte ad essere plasmate dalle concrete dinamiche politiche, deve sempre più tenere conto delle convenzioni costituzionali. Correndo il rischio di percorrere una terra incognita, e anche in movimento, è questo l'unico modo per comprendere le trasformazioni del governo democratico e la sorte della democrazia.

⁹⁸² Non sono in pochi a sostenere il destino illiberale delle democrazie contemporanee, che sembrano arretrare dopo mezzo secolo di espansione sullo scenario globale, cfr. Y. Mounk, *Popolo vs Democrazia. Dalla cittadinanza alla dittatura elettorale*, Milano, Feltrinelli, 2018; e J. Brennan, *Contro la democrazia*, Roma, Luiss University Press, 2018.

⁹⁸³ H. Triepel, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, Berlino, Humboldt-Universität, 1927; trad. it. *La Costituzione dello Stato e i partiti politici*, a cura di G. Grasso e E. Gianfrancesco, Napoli, Editoriale scientifica, 2015.

Abstract: La prefazione introduce ad alcuni ambiti di comparazione tra Italia e Spagna, soffermandosi su tre nuclei tematici: il ruolo della variabile partitica nel plasmare la forma di governo; la normazione dell'esecutivo come spia e misura del cambiamento politico-costituzionale; la frammentazione del sistema di partito tradizionale come causa della difficile stabilizzazione dell'indirizzo politico, e al contempo occasione di innovazione istituzionale. La comparazione porta a riflettere sul ruolo delle convenzioni costituzionali nel definire la forma di governo, suggerendone alcuni criteri metodologici per valutarne la rilevanza. La parte conclusiva si sofferma, in linea con le riflessioni del numero monografico, sulla sorte dei governi democratici in Italia e Spagna, sempre più «a fattispecie aperta» nella continua interazione tra assetto istituzionale e dinamiche politiche.

Abstract: The preface aims at introducing some areas of comparison between Italy and Spain, by focusing on three thematic elements: the role of political parties in shaping the form of government; the legislative activity carried on by the executive as indicator and measure of political-constitutional change; the fragmentation of traditional party system as a cause of government instability, and occasion for institutional innovation as well. The comparison leads to investigate the role of constitutional conventions in defining the form of government, so suggesting some methodological criteria for assessing their relevance. The final part, in line with the monographic issue, discusses the «open» future of democratic governments in Italy and Spain, suspended between constitutional rules and political dynamics.

Parole chiave: governo – Italia – Spagna – convenzioni costituzionali – cambiamenti costituzionali.

Key words: government – Italy – Spain – constitutional conventions – constitutional change.

FORMA DI GOVERNO ITALIANA ED INTEGRAZIONE EUROPEA: IL PROGRESSIVO RAFFORZAMENTO DEL GOVERNO*.

di Laura Cappuccio**

Sommario. 1. Premessa. – 2. Governo ed Unione europea: il progressivo rafforzamento dell'Esecutivo. – 3. Gli effetti dell'integrazione europea sui poteri presidenziali. – 4. Conclusioni. L'Europa e la fuga dalla responsabilità politica.

519

1. Premessa.

Nel corso di questo articolo si cercherà di mettere in luce in che misura l'adesione al progetto di integrazione sovranazionale abbia influito sulla nostra forma di governo⁹⁸⁴, osservando sia la relazione tra il Legislativo e l'Esecutivo (e all'interno di quest'ultimo, tra Presidente del Consiglio ed i singoli Ministri), sia il ruolo del Capo dello Stato⁹⁸⁵.

Alcuni dei cambiamenti avvenuti nel nostro sistema, peraltro, possono essere inseriti all'interno di una tendenza condivisa con altri Paesi. Questa lettura comparatistica si basa sulla circostanza per cui, nonostante le forme di governo presenti in Europa siano tra loro molto diverse, in 27, dei 28 Stati membri, si ritrova una relazione fiduciaria tra Governo e Parlamento⁹⁸⁶. La dottrina utilizza questo dato per svolgere alcune considerazioni sulla complessiva evoluzione dei modelli nazionali, mettendone in luce alcune costanti, che

*Sottoposto a referendum.

** Professore associato di Diritto costituzionale – Università di Napoli "Federico II".

⁹⁸⁴ Sul tema, R. Ibrido e N. Lupo (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna, 2018. Il presente contributo è debitore nei confronti dei lavori del prof. Nicola Lupo qui ampiamente citati.

⁹⁸⁵ Potremmo richiamare qui la nozione di europeizzazione, con cui si vuole indicare in dottrina «ogni mutamento delle norme, delle convenzioni e delle prassi introdotto negli ordinamenti nazionali per effetto dell'influenza esercitata dall'ordinamento dell'Unione europea», così N. Lupo, *L'europeizzazione delle forme di governo degli stati membri: la presidenzializzazione derivante da Bruxelles*, in *Dinamiche della forma di governo*, cit., p. 176, che richiama anche la bibliografia sul tema, tra cui, C.M. Radaelli, *Europeanization: solution or problem?*, in M. Cini e A.K. Bourne (a cura di), *PalgraveAdvances in EuropeanStudies*, Basingstoke, 2006, p. 56 ss.; S. Fabbrini, *Introduzione. L'europeizzazione: teoria, comparazioni, e implicazioni per l'Italia*, in S. Fabbrini (a cura di), *L'europeizzazione dell'Italia. L'impatto dell'Unione europea sulle istituzioni e le politiche italiane*, Roma-Bari, 2003, p. 3 ss.

⁹⁸⁶ N. Lupo, *L'europeizzazione delle forme di governo*, cit., p. 191, il quale ricorda anche che il Paese che non ha una relazione fiduciaria è Cipro.

vengono fatte rientrare nella nozione di presidenzializzazione, come inclinazione ad aumentare il peso politico del *leader*⁹⁸⁷.

Tale prospettiva, tuttavia, coglie solo alcune delle trasformazioni che sono avvenute. L'integrazione comunitaria ha influito, infatti, su molteplici aspetti dell'ordinamento costituzionale italiano. Si pensi, solo per fare un esempio, alle fonti del diritto, che hanno risentito delle dinamiche europee: possiamo ricordare i limiti al referendum abrogativo che derivano dalle leggi comunitariamente condizionate⁹⁸⁸, l'intervento delle norme comunitarie nella conformazione della riserva di legge⁹⁸⁹, le penetranti limitazioni alla funzione legislativa nazionale e regionale⁹⁹⁰, l'uso dei poteri normativi del Governo.

Gli studiosi che hanno osservato la relazione tra l'evoluzione della nostra forma di Governo e la partecipazione al progetto comunitario hanno sottolineato il progressivo rafforzamento

⁹⁸⁷ Così, N. Lupo, *L'europaizzazione* cit., p. 175. Sul tema già A. Di Giovine e A. Mastromarino (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino 2007; T.E. Frosini, C. Bassu e P.L. Petrillo, *Il presidenzialismo che avanza. Come cambiano le forme di governo*, Roma, 2009. Sull'emersione in Italia del partito personale, S. Staiano, *La forma di governo nella costituzione come norma e come processo*, in F. Musella (a cura di), *Il Governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, Bologna, 2019, p. 45 ss.

⁹⁸⁸ Si tratta delle c.d. *leggi comunitariamente vincolate* che sono state considerate dalla Corte costituzionale necessarie per non incorrere in un inadempimento degli obblighi comunitari, cfr. sentenze n. 41 e n. 45 del 2000. Secondo questa giurisprudenza, il referendum abrogativo «non può, in quanto atto-fonte di diritto interno, condurre ad un risultato tale da esporre lo Stato italiano a responsabilità per violazione di impegni assunti in sede comunitaria» (sent. n. 41/2000).

⁹⁸⁹ Si pensi all'ordinanza n. 103 del 1999, in tema di istruzione, relativa alla regolamentazione dell'accesso alle scuole di specializzazione ed ai corsi per i quali sia prevista una limitazione nelle iscrizioni. In questa ordinanza si afferma che «affinché dunque il principio di riserva di legge della materia in esame possa dirsi rispettato, occorre che il denunciato art. 9, comma 4, della legge n. 341 del 1990 sia inserito in un contesto di scelte normative sostanziali predeterminate, tali che il potere dell'amministrazione sia circoscritto secondo limiti e indirizzi ascrivibili al legislatore. Analoga funzione nella composizione di tale contesto, e quindi di delimitazione della discrezionalità dell'amministrazione, deve essere riconosciuta alle norme comunitarie dalle quali derivino obblighi per lo Stato incidenti sull'organizzazione degli studi universitari. Ed è, principalmente e particolarmente, a queste norme che, nella specie, in carenza di un quadro organicamente predisposto dal legislatore nazionale per la disciplina del numero delle iscrizioni ai corsi universitari, deve farsi riferimento».

⁹⁹⁰ In quest'ultimo caso viene in rilievo la competenza statale sul coordinamento finanziario, che, negli anni della crisi economica, è diventato uno dei principali strumenti di intervento dello Stato nelle competenze regionali. Questa materia diviene, nella giurisprudenza costituzionale, una finalità, «che, a livello nazionale, e quanto alla finanza pubblica nel suo complesso, spetta allo Stato», cfr., corte cost. 414/2004 ed agganciato ai vincoli europei. La Corte usa con costanza una formula, quando si occupa dei tagli alle spese in base alla quale lo Stato può «legittimamente imporre alle Regioni vincoli alla spesa corrente per assicurare l'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva, in connessione con il perseguimento di obiettivi nazionali, condizionati anche da obblighi comunitari» (sentenza n. 52 del 2010). Sul tema. G. Rivosecchi, *Il coordinamento della finanza pubblica: dall'attuazione del Titolo V alla deroga al riparto costituzionale delle competenze*, 2013, in <http://www.issirfa.cnr.it>; M. Belletti, *Forme di coordinamento della finanza pubblica e incidenza sulle competenze regionali. Il coordinamento per principi, di dettaglio e 'virtuoso', ovvero nuove declinazioni dell'unità economica e dell'unità giuridica*, in www.issirfa.cnr.it, 2013.

del potere esecutivo⁹⁹¹. L'adesione all'Unione ha contribuito, infatti, a spostare il baricentro del sistema a favore del Governo. A Bruxelles, è quest'ultimo a svolgere un ruolo chiave nella determinazione delle politiche comunitarie. L'intreccio crescente tra le scelte prese dagli Stati e quelle maturate in sede sovranazionale ha aumentato il peso dell'organo che, in Europa, interviene nel composito processo decisionale⁹⁹².

Questo fenomeno è oggetto, com'è noto, di letture molto critiche, che sottolineano una complessiva involuzione del circuito democratico⁹⁹³. Seguendo questa prospettiva, la determinazione dell'indirizzo politico sfugge ai canali della rappresentanza e della responsabilità politica nazionale per divenire il frutto delle posizioni assunte da istituzioni che hanno un più debole collegamento con la volontà popolare, democraticamente espressa⁹⁹⁴. Basti pensare alla circostanza per cui il Consiglio europeo, che svolge un ruolo strategico nella individuazione delle *policies* sovranazionali, non è sottoposto al controllo del Parlamento dell'Unione. Quest'ultimo, infatti, può esaminare esclusivamente l'operato della Commissione: il Trattato di Lisbona prevede solo, all'art. 15 TUE - lettera d), che il Presidente del Consiglio europeo presenti al Parlamento una relazione dopo ciascuna delle riunioni dell'organo da lui presieduto⁹⁹⁵. Tale diverso assetto, che è stato definito come

⁹⁹¹ Si fa riferimento, in particolare, ai lavori di Nicola Lupo, tra cui, *I "governi tecnici" degli esecutivi Ciampi, Dini e Monti nel difficile equilibrio tra tecnica e politica*, in *Rassegna parlamentare*, n. 1/2015, p. 57 ss, in particolare, p. 98, in cui si afferma che «le forme di governo di ciascuno degli Stati membri dell'Unione europea subiscono profonde trasformazioni per effetto dell'appartenenza all'Unione: in Italia, in particolare, originando un rafforzamento del Governo rispetto al Parlamento e, in seno al Governo, del Premier sui Ministri». Dello stesso autore, *Il Governo italiano settanta anni dopo*, in www.rivistaaic.it, n. 3/2018, p. 174 ss; e N. Lupo, *La forma di Governo italiana nella forma di Governo dell'unione europea*, in *Il Politico*, n. 2-3/2018, p. 41 ss.

⁹⁹² Per questa lettura N. Lupo, *Il Governo italiano settanta anni dopo* cit., p. 174 ss.

⁹⁹³ L'espressione *democratic deficit* è utilizzata per la prima volta nel 1979, da David Marquand (*Parliament for Europe*, Jonathan Cape, London). Da allora ha animato un costante dibattito nella dottrina. Cfr. la posizione espressa a suo tempo da L. Paladin, *Il deficit democratico nell'ordinamento comunitario*, in *Le Regioni*, n. 6/1996, p. 1031 ss. Più di recente, F. Rosignoli, *Il deficit democratico dell'Europa. Due punti di vista*, in *Nomos*, n. 2/2014; C. Pinelli, *Il deficit democratico europeo e le risposte del Trattato di Lisbona*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 4/2008, p. 925 ss.

⁹⁹⁴ Sulle novità introdotte dal Trattato di Lisbona sul ruolo del Parlamento europeo, cfr. F. Donati *Trattato di Lisbona e democrazia nell'UE*, in www.rivistaaic.it, n. 3/2014; C. Fasone e N. Lupo, *Il Parlamento europeo alla luce delle novità introdotte nel Trattato di Lisbona e nel suo regolamento interno*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2-3/2012, p. 329 ss; C. Fasone, *Gli effetti del Trattato di Lisbona sulla funzione di controllo parlamentare*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 2/2011, p. 353ss.

⁹⁹⁵ N. Lupo, *L'europeizzazione*, cit., p. 201, sottolinea che «il Consiglio europeo, come istituzione presa nel suo complesso, non è posta sotto il controllo di nessuno: sono solo i suoi membri, ossia i Capi di stato o di Governo, a essere – entro certi limiti, dipendenti dal diritto costituzionale nazionale – assoggettati a meccanismi di controllo, anzitutto parlamentare, previsti nella forma di Governo di ciascuno Stato membro». Sul tema anche E. Griglio, *I circuiti e i "buchini neri" del controllo parlamentare sull'esecutivo frammentato dell'Unione europea*, in *Dinamiche della forma di governo*, cit., p. 218, che afferma che il Parlamento europeo esercita non un controllo ma una "supervisione in senso lato", sull'operato dell'organo.

espressione di un “paradigma policentrico del controllo parlamentare dell’esecutivo frammentato europeo”⁹⁹⁶, non riesce pienamente a soddisfare le esigenze della rappresentanza democratica e della responsabilità politica che sono elementi fondamentali delle Costituzioni nazionali.

2. Governo ed Unione europea: il progressivo rafforzamento dell’Esecutivo.

Il Governo italiano, come ricordato, occupa un posto centrale all’interno dell’organizzazione istituzionale europea. I ministri fanno parte del Consiglio dei ministri dell’Unione europea, in quanto rappresentanti di ciascuno Stato membro, capaci di impegnare il Paese che rappresentano e di esercitare il diritto di voto (art. 16, par. 2 TUE); il Presidente del Consiglio è membro del Consiglio europeo, composto dai Capi di Stato o di Governo (art. 10, par. 2, secondo periodo, TUE). Quest’ultimo organo, in particolare, è chiamato ad elaborare «gli impulsi necessari» allo sviluppo dell’Unione e nell’indicare «gli orientamenti e le priorità politiche generali» (art. 15 TUE)⁹⁹⁷. Se l’indirizzo politico nazionale deriva oggi anche dalle decisioni assunte a livello europeo, ed alla loro formazione, in sede di Consiglio europeo, partecipano solo i Governi, ne deriva con chiarezza il loro consolidamento a livello interno ⁹⁹⁸.

A questo ruolo svolto in ambito europeo, il Governo aggiunge, sul versante nazionale, il crescente utilizzo delle fonti del diritto di sua provenienza. L’analisi degli studi sulla produzione normativa, ad esempio, mostra l’enorme ricorso alla decretazione d’urgenza. Si può ricordare, al riguardo, la relazione del Presidente della Commissione affari

⁹⁹⁶ E Griglio, *I circuiti*, cit., p. 214 sottolinea che “tale paradigma si fonda su di una concezione modulare della funzione di controllo, declinata in un sistema policentrico di circuiti di interazione tra i Parlamenti che operano a livello europeo, nazionale e subnazionale e l’esecutivo frammentato europeo”.

⁹⁹⁷ N. Lupo, *Il Governo italiano settanta anni dopo*, cit., p. 176 ricorda anche che si tratta di «una serie di funzioni, per inciso, che richiamano parecchio da vicino la nozione, come già si è visto elaborata dal diritto costituzionale italiano, di indirizzo politico, e che ne fanno l’istituzione decisiva al fine di cogliere le linee di fondo delle politiche pubbliche definite in sede europea». Questo Autore sottolinea a p. 48, come: “il quadro, dunque, non è certo quello di una sostituzione degli organi costituzionali nazionali con quelli europei nella determinazione dell’indirizzo politico, bensì – in piena coerenza con la natura composita del diritto costituzionale vigente, su cui si tornerà in conclusione – quello di un circuito dell’indirizzo politico assai più articolato e complesso”.

⁹⁹⁸ N. Lupo, *Il Governo italiano*, cit., p. 175, “Ciò che va sottolineato è che i Governi degli Stati membri dell’Unione europea, lungi dall’essere ‘bypassati’, come talvolta si crede, sono in realtà i protagonisti del processo di integrazione europea e dei circuiti decisionali che in ambito europeo si sviluppano”.

costituzionali, l'on. Sisto, del 2014, in cui si afferma che «nella legislatura in corso la decretazione di urgenza si è indiscutibilmente affermata come lo strumento normativo principale, sia perché l'incidenza quantitativa delle leggi di conversione sul totale delle leggi è più che raddoppiata, attestandosi al 60 per cento (+32,9 per cento rispetto alla precedente legislatura), sia perché gli «spazi normativi» dei provvedimenti di urgenza hanno raggiunto il 65,8 per cento del totale (+10,9 per cento rispetto alla precedente legislatura)»⁹⁹⁹. Sempre in base ai dati forniti in questo documento emerge che la «percentuale delle leggi di conversione sul totale delle leggi approvate ha subito una brusca impennata, passando dal 28,6 per cento della XV legislatura e dal 27,1 per cento della XVI legislatura all'attuale 60 per cento»¹⁰⁰⁰.

Nel periodo della crisi economica, poi, il decreto legge è stato utilizzato non solo per consentire l'adempimento degli obblighi comunitari in maniera tempestiva, ma anche per garantire l'effettivo perseguimento degli obiettivi economici, imposti per uscire dal disavanzo dei conti pubblici¹⁰⁰¹. Si è manifestato così un intreccio tra la crisi finanziaria, l'esigenza di rispettare gli impegni assunti a livello internazionale e l'utilizzo della decretazione d'urgenza, che ha ulteriormente ampliato il raggio d'azione della produzione normativa dell'Esecutivo. Possiamo ricordare, in questa prospettiva, le misure prese dal Governo italiano per far fronte al peggioramento dei conti pubblici, che hanno come

⁹⁹⁹I Commissione permanente, (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e interni), 27 marzo 2014, p.146.

¹⁰⁰⁰ Questi dati vanno accompagnati con la lettura della giurisprudenza della Corte Costituzionale che ha sindacato i decreti legge e le leggi di conversione che non rispettavano i limiti previsti dalla Costituzione (si pensi ad esempio alla sentenza n. 22 del 2012, su cui R. Dickmann, *La Corte sanziona la "evidente estraneità" di disposizioni di un decreto-legge inserite con la legge di conversione. Error in procedendo o vizio di ragionevolezza?*, in www.federalismi.it, n. 5/2012; A. Sperti, *La sentenza n. 22 del 2012: la Corte costituzionale "chiude il cerchio"*, in *Quad. cost.*, n. 2/2012, p. 395 ss.).

¹⁰⁰¹ R. Calvano, *La crisi e la produzione normativa del Governo nel periodo 2011.2013. Riflessioni critiche*, in osservatoriosullefonti.it, p. 4, sottolinea che «la decretazione d'urgenza ed i maxi emendamenti nell'ambito della conversione sono oramai divenuti mezzo di intervento ordinario per l'attuazione del programma. Tutti questi fattori sembrano aver ulteriormente acuito quelle alterazioni cui si assiste da anni negli equilibri della forma di Governo, a fronte delle quali, paradossalmente, si continua ad invocare una riforma costituzionale che proceda a rafforzare il ruolo dell'Esecutivo a fronte di una posizione del Parlamento oramai di totale irrilevanza nelle dinamiche politiche, quando da anni la dottrina più attenta sottolinea invece la «necessità di rivitalizzare il procedimento legislativo parlamentare e di far sì che i suoi valori di fondo siano garantiti nel processo di approvazione delle leggi», citando N. Lupo, *Il ruolo normativo del Governo*, in *Il Filangieri – Quaderno 2010*, p. 106. Sulla decretazione d'urgenza in epoca di crisi anche G. Di Cosimo, *Il Governo Pigliatutto, La decretazione d'urgenza nella XVI Legislatura*, in osservatoriosullefonti.it, n. 1/2013, sempre R. Calvano, *La Decretazione d'urgenza nella stagione delle larghe intese*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2014; F. Meola, *Governare per decreto. Sistema delle fonti e forma di governo alla ricerca della rappresentanza perduta*, in www.rivistaaic.it, n. 3/2019. Sugli intrecci tra delegazione legislativa e decretazione d'urgenza, cfr. L. Gori, *Decreto legge e legge-delega: intrecci e sovrapposizioni al tempo della crisi*, in www.osservatoriosullefonti.it, n. 3/2016.

capofila il decreto legge n. 78 del 31 maggio 2010¹⁰⁰². Questi decreti, nel corso del tempo, hanno regolato le finanze, il fisco, l'economia nazionale. La decretazione d'urgenza è intervenuta laddove, in precedenza, intervenivano le leggi di bilancio e di stabilità, producendo l'effetto di "svuotare di contenuto le manovre finanziarie autunnali e gli istituti della decisione di bilancio in Parlamento"¹⁰⁰³.

Il collegamento tra la crisi economica, gli obblighi comunitari e la decretazione d'urgenza si manifesta chiaramente nella missiva inviata dalla Banca centrale al Governo italiano nel 2011, in cui si afferma la necessità di realizzare un bilancio sostenibile e riforme strutturali, in modo da "ristabilire la fiducia degli investitori". Nella lettera si invita l'Italia, a causa della difficile situazione dei mercati finanziari, a prendere tali provvedimenti «il prima possibile per decreto legge, seguito da ratifica parlamentare entro la fine di Settembre 2011»¹⁰⁰⁴.

Il contenuto di alcuni decreti legge sembra così essere stato anticipato dalle istituzioni europee. Possiamo ricordare, in questa prospettiva, la dichiarazione del 26 ottobre 2011, con cui si conclude, a Bruxelles, un vertice euro: «Accogliamo con favore i piani dell'Italia per le riforme strutturali volte al rafforzamento della crescita e la strategia per il risanamento di bilancio, come indicato nella lettera trasmessa ai Presidenti del Consiglio europeo e della Commissione ed esortiamo l'Italia a presentare con urgenza un calendario ambizioso di tali riforme»¹⁰⁰⁵. Dunque, le misure da adottare vengono, prima, apprezzate dalle istituzioni sovranazionali, e si traducono, poi, in un decreto-legge¹⁰⁰⁶, la cui straordinarietà ed urgenza sembra costruita attraverso questo intreccio di impegni assunti¹⁰⁰⁷.

La dimensione europea ha prodotto significativi effetti pure all'interno del Governo, in cui

¹⁰⁰² G. Rivosecchi, *I riflessi dell'Unione europea sul rapporto tra Governo – Parlamento e sull'organizzazione interna del Governo*, in *Dinamiche della forma di Governo*, cit., p. 384.

¹⁰⁰³ G. Rivosecchi, *I riflessi dell'Unione europea*, cit., p. 382. Sul controllo presidenziale dei decreti legge, di recente, E. Stradella, *Il controllo del Presidente della Repubblica sulla decretazione d'urgenza: fondamenti e prassi alla prova della crisi*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2016.

¹⁰⁰⁴ Cfr. sul tema 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.

¹⁰⁰⁵ In https://www.consilium.europa.eu/media/20365/qc3013400itc_web.pdf, p. 14

¹⁰⁰⁶ Si fa riferimento al decreto legge n. 201 del 2011, recante *Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*. Su questa vicenda cfr. M. Francaviglia, *La decretazione d'urgenza nell'esperienza del Governo Monti*, in *www.rivistaaic.it*, n. 4/2012, p. 13; R. Calvano, *La crisi e la produzione normativa*, cit., p. 13.

¹⁰⁰⁷ R. Calvano, *La crisi e la produzione normativa del Governo* cit., p. 13, sottolinea infatti come questa necessità ed urgenza appaia come "più procurata tramite la sua anticipazione alle istituzioni Ue, che reale".

si è potenziata la figura del Presidente del Consiglio dei Ministri, rispetto ai singoli ministri. Come ricordato, solo il Presidente del Consiglio rappresenta il nostro Paese all'interno del Consiglio europeo e dei vertici euro¹⁰⁰⁸. Questi ultimi servono a coordinare le politiche degli Stati membri ai fini di un corretto funzionamento dell'Unione economica e monetaria. L'art. 12 del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria sancisce che le riunioni del Vertice euro sono convocate almeno due volte all'anno per discutere le questioni concernenti la *governance* e le relative regole, gli orientamenti strategici per la condotta delle politiche economiche, al fine di aumentare la convergenza nella zona euro.

Il ruolo svolto in questi consessi dal Presidente del Consiglio incide sulla sua configurazione come *primus inter pares*, secondo la formula presente non solo nelle ricostruzioni della dottrina, ma anche nella giurisprudenza costituzionale. Nella sentenza sul lodo Alfano, ad esempio, si legge che «non è, infatti, configurabile una preminenza del Presidente del Consiglio dei ministri rispetto ai ministri, perché egli non è il solo titolare della funzione di indirizzo del Governo, ma si limita a mantenerne l'unità, promuovendo e coordinando l'attività dei ministri e ricopre, perciò, una posizione tradizionalmente definita di *primus inter pares*»¹⁰⁰⁹.

Tracce di questa posizione di prevalenza, vincolata alla dimensione europea, si ritrovano anche nel decreto legislativo 30 luglio 1999 n. 303. In particolare, all'art. 3, si afferma, al primo comma, che il Presidente del Consiglio promuove e coordina l'azione del Governo per assicurare la piena partecipazione dell'Italia all'Unione e lo sviluppo del processo di integrazione. Successivamente, al secondo comma, si attribuisce solo a lui la responsabilità per l'attuazione degli impegni presi in Europa, conferendogli così la posizione di garante degli obblighi comunitari. In questo processo di consolidamento della posizione del Governo e del suo Presidente va aggiunto anche il Comitato interministeriale per gli affari europei. Dalla lettura del regolamento di attuazione (d.p.r. del 26 giugno 2015, n. 118)

¹⁰⁰⁸ Come sottolinea N. Lupo, *Il Governo italiano*, cit., p. 28, «è evidente che nell'ambito del Consiglio europeo il Presidente del Consiglio italiano ha modo di specchiarsi con i suoi colleghi e di svolgere un ruolo cruciale, a nome e in rappresentanza dell'Italia, nella programmazione, nella negoziazione e nella definizione di una serie di *policies* che evidentemente rientrerebbero, di regola, nelle competenze di singoli Ministri. In tal modo, egli finisce per acquisire, a Bruxelles, alcuni elementi di quella superiorità gerarchica che, a Roma, gli continua ad essere spesso negata».

¹⁰⁰⁹ Nella sentenza 262 del 2009 su cui A. Morrone, *La Corte costituzionale sul "lodo Alfano": una risposta tardiva?*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*; Tomaso F. Giupponi, *La sentenza sul "lodo Alfano": le possibili prospettive di riforma*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*.

emergono una serie di competenze che ne fanno “il baricentro e l’organo propulsore e di indirizzo nei rapporti con l’Unione europea, segnando in tal modo l’ulteriore rafforzamento del Governo e, in seno ad esso, del Presidente del Consiglio dei ministri”¹⁰¹⁰.

Per quanto riguarda gli altri membri dell’Esecutivo, si è rafforzata la posizione del Ministro dell’economia, per il ruolo che assume all’interno del Consiglio dei ministri dell’Unione. La nomina di questo dicastero è stata, ed è tutt’oggi, oggetto di una particolare attenzione, non solo da parte delle forze politiche che compongono la maggioranza di governo, ma anche del Presidente della Repubblica, affinché la scelta ricada su persone dotate di competenze tecniche, riconosciute a livello internazionale. La *reputazione* del Ministro dell’economia a livello europeo appare come una garanzia del peso che sarà in grado di esercitare successivamente, nel confronto con i suoi *partner* europei, al fine di rappresentare le esigenze del nostro Paese¹⁰¹¹.

3. Gli effetti dell’integrazione europea sui poteri presidenziali.

Un altro punto di osservazione delle trasformazioni subite della nostra forma di governo riguarda l’influenza che ha esercitato la partecipazione all’Unione europea sui poteri presidenziali.

In alcune recenti vicende si è mostrato un intreccio tra la crisi del sistema politico, il peso assunto dal Presidente della Repubblica e il rispetto degli impegni economici connessi alla partecipazione al progetto comunitario¹⁰¹². Emblematica di questa tendenza appaiono, ad esempio, le ragioni con cui il Presidente della Repubblica ha spiegato il rifiuto di nominare, al Ministero dell’economia, Paolo Savona. Secondo il Capo dello Stato, la proposta

¹⁰¹⁰ G. Rivosecchi, *I riflessi dell’Unione europea sul rapporto*, cit., p. 372.

¹⁰¹¹ Cfr. N. Lupo, *I “governi tecnici”*, cit., p. 100.

¹⁰¹² Sull’evoluzione della figura del Presidente della Repubblica all’interno della nostra forma di Governo il dibattito è molto vivace in dottrina, cfr., di recente, O. Chessa, *Il Presidente della Repubblica parlamentare: un’interpretazione della forma di governo italiana*, Napoli, 2010; A. Ruggeri (a cura di), *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, Torino, 2011 e A. Baldassarre e G. Scaccia (a cura di), *Il Presidente della Repubblica nell’evoluzione della forma di governo*, Roma, 2012. A. Baldassarre, *Il Presidente della Repubblica nell’evoluzione della forma di governo*, in *www.rivistaaic.it*, n. 1/2011; A. Morrone, *Il Presidente della Repubblica in trasformazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2013, p. 287 ss.; R. Bin, *Il Presidente Napolitano e la topologia della forma di governo*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/2013, p. 7 ss.; M. Luciani, *Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica dal mito alla realtà (passando per il testo della Costituzione)*, in *www.rivistaaic.it*, n. 2/2017.

avanzata dal Primo Ministro incaricato ricadeva su di un esponente «sostenitore di una linea, più volte manifestata, che potrebbe provocare, probabilmente, o, addirittura, inevitabilmente, la fuoruscita dell'Italia dall'euro. Cosa ben diversa da un atteggiamento vigoroso, nell'ambito dell'Unione europea, per cambiarla in meglio dal punto di vista italiano»¹⁰¹³.

Per Mattarella, l'adesione dell'Italia alla moneta comune riveste una "importanza fondamentale per le prospettive del nostro Paese e dei nostri giovani". Un eventuale passo indietro porrebbe a rischio i risparmi delle famiglie, aumenterebbe lo *spread* - che incide sul debito pubblico, limitando le possibilità di spesa – ed avrebbe effetti negativi sui mutui e sugli interessi bancari.

Il rifiuto del Capo dello Stato, come emerge chiaramente dal suo messaggio, non si basa sulle caratteristiche personali di Savona, ma sui suoi ideali politici¹⁰¹⁴. In altri casi, avvenuti in precedenza, il Presidente della Repubblica era sì intervenuto nel procedimento di nomina, ma sempre sottolineando ragioni di inopportunità, legate a situazioni che riguardavano personalmente il futuro Ministro. Si può ricordare, ad esempio l'intervento di Scalfaro sulla proposta di Cesare Previti al dicastero della Giustizia, in quanto avvocato personale di Berlusconi; o alla posizione assunta da Ciampi in relazione alla designazione di Maroni, sempre al dicastero della Giustizia, a causa del suo coinvolgimento in un processo allora in corso. Mattarella, invece, spiega il diniego ad attribuire l'incarico a Savona con le idee antieuropeiste da lui espresse, considerate in grado di mettere in pericolo un aspetto centrale della partecipazione dell'Italia al progetto di integrazione europea: la moneta comune¹⁰¹⁵.

Questo messaggio è stato oggetto di interpretazioni diverse da parte della dottrina; da un

¹⁰¹³ Si legge in questo messaggio che la peculiare posizione che assume questo incarico all'interno della compagine governativa, per i suoi riflessi internazionali: «costituisce sempre un messaggio immediato, di fiducia o di allarme, per gli operatori economici e finanziari».

¹⁰¹⁴ Su questa vicenda si veda il dibattito tra i costituzionalisti: *Dibattito sul potere del Presidente della Repubblica di condizionare la scelta dei Ministri*, in *Giur. Cost.* n. 2/2018; A. D'Aloia, *Nomina dei Ministri, interessi costituzionali fondamentali, poteri del Presidente della Repubblica. Appunti a margine del caso 'Savona'*, in *osservatoriocostituzionale.it*, n. 2/2018; R. Manfellotti, *Il Presidente della Repubblica garante della stabilità economico-finanziaria internazionale. Considerazioni a margine di un Governo che non nacque mai*, in *Osservatorio costituzionale.it*, n. 2/2018. Sulla nomina del primo ministro di recente, cfr. F. De Martino, *Il Presidente della Repubblica e il potere di nomina del Presidente del Consiglio dei ministri*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2018; A. Morrone, *Massima disponibilità del potere d'incarico? Appunti sulla discrezionalità del Presidente della Repubblica*, in *www.federalismi.it*, n. 4/2018; E. Catelani, *Il Presidente del Consiglio incaricato, individuazione e ruolo nel procedimento di formazione del Governo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2018, p. 677 ss.

¹⁰¹⁵ R. Bin, *Italexit? Come si potrebbe fare (se si può fare)*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2018, p. 813 ss.

lato, si è discusso della sua conformità con la nostra forma di governo parlamentare¹⁰¹⁶; dall'altro lato, se ne è sostenuta la rispondenza alla Costituzione ed alla prassi¹⁰¹⁷. Al di là della ricostruzione che si vuole dare di questo episodio, assumendo una posizione più o meno critica, quello che emerge è la centralità della questione europea alla base dello scontro tra il Presidente della Repubblica e la futura maggioranza di governo. È la partecipazione all'integrazione politica sovranazionale che viene tutelata dal Capo dello Stato nella sua dichiarazione, agganciandola alla difesa della Costituzione e dell'interesse nazionale.

La posizione europeista di Mattarella si iscrive nella scia lasciata dal suo predecessore, emblematicamente rappresentata dalle vicende che hanno accompagnato la crisi del IV Governo Berlusconi e la nomina del Governo Monti. La dottrina ha da subito sottolineato come fosse “piuttosto chiaro che il passaggio di consegne tra il governo Berlusconi e il governo Monti, nell'ottobre 2011, si spiega appunto, soprattutto, con il venir meno della fiducia dei *partners* europei nei confronti di Berlusconi e del suo governo”¹⁰¹⁸. La presenza

¹⁰¹⁶ Si pensi, ad esempio, alla posizione espressa da L. Carlassare in *Giur. cost.*, n. 2/2018, p. 991 che afferma: “[...] così si è arrivati infine al rifiuto esplicito di nominare un ministro ma non per ragioni oggettive (incompatibilità con il ruolo, condanne penali, indegnità morale e simili) le sole che potrebbero giustificarlo trattandosi di un atto sostanzialmente ‘governativo’ e non di un atto ‘duale’ (come lo scioglimento delle Camere) o di un atto ‘proprio’ del Presidente (come la grazia). L'apprezzamento di un indirizzo di politica economica e dei suoi possibili effetti comporta infatti valutazioni di natura politica, precluse al Capo dello Stato che la dottrina definisce come organo di garanzia e la Corte organo estraneo a quello che viene definito il circuito dell'indirizzo politico-governativo (sent. 200/2006)”. Valerio Onida, *In regime parlamentare la scelta dei Ministri fa parte dell'indirizzo politico del nuovo Governo*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2018, p. 676, “Nei confronti di ogni prospettato incarico ministeriale può certo verificarsi una influenza del Capo dello Stato: ma altro è il caso di possibili obiezioni anche forti alla indicazione del presidente incaricato, mosse per ragioni personali (come un conflitto di interessi del designato), altro una obiezione motivata da ragioni di linea politica che attengano in realtà all'indirizzo dell'intero Governo, come quelle riguardanti la posizione dell'Italia rispetto alla sua appartenenza al sistema della moneta unica”.

¹⁰¹⁷ Si pensi al messaggio dei costituzionalisti della scuola fiorentina di Paolo Barile che affermano che “il comportamento del Presidente Mattarella appare del tutto conforme alla lettera della Costituzione e alla prassi. La sua interpretazione di quello che nelle condizioni date rappresenta il superiore interesse nazionale può certo pestarsi a critiche, come del resto avvenuto in un recente passato di fronte a scelte presidenziali determinate da circostanze non meno eccezionali di quelle attuali, ma non sul piano del rispetto della Costituzione. Appare pertanto assolutamente inammissibile che si possa anche solo evocare la messa in stato d'accusa del Presidente, ai sensi dell'art. 90 Cost. Ciò significa confondere i due diversi piani su cui va valutata questa vicenda, con il rischio grave di minare alle radici uno dei presidi fondamentali del nostro sistema costituzionale” (Enzo Cheli, Paolo Caretti, Ugo De Siervo, Stefano Merlini, Roberto Zaccaria, Stefano Grassi, Cristina Grisolia, Elisabetta Catelani, Massimo Carli, Orlando Roselli, Giovanni Tarli Barbieri, Andrea Simoncini, Andrea Cardone e Duccio Traina).

¹⁰¹⁸ N. Lupo, *Il Governo italiano, settanta anni dopo*, cit., p. 30. Su cui cfr. anche M. Frau, *Dalla mancata approvazione del rendiconto all'annuncio delle dimissioni del Presidente del Consiglio*; E Tira, *La formazione del Governo Monti, entrambi in Dalla crisi del IV Governo Berlusconi alla formazione del Governo Monti*, in *www.rivistaaic.it*, n. 2/2012; I. Nicotra, *Il Governo Monti (Napolitano): l'Unione europea e i mercati finanziari spingono l'Italia verso un semipresidenzialismo mite*, in *www.federalismi.it*, 24/2011

delle istituzioni sovranazionali ha così avuto un peso determinante, tanto che si è parlato quasi di una “seconda fiducia”, che deve assistere l’Esecutivo, e che è in grado di modificare gli equilibri politici interni, dando vita a nuove maggioranze¹⁰¹⁹.

Ci sono molteplici studi costituzionalistici che hanno esaminato la posizione del Capo dello Stato durante la crisi politico-finanziaria, cominciata nel 2008, mostrando l’attivismo dell’allora Presidente Napolitano. Si legge in questi studi come Napolitano “con plurimi interventi, dichiarazioni pubbliche, note, comunicati e incontri con membri della maggioranza e dell’opposizione, sollecitava, incalzava e – talora – indirizzava l’adozione di misure per il risanamento delle finanze pubbliche e l’incentivo alla crescita economica”¹⁰²⁰.

L’opera della Presidenza della Repubblica non si esauriva nel monitoraggio attivo nei confronti della maggioranza di Governo e della sua azione di risanamento dei conti pubblici, ma si estendeva anche all’esterno, attraverso una serie di esternazioni, che avevano come finalità quella di rassicurare le istituzioni sovranazionali sul rispetto, da parte dell’Italia, degli impegni assunti¹⁰²¹. Emblematica di questa azione europeista è la nota divulgata il 3 novembre 2011, a ridosso della crisi della maggioranza: “credo di poter dire ai nostri partner europei, agli osservatori internazionali, e al mondo degli investitori finanziari, che le forze politiche fondamentali, sia di maggioranza sia di opposizione, sono consapevoli della portata dei problemi che l’Italia deve affrontare con urgenza e attraverso sforzi coerenti e costanti nel tempo. Gli obiettivi di risanamento finanziario e di rilancio della crescita economica e sociale assunti dalle autorità italiane nelle sedi europee - da ultimo, nelle riunioni del 26 ottobre - sono seriamente riconosciuti come impegnativi dal più ampio arco delle parti politiche e sociali”¹⁰²².

¹⁰¹⁹ N. Lupo, *Il Governo italiano, settanta anni dopo*, cit., p. 30; sempre N. Lupo, *I “Governi tecnici”* cit., p. 99-10, sottolinea che “Non nel senso che questo secondo circuito si sostituisca al primo, ma nel senso che il giudizio di questi soggetti viene in rilievo perché contribuisce a delineare il successo o l’insuccesso dell’azione di governo, condizionandone perciò i tempi e le modalità di svolgimento, quando non la determinazione del suo stesso indirizzo o financo della sua composizione. Ed è inevitabile che questa ‘seconda fiducia’ finisca in qualche modo per riflettersi, come è accaduto chiaramente nel caso dell’ultimo governo Berlusconi, altresì sul suo consenso parlamentare”. Per una lettura critica di questi fenomeni, A. Ruggeri, *Art. 94 della Costituzione vigente: “Il Governo deve avere la fiducia dei mercati” (nota minima a commento della nascita del Governo Monti)*, in www.federalismi.it, n. 23/2011.

¹⁰²⁰ N. Maccabiani, *Il Capo dello Stato di fronte alle difficoltà economico-finanziarie e politiche del Paese*, in www.rivistaaic.it, n. 1/2012, p. 5.

¹⁰²¹ N. Maccabiani, *Il Capo dello Stato di fronte alle difficoltà economico-finanziarie*, cit., specialmente p. 17 ss.

¹⁰²² Cfr. N. Maccabiani, *Il Capo dello Stato di fronte alle difficoltà economico-finanziarie e politiche del Paese*, cit., p. 18.

Dunque, la partecipazione all'Unione ha inciso non solo sul rafforzamento del Governo, all'interno della relazione con il Parlamento, ma è stata anche alla base di un interventismo della Presidenza della Repubblica, come garante della permanenza dell'Italia in Europa, che ha condotto a riletture della nostra forma di Governo in chiave dualista¹⁰²³.

4. Conclusioni. L'Europa e la fuga dalla responsabilità politica.

Il rapporto tra la forma di governo e l'integrazione sovranazionale può essere analizzato anche da un altro angolo visuale, che prende in considerazione quella che viene definita come la fuga dalla responsabilità politica¹⁰²⁴. In questa prospettiva, vengono in rilievo due caratteristiche peculiari dell'ordinamento comunitario: la frammentazione del potere esecutivo¹⁰²⁵ e la difficoltà di trapiantare, a livello sovranazionale, gli istituti tipici del controllo parlamentare¹⁰²⁶. Il primo elemento ha come conseguenza l'impossibilità di individuare una chiara responsabilità delle scelte compiute; il secondo la presenza di zone franche, che sfuggono al sindacato delle istituzioni parlamentari.

L'architettura istituzionale dell'Unione - che vede la compresenza di organi che operano con un metodo intergovernativo (come il Consiglio dell'Unione europea), organi di stampo sovranazionale (la Commissione), altri ancora di natura indipendente (la Banca centrale), unita ad un articolato processo decisionale - rende molto problematico determinare la responsabilità delle politiche intraprese, producendo rilevanti effetti anche a livello interno¹⁰²⁷.

Durante l'epoca della crisi economica, ad esempio, quando il Governo italiano è stato

¹⁰²³ Sul tema cfr. A. Mastropaolo, *Il dualismo rimosso. La funzione del Presidente della Repubblica nella forma di governo parlamentare italiana*, in www.rivistaaic.it, n. 4/2013; I. Nicotra, *Il Governo Monti (Napolitano): l'Unione europea e i mercati finanziari spingono l'Italia verso un semipresidenzialismo mite*, in www.federalismi.it, n. 24/2011; C. Fusaro, *Ruolo del presidente della Repubblica e forma di governo in Italia. L'ipotesi semi-presidenziale*, in *Civitas europea*, n. 2/2013, p. 7 ss.; G. Scaccia, *Il re della Repubblica. Cronaca costituzionale della presidenza di Giorgio Napolitano*, Modena, 2015.

¹⁰²⁴ Cfr. N. Lupo, *I governi tecnici*, cit., p. 106 e ss.

¹⁰²⁵ E. Griglio, *I circuiti*, cit., p. 212.

¹⁰²⁶ R. Ibrido, *Oltre le "forme di governo. Appunti in tema di "assetto di organizzazione costituzionale" dell'Unione europea*, in www.rivistaaic.it, n. 1/2015; R. Ibrido e N. Lupo, *"Forma di Governo" e "indirizzo politico": la loro discussa applicabilità all'Unione europea*, in *Dinamiche della forma di governo* cit., p. 9 ss; E. Griglio, *I circuiti*, cit., p. 210, afferma che "il tentativo di 'trapianto giuridico' dei moduli del controllo parlamentare dal livello nazionale a quello europeo ha mostrato un'evidente propensione al rigetto, a causa di molteplici fattori".

¹⁰²⁷ E. Griglio, *I circuiti*, cit., p. 212.

chiamato a prendere provvedimenti di riduzione della spesa, chiaramente impopolari, le forze politiche, che sostenevano la maggioranza, addossavano alle istituzioni sovranazionali il peso delle misure adottate. I partiti nazionali attribuivano genericamente all'Europa la colpa dei provvedimenti di riduzione della spesa, sfuggendo alla responsabilità per le scelte compiute. A Bruxelles, poi, non essendo facilmente individuabile un organo titolare delle decisioni assunte, le misure anticrisi, che tanto indicavano sulla vita dei cittadini, non avevano un chiaro artefice, né in Italia né fuori.

L'europeizzazione di molte materie, anziché valorizzare i canali della rappresentanza e del controllo all'interno del nostro Stato, ha prodotto così un effetto opposto. Il Governo, allo stesso tempo, si è rafforzato attraverso la partecipazione al progetto comunitario e si è svincolato dalla responsabilità per le scelte assunte a livello interno. Questo fenomeno, che si è manifestato durante i governi tecnici e delle larghe intese, esprime una tendenza che vede i partiti politici chiamare l'Europa come motore delle misure economiche impopolari, per non doverne rispondere al momento delle elezioni¹⁰²⁸.

A questa ricostruzione sfugge la considerazione per cui il Governo italiano opera in due sedi: una nazionale ed una sovranazionale, cumulando poteri e competenze¹⁰²⁹. Se così non fosse non si capirebbe perché nelle linee programmatiche dei partiti, quando si presentano alle elezioni, vi sia sempre una presa di posizione su tematiche rientranti nella sfera di attribuzioni dell'Unione. Pensiamo alle politiche sull'immigrazione, che tanto peso assumono oggi nelle campagne elettorali: i partiti chiedono di essere votati per portare in Europa una voce, una visione sul tema dell'immigrazione. Se il Governo non avesse, poi, nessun potere di incidere sulle scelte prese nelle sedi sovranazionali, non avrebbe senso chiedere di essere votati per cambiarle.

L'importanza di richiamare i Governi dei Paesi membri alla loro responsabilità politica, invece, gioca un ruolo determinante nella costruzione comunitaria. I canali della

¹⁰²⁸ Sulla fuga della responsabilità politica nei governi tecnici e delle large intese, cfr. N. Lupo, *I Governi tecnici*, cit., p. 106 ss.

¹⁰²⁹ N. Lupo, *Il Governo*, cit., p. 178 che cita una frase di Federica Mogherini: "l'Italia ha due capitali, Roma e Bruxelles" per indicare come "Il riconoscimento di un solo Governo, che ha sede e agisce contemporaneamente in due capitali, in due contesti istituzionali, e quindi di forme di governo europee e nazionali strettamente intrecciate, che danno origine ad un sistema parlamentare euro-nazionale, consente di inquadrare e di comprendere assai meglio le dinamiche che in questi anni si sono sviluppate, sia a livello nazionale, sia a livello europeo. Al tempo stesso, solleva una serie di problemi di notevole rilievo quanto alla configurazione di meccanismi idonei a far valere la responsabilità politica di un Governo che opera su più livelli, onde evitare il facile gioco di 'scaricabarile' che naturalmente tende a verificarsi ogni qualvolta le decisioni assunte possano essere imputate a più soggetti".

responsabilità e del controllo parlamentare, infatti, a livello dell'Unione, li troviamo delineati, anche se in maniera ancora imperfetta, nella relazione tra Parlamento e Commissione, mentre sono carenti nei confronti dell'azione del Consiglio Europeo e del Consiglio dei ministri. Non a caso, il Trattato di Lisbona afferma che: «gli Stati membri sono rappresentati nel Consiglio europeo dai rispettivi capi di Stato o di Governo e nel Consiglio dai rispettivi Governi, a loro volta democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini».

Dunque, la legittimazione delle istituzioni dell'Unione si basa su di un doppio circuito, diretto ed indiretto: da un lato, i cittadini votano per l'elezione dei membri del Parlamento europeo, che sono così direttamente espressione della volontà popolare; dall'altro lato, la responsabilità politica interna fonda la democraticità del Consiglio europeo ed il Consiglio dei ministri europeo, che sono composti da membri degli esecutivi degli Stati membri. In questo modello appare centrale il buon funzionamento dei sistemi dei Paesi membri che si riverbera sulle istituzioni comunitarie¹⁰³⁰.

Se la legittimazione dell'Unione si fonda anche sulla responsabilità politica dei Governi, la debolezza dei Parlamenti nazionali e dei loro strumenti di controllo produce conseguenze negative sui due livelli. Dunque, la presidenzializzazione, la riduzione della mediazione parlamentare, la fuga dalla responsabilità politica indeboliscono allo stesso tempo, il progetto di integrazione sovranazionale e gli ordinamenti statali, mostrando, ancora una volta, l'importanza della costruzione di un "sistema parlamentare euro-nazionale"¹⁰³¹. Il circuito della rappresentanza popolare, infatti, che trova nel Parlamento nazionale la sua principale, anche se non esclusiva sede di azione, rappresenta ancora oggi la via per tutelare la democraticità interna e sovranazionale.

Abstract: Nel corso del presente lavoro si esaminerà in che misura l'adesione al progetto di integrazione sovranazionale abbia influito sulla forma di governo italiana, osservando sia la relazione tra il Legislativo e l'Esecutivo (e all'interno di quest'ultimo, tra Presidente

¹⁰³⁰ Cfr. N. Lupo, *I governi tecnici*, cit., p. 98. Dello stesso autore, *La forma di Governo italiana nella forma di Governo dell'unione europea*, cit., p. 44.

¹⁰³¹ N. Lupo, *La forma di Governo italiana nella forma di Governo dell'unione europea*, in *Il Politico*, 2-n. 3/2018, p. 49, cfr. anche N. Lupo, *Parlamento europeo e Parlamenti nazionali nella costituzione "composita" nell'UE: le diverse letture possibili*, in *www.rivistaaic.it*, n. 3/2014; A. Manzella, *Parlamento europei e Parlamenti nazionali come sistema*, in *www.rivistaaic.it*, 1/2015; L. Frosina, *Il contributo dei parlamenti nazionali al buon funzionamento dell'Unione Europea. A proposito di conferenze interparlamentari ed "early warning system"*, in *Nomos*, n. 3/2016.

del Consiglio ed i singoli Ministri), sia il ruolo del Capo dello Stato. In particolare, si metterà in evidenza il progressivo rafforzamento del Governo e del Presidente del Consiglio. Questo fenomeno verrà, infine, analizzato al fine di verificare in che modo la partecipazione all'Unione europea ha messo in atto un fenomeno che può essere definito come fuga dalla responsabilità politica.

Abstract: In the course of this work we will examine the extent to which adherence to the supranational integration project has influenced the form of Italian government, observing both the relationship between the Legislative and the Executive (and within the latter, between the Prime Minister and individual Ministers) and the role of the Head of State. In particular, the progressive strengthening of the Government and the Prime Minister will be highlighted. Finally, this phenomenon will be analysed in order to verify how participation in the European Union has implemented a phenomenon that can be defined as an escape from political responsibility

Parole chiave: integrazione europea – Governo – Presidente della Repubblica.

Key words: European integration – Government – President of Republic.

SISTEMA ELECTORAL, SISTEMA DE PARTIDOS Y FORMACIÓN DEL GOBIERNO EN ESPAÑA. SITUACIÓN ACTUAL*.

di Mayte Salvador Crespo**

Sommario. 1. Introducción. – 2. Breves notas sobre el sistema electoral para las elecciones al Congreso y al Senado en España. – 3. Funcionamiento y efectos del sistema electoral en el sistema de partidos español. – 3.1. La dimensión interpartidista del sistema electoral español y sus resultados. – 3.2. Los sesgos del sistema electoral y sus efectos en las Elecciones Generales. – 3.3 La dimensión intrapartidista: estructura del voto y listas electorales. – 4. El fin de una etapa?. – 5. Conclusiones y propuestas de reforma del sistema electoral español después de las Elecciones Generales de 2019.

534

1. Introducción.

Los procesos electorales están vinculados inexorablemente al sistema electoral que se aplica a los mismos, porque en función del mismo se produce la transformación de los votos de los ciudadanos en escaños en las instituciones representativas. En España con un Parlamento bicameral, el sistema utilizado para la elección de los miembros del Congreso y del Senado es diferente, como también lo es su composición territorial, la circunscripción electoral y el tamaño de las mismas. Mientras que para el Congreso rige un criterio de representación proporcional, este es mayoritario en el caso del Senado.

La primera vez que los españoles eligieron a sus representantes políticos fue el 15 de junio de 1977. Posteriormente, se han celebrado catorce procesos electorales: Elecciones Generales el 1 de marzo de 1979, el 28 de octubre de 1982, el 22 de junio de 1986, el 29 de octubre de 1989, el 6 de junio de 1993, el 3 de marzo de 1996, el 12 de marzo de 2000, el 14 de marzo de 2004, el 9 de marzo de 2008, el 20 de noviembre de 2011, el 20 de diciembre de 2015, el 26 de junio de 2016 y finalmente las que se celebraron el pasado 28 de abril de 2019, que darán paso a la constitución de la XIII Legislatura en 42 años de historia democrática.

Los resultados de las últimas elecciones generales celebradas en abril de 2019, han puesto en cuestión los declarados efectos bipartidistas del sistema electoral español, según los

* *Sottoposto a referaggio.*

** Profesora Titular de Derecho Constitucional – Universidad de Jaén.

cuales, se pensaba que los terceros o cuartos partidos no tenían posibilidades de obtener representación. Los resultados de las urnas han evidenciado el paso de un sistema de tres partidos en 2015, a un pentapartidismo en 2019, sin que se haya producido ningún cambio ni en el sistema electoral ni en las circunscripciones.

A pesar de tratarse de un sistema electoral estable y exitoso, durante sus más de cuatro décadas de vida, las principales críticas sobre el mismo se han dirigido sobre sus efectos desproporcionales, en especial para los pequeños partidos nacionales y al beneficio recibido por los partidos nacionalistas, y sobre la desigualdad en el valor del voto entre electores de distintas provincias. En el ámbito interpartidista, se centran fundamentalmente en el sistema de listas cerradas y bloqueada por la despersonalización en la elección de los candidatos y, más recientemente, la dificultad que esta nueva fragmentación partidista ocasiona a la hora de formar gobierno.

Pero no debe olvidarse, que los efectos del sistema electoral español no derivan sin más de la fórmula D'Hondt empleada, sino de otra serie de variables condicionantes del comportamiento electoral tanto psicológicas como estructurales, consecuencia del comportamiento de los votantes y de la propia organización de los partidos. La tendencia a la concentración del voto (frente a la dispersión), el recurso al voto útil (frente al voto ideológico), la propia implantación de las formaciones grandes en todo el territorio (frente a la falta de homogeneidad de otras), la mayor o menor participación de los votantes, el *cleavage* ideológico izquierda-derecha...etc. En todas ellas, con mayor o menor magnitud, y no solamente en el sistema electoral, se va a encontrar la explicación a muchos de los cambios producidos en el ámbito político e institucional en España en los últimos años.

Además, al margen de estos factores y, pese a las críticas recibidas, las claves de la permanencia del sistema electoral se explican por el principio de conservación de lo ya conocido y experimentado, en la falta de consenso para su modificación, en su demostrada neutralidad operativa y en su eficacia hasta la fecha para reflejar el pluralismo político y social existente en el Parlamento.

Aun así, lo cierto es que en el debate público los efectos y consecuencias políticas e institucionales del sistema electoral español están muy presentes lo que justifican la oportunidad del presente estudio. Las características y rendimientos del sistema electoral, sus elementos, el paso de un sistema bipartidista a otro multipartidista y sus efectos para la gobernabilidad en un sistema de parlamentarismo racionalizado como el español a tenor de

los resultados de las últimas elecciones y las propuestas de reforma para paliar sus deficiencias, van a ser los ejes sobre los cuales se va a centrar este trabajo.

2. Breves notas sobre el sistema electoral para las elecciones al congreso y al Seanado en España.

El origen del sistema electoral español no se encuentra en la Constitución, sino en el decreto-ley de normas electorales de 1977, inicialmente considerado provisional y pactado entre las principales fuerzas políticas impulsoras de la transición política. El acierto de esta regulación llevó a que este decreto-ley fuera también aplicado en las elecciones de 1979 y de 1982. Como la Constitución de 1978 no alteró sus contenidos, éstos se incluyeron directamente en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General de 1985¹⁰³² (en adelante LOREG) que sustituyó al citado real-decreto de 1977, sin introducir cambios importantes en el sistema electoral diseñado ocho años antes. La LOREG, al tratarse de una Ley Orgánica, se elabora, aprueba y modifica por un procedimiento especial previsto en la propia Constitución en su artículo 81 CE¹⁰³³. Desde entonces hasta hoy, la LOREG, ha sido modificada en más de veinte ocasiones, pero sin afectar a ninguno de los elementos esenciales del sistema electoral muy diferente dependiendo del Congreso o del Senado.

El contenido del sistema electoral está integrado por los siguientes elementos regulados en el art. 68 de la CE en relación con el Congreso de los Diputados¹⁰³⁴:

- la provincia como circunscripción electoral.
- La distribución de los escaños con un mínimo provincial de dos, salvo las poblaciones de Ceuta y Melilla que están representadas cada una de ellas por un Diputado. Los doscientos

¹⁰³² Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio del Régimen Electoral General (BOE nº 146, de 20 de junio de 1985). Esta Ley, fue aprobada en el Congreso con la sola oposición de dos diputados y la abstención de otros dos, obteniendo un consenso parlamentario en las Cortes incluso superior al de la propia Constitución.

¹⁰³³ El artículo 81.1 de la Constitución establece: "Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución". En el artículo 81.2, dice: "La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto". Es decir, una ley orgánica es presentada como proyecto (por el Gobierno) o como proposición de ley (por las Cortes) y debe cumplir los mismos trámites parlamentarios que una ley ordinaria. Como indica la Constitución, la principal diferencia en el proceso es que el Congreso de los Diputados debe realizar una votación final, al acabar con todos los trámites, donde la ley debe obtener una mayoría absoluta para su aprobación; en el caso de leyes ordinarias, esta votación final no se realiza.

¹⁰³⁴ Procedimiento regulado en el art. 68 de la CE y en los artículos 162, 163 y 164 de la LOREG.

cuarenta y ocho Diputados restantes se distribuyen entre las provincias en proporción a su población de derecho de cada provincia (art. 162 LOREG).

Las listas cerradas y bloqueadas.

- La barrera electoral del 3%, de manera que quedan excluidos del reparto de escaños los partidos que no alcanzan ese mínimo porcentaje de votos.

- Los representantes se asignarán a las listas restantes en función del Sistema D'Hondt, un reparto de escaños basado en el principio de proporcionalidad, que es el más extendido entre los países europeos (Austria, Bélgica, Francia, Finlandia, Portugal, Suiza, entre otros)¹⁰³⁵. Conforme a este sistema los escaños no se los llevan los partidos que más votos obtienen (fórmula mayoritaria) sino que se distribuyen en función del número de votos obtenido por cada uno. El número total de los votos obtenidos en cada circunscripción por cada formación política se divide por 1, por 2, por 3, por 4 y así tantas otras divisiones como escaños deben cubrirse. De esta forma se obtienen los cocientes correspondientes a cada uno de los partidos políticos y esos cocientes se ordenan de mayor a menor, esto es, en orden decreciente. Los escaños corresponden a los cocientes mayores hasta agotar el último de los escaños a reparto.

El sistema de elección previsto para el Congreso de los Diputados se encuentra fuertemente corregido y con múltiples posibilidades que han dado lugar a un sistema formalmente proporcional, pero con efectos claramente mayoritarios. El art. 68.1 determina que el Congreso se compone de un mínimo de 300 y un máximo de 400 diputado, incluyendo a la provincia como circunscripción electoral (con independencia de su dimensión demográfica), que provoca un efecto distorsionador de la proporcionalidad, teniendo en cuenta el diferente tamaño de las provincias españolas. Desde este punto de vista no se podría hablar en España de un sistema de representación proporcional¹⁰³⁶.

¹⁰³⁵Todas las leyes electorales autonómicas han copiado estos elementos estructurales con leves matizaciones, y, sin excepción, utilizan como fórmula repartidora de los escaños el método D'Hondt o de los mayores cocientes. De esta forma, el método D'Hondt o de los mayores cocientes es una fórmula universalizada para todas las elecciones políticas españolas y coincide con el sistema utilizado para el reparto de escaños en el Parlamento Europeo.

¹⁰³⁶ Una interpretación del art. 68 de la CE, coherente con el sistema implantado, llevaría a pensar que este precepto no pretendía fijar un sistema electoral basado en la fórmula de representación proporcional para el Congreso de los Diputados, sino más bien, constitucionalizar una "determinada fórmula electoral" proporcional, sin valorar si los efectos concretos de su aplicación derivarían en un sistema electoral más próximo al mayoritario. Vid. S.Gambino, *Relaciones entre Sistema electoral, formato de partidos y forma de Gobierno*, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 146, 2009, p. 24. También sobre esta cuestión T. Groppi, *Sistemi elettorali e forma di Governo. Il caso Spagnolo*, en *Forma di Governo e sistemi elettorali*, Padova, Cedam, 1995, a cura di S. Gambino, p. 17. M. Caciagli, *Spagna: proporzionale con effetti*

Para los críticos, el método D'Hondt produce efectos mayoritarios y beneficia claramente a los dos principales partidos con mayor implantación en el territorio nacional en detrimento de los terceros partidos. Además, la combinación del método D' Hont con circunscripciones reducidas -que son, al menos, la mitad de las españolas- favorece a los partidos más votados en cada una de ellas. En las circunscripciones que eligen menos de 6 o 7 diputados no habría una real proporcionalidad sino una mera línea tendencial hacia ella. Los dos grandes partidos se repartirían los escaños en disputa, con prácticamente nulas posibilidades para los terceros o cuartos partidos. Por tanto, el grado de proporcionalidad no está en función del método empleado, sino que dependerá más del número de escaños a repartir, del tamaño de las circunscripciones y del porcentaje de barrera o tope electora que se fije. lo que demuestra que la fórmula D'Hondt no produce por sí efectos mayoritarios, sino que ello está en función del grado de concentración o dispersión del voto.

En relación con el Senado, definido en el art. 69 de la Constitución de 1978 como "Cámara de representación territorial", si bien su realidad y funciones quedan lejos de este concepto de representación en los diferentes territorios, se opta por la utilización de un sistema electoral mayoritario.

La Constitución española establece que el Senado se compone de un número variable de senadores, elegidos por un sistema mixto:

Los senadores de elección directa son elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto en cada una de las 59 circunscripciones electorales. Le corresponden cuatro senadores a cada provincia peninsular; tres a cada una de las islas mayores, es decir Gran Canaria, Mallorca y Tenerife; uno a cada una de las islas o agrupaciones de islas siguientes: Ibiza-Formentera, Menorca, Fuerteventura, La Gomera, El Hierro, Lanzarote y La Palma; y dos senadores a cada una de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, eligiendo entre todas ellas a 18 senadores.

El sistema electoral que se aplica es el de escrutinio mayoritario plurinominal parcial mediante un sistema de listas abiertas. Cada votante puede dar hasta tres votos en las circunscripciones provinciales; dos en las islas mayores, Ceuta y Melilla; y uno en las restantes islas. Aunque en las papeletas de votación los candidatos aparecen agrupados por partidos políticos, las candidaturas son individuales, de modo que el votante puede votar a

(*finora*) maggioritari, en, *Raprepresentare e Governare*, Bolonia, Il Mulino, 1993, a cura di O. Massari y G. Pasquino, p. 130.

candidatos de partidos diferentes.

Los senadores designados por las comunidades autónomas son elegidos por la asamblea legislativa de cada una a razón de un senador por cada una de ellas y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio. La elección de los senadores de este último grupo se verifica con arreglo a un criterio de representación mayoritaria atenuada, que prima a los partidos y coaliciones más votadas.

De forma esquemática para apreciar esta diferenciación entre ambos sistemas se señalan los elementos configuradores vigentes para cada sistema electoral.

Sistema electoral del Congreso de los Diputados.

- Número de Diputados: 350
- Número de circunscripciones: 52
- Tipo de circunscripciones: 50 plurinominales de tamaño variable y dos uninominales.
- Modalidad del voto: único
- Forma de expresión de la candidatura: lista cerrada y bloqueada
- Barrera electoral legal: el 3% de los votos válidos en la circunscripción
- Fórmula electoral: proporcional según método D' Hondt

Sistema electoral Senado.

- Número de Senadores: 208
- Número de circunscripciones: 59
- Modalidad del voto: múltiple limitado
- Tipo de circunscripciones: 52 plurinominales de tamaño fijo y 7 uninominales
- Forma de expresión de las candidaturas: personal
- Barrera electoral legal: no hay
- Fórmula electoral: mayoría relativa o simple.

3. Funcionamiento y efectos del sistema electoral en el sistema de partidos español.

Una forma de aproximarse al funcionamiento de los sistemas electorales es a través de la

distinción entre sus dimensiones interpartidista e intrapartidista¹⁰³⁷. La primera se refiere a las características propias de un determinado sistema electoral en función de que se opte por un sistema proporcional o mayoritario¹⁰³⁸. La segunda, se centra más en el votante, y gira en torno a las posibilidades que tienen los electores de poder expresar sus preferencias hacia uno o varios de los candidatos incluidos en la listas de los partidos. El análisis de ambas dimensiones permite ver las características particulares del sistema electoral español.

3.1. La dimensión interpartidista del sistema electoral español y sus resultados.

El sistema electoral del Congreso de los Diputados que se diseñó durante la Transición, buscaba favorecer la representación para evitar que la fuerte fragmentación partidista existente durante estos primeros años malograra la ansiada estabilidad gubernamental de la naciente democracia y permitir la consolidación de un sistema de partidos fuerte y bien cohesionado¹⁰³⁹. Para lograr este propósito se optó por un sistema de representación proporcional, circunscripciones provinciales con pocos escaños, la atribución de un mínimo de dos diputados a cada circunscripción para equilibrar la representación territorial, y la barrera del 3% que realmente solo tiene efectos en las circunscripciones más grandes. Y lo cierto es, que, a lo largo de estos cuarenta años, con este sistema proporcional se ha ido consiguiendo que la representación de los partidos en el Parlamento sea proporcionada respecto a sus porcentajes de voto, de forma que la Cámara sea una especie de espejo de las preferencias políticas de los votantes, pasando de un bipartidismo imperfecto a un pentapartidismo en 2019.

Si se compara con otros países europeos, el sistema electoral del Congreso español con 350 diputados es uno de los que tienen menor número de representantes, y eso afecta directamente a la proporción entre diputados y electores que es muy reducida si se tiene en

¹⁰³⁷J.R. Montero, y C. Fernández Esquer, *Cuatro décadas del sistema electoral español, 1977-2016*, en *Política y Gobernanza. Revista de Investigaciones y Análisis Político*, 2017, 2: p. 15 y ss. <http://dx.doi.org/10.30827/polygob.v0i2.7821>

¹⁰³⁸ M.S. Shugart, y R. Taagepera, *Votes from Seats. Logical Models of Electoral Systems*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 215.

¹⁰³⁹ F. Rubio-Llorente, *Defectos de forma*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.100, p.143, 2014.

cuenta que esos 350 escaños, tienen que repartirse entre 52 distritos, lo que arroja una dimensión media de 6.7 escaños¹⁰⁴⁰. Otra característica propia del sistema español es la diferencia que existe entre el tamaño de las circunscripciones que oscila entre los 1 y 36 escaños. Esta situación lleva a que en España pueda hablarse en realidad de la existencia de tres subsistemas¹⁰⁴¹: uno mayoritario (que incluye los distritos de 1 a 5 escaños), otro proporcional (con 10 o más escaños) y otro intermedio, formado por los distritos medianos (de 6 a 9 escaños).

Otra particularidad, objeto de las principales críticas al sistema, es el desigual valor del voto de los electores de cada provincia con variaciones significativas de unas provincias a otras. Conforme a lo dispuesto en el art. 68.2 de la Constitución, se establece un doble criterio aplicado por la LOREG, según el cual, le corresponden dos diputados iniciales a cada provincia y la asignación de los restantes en función de su población. Este sistema de reparto provoca unos fuertes desequilibrios en el peso individual de los votos de los ciudadanos de cada provincia. El resultado es que las circunscripciones con menos escaños están claramente sobrerrepresentadas en la ratio electores/escaños, mientras que las que tienen más escaños acaban visiblemente infrarrepresentadas. Son estas circunscripciones sobrerrepresentadas las que permiten a un partido disfrutar de una mayoría parlamentaria de 176 escaños (de los 350) , aunque solo haya obtenido un 33 por ciento de los votos a escala nacional¹⁰⁴². Los casos extremos que habitualmente sirven como referencia son Teruel, donde son suficientes unos 36.500 electores para seleccionar un diputado, y Madrid, donde se necesitan unos 137.000, es decir, que el voto de un ciudadano de Teruel tiene un valor, en términos de representación parlamentaria, casi cuatro veces superior al de uno en Madrid¹⁰⁴³.

La fórmula electoral seleccionada también juega un papel relevante a la hora de explicar estas distorsiones entre el valor del voto y los escaños. El artículo 204 del Decreto-ley de 1977, reproducido posteriormente en el art. 163 de la LOREG, han establecido la fórmula

¹⁰⁴⁰ J.R. Montero, y C. Fernández Esquer, *Cuatro décadas del sistema electoral español...op. cit.* p.17.

¹⁰⁴¹ A. Penadés, *El sistema electoral español (1977-1996), En torno a la democracia en España. Temas abiertos del sistema político español*, Madrid, Tecnos, 1999, J.L. Paniagua y J.C. Monedero (eds.), p. 293.

¹⁰⁴² J.M. Colomer, *Cómo votamos. Los sistemas electorales del mundo: pasado, presente y futuro*. Barcelona: Gedisa, 2009, p. 145.

¹⁰⁴³ En España, tres de cada cuatro distritos resultan sobrerrepresentados, y en la mitad de ellos la sobrerrepresentación es considerable. La desviación del prorrateo en España se encuentra así entre las mayores del mundo, sólo por detrás de las de Luxemburgo, Chipre y Andorra en Europa. Vid. P. Simón, *La desigualdad y el valor de un voto: el malapportionment de las Cámaras bajas en perspectiva comparada*, *Revista de Estudios Políticos*, 143, 2009, pp. 165-188.

D'Hondt. La ventaja de este sistema es que combina un procedimiento de cálculo sencillo con una implantación muy extendida entre todos aquellos países que han optado por fórmulas de tipo proporcional. Ahora bien, la opción por esta fórmula también supone aceptar que favorece en mayor medida a los partidos grandes y que castiga a los partidos pequeños, sobre todo si son de ámbito nacional. Pero sus efectos, más o menos distorsionadores, dependen, como ya se ha indicado, del tamaño de circunscripción. En los distritos grandes (como Madrid y Barcelona) y en los pequeños (como Teruel o Soria), sus efectos no se diferencian, o lo hacen poco, de los que tendrían otras fórmulas proporcionales. El problema de esta fórmula se presenta cuando se aplica en las provincias medianas que eligen entre 6 y 9 escaños, que son la mayoría de las españolas.

El último componente de la dimensión interpartidista del sistema electoral español radica en la barrera electoral, encargada de marcar el mínimo de votos que un partido necesita para obtener representación¹⁰⁴⁴. La opción del ámbito provincial en España buscaba dar entrada a los partidos nacionalistas en el Congreso y con la barrera del 3 por ciento de los votos válidos, reducir la proporcionalidad¹⁰⁴⁵.

En las catorce elecciones generales celebradas en España hasta la fecha, todos estos elementos han originado una clara sobrerrepresentación de los partidos mayoritarios (PP y PSOE), a costa de los minoritarios. También hay que tener en cuenta el denominado “sesgo conservador” del sistema español que lleva a que en los resultados finales, los partidos de centro-derecha tengan una mayor sobrerrepresentación o una menor infrarrepresentación que los centro-izquierda¹⁰⁴⁶. La proporcionalidad es mayor cuando mayor es también el

¹⁰⁴⁴ J. Oliver, *Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

¹⁰⁴⁵ Un ejemplo claro es lo que ocurre en España con el partido animalista PACMA, que ha conseguido 326.045 votos en las elecciones generales de 2019. Muchos más votos que los obtenidos por el Partido Republicano de Cataluña (PRC) que consiguió 52.197, los 107.124 de Navarra Suma, los 137.196 de Coalición Canaria, los 172.751 de Compromís y los 258.840 de EH Bildu. Con respecto a las elecciones de 2016 el partido animalista ha logrado 40.000 votos más, lo que supone una mejora de sus resultados del 14%. Pero la razón de que el PACMA no consiga representación parlamentaria radica en que el partido no ha llegado en las circunscripciones en que presentaba candidatura al 3% del voto, la barrera que fija la LOREG para entrar en el reparto de escaños mediante la ley d'Hondt. Distinto ha sido el caso de las fuerzas políticas que, con menos votos, sí han logrado diputados. En el caso de Bildu, su 0,99% estatal supone el 16,70% en el País Vasco y obtiene cuatro escaños. Con Compromís, su 0,66% estatal es el 6,45% en la Comunidad Valenciana y consigue un diputado. Algo similar ocurre con Coalición Canaria (0,53% estatal de votos, pero 12,96% en las islas y dos escaños), Navarra Suma (0,41% estatal, 29,32% en la comunidad foral y dos escaños) y el PRC (0,20% estatal, pero 14,59% en Cantabria y un escaño).

Vid. <https://resultados.elpais.com/elecciones/2019/generales/congreso/>

¹⁰⁴⁶ Sobre esta y otras cuestiones sobre el sistema electoral resulta muy esclarecedor el libro de A. Penadés, y J.M. Pavía, *La reforma electoral perfecta*. Madrid, 2016, Los Libros de la Catarata.

tamaño de la circunscripción porque permite que los escaños en disputa se repartan entre más partidos. Y, a sensu contrario, cuanto menores sean los distritos, la desproporcionalidad aumenta considerablemente porque los grandes partidos se reparten todos los escaños dejando fuera a los demás con un considerable número de votos. En España, al ser el tamaño medio de las circunscripciones reducido, los efectos que proyecta el sistema electoral son como subraya G. Sartori “muy fuertes”¹⁰⁴⁷.

Por lo que respecta a la fragmentación partidista en España hasta 2015 había sido más bien baja, con algunas oscilaciones entre los años ochenta y noventa, a medida que se acortaban distancias entre el PP y el PSOE. Este panorama ha cambiado considerablemente a partir de las elecciones Generales de 2015, 2016 y 2019, como consecuencia de la llegada al Congreso de nuevos partidos tanto a la izquierda del PSOE como Podemos (actualmente Unidas Podemos), y a la derecha del PP (Vox, partido ultraconservador). También ha irrumpido con fuerza el partido de Ciudadanos (Cs), que tras moverse entre el espacio del centro derecha y del centro izquierda, parece haber apostado por el centro derecha cerrando pactos electorales a nivel autonómico y local con el PP y Vox. Como resultado de la irrupción de estos nuevos partidos en el parlamento, la fragmentación partidista es ahora mucho más acusada, configurándose como la más elevada de todo el período democrático, superando incluso la registrada en las elecciones de 1977 y 1979.

Los datos relativos a la desproporcionalidad electoral son también interesantes porque en España la mezcla de la fórmula D’Hondt, con la existencia de circunscripciones reducidas y las diferencias en los apoyos electorales de los dos primeros partidos ha propiciado una agudización de la desproporcionalidad en los resultados equiparable a la de otros países que cuentan con variantes de un sistema mayoritario.

Esta combinación ha llevado a que los dos principales partidos (UCD y PSOE en el primer período, y AP/PP y PSOE desde entonces) hayan conseguido siempre un mayor número de escaños en relación con los votos obtenidos que los demás¹⁰⁴⁸, si bien es cierto, que la

¹⁰⁴⁷ G. Sartori, *Comparative Constitutional Engineering. An Inquiry into Structures, Incentives, and Outcomes*. 1994, Londres: Macmillan, p. 37.

¹⁰⁴⁸ En palabras de Óscar Alzaga, uno de sus creadores, “(...) el encargo político consistía en formular una ley a través de la cual el Gobierno pudiese obtener mayoría absoluta. Puesto que los sondeos preelectorales concedían a la futura Unión de Centro Democrático un 36-37 por ciento de los votos, se buscó hacer una ley en la que la mayoría absoluta pudiese conseguirse con alrededor del 36-37 por ciento. Y con un mecanismo que en parte favorecía a las zonas rurales, donde en las proyecciones preelectorales UCD era predominante frente a las zonas industriales, en las que era mayor la incidencia del voto favorable al Partido Socialista (...).” Vid. O. Alzaga, I rapporti tra Capo dello Stato, Governo e Parlamento, en *Il X anniversario della*

irrupción de nuevos partidos ha hecho que estas diferencias sean menores. Otra consecuencia es que los partidos minoritarios con apoyos electorales dispersos en todo el territorio nacional han sido sistemáticamente perjudicados mientras que los partidos de signo nacionalista o regionalista, con votos concentrados solo en algunas circunscripciones hayan logrado representación más equitativa y contante¹⁰⁴⁹. De esta forma, el sistema electoral presenta dos direcciones contradictorias: mientras que en el ámbito nacional contiene unos fuertes incentivos contra la fragmentación, la favorece cuando el apoyo electoral lo reciben partidos autonómicos o provinciales¹⁰⁵⁰.

A modo de resumen, esta distorsión beneficia a los grandes partidos (PP y PSOE) y a las formaciones nacionalistas y de ámbito más local y, en cambio, perjudica a aquellas formaciones que concurren a nivel nacional pero que no gozan del apoyo electoral con el que cuentan los dos grandes partidos¹⁰⁵¹.

3.2. Los sesgos del sistema electoral y sus efectos en las Elecciones Generales.

El sistema electoral hasta la fecha ha regulado la celebración de catorce elecciones generales, permitiendo la alternancia de mayorías gubernamentales (1982, 1996, 2004, 2011 y 2019, entre el PSOE y el PP), la conformación de cuatro mayorías absolutas y de nueve minorías mayoritarias, por lo que siempre, con la excepción de las últimas elecciones de 2015, 2016 y 2019, tras la celebración de comicios se contaba con un partido ganador.

Costituzione spagnola: bilancio, problemi, prospettive. Siena: Centro Stampa della Facoltà di Scienze Economiche e Bancarie, 1989, a cura di G. Rolla, pp. 127-128.

¹⁰⁴⁹ Crítico con esta observación de los beneficios que sobre los partidos nacionalistas ejerce el sistema electoral a partir de los resultados electorales de 2016 puede consultarse el trabajo de J. Montabes, *Algunas reflexiones sobre las posibilidades, límites y falacias de la reforma del sistema electoral español*, en *Regeneración democrática y reforma constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, G. Ruiz-Rico, A. Porras y M. Revenga (coords), p. 136.

¹⁰⁵⁰ J.R. Montero, y C. Fernández Esquer, *Cuatro décadas del sistema electoral español, 1977-2016*, en *Política y Gobernanza*, op. cit. p.19.

¹⁰⁵¹ Esta circunstancia explica que ERC obtuviera nueve escaños en las últimas elecciones generales tras obtener solo 632.234 votos -70.248 sufragios por representante-, mientras que por ejemplo Ciudadanos, el grupo inmediatamente superior en número de votos, obtuvo 32 escaños con 3.141.570 votos -98.174 sufragios por cada asiento en el Congreso.

Tabla 1: Mayorías en el Congreso Español 1982-2019

PERÍODO	Escaños partido gobernante	Escaños principal partido de la oposición)	Número de partidos con representación parlamentaria	% votos dos principales partidos	% escaños dos principales partidos
1982-1986	PSOE (202)*	PP (107)	2.3	74.8	88.3
1986-1989	PSOE (184)*	PP (105)	2.7	70.5	82.6
1989-1993	PSOE (175)	PP (107)	2.8	65.8	80.6
1993-1996	PSOE (159)	PP (141)	2.7	74.1	85.7
1996-2000	PP (156)	PSOE (141)	2.7	77.2	84.9
2000-2004	PP (183)*	PSOE (125)	2.5	79.9	88.0
2004-2008	PSOE (164)	PP (148)	2.5	81.6	89.1
2008-2011	PSOE (169)	PP (154)	2.3	84.7	92.3
2011-2015	PP (186)*	PSOE (110)	2.6	74.4	84.6
2015-2016	PP (123)	PSOE (90)	4.1	51.1	60.9
2016-2019**	PP (137) PSOE (85)	PSOE (85) PP (137)	3.8	56.1	63.4
2019-	PSOE (123)	PP (66)	4.9	45.4	54.0

*mayorías absolutas

**cambio de gobierno como consecuencia de una Moción de Censura en la misma legislatura.

El análisis de los resultados electorales de estos cuarenta años, incluyendo los de las últimas elecciones generales del 28 de abril de 2019, lo que ponen de manifiesto es que solo tres partidos políticos han conseguido ser la fuerza de gobierno mayoritaria. Desde la

desaparición de la UCD¹⁰⁵², hace 38 años, el PSOE (Partido Socialista Obrero Español) y el PP (Partido Popular), se han alternado como fuerzas mayoritarias en el Congreso. El PSOE ha ganado 7 elecciones generales y dos de ellas con mayoría absoluta de escaños. El PP, ha ganado 5 elecciones, y también en dos ocasiones con mayoría absoluta.

Otra de las características de los resultados electorales, es que cuando un partido ha ganado las elecciones generales y ha llegado al Gobierno, ha repetido al menos una vez victoria electoral, permaneciendo en el gobierno al menos dos legislaturas. En este sentido las elecciones de 2015, 2016 y 2018 también han supuesto una renovación, porque más de 100 de los 350 escaños de los que se compone el Congreso están ocupados por formaciones políticas que hasta el año 2014, o no existían o no habían conseguido un escaño en el ámbito nacional.

Estos cambios también se muestran en los pequeños partidos que desde hace cuatro décadas han ido obteniendo representación parlamentaria y que han ido cambiando de unas legislaturas a otras. Las elecciones donde menos partidos consiguieron escaño en el Congreso fueron las de 1982 y 2008 con 10 partidos diferentes. En 1979 obtuvieron representación 14 formaciones políticas y en 1989, 2011, 2015, por 13 partidos que, en 2016, descendieron a 12 y que han llegado de nuevo a 13 en las elecciones Generales de 2019.

Lo más destacables de este fenómeno es que, aunque en 2011, 2015 y 2019 obtuvieron representación hasta trece formaciones políticas, sin embargo, éstas han sido variando. Muchas de las que en 2011 obtuvieron representación, desaparecieron del Congreso en 2015, mientras que prácticamente la mitad de los partidos que consiguieron escaños en 2015 nunca antes habían estado presentes en el Congreso de los Diputados. De nuevo en 2019 han entrado en el Congreso nuevas formaciones políticas, el caso más llamativo ha sido el del Partido ultraconservador Vox.

¹⁰⁵² La Unión de Centro Democrático (UCD) fue una coalición política y, posteriormente, un partido político español liderado por Adolfo Suárez, que ejerció un papel protagonista durante la transición a la democracia, liderando el Gobierno de España entre 1977 y 1982. En febrero de 1981 cuando dimitió y salió del partido Adolfo Suárez, el partido entró en una descomposición que acabaría llevando a perder más de 157 parlamentarios en las elecciones generales de 1982, lo que se traduciría en su disolución unos meses más tarde.

Tabla 2: Número de partidos con representación en el Congreso desde 2011

PARTIDOS CON REPRESENTACIÓN EN 2019
PSOE (123), PP (66), Cs (57), UP (42), VOX (24), ERC-SOBIRANISTES (15), JxCAT-JUNTS (7), PNV (6), EH Bildu (4), CCa-PNC (2), NA+(2), COMPROMÍS 2019(1) y PRC (1)
PARTIDOS CON REPRESENTACIÓN EN 2016
PP (137), PSOE(85), UNIDOS PODEMOS (71), C's (32), ERC-CATSÍ (9), CDC (8), PNV (5), EH Bildu (2), CCa-PNC (1)
PARTIDOS CON REPRESENTACIÓN EN 2015
PP (123), PSOE(90), PODEMOS (69), C's (40), ERC-CATSI (9), DL (8), PNV (6), UNIDAD POPULAR EN COMÚN (2), EH Bildu (2) y CCa-PNC (1)
PARTIDOS CON REPRESENTACIÓN EN 2011
PP (186), PSOE(110), CiU (16), IU (11), AMAIUR (7), UPyD (5), PNV (5), ERC (3), BNG (2), CC-NC-PNC (2), COMPROMÍS-Q (1), FAC (1) y GBAI (1)

Esta diversidad de fuerzas políticas, implica un evidente cambio político, plasmado inicialmente en el notable descenso de apoyos que van sumando los dos principales partidos (PP y PSOE) y que está teniendo efectos colaterales en el sistema político e institucional español. Esta quiebra del bipartidismo, se hace especialmente visible después de las Elecciones de 2011, donde ambos partidos sumaban el 74,4% de los votos para llegar a las elecciones de 2015 con un 51,1%, que aumenta levemente en 2016 con un 56.1%, para caer a sus mínimos históricos en 2019 con un exiguo 45.4% de los votos.

Si entre 1977 a 2011 el sistema de partidos español se calificó como un sistema de pluralismo limitado, pese a la clara hegemonía de dos grandes partidos, el sistema de partidos resultante de las siguientes citas electorales 2015, 2016 y 2019, notablemente más fragmentado, todavía no se sabe cómo calificarlo.

Por lo que respecta al Senado, históricamente el pluripartidismo ha sido mucho más limitado o reducido en el Senado que en el Congreso, algo que ha derivado del carácter mayoritario del sistema electoral vigente para elegir la cámara alta. En España, el partido que ha ganado las elecciones generales, con la única excepción de 1993, ha conseguido también la mayoría absoluta de los escaños del Senado, mientras que esta mayoría absoluta solo se ha dado en el congreso en cuatro de las catorce elecciones celebradas. Por lo que respecta a la presencia de los nuevos partidos en el Senado, su presencia ha sido mucho más limitada que en el Congreso, y no ha llegado siquiera al 10% de los escaños de elección directa.

Tabla 3: Escaños obtenidos en el Congreso y el Senado por el partido ganador

Elecciones	Participación	Congreso de los Diputados		Senado	
		Partido	Votos	Partido	Votos
1979	67,43 %	UCD	168/350	UCD	118/208
1982	79,97 %	PSOE	202/350	PSOE	134/208
1986	70,49 %	PSOE	184/350	PSOE	124/208
1989	69,74 %	PSOE	175/350	PSOE	107/208
1993	76,44 %	PSOE	159/350	PSOE	96/208
1996	77,38 %	PP	156/350	PP	112/208
2000	68,71 %	PP	183/350	PP	127/208
2004	75,66 %	PSOE	164/350	PP	102/208
2008	73,85 %	PSOE	169/350	PP	101/208
2011	68,94 %	PP	186/350	PP	136/208
2015	69,67 %	PP	123/350	PP	124/208
2016	66,48 %	PP	137/350	PP	130/208
2019	75,78 %	PSOE	123/350	PSOE	121/208

3.3. La dimensión intrapartidista: estructura del voto y listas electorales.

Por lo que respecta a la estructura del voto y las listas electorales España para las elecciones al Congreso de los Diputados cuenta con un sistema de listas cerradas y bloqueadas. El Decreto-ley de 1977 optó por este tipo de listas porque se pensó que resultarían más comprensibles para unos votantes que llevaban cuarenta sin acudir a votar y para unos partidos, muchos recién creados, que aspiraban a liderar la nueva etapa parlamentaria. La LOREG mantuvo también aquí un criterio continuista y las listas no fueron objeto de

discusión alguna durante su tramitación parlamentaria. Solo en 2007, con motivo de la aprobación Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se impuso que las listas tenían que tener una composición paritaria de modo que los candidatos de cada representasen un mínimo del 40 por ciento¹⁰⁵³.

Un sistema electoral como el español, proporcional y con listas cerradas y bloqueadas para el Congreso, favorece el desdibujamiento del diputado individual y da mayor relevancia al partido¹⁰⁵⁴. De una parte, podría pensarse que este sistema implica una mayor jerarquía política y dependencia y pleitesía de los diputados con su partido porque lógicamente los diputados estarán más incentivados para seguir las directrices de la dirección de su partido político si quieren ser incluidos en las listas y por tanto optar a la reelección. A su vez, parece demostrado que los electores a la hora de ejercer su voto lo hacen en función de los partidos, programas y equipos y no de los parlamentarios singulares que se presentan por su circunscripción, salvo en casos muy particulares y con líderes muy destacados¹⁰⁵⁵.

Al tratarse de un sistema de listas cerradas y bloqueadas, los electores sólo pueden optar entre los distintos partidos políticos que se presentan, y no entre los candidatos de las diferentes listas. El protagonismo político reside en los partidos, y la acción individual de un parlamentario al margen de su partido es prácticamente irrelevante a la hora de sumar votos¹⁰⁵⁶. En definitiva, nuestro sistema electoral favorece el protagonismo de las direcciones de los partidos encargados de confeccionar las listas y de los líderes de los partidos políticos frente a los candidatos individuales.

4. El fin de una etapa?

¹⁰⁵³ Algunas comunidades autónomas han adoptado medidas similares, como, por ejemplo, las denominadas listas cremallera en el caso de las Islas Baleares, Castilla-La Mancha, País Vasco y Andalucía.

¹⁰⁵⁴ Los sistemas electorales, como manifiesta Giovanni Sartori, pueden determinar la forma en que los votos, al transformarse en escaños, afectan la conducta del votante en relación a si éstos votan por un partido o por una persona. Vid. G. Sartori, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, FCE, México, 1996, págs. 27-38.

¹⁰⁵⁵ M. García Pelayo, *El Estado de Partidos*, Alianza, Madrid, 1986, p. 83.

¹⁰⁵⁶ De hecho, según los estudios del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), sólo un 4% del electorado vota en función de los candidatos de su circunscripción, además de que este sistema tiene una escasa valoración en cuanto al ser considerada una fórmula útil para seleccionar a los mejores gobernantes (dos de cada tres españoles están bastante o muy en desacuerdo con que valga para eso). Vid. A. de Miguel, *La sociedad española, 1992-1993*, Alianza, Madrid, 1992, pág. 719; Jerez, M., *La élite parlamentaria*, en M. Ramírez, *El Parlamento a debate*, Trotta, Madrid, 1997, pág. 136. Más reciente el interesante libro, *El poder político en España: Parlamentarios y ciudadanía*, CIS, Madrid, colección Academia, 2016, X. Coller, A. M. Jaime y F. Mota (eds).

El sistema electoral español ha sido capaz de producir mayorías eficazmente hasta 2011, sin embargo, no ha ocurrido igual en las últimas convocatorias electorales. Los resultados de las tres últimas elecciones (2015, 2016 y 2019), trastocan algunas de las características típicas del sistema político español caracterizado hasta este momento por la facilidad para formar gobiernos y la estabilidad y duración de sus mandatos, agotando las legislaturas o siendo éstas cercanas a los cuatro años. Antes de 2015, siempre había sido investido como presidente del gobierno, el candidato de la fuerza más votada en primera o segunda votación conforme a lo dispuesto en el procedimiento contemplado en el art. 99 de la CE. En 2015, tras la celebración de Elecciones Generales, se planteó un escenario inédito hasta el momento en España. Ningún candidato consiguió las mayorías necesarias para lograr la investidura como Presidente del Gobierno y, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 99 de la CE, tuvieron que repetirse las elecciones¹⁰⁵⁷. En 2019, estamos ya ante el mismo escenario. El próximo diez de noviembre, se celebraran las cuartas elecciones generales en cuatro años, todo un record de inestabilidad política en la historia democrática española, ante la imposibilidad de que ningún candidato obtenga la confianza del Congreso de los Diputados¹⁰⁵⁸.

Dejando a un lado las cuatro ocasiones en las que el partido vencedor ha gozado de mayorías absolutas, en otras cinco, han contado para formar gobierno con los apoyos de otros partidos minoritarios, normalmente de signo nacionalista o regionalista, pero sin recurrir a las coaliciones de gobierno. Y esta situación pone de manifiesto otra de las

¹⁰⁵⁷ Motivaciones políticas y culturales, llevaron como ya se ha apuntado, a que en el sistema electoral diseñado en España se primara la representatividad sobre la gobernabilidad, no contemplando la posibilidad de primas extraordinarias para garantizar la gobernabilidad del partido más votado. Conforme al art. 99.3 CE “Si transcurrido el plazo de dos meses a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiere obtenido la confianza del Congreso, el Rey disolverá ambas Cámaras y convocará nuevas elecciones con el refrendo del Presidente del Congreso”, procedimiento al que se tuvo que acudir por primera vez en 2015.

¹⁰⁵⁸ Cuando se revisan estas líneas a principios del mes de octubre ya hay fecha para la celebración de nuevas elecciones para el mes de 10 de noviembre. A finales del mes de julio, se cerró la segunda parte de la sesión de investidura. El líder socialista aceptó el encargo de Felipe VI de intentar formar gobierno el pasado 6 de junio, una empresa en la que el presidente del Ejecutivo en funciones ha fallado. El candidato del PSOE, Pedro Sánchez, no ha conseguido ser investido ni en la primera vuelta (en la que necesitaba mayoría absoluta), ni en segunda vuelta (para lo que necesitaba votos afirmativos que negativos). En segunda vuelta recibió 155 noes y 67 abstenciones de los parlamentarios, y aunar a su candidatura solo, además de los 123 apoyos socialistas, el respaldo del diputado cántabro del Partido Regionalista. Conforme a lo dispuesto en el artículo 99 de la Constitución española, si transcurridos dos meses desde la primera investidura, no hay ningún candidato que logre la confianza del Congreso de los Diputados, su Majestad el Rey como Jefe del Estado, procederá a la disolución de las Cortes, fecha que cumplió el pasado el 23 de septiembre, procediendo a la convocatoria de nuevas elecciones generales. La fuerte escisión entre el eje derecha/izquierda ha sido en 2019, igual que ocurrió en 2015 decisiva.

particularidades del sistema político español que merece ser destacada. España continúa siendo el único país de la Unión Europea, junto con Malta, en el que no ha habido nunca un gobierno de coalición o basado en una mayoría electoral. Todos los gobiernos a nivel estatal se han sustentado en una minoría de votos populares (salvo los cuatro gobiernos de mayoría absoluta ya mencionados). Este problema se ha ido agravando porque durante las dos últimas legislaturas y la XIII legislatura que está por comenzar, los partidos de gobierno se han tenido que apoyar en las minorías más pequeñas. Además, en España las crisis políticas se han resuelto convocando elecciones y cuando se han producido adelantos electorales, éstos han tenido lugar durante el último año de legislatura¹⁰⁵⁹

Este cuadro institucional de la estabilidad gubernamental se refuerza por la previsión constitucional de una moción de censura constructiva, al exigir el artículo 113 de la Constitución, que una mayoría absoluta del Congreso se ponga de acuerdo en torno a un candidato alternativo¹⁰⁶⁰. La moción de censura en España, se configura conforme a la Constitución de 1978, como un instrumento extraordinario de control y exigencia de máxima responsabilidad política del Legislativo hacia el Ejecutivo. Coherentemente con la adopción de un sistema de bicameralismo imperfecto, se optó por la regulación de la moción de censura constructiva con el objetivo de mantener la estabilidad gubernamental. Este requisito, junto con la exigencia de mayoría absoluta del Congreso para su aprobación, en cuyo caso, el Gobierno saliente presentará de inmediato su dimisión al Rey, quien, a su vez, nombrará al nuevo candidato investido de la confianza de la Cámara Baja había dificultado, hasta fechas muy recientes, su aplicación.

Pero aun así la moción de censura ha sido puesta en práctica en cuatro ocasiones desde la aprobación de la Constitución de 1978. En tres de ellas sin éxito y solo en la última, aprobada el 1 de junio de 2018, logró salir adelante¹⁰⁶¹. El triunfo de esta moción de censura

¹⁰⁵⁹ La excepción se produjo durante la última legislatura de Felipe González entre 1993 y 1996, que duró dos años y nueve meses y que culminó un cambio de gobierno liderado por José María Aznar del Partido Popular (PP).

¹⁰⁶⁰ Sobre esta cuestión J.R. Montero y García Morillo, *El control parlamentario*. Madrid, Editorial Tecnos, 1984. Más reciente J. Lozano Miralles, "Il Parlamento. Organizzazione e funzioni", en Gambino, Lozano, Puzzo y Ruiz, *Il sistema costituzionale spagnolo*, CEDAM, Milán, 2018, pp. 171-176

¹⁰⁶¹ Desde 1978 se han presentado cuatro mociones de censura en España: La primera moción de censura: se presentó tras la aprobación de la Constitución en mayo de 1980 y la plantearon los socialistas contra Adolfo Suárez (UCD). El candidato propuesto para la Presidencia del Gobierno fue Felipe González. La moción, cuyo debate duró veinte horas, fue rechazada por los 166 votos del grupo parlamentario centrista, que se quedó solo, ya que se abstuvieron 21 diputados, entre ellos los 9 de Coalición Popular y los 7 de la Minoría Catalana. Los votos favorables a la moción fueron 152 (socialistas, comunistas, andalucistas y 3 del grupo mixto). Faltaron 24 votos para conseguir la mayoría. La segunda moción de censura, se presentó por el grupo

supuso la salida del Gobierno del Presidente del PP, Mariano Rajoy y le dio la presidencia del ejecutivo a Pedro Sánchez, líder del partido socialista. El líder del PSOE ganó la moción de censura contra el líder del PP, M. Rajoy al lograr los 176 votos necesarios en el Congreso, convirtiéndose en el séptimo Presidente del Gobierno de la democracia española¹⁰⁶².

Los resultados de las elecciones de 2015, 2016 y 2019, podrían hacernos pensar que el sistema electoral ha dejado de cumplir los objetivos para los cuales fue diseñado: reducir la fragmentación partidista y premiar a los partidos mayoritarios para favorecer la gobernabilidad porque el escenario actual dista mucho de estos propósitos iniciales. Desde 2015 asistimos a un cambio del sistema de partidos. El paso de un sistema bipartidista a otro de *pluripartidismo moderado*¹⁰⁶³, con hasta cinco grupos parlamentarios importantes, dos mociones de censura, investiduras fallidas en 2015 (que llevaron a la repetición de elecciones en 2016) y ahora también en 2019 ante la incapacidad de llegar acuerdos postelectorales antes del 23 de septiembre entre las diferentes formaciones políticas con representación parlamentaria¹⁰⁶⁴. Esta situación alienta un razonable cuestionamiento del

popular contra el gobierno socialista de Felipe González en marzo de 1987. La iniciativa estaba abocada al fracaso desde el primer momento porque los socialistas contaban con mayoría absoluta en el Congreso. Su votación arrojó los siguientes resultados: 332 votos emitidos, 67 a favor (AP y Unión Valenciana), 195 en contra (PSOE, Izquierda Unida, PNV, EE) y 70 abstenciones (CDS, CiU, PDP, PL, PAR, AIC y CG). La tercera moción de censura junio de 2017 fue presentada por Unidos Podemos contra Mariano Rajoy. En ella Pablo Iglesias, líder del grupo de Unidos Podemos, defendió su programa de gobierno y se postuló presidente alternativo. El pleno del Congreso la rechazó con un resultado de 170 votos en contra, 82 a favor y 97 abstenciones. La rechazaron: el PP, Ciudadanos, UPN, Foro Asturias y Coalición Canaria. Se abstuvieron: el PSOE, PDECat, PNV y Nueva Canarias. La apoyaron: Unidos Podemos, ERC y Bildu. La cuarta moción de censura mayo de 2018, fue presentada por el Grupo Parlamentario Socialista también contra el Gobierno de Mariano Rajoy (PP). Ha sido la primera de la historia democrática española en salir adelante. Se aprobó el 1 de junio de 2018, con 180 votos a favor, 169 votos en contra y 1 abstención, lo que supuso la salida de Mariano Rajoy del Gobierno y que el líder socialista, Pedro Sánchez, se convirtiera en el nuevo Presidente del Gobierno.

¹⁰⁶² Sobre esta cuestión pueden consultarse los recientes trabajos de F. Simón Yarza, *La moción de censura ¿constructiva u "obstructiva"?*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm 103, 2015, pp. 87-109 y M.C. Duce Pérez-Blasco, *La Moción de censura*, en *Anuario de Derecho Parlamentario*, núm.31, (Ejemplar dedicado al 40 aniversario de la Constitución Española, 2018, pp. 455-474.

¹⁰⁶³ Según la terminología de G. Sartori, *Partidos y sistemas de partidos*, Alianza Editorial, 2ª edición, Madrid, 2005, pp. 157 y ss.

¹⁰⁶⁴ Desde la Jefatura de Estado ante el fracaso en la votación del debate de investidura celebrado a finales de julio de 2019, se emitió un comunicado apremiando a los partidos a llegar a un acuerdo. En el comunicado, el Rey basa su decisión en que "las formaciones políticas puedan llevar a cabo las actuaciones que consideren conveniente a los efectos de lo previsto en el artículo 99 de la Constitución". Este precepto constitucional, que regula los nombramientos de los presidentes del Gobierno de España después de unas elecciones, establece en su punto cuarto que, si el candidato no logra la confianza del Congreso de los Diputados en la investidura, "se tramitarán sucesivas propuestas en la forma prevista" en el mismo artículo. Pero pese a esta llamada al diálogo por parte de la Jefatura del Estado, no se han conseguido sumar los apoyos necesarios para investir a un nuevo Presidente del gobierno, por lo que se ha tenido que proceder a la disolución de las

sistema electoral y la necesidad de buscar posibles soluciones¹⁰⁶⁵.

Si nos atenemos a los resultados electorales, puede comprobarse como en estas últimas elecciones los efectos de la desproporcionalidad del sistema han seguido favoreciendo a los dos principales partidos PSOE y PP, la novedad ha sido que los apoyos a estos partidos mayoritarios han descendido considerablemente. La distribución del voto entre los partidos también ha variado y ha tenido efectos directos sobre el sistema de partidos. El tercer partido en número de votos fue en 2016 Podemos con 5,1 millones de votos y la cuarta fuerza Ciudadanos con 3.1 millones de votos. En 2019 se ha invertido el orden de ambas fuerzas políticas y Ciudadanos ha obtenido 4.1 millones de votos, mientras que Unidas Podemos ha descendido a 3.7 millones de votos¹⁰⁶⁶. En ambas elecciones, con estos resultados, los dos partidos han conseguido representación en las circunscripciones de menor tamaño, contribuyendo así a la fragmentación del Parlamento.

El segundo factor explicativo de estos cambios es la propia escisión del voto que se ha producido tanto en el espacio de centro-derecha (con PP y Ciudadanos en 2015 y 2016, y la irrupción de Vox en 2019) y en el espacio de centro-izquierda (PSOE y Podemos en 2015 y 2016 y con Unidas Podemos en 2019). El paso de un bipartidismo imperfecto a un sistema de *multipartidismo fragmentado* ha puesto de manifiesto que con el mismo sistema electoral ha sido posible que cuatro partidos en 2015 y 2016 y cinco en 2019, superen el 18-20 % de los votos y por tanto obtener representación de acuerdo con su peso electoral con independencia de los premios y castigos del propio sistema¹⁰⁶⁷

En las elecciones de 2015 y 2016, pese a la irrupción de nuevos partidos en el reparto de escaños salió beneficiado de manera particular el PP en el eje del centro-derecha, en detrimento de Ciudadanos que fue el partido más damnificado. En el centro-izquierda el PSOE, que se benefició frente a Podemos del sesgo conservador del sistema, aunque de

Cámaras y a la convocatoria de nuevas elecciones generales con el refrendo de la presidenta del Congreso para el 10 de noviembre de 2019.

¹⁰⁶⁵ La convocatoria electoral del 10 de noviembre de 2019, será la primera en la que se aplique la reforma legislativa del 2016 que acortó el calendario electoral de 54 a 47 días cuando la cita con las urnas es una repetición motivada por la falta de una investidura. Esta modificación implicará una campaña más corta, de tan solo ocho días (del 1 al 8 de noviembre), y en la que solo se podrán publicar encuestas hasta el día 4 del mismo mes.

¹⁰⁶⁶ Unidas Podemos (Podemos-IU-Equo) es una coalición electoral en España registrada el 15 de marzo de 2019 ante la Junta Electoral Central por los partidos de Podemos, Izquierda Unida y Equo para concurrir a las elecciones generales de abril de 2019.

¹⁰⁶⁷ Vid. A. Penadés y J.M. Pavía, *La reforma electoral perfecta*, Madrid, Los libros de la Catarata, 2016, p. 26.

forma mucho más insignificante que el PP.

En las elecciones de 2019, el sistema electoral, el método de reparto de escaños (método D'Hondt), la fragmentación de la derecha entre el PP, Ciudadanos y Vox, el apoyo prácticamente testimonial obtenido por el PP en Cataluña y País Vasco, y, la concentración del voto de izquierda en el PSOE, le costaron al PP el peor resultado de su historia. En el espacio de centro izquierda el PSOE ha acabado imponiéndose como principal referente de la izquierda a Unidas Podemos que también ha empeorado sus resultados con respecto a las convocatorias electorales anteriores.

Los resultados electorales del 28 de abril de 2019 son muy significativos de los efectos del sistema electoral. En estos comicios, el bloque de izquierdas consiguió 280.000 votos menos que en las elecciones generales de 2015, pero, sin embargo, obtuvo cuatro escaños más. Por su parte, los partidos de derechas, consiguieron 360.000 votos más que en las elecciones de 2015, y perdieron 16 escaños.

Y aunque el bloque de las izquierdas sumó un porcentaje de votos muy similar al obtenido en las elecciones de diciembre de 2015 con un 43,6% del total, sin embargo, en esta ocasión y teniendo en cuenta que el método D'Hondt para la asignación de escaños tiende a beneficiar a la fuerza más votada en cada circunscripción, el voto mayoritario al Partido Socialista se tradujo en 123 escaños, 33 más que hace cuatro años. Por su parte, el de las derechas, formado por PP, Ciudadanos y Vox, perdía escaños habiendo obtenido más votos y prácticamente el mismo porcentaje sobre el total que hace tres años. Precisamente es la fragmentación del voto de la derecha entre PP, Ciudadanos y Vox, la primera causa que explica el derrumbe del Partido Popular que pasaron de 137 escaños a 66, menos de la mitad de los que tenían hace tres años. Y es que, si bien la irrupción de la formación de Vox no ha supuesto menos votos al bloque de las derechas (de hecho, subieron de 10,8 a 11,2 millones de votos), sí lo ha supuesto para el Partido Popular, que obtuvo casi tres millones de sufragios menos que en 2015.

La división de la derecha ha provocado que ninguno de los tres partidos consiga más del 20% de los votos. Partido Popular y Ciudadanos obtenían prácticamente el mismo porcentaje de voto (16,7% y 15,9% respectivamente), al tiempo que el PSOE recuperaba el porcentaje de apoyos logrados en las elecciones de 2011, cuando ni Ciudadanos ni Podemos se presentaron a las elecciones.

Además, no hay que tener en presente otro factor ya mencionado según el cual cada

provincia o circunscripción se reparte un mínimo de dos escaños para asegurar la representatividad, y el resto en función de la población. Porque este sistema de nuevo perjudica a las cuartas y quintas fuerzas y muchos votantes que optan por otros partidos ven perdido su voto porque éstos no consiguen ningún escaño en la provincia.

También en el caso de los votos perdidos las diferencias entre unas provincias y otras son significativas. En provincias con menos de cinco escaños, en la práctica, es muy difícil que los partidos que quedan en cuarto o quinto lugar consigan un escaño¹⁰⁶⁸.

La alta participación registrada en las elecciones de 2019 también es otro factor relevante que explica los buenos resultados de la izquierda en estas elecciones porque la mayoría de las provincias que aumentaron su dato de participación con respecto a las elecciones de 2016, giraron a la izquierda. Concretamente, en 36 de la 52 provincias españolas subió el porcentaje de participación y también el porcentaje de voto a formaciones de izquierda¹⁰⁶⁹. Del mismo modo, los datos electorales demuestran que la abstención, en la mayoría de las ocasiones, beneficia a la derecha.

El PSOE y Ciudadanos fueron los vencedores aritméticos en las elecciones generales de 2019. Los socialistas, porque ganaron y con el 28,7% de los votos sumaron el 35% de los escaños; El partido de Ciudadanos, porque multiplicaron su representación con el 15,9% de los votos -el 16,3% de los escaños del Congreso-, pero sobre todo porque dejaron de ser el partido que acumuló más votos inútiles para convertirse en escaño. Ese indeseado puesto lo ocupa ahora Vox, que, pese a su irrupción con 24 diputados en la Cámara Alta, se ha encontrado con que el 25,8% de sus 2,6 millones de papeletas son votos perdidos porque no han conseguido sumar un escaño. En las elecciones de 2019 se han perdido casi 2.6 millones de votos, y la mayoría de ellos son del nuevo partido ultraconservador de Vox. La segunda candidatura que ha perdido más votos es Unidas Podemos y entre ambos suman el 47,12% de los votos perdidos por todos los partidos el 28 de abril de 2019.

El rasgo más destacable de las elecciones de 2015 y 2016 y 2019 está por tanto en la

¹⁰⁶⁸ Unidas Podemos liderada por P. Iglesias quedó como cuarta fuerza en la mayoría de las provincias, y Vox, liderada por S. Abascal como quinta. Por eso, las formaciones de Iglesias y Abascal fueron las más perjudicadas por el sistema electoral y con más votos que no se tradujeron en diputados en las elecciones del 2019.

¹⁰⁶⁹ Andalucía y Euskadi fueron las excepciones a esta tendencia: entre las 16 provincias en las que aumentó la abstención y el voto a la derecha se encuentran las ocho andaluzas, Vizcaya y Guipúzcoa. En el caso andaluz, por el alto porcentaje de voto a Vox; en el caso de las provincias vascas, por el aumento de voto al PNV.

Vid. <https://resultados.elpais.com/elecciones/2016/generales/congreso/>

irrupción en el Congreso de partidos medianos a la derecha y a la izquierda del PP y del PSOE. El sesgo mayoritario del sistema electoral ha favorecido a los dos partidos más votados (PSOE y PP) y en especial al vencedor (PP, en 2015 y 2016 y el PSOE en las elecciones de 2019 con 123 escaños). Estos efectos del sistema electoral son los que explican que en España hayan sido muchos los gobiernos que han gobernado en solitario con una mayoría relativa de los votos. Como estas circunstancias son conocidas tanto por los electores como por los partidos, no hay que desdeñar tampoco los denominados “efectos psicológicos” del sistema electoral que favorece el denominado “voto útil”, que suele sumarse a los obtenidos por los partidos con mayor representación en cada circunscripción, aunque no sean la primera opción del votante, con el objeto de desaprovechar su voto¹⁰⁷⁰. Pero lo cierto es que ante la nueva repetición electoral prevista para el próximo mes de noviembre, las encuestas pronostican una elevada abstención electoral que podría conllevar unos resultados tan inciertos como sorprendentes y en todo caso beneficiarían al tradicional bipartidismo¹⁰⁷¹.

5. Conclusiones y propuestas de reforma del sistema electoral español después de las elecciones generales de 2019.

El sistema electoral vigente en España desde hace cuatro décadas ha dado lugar a diferentes sistemas de partidos: desde un pluralismo moderado en los comienzos de la democracia, a un sistema de partido predominante a lo largo de los 80, más de dos décadas de bipartidismo imperfecto y, recientemente, está cambiando hacia un formato multipartidismo fragmentado y polarizado entre el eje de la izquierda y la derecha. Los resultados de las

¹⁰⁷⁰ Esta utilización estratégica del voto conlleva un incremento del apoyo electoral que reciben el primer y al segundo partido, potenciando la desproporcionalidad del propio sistema. Sobre este particular vid. J. R. Montero, *El debate sobre el sistema electoral: rendimientos, criterios y propuestas de reforma*”, en *Revista de Estudios Políticos*, 95, 1997, pp. 9-46 e I. Lago, *El voto estratégico en las elecciones generales en España (1977-2000): efectos y mecanismos causales en la explicación del comportamiento electoral*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 2005.

¹⁰⁷¹ A falta de detectar las consecuencias de la desafección y desencanto ciudadano por la incapacidad de los diferentes partidos para llegar a acuerdos, el promedio de las encuestas publicadas hasta la fecha otorga al PSOE buenos resultados, apuntan a una recuperación del PP y vaticinan sendos reveses para Unidas Podemos y Ciudadanos. También la ultraderecha de Vox sufriría un retroceso con respecto a las elecciones del 28 de abril de 2019.

<https://www.elperiodico.com/es/politica/20191007/encuestas-elecciones-generales-2019-sondeos-7648130>

elecciones de abril de 2019 han vuelto a demostrar que el sistema electoral, pese a todo, sigue manteniendo su capacidad para trasladar al Parlamento los cambios que se producen en la sociedad española, sentando en el Congreso a nuevas fuerzas políticas, que hasta ahora no existían. Nunca antes los votos a para los partidos de la derecha habían estado tan divididos (PP, Ciudadanos y Vox) con posturas que van desde el centro a posiciones más ultraconservadoras y populistas.

Pero precisamente aquí reside también su principal problema. La fragmentación política a la que asistimos ha eliminado la posibilidad de mayorías absolutas y también está dificultando la configuración de gobiernos monocolor. El problema más acuciante es que el sistema electoral actual, aplicado a la nueva realidad político-institucional española está produciendo altos niveles de fragmentación y polarización que el sistema no logra contener y que impiden la formación de gobiernos en España y dificultan su estabilidad¹⁰⁷². Y, aunque hasta la fecha, la cultura de la coalición ha estado totalmente ausente del nivel central de gobierno dado el bipartidismo dominante, parece evidente que a la vista de los últimos resultados, los próximos gobiernos serán de coalición o no serán, tal y como ya está ocurriendo en el ámbito autonómico y local. Las dos últimas legislaturas han puesto de manifiesto como gobernar en minoría absoluta, sin recurrir a coaliciones de gobierno, para el partido en el gobierno ha conllevado costes políticos importantes con inevitables cesiones, difícilmente justificables de cara al propio electorado, abuso de la legislación de excepción (decretos-leyes) e inestabilidad parlamentaria, que se concreta en la imposibilidad material de aprobar los presupuestos anuales.

El análisis de los datos de las catorce elecciones celebradas en España hasta la fecha (que probablemente serán ya quince cuando este trabajo sea publicado), demuestran que aquellos partidos que consiguen al menos el 20 por ciento de los votos válidos, obtienen un porcentaje de escaños equivalente al número de votos conseguidos. A partir de este tramo, si el número de votos es mayor, el sistema electoral otorga más escaños a los partidos más votados, especialmente a las dos fuerzas políticas que más consiguen en los distritos

¹⁰⁷² Con ello, el sistema electoral que nació en 1977 estaría dejando de satisfacer uno de los propósitos con los que fue concebido, favorecer mayorías estables y la gobernabilidad y prevenir los desastrosos rendimientos del sistema electoral de la Segunda República española caracterizado por favorecer un sistema de partidos atomizado y polarizado, que dio lugar a una competición electoral centrífuga, basada en la confrontación radical entre dos grandes bloques y que, en definitiva, contribuyó a la inestabilidad del sistema político. Vid. C. Fernández Esquer y J. Rama Caamaño, *El sistema electoral y la competición en la “España vacía”*, publicado el 24 de abril de 2019, en <http://agendapublica.elpais.com/el-sistema-electoral-y-la-competicion-en-la-espana-vacia/>,

de tamaño mediano y pequeño (PP y PSOE). Pero el mismo sistema electoral penaliza a los partidos que no obtienen ese 20 por ciento de los votos, y prácticamente deja fuera a aquellos que no llegan al 15 por ciento¹⁰⁷³. Esto explica también el por qué las cuatro mayorías absolutas conseguidas en España, se han logrado siempre con menos del 50 por ciento del apoyo electoral. Por tanto, hay que tener en cuenta que en el proceso de conversión de votos en escaños convergen dos mecanismos de ventaja: el reparto mayoritario y la sobrerrepresentación, que premian a los vencedores de ciertas circunscripciones y penaliza a los de otras¹⁰⁷⁴.

A la vista de los rendimientos del sistema electoral, los partidos más claramente beneficiados por el sistema electoral (PP y PSOE), no habrían manifestado hasta la fecha interés en su reforma. Tampoco lo han hecho los partidos nacionalistas que también obtienen réditos positivos de su aplicación. El principal damnificado ha sido tradicionalmente el PCE/IU, al que el sistema electoral ha castigado en cada consulta, y más recientemente, tras las elecciones de 2015, 2016 y 2019, Podemos (Unidas Podemos), Ciudadanos y Vox. No resulta por todo ello extraño que la atención prestada por los programas de los partidos a cuestiones relativas al sistema electoral haya sido, hasta hace poco, prácticamente inexistente y, que la inmensa mayoría de los dirigentes políticos y numerosos expertos, hayan realizado durante las pasadas cuatro décadas juicios positivos sobre su funcionamiento¹⁰⁷⁵

Hasta fechas recientes, la entrada de nuevos partidos en el Parlamento y la posibilidad de constituir grandes grupos parlamentarios ha sido posible a pesar de los problemas del sistema electoral, pero la proporcionalidad y la representatividad de escaños y población se ha ido poniendo cada vez más en tela de juicio. Cuanto menor es el tamaño de las circunscripciones menor es también el índice de proporcionalidad del sistema que deriva en un sesgo mayoritario que favorece a los partidos más votados. La infrarrepresentación de las zonas más pobladas se presenta, de este modo, como uno de los grandes debates abiertos en el momento actual.

¹⁰⁷³ J.R. Montero, y C. Fernández Esquer, *Cuatro décadas del sistema electoral español, 1977-2016*, en *Política y Gobernanza*, op. cit. p.21.

¹⁰⁷⁴ Vid. A. Penadés y S. Santiuste, *La desigualdad en el sistema electoral español y el premio a la localización del voto*, en *Revista Española de Ciencia Política*, 32, 2013, pp. 89-116.

¹⁰⁷⁵ Sobre esta cuestión puede consultarse el reciente trabajo de S. Soriano Moreno, *El sistema electoral del Congreso de los Diputados: análisis, proporcionalidad y propuestas de mejora*, en *Elegir como elegir. Retos y urgencias del régimen electoral en España*, F Palacios Romeo y E. Cebrian Zazurca (Eds), FMGA, Zaragoza, 2018, pp. 79 y ss.

Las propuestas para modificar el sistema electoral en mayor o menor profundidad son variadas y, no pocas veces, contradictorias entre sí. Bajar el mínimo provincial de diputados de los dos actuales a uno solo, con lo que se primaría a la población sobre el territorio y aumentar de 350 a 400 el número de diputados del Congreso, opción esta constitucionalmente posible conforme al art. 68 de la Constitución, contribuyendo así a aumentar la proporcionalidad del sistema. Evidentemente a mayor tamaño del Congreso y menor número de escaños mínimos por circunscripción los problemas de sobrerrepresentación y proporcionalidad podrían verse atenuados, si bien, no desaparecerían. En esta dirección también se ha propuesto que los 50 diputados nuevos (al subir su número a 400), se asignaran a una circunscripción nacional, de forma que se repartieran proporcionalmente entre los partidos por los restos de votos que no hubieran sido útiles en la circunscripción.

Con respecto a la fórmula electoral, se ha propuesto sustituir la fórmula D'Hondt por la Sainte-Laguë, método de promedio mayor que divide a través de distintos divisores los totales de los votos obtenidos por los distintos partidos, produciéndose secuencias de cocientes decrecientes para cada partido y asignándose los escaños a los promedios más altos. Al distanciar más los divisores que en el método D'Hondt, se conseguiría una mayor proporcionalidad que en éste¹⁰⁷⁶.

También hay propuestas relativas a la supresión de la barrera electoral (aunque se ha demostrado que no es excluyente) o subirla y establecer una barrera mínima de votos a nivel nacional para que los partidos tengan derecho a participar en el reparto de escaños, con el fin de frenar a los partidos nacionalistas que salen tradicionalmente beneficiados del sistema de reparto actual.

En el ámbito intrapartidista la opción por el doble voto y doble urna, al modo alemán que se concretaría en una combinación entre el voto por la lista de un partido con el voto de lista personal, es decir de distritos plurinominales y uninominales. También la opción por las listas abiertas o entreabiertas para restarle poder a los aparatos de los partidos políticos en la preselección de los candidatos sobre los que se pronuncian los ciudadanos.

Para evitar los problemas de gobernabilidad, se baraja la posibilidad de reformar el art. 99

¹⁰⁷⁶ El método Sainte-Laguë se aplica en Alemania, Nueva Zelanda, Noruega, Suecia, Dinamarca, Bosnia Herzegovina, Letonia, Kosovo, en los estados alemanes de Hamburgo y Bremen, y en Ecuador para las elecciones legislativas.

de la CE, para que en ausencia de mayorías pueda gobernar la lista más votada o atribuyendo una prima al partido mayoritario ganador de las elecciones, que se beneficiaría de un número de escaños suplementarios, que le permitirían formar gobierno como ocurre en Grecia o Italia¹⁰⁷⁷.

Todas estas propuestas, muchas inconciliables entre sí, buscan una mayor proporcionalidad, es decir que el Congreso sea un espejo más fiel de la distribución de los votos en la sociedad pero, pese a que algunas de ellas podrían introducir interesantes elementos de mejora, no parece probable un cambio de modelo en los próximos años puesto que una modificación de la legislación electoral exigiría el acuerdo de alguno de los grupos parlamentarios mayoritarios en el Congreso, lo que no parece muy probable por las circunstancias apuntadas.

Los resultados de las últimas elecciones generales han demostrado que el sistema de partidos no depende del sistema electoral tal y como sostenía Duverger¹⁰⁷⁸, porque en la medida en la que los partidos políticos son los responsables de conseguir una mayor o menor fuerza de implantación y capacidad de influencia en los ciudadanos, también podrán condicionar en mayor o menor medida los resultados electorales. Así lo demuestra el hecho de que con el mismo sistema electoral hayamos pasado de un sistema de bipartidismo imperfecto a otro de multipartidismo fragmentado. No se pueden buscar en el sistema electoral las claves únicas para explicar el sistema de partidos. El sistema electoral no es, como bien explicó Nohlen, una variable independiente sino interdependiente, de forma que no puede analizarse aislado o separadamente de otras variables¹⁰⁷⁹.

Dentro de estas variables hay que tener muy presente el denominado “factor cultural” que influye de manera determinante en la forma en la que en la práctica funcionan e interactúan los diferentes componentes del modelo de gobierno definidos en el ordenamiento

¹⁰⁷⁷ Propuesta verbalizada por Pedro Sánchez, como presidente en funciones, ante la posible repetición de elecciones por falta de acuerdo en 2019. Propone reformar la Constitución, en concreto el artículo 99, para permitir que gobierne la lista más votada si no se llega a un acuerdo para la investidura, como ya ocurrió en 2015. Reformar este artículo obligaría a Pedro Sánchez a sumar una mayoría de tres quintos en cada Cámara: 210 diputados y 159 senadores. Además, la hipotética reforma, debería ser sometida a referéndum si así lo solicitase la décima parte de los parlamentarios. Aunque no es una reforma agravada de la Constitución, —en cuyo caso sería necesaria una mayoría superior de dos tercios—, esta modificación exige que el PSOE (123 escaños) busque en el Congreso el consenso como mínimo de otros dos grupos parlamentarios (el PP cuenta con 66 diputados, Cs tiene 57 y Unidas Podemos logró 42 diputados). En el Senado, donde los socialistas tienen 135 de los 266 escaños, debería seguir los mismos pasos.

¹⁰⁷⁸ M. Duverger *Los partidos políticos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957.

¹⁰⁷⁹ D Nohlen, *Sistemas electorales y partidos políticos*. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.

constitucional. Un claro ejemplo está siendo en 2015 y ahora en 2019, la demostración evidente de falta de actitudes políticas *culturalmente* favorables al consenso y a los gobiernos de coalición por parte de los partidos políticos en España, sobrepasando el límite, y teniendo que recurrir a la convocatoria de nuevas elecciones¹⁰⁸⁰. Los políticos españoles parecen haber olvidado que uno de los objetivos de la forma parlamentaria de gobierno es la formación de Gobierno, que trasciende de las exigencias formales del artículo 99 de la CE, y que invita a una necesaria colaboración entre las fuerzas políticas para evitar el bloqueo y conseguir investir a un Presidente del gobierno tras la celebración de elecciones generales¹⁰⁸¹.

Si bien, la reforma constitucional sería la vía más idónea para acometer algunos de los cambios ya mencionados, sin embargo, para su puesta en práctica se requieren unas mayorías parlamentarias y consensos de los que actualmente se carecen¹⁰⁸². Tampoco parece que sea el momento de coger lápiz y papel para idear un sistema electoral favorecedor de intereses propios, es decir, de los partidos más desafortunados por los resultados, sino en volver a pensar -como en el 1978- en los intereses generales y comunes de la nación española. La reforma debería de ir encaminada hacia algunas transformaciones institucionales en el plano legislativo y sobre aquellos elementos del sistema electoral que contrastadamente están resultando más disfuncionales, pero nunca deberían acomodarse en beneficio de nadie sino en beneficio del principio democrático. A la luz del principio democrático han de efectuarse las críticas y también a la luz del principio democrático han de efectuarse las propuestas para su modificación porque estamos ante un juego de suma cero, donde todos tenemos mucho que perder o que ganar.

Abstract: España está experimentado un cambio de escenario político con el paso de un sistema de bipartidismo imperfecto a otro sistema pluripartidista y polarizado entre el eje

¹⁰⁸⁰ G.Ruiz-Rico, *Hacia una reforma del modelo territorial*, en *Regeneración democrática y reforma constitucional*, G. Ruiz-Rico, A. Porras y M. Revenga (coords), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 258 y ss.

¹⁰⁸¹ Como acertadamente señala J.J. Solozabal en el juego parlamentario no debería de haber enemigos sino solo adversarios políticos, predispuestos a la colaboración en el límite. “El límite en la circunstancia española actual, como ocurre por lo demás en las democracias de nuestro entorno, es la convocatoria de unas nuevas elecciones, solo unos meses después de la celebración de las inmediatamente anteriores”. Vid. *En el tablero no hay sitio para el acuerdo*, EL PAIS, 25 de septiembre de 2019.
https://elpais.com/elpais/2019/09/23/opinion/1569253810_072679.html.

¹⁰⁸² Vid. J.J. Solozabal, “*La reforma constitucional de la investidura*”, EL PAIS, 19 de julio de 2019
https://elpais.com/elpais/2019/07/18/opinion/1563444914_668094.html

izquierda y derecha. Los objetivos para los cuáles fue diseñado nuestro sistema electoral, reducir la fragmentación partidista y favorecer la gobernabilidad, no se están cumpliendo. El análisis del sistema electoral y sus efectos sobre el sistema de partidos a partir de los resultados de las últimas elecciones celebradas en España en 2019, 2016 y 2015, son el hilo argumental para exponer este cambio de tendencia en el sistema de gobierno implantado por la Constitución española de 1978.

Abstract: Spain is undergoing a change of political scenario, with the transformation from an imperfect bipartisan party system into a multi-party polarized system on the left and right axis. The targets for which our electoral system was designed, i.e. to reduce partisan fragmentation and favour governance, are not being met. The analysis of the electoral system and its effects on the party system, based on the results of the elections held in Spain in 2019, 2016 and 2015, are the starting point to explain such change in the government system as regulated by the Spanish Constitution of 1978.

Parole chiave: España – sistema electoral – Congreso de los Diputados – reformas electorales

Key words: Spain – electoral system – Congress of Deputies – electoral reforms – political parties.

REGOLE ELETTORALI, FRAMMENTAZIONE PARTITICA, INSTABILITÀ. AFFINITÀ E DISTANZE TRA SISTEMI*.

di Gennaro Ferraiuolo **

Sommario. 1. Instabilità. – 2. In Spagna. – 3. In Italia. – 4. Nuovi scenari?

563

1. Instabilità.

Rivolgendo l'attenzione ai processi politici e normativi che hanno riguardato la legislazione elettorale dell'esperienza italiana, il dato che oggi forse più colpisce è quello della instabilità.

Dal 1993 ad oggi, si sono infatti succedute ben quattro modifiche strutturali, per via legislativa, della formula elettorale prevista per le camere: al blocco – unitariamente considerato – delle leggi nn. 276 e 277 del 1993 hanno fatto seguito le leggi n. 270 del 2005, la n. 52 del 2015 e la n. 165 del 2017 (al momento in vigore). Accanto agli interventi del legislatore, occorre considerare quelli caducatorio-manipolativi della Corte costituzionale che, prima con la sentenza n. 1 del 2014, poi con la n. 35 del 2017, ha ridefinito in profondità alcuni tratti essenziali della normativa in questione.

Si tratta di dati idonei ad esprimere, di per sé, un elemento disfunzionale della forma di governo, di cui la legge elettorale è senz'altro parte, sia in quanto regola fondamentale del rapporto tra corpo elettorale e Parlamento, sia per la relazione che la lega alla dimensione partitica¹⁰⁸³: la persistenza nel tempo di una formula deriva dalla sua capacità di favorire sintesi politiche rappresentative degli interessi e delle fratture che attraversano un

* *Sottoposto a referendum*. Il presente contributo è stato consegnato il 15 luglio 2019: i riferimenti in esso contenuti sono pertanto aggiornati a tale data.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli “Federico II”.

¹⁰⁸³ Cfr. M. Luciani, (voce) *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir., Annali*, III, Milano, 2010, pp. 572-573; S. Staiano, *La forma di governo italiana. Permanenza e transizione*, in G. De Minico e G. Ferraiuolo (a cura di), *Legge elettorale e dinamiche della forma di governo*, Bagno a Ripoli – Firenze, 2019, p. 62 ss., che qualifica la legge elettorale in termini di *formante legislativo* della forma di governo.

determinato corpo sociale¹⁰⁸⁴; solo la stabilità nel tempo, peraltro, consentirà ai partiti di ordinarsi in sistema, dando luogo a regolarità e regole che orientino (e rendano prevedibili) le condotte degli attori istituzionali, in grado di responsabilizzarli nelle loro relazioni e di fronte ai governati.

Non è dunque un caso che diverse indicazioni del *Code of Good Practice in Electoral Matters* della Commissione dei Venezia¹⁰⁸⁵ siano rivolte a preservare proprio la stabilità della formula, ritenuta «crucial to credibility of the electoral process, which is itself vital to consolidating democracy» (§ 63). Da qui le indicazioni secondo cui *the fundamental elements of electoral law* «should be written in Constitution or at a level higher than ordinary» (§ 66) e non dovrebbero essere in ogni caso modificati a ridosso delle elezioni (il Codice si riferisce all'anno che precede le stesse); con l'obiettivo – tra le altre cose – di «impedire che la disciplina dei sistemi elettorali divenga appannaggio esclusivo dei governi o sia surrettiziamente affidata al dominio assoluto delle loro maggioranze»¹⁰⁸⁶.

Raccomandazioni – anche queste – spesso disattese dal legislatore italiano. Le leggi n. 270 del 2005 e la n. 165 del 2017 sono state entrambe approvate a circa quattro mesi dalla tornata elettorale (una tendenza analoga si è registrata, in diverse occasioni, a livello regionale); l'iter formativo delle leggi n. 52 del 2015 e n. 165 del 2017 ha visto porre più volte la questione di fiducia¹⁰⁸⁷: un indicatore importante della tendenza delle maggioranze di governo a forzare la decisione parlamentare anche in assenza della convergenza delle opposizioni.

2. In Spagna.

In tale quadro, è di particolare interesse la considerazione, in chiave comparativa,

¹⁰⁸⁴ In tal senso, si vedano le riflessioni sviluppate, in chiave critica, da J. Pérez Royo, *La reforma constitucional inviable*, Madrid, 2015, p. 34 ss.

¹⁰⁸⁵ Il documento è stato adottato nel 2002 dalla *European Commission for Democracy through Law* (e successivamente approvato dall'Assemblea parlamentare del Consiglio di Europa); si vedano, in particolare, i punti da 63 a 67 dell'atto.

¹⁰⁸⁶ Così C. De Fiores, *Rappresentanza politica e sistemi elettorali in Italia*, in *Costituzionalismo.it*, 16 ottobre 2007, p. 19. Sul punto, si veda anche N. Lupo, *Verso un'auspicabile stabilizzazione della legislazione elettorale italiana. Alcuni spunti dalla legge n. 165 del 2017, in rapporto alla Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 22/2017, p. 38 ss.

¹⁰⁸⁷ Sulle criticità di ordine procedurale nell'approvazione delle due leggi, cfr. i contributi pubblicati in N. Lupo e G. Piccirilli (a cura di), *Legge elettorale e riforma costituzionale: procedure parlamentari «sotto stress»*, Bologna, 2016, p. 53 ss.; N. Lupo, *Verso un'auspicabile stabilizzazione*, cit., p. 29 ss.

dell'ordinamento spagnolo. Anche perché la fase di massima turbolenza della materia elettorale, registratasi in Italia nella XVII legislatura, incrocia alcuni snodi decisivi del mutamento delle dinamiche della forma di governo spagnola, che paiono consolidarsi – e in una certa misura ordinarsi – nella esperienza più recente.

Si assiste infatti all'alterazione di quello schema che, dopo una primissima fase di assestamento del sistema democratico, aveva visto il prodursi di una sorta di modello *Westminster* continentale: un'alternanza al governo tra socialisti e popolari, esecutivi monocolore tendenzialmente di legislatura e la coincidenza tra *premiership* di governo e *leadership* di partito¹⁰⁸⁸. Sia all'esito delle elezioni del 2015, sia dopo la loro necessitata ripetizione (ai sensi dell'art. 99, co. Cost. spagnola) nel 2016, la frammentazione partitica determina invece notevoli difficoltà nella formazione del Governo¹⁰⁸⁹.

Le vicende spagnole divengono così, in quella fase, un comodo e abusato termine di raffronto per coloro che sono intenti a celebrare, in Italia, le virtù della legge n. 52 del 2015: «Il risultato delle elezioni generali in Spagna ci consegna un quadro molto frastagliato. Tutti dicono di aver fatto un buon risultato, tutti dicono che bisogna fare accordi per creare un governo di coalizione, tutti dicono che servono riforme: è la Spagna di oggi, ma sembra l'Italia di ieri. Dico l'Italia di ieri perché con la legge elettorale abbiamo cancellato ogni balletto post-elettorale. Sia benedetto l'Italicum [...] Con la nuova legge elettorale [...] ci sarà un vincitore chiaro. E una maggioranza in grado di governare. Stabilità, buon senso, certezze. Punto»¹⁰⁹⁰.

Il taglio netto al nodo della rappresentanza (di cui si dirà *infra*) ideato, in nome della governabilità, dal legislatore italiano era in questo modo contrapposto alle gravi inefficienze della formula spagnola.

Invero, desta non poche perplessità il tenore di un simile raffronto: da una parte un sistema elettorale che non aveva dato ancora (e mai avrebbe dato) dimostrazione del suo rendimento ed era oggetto di numerosi rilievi critici in sede costituzionalistica¹⁰⁹¹;

¹⁰⁸⁸ Cfr. O. Lanza, *Spagna: sistema partitico o sistemi partitici?*, in P. Grilli di Cortona e G. Pasquino (a cura di), *Partiti e sistemi di partito nelle democrazie europee*, Bologna, 2007, p. 145 ss.

¹⁰⁸⁹ Anche l'esito del voto del 28 aprile 2019 ha aperto una fase di complesse negoziazioni tra partiti: nel momento in cui si scrivono queste pagine, non ha ancora preso consistenza, a quasi tre mesi dalle elezioni, la formula politica su cui costruire il nuovo Esecutivo.

¹⁰⁹⁰ Queste le parole del Presidente del Consiglio dei ministri nella "eNews 406, 21 dicembre 2015" (<http://www.matteorenzi.it/enews-406-21-dicembre-2015/>).

¹⁰⁹¹ Tra i commenti più severi e netti, cfr. quelli pubblicati nel fascicolo n. 1/2015 della rivista *Costituzionalismo.it*: C. De Fiore, *La riforma della legge elettorale*; M. Villone, *La legge 52/2015 (Italicum): da pochi voti a molti seggi*; M. Volpi, *Italicum: un sistema anomalo e antidemocratico*.

dall'altra, una formula – quella spagnola – che ha garantito (pur con i suoi limiti) quasi quarant'anni di sostanziale bipartitismo e alternanza, con l'investitura del Presidente del Governo realizzatasi al *Congreso*, fino al 2015, sempre in prima o seconda votazione, senza necessità, dunque, di ricercare candidati alternativi a quelli inizialmente proposti o di procedere a nuove elezioni.

Un paragone, peraltro, che ometteva un dato analitico essenziale: le principali cause della inedita situazione di instabilità del sistema spagnolo non andavano tanto ricercate nella inefficienza dei congegni della forma di governo (solidamente razionalizzata) o in una ridotta selettività della formula elettorale (è nota la distorsività di un sistema proporzionale strutturato su circoscrizioni per lo più di ridotte dimensioni), quanto piuttosto nella crisi che attraversava – e attraversa – la forma (il tipo) di Stato. L'exasperazione del conflitto nazionalistico-territoriale e l'inerzia dei partiti statali nell'affrontarlo per via politica hanno infatti spinto ai margini delle trattative per la formazione del Governo i partiti catalanisti, forze spesso decisive, in passato, nel fornire appoggio (esterno) a partiti statali privi della maggioranza assoluta dei seggi¹⁰⁹².

La stessa frammentazione partitica che si registra dal 2015 a livello statale, con l'ascesa di *Ciudadanos* e *Podemos*, dipende, per una parte importante, dalle vicende catalane. *Ciudadanos*, prima di affermarsi nella dimensione statale, nasce e si consolida in Catalogna (con l'originaria denominazione di *Ciutadans*), in nome – essenzialmente – della ferma contrapposizione alle forze indipendentiste, cui si affianca un posizionamento ideologico molto ambiguo¹⁰⁹³, che guarda ora ai socialisti, ora ai popolari o finanche – nella evoluzione più recente – alla estrema destra di *Vox*. *Podemos*, invece, compete con i socialisti catalani (PSC) nel trarre beneficio dell'andamento *duale* del voto (gli elettori differenziano nettamente le loro preferenze in ragione della portata politica o regionale della consultazione) che si registra tradizionalmente nella Comunità autonoma¹⁰⁹⁴, essendo

¹⁰⁹² Per un'analisi di tale andamento, sia consentito il rinvio a G. Ferraiuolo, *Per un diverso Stato. Dinamiche territoriali della rappresentanza partitica in Italia e Spagna*, in S. Staiano (a cura di), *Nella rete dei partiti. Trasformazione politica, forma di governo, network analysis*, Napoli, 2014, p. 173 ss.

¹⁰⁹³ Si tratta di un partito legato a un "españolismo ideologicamente aséptico", nato per "arrebatar votos 'castellanos' a un PSC excesivamente catalanizado", ma che ha finito «robándoselos, sobre todo, al PP catalán»: così C. Castro, *Las claves de las elecciones autonómicas catalanas (1980-2010)*, in *Partidos y elecciones en la Cataluña del siglo XXI*, Barcelona, a cura di J. Marcet – X. Casals, 2011, pp. 43 e 40. Sul punto v. pure L. Orriols, *Ciutadans, un partido de izquierdas o de derechas?*, in *El País*, 17 agosto 2013.

¹⁰⁹⁴ Nelle elezioni del 2015 e del 2016, *Podemos* è il partito più votato in Catalogna (rispettivamente con il 24,71% e il 24,73%), mentre i socialisti – tradizionalmente primo partito alle politiche – si collocano come terza forza (15,69% e 16,1%, alle spalle anche di *Esquerra republicana de Catalunya*-ERC, 15,99 % e

l'unica tra le principali forze di ambito statale a dichiararsi favorevole alla celebrazione di un referendum sull'indipendenza della Catalogna. I socialisti così – sia per la incapacità del PSOE nell'elaborare e supportare proposte tese a ricomporre il conflitto nazionalistico, sia per la connessa e graduale attenuazione della connotazione catalanista del PSC – vedono intaccato un tradizionale bacino di voti nelle elezioni politiche, con un'alterazione del formato partitico che subordina le loro ambizioni di governo a negoziazioni post-elettorali sempre più articolate.

Di fronte a tali evoluzioni, il dibattito che prende forma in Spagna a partire dalle inedite difficoltà incontrate nella formazione degli esecutivi statali (e non solo) non appare troppo influenzato dalle alchimie contestualmente sperimentate in Italia, ma segue percorsi in larga parte diversi.

Dopo le elezioni politiche del 2015 e del 2016, pur nella consapevolezza della complessità della nuova fase istituzionale, non venivano evocati strappi in nome della governabilità perduta; le posizioni in campo paiono, al contrario, caratterizzate da prudenza e attenzione alle esigenze della rappresentanza.

Nel discorso pronunciato durante il dibattito della (poi fallita) investitura (1° marzo 2016), il *leader* socialista Pedro Sánchez prospettava l'adozione di numerose misure definite di «regeneración democrática». Tra queste figurava un rafforzamento della proporzionalità della formula elettorale (oltre che il superamento del sistema a liste bloccate)¹⁰⁹⁵. Significativo che la proposta provenisse da un esponente di uno dei principali soggetti del bipartitismo spagnolo, in quel momento la seconda forza più rappresentata al *Congreso de los diputados*.

Meno univoco, nella medesima prospettiva, l'accordo tra *Partido popular* e *Ciudadanos* che, successivamente, portava alla nascita del secondo Governo Rajoy. Il *blocco* (*Bloque III*) del patto dedicato a *transparencia, regeneración democrática y lucha contra la corrupción* prospettava l'elezione diretta dei sindaci e faceva salva per il PP la facoltà di presentare «iniciativas que permitan garantizar el Gobierno de la fuerza más votada»; anche in questo caso, tuttavia, si affermava la necessità di accrescere la proporzionalità del

18,18%). Nella recente tornata del 2019, i socialisti si posizionano come seconda lista (23,21%) alle spalle di ERC (24,59%), comunque in competizione con la sinistra più radicale di *Podemos*, terza forza con il 14,89% dei suffragi. Sull'andamento del voto duale in Catalogna, cfr. C. Castro, *ult. op.*, cit., 22 ss.

¹⁰⁹⁵ Si veda il testo del discorso consultabile sul sito ufficiale del PSOE, al link <http://www.psoe.es/media-content/2016/03/DISCURSO-DE-INVESTIDURA-DE-PEDRO-SÁNCHEZ-010316.pdf>.

sistema elettorale e di *sbloccare* le liste di candidati¹⁰⁹⁶. Entrambi i piani di intervento da ultimo richiamati paiono implicitamente riferiti alle elezioni politiche, come risulta confermato dai contenuti di un precedente compromesso – di portata più limitata – tra i medesimi partiti, in cui compariva l'esplicito riferimento alla dimensione nazionale e mancavano quelli alla elezione diretta dei sindaci e alle misure rivolte a rafforzare la posizione della forza più votata¹⁰⁹⁷. Va peraltro ricordato come il PP, nel 2014, avesse già provato a introdurre un sistema di elezione diretta dei sindaci con significative assonanze con quello vigente per i comuni italiani di maggiore consistenza demografica (in particolare per la presenza di un premio in seggi alla lista di maggioranza relativa). I popolari, pur forti in quel momento della maggioranza assoluta al *Congreso*, avevano però accantonato la proposta per il dissenso manifestato dalle opposizioni su una materia ritenuta modificabile solo in presenza di un accordo politico ampio e trasversale¹⁰⁹⁸ (una indicazione di metodo di frequente disattesa nella più e meno recente esperienza italiana). La riserva a favore del PP contenuta nell'accordo definitivo può ritenersi dunque esprima una posizione isolata nell'attuale scenario partitico spagnolo e comunque non riferibile all'ambito statale.

Anche nel dibattito scientifico si sottolineava come «la lógica que funcionaba hasta hace poco se ha acabado. Ya no solo se trata de favorecer la gobernabilidad siendo responsables como rezan muchos. Es algo más. Es reconocer, también, que se impone la lógica consensual, una lógica que no está de más recordar, resulta mucho más adecuada que la mayoritaria para solucionar conflictos en sistemas políticos como el nuestro en el que existen diversas fracturas políticas no acumulativas sino entrecruzadas»¹⁰⁹⁹.

Nella stessa direzione, sul piano più strettamente costituzionalistico, si metteva in guardia dalla «tentación de recurrir a la prima de mayoría: el regalo absurdo de escaños, hasta alcanzar la mayoría absoluta, a quienes no los han conseguido de los votantes. En los tiempos que corren, no conviene una rebaja de proporcionalidad»¹¹⁰⁰.

Aumentare o, in ogni caso, non ridurre la proporzionalità del sistema: questa la linea che

¹⁰⁹⁶ Così al punto 97 del documento *150 compromisos para mejorar España*, siglato dai rappresentanti dei due partiti a Madrid, il 28 agosto 2016 (consultabile al link <http://estaticos.elperiodico.com/resources/pdf/9/7/1472388339079.pdf>).

¹⁰⁹⁷ Si veda il documento *Pacto anticorrupción. Condiciones de regeneración democrática y contra la corrupción* (consultabile al link <http://estaticos.elmundo.es/documentos/2016/08/19/pactoanticorrupcion.pdf>).

¹⁰⁹⁸ Si veda l'articolo di Francesco Manetto pubblicato su *El País*, 23 luglio 2014.

¹⁰⁹⁹ A. Barrio, *Dejen de comportarse como idiotas*, in *El Periódico*, 1° agosto 2016.

¹¹⁰⁰ X. Arbós, *Si no hay acuerdo constructivo, investidura automática*, in *Agenda pública*, 11 marzo 2016.

unisce le diverse posizioni riportate. Al più, la formula elettorale è oggetto di una serrata critica per essere espressione di una *Constituzione bipartitica* non più corrispondente alla complessa strutturazione della società spagnola e per la *desviación calculada del principio de igualdad del voto* su cui è, sin dalla sua origine, costruita¹¹⁰¹.

Parallelamente, si riscontra un rinnovato interesse per lo studio delle dinamiche compromissorie della forma di governo¹¹⁰², intravedendosi nel più accentuato pluralismo partitico un incentivo per l'attivazione di «nuevos instrumentos que faciliten la conciliación de intereses y alimenten las buenas prácticas en la actividad política»¹¹⁰³.

Il discostamento da schemi collaudati, prodottosi nelle più recenti vicende, non è affrettatamente ascritto alla imperfezione dei congegni istituzionali (che già spiccano per razionalizzazione e selettività) ma ad una cultura del patto politico non pienamente rodada, che va pertanto sostenuta con accorgimenti adeguati.

Invece di aggirare i nodi della rappresentanza con fuorvianti automatismi normativi, si chiede dunque ai partiti di fare il loro mestiere: ricercare responsabilmente, laddove necessario, i compromessi funzionali alla stabilità. Un compito che persiste anche di fronte all'irruzione dello scenario – inquietante e regressivo – di una *democrazia del pubblico*: nonostante le profonde trasformazioni che ne investono struttura e ruolo, «nei sistemi parlamentari la formazione e la caduta dei governi è ancora determinata dai partiti»¹¹⁰⁴.

3. In Italia.

La sentenza n. 35 del 2017 della Corte costituzionale sulla legge elettorale approvata nella XVII legislatura (la n. 52 del 2015) rappresenta probabilmente un momento di svolta nei

¹¹⁰¹ In tale direzione è orientata la interessante ricostruzione di Pérez Royo, *ult. op.*, cit., *passim* (spec. p. 33 ss. e p. 74 ss.).

¹¹⁰² Si veda, ad esempio, l'attività di ricerca condotta dall'*Observatorio de los Gobiernos de Coalición en España* (http://www.ub.edu/OGC/index_es_archivos/index_es.htm) e, in particolare, i volumi J. Matas Dalmases, *La formación de un Gobierno de coalición*, Valencia, 2015; J.M. Reniu (a cura di), *Pactar para gobernar. Dinámicas coalicionales en la España multinivel*, Valencia, 2013; B.N. Field, *Why Minority Governments Work. Multilevel Territorial Politics in Spain*, Palgrave Macmillan, 2016.

¹¹⁰³ J. Matas Dalmases, *Fragmentación o pluralismo*, in *El País*, 17 maggio 2015.

¹¹⁰⁴ B. Manin, *The Principles of Representative Government*, New York, 1997, trad. it. *Principi del governo rappresentativo*, Bologna, 2010, 273; nello stesso senso, v. P. Mair, *Ruling the Void. The Hollowing of Western Democracy*, London, 2013, trad. it. *Governare il vuoto. La fine della democrazia dei partiti*, Soveria Mannelli, 2016, p. 101.

percorsi intrapresi negli ultimi venticinque anni, con alterne fortune, dal riformatore italiano.

Lo si percepisce dalle parole di Massimo Luciani, che – a commento proprio di quella decisione – sembra tracciare una sorta di bilancio: «la governabilità [...] è stata per vent'anni il punto di riferimento di asfittiche, ma dominanti, ricostruzioni teoriche e di velleitarie, ma diffuse, pratiche politiche. [...] La politica, in particolare, si è cullata nell'illusione di risolvere i propri problemi attraverso strumenti esclusivamente istituzionali e questa illusione è stata alimentata da una folta schiera di studiosi, messi in gara per trovare le soluzioni *più forzanti e rigide* che si potessero immaginare [...]. Colpa grave della politica, indubbiamente, ma imperdonabile della dottrina, che aveva a disposizione innumerevoli prove dell'impraticabilità di una simile strategia»¹¹⁰⁵.

Un atteggiamento, quello richiamato in chiave critica dallo studioso, rovesciato rispetto a quello registrato, in sede politica e scientifica, nella recente esperienza spagnola. In Italia, sembrano tuttavia godere ancora di un troppo limitato seguito le proposte ricostruttive che insistono sul recupero di rappresentatività dei sistemi elettorali, sulla centralità del compromesso parlamentare, sulla esigenza di rifondazione democratica dei partiti¹¹⁰⁶.

In cosa si sono sostanziate le soluzioni *forzanti e rigide* cui si riferisce Luciani?

Come si è concretizzata «l'ideologia dell'efficienza della decisione politica come valore in sé, prescindente dalla causa e dallo scopo»?¹¹⁰⁷.

Si è spesso assistito, negli anni, ad una sorta di gioco al rilancio: se il sistema politico non restituiva il rendimento auspicato, ciò veniva ascritto a congegni normativi non confacenti alle esigenze di semplificazione e di unidimensionalità del potere; si riteneva allora di dover incrementare sempre più la dose degli interventi ispirati a quelle logiche, sino all'estremo di costruire per via normativa assetti che la dinamica politica (incluse le scelte degli elettori) non generava spontaneamente.

Le coordinate – agevolmente individuabili – che orientano siffatto modo di procedere sono quelle della previsione, da affermare a tutti i livelli di governo, di una investitura diretta del *capo* destinato a guidare l'Esecutivo e l'automatica attribuzione ad esso di una maggioranza in assemblea. Tutto questo – almeno sul piano statale – per mezzo non di

¹¹⁰⁵ M. Luciani, *Bis in idem: la nuova sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale politica*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2017, p. 5 (mio il corsivo).

¹¹⁰⁶ In tal senso, v. la proposta di L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, Bari-Roma, 2018, p. 164 ss.

¹¹⁰⁷ Così S. Staiano, *La rappresentanza*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, p. 16.

interventi sulle regole costituzionali della forma di governo – che resta a pieno titolo parlamentare¹¹⁰⁸ – ma, appunto, di *forzature* operate con la legislazione (elettorale) ordinaria: rispetto alle prime quest'ultima finisce così per giocare in chiave *de-formante* piuttosto che di *formante*.

La legge n. 52 del 2015 rappresenta l'esemplificazione di questa strategia riformatrice, dal punto di vista sia dei contenuti sia del metodo.

È apertamente dichiarata, dal legislatore, l'ispirazione della formula prospettata: «il filo rosso resta sempre quello del sindaco d'Italia, [...] da tempo indicato come il più efficace, nei Comuni e a livello nazionale»¹¹⁰⁹. Una ispirazione racchiusa, ancor più efficacemente, negli slogan che accompagnano l'approvazione della legge: *conoscere chi vince la sera stessa delle elezioni; un vincitore chiaro un minuto dopo i risultati*. La Camera bassa – l'unica rispetto alla quale operava il meccanismo – è divisa sempre in due blocchi, a prescindere dal modo in cui si disloca il voto dei cittadini: 340 seggi (circa il 55%) della lista vincente (al primo o al secondo turno) da una parte, i restanti dall'altra. La formula elettorale si presenta più come regola sul rapporto tra organi di indirizzo nella fase genetica che non come criterio di trasformazione dei voti in seggi, al punto che può apparire inadeguata – ai fini della sua qualificazione – il tradizionale binomio maggioritario-proporzionale: il proporzionale si riduce a metodo di riparto che riguarda esclusivamente le forze di opposizione.

L'obiettivo essenziale è preconstituire – quantomeno in apertura di legislatura – una maggioranza di governo necessariamente monocolore, dato il mancato riconoscimento della possibilità per le liste di coalizzarsi (e in coalizione dividere il premio di maggioranza, come accadeva nella disciplina previgente). Sono del tutto pretermesse – in quanto caricate di un aprioristico disvalore – le negoziazioni partitiche: sia nella fase pre-elettorale sia in vista della formazione, ad inizio legislatura, dell'Esecutivo. Risulta invece incentivata, in maniera decisa, la dinamica personalistico-monocratica: il voto si risolve nella investitura plebiscitaria del *capo della forza politica*¹¹¹⁰, del leader di un partito (personale) che gode

¹¹⁰⁸ Su tale piano, invero, prova ad incidere, senza successo, la revisione costituzionale approvata dalle Camere nella XIV legislatura, poi bocciata in sede referendaria: si veda il testo della legge costituzionale recante «Modifiche alla Parte II della Costituzione», in *Gazzetta Ufficiale*, Serie generale n. 269 del 18 novembre 2005, in particolare artt. 27, 30 e 32.

¹¹⁰⁹ In tali termini si esprimeva Debora Serracchiani, al tempo Presidente della regione Friuli-Venezia Giulia e membro della segreteria nazionale del PD, nell'intervista rilasciata il 21 luglio 2016 a *Repubblica*.

¹¹¹⁰ La formula (contenuta nell'art. 14-bis, co. 3, del DPR n. 361/1957) è stata introdotta, come ricordato, dalla legge n. 270 del 2005 e successivamente confermata dalla legge n. 52 del 2015.

di un penetrante controllo su candidature ed eletti, in virtù dei cento posti *sicuri* (quantomeno per la lista vincente) dei collegi uninominali e dalle strategie consentite da candidature plurime e successive opzioni¹¹¹¹.

Ma colpisce – lo si anticipava – anche il metodo della operazione riformatrice entro cui si iscrive la legge. Un metodo efficacemente definito *performativo metacronico*¹¹¹², in ragione della evidentissima inversione del rapporto tra norma costituzionale e norma primaria: la seconda opera *come se* si fosse già prodotto un mutamento costituzionale ancora in itinere – nella specie l'estromissione del Senato dal circuito fiduciario – e che poi non si realizzerà.

Nel caso in esame però, la revisione fallita, oltre che *suturare la ferita* inferta dal legislatore ordinario¹¹¹³, avrebbe dovuto anche rafforzare l'assetto unidimensionale del potere prefigurato dalla formula elettorale. Le modifiche della Carta non toccano invero le disposizioni sulla forma di governo parlamentare – la forzatura dei *limiti di emendabilità*¹¹¹⁴ della stessa è demandata alla legge 52/2015 – ma contribuiscono a liberare l'azione del *capo dell'unico partito premiato* da importanti fattori di contenimento: per la perdita di rappresentatività di una seconda Camera non più direttamente eletta¹¹¹⁵; per la marginalizzazione di questa sul piano sia della relazione fiduciaria sia della funzione legislativa (al punto che parte della dottrina ha intravisto nella riforma il passaggio ad un assetto di fatto monocamerale)¹¹¹⁶; per il sensibile indebolimento del peso delle regioni nell'ordinamento¹¹¹⁷.

¹¹¹¹ Su tali profili, cfr. L. Trucco, *Candidature multiple ed Italicum*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2015, 738 ss.

¹¹¹² Cfr. S. Staiano, *Costituzione italiana: art. 5*, Roma, 2017, 126 ss.; in senso analogo, M. Cosulich, *Degli effetti collaterali del voto referendario. Alcune osservazioni, sul filo del paradosso*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2017, 13-14.

¹¹¹³ S. Staiano, *op. ult.*, cit., 127.

¹¹¹⁴ Cfr. A. Morelli, *Comparazione e ipotesi scientifiche: appunti per uno studio sulle forme di governo*, in *Federalismi.it*, n. 1, 2017, 24.

¹¹¹⁵ Nonostante l'enigmatica formula recata sul punto dall'art. 2 (modificativo dell'art. 57 Cost.) della legge di revisione (*Gazzetta ufficiale*, Serie generale n. 88 del 15 aprile 2016), la norma transitoria di cui all'art. 39, co. 1 spingeva chiaramente nella direzione di un'elezione di secondo grado dei senatori.

¹¹¹⁶ Cfr. P. Ciarlo, *Osservazioni a prima lettura sul disegno Renzi-Boschi di revisione costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 9, 2014.

¹¹¹⁷ Cfr. F. Palermo, *Dalle Regioni senza Camera alla Camera senza Regioni?*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 2, 2016, spec. 467; I. Ruggiu, *Il futuro del Senato della Repubblica: un contributo alla risoluzione dei problemi del bicameralismo, ma irrilevante, se non dannoso, per il regionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2015, spec. 118.

4. Nuovi scenari?

573

La bocciatura politica (con il referendum costituzionale del 2016) del disegno riformatore determina un esito paradossale: una legge elettorale (la n. 52 del 2015) ispirata alla ideologia dell'efficienza e della celerità della decisione introduce nel sistema un elevato tasso di disfunzionalità e incertezza, dovuto al disallineamento delle formule di camere che restano equiparate in struttura e funzioni.

In questo scenario, un nuovo intervento sulla legislazione elettorale nella fase conclusiva della legislatura appariva necessario: lo rilevava il Presidente della Repubblica nel messaggio di fine anno del 2016¹¹¹⁸. Il successivo intervento della sentenza n. 35 del 2017 attenuava solo in parte le riferite criticità: se la (relativa) proporzionalizzazione della formula della Camera la avvicinava a quella contemplata per il Senato, permaneva comunque lo strabismo di fondo di un assetto che contemplava, da una parte, liste *solitarie* – potenziali beneficiarie di un premio di maggioranza condizionato alla soglia del 40% – e, dall'altra, potenziali coalizioni formalizzate in ambiente più strettamente proporzionale, privo di meccanismi distorsivi di particolare rilievo.

Le condizioni politico-istituzionali erano però probabilmente le meno adeguate per un ripensamento soddisfacente della formula: il legislatore si trovava infatti stretto tra le inevitabili pressioni esercitate dall'imminenza del voto e il timore di travalicare, ancora una volta, gli argini segnati dalla giurisprudenza costituzionale, che aveva oramai ammesso un accesso sostanzialmente diretto sulla legge elettorale politica¹¹¹⁹. A tali elementi si aggiungano i sommovimenti del sistema partitico, anche essi alimentati – almeno per una parte – dalla torsione plebiscitaria impressa al referendum costituzionale del 2016 e, più in generale, da un approccio contrappositivo al tema delle riforme istituzionali¹¹²⁰.

La legge n. 165 del 2017 è figlia dunque di un contesto in cui si cumulano urgenza di

¹¹¹⁸ “Occorre che vi siano regole elettorali chiare e adeguate perché gli elettori possano esprimere, con efficacia, la loro volontà e questa trovi realmente applicazione nel Parlamento che si elegge. Queste regole, oggi, non ci sono: al momento esiste, per la Camera, una legge fortemente maggioritaria e, per il Senato, una legge del tutto proporzionale”; così il testo del messaggio, consultabile sul sito www.quirinale.it. In merito cfr. M. Cosulich, *ult. op.*, cit., 4 ss.

¹¹¹⁹ In tema v. M. Troisi, *La legge n. 165 del 2017 e il formante giurisprudenziale della forma di governo*, in *Astrid Rassegna*, n. 103/2018.

¹¹²⁰ In tema, v. G. Fontana, *Il referendum costituzionale*, in *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere*, Roma, a cura di P. Carnevale, 2016, p. 13 ss.

intervenire, incertezze sui margini di manovra del decisore politico e opportunismi elettorali a breve termine. I limiti della regolazione che ne deriva non vanno però ricercati sul piano della formula in senso stretto: anzi, l'opzione per un congegno misto, che dosa logica proporzionale e maggioritaria (con un *favor* per la prima), consente di bilanciare esigenze differenti¹¹²¹, supera i deformanti automatismi esaltati in passato e definisce una piena (e inedita) simmetria tra i meccanismi di elezione dei due rami del Parlamento¹¹²².

Le criticità del nuovo assetto derivano dalle resistenze ancora opposte da una malintesa logica maggioritaria, eretta sul «singolare mito del Governo “la sera stessa delle elezioni”»¹¹²³, che continua ad esigere *capi*, vincitori e vinti. Tale retorica si manifesta in alcune delle scelte del legislatore: quella di legare indissolubilmente i due canali di voto (uninomiale/maggioritario e plurinomiale-bloccato/proporzionale) precludendo il voto disgiunto; quella di introdurre, in un ambiente dominato dal principio proporzionale e oramai connotato da un assetto partitico di segno (almeno) tripolare, la possibilità di formalizzare vincoli coalizionali nella fase pre-elettorale.

Due profili strettamente collegati, nella loro derivazione dalla logica personalistica: entrambi consolidano il controllo sugli eletti da parte dei *leaders* dei partiti personali (i *capi*) e creano incentivi per negoziazioni incentrate, in primo luogo, sui destini dei *leaders* stessi.

Il vincolo coalizionale introdotto dal legislatore non appare infatti preordinato al raggiungimento di una sorta di occulto – e peraltro incerto – premio di maggioranza (calcolato intorno alla soglia del 40%) prodotto dalla distorsività della parte maggioritaria della formula. È la strutturazione delle soglie di sbarramento a rivelare l'obiettivo primario sotteso a quella disciplina. Tra le liste che si attestano al di sotto del generale tetto del 3% si aggiunge, all'interno delle coalizioni, una importante differenziazione tra quelle che non raggiungono l'1% e quelle che lo superano: nel primo caso i voti andranno definitivamente dispersi, nel secondo costituiranno una dote che la lista esclusa dal riparto proporzionale potrà comunque portare alla cifra elettorale di coalizione (e di cui dunque beneficeranno le formazioni sopra-soglia della stessa). Si prefigurano, in tal modo, diversi ruoli nella competizione elettorale, quello di liste (e *leaders*) *aggreganti* e liste (e *leaders*) *aggregate*,

¹¹²¹ Sul successo dei sistemi elettorali misti, cfr. A. Chiaramonte, *Tra maggioritario e proporzionale. L'universo dei sistemi elettorali misti*, Bologna, 2005.

¹¹²² Tale ultimo profilo è messo in rilievo da A. Vuolo, nell'intervento pubblicato in questa sede.

¹¹²³ M. Luciani, *Bis in idem*, cit., p. 6.

creando tra le stesse una convergenza di interessi: come contrapartita del recupero di voti, le prime potranno offrire alle seconde posti in collegi uninominali che garantiscano – in termini più o meno “sicuri” – la conquista di seggi in Parlamento (destinati, con ogni probabilità, ai *leaders* delle formazioni minori, in alcuni casi fondatori di estemporanei raggruppamenti). Alla logica della *coalizione*, fondata su vincoli programmatici, si sovrappone quella del *cartello*, che poggia su elementi di natura meramente utilitaristica, legata unicamente alla contingenza elettorale¹¹²⁴.

È in tali snodi – in apparenza marginali – che si annidano le criticità di una legge irrisolta, sospesa tra assetto consensuale e contrappositivo. Un sistema non privo di ricadute – disfunzionali – sul rendimento della formula elettorale e, quindi, della forma di governo. In primo luogo, per l’ambiguità di aggregazioni quali le coalizioni-cartello che, prive di un collante programmatico, sono destinate, con un’elevata probabilità, a dissolversi una volta chiusa la competizione elettorale. Ciò alimenta la politica della recriminazione piuttosto che quella della mediazione: si preferisce gridare all’*inciucio*¹¹²⁵, al tradimento di accordi pre-elettorali (in realtà inidonei *ab origine* a prefigurare una autosufficiente maggioranza di Governo) anziché ricercare percorsi di negoziazione in grado di responsabilizzare gli attori politici, nei loro rapporti e di fronte ai cittadini.

In quest’ottica, la critica agli accordi di coalizione post-elettorali sembra spesso travolgere lo strumento in sé (in quanto difforme da una pretesa immediatezza dell’investitura o, addirittura, ritenuta incompatibile con il divieto di vincolo di mandato)¹¹²⁶ e non soltanto le concrete connotazioni (di forma e contenuto) che esso viene ad assumere¹¹²⁷, dimenticando peraltro il rilievo che l’istituto ha acquisito in altre esperienze di parlamentarismo democratico¹¹²⁸.

Si cerca riparo, ancora, nella logica fuorviante – almeno nell’assetto costituzionale dato – del *vincitore*: come allorquando il *leader* del Movimento 5 Stelle, durante la campagna elettorale, pretende di sottoporre al Capo dello Stato, del tutto irritualmente, la lista dei

¹¹²⁴ Le distinzioni tra liste *aggreganti* e *aggregante* (e, all’interno delle seconde, tra *veicolate* e *satellite*), tra *coalizioni* e *cartelli* – sono proposte da S. Staiano, *La forma di governo italiana*, cit., p. 65 ss.

¹¹²⁵ L’uso linguisticamente inappropriato del termine è segnalato da S. Cassese, *Il talento smarrito per i patti*, in *Corriere della sera*, 17 gennaio 2018.

¹¹²⁶ Per un quadro sul punto, cfr. M. Carducci, *Le dimensioni di interferenza del «contratto» di governo e l’art. 67 Cost.*, in *Federalismi.it*, n. 13/2018, p. 3 ss.

¹¹²⁷ Sul *Contratto di governo* stipulato da Lega e Movimento 5 Stelle nella XVIII legislatura, cfr., in chiave critica, i contributi di S. Staiano e F. Pastore pubblicati in questa sede.

¹¹²⁸ Cfr. G. Rizzoni, *I contratti di coalizione nella Repubblica Federale Tedesca fra politica e diritto*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014.

ministri di un futuro e ipotetico Governo, probabilmente con l'obiettivo di affermare che *vincitore* della competizione andrà considerata la lista – non la coalizione – di maggioranza relativa. In altri casi, si evoca la logica speculare, ma parimenti fuorviante, dello *sconfitto*: chi esce ridimensionato dal risultato elettorale sarebbe escluso *a priori* dalle negoziazioni preordinate alla formazione del Governo.

Da entrambi i punti di vista si pone in secondo piano, ancora una volta, la ricerca dei compromessi possibili – per quanto complessi – tra diverse piattaforme programmatiche, esaltando quella del rispetto di una condizione (*vincitore* o *sconfitto*) che sarebbe stata ineluttabilmente sancita dagli elettori. La recente vicenda tedesca mostra, invero, come la sconfitta elettorale di un partito dovrebbe produrre effetti, nella dinamica democratica interna, su *leadership* e dirigenza, non sulla eventuale partecipazione alle trattative per la formazione dell'Esecutivo: il risultato, nel 2017, di uno SPD al minimo storico ha determinato le dimissioni – nel senso di farsi da parte – del segretario della formazione politica; non ha precluso però a quella forza di entrare a far parte di un Governo di coalizione nato a seguito di lunghe e complesse trattative.

Anche in questo caso, la considerazione delle vicende straniere, parrebbe indicare l'urgenza per il nostro sistema politico-istituzionale di un radicale cambio di paradigma.

Abstract: L'ordinamento italiano e quello spagnolo sono segnati, di recente, da significativi mutamenti della forma di governo. Di fronte ad un quadro di frammentazione e instabilità degli assetti partitici – inedito nell'esperienza della Spagna democratica – le risposte offerte dai due sistemi paiono ispirate ad approcci sensibilmente diversi: se in un caso si è operato sul piano della dinamica partitica, valorizzando la logica consensuale, in Italia si è intervenuti sulla formula elettorale, rafforzandone – in particolare con la legge 52/2015 – la selettività. Gli esiti di quest'ultima strategia (nel segno della continuità con il metodo riformatore dominante negli ultimi decenni) si sono rivelati sotto molteplici profili disfunzionali, aggravando le criticità cui si intendeva porre rimedio.

Abstract: The Italian and Spanish legal systems have recently been characterized by significant changes in the form of government. Faced with the fragmentation and instability of the party structures - new in the experience of the democratic Spain - the responses offered by the two systems seem inspired by different approaches: if in one case they tried

to influence the party dynamics, enhancing the consensual logic, in Italy they intervened on the electoral formula, strengthening - in particular with law 52/2015 - the selectivity. The results generated by this strategy (in line with the reforming method of the last decades) have been problematic, aggravating the critical issues that were intended to be solved.

Parole chiave: sistema elettorale – partiti – forma di governo italiana e spagnola.

Key words: electoral system - parties - Italian and Spanish form of government.

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA E LA NOMINA DEI MINISTRI NEL PROCEDIMENTO DI FORMAZIONE DEL GOVERNO*.

di Erik Furno**

Sommario. 1. Il caso Savona. – 2. Il dibattito dottrinario. – 3. Il procedimento di nomina dei ministri – 4. Arbitrio o potere presidenziale?

578

1. Il caso Savona.

Le vicende che nella XVIII legislatura hanno accompagnato la nascita del primo governo Conte (1° giugno 2018-20 agosto 2019) hanno toccato il punto di maggior crisi quando il Presidente incaricato, il prof. Giuseppe Conte, dopo soli quattro giorni dall'affidamento dell'incarico (23 maggio 2018), ha rimesso il mandato ricevuto dal Presidente della Repubblica¹¹²⁹, avendo registrato la mancata condivisione presidenziale per la nomina al dicastero dell'Economia e delle Finanze del prof. Paolo Savona¹¹³⁰, sostenitore di posizioni euroscettiche e autore di un *pamphlet* su un piano di riserva per l'uscita dell'Italia dall'euro¹¹³¹.

Da ciò i contrasti tra gli interpreti e le divisioni della dottrina sulla natura e sulla estensione dei poteri presidenziali, in ordine alle proposte di nomina dei ministri da parte del Presidente del Consiglio incaricato, nell'ambito della forma di governo parlamentare

* Sottoposto a referaggio.

** Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Napoli “Federico II”.

¹¹²⁹ Il prof. Conte rinunciava al mandato di formare il governo a causa dell'indisponibilità a proporre un nome diverso dall'indicato prof. Savona per il ministero dell'Economia e delle Finanze. A tale rinuncia faceva seguito l'incarico affidato ad un tecnico, Carlo Cottarelli, il cui unico sbocco sembrava essere un governo elettorale. Dopodiché, il Movimento Cinque Stelle e la Lega ritornavano sulle proprie decisioni ed accoglievano la richiesta presidenziale di spostare il contestato prof. Savona ad altro dicastero, pur di giungere alla formazione di un governo politico.

¹¹³⁰ V. la *Dichiarazione del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al termine del colloquio con il prof. Giuseppe Conte* del 27 maggio 2018, il cui testo è reperibile sul sito istituzionale della Presidenza della Repubblica www.quirinale.it.

¹¹³¹ P. Savona, *Guida pratica all'uscita dall'Euro*, 3 ottobre 2015, reperibile in <https://scenarieconomici.it>.

delineata dalla Costituzione ed arricchita dalle prassi, dalle convenzioni e dalle consuetudini costituzionali.

2. Il dibattito dottrinario.

Da un lato, a difesa dell'operato del Presidente Mattarella si sono schierati 14 costituzionalisti di scuola fiorentina¹¹³², che, richiamando la nota tesi di Paolo Barile sull'indirizzo politico costituzionale¹¹³³, dallo stesso Autore poi ridimensionata¹¹³⁴, hanno sostenuto la piena legittimità dell'operato presidenziale. Per costoro, infatti, nella nomina dei ministri, “l'ultima parola spetta al Capo dello Stato il quale assume su di sé in pieno la responsabilità delle sue decisioni”¹¹³⁵.

Dall'altro, invece, si sostiene che il Capo dello Stato avrebbe indebitamente effettuato “un'entrata a gamba tesa” nell'indirizzo politico del governo¹¹³⁶, sovrapponendo un proprio indirizzo a quello del nascente governo, in quanto “la valutazione sulla linea economica (...) sfugge alle prerogative presidenziali”¹¹³⁷. Secondo costoro, la proposta di

¹¹³² Trattasi di Enzo Cheli, Paolo Caretti, Ugo De Siervo, Stefano Merlini, Roberto Zaccaria, Stefano Grassi, Maria Cristina Grisolia, Elisabetta Catelani, Massimo Carli, Orlando Roselli, Giovanni Tarli Barbieri, Andrea Simoncini, Andrea Cardone e Duccio Traina.

¹¹³³ P. Barile, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, p. 295 ss., specie 308, nonché Id., *Presidente della Repubblica*, in *Nov. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 715 ss., che, richiamando P. Calamandrei, *Viva vox Constitutionis*, in *Il Ponte*, n.6/1955, 810-811, considera il Capo dello Stato quale organo titolare di un “indirizzo politico generale o costituzionale”, finalizzato all'attuazione dei fini permanenti previsti dalla Costituzione, contrapposto all'“indirizzo politico contingente, di maggioranza” di parlamento e governo, tendente ad attuare la Costituzione solo in quelle parti ritenute (ad esso) congeniali.

¹¹³⁴ P. Barile, *Intervento*, in AA. VV., *Indirizzo politico e Costituzione. A quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, a cura di M. Ainis, A. Ruggeri, G. Silvestri e L. Ventura, Milano, 1988, p. 111 ss.

¹¹³⁵ Secondo costoro, “La sua interpretazione di quello che nelle condizioni date rappresenta il superiore interesse nazionale può certo prestarsi a critiche [...] ma non sul piano del rispetto della Costituzione”. Ritengono legittimo il rifiuto presidenziale di nominare il ministro proposto M. Luciani, *Presentazione del Seminario “Contesto politico, forma di governo e relazioni tra gli organi costituzionali*, in *Osservatorioaic*, n. 2/2018 (“l'adozione di un atto nella forma –appunto– del decreto del Presidente della Repubblica implica anche la sostanza del coinvolgimento della volontà dello stesso Presidente, sicché tutti i suoi atti sono da considerare *prima facie* duali”), ed, *ivi*, A. Anzon Demmig, *Partecipazione alle consultazioni e principio di leale collaborazione*; O. Chessa, *Nomina del primo ministro e nomina dei ministri: quali sono le differenze?*, in *Lacostituzione.info*, e A. Spadaro, *Dalla crisi istituzionale al governo Conte: la saggezza del Capo dello Stato come freno al “populismo sovranista”*, in A. Morelli (a cura di) *Dal “contratto di governo” alla formazione del governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, Napoli, 2018, p. 11 ss.

¹¹³⁶ M. Villone, *Intervista a radio radicale*, 28 maggio 2018.

¹¹³⁷ L. Carlassare, *Intervista*, in *temi.repubblica.it*, 30 maggio 2018. Per A. Lucarelli, *Dibattito sul potere del Presidente della Repubblica di condizionamento della scelta dei ministri*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 1002, “il carattere formale e non sostanziale del potere di nomina del capo dello stato dei ministri, su proposta del Presidente del consiglio, si evince, proprio dai caratteri della forma di governo monista, in particolare, dalla

nomina di un ministro da parte del *premier* sarebbe obiettabile dal Presidente della Repubblica solo per gravi ragioni di legittimità relative a conflitti di interesse o a motivi di opportunità personale¹¹³⁸, ma non certo per idee politiche od economiche espresse in precedenza¹¹³⁹.

Al riguardo l'interpretazione letterale dell'art. 92 Cost. non risulta essere di grande ausilio in quanto "la nota laconicità del testo costituzionale, nella parte sulla formazione del Governo, è sempre stata supplita – in questi settant'anni di esperienza costituzionale (1948-2018) - da consuetudini e prassi"¹¹⁴⁰.

Com'è noto, a differenza della fase successiva relativa alla presentazione alle Camere del governo appena nominato, il procedimento relativo alla designazione del *premier* ed alla scelta dei ministri si fonda su regole non scritte quali convenzioni, consuetudini e prassi costituzionali¹¹⁴¹, di cui occorre prendere atto, non essendovi altra previsione espressa all'infuori dell'art.92, c. 2, Cost.¹¹⁴².

Tale disposto si limita ad affermare che «Il Presidente della Repubblica nomina il Presidente del Consiglio dei ministri e, su proposta di questo, i ministri»: la norma, però,

circostanza che normalmente quando si intende attribuire un reale potere di nomina, [...] a tale potere viene associato anche il potere di revoca dei ministri stessi".

¹¹³⁸ Non dimentichiamo che, ai sensi del d.lgs. n.235/2012 ("Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, a norma dell'art.1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n.190"), il Presidente della Repubblica è tenuto a controllare che il *premier* o i ministri non siano soggetti ad incompatibilità con le cariche pubbliche.

¹¹³⁹ A. Ruggeri, *Anomalie di una crisi di governo e rischio di un uso congiunturale della Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it, 10 giugno 2018; M. Volpi, *Intervento al seminario "Contesto politico, forma di governo e relazioni tra gli organi costituzionali"*, in *Osservatorioaic*, n. 2/2018; S. Curreri, *Le ragioni di Mattarella nel rifiutare quella nomina, ma lo ha fatto nella sede sbagliata*, reperibile in *Lacostituzione.info*, 29 maggio 2018; A. Morrone, *Indirizzo politico e attività di governo. Tracce per un percorso di ricostruzione teorica*, in *Quad. cost.*, n. 1/2018, p. 7 ss.

¹¹⁴⁰ Così A. Spadaro, *Intervento*, al forum del Gruppo di Pisa *L'intricata vicenda della formazione del governo Conte*, p. 18.

¹¹⁴¹ Sulle regole e sulla regolarità della politica, M. Dogliani, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, 1985; A. Ruggeri, *Le crisi di governo tra "regole" costituzionali e "regolarità" della politica*, in L. Ventura (a cura di), *Le crisi di governo nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, Atti del convegno di Catanzaro del 22-23 ottobre 1999, Torino, 2001, p. 33 ss., e, *ivi*, L. Ventura, *Le crisi di governo tra regole costituzionali e "regolarità" della politica*, p. 91 ss. Osserva S. Staiano, *La forma di governo italiana. Permanenza e transizione*, in *Osservatorioaic*, n. 2/2018, 16 luglio 2018, come, nel vuoto di regole convenzionali dell'attuale sistema, risulti "massimamente potenziato il ruolo del Presidente della Repubblica [...il quale] può stabilire di volta in volta il criterio delle sue decisioni, e lo può liberamente consolidare in regola", così divenendo il "massimo decisore politico nella produzione della norma convenzionale". Sul rilievo costituzionale delle consuetudini nell'integrazione delle lacune dell'ordinamento v., per tutti, C. Esposito, (voce) *Consuetudine (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, specie p. 469 ss. E p. 473 ss.

¹¹⁴² A. D'Andrea, *Commento all'art.92*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 1783, nonché P.A. Capotosti, *Governo*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989, p. 4.

non può essere considerata atomisticamente, ma necessita di un'interpretazione sistematica con l'art. 94, c. 1, che richiede al governo di ottenere la fiducia dalle Camere, e con l'art. 95, c. 1, che attribuisce al Presidente del Consiglio la direzione della politica generale del governo ed il mantenimento dell'unità di indirizzo politico ed amministrativo, promuovendo e coordinando l'attività dei ministri¹¹⁴³.

Quindi, durante il procedimento di formazione del governo, la scelta, non libera, ma discrezionale, del Presidente della Repubblica¹¹⁴⁴ è finalizzata alla designazione di un *leader* in grado di formare un governo che abbia la fiducia delle Camere, per cui “il Presidente della Repubblica non potrebbe opporre alla nomina dei ministri indicati dal Presidente incaricato motivi che non siano contrari alle finalità costituzionali”¹¹⁴⁵.

Eppure, nella storia del nostro paese, mai nessuna norma è stata così svuotata come l'art. 92, nella parte in cui attribuisce al Presidente del Consiglio il potere di proporre al Capo dello Stato i nomi dei ministri¹¹⁴⁶, sia per il peso predominante ed invasivo delle designazioni partitiche, che per l'influenza esercitata dal Capo dello Stato¹¹⁴⁷.

3. Il procedimento di nomina dei ministri.

La disciplina costituzionale prevede, con essenziale stringatezza, solo un potere di nomina (del Capo dello Stato) e un potere di proposta (del Presidente del Consiglio dei ministri), per cui si perviene alla decisione finale con il concorso della volontà di entrambi.

Dal legame sistemico con l'art. 94 Cost. si desume che l'esercizio del potere presidenziale

¹¹⁴³ M. Volpi, *Intervento al seminario “Contesto politico, forma di governo e relazioni tra gli organi costituzionali”*, in *Osservatorioaic*, n. 2/2018.

¹¹⁴⁴ B. Caravita, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo: i poteri di nomina e di scioglimento delle Camere*, in *federalismi.it*, n. 22/2010, 29 novembre 2010, p. 3 ss., osserva che “il potere di nomina del Presidente della Repubblica, ai sensi dell'art.92, comma 2, non è libero, illimitato, affidato alla sua totale discrezione e incontrollata e insindacabile decisione, bensì è un potere teleologicamente orientato: può e deve essere esercitato affinché il soggetto nominato abbia ‘la fiducia delle due Camere’”.

¹¹⁴⁵ A. M. Nico, *Dalla legge elettorale alla formazione del Governo*, in *Osservatorioaic*, n. 2/2018.

¹¹⁴⁶ Il rilievo è di S. Merlini, *Il governo*, in G. Amato e A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico. L'organizzazione costituzionale*, II,1997, Bologna, p. 169 ss., specie p. 200, che richiama A. Manzella, *Il parlamento*, Bologna 1977, II ed. 2003.

¹¹⁴⁷ V., per tutti, la dichiarazione del Presidente Cossiga del 10 aprile 1991, riportata su *La Stampa* dell'11 aprile 1991: “il potere di nomina dei ministri non può considerarsi puramente nominale ed esaurirsi nella mera ricezione delle proposte del Presidente del Consiglio dei ministri”, nonché, nel 1980, nella VIII legislatura, la lettera del Presidente Pertini, inviata allo stesso Cossiga quale presidente incaricato di formare il secondo governo Cossiga, per ricordargli la necessità di selezionare i ministri secondo criteri di moralità e di competenza.

di nomina è finalizzato a realizzare i presupposti per l'instaurazione della relazione fiduciaria tra Parlamento e Governo, dovendo il Presidente del Consiglio ed i suoi ministri ottenere la fiducia delle Camere per entrare nella pienezza delle loro funzioni¹¹⁴⁸.

Il punto è se la nomina dei ministri costituisca un atto formalmente presidenziale, ma sostanzialmente governativo, un «atto duale» come lo scioglimento anticipato delle Camere o un «atto proprio» rientrante nelle prerogative del Presidente della Repubblica come la concessione della grazia¹¹⁴⁹.

Di norma, i decreti del Capo dello Stato di nomina dei ministri vengono ascritti dalla prevalente dottrina¹¹⁵⁰ nella categoria degli «atti complessi»¹¹⁵¹, che si perfezionano in virtù della piena accettazione sia da parte del Presidente della Repubblica, che del Presidente del Consiglio controfirmante¹¹⁵², anche se Cheli descrive il decreto di nomina dei ministri, in uno a quello di nomina del Presidente del Consiglio, come il “più

¹¹⁴⁸ G. Pitruzzella, *Commento agli artt. 92 e 93 della Costituzione*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna- Roma, 1994, p. 48 ss.; da ultimo, A. Celotto, *Le regole dell'incarico*, in *federalismi.it*, n. 4/2018.

¹¹⁴⁹ Ricostruita quale prerogativa presidenziale da Corte cost., 18 maggio 2006, n.200, in *Giur. Cost.*, 2006, 1988 ss.

¹¹⁵⁰ A.M. Sandulli, *Il Presidente della Repubblica e le funzioni amministrative*, in *Riv. amm.*, 1950, 161; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, pp. 662- 663; L. Elia, *Appunti sulla formazione del governo*, in *Giur. cost.*, 1957, p. 1170 ss., specie 1178 ss.; T. Martines, *Diritto costituzionale*, cit., p. 471. Secondo O. Chessa, *Il ruolo del Presidente della Repubblica nella giurisprudenza costituzionale fino al 2013*, in L. Violini (a cura di), *Il ruolo del Capo dello Stato nella giurisprudenza*, Atti del Seminario Annuale del Gruppo di Pisa, Milano, 14 novembre 2014, 31, nt. 13, la tesi dell'atto presidenziale come “atto complesso” comporta che il mancato accordo tra il Capo dello Stato ed il presidente incaricato abbia rilevanza solo sul piano dei rapporti politici, nel senso che il Presidente della Repubblica sarà sempre libero di non dare seguito alla proposta governativa. V. anche Id., *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiano*, Napoli, 2010, p. 176 ss., che, nel quadro di una concezione monofunzionale della controfirma, riconduce alla categoria degli atti complessi tutti gli atti presidenziali, compreso lo scioglimento anticipato, ricostruendo la figura del Capo dello Stato come organo di indirizzo politico. Su tale tesi v. il *Dibattito sul Presidente della Repubblica. Il Capo dello Stato nell'ordinamento costituzionale italiano*, (Quaderni di Diritto & Questioni pubbliche), a cura di M. Cecchetti, S. Pajno e G. Verde, Palermo 2012.

¹¹⁵¹ Parlano, invece, S. Galeotti, B. Pezzini, *Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996, 447, di *atto composto* in senso stretto, “che consta di elementi che sono sì uniti da stretti vincoli, (...), ma che non si presentano oggettivamente omogenei, giacché l'una delle due attività si pone in atteggiamento strumentale ed accessorio rispetto alla prima, che è quella principale e determinante quanto all'effetto giuridico ricollegato alla fattispecie”. Per una critica dei c.d. *atti duumvirali* A. Ruggeri, *Controfirma ministeriale e teoria della Costituzione*, in G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, II, Napoli, 2009, 711, secondo cui: “Nessuna ‘cooperazione’ tuttavia [...] può aversi in forme tali da portare organi *sotto ogni aspetto* diversi, quali il Presidente della Repubblica ed il Governo, a condividere scelte che, a seconda della funzione di cui si ritengono espressione, non possono che essere riservate ora a questo ed ora a quello, mai appunto ad entrambi”.

¹¹⁵² A. D'Andrea, *Commento all'art.92*, cit., p. 1784.

‘autonomo’ degli atti presidenziali suscettibili di incidere nella sfera governativa”¹¹⁵³.

Indicazioni a conferma di ciò si possono trarre dalla sentenza della Corte costituzionale n. 7/1996, che distingue il «potere di proposta» dal «potere di nomina», come fondamento della diversa legittimazione del Presidente del Consiglio e del Presidente della Repubblica a resistere in un conflitto di attribuzione proposto dal ministro della Giustizia contro la propria sostituzione¹¹⁵⁴.

Con il rilievo che la proposta e/o l’indicazione del Presidente del Consiglio incaricato dovrebbe essere, se non vincolante, quanto meno prevalente, spettando a questi la funzione di determinazione dell’indirizzo politico e la scelta dei ministri per la sua attuazione.

Ma che cosa avviene quando tale concorso non si realizza, quando, cioè, alla proposta di nomina di un ministro non segue l’assenso presidenziale o addirittura si oppone il veto presidenziale? Può il Presidente della Repubblica condizionare la nomina dei futuri ministri fino ad imporre eventualmente la scelta di un nominativo a lui gradito? Può la proposta del Presidente del Consiglio ritenersi vincolante per il Capo dello Stato o, invece, residua spazio al Presidente della Repubblica per l’esercizio di quel «potere di persuasione», anche mediante attività informali, che la Corte costituzionale gli ha riconosciuto con la storica decisione n. 1/2013¹¹⁵⁵?

Non mancano peraltro i precedenti, essendo stati diversi in tal senso gli interventi dei vari Presidenti della Repubblica¹¹⁵⁶, con conseguenti mutamenti e/o spostamenti ad altri

¹¹⁵³ E. Cheli, *Commento all’art.89*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1983, 96 ss., specie p. 111 ss., a cui si deve la distinzione tra la teoria monofunzionale e teoria polifunzionale della controfirma. Sulla controfirma, oltre ai classici lavori di C. Esposito, *Saggio sulla controfirma ministeriale*, Milano, 1962, e la voce *Controfirma ministeriale*, cit., per la tesi monofunzionale, e di G. Guarino, *Il Presidente della Repubblica italiana*, cit., per la tesi polifunzionale, v. anche M. Midiri, *La controfirma ministeriale nel sistema dei rapporti tra Presidente della Repubblica e governo*, Padova, 1988; G. Filippetta, *La concezione monofunzionale della controfirma e i tentativi di classificazione degli atti del Capo dello Stato*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, I, Padova, 1995, p. 601 ss.; S. Bonfiglio, *Controfirma ministeriale e responsabilità politica nei regimi parlamentari. Il dibattito in Francia e in Italia*, Milano, 1997, e G.M. Salerno, *Presidente della Repubblica*, in S. Cassese (a cura di), *Diz. dir. pubbl.*, V, Milano, 2006, p. 4452 ss.

¹¹⁵⁴ Corte cost., 18 gennaio 1996, n. 7, su cui il dibattito *Sei domande ai costituzionalisti provocate dal “caso Mancuso”* in *Giur. cost.*, 1995, p. 4645 ss., che precisa come, prevedendo la Costituzione, all’art. 95, comma 2, sia la responsabilità collegiale che quella individuale dei ministri, essa sancisce in concreto la *responsabilità politica dei ministri* nella duplice veste di componenti del governo e di vertici dei rispettivi dicasteri. Quindi, laddove esiste *responsabilità*, esiste anche un *rapporto di fiducia* nei confronti delle Camere.

¹¹⁵⁵ Corte cost., 15 gennaio 2013, n.1, in *Giur. cost.*, 2013, p. 1 ss.

¹¹⁵⁶ Anche se, come rileva O. Chessa, *Il Presidente della Repubblica parlamentare*, cit., p. 233, nt. 4, “probabilmente non si contano le volte in cui siano intercorse trattative riservate tra il primo ministro e il Capo dello Stato sull’affidamento degli incarichi ministeriali”.

dicasteri dei ministri di volta in volta indicati dal Presidente del Consiglio dei ministri¹¹⁵⁷. Tali interventi, però, non sono mai stati dichiarati ufficialmente, come nella specie, costringendo il presidente incaricato, anche se non ancora nominato, alle dimissioni e provocando un clamore mediatico senza precedenti¹¹⁵⁸.

Nel *caso Savona*, infatti, “l’intenzione di nominare il ministro, e la posizione ostativa del Presidente della Repubblica, non solo sono state divulgate, in discontinuità con il costume consolidato, ma (hanno) spin(to) la pressione fino alla minaccia della messa in stato di accusa”¹¹⁵⁹, peraltro subito rientrata per insussistenza dei presupposti.

A ciò si aggiunga che le motivazioni addotte dal Capo dello Stato nel comunicato del 27 maggio 2018 si collocano “sull’incerto crinale che separa il versante delle valutazioni di natura politica da quello delle variazioni di rilievo istituzionale”¹¹⁶⁰, così da giustificare l’acceso dibattito sorto tra i costituzionalisti. Occorre, quindi, tentare un corretto inquadramento dell’operato presidenziale.

4. Arbitrio o potere presidenziale?

Per rispondere a tale interrogativo, occorre esaminare *funditus* la dibattuta questione per individuare un approccio utile anche per l’eventuale ripetersi in futuro di dinieghi presidenziali nella nomina dei ministri.

¹¹⁵⁷ Non mancano, infatti, significativi precedenti al riguardo. Nel 1979 il Presidente Pertini rifiutò al presidente incaricato Cossiga la nomina a ministro della difesa del democristiano Clelio Darida, che riceverà, dal 1980 in poi, i dicasteri delle Poste e telecomunicazioni, Organizzazione della P.A. e Regioni, Giustizia e Partecipazioni statali. Il Presidente Scalfaro, nel maggio 1994, al tempo del primo governo Berlusconi, preferì Alfredo Biondi al ministero della Giustizia in luogo di Cesare Previti, dirottato alla Difesa; nella XIV legislatura, il Presidente Ciampi, nel 2001, preferì alla Giustizia Roberto Castelli in luogo di Roberto Maroni, dirottato al Lavoro; nel 2014, il Presidente Napolitano pose il veto al premier Renzi per la nomina di un magistrato in servizio (il Procuratore della Repubblica Gratteri) al ministero della Giustizia, poi affidato ad Andrea Orlando.

¹¹⁵⁸ R. Bin, *Dibattito sul potere del Presidente della Repubblica di condizionamento della scelta dei ministri*, in *Giur. cost.*, 2018, pp. 983-985, sottolinea la singolarità della formazione del governo Conte, evidenziando come “mai era successo che i contenuti del colloquio riservato tra Presidente della Repubblica e presidente incaricato fosse rivelato e aspramente criticato prima ancora di essere reso pubblico in via ufficiale”. V. anche C. Pinelli, *Appunti sulla formazione del Governo Conte e sulla fine della riservatezza*, in *Osservatorioaic*, n.2/2018, nonché Id., *Dibattito*, cit., p. 1009, e M. Manetti, *Ivi*, 1004, che parla della c.d. democrazia del pubblico, in cui tutti gli attori, politici ed istituzionali, sono chiamati ad esternare *coram populo* i loro orientamenti, se non anche a presentare come eventi spettacolari le loro decisioni.

¹¹⁵⁹ S. Staiano, *Intervento*, in *L’intricata vicenda della formazione del governo Conte*, forum del Gruppo di Pisa, 2018, p. 19.

¹¹⁶⁰ M. D’Amico, *Intervento*, *Op. ult. cit.*, p. 12.

In primis, non si può negare che la proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, seppur ritenuta non vincolante, è certamente necessaria e relativamente condizionante in quanto il Capo dello Stato, ammesso che possa respingere l'indicazione proveniente dal *premier* incaricato, di certo non può di sua iniziativa nominare un ministro diverso e/o imporre un nominativo a lui gradito, ma dovrà sempre dare seguito ad una proposta governativa¹¹⁶¹.

In altri termini, il decreto di nomina dei ministri¹¹⁶² rappresenta un *atto dovuto* in quanto «il Presidente del dei ministri ha l'obbligo alla fine di nominare i ministri su proposta del Presidente del Consiglio (ma anche il Presidente del Consiglio ha l'obbligo di proporre i ministri per la loro nomina e controfirmare l'atto di nomina) »¹¹⁶³.

Ciò posto, “se è vero che il potere del Presidente del Consiglio incaricato di scegliere i ministri è garantito dall'ordinamento che configura, nell'interpretazione prevalente della dottrina, la nomina dei ministri come atto a struttura partecipativa diseguale a favore del Presidente del Consiglio stesso”¹¹⁶⁴, si ha di conseguenza che il Capo dello Stato, quale tutore della Costituzione e custode dei suoi valori, può solo esercitare in tale occasione una *moral suasion*, prospettando al Presidente incaricato l'inopportunità della proposta di nomina per gravi motivi¹¹⁶⁵.

Ciò sembrerebbe escludere la possibilità per il Capo dello Stato di opporre un diniego, se non un vero e proprio veto, per ragioni esclusivamente politiche, pena l'invasione delle

¹¹⁶¹ P.G. Lignani, *L'interpretazione dell'art.92, secondo comma, della Costituzione*, in *lexitalia.it*, 28 maggio 2018.

¹¹⁶² Quando l'incaricato scioglie positivamente la riserva ed accetta il mandato di formare il nuovo governo, il Capo dello Stato nomina con due distinti decreti il Presidente del Consiglio e, su proposta di questi, i ministri. Tali provvedimenti presidenziali sono contestuali e vengono controfirmati, ai sensi dell'art.1, co. 2, della legge n.400/1988, dal Presidente del Consiglio entrante, insieme ai decreti di accettazione delle dimissioni del precedente governo.

Per A. Rauti, «*Scomporre e ricomporre*»: *il potere di nomina dei ministri fra “partiti incoercibili” e categorie in via di ridefinizione*, in A. Morelli (a cura di), *Dal “contratto di governo” alla formazione del governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, cit., p. 116, ritiene che “la stessa nomina del Presidente del Consiglio, poi, nasconde il noto paradosso per cui, ai sensi dell'art.1, c. 2, della l. n. 400/1988, l'atto presidenziale deve essere controfirmato da chi non ha ancora assunto la carica, sì che il contenuto dell'atto (la nomina) diviene paradossalmente il presupposto della sua validità”.

¹¹⁶³ G.U. Rescigno, *Presidente della Repubblica e nomina dei ministri*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 853.

¹¹⁶⁴ Così P.A. Capotosti, *Presidente del Consiglio*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 142, per il quale al Presidente della Repubblica non spetterebbe alcun potere sindacatorio sul merito delle proposte di nomina del Presidente del Consiglio incaricato “se non in casi macroscopici e comunque soltanto mediante l'esercizio di una sorta di potere di veto”.

¹¹⁶⁵ Sostengono che al Capo dello Stato spetti solo un controllo di legittimità L. Elia, *Appunti*, cit., p. 1201, V. Onida, *I poteri del presidente in un sistema parlamentare*, in *Corriere della sera*, 31 maggio 2018, e L. Paladin, *Governo italiano*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano 1970, p. 675 ss., specie 686, nonché Id., *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1989, p. 385.

scelte di indirizzo politico riservate al circuito fiduciario Governo-Parlamento.

Discusso, infatti, è in dottrina il valore da attribuirsi alla proposta-indicazione di nomina dei ministri da parte del Presidente del Consiglio incaricato. Secondo alcuni¹¹⁶⁶, la designazione dei ministri da parte del Presidente del Consiglio è vincolante, per cui il Capo dello Stato non può esercitare alcuna discrezionalità al riguardo¹¹⁶⁷, potendo solo effettuare un mero controllo di regolarità: il che sembrerebbe dar credito alla tesi dell'atto formalmente presidenziale ma sostanzialmente governativo¹¹⁶⁸.

Ove mai si prenda in considerazione l'ipotesi specularmente inversa, qual è quella del potere sostanzialmente presidenziale di concessione della grazia, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 200/2006, ci ricorda che la decisione spetta al Capo dello Stato, per cui, se il ministro della Giustizia ritenga non sussistere i requisiti per la concessione dell'atto di clemenza ed esprima il suo dissenso, egli in definitiva non potrà esercitare alcun veto, ma dovrà apporre al decreto concessorio della grazia la sua controfirma, che «costituisce l'atto con il quale il Ministro si limita ad attestare la completezza e la regolarità dell'istruttoria e del procedimento seguito»¹¹⁶⁹.

Per altri, invece, esiste da sempre un «filtro» nella nomina dei ministri da parte del Capo dello Stato, che di certo può esercitare il suo magistero di influenza per ragioni giuridico-morali sui nominativi proposti¹¹⁷⁰.

¹¹⁶⁶ Per S. Galeotti e B. Pezzini, *Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, cit., p. 454, “La Costituzione vincola il potere del Presidente della Repubblica quanto alla nomina del Presidente del consiglio esclusivamente in relazione al fine al quale è preordinato, che è quello di insediare un governo in grado di ottenere la fiducia delle Camere; il potere di nomina dei Ministri è *vincolato* invece alla proposta da parte del Presidente del consiglio” (ns. corsivo). Più di recente E. Rossi, *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*, II ed. a cura di R. Romboli, Torino, 2015, 307, secondo cui “pare comunque potersi sostenere che la proposta dei Ministri da parte del Presidente del Consiglio incaricato sia vincolante e che il Presidente della Repubblica non possa in ogni caso rifiutare la nomina”, e P. Caretti e U. De Siervo, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, 2012, p. 244, che escludono un potere presidenziale nella scelta dei ministri, “anche se sembra che in alcuni discussi casi vi siano state pressioni in tal senso da parte di alcuni Presidenti o almeno qualche caso di preclusione verso alcuni esponenti politici”.

¹¹⁶⁷ V. però R. Bin, *A mente fredda. I poteri del Presidente della Repubblica e l'importanza della prassi*, in *LaCostituzione.info*, 14 giugno 2018: “I manuali più qualificati in maggioranza suggeriscono che la proposta dell'incaricato sia *vincolante* e questo ha indotto alcuni a chiudere sbrigativamente la questione nel senso di negare una vera autonoma valutazione del Presidente della Repubblica. Ma si tratta di una lettura sbrigativa, perché la proposta è *vincolante* - è sicuramente lo è- nel senso che il Presidente della Repubblica non potrebbe nominare un ministro *diverso da quello proposto*: ma non significa anche che non possa rifiutare di nominare il ministro proposto”.

¹¹⁶⁸ A. Gigliotti, *In tema di nomina dei ministri e poteri del Presidente della Repubblica*, in *LaCostituzione.info*, che richiama la definizione di Mortati quale atto “formalmente presidenziale ma sostanzialmente governativo”.

¹¹⁶⁹ Corte cost., sentenza n. 200/2006, cons. diritto 7.2.5.

¹¹⁷⁰ A. Spadaro, *Dalla crisi istituzionale al governo Conte. La saggezza del Capo dello Stato come freno al “populismo sovranista”*, cit., p. 12, ritiene che “la scelta dei ministri non sia un potere ‘esclusivo’ del

Muovendo dall'interpretazione letterale del testo costituzionale («proposta»), si sostiene che, se è vero che il Capo dello Stato non possa manifestare “una volontà vincolante sulla composizione personale del governo o sulla sua piattaforma programmatica”¹¹⁷¹, in modo da imporre un nominativo a lui gradito, è altrettanto vero anche il contrario e, cioè, che egli non sia obbligato a subire l'imposizione della nomina da parte del *premier*, senza poter sollevare obiezioni¹¹⁷².

Di opposto avviso chi sostiene che attribuire al Capo dello Stato il potere di veto sulla nomina dei ministri comporta “una sostanziale riscrittura dell'art. 92 cit., per renderlo in concreto identico all'art. 65 dello Statuto albertino, attribuendo pertanto al Presidente della Repubblica il potere di nomina (anche) dei Ministri e facendone quindi una figura prossima a quella propria del tipo presidenziale”¹¹⁷³.

Ad esempio, Pitruzzella ritiene che il Presidente della Repubblica non possa interferire sulla nomina dei ministri, senza assumere un ruolo politico che non gli compete, essendo esclusivo compito del *premier* costituire una compagine di governo in grado di ottenere la fiducia delle Camere¹¹⁷⁴.

Non a caso, in tema di scelta dei ministri, antica dottrina escludeva il Capo dello Stato da ogni pretesa sia di inclusione che di esclusione, ritenendo che «come non può subire limitazioni il diritto del Capo dello Stato a scegliere il Presidente del Consiglio, così non

Presidente del Consiglio. Ciò significa che- per quanto il Capo dello Stato comprensibilmente cerchi di tenersi fuori da manifestazioni di stretto indirizzo politico- in materia di nomina dei ministri ha un ruolo attivo e non può essere considerato un semplice 'notaio', un banale passacarte che si limita a ratificare *sempre e comunque* quel che gli viene presentato»

¹¹⁷¹ G. Scaccia, *Il re della Repubblica. Cronaca costituzionale della Presidenza di Giorgio Napolitano*, Modena, 2015, p. 63, attribuisce al Capo dello Stato solo un ruolo di consigliere e suggeritore, autorevole quanto si vuole, ma non in grado di poter interferire sulle scelte del Presidente del Consiglio.

¹¹⁷² A. Randazzo, “Viene anche lui, no, lui no”. *Il ruolo del Presidente della Repubblica alla prova del “caso Savona” e il fondamento costituzionale di un rifiuto*, in *Dal “contratto di governo” alla formazione del governo Conte*, cit., p. 131. Aderisce a tale tesi O. Chessa, *Il Presidente della Repubblica parlamentare*, cit., 233: “la nomina dei ministri scaturirà dalla fusione delle volontà del Presidente del Consiglio *proponente* e del Capo dello Stato, che potrà pertanto opporre il proprio veto nei confronti di questo o di quel nome”. Implicitamente, così anche C. Rossano, *Presidente della Repubblica*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 2002, p. 9, secondo cui il Presidente della Repubblica potrebbe opporsi alla proposta di nomina di un ministro che pregiudichi l'utile completamento della formazione del governo.

¹¹⁷³ M. Esposito, *Spunti per un'analisi delle variazioni costituzionali percepibili nel procedimento di formazione del Governo Conte*, in *Osservatorioic*, n. 2/2018, 368, p. nt. 31, che richiama gli insegnamenti di L. Elia, *Appunti*, cit., ora in *Id.*, *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, 2009, p. 68 ss.

¹¹⁷⁴ G. Pitruzzella, *Commento agli artt.92-93*, cit., 79, che però riconosce che tale prerogativa del Presidente del Consiglio si è affievolita, essendosi affermate “quelle tesi ‘presidenzialiste’ che, contrariamente all'opinione della dottrina prevalente, ritengono possibile un intervento del Capo dello Stato sui contenuti della proposta dell'incaricato per la formazione del Governo” fino ad ammettere un rifiuto presidenziale qualora la formazione di tale governo “possa essere considerata pericolosa per i fini costituzionali od impossibile” (pp. 97-99).

può subirne il diritto di questo a scegliersi i propri collaboratori e a destinarli liberamente alle loro mansioni»¹¹⁷⁵.

Il che significa negare in concreto quel principio di leale collaborazione tra gli organi costituzionali¹¹⁷⁶, più volte richiamato dalla stessa giurisprudenza costituzionale, che deve costituire il collante, il cardine ed il fondamento del nostro sistema politico-costituzionale per la piena e completa attuazione dei valori costituzionali, la cui tutela richiede una valutazione sistemica e non isolata delle norme¹¹⁷⁷.

Come è stato puntualmente notato per la vicenda *Savona*, “la collaborazione fra Capo dello Stato e Governo non si traduce nella veste formale data dagli atti più rilevanti della Repubblica ma si realizza – se non nella condivisione piena—quanto meno nell’assenza di un dissenso che trova le sue radici in ragione di tutela della comunità nazionale e di valori costituzionali, come evidenziato dalla dichiarazione presidenziale del 27 maggio”¹¹⁷⁸.

Se è vero che il Capo dello Stato non entra nell’agone politico, limitandosi nella nomina dei ministri all’attestazione della legittimità formale, è altrettanto vero che egli, in concreto, possa esercitare la sua *moral suasion* quando risulti necessario difendere la legalità e l’unità nazionale, di cui è indiscusso rappresentante, soprattutto quando insorgono contrasti sulle scelte¹¹⁷⁹.

A tale argomento si contro-obiettano le prassi costituzionali, che mai prima d’ora avevano registrato un veto presidenziale nei confronti della (proposta di) nomina di un ministro non per un sindacato esterno di legittimità, bensì per ragioni di un paventato indirizzo politico

¹¹⁷⁵ P. Barile, *I poteri del Presidente della Repubblica*, cit., p. 349; L. Elia, *Appunti*, cit., p. 1196; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 568; T. Martines, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, 1957, p. 259.

¹¹⁷⁶ Corte cost., 27 luglio 1992, n.379, in *Giur. cost.*, 1992, p. 2996 ss. Al riguardo R. Bin, *Il principio di leale collaborazione nei rapporti tra poteri*, in *Dir. cost.*, n. 2/2001, 10 p. ss.; C. Lombardi, *Leale collaborazione (principio di)*, in S Mangiameli (a cura di), *Diritto Costituzionale*, Milano, 2008, p. 1023 ss.; Q. Camerlengo, *Il principio di leale collaborazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2015, p. 12 ss.; I. Pellizzone, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, Milano, 2010, p. 205 ss.

¹¹⁷⁷ Corte cost., 28 novembre 2012, n.264, in *Giur. cost.*, 2012, p. 4216 ss.

¹¹⁷⁸ M. Siclari, *Primi rilievi sulla formazione del governo Conte*, in *Osservatorioaic*, n. 2/2018, 21 luglio 2018.

¹¹⁷⁹ I. Ciolli, *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il Presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*, Napoli, 2018, pp. 104-105, ove ricorda che già A.A. Romano, *La formazione del governo*, Padova, 1977, p. 148-149, prevedeva il rifiuto presidenziale della nomina nel caso in cui l’incaricato o i ministri potessero arrecare grave pregiudizio alle istituzioni. Anche A. D’Andrea, *Commento all’art.92*, cit., p. 1784, richiama la lettera del 9 maggio 1994, inviata dal Presidente Scalfaro al *premier* Berlusconi in vista della formazione del nuovo governo, con cui indicava i criteri di costituzione del governo e segnalava le “caratteristiche politiche”, che avrebbero dovuto possedere i futuri ministri, con particolare riferimento a coloro che sarebbero stati chiamati a ricoprire il dicastero degli esteri e dell’interno. Tale lettera è pubblicata da M. Ainis e T. Martines (a cura di), *Piccolo codice costituzionale*, V ed., Milano, 2005, p. 311.

del ministro designato.

Se si considerino, però, il contesto in cui è maturato il *caso Savona*¹¹⁸⁰, le singolarità, per non dire le anomalie, nella formazione del governo Conte¹¹⁸¹, la inedita dichiarazione presidenziale del 27 maggio 2018 e l'evoluzione del ruolo del Capo dello Stato attraverso il prisma della giurisprudenza costituzionale, si possono trarre delle diverse conclusioni fino a sostenere che, se il Presidente Mattarella avesse accettato la nomina di Savona, “imposta con prepotenza e *pubblicamente* dalle forze politiche in via di formare la maggioranza”¹¹⁸², avrebbe inaugurato una pericolosa e pregiudizievole prassi negativa, destinata a valere anche per il futuro¹¹⁸³.

Per quanto attiene alla sequela degli avvenimenti, così come verificatisi nella formazione del governo Conte, la dottrina è concorde nel ritenere che il diniego presidenziale non possa essere valutato, senza tenere conto del contesto in cui è maturato e delle anomalie « giuridiche» legate al procedimento di formazione del governo Conte¹¹⁸⁴.

È stato puntualmente osservato che il rifiuto presidenziale di accettare la proposta di nomina di un ministro da parte del *premier* incaricato può essere motivato, oltre che dallo scopo di garantire il buon funzionamento della forma di governo parlamentare, anche dalla necessità di non ledere «uno specifico interesse costituzionale affidato alla cura ed alla vigilanza del Capo dello Stato»¹¹⁸⁵.

¹¹⁸⁰ V. il commento conclusivo di A. Pace, nel *Dibattito sul potere del Presidente della Repubblica di condizionamento della scelta dei ministri*, cit., p. 1019, ed, *ivi*, quello di G. Azzariti, per il quale “il giudizio sull’operato presidenziale [...] va valutato *entro il contesto dato*” (980).V. anche F. D’Onofrio, *Presidente della Repubblica ed evoluzione dei rapporti politici*, in *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, cit., p. 134, secondo cui “la scientificità dell’analisi [...] non può prescindere dal contesto politico entro il quale le disposizioni costituzionali operano”, nonché M. D’Amico, *Intervento*, al forum del Gruppo di Pisa su *L’intricata vicenda della formazione del governo Conte*, cit., p. 12, ed, *ivi*, C. Pinelli, *Intervento*, cit., p. 15 ss.

¹¹⁸¹ Le disfunzioni della legge elettorale 3 novembre 2017, n.165 (il c.d. *Rosatellum bis*), hanno fatto sì che un partito di una coalizione elettorale, che non aveva raggiunto la maggioranza dei seggi in entrambe le Camere, fosse costretto, dopo le elezioni, a sottoscrivere un accordo di coalizione (il c.d. *contratto di governo*) con forze politiche estranee alla coalizione e *diametralmente* opposte, previa nomina di un Presidente del Consiglio non eletto in parlamento nella persona del prof. Giuseppe Conte.

¹¹⁸² Così R. Bin, *A mente fredda*, cit.

¹¹⁸³ C. Pinelli, *Appunti*, cit., p. 404, in relazione al potere di nomina dei ministri, ricorda la nota del 12 gennaio 1954 del Presidente Luigi Einaudi: è “Dovere del Presidente della Repubblica evitare si pongano precedenti ai quali accada o sembri accadere che egli non trasmetta al suo successore, immuni da ogni incrinatura, le facoltà che la Costituzione gli attribuisce”.

¹¹⁸⁴ Così A. Spadaro, *L’evoluzione della forma di governo. Dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, in *Quad. cost.*, n. 1/2019, p. 77 ss., specie p. 91.

¹¹⁸⁵ E. Cheli, *Natura giuridica del potere di nomina dei Ministri*, in *Quad. cost.*, n. 3/2018, pp. 671- 673, che così prosegue. “Interesse che può investire, in particolare, la sfera della politica estera o della difesa o della giustizia, tutti campi dove il Capo dello Stato dispone per Costituzione di poteri connessi alla sua funzione di rappresentanza dell’unità nazionale”.

E qui cade acconcio il discorso sulla dichiarazione resa dal Presidente della Repubblica il 27 maggio 2018 a seguito del rifiuto del presidente Conte e della coalizione giallo-verde di modificare la compagine dei ministri, con conseguente rinuncia all'incarico da parte dello stesso Conte.

Con tale inusuale comunicazione, che costituisce un *unicum* nelle vicende costituzionali del nostro paese¹¹⁸⁶, il Presidente Mattarella ha inteso chiarire come si sia giunti alla mancata nomina di un Governo, che comunque godeva di una, seppur composita, maggioranza parlamentare, e le ragioni di merito del veto opposto alla designazione del ministro Savona, peraltro spostato nel successivamente insediato Governo Conte al dicastero delle Politiche Europee.

Il Capo dello Stato, pur attestando la sua stima nei confronti del prof. Savona, non nasconde le perplessità per essere quest'ultimo «sostenitore di una linea, più volte manifestata, che potrebbe provocare, probabilmente, o, addirittura, inevitabilmente, la fuoriuscita dell'Italia dall'euro», mettendo «in allarme gli investitori e i risparmiatori, italiani e stranieri», provocando «L'impennata dello spread «[...]», aumenta[ndo] il nostro debito pubblico e riduce[ndo] la possibilità di spesa dello Stato per nuovi interventi sociali», in modo da causare «perdite in borsa, [...] forti aumenti degli interessi per i mutui, e per i finanziamenti alle aziende».

In tal modo il Capo dello Stato chiarisce di aver inteso “sindacare l'effetto causale della nomina rispetto ad un evento (la fuoriuscita dell'Italia dall'euro), idoneo a provocare gravi turbative dell'equilibrio economico-finanziario, così come costituzionalmente sancito in relazione all'integrazione dell'ordinamento italiano con l'ordinamento euro unitario, con ricadute finali sui risparmi dei cittadini”¹¹⁸⁷.

Al tempo stesso, Il Presidente, nel legittimare il suo operato in difesa della Costituzione e degli interessi nazionali¹¹⁸⁸, rivendica il proprio «ruolo di garanzia che non ha mai subito, né può subire, imposizioni» e si richiama alla tutela costituzionale del risparmio¹¹⁸⁹, che

¹¹⁸⁶ A. Spadaro, *Dalla crisi istituzionale al governo Conte*, cit., p. 16, osserva come non è mai accaduto nella storia repubblicana che un governo, già fatto con il suo organigramma e programma, non sia nato per il dissenso opposto sul nome di un *singolo ministro* dal Presidente della Repubblica.

¹¹⁸⁷ Così R. Borrello, *Dibattito*, cit., in *Giur. cost.*, 2018, p. 987, che propende per il carattere *duumvirale* della nomina dei ministri.

¹¹⁸⁸ V. le ricorrenti espressioni presidenziali di non aver ostacolato il c.d. governo. del cambiamento «[...] nel rispetto delle regole della Costituzione» oppure «Nel fare queste affermazioni antepongo, a qualunque altro aspetto, la difesa della Costituzione e dell'interesse della nostra comunità nazionale».

¹¹⁸⁹ Nello *speech* del 27 maggio 2018 si legge: «è mio dovere, nello svolgere il compito di nomina dei ministri – che mi affida la Costituzione- essere attento alla tutela dei risparmi degli italiani». Il richiamo esplicito

comprende la stabilità economico-finanziaria del nostro paese, da tempo in grave crisi, e la conferma della nostra adesione alla Unione europea, di cui l'Italia «è un Paese fondatore» e «ne è protagonista»¹¹⁹⁰.

Significativa è, infine, la chiusura del messaggio nella parte in cui il Presidente, nel timore di invadere l'indirizzo politico riservato al circuito fiduciario Governo-Parlamento, non contesta l'eventuale uscita dall'euro, ma suggerisce che «se si vuole discuterne lo si deve fare apertamente e con un serio approfondimento. Anche perché si tratta di un tema che non è stato in primo piano durante la recente campagna elettorale».

Con tale chiusa sembra quasi che il Capo dello Stato, nel rivendicare le proprie attribuzioni, voglia richiamare la centralità del Parlamento, a cui deve essere rimessa ogni decisione in relazione alla collocazione internazionale e comunitaria del paese.

L'orientamento euroscettico del prof. Savona ed il suo paventato adoperarsi per l'uscita dall'euro, non contemplata dal c.d. contratto di governo¹¹⁹¹, sulla cui base era stato conferito con riserva il primo incarico al prof. Conte, costituiscono le motivazioni dell'iniziale rifiuto presidenziale¹¹⁹², così come dallo stesso Presidente Mattarella *apertis verbis* esplicitate.

Quindi, in estrema sintesi, la stella polare, che ha guidato nel caso in esame l'azione presidenziale, è stata la necessità di anteporre alle valutazioni politiche la «difesa della Costituzione e dell'interesse della comunità nazionale».

5. Osservazioni conclusive.

all'art.47 Cost. è al tempo stesso inadeguato, in quanto la tutela del risparmio dovrebbe costituire il fine del diniego e non la sua ragione, ed insufficiente, trovando spazio nel caso in esame anche gli artt.11 e 117, c. 1 (rispetto degli obblighi internazionali e dei vincoli comunitari), e gli artt.81 e 119 Cost. (equilibrio di bilancio e vincoli economico-finanziari derivanti dall'adesione all'UE). V. in proposito A. Spadaro, *Dalla crisi istituzionale al governo Conte*, cit., p. 19.

¹¹⁹⁰ Secondo lo stesso A. Spadaro, *Op. ult. cit.*, p. 20, il processo di integrazione europeo, “di cui l'euro (almeno per 19 Paesi su 27) è fattore decisamente determinante”, rientrerebbe “fra i *principi inviolabili* che nemmeno la revisione costituzionale ormai può rimettere in discussione, caratterizzando nettamente la nostra forma di Stato”.

¹¹⁹¹ È l'accordo politico alla base della nascita del governo guidato dal *premier* Giuseppe Conte. I leader del Movimento Cinque Stelle e della Lega, On.li Luigi Di Maio e Matteo Salvini, hanno firmato un documento di 57 pagine per fissare gli obiettivi – riforme e progetti presi dai programmi di ognuno dei due partiti - che l'esecutivo si proponeva di raggiungere nei cinque anni della legislatura.

¹¹⁹² Paradossalmente rientrato nel successivo governo Conte con lo spostamento del prof. Savona al ministero senza portafoglio delle Politiche Europee.

Alla luce di tali osservazioni si può, allora, ritenere che il Presidente della Repubblica nella vicenda Savona non abbia esorbitato dalle sue funzioni, né, tanto meno, abbia compiuto un'inammissibile invasione nel campo dei poteri del Presidente del consiglio dei ministri. Se, infatti, ci si rifà al modello interpretativo basato sul binomio *indirizzo politico di governo/attività presidenziale di garanzia*¹¹⁹³, risulta evidente che la condotta presidenziale, seppur *borderline*, è “semplicemente una conseguenza della norma che lo qualifica organo che rappresenta ‘l’unità nazionale’”¹¹⁹⁴.

Come tale, egli non ha sconfinato dalle sue prerogative, avendo ritenuto di agire per evitare un rischio per l'interesse costituzionale relativo alla sfera dell'unità nazionale, compromessa da un'eventuale fuoriuscita dell'Italia dall'euro.

Tali argomenti, considerati *singulatim*, ed ancor più se considerati tutti insieme in uno sguardo complessivo, depongono nel senso di ritenere che il Capo dello Stato nella vicenda in esame non abbia travalicato le sue funzioni di garante della Costituzione.

Su tutto, poi, prevale il formante giurisprudenziale, che conferma, ove mai ve ne fosse bisogno, come il Presidente Mattarella «nel caso Savona» si sia mantenuto entro i confini, seppur estremi, del perimetro delle funzioni presidenziali.

Come puntualmente rilevato, “la sentenza n.1/2013 e prima ancora la sent. n.200/2006 hanno dimostrato al di là di ogni dubbio l'esistenza di un trend verso la protezione di una

¹¹⁹³ La scissione tra organi di *indirizzo politico di governo* e organi di *garanzia* venne recepita, tra gli altri, anche da V. Crisafulli, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in *Jus*, 1958, ora in *Id.*, *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, p. 147 ss. Critica tale distinzione O. Chessa, *Il ruolo presidenziale. La distinzione tra funzioni di garanzia e funzioni di indirizzo politico*, in A. Ruggeri (a cura di), *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, Atti del convegno di Messina-Siracusa del 19-20 novembre 2010, Torino, 2011, 315 ss., nonché in *Id.*, *Il Presidente della Repubblica parlamentare*, cit., p. 85 ss., secondo cui solo riconoscendo al Capo dello Stato un ruolo di indirizzo politico potrà consentirsi un suo veto politico alle scelte di indirizzo del governo, p. 53. *Contra*, M. Cavino, *L'irresponsabilità del Capo dello Stato nelle esperienze italiana (1948-2008) e francese (1958-2008)*, Milano, 2008, p. 256, che rinviene nel Presidente della Repubblica una *funzione politica di garanzia costituzionale*: “la innegabile politicità connessa all'esercizio dei poteri del Capo dello Stato non deve necessariamente essere attratta nell'ambito dell'indirizzo politico di governo, potendo ancora essere collocata in quello delle garanzie costituzionali”.

¹¹⁹⁴ A. Morrone, *Governo di cambiamento*, in *federalismi.it*, n.12/2018, pp. 7-8, che così prosegue: “la funzione rappresentativa non può ridursi a una situazione statica di mera identificazione tra l'organo e un'asfittica unità nazionale, ma implica una dinamica e continua azione di custodia di beni fondamentali [...] spetta all'inquilino del Colle più alto indicare la strada, perché il fine giustifica il mezzo, la *salus rei publicae* è ciò che impone e, al contempo, deve permettere la selezione degli strumenti più adeguati allo scopo”. V. anche L. Ventura, *Il rappresentante dell'unità nazionale*, in *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, cit., p. 477 ss., per il quale i poteri di veto presidenziali “si configurano come manifestazioni di quella funzione di garanzia della Costituzione, e dell'assetto istituzionale da essa introdotto, che nasce direttamente dalla rappresentanza dell'unità nazionale, la quale, a sua volta, indica implicitamente lo scopo per cui vanno esercitati i poteri del Presidente”.

sfera di attribuzioni presidenziali ben più larga di quanto si potesse immaginare in precedenza ed in sostanza verso una trasfigurazione del ruolo del Presidente della Repubblica, almeno quanto al tipo di equilibrio costituzionale che gli si può o deve permettere di perseguire”¹¹⁹⁵.

Se il Capo dello Stato viene riconosciuto quale «organo super partes, ‘rappresentante dell’unità nazionale’»¹¹⁹⁶ dalla sentenza n. 200/2006, allo stesso vanno attribuiti non solo il potere di concedere la grazia, ma anche quel continuo ed ininterrotto *enlargement of powers* presidenziali, che è maturato in virtù di prassi e convenzioni, se non in via di consuetudini, costituzionali in oltre settanta anni di vita repubblicana.

Prendendo a prestito il *dictum* della sentenza n.1/2013, si può affermare che «per svolgere efficacemente il proprio ruolo di garante dell’equilibrio costituzionale e di “magistratura di influenza” il Presidente deve tessere costantemente una rete di raccordi allo scopo di armonizzare eventuali posizioni in conflitto ed asprezze polemiche, indicare ai vari titolari di organi costituzionali i principi in base ai quali possono e devono essere ricercate soluzioni il più possibile condivise dei diversi problemi che via via si pongono»¹¹⁹⁷.

E nei principi custoditi dal Capo dello Stato quale presidio dell’unità nazionale rientrano tutti gli interessi del paese, compresa la collocazione internazionale ed europea dell’Italia, che costituisce «un valore portante dell’unità nazionale e, dal punto di vista del Capo dello Stato, un bene da preservare, anche contro il principio di maggioranza politica»¹¹⁹⁸, che si è venuta a formare con il governo Conte.

Se la stessa Corte costituzionale attribuisce al Capo dello Stato il ruolo di «rappresentante dell’unità nazionale» (sentenza n. 200/2006), «non soltanto nel senso dell’unità territoriale dello Stato, ma anche, e soprattutto, nel senso della coesione e dell’armonico funzionamento dei poteri, politici e di garanzia, che compongono l’assetto costituzionale della Repubblica», esaltando il suo ruolo di «garante dell’equilibrio costituzionale e di “magistratura di influenza”» (sentenza n.1/2013)¹¹⁹⁹, non si può negare la preminenza della funzione di garanzia presidenziale rispetto alle funzioni di indirizzo e direzione politica¹²⁰⁰,

¹¹⁹⁵ G.F. Ferrari, *Dibattito*, cit., in *Giur. cost.*, 2018, p. 1001.

¹¹⁹⁶ Punto 7.1 del Cons. dir. della sentenza n. 200/2006.

¹¹⁹⁷ Così l’ *incipit* del punto 8.3 del Cons. dir. della sentenza n. 1/2013.

¹¹⁹⁸ A. Morrone, *Governo di cambiamento*, cit., p. 9.

¹¹⁹⁹ Corte cost., sentenza n. 1/2013, cons. diritto p.ti 8.2 e 8.3.

¹²⁰⁰ Il rilievo, seppur in forma critica, è di G. Scaccia, *Il ruolo del Presidente della Repubblica dopo la sentenza della Corte costituzionale n.1 del 2013*, in L. Violini (a cura di), *Il ruolo del Capo dello Stato nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 39 ss., in part. p. 50.

espresse dal presidente del Consiglio incaricato mediante l'indicazione dei ministri che andranno a formare il nuovo governo.

Se l'operato presidenziale si colloca nel perimetro delle funzioni di garanzia dell'ordinamento costituzionale, seppur in relazione alla posizione comunitaria dell'Italia, esso non può rappresentare una invasione della sfera di indirizzo politico del governo, ma va considerato quale manifestazione del progressivo ampliamento del ruolo del Capo dello Stato.

In definitiva, si può ritenere legittimo l'operato del Presidente della Repubblica di impedire la nomina di un ministro non solo per ragioni ostative personali, ma anche quando rilevino esigenze “di integrità del sistema dei valori costituzionali e di coerenza e adeguatezza ad essi delle politiche costituzionali, per come egli li considera nella (sua) posizione di rappresentante e di garante dell'unità nazionale”¹²⁰¹, non potendosi esporre a rischi gli interessi preminenti del paese.

Abstract: Questo studio, prendendo spunto dalle vicende della nomina del ministro Savona nel primo governo Conte, esamina i poteri del Presidente della Repubblica nel procedimento di formazione del governo. Secondo l'autore, tali poteri, come conformati dalla prassi e dalle convenzioni costituzionali, si rivelano pienamente compatibili con la forma di governo parlamentare italiano.

Abstract: The appointment of minister Savona in the first government Conte suggests to examine the process of presidential powers by appointing the Prime Minister and his government. According the author, the presidential prerogative turns out to be fully compatible with the Italian form of parliamentary government.

Parole chiave: Presidente della Repubblica – Presidente del Consiglio dei ministri – formazione del governo – nomina dei ministri.

¹²⁰¹ S. Staiano, *La forma di governo nella Costituzione come norma e come processo*, in *Il governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, Bologna, a cura di F. Musella, 2019, 29 ss., in part. p. 63: “Sono stati, invero, frequenti, nell'esperienza repubblicana, casi in cui il presidente della Repubblica ha rifiutato la nomina di singoli ministri, ottenendo designazioni alternative [...] Se, nel caso più recente, tale costume di discrezione è stato dismesso, è perché i partiti aspiranti a dar vita al governo hanno ritenuto di disattendere la convenzione nel disaccordo dell'altro formante e, per farlo, hanno tentato di forzare la volontà qualificando, con la massima pubblicità, il suo comportamento come ‘un abuso spinto oltre la soglia dell'eversione’”.

Key words: President of Republic – Prime minister – Appointment of the government – Appointment of ministers.

SISTEMA PARLAMENTARIO Y MOCION DE CENSURA: EL CASO ESPAÑOL*.

di María José Carazo Liébana**

Sommario. 1. Moción de censura en España. – 2. Sistema parlamentario en España: periodo de estabilidad desde 1982 a 2015. – 2.1. Notas a destacar desde la instauración de la democracia hasta 2015. – 2.2. Investidura y disolución anticipada de las cámaras. – 2.3. Mociones de censura. – 3. El parlamentarismo español a partir del año 2015. – 3.1. Problemas de gobernabilidad. – 3.2. Mociones de censura desde el año 2015. – 4. Reflexiones.

596

1. Moción de censura en España.

Aunque la moción de censura constructiva es una excepción en Derecho comparado, salvo Alemania, ésta fue aceptada sin discusión en la Constitución Española de 1978. El temor por la inestabilidad de un país con un sistema de partidos aun no bien asentado, el recuerdo tan presente de la Dictadura de Franco, así como el prestigio de la Ley Fundamental de Bonn y la estabilidad que con ella había ganado la República Federal alemana, abanderaron su plasmación constitucional.

La moción de censura se configura en el Ordenamiento Jurídico español como un procedimiento de exigencia de responsabilidad al Gobierno que se realiza en una de las Cámaras legislativas, el Congreso de los Diputados. La razón por la que se reside en la misma es porque el Congreso de los Diputados es el que, a través del mecanismo del art. 99 de la Constitución¹²⁰², otorga el voto de investidura al Presidente del Gobierno. Parece

* *Sottoposto a referaggio*. Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D+I del Plan Nacional: Las entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en clave nacional y europea (DER2016-74843-C3-1-R). Investigadora principal: D^a Eloisa Carbonell Porras.

** Profesora titular de Derecho constitucional – Universidad de Jaén.

¹²⁰² “1. Después de cada renovación del Congreso de los Diputados, y en los demás supuestos constitucionales en que así proceda, el Rey, previa consulta con los representantes designados por los Grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del Presidente del Congreso, propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno. 2. El candidato propuesto conforme a lo previsto en el apartado anterior expondrá ante el Congreso de los Diputados el programa político del Gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Cámara. 3. Si el Congreso de los Diputados, por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, otorgare su confianza a dicho candidato, el Rey le nombrará Presidente. De no alcanzarse dicha mayoría, se someterá la misma propuesta a nueva votación cuarenta y ocho horas después de la anterior, y la confianza

lógico que sea idéntica cámara legislativa la que posibilite tanto el otorgamiento de confianza como su retirada. La moción de censura se configura así como un mecanismo del sistema parlamentario basado en la relación de *fiducia* o confianza entre el Gobierno y el Parlamento. El Gobierno lo es porque cuenta con el respaldo del Parlamento. Deja de serlo en el momento en que desaparece esa relación fiduciaria entre el Parlamento y el Gobierno.

La Constitución española prevé el procedimiento específico de la moción de censura constructiva. Como características de este procedimiento podríamos señalar los que siguen:

a) La moción de censura tiene lugar en el Congreso de los Diputados (ya lo hemos señalado más arriba).

b) La moción de censura tiene una doble perspectiva. Por un lado, supone la retirada de la confianza del Gobierno por parte del Legislativo y, por otra, implica que el Congreso de los Diputados otorga confianza a otro candidato. Ello significa que no tiene como misión únicamente destituir al Gobierno sino que su objeto también es dar la confianza a un nuevo Presidente del Gobierno. El modelo es similar al seguido en el art. 67 de la Ley Fundamental de Bonn¹²⁰³ y obedece al deseo de los constituyentes europeos, tras la Segunda Guerra Mundial, de establecer mecanismos racionalizados de control de los órganos ejecutivos por el legislativo¹²⁰⁴. Tiene su origen en la República de Weimar¹²⁰⁵. Destacan las interpretaciones que se hicieron en relación al art. 54 de la Constitución de *Reich* sobre la necesidad de que para el desempeño de sus funciones, tanto el Canciller como los Ministros, tuvieran que contar con la confianza del *Reichstag* ordenando su dimisión cuando la cámara les retirase tal confianza. La inestabilidad política provocó que Ernst Fraenkel formulase una propuesta de reforma constitucional para reivindicar la

se entenderá otorgada si obtuviere la mayoría simple. 4. Si efectuadas las citadas votaciones no se otorgare la confianza para la investidura, se tramitarán sucesivas propuestas en la forma prevista en los apartados anteriores. 5. Si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiere obtenido la confianza del Congreso, el Rey disolverá ambas Cámaras y convocará nuevas elecciones con el refrendo del Presidente del Congreso”.

¹²⁰³ “1.- El Bundestag sólo podrá plantear una moción de censura frente al Canciller Federal si elige por mayoría de sus miembros a un sucesor y solicita del Presidente Federal el relevo del Canciller Federal. El Presidente Federal deberá acceder a esta solicitud nombrando a quien resulte elegido. 2.- Entre la moción y la votación deberán transcurrir cuarenta y ocho horas”.

¹²⁰⁴ Vid., M.I. Álvarez Velez, *Relaciones entre Cortes Generales y Gobierno: sobre la investidura del Presidente del Gobierno y los mecanismos de exigencia de responsabilidad política (1978-2016)*, *Revista de Derecho Público*, n. 101, 2018, p. 215 ss.

¹²⁰⁵ Vid., F. Simon Yarza, *La moción de censura: ¿constructiva u “obstructiva”*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 103, 2015, p. 87 ss.

moción de censura constructiva. Concluida la Segunda Guerra Mundial la regulación de ésta contaba con un apoyo importante. El art. 67 de la Ley Fundamental de Bonn prevé que *“el Bundestag sólo podrá expresar su desconfianza al Canciller Federal eligiendo a un sucesor por mayoría de sus miembros y solicitando del Presidente Federal el cese del Canciller Federal”*.

c) En cuanto al procedimiento de la moción de censura éste se regula tanto en el art. 113 de la Constitución como en los artículos 175 a 179 del Reglamento del Congreso de los Diputados. La iniciativa debe ser planteada como mínimo por la décima parte de los diputados y debe incluir un candidato a la presidencia del Gobierno. El número de diputados es trescientos cincuenta, el mínimo de diputados que pueden suscribir la moción de censura es treinta y cinco. En cuanto al procedimiento, la Constitución prevé que no puede votarse hasta que haya transcurrido como mínimo cinco días desde su presentación con la indicación que en los dos primeros días pueden presentarse mociones alternativas. La votación favorable requiere la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados. Si se procede a su aprobación, el candidato a la presidencia del gobierno incluido en la moción de censura será investido de la confianza de la cámara a los efectos del art. 99 de la Constitución (en adelante CE). En el caso de que no se gane la moción de censura, sus firmantes no podrán presentar otra en el mismo periodo de sesiones.

No se excluye su presentación dentro de los estados excepcionales del art. 116 de la CE¹²⁰⁶. Al tratarse de una moción que pretende provocar el cese del gobierno parece lógico entender que no cabe su presentación frente a un gobierno en funciones (art. 101.2 CE) pues no cabe cesar al Gobierno ya cesado. No se requiere que el candidato de la moción de censura sea diputado o senador aunque sí se exige que conste de forma fehaciente su aceptación. La admisión a trámite de la moción de censura por parte de la Mesa del Congreso tiene como efecto inmediato, de acuerdo con el art. 113.2 de la CE, que el Presidente del Gobierno no podrá proponer al Rey la disolución del Congreso, el Senado o ambas Cámaras.

El Reglamento del Congreso establece que el candidato podrá exponer su programa de gobierno¹²⁰⁷. Debe predominar, a nuestro juicio, el aspecto de investidura frente al aspecto

¹²⁰⁶ Estados de Alarma, Excepción y Sitio.

¹²⁰⁷ Art. 177 Reglamento del Congreso “1. El debate se iniciará por la defensa de la moción de censura que sin limitación de tiempo, efectúe uno de los Diputados firmantes de la misma. A continuación y también sin

de censura de la moción. De hecho, el Reglamento prevé la intervención de los grupos parlamentarios que lo soliciten y los turnos de réplica por parte de los intervinientes, pero no establece como necesaria la intervención del Presidente del Gobierno objeto de la moción de censura. Así pues, el debate no lo es entre el Presidente del Gobierno censurado y los grupos parlamentarios que soliciten intervenir, sino que lo es entre el proponente a Presidente del Gobierno en la moción de censura y los representantes de los grupos parlamentarios. Como se observa, el procedimiento de la moción de censura es muy similar al de la investidura del presidente del art. 99 de la Constitución con la diferencia de que en este último caso la propuesta del candidato es de origen real y en el primero es parlamentaria. Entendemos que el candidato debe ofrecer a la cámara toda la información relativa a su programa de gobierno. Éste es el espíritu de la Constitución en consonancia con la investidura parlamentaria del art. 99. No es razonable, desde este punto de vista, que el candidato no presente su programa de gobierno dado el carácter “*constructivo de la moción*”¹²⁰⁸.

limitación de tiempo, podrá intervenir el candidato propuesto en la moción para la Presidencia del Gobierno, a efectos de exponer el programa político del Gobierno que pretende formar.

2. Tras la interrupción decretada por la Presidencia, podrá intervenir un representante de cada uno de los Grupos Parlamentarios de la Cámara que lo solicite, por tiempo de treinta minutos. Todos los intervinientes tienen derecho a un turno de réplica o rectificación de diez minutos”.

3. Si se hubiere presentado más de una moción de censura, el Presidente de la Cámara, oída la Junta de Portavoces, podrá acordar el debate conjunto de todas las incluidas en el orden del día, pero habrán de ser puestas a votación por separado, siguiendo el orden de su presentación.

4. La moción o mociones de censura serán sometidas a votación a la hora que previamente haya sido anunciada por la Presidencia y que no podrá ser anterior al transcurso de cinco días desde la presentación de la primera en el Registro General.

5. La aprobación de una moción de censura requerirá, en todo caso, el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.

6. Si se aprobase una moción de censura, no se someterán a votación las restantes que se hubieren presentado”.

¹²⁰⁸ Sobre la moción de censura, *vid.*, L. López Guerra, *Moción de Censura*, en *temas Básicos de Derecho Constitucional, Tomo II, Organización del Estado*, Cívitas, 2001, 184 ss; J.F. López Aguilar, *Artículos 113 y 114, Comentarios a la Constitución española. Libro Homenaje a Luis López Guerra (Tomo II)*, Dir. Pablo Pérez Tremps y Alejandro Saiz Arnaiz, Valencia, 2018, p. 1615 ss.

2. Sistema parlamentario en España: periodo de estabilidad desde 1982 a 2015.¹²⁰⁹

Fue el periodo más fructífero y de más desarrollo económico y social de la historia española. El sistema democrático avanzó muchísimo en estos años, mucho más que los países de nuestro entorno. La gobernabilidad fue una de las señas de identidad de la política española postconstitucional, con la única salvedad de su periodo inicial cuando Adolfo Suárez hubo de pagar el precio de la autodestrucción de su partido (UCD) a cambio de asumir la difícil tarea de la transición. Otro aspecto interesante fue el bipartidismo. Las elecciones generales de 1982 marcaron el inicio de la recomposición del sistema de partidos español que ha dominado nuestra vida política y parlamentaria hasta bien entrado el siglo XXI. El bipartidismo imperfecto que se inició en 1982 se caracterizó por lo siguiente:

a) Existencia de dos grandes partidos estatales (Partido Socialista Obrero Español (PSOE)/Partido Popular (PP)). El PSOE cuenta con mayoría absoluta en las elecciones 1982, 1986 y de hecho en las de 1989¹²¹⁰. En las elecciones de 1993 se reduce la distancia entre el PSOE Y PP y en las elecciones 1996 gana el PP. En 1999 gana el PP con mayoría absoluta. Después hay dos mayorías relativas del PSOE en las elecciones de 2004 y 2008 y una nueva mayoría absoluta del PP en 2011.

b) Junto a los dos grandes partidos de ámbito nacional han existidos pequeños partidos de ámbito estatal que han influido de manera muy pobre en el funcionamiento de nuestro parlamentarismo: el Partido Comunista de España (PCE) después Izquierda Unida (IU), Centro Democrático y Social (CDS) y Unión de Progreso y Democracia (UPD)

c) Los auténticos partidos bisagra han sido los nacionalistas catalanes, Convergencia i Unio (CiU) y nacionalistas vascos, Partido Nacionalista Vasco (PNV). Se trataba de un nacionalismo moderado, que se convirtieron en grupos de presión en los que a cambio de apoyo parlamentario se obtenían contrapartidas políticas (más poder y más competencias) y económicas (inversiones y mejor financiación) a favor de sus respectivos territorios autónomos. Todo ello provocaría después un gran problema en nuestro proceso de

¹²⁰⁹ Vid., R.L. Balco Valdés, *El año que vivimos peligrosamente: del bipartidismo imperfecto a la perfecta ingobernabilidad*, *Revista española de Derecho Constitucional*, n. 109, p. 63 ss.

¹²¹⁰ Con un total de 175 diputados contó con la ausencia en la Cámara de los cuatro representantes de Herri Batasuna (HB).

descentralización territorial.

El sistema electoral español ha sido positivo para la estabilidad gubernamental por favorecer a los partidos mayoritarios. El número de escaños en el Congreso es trescientos cincuenta, aunque el art. 68 de la Constitución dice que serán entre trescientos y cuatrocientos. La circunscripción electoral es la provincia para los comicios generales y autonómicos. La Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio de Régimen Electoral (LOREG) mantiene en dos el número de escaños iniciales para cada provincia en el Congreso de los Diputados. Ello da lugar a que las provincias con menos población estén sobrerrepresentadas y, al contrario, las provincias más pobladas están infrarrepresentadas. De esta forma, doscientos cuarenta y ocho de los trescientos cincuenta escaños están ya asignados en función a la distribución interprovincial. Los casos extremos son las provincias de Soria y Barcelona. La conclusión es que en la mayor parte de las circunscripciones electorales tienen una notable ventaja los partidos que han ocupado la primera y segunda posición en el número de votos, con una gran dificultad para las restantes formaciones políticas de obtener representación parlamentaria. Treinta y tres provincias tienen seis o menos diputados asignados lo que afecta de manera sustancial a la proporcionalidad. Por el contrario, cuanto mayor sea la circunscripción mayor es la proporcionalidad. Todo ello ha facilitado el bipartidismo corregido por partidos nacionalistas. De esta forma, cuando uno de los grandes partidos PSOE o PP no obtenían la mayoría suficiente para gobernar le bastaba con buscar el apoyo con partidos nacionalistas. Y es precisamente el sistema electoral y la preponderancia de los partidos nacionalistas para fomentar el bipartidismo imperfecto al que antes hacíamos referencia, el que ha condicionado la auténtica asimetría del modelo territorial español. Que no es otro que la preponderancia de los partidos nacionalistas. Por todo ello el verdadero hecho diferencial español deriva de un hecho político y no jurídico. Deriva de las fuerzas nacionalistas con importante apoyo popular en determinados territorios del Estado y que ha tenido un tratamiento privilegiado respecto a otros territorios¹²¹¹ A ello hay que subrayar el sistema de atribución de escaños en las Cortes Generales a través del sistema D'hondt que ha favorecido la presencia de estos partidos nacionalistas cuyo voto quedaba concentrado en unas pocas circunscripciones electorales, lo que ha provocado su sobrerrepresentación en relación a otros partidos que, con el mismo número de votos, no

¹²¹¹ Vid. R.L., Blanco Valdes, *El laberinto territorial español*, Alianza Editorial, Madrid, 2014, p. 248.

tuvieran su voto concentrado. De hecho, la Ley electoral ha dado muchos problemas de representación. Creemos que es el momento de abordar la reforma. Para ello no habría que cambiar la Constitución por lo que bastaría con una reforma de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General que estableciera un sistema proporcional de atribución de escaños, tal como dice la Constitución pero sin la injusticia que provoca el sistema actual. El cambio, podría ir por ampliar el número de escaños del Congreso y elevarlo a cuatrocientos diputados y adjudicar los cincuenta restantes a los partidos que obtuvieran mayores cocientes. Se trataría de un sistema que diera una mayor homogeneidad al sistema y en el que el valor de cada voto fuera relativamente similar en todos los territorios.

2.2. Investidura y disolución anticipadas de las Cámaras.

1. *En relación a la investidura del Presidente*

En las diez Elecciones Generales celebradas en este periodo, el resultado, en relación a las mayorías necesarias para la investidura del Presidente, es el que sigue:

Procesos de investidura	Mayoría Absoluta del partido más votado	Casi mayoría Absoluta del partido más votado	Mayoría simple del partido más votado
1979		UCD	
1981(no hubo elecciones previas por la renuncia de A. Suarez)			UCD
1982	PSOE		
1986	PSOE		
1989	PSOE (De facto)		
1993			PSOE
1996			PP
2000	PP		
2004		PSOE	
2008		PSOE	
2011	PP		

Sólo en 1981 (para elegir al Presidente Leopoldo Calvo Sotelo¹²¹²) y en 2008 (para elegir a Rodríguez Zapatero) se produjo la investidura por mayoría simple.

Prácticamente todos los presidentes han agotado sus mandatos. España, desde 1982 a 2015, sólo ha tenido cuatro Presidentes del Gobierno (Gonzalez¹²¹³, Aznar¹²¹⁴, Rodriguez Zapatero¹²¹⁵ y Rajoy)

2. En relación a la disolución anticipada de las Cámaras

A salvo de pequeños adelantos de comicios para ajustar el calendario electoral, prácticamente todos agotaron sus legislaturas con algunas matizaciones:

I Legislatura¹²¹⁶ (1979): se vio alterada por la dimisión de A. Suárez, el fallido Golpe de Estado de 23 de febrero de 1981 y la crisis de la UCD¹²¹⁷ que hizo insostenible el gobierno de Calvo Sotelo.

III Legislatura¹²¹⁸ (1986). Fue disuelta anticipadamente, pero esta disolución nada tuvo que ver con la solidez de la mayoría parlamentaria pues el Presidente del Gobierno contaba con la mayoría absoluta del Parlamento, sino con la situación derivada del referéndum sobre la permanencia de España en la OTAN el 12 de marzo de 1986¹²¹⁹

V Legislatura¹²²⁰ (1993). Fue la única en que la disolución se debió a un genuino problema

¹²¹² Fue Presidente del Gobierno desde el 26 de febrero de 1981 a 2 de diciembre de 1982

¹²¹³ Tras obtener el PSOE la mayoría absoluta en las elecciones de 1982, fue investido presidente del Gobierno. Su mandato de trece años y medio fue el período más largo de un jefe de Gobierno de la democracia en España.

¹²¹⁴ En su primer mandato (1996-2000), al no haber obtenido la mayoría absoluta, el PP tuvo que recurrir al apoyo de los nacionalistas catalanes de CiU para gobernar. En su segundo mandato (2000-2004) no tuvo necesidad de pactos al haber obtenido la mayoría absoluta en las elecciones generales de marzo de 2000.

¹²¹⁵ Durante su primera legislatura (marzo 2004- marzo 2011), el favorito en todas las encuestas era el candidato del PP y sucesor de Aznar, Mariano Rajoy. No obstante, tres días antes de las elecciones generales del 14 de marzo de 2004, comandos terroristas islamistas cometen el atentado más brutal sufrido en toda Europa matando a 192 personas tras hacer estallar varias mochilas con bombas en tres estaciones de trenes de cercanía de Madrid. La mala gestión de la situación por parte del Gobierno de Aznar, provoca una reacción adversa de la ciudadanía y el PP pierde las elecciones. Rodríguez Zapatero es elegido presidente del Gobierno de España aunque sin mayoría absoluta lo que le obligó a buscar socios parlamentarios. Eligió a los grupos de izquierda, IU-IC y ERC. La segunda legislatura (marzo 2008- noviembre de 2011) el PSOE aumenta su representación pero no logra tampoco la mayoría absoluta ya que se queda en 169 escaños frente a 154 del PP de Mariano Rajoy. Información extraída en <https://www.diariocritico.com/noticia/401500/nacional/las-dos-legislaturas-de-zapatero:-la-del-talante-y-la-del-desplome-de-espana.html>

¹²¹⁶ Comenzó el 23 de marzo de 1979 y terminó el 31 de agosto de 1982

¹²¹⁷ Las críticas internas en un partido que había nacido de forma artificial fueron minando poco a poco la posición de Suárez, a menudo enfrentado con miembros de su propio partido.

¹²¹⁸ Comenzó el 15 de julio de 1986 y terminó el 2 de septiembre de 1989

¹²¹⁹ Uno de los motivos por los que este referéndum resultó polémico fue el hecho de que el PSOE se había manifestado en contra del ingreso en la OTAN antes de entrar en el Gobierno. En el referéndum propuso el sí a la permanencia.

¹²²⁰ Comenzó el 29 de junio de 1993. Las Cortes Generales se disolvieron el 9 de enero de 1996

de falta de apoyos parlamentarios. Felipe González fue elegido en julio de 1993 presidente del Gobierno por cuarta vez con una mayoría de 181 votos fruto de la suma de 159 diputados socialistas, 17 de CiU y 5 del PNV.

CiU decidió retirar el apoyo parlamentario al gobierno que se manifestó con el rechazo al proyecto de ley de Presupuestos a finales de 1996. El Presidente, cercado además por los escándalos de corrupción, el caso de los GAL¹²²¹ y la crisis económica, pusieron fin a la legislatura.

2.3. Mociones de censura.

La primera moción de censura de nuestra historia fue la que se realizó al Presidente Adolfo Suárez. Se presentó por los grupos parlamentarios socialistas del Congreso, socialistas de Catalunya y Socialistas Vascos. Se suscribió por treinta y seis diputados e incluía como candidato a la presidencia del Gobierno a Felipe González. La justificación de esta moción de censura se basó en *“la grave crisis por la que atraviesa la sociedad española, en la construcción del estado democrático y de las autonomías, en la seguridad ciudadana y en el ejercicio de las libertades fundamentales, en la situación social de paro e inflación, en la falta de definición en nuestro papel en el mundo y en el distanciamiento y desconfianza que estos graves problemas producen en la ciudadanía”* así como por *“incapacidad del Presidente Suárez y de su gobierno para dirigir los destinos de la nación española”*. En realidad la finalidad que se perseguía no era tanto sustituir al Presidente del Gobierno como desgastarlo y se consiguió dado que ello forzó al presidente Suárez a presentar poco después una cuestión de confianza por su debilitación ante la opinión pública¹²²².

La segunda moción de censura se presenta en marzo de 1987 contra el Gobierno de Felipe González e incluía como candidato a la presidencia al senador Antonio Hernández Mancha. Fue firmada por 51 diputados del Grupo Popular. Como causas se alegaba el mal

¹²²¹ Los Grupos Antiterroristas de Liberación (GAL) fueron agrupaciones parapoliciales que practicaron lo que se ha denominado terrorismo de Estado o «guerra sucia» contra ETA y su entorno. Durante el proceso judicial contra esta organización fue probado que estaban financiada por altos funcionarios del Ministerio del Interior entre 1983 y 1987, información extraída de https://es.wikipedia.org/wiki/Grupos_Antiterroristas_de_Liberaci%C3%B3n

¹²²² Vid. E. Virgala Foruria, *La moción de censura en la Constitución de 1978 (y en la historia del parlamentarismo español)*, Madrid, 1988, p. 115 ss.

funcionamiento de los servicios públicos, la ineficaz gestión económica errática política exterior y de defensa etc. Si en la moción de censura de 1980 el debate se centró en el programa de gobierno del candidato alternativo, no ocurrió así en el debate de esta moción de censura que se centró en la crítica al gobierno, ignorándose tanto al candidato como a su programa de gobierno. No sólo no desgastó al gobierno sino que lo reforzó. Es por esta razón que para todos los analistas se entendió que la moción fue un estrepitoso fracaso¹²²³.

Candidato a Presidente del Gobierno	Año	Causas
Felipe González	mayo 1980	Felipe Gonzalez perseguía contribuir al desgaste del gobierno de la UCD
Hernández Mancha (PP)	marzo 1987	Perseguía el desgaste del presidente Gonzalez pero fue un auténtico fracaso

3. El Parlamentarismo español a parti del año 2015.

La crisis económica¹²²⁴ comienza a finales del 2007 y principios del 2008. El profundo malestar social que ello generó se cataliza en el movimiento del 15-M y, a su vez, ese movimiento de “indignados” se reivindica en una nueva fuerza política “Podemos” hoy llamada “Unidas Podemos” que se registra como partido el 11 de marzo del 2014. En poco tiempo consigue un espectacular resultado electoral en las elecciones europeas de 25 de mayo de 2014¹²²⁵. Hay una grave percepción social sobre el aumento de la corrupción de los partidos tradicionales que es usado por los nuevos partidos *Podemos* y *Ciudadanos* a la hora de lanzar su discurso y propuestas. Desaparece el bipartidismo:

¹²²³ Vid., I. Alvarez Velze, *op.cit.*, p. 233.

¹²²⁴ Una de las principales consecuencias que durante el año 2008 tuvo sobre la economía española fue un fuerte crecimiento del desempleo (un gran número de empresas presentaron expedientes de regulación de empleo). El sector de la construcción fue uno de los más perjudicados por la crisis debido al fin del “boom” inmobiliario y a la posterior caída de las ventas. Los efectos de la crisis económica también tuvieron un fuerte impacto en el sistema financiero español.

¹²²⁵ Lograr cinco escaños en el Parlamento Europeo se convierte en la gran sorpresa de la jornada electoral. En un plazo de tiempo mínimo, el partido obtuvo más de 1,2 millones de votos. Su mensaje tuvo como eje durante la campaña su crítica al bipartidismo.

a) En el centro-derecha se fortalece un nuevo partido: “*Ciudadanos*” fundado en 2006 en Barcelona que, a partir de las elecciones europeas de 2014, compite colocándose en estos comicios en dos escaños. En las elecciones de 28 de abril del 2019 ha conseguido cincuenta y siete escaños en el Congreso de los Diputados.

b) Se produce un retroceso de los grandes partidos nacionales: PP y PSOE. El retroceso en el PP ha sido muy acentuado. De ciento treinta y seis escaños que tenía en las elecciones de junio de 2016 ha pasado a sesenta y seis en las últimas elecciones. El descalabro no ha sido tan grande en el PSOE que de ochenta y cinco escaños de los que partía en las últimas elecciones ha conseguido ciento veintitrés.

c) Surgimiento del partido Vox de extrema derecha que irrumpe en el Congreso de los Diputados en las elecciones de abril de 2019 con veinticuatro escaños y 2.677.173 votos. Partía de no tener escaños en las elecciones anteriores y contar sólo con 47.182 votos.

3.1. Problemas de gobernabilidad.

Constituidas las Cámaras el día 13 de enero del 2016¹²²⁶ y, por primera vez en nuestra historia constitucional, el candidato propuesto por el Rey, Pedro Sánchez, no obtiene la confianza ni en la primera ni en la segunda votación. Nunca antes habíamos tenido un Parlamento tan atomizado, incapaz de configurar una mayoría parlamentaria-gubernamental. Uno de los grandes inconvenientes que aparecieron fue que el nacionalismo moderado catalán pasa a convertirse en un nacionalismo secesionista que ya no tiene capacidad de servir de bisagra a los partidos nacionales. Durante diez meses (desde el 20 de diciembre de 2015 y el 29 de octubre de 2016 fecha de la investidura de Rajoy) el país vivió una época convulsa con un gobierno en funciones y con un gran problema de gobernabilidad y estabilidad. Por primera vez en nuestra historia constitucional hubo repetición de elecciones que se celebraron el 26 de junio del 2016. Se vuelve a tener serios problemas para conseguir una mayoría parlamentaria suficiente para la investidura del Presidente. El PP incrementa sensiblemente el apoyo electoral y el PSOE desciende al igual que Ciudadanos. Mariano Rajoy es propuesto y obtiene en segunda votación mayoría simple gracias a la abstención del PSOE. Finalmente resultó investido Mariano Rajoy.

¹²²⁶ Después de las elecciones del 20 de diciembre de 2015

3.2. Mociones de censura desde el año 2015.

1. La Moción de censura presentada en 2017

La tercera moción se presenta en la XII legislatura. En mayo de 2017 se interpone por treinta y siete diputados perteneciente al Grupo parlamentario UP-EC-EM presentando como candidato a su líder Pablo Iglesias. La justificación se centraba en la impunidad y el saqueo y corrupción del Gobierno. Se debatió en Pleno los días 13 y 14 de junio y fue un fracaso por el escaso apoyo parlamentario. Por primera vez no es el primer grupo de la oposición el que presenta la moción y es calificada como mediática por tener como objetivo rentabilizar el malestar social.

El resultado de la votación fue el que sigue:

Votos a favor: 82	Pablo Iglesias recibió el apoyo de Unidos Podemos y el de los diputados de Compromís, ER 82C y EH-Bildu.
Votos en contra: 170	Votaron en contra: el PP, Ciudadanos, UPN, Foro Asturias y Coalición Canarias.
Abstenciones: 97	Se abstuvieron los diputados del PSOE, PDeCAT, PNV y Nueva Canarias.

En cuanto a las razones de la moción tal como se registra en el Congreso se señala:

«La Constitución española establece en su artículo 113 que el Congreso de los Diputados puede exigir responsabilidad política al Gobierno mediante la adopción de una moción de censura. Las circunstancias de excepcionalidad y emergencia democrática que vive España como consecuencia de la parasitación de las instituciones del Estado por parte del Partido Popular (PP) nos obligan a hacer uso de este mecanismo democrático previsto en nuestra Carta Magna. El Gobierno de España, en manos del Partido Popular, ha abandonado a la ciudadanía al secuestrar las instituciones y ponerlas al servicio de la defensa de su partido y de los saqueadores de las arcas públicas. No cabe duda de que, desde el Gobierno, el PP no respeta la división de poderes y hace uso de las instituciones en función de su propio

interés. La credibilidad de la democracia española está en juego, tanto en nuestro país como en Europa y en el resto del mundo. Un Gobierno que actúa contra las reglas mínimas de la democracia no representa a nuestro pueblo. Durante las últimas semanas, España ha conocido casos de corrupción que no solo afectan directamente a un amplio número de dirigentes del PP, sino que han revelado una práctica continua de parasitación de las instituciones y de saqueo de lo público que afecta al Gobierno actual y, en particular, a ministros con carteras estratégicas como la de Interior, la de Justicia o la de Hacienda y Función Pública, además de a la propia Presidencia del Gobierno(...) Todo ello es incompatible con la decencia y la dignidad democrática de España. El deterioro de la vida política, reflejado en la incapacidad del Gobierno para alcanzar acuerdos parlamentarios sin que medie alguna forma de chantaje; el escándalo social ante los casos de corrupción, que ha situado a los políticos como una de las máximas preocupaciones de la ciudadanía y puesto bajo sospecha el entramado empresarial que contrata con el sector público; la confirmación de la quiebra de las reglas básicas del juego democrático por parte del Partido Popular; la colusión entre los poderes del Estado, expresada, por un lado, en el bloqueo continuo de la acción legislativa por parte del Ejecutivo a través de vetos y, por otro, en la reprobación parlamentaria del ministro de Justicia, del fiscal general del Estado y del fiscal anticorrupción, aunque no sus dimisiones; las interferencias gubernamentales en los medios de comunicación, limitando la libertad de expresión a partir de la financiación con dinero negro o con fondos públicos de medios parciales y venales, o del uso abusivo de los medios de comunicación públicos; y la pérdida de derechos de la ciudadanía, especialmente los que afectan a las mujeres (como depositarias obligadas de las tareas de cuidados a las que ha renunciado el Estado), los que afectan al mundo laboral (cada vez más precarizado), y los relativos a las garantías para el pago de las pensiones. Todos estos aspectos generan, en definitiva, una situación de excepcionalidad democrática, social y política en el país, aunque el Gobierno de Mariano Rajoy pretenda normalizarlos. De hecho, lejos de asumir su responsabilidad, el Gobierno ha optado por la mentira y la banalización de los problemas simulando ignorar la grave crisis institucional que vive España». (el subrayado es nuestro)

Hemos querido reproducir el texto, al objeto de que el lector pueda comprobar que la parte de “moción” es clara en este extracto del texto pero ¿dónde queda el programa de gobierno del candidato?

2. La moción de censura ganada por Pedro Sánchez en junio de 2018.

El miércoles día 23 de mayo del 2018 con el apoyo del Partido Nacionalista Vasco se aprueban los Presupuestos Generales del Estado del Gobierno de Mariano Rajoy (PP). Después de una dura negociación parecía que se disipaba cualquier debilidad del Gobierno del PP al haber contado con los apoyos suficientes para la aprobación de las cuentas del Estado. Sin embargo la felicidad duraría poco. Al día siguiente, el jueves día 24 de mayo se publica la sentencia sobre el Caso *Gürtel*. La Audiencia Nacional argumentaba que el PP ayudó a establecer un sistema de corrupción institucional. Todo ello cambió completamente el contexto, exacerbando la acritud contra el Gobierno y el partido que lo sustentaba, al considerarse que la magnitud de las condenas ponía en cuestión la legitimidad del Gobierno del PP al resultar condenado el Partido Popular como “partícipe a título lucrativo”¹²²⁷.

Esa misma tarde, el Secretario General del PSOE y líder de la oposición, Pedro Sánchez, convoca para el día siguiente a la ejecutiva de su partido al objeto de valorar opciones, entre las que se encontraba la posibilidad de presentar una moción de censura.

La moción, de gran brevedad y centrada exclusivamente en la sentencia conocida el día anterior, fue finalmente registrada por el Grupo Parlamentario Socialista ese mismo viernes 25 de mayo, proponiendo como candidato alternativo a su Secretario General, Pedro

¹²²⁷ El Tribunal considera acreditado que durante esos años entre el Grupo Correa y el Partido Popular se tejió en esos territorios una estructura de colaboración estable y consistente en prestación de múltiples y continuos servicios relativos a viajes, organización de eventos, dentro de la normal actividad de dicho partido político. Pero además, según la Sala, se creó “en paralelo un auténtico y eficaz sistema de corrupción institucional a través de mecanismos de manipulación de la contratación pública central, autonómica, y local a través de su estrecha y continua relación con influyentes militantes de dicho partido, aquí enjuiciados, que tenían posibilidades de influir en los procedimientos de toma de decisión en la contratación pública de determinados entes y organismos públicos que dirigían o controlaban directamente a través de terceras personas”. La sentencia relata cómo las empresas de Correa u otras empresas terceras elegidas, con el apoyo de los cargos públicos condenados, gozaban de un arbitrario trato de favor en la contratación pública. Otras cantidades detraídas, según los jueces, sirvieron directamente para pagar gastos electorales o similares del Partido Popular o fueron a parar como donaciones finalistas a la llamada “Caja B” del partido, consistente “en una estructura financiera y contable paralela a la oficial existente al menos desde el año 1989, cuyas partidas se anotaban informalmente, en ocasiones en simples hojas manuscritas como las correspondientes al acusado Bárcenas, en las que se hacían constar ingresos y gastos del partido o en otros casos cantidades entregadas a personas miembros relevantes del partido, si bien estos últimos aspectos que se describen lo son únicamente para precisar el contexto en el que se imbrican los hechos objeto de este enjuiciamiento, pero quedando fuera de su ámbito de conocimiento”, vid. información extraída en la página web <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Audiencia-Nacional/Noticias-Judiciales/La-Audiencia-Nacional-condena-a-penas-de-hasta-51-anos-de-prision-a-29-de-los-37-acusados-en-el-caso-Gurtel> .

Sánchez¹²²⁸.

El martes 29 de mayo, previo acuerdo de la Mesa y la Junta de Portavoces, la presidenta del Congreso de los Diputados (D^a Ana Pastor) propuso que la moción se debatiese el jueves 31 de mayo y el viernes 1 de junio. *A priori*, la intensa fragmentación parlamentaria, articulada en torno a dos bloques, anticipaba un fracaso, ya que la abultada diferencia entre la mayoría que sostenía al Gobierno y el principal partido de la Oposición era de cincuenta escaños, lo que dificultaba en gran medida el triunfo de una moción de censura que parecía, más que nunca, abocada a un nuevo revés parlamentario¹²²⁹.

El inesperado resultado, sin embargo, supuso el primer éxito de este mecanismo constitucional, y la prueba de que, fundamentalmente en escenarios de honda fragmentación parlamentaria, podía funcionar. Esta fue la cuarta moción de censura desde la Transición Española a la democracia y la segunda presentada contra Mariano Rajoy tras la de Unidos Podemos el año anterior, así como la primera de toda la democracia española en prosperar.

Como argumentos para la moción de censura presentada se esgrimen los siguientes:

«Desde que la Audiencia Nacional inició en 2009 las investigaciones para esclarecer y enjuiciar los hechos delictivos conocidos como "caso Gürtel," que apuntaban a la comisión de una amplia variedad de delitos por parte de dirigentes del Partido Popular y otras personas relacionadas con esta formación política, las manifestaciones de sus dirigentes inicialmente se dirigieron a afirmar que los investigados eran personas honorables cuya culpabilidad no podía probarse. Y más tarde, que su partido no podía ser considerado como participante de esas actividades delictivas o beneficiario de esa trama, sino como víctima o perjudicado de la misma.

El 24 de mayo de 2018 se da a conocer la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional sobre la pieza principal de este caso. Esta sentencia condena a diferentes cargos públicos y orgánicos del Partido Popular, así como a la propia organización política como responsable a título lucrativo. Y pone de manifiesto que la trama de corrupción tejida entre las empresas inmersas en el caso y el Partido Popular, como dice la sentencia, suponía un auténtico y eficaz sistema de corrupción institucional mediante la "manipulación de la

¹²²⁸ Que no era diputado en esa legislatura.

¹²²⁹ D. Delgado Ramos, *Teoría y práctica de la moción de censura: notas críticas a propósito de la experiencia reciente*, *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 29/2019.

contratación pública central, autonómica y local". En la sentencia también se señala que "los hechos son anteriores a la reforma del Código Penal (...), que introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por lo que no se está dilucidando en este procedimiento una posible responsabilidad penal del Partido Popular como persona jurídica, lo que no es jurídicamente factible por la fecha de los hechos, con independencia de la apariencia de los mismos como constitutivos de allegamiento ilegal de fondos provenientes de delitos de prevaricación, cohecho y otros y de la intervención que hubiera podido tener personas relevantes de dicho partido político; que se aprovecharon para su realización de sus cargos públicos obtenidos como miembros de dicho partido, tanto de su estructura central, como las territoriales, que han sido enjuiciadas en el presente y que con su actividad delictiva desarrollada en los términos como se deja constancia en diversos pasajes de esta sentencia, produjeron beneficios económicos cuantificables al Partido Popular, consistentes en la financiación ilegal de actividades y diversos actos políticos realizados en campañas y precampañas electorales para sus candidatos, que de otra manera hubieran tenido que ser sufragados directamente con recursos económicos propios del partido político en cuestión. El Presidente del Gobierno, que también desempeñó las funciones de Secretario General del Partido Popular en los años 2003 y 2004, y de Presidente del mismo desde 2004 hasta la actualidad, ha eludido cualquier tipo de responsabilidad política relacionada con este caso desde su inicio. (...)Y, lo que reviste aún mayor gravedad, la ausencia de credibilidad que tanto los jueces que forman la Sala como la propia Fiscalía Anticorrupción otorgan a la declaración del Sr. Rajoy en sede judicial. Si bien la responsabilidad penal se dirime ante los tribunales, de los cuales emana esta sentencia, de los hechos probados en la misma se deriva, a juicio de los firmantes de la presente moción, la responsabilidad política de quien hoy es Presidente del Gobierno. La fortaleza de las instituciones democráticas depende en buena medida de la confianza que las personas que las ocupan suscitan entre la ciudadanía. Y la permanencia en la Presidencia del Gobierno del máximo responsable de una formación política declarada judicialmente como parte de un auténtico sistema de corrupción institucional, afectaría gravemente a la credibilidad de la Presidencia y del Gobierno, y a la propia dignidad de la democracia española. Por todo ello, al amparo de lo establecido en el artículo 113 de la Constitución, damos por presentada esta Moción de Censura dirigida a exigir la responsabilidad política del Gobierno presidido por D. Mariano Rajoy Brey para recuperar

la dignidad de las instituciones y restablecer la imprescindible estabilidad política".(El subrayado es nuestro)

Resultado de la moción de censura



El grupo confederal Unidos Podemos despegó de forma inmediata el apoyo de sus sesenta y siete miembros a la iniciativa del PSOE. Incluso estaba dispuesto a impulsar una nueva moción si fracasara la de los socialistas. El partido Ciudadanos junto con su líder Albert Rivera se alejó de la moción de censura desde el principio. Aunque curiosamente aseguró que su partido¹²³⁰ apoyaría una moción del PSOE siempre que presentara a un candidato "independiente"¹²³¹. Por su parte, el partido independentista, Esquerra Republicana de Catalunya, aseguró que apoyaría la moción de censura¹²³².

Para concluir, queremos indicar, aunque sólo sea de manera somera dado que no es el tema de este artículo, que de forma similar a lo que ocurre para el Estado central, se ha instalado las mociones de censura constructivas en las relaciones entre el Gobierno y los Parlamento autonómicos¹²³³ y también en el ámbito local¹²³⁴. Respecto al ámbito local el Alcalde puede

¹²³⁰ Que contaba con treinta y dos diputados.
¹²³¹ Históricos del PSOE como Nicolás Redondo, Ramón Jáuregui o Javier Solana
¹²³² Su líder, Gabriel Rufián, consideraba que el apoyo a la moción “no era una opción sino una obligación”, aunque reconocía la incomodidad de tener que apoyar al PSOE, partido con voces muy críticas con los partidarios del *procés*.
¹²³³ Un ejemplo es el caso andaluz art 126 del EEAA Andaluz “El Parlamento puede exigir la responsabilidad política del Consejo de Gobierno mediante la adopción por mayoría absoluta de la moción de censura. Ésta habrá de ser propuesta, al menos, por una cuarta parte de los parlamentarios y habrá de incluir un candidato o candidata a la Presidencia de la Junta. La moción de censura no podrá ser votada hasta que transcurran cinco días desde su presentación. Si la moción de censura no fuese aprobada por el Parlamento, sus signatarios no podrán presentar otra durante el mismo período de sesiones. 2. Si el Parlamento adoptara una moción de censura, el Presidente de la Junta presentará su dimisión ante el Parlamento y el candidato incluido en aquélla se entenderá investido de la confianza de la Cámara. El Rey le nombrará Presidente de la Junta”.
¹²³⁴ *Vid.*, Art. 197 Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio de Régimen Electoral General. El escrito en el que se proponga la moción de censura deberá incluir las firmas debidamente autenticadas por Notario o por el

ser destituido mediante moción de censura. La moción de censura debe ser propuesta, al menos, por la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación y habrá de incluir un candidato a la Alcaldía.

4. Reflexiones.

La moción de censura no puede concebirse de otro modo que como un remedio para cubrir las deficiencias del sistema parlamentario. Cuando la moción triunfa se hace necesario refrendar el cambio de Gobierno con una *Appellatio ad populum*¹²³⁵ por varias razones. Entre ellas, la de frenar los intentos de derrocar al gobierno creado por la moción de censura, si no está basado en una mayoría cohesionada. Dar publicidad al programa de gobierno y que quede validado por el pueblo se hace imprescindible a fin de que el líder se someta al apoyo popular a través de unas elecciones. No obstante, cabe también (porque la Constitución Española no lo impide) que ganada la moción de censura, el nuevo gobierno se mantenga hasta el final de la legislatura. Aunque para ello debe de haber explicitado de forma clara su programa de gobierno.

No obstante lo anterior, el desarrollo de las sesiones parlamentaria que aprueba la moción de censura ganada por Pedro Sánchez los días 31 de mayo y 1 de junio de 2018 no fue el propio de una moción de censura constructiva sino de una censura a secas, en la que solo se demandaban responsabilidades al presidente del Gobierno Rajoy pero no había un programa de gobierno razonablemente concreto y argumentado. Los grupos parlamentarios expusieron los motivos de su censura al presidente pero se obvió la segunda parte, no se expuso un programa preciso y detallado, a menos que el lema “echar a Rajoy” se considere ya todo un programa de gobierno. Por ello se hacía necesario que Pedro Sánchez no agotara

Secretario general de la Corporación y deberá presentarse ante éste por cualquiera de sus firmantes. El documento así diligenciado se presentará en el Registro General de la Corporación por cualquiera de los firmantes de la moción, quedando el Pleno automáticamente convocado para las doce horas del décimo día hábil siguiente al de su registro. El Pleno será presidido por una Mesa de edad, integrada por los concejales de mayor y menor edad de los presentes, excluidos el Alcalde y el candidato a la Alcaldía, actuando como Secretario el que lo sea de la Corporación, quien acreditará tal circunstancia. La Mesa se limitará a dar lectura a la moción de censura, dando la palabra, en su caso, durante un breve tiempo, si estuvieren presentes, al candidato a la Alcaldía, al Alcalde y a los Portavoces de los grupos municipales, y a someter a votación la moción de censura.

¹²³⁵ Vid., I. Torres Murp. *La moción de censura constructiva, una respuesta alemana y española a la inestabilidad gubernamental*, *Foro Nueva Época*, vol. 20/2017, pp. 279-292

la legislatura y convocara elecciones. Así se hizo. Pedro Sánchez fue Presidente del Gobierno mediante moción de censura desde junio del 2018 a febrero del 2019 fecha en que se anuncia la disolución de las Cámaras y la convocatoria de las elecciones de 28 de abril de 2019 (a fecha de hoy sigue siendo Presidente de Gobierno pero en funciones). Después de las elecciones se abre un nuevo horizonte donde se consolida el fin del bipartidismo y la necesidad de pactos. Por primera vez la sociedad española es plenamente consciente que para asegurar la gobernabilidad y evitar la repetición de las elecciones, los partidos deben llegar a acuerdos, bien puntuales o bien de legislatura. Esos acuerdos no deben pasar factura electoral a los partidos que lo propician. Veremos si los españoles hemos aprendido la lección y nos adaptamos a las nuevas circunstancias que han venido para quedarse.

Después de justamente un año de la primera moción de censura ganada en nuestra historia constitucional creemos que ha pasado el tiempo necesario para reflexionar sobre la misma y sobre su conveniencia de cara, sobre todo, al interés general. Una primera consideración que creemos oportuno plantear es el gran desconocimiento de los ciudadanos españoles de este instrumento, incluso iríamos más lejos, hablaríamos del gran desconocimiento de las reglas de juego de nuestro sistema parlamentario. Era habitual escuchar comentarios relacionados con la falta de legitimidad del nuevo presidente dado que no había sido elegido en las urnas sino en “los despachos”. Aún queda por hacer mucha pedagogía por hacer para que la ciudadanía entienda el funcionamiento del sistema parlamentario. Abrazados durante muchos años al bipartidismo imperfecto, tal como hemos indicado más arriba, no habíamos asistido a problemas de gobernabilidad. La falta de fraccionamiento del parlamento había impedido el uso a buen puerto de este instrumento. Efectivamente, desde el año 2015 tendremos que convivir con la fragmentación del Parlamento y con la necesidad de pactos para favorecer la gobernabilidad. En España estamos constantemente hablando de reformas institucionales, incluso de algunas que pueden afectar al texto constitucional. Pero quizás sería prioritario hablar antes de otras reformas. Por ejemplo, de mejorar nuestra cultura jurídica y política, de elevar la capacidad profesional de los cargos públicos electivos, de aumentar los conocimientos de quienes condicionan la opinión pública a través de los medios de comunicación. El buen funcionamiento de las instituciones políticas es la garantía de la democracia y de ello somos responsables todos, incluidos por supuesto los ciudadanos.

Aparte del gran desconocimiento de la ciudadanía del funcionamiento de la moción de censura y del sistema parlamentario, una segunda cuestión que nos planteamos es si la moción de censura ha servido para lo que estaba llamada: facilitar la gobernabilidad. En este aspecto tenemos muy clara la respuesta. No ha servido tanto a la gobernabilidad que, por otro lado, ya estaba relativamente asegurada por haberse obtenido los apoyos suficientes para la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado. A nuestro juicio, ha sido muy beneficiosa para el vencedor de la misma pues le ha permitido gobernar con poco diputados (ochenta y cuatro de trescientos cincuenta), usando en exceso la herramienta del Decreto-ley debido al escaso apoyo parlamentario, buscando así una buena posición de salida en las elecciones generales que él tiene competencia para convocar. Pero para esta finalidad la moción de censura no se ha regulado en la Constitución. ¿Con el uso que se ha hecho de la moción de censura se ha velado por el interés general o por el interés de algunos partidos políticos? Tenemos muchas dudas al respecto.

Con lo dicho anteriormente no estamos haciendo una crítica a la política llevada a cabo por el Gobierno de Sánchez en la XII legislatura. Solamente estamos cuestionándonos en si la moción de censura sirve para asegurar la estabilidad gubernamental. Si la justificación de la moción de censura fue una sentencia que condenaba al propio partido que sostenía el gobierno por corrupción, nos preguntamos ¿existen otros mecanismos constitucionales para exigir la responsabilidad que no sea la moción de censura? Efectivamente tenemos el art. 102 de la Constitución según el cual “La responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.² Si la acusación fuere por traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones, sólo podrá ser planteada por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso, y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo. 3. La prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos del presente artículo”.

Hasta los máximos responsables del establecimiento de la moción de censura constructiva en la Constitución se están planteando su revisión. Es conveniente una reflexión crítica de esta figura¹²³⁶.

¹²³⁶ Vid. F. Rubio Llorente, *Discurso de ingreso en el Ilustre Claustro de la Universidad de Valladolid*, Universidad de Valladolid. “No estoy seguro que hoy siga siendo necesaria y conveniente, pues tal vez el daño que a la democracia irroga un excesivo blindaje de los gobiernos sea mayor que el que podría ocasionar una menor estabilidad”.

Abstract: El trabajo consiste en un estudio del procedimiento de moción de censura constructiva en España. Se analizan las dos etapas claves del sistema parlamentario español antes y después del año 2015 y las consecuencias de la desaparición del bipartidismo. Se hace una mirada crítica a la primera moción de censura ganada en España, que fue la del Presidente del Gobierno Pedro Sánchez, el uno de junio del 2018

Abstract: The work consists of a study of the procedure of constructive censure motion in Spain. The two key stages of the Spanish parliamentary system before and after 2015 and the consequences of the disappearance of the two-party system are analyzed. A critical look is made at the first motion of censure won in Spain, which was that of the President of the Government Pedro Sánchez on June 1, 2018.

Parole chiave: bipartidismo – parlamentarismo – moción de censura constructiva – gobernabilidad.

Key words: bipartisanship – parliamentarism – motion of constructive censorship – governance.

DAL PROGRAMMA AL CONTRATTO DI GOVERNO*.

di Fulvio Pastore**

Sommario. 1. Premessa: il ricorso a categorie civilistiche nella scienza giuspubblicistica. – 2. Il programma di governo nella teoria scientifica e nell'esperienza repubblicana durante la prima fase consociativa. – 3. Il programma di governo nella fase quasi contrappositiva – 4. Crisi del bipolarismo e ritorno al parlamentarismo compromissorio: il contratto di governo. – 5. Riflessioni conclusive.

617

1. Premessa: il ricorso a categorie civilistiche nella scienza giuspubblicistica.

L'esperienza politico istituzionale produce talvolta fenomeni inediti che mettono in crisi consolidate categorie del diritto pubblico, richiedendone la messa in discussione e la ridefinizione.

La crisi del bipolarismo prodotto dalla riforma elettorale del 1993, in uno con la forte affermazione di nuovi movimenti politici con bassa propensione alla formazione di alleanze di governo, ha determinato il ritorno a logiche convenzionali o stipulative della forma di governo parlamentare italiana, che aveva invece subito una trasformazione in senso quasi contrappositivo in virtù dell'affermazione del principio maggioritario nella legislazione elettorale.

L'assenza di una maggioranza parlamentare, consacrata dalle urne, in grado di esprimere un governo qual che fosse, ha determinato l'esigenza di avviare delle negoziazioni tra forze politiche che si erano presentate alle elezioni su posizioni contrapposte e che avevano dichiarato agli elettori che non si sarebbero mai alleate tra loro per formare una maggioranza di governo.

Paradossalmente, la nascita del governo Conte ha dimostrato la perdurante vitalità della forma di governo parlamentare italiana che, nonostante resti purtroppo demunita di elementi significativi di stabilizzazione e razionalizzazione costituzionale, si è confermata

* *Sottoposto a referendum*. Testo dell'intervento programmato svolto nell'ambito del seminario internazionale su "Trasformazioni della forma di governo e sorte della democrazia: Italia e Spagna" (Napoli, Università degli studi di Napoli Federico II, 6.5.2019)

** Professore associato di Diritto costituzionale – Università di Cassino e del Lazio Meridionale.

come la più matura e stabile in un Paese postindustriale come il nostro, connotato da una elevata frammentazione e da una caratterizzazione ideologica marcata del sistema partitico. L'elasticità delle disposizioni costituzionali, infatti, ha consentito di adattare il loro significato normativo al mutato quadro politico e alle mutate esigenze, favorendo un accordo tra forze politiche collocate su posizioni antipodiche.

Di qui la novità di fare ricorso a un contratto di governo, nel quale stabilire, secondo una logica di tipo sinallagmatico, quali impegni assumere dinanzi alle camere parlamentari con il programma di governo.

D'altro canto, la richiesta, avanzata da alcune forze politiche con forte caratterizzazione in senso populista, di superare il divieto di mandato imperativo previsto dalla Costituzione, ha condotto alla messa in discussione, sin dalle sue fondamenta, della rappresentanza politica parlamentare e della stessa natura giuridica del mandato parlamentare. Fino a configurare il parlamentare, secondo le prospettazioni più estreme e antitetiche al dettato costituzionale, come un semplice portavoce (o *nuncius*) dei cittadini elettori.

Le indicate trasformazioni, in uno con profonde altre, hanno spinto la dottrina giuspubblicistica a tornare a meditare su categorie fondamentali della scienza giusciviltistica come *contratto* e *rappresentanza*, al fine di verificare la possibilità di ricavarne significati utili a inquadrare e comprendere gli inediti fenomeni politico-istituzionali in atto¹²³⁷.

Non a caso, la più avvertita e autorevole dottrina costituzionalistica ha di recente indicato con chiarezza l'esigenza di andare oltre la dicotomia diritto privato/diritto pubblico, così come ha sottolineato la necessità di superare anche la dicotomia tra teoria relazionale e teoria istituzionale, tra norme di condotta e norme organizzative¹²³⁸.

2. Il programma di governo nella teoria scientifica e nell'esperienza repubblicana durante la prima fase consociativa.

Nella prima fase consociativa della forma di governo parlamentare italiana, la mitologia

¹²³⁷ Sulla crisi della rappresentanza e sull'esigenza di rafforzare gli strumenti di partecipazione politica, cfr. *ex plurimis*, P. Costanzo, *Quale partecipazione popolare nel d.d.l. di riforma costituzionale (c.d. Renzi-Boschi)*, in Pasquale Costanzo, Adriano Giovannelli, Lara Trucco (a cura di), *Forum sul D.D.L. costituzionale "Renzi-Boschi": dieci studiosi a confronto*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 15-27.

¹²³⁸ In tal senso cfr. S. Staiano, *La rappresentanza*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017.

dell'indirizzo politico aveva elevato il programma di governo a vero e proprio *totem* della dialettica tra governo e maggioranza parlamentare: un luogo comune dell'immaginario collettivo, ipostasi della compenetrazione tra le diverse componenti della coalizione¹²³⁹.

La fiducia, in teoria, avrebbe dovuto essere conferita al governo dalle camere parlamentari sulla base di un programma di governo che doveva essere completo, organico e chiaro e che avrebbe dovuto rispecchiare il programma presentato dalle forze politiche di maggioranza agli elettori durante la campagna elettorale. In una forma di governo parlamentare classica, nella quale il governo è promanazione permanente della maggioranza parlamentare, infatti, la responsabilità di governo avrebbe potuto essere ricoperta solo a seguito dell'assunzione di impegni precisi, temporalmente definiti e prescrittivi. Inoltre, il programma avrebbe dovuto definire chiaramente le linee politiche che sarebbero state perseguite dall'esecutivo in ogni campo della sua azione e con riferimento a ciascun dicastero.

Del resto, la manifestazione di volontà espressa dalle camere parlamentari, mediante il voto di fiducia, non avrebbe dovuto essere in bianco, ma sarebbe intervenuta solo all'esito della discussione generale sulle dichiarazioni programmatiche, tenendo conto anche degli ulteriori impegni assunti dal governo durante le repliche ai dibattiti parlamentari e soprattutto, sulla base di una ampia e argomentata motivazione contenuta nella mozione di fiducia¹²⁴⁰. Elemento questo ultimo che rientrava tra i flebili strumenti di stabilizzazione e razionalizzazione costituzionale introdotti dall'Assemblea costituente, nell'intento di dare una minima e sia pure molto parziale attuazione all'ordine del giorno Perassi.

Il dato dell'esperienza, tuttavia, nella prima fase consociativa o convenzionale della forma di governo italiana che va dal 1948 al 1993, si è andato sensibilmente discostando dal modello teorico.

In presenza di un sistema elettorale proporzionale pressoché puro, le forze politiche si presentavano agli elettori ciascuna con il proprio programma, con il proprio simbolo e con il proprio *leader*. La coalizione di maggioranza veniva a formarsi solo all'esito delle elezioni all'interno delle assemblee parlamentari. Il Presidente del consiglio non era il *leader* della coalizione e spesso neppure il *leader* di uno dei partiti di maggioranza, ma

¹²³⁹ Sui miti della prima fase consociativa della forma di governo parlamentare italiana cfr. P. Ciarlo, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Liguori, Napoli, 1998.

¹²⁴⁰ Sul rapporto fiduciario cfr. *explurimis* M. Villone, *Art. 94 Cost.*, in G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli - Soc. ed. del Foro italiano, Bologna - Roma, 1994.

rappresentava un punto di equilibrio tra le varie forze, sicché spesso veniva scelto una personalità politica che non incontrava il veto da parte degli altri partiti e dagli altri esponenti del suo stesso partito. Pertanto, nei rapporti infragovernativi il principio di collegialità prevaleva su quello gerarchico e il Presidente del consiglio era solo un *primus inter pares*¹²⁴¹.

In questo quadro, il programma di governo veniva a comporsi dopo le elezioni, durante la fase di formazione del governo. Siccome, poi, la durata media dei governi era inferiore all'anno solare, con la media di oltre tre governi per legislatura, ma le maggioranze di governo restavano quasi sempre invariate, il programma veniva ripresentato durante la stessa legislatura, quasi identico, a ogni investitura di un nuovo esecutivo.

Il fatto che i programmi di governo avessero contenuto quasi identico durante la medesima legislatura in presenza della stessa maggioranza di governo appare comprensibile e anche in qualche misura prevedibile.

Quello che, invece, sorprende è constatare che i programmi di governo avevano contenuto molto simile, con medesimo linguaggio, identica struttura e stessa consequenzialità logica, durante tutte le legislature, dalla I alla XI, che si sono succedute in questa prima fase della storia repubblicana. E ciò nonostante i cambiamenti nelle coalizioni di governo: il periodo centrista, che caratterizzò gli anni dal 1948 al 1962, quando la coalizione di maggioranza faceva perno sulla democrazia cristiana e vedeva la partecipazione di alcuni partiti laici minori; il periodo del primo centrosinistra, che caratterizzò gli anni dal 1962 al 1976, quando la coalizione di maggioranza vide l'ingresso del partito socialista in occasione della formazione del primo governo Fanfani; il periodo della solidarietà nazionale, che caratterizzò gli anni dal 1976 al 1980, quando si formarono, sulla base del c.d. compromesso storico, dei governi di minoranza che beneficiarono dell'astensione benevola da parte del principale partito di opposizione; il periodo del secondo centrosinistra o del pentapartito, che caratterizzò gli anni dal 1980 al 1993, quando si ricostituì una maggioranza che ricomprendeva democristiani, socialisti e altri partiti laici minori.

L'analisi attenta dei testi dei programmi di governo presentati nella fase storica in esame, in effetti, evidenzia: ripetitività dei contenuti; stesso ordine delle tematiche e stessi itinerari

¹²⁴¹ Sui rapporti infragovernativi e sulla figura del presidente del consiglio dei ministri, *ex plurimis*, cfr. P. Ciarlo, *Art. 95 Cost.*, in G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli - Soc. ed. del Foro italiano, Bologna - Roma, 1994.

logico-argomentativi; utilizzo di un linguaggio generico e non prescrittivo; indicazione dei soli obiettivi da raggiungere, senza specificazione delle misure da adottare e soprattutto senza indicazione di un cronoprogramma¹²⁴².

Probabilmente, questo modo di confezionare il programma di governo corrispondeva a una serie di esigenze: stilare un testo sufficientemente generico da poter essere accettato dalle varie componenti di una maggioranza frammentata, litigiosa e composta da partiti con identità ideologicamente divaricate; non vincolare eccessivamente la discrezionalità dell'esecutivo nella determinazione dei contenuti di provvedimenti amministrativi e di atti normativi da adottare; rendere più difficile per le opposizioni e per i mezzi di informazione documentare l'inadempimento degli impegni assunti; dimostrare coerenza e continuità nell'azione politica rispetto ai precedenti governi, atteso che nell'intera fase in esame il partito di maggioranza relativa è rimasto sempre lo stesso e non c'è mai stata una vera e propria rotazione delle maggioranze di governo.

Ma soprattutto, l'elasticità estrema delle formulazioni linguistiche contenute nel programma serviva ad adeguarne l'interpretazione alle contingenze sociali, economiche e politiche che potevano mutare, anche rapidamente, nel corso della legislatura e consentiva di fronteggiare agevolmente nuove situazioni che fossero insorte dopo l'instaurazione del rapporto fiduciario.

Del resto, le dichiarazioni programmatiche non ipostatizzavano l'indirizzo politico di maggioranza, ma costituivano una base fluida e dinamica del rapporto fiduciario che poteva continuamente essere implementata o corretta attraverso atti parlamentari di indirizzo politico sia legislativi che non legislativi.

Il programma di governo, quindi, rappresentava solo una cornice entro la quale si svolgeva la dialettica tra le varie componenti politiche della maggioranza di governo e si ricercava la soluzione delle questioni che si prospettavano di volta in volta attraverso la sintesi tra le diverse posizioni assunte dai partiti della maggioranza.

Un programma dalla scarsa coerenza e prescrittività ma che aveva almeno il pregio, in un sistema politico bloccato dalla mancanza di alternative di governo, di non ostacolare la risoluzione dei frequenti litigi interni alla maggioranza, che spesso sfociavano in vere e

¹²⁴² Per un'analisi attenta e approfondita dei programmi di governo nella prima fase della Repubblica, cfr. M-Villone e A. Zuliani (a cura di), *L'attività dei governi della Repubblica Italiana (1948-1994)*, Il Mulino, Bologna, 1996.

proprie crisi di governo¹²⁴³.

3. Il programma di governo nella fase quasi contrappositiva.

La riforma elettorale del 1993, riconoscendo preminenza al principio maggioritario nel sistema elettorale, ha favorito la bipolarizzazione del sistema partitico e la trasformazione in senso quasi contrappositivo della forma di governo parlamentare italiana¹²⁴⁴. Nel mutato contesto, si sono venute a formare due coalizioni di partiti che hanno quasi completamente coperto lo spettro delle forze politiche presenti nelle camere parlamentari: una di centro-sinistra, originata dalla coalizione tra popolari, democratici di sinistra e altri partiti di minore consistenza; una di centro-destra, nata dall'alleanza tra Forza Italia, Lega Nord, Alleanza nazionale e Unione di Centro.

Man mano, rispetto alla incerta fase iniziale, le due coalizioni si sono rese un po' più coese. Così, nel corso degli anni si sono munite di simboli unitari da utilizzare nei collegi uninominali, hanno individuato dei *leader* di coalizione e hanno sottoscritto dei programmi comuni da sottoporre agli elettori durante le campagne elettorali.

La bipolarizzazione ha anche portato, per la prima volta nella storia repubblicana, ad avere una rotazione periodica delle maggioranze di governo nelle diverse legislature.

La individuazione di *leader* delle coalizioni proiettati alla presidenza del consiglio dei ministri in caso di vittoria elettorale, inoltre, ha prodotto un rafforzamento del criterio gerarchico nei rapporti infragovernativi e, almeno nelle fasi iniziali delle varie legislature, in presenza di un circuito elettori-parlamento-governo particolarmente coeso e forte, ha

¹²⁴³ Sulla risoluzione delle crisi di governo cfr., in particolare, P. Costanzo, *La gestione delle crisi di governo e lo scioglimento anticipato delle Camere*, in A. Ruggeri (a cura di), *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica: atti di un incontro di studio (Messina-Siracusa, 19 e 20 novembre 2010)*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 111-138.

Una prima riflessione organica e approfondita del tema da parte dello stesso Autore si rinviene nel lavoro monografico P. Costanzo, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari, II, Studio sui presupposti e i limiti dello scioglimento nell'ordinamento repubblicano italiano*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 344.

¹²⁴⁴ Sulla fase quasi contrappositiva della forma di governo parlamentare italiana sia consentito in questa sede, per esigenze di sintesi, il rinvio a F. Pastore, *Evoluzione della forma di governo parlamentare e ruolo del capo dello Stato*, prima ristampa aggiornata, Giappichelli, Torino, giugno, 2012.

Sulle riforme elettorali e le loro conseguenze politico-istituzionali cfr., *ex plurimis*, L. Trucco, *Contributo allo studio del diritto elettorale (I) Fondamenti teorici e profili normativi*, Giappichelli, Torino, 2013; L. Trucco, *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2011.

indotto il capo dello Stato a svolgere un ruolo meno incisivo, utilizzando in modo più formale e prudente i suoi poteri. In questa seconda fase dell'esperienza repubblicana, i programmi di governo sono stati più nettamente differenziati tra le varie legislature, in corrispondenza dell'alternarsi delle diverse maggioranze politiche. I programmi di governo, del resto, esprimevano delle linee politiche più nette e definite proprio perché corrispondevano in linea di massima ai programmi elettorali delle coalizioni che erano, a loro volta, orientati a ottenere il consenso dell'ampio elettorato di riferimento.

Il linguaggio si è fatto più prescrittivo e il grado di coerenza degli impegni programmatici è risultato significativamente accentuato dal riferimento ai provvedimenti e alle norme da adottare per il raggiungimento degli obiettivi, oltre che dal riferimento talvolta espressamente formulato ai tempi di realizzazione delle attività prospettate.

Proprio durante questa fase, per la prima volta, è emerso il riferimento a un "contratto di governo". Ma si è trattato di un contratto "per adesione" tra il *leader* di una coalizione e l'elettorato della stessa coalizione stipulato mediante offerta pubblica per via televisiva durante la campagna elettorale.

Qualcosa di profondamente diverso, quindi, rispetto al contratto stipulato all'inizio della corrente legislatura, essendo quest'ultimo finalizzato a formare una maggioranza di governo, nella fase post elettorale, tra forze politiche che si erano contrapposte durante la campagna elettorale.

4. Crisi del bipolarismo e ritorno al parlamentarismo compromissorio: il contratto di governo.

Come è noto, la legge n. 270 del 2005 (c.d. *porcellum*), che aveva sostituito la disciplina introdotta dalle leggi n. 276 e 277 del 1993 (c.d. *mattarellum*), è stata dichiarata parzialmente incostituzionale dalla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014.

A sua volta, la legge n. 52 del 2015 (c.d. *italicum*), che aveva sostituito per la camera dei deputati la disciplina introdotta dalla l. n.270 del 2005, è stata dichiarata parzialmente incostituzionale dalla sentenza della Corte costituzionale n. 35 del 2017.

Il sistema elettorale c.d. *Legalicum*, ovvero il sistema elettorale risultante dalle sentenze della Corte costituzionale n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017, è stato sostituito dalla legge 3

novembre 2017 n. 165, meglio nota come *Rosatellum bis*¹²⁴⁵. Si tratta di un sistema elettorale misto “a separazione completa”, infatti, per entrambe le camere parlamentari: il 37% dei seggi (232 alla Camera e 116 al Senato) sono assegnati con un sistema maggioritario a turno unico in altrettanti collegi uninominali (il cosiddetto *plurality*, in base al quale *first-past-the-post*), ovvero in ciascun collegio è eletto il candidato che ottiene il maggior numero di voti; il 61% dei seggi (rispettivamente 386 e 193) sono ripartiti proporzionalmente tra le coalizioni e le singole liste che abbiano superato le soglie di sbarramento stabilite, utilizzando listini bloccati all'interno di piccoli collegi plurinominali (il riparto dei seggi è effettuato a livello nazionale per la Camera e a livello regionale per il Senato); il 2% dei seggi (12 deputati e 6 senatori) è destinato al voto degli italiani residenti all'estero.

La legge prevede che ogni lista presenti un proprio programma, dichiari un proprio capo politico ed, eventualmente, l'apparentamento con una o più liste al fine di creare coalizioni: l'esistenza di una coalizione, che è unica a livello nazionale, vincola le liste coalizzate a presentare un solo candidato in ciascun collegio uninominale. Si prevedono diverse soglie di sbarramento, ovvero percentuali di voti al di sotto delle quali non si viene ammessi alla ripartizione dei seggi nei collegi plurinominali, volte a ridurre la frammentazione politica che tendenzialmente segue il sistema proporzionale.

Il sistema elettorale descritto è altamente disfunzionale. In particolare, va sottolineato come la capacità manipolativa del sistema *plurality*, utilizzato per l'assegnazione di circa un terzo dei seggi, mentre è sicuramente in grado di determinare una compressione del grado di pluralismo e rappresentatività delle camere parlamentari, non assicura la governabilità, poiché non è sufficiente a favorire il raggiungimento della maggioranza dei seggi in ciascuna camera parlamentare, da parte della lista o coalizione maggiore.

Neppure sarebbe ipotizzabile l'introduzione di un premio di maggioranza alla lista o coalizione maggiore che si innestasse su un sistema siffatto, poiché a questo punto l'effetto manipolativo del premio di maggioranza si andrebbe a sommare al già previsto effetto manipolativo della formula *plurality*, utilizzata nei collegi uninominali, determinando una eccessiva compressione del principio rappresentativo.

¹²⁴⁵ Sulla giurisprudenza costituzionale in materia elettorale richiamata nel testo, sia qui consentito, per esigenze di brevità, il riferimento a F. Pastore, *Rappresentatività e governabilità nelle scelte discrezionali del legislatore in materia elettorale*, in *ASTRID Rassegna (online)*, *Rivista elettronica quindicinale sui problemi delle istituzioni e delle amministrazioni pubbliche*, testo sottoposto a referaggio, fasc. 10/2018.

Altro aspetto deteriore è la mancanza del voto di preferenza per la selezione dei parlamentari da eleggere nella parte proporzionale, atteso che le relative liste plurinomiali sono bloccate. Il fatto che le liste bloccate siano corte, consente la riconoscibilità dei candidati da parte degli elettori, ma l'elettore viene ugualmente limitato nella libertà di voto, anche perché il carattere bloccato della lista plurinomiale coesiste con il divieto di voto disgiunto tra parte maggioritaria e parte proporzionale. Sicché l'elettore che voglia esprimere il proprio voto per un candidato nel collegio uninominale non può contestualmente esprimere il voto per una lista plurinomiale collegata ad altro candidato dello stesso collegio uninominale.

Il divieto di voto disgiunto, peraltro, costringe l'elettore che ricorra a un voto utile nel collegio uninominale (seguendo un modello comportamentale noto come *the second best choice*) a esprimere il voto per la parte proporzionale in favore di una lista diversa da quella che sarebbe stata altrimenti preferita secondo l'orientamento politico, culturale e ideale dello stesso elettore.

Sicuramente problematica e critica appare la previsione che ciascuna lista, anche se collegata ad altre liste, indichi un proprio programma e un proprio *leader*, poiché la mancanza di un *leader* e di un programma comuni non consente di parlare di vere e proprie coalizioni politiche, trattandosi, piuttosto, di semplici cartelli elettorali.

La disfunzionalità del sistema elettorale sinora brevemente descritto, appare ancora più evidente considerando che un partito di un cartello elettorale, nel caso lo stesso cartello non raggiungesse la maggioranza dei seggi in entrambe le camere parlamentari, potrebbe dopo le elezioni concorrere a formare delle maggioranze parlamentari con forze diverse e non rientranti nel medesimo cartello. Sicché, parlamentari di tale partito, eletti nei collegi uninominali anche da elettori di altre liste del medesimo cartello, andrebbero a formare una maggioranza con forze politiche non gradite a tali elettori con un programma sensibilmente diverso da quello presentato in campagna elettorale¹²⁴⁶.

Le criticità e problematicità sopra evidenziate si sono tutte palesate con le elezioni politiche del 4.3.2018 che hanno prodotto nella attuale diciottesima legislatura una composizione tripartita delle assemblee parlamentari, senza una maggioranza politica corrispondente a

¹²⁴⁶ Sul sistema elettorale introdotto dalla legge 3 novembre 2017 n. 165 cfr., in particolare, L. Trucco, *Elezioni politiche 2018: come funziona il Rosatellum bis. Il sistema elettorale spiegato dagli Esperti*, in P. Costanzo, A. Ruggeri, L. Trucco (a cura di), *Gli speciali, Giurisprudenza italiana*, 2018.

liste o cartelli presentati agli elettori.

Ne è conseguita, a inizio legislatura, una estrema difficoltà nella formazione di un nuovo governo. Alla fine, è stata costituita una maggioranza formata da una lista che concorreva da sola alle elezioni e che aveva ottenuto il trentadue per cento dei voti nonché da una lista che aveva ottenuto il diciotto per cento dei voti e che faceva parte di un cartello elettorale ricomprensivo altre due liste, relegate all'opposizione. Si tratta di una maggioranza improvvisata, anzi esclusa espressamente da entrambe le forze politiche alla vigilia delle elezioni, senza un *leader* comune, senza un programma di governo vero e proprio, con un presidente del consiglio estremamente debole poiché del tutto ignoto agli elettori prima della sua nomina e che non ha la *leadership* di nessuno dei due partiti della maggioranza. Si è corso, del resto, il serio rischio di dover constatare l'impossibilità di formare una maggioranza parlamentare in grado di sostenere un governo. Situazione che avrebbe determinato la consequenziale necessità di tornare alle urne dopo pochi mesi dalle elezioni, senza neppure la garanzia di risoluzione della situazione di stallo, ben potendo la nuova consultazione, effettuata col medesimo sistema elettorale, riprodurre gli stessi risultati, o quasi, rispetto alla consultazione precedente. La crisi del bipolarismo, accentuata dal nuovo sistema elettorale, ha così posto fine alla fase quasi contrappositiva del parlamentarismo italiano, aprendo una nuova fase compromissoria. Nel mutato contesto, la difficoltà di fare sintesi tra le due componenti della maggioranza, come già sopra sottolineato, non ha consentito di pervenire a un programma di governo completo, omogeneo, organico e soprattutto che corrispondesse interamente agli impegni assunti con gli elettori dalle forze politiche di maggioranza.

La difficile negoziazione tra Lega e Movimento 5 stelle ha infine prodotto un accordo che si è materializzato in un contratto, pomposamente denominato "Contratto per il governo del cambiamento", formalmente sottoscritto dinanzi a un notaio dai leader delle due forze politiche, rispettivamente Matteo Salvini e Luigi Di Maio.

Il "Contratto per il governo del cambiamento" si compone di trenta paragrafi per cinquantasette pagine complessive. Quello che emerge da una attenta analisi dei contenuti del contratto è la mancanza di una linea di indirizzo politico univoca che possa essere ricondotta a un'ispirazione culturale e/o ideologica omogenea. Piuttosto, si tratta di punti disorganici, difficilmente traducibili in un'azione politica coerente e concreta. Appare evidente come il testo sia il frutto di una serie di scambi sinallagmatici tra diversi obiettivi

programmatici, ciascuno dei quali chiaramente ascrivibile al programma elettorale di uno dei due contraenti e non rientrante nelle proposte politiche dell'altro. Insomma, appare evidente la mancanza di una sintesi, trattandosi, piuttosto, di un agglomerato di obiettivi programmatici specifici e settoriali, difficilmente componibili in un quadro sistematico e completo.

Le dichiarazioni programmatiche sulla base delle quali il governo Conte ha chiesto e ottenuto la fiducia sono sostanzialmente speculari nei contenuti rispetto al "Contratto per il governo del cambiamento". In ogni caso, sia i componenti del governo, sia le forze parlamentari, si riferiscono continuamente al contratto, anziché al programma di governo o ai successivi atti parlamentari di indirizzo politico, sia per valutare il rendimento dell'azione di governo, sia per scrutinare tra proposte sostenibili o meno da parte della maggioranza.

I vincoli e le rigidità derivanti dall'ancoramento della dialettica di maggioranza alle clausole del contratto rendono più difficile la ricerca di soluzioni politiche condivise e attuabili. Le questioni non previste dal contratto, infatti, vengono automaticamente etichettate come non prioritarie e accantonate. D'altra parte, il mutamento delle condizioni di contesto e la mancanza dei presupposti per l'adozione di misure incluse nel contratto, vengono considerati irrilevanti ai fini dell'attuazione del programma perché ciascuno dei contraenti pretende, in ogni caso, dalla controparte l'adempimento delle obbligazioni assunte con la sottoscrizione del documento.

Ne derivano continue liti e tensioni nei rapporti infragovernativi, oltre che nella dialettica tra governo e parlamentari della maggioranza, che mettono continuamente a rischio la stabilità del governo e che rendono difficile svolgere un'azione di governo efficace ed efficiente.

Certo, la vicenda del *Contratto per il governo del cambiamento* è anche servita a disvelare il carattere retorico della qualificazione dei parlamentari come semplici portavoce dei cittadini. Si è formata un'alleanza che si era sempre negata in campagna elettorale. Si è firmato un contratto di governo con contenuti in parte del tutto estranei al programma elettorale. Né si può ritenere che l'approvazione del contratto di governo da parte di poche migliaia di iscritti su un sito *web* possa avere un valore equipollente a quello di una manifestazione di voto da parte di milioni di elettori.

Il vincolo di mandato che si continua a chiedere, quindi, non è quello tra parlamentari ed

elettori ma, piuttosto, quello tra parlamentari e dirigenti del movimento politico di appartenenza.

Mentre, sinora, del tutto fisiologicamente e opportunamente, la rappresentanza parlamentare ha funzionato in quel movimento, in senso conforme all'esperienza parlamentare italiana del periodo repubblicano, attraverso l'intermediazione del partito.

5. Riflessioni conclusive.

L'esperienza del contratto di governo nella versione realizzata all'inizio della corrente legislatura presenta luci e ombre.

Va considerata comunque positiva la stipula di clausole negoziali nella misura in cui ha consentito alle forze politiche contraenti di superare le reciproche diffidenze e di riuscire a formare una maggioranza di governo nonostante le nette differenze programmatiche.

Gli aspetti negativi, come si è tentato di sottolineare, risiedono nella incoerenza e incompletezza dei contenuti, oltre che nella rigidità delle soluzioni convenute, non sempre ragionevoli e attuabili.

La comparazione, da questo punto di vista, potrebbe forse offrire degli elementi di riflessione utili per una valutazione critica della nostra esperienza e per la individuazione di utili correttivi in prospettiva futura.

In Germania, ad esempio, cristiano democratici e socialdemocratici, proprio grazie alla stipula di un contratto di governo, sono riusciti a formare una grande coalizione in grado di sostenere un esecutivo federale stabile ed efficiente, nonostante entrambi i partiti avessero escluso recisamente tale eventualità durante la campagna elettorale.

Tuttavia, l'esperienza tedesca mostra significative differenze con quella italiana. Invero, in Germania sono stati necessari diversi mesi prima che si addivenisse a un testo definitivo del contratto, perché si è voluto redigere un testo coerente, organico e completo, che affrontasse nel dettaglio tutte le questioni politiche, con riferimento a tutti gli ambiti tematici e a tutti i dicasteri. Ne è venuto fuori un testo molto corposo e ponderato che rappresenta una sintesi armoniosa tra le proposte politiche dei due *partner* di governo. Sicché, non è facile distinguere tra contenuti ascrivibili a un partito e contenuti da attribuire all'altro. Tanto che ciascuno dei partiti di maggioranza riconosce tutte le proposte

programmatiche inserite nel contratto come proprie.

Ovviamente, un risultato come quello tedesco presuppone, a monte, che ci sia stata un'elaborazione programmatica approfondita e seria, da parte di ciascun contraente, su tutte le questioni da affrontare. Inoltre, presuppone che le forze politiche contraenti, pur essendo state contrapposte durante la campagna elettorale, abbiano un orizzonte comune di principi e di valori, tanto da riconoscersi e legittimarsi reciprocamente.

Tali condizioni e presupposti, in effetti, non sembravano sussistere nel nostro Paese ma forse si sarebbe potuto optare per una soluzione tecnicamente diversa, come un accordo quadro, un insieme di affermazioni programmatiche di principio molto generali che costituissero una cornice entro la quale iscrivere le contrattazioni sui singoli *dossier*, procedimentalizzando la negoziazione e stabilendo una serie di criteri di metodo. Insomma, si sarebbe potuto pensare, volendo ricorrere alle categorie civilistiche, a un contratto di durata che non definisse nel dettaglio le soluzioni prescelte una volta e per sempre, ma che attraverso disposizioni a maglie larghe stabilisse un *modus vivendi* della coalizione.

Abstract: L'esperienza del contratto di governo nella versione realizzata all'inizio della corrente legislatura presenta luci e ombre. Va considerata comunque positiva la stipula di clausole negoziali nella misura in cui ha consentito alle forze politiche contraenti di superare le reciproche diffidenze e di riuscire a formare una maggioranza di governo nonostante le nette differenze programmatiche. Gli aspetti negativi risiedono nella incoerenza e incompletezza dei contenuti, oltre che nella rigidità delle soluzioni convenute, non sempre ragionevoli e attuabili. La comparazione, da questo punto di vista, potrebbe forse offrire degli elementi di riflessione utili per una valutazione critica della nostra esperienza e per la individuazione di utili correttivi in prospettiva futura. In Germania, ad esempio, cristiano democratici e socialdemocratici, proprio grazie alla stipula di un contratto di governo, sono riusciti a formare una grande coalizione in grado di sostenere un esecutivo federale stabile ed efficiente, nonostante entrambi i partiti avessero escluso recisamente tale eventualità durante la campagna elettorale.

Abstract: The experience of the government contract in the version created at the beginning of the current legislature presents lights and shadows. However, the stipulation of negotiating clauses should be considered positive insofar as it has allowed the contracting

political forces to overcome mutual mistrust and to be able to form a government majority despite the clear programmatic differences. The negative aspects, as we have attempted to underline, lie in the inconsistency and incompleteness of the contents, as well as in the rigidity of the agreed solutions, which are not always reasonable and feasible. The comparison, from this point of view, could perhaps offer useful elements for reflection for a critical evaluation of our experience and for the identification of corrective profits in the future. In Germany, for example, Christian Democrats and Social Democrats, thanks to the stipulation of a government contract, managed to form a large coalition capable of supporting a stable and efficient federal executive, despite the fact that both parties had ruled out this eventuality during the election campaign.

Parole chiave: Forma di governo parlamentare – maggioranza parlamentare – coalizione di governo – programma di governo – contratto di governo.

Key words: parliamentary government – parliamentary majority – government coalition – government program – government contract.

LAS ELECCIONES DEL 28 DE ABRIL (Y 26 DE MAYO): REFLEXIONES SOBRE LA FORMA DE GOBIERNO Y SOBRE EL SISTEMA DE PARTIDOS*.

di Luis Pomed Sánchez**

Sommario. 1. La exposición de los datos: resultados electorales. – 1.1 Resultados de las elecciones generales de 28 de abril de 2019. – 1.2. Resultados de las diferentes elecciones celebradas el 26 de mayo de 2019. – 2. Reflexiones sobre las campañas electorales españolas de 2019. – 2.1. La discutible pervivencia del “voto rogado”. – 2.2. Algunos signos de agotamiento del sistema electoral español. A) Sombras del actuar de las juntas electorales y dilaciones en el contencioso-electoral. B) La conveniencia de revisar el voto no presencial y algunas limitaciones de las campañas electorales (difusión de encuestas y “jornada de reflexión”). – 3. Reflexiones a partir de los resultados electorales. – 3.1. Reflexiones sobre los resultados de las elecciones generales, autonómicas y locales. A) Impacto sobre el sistema de partidos: pervivencia de un bipartidismo debilitado y aparición de nuevas formaciones políticas. B) Impacto sobre la forma de gobierno: las dificultades para formar gobiernos. – 3.2. Una breve reflexión sobre las elecciones europeas: la necesidad de una política constitucional europea.

631

1. 1. La exposición de los datos: resultados electorales

1.1 Resultados de las elecciones generales de 28 de abril de 2019¹²⁴⁷.

El pasado domingo, día 28 de abril de 2019, se celebraron en España elecciones generales al Congreso de los Diputados (350 escaños) y al Senado (208 escaños)¹²⁴⁸. Votaron un total de 26.361.256 electores, lo que supone que la participación alcanzó un 75,75 por 100, porcentaje ligeramente superior a la media de las elecciones generales celebradas en España desde las constituyentes de 15 de junio de 1977, que se sitúa en el 72,81 por 100¹²⁴⁹.

* *Sottoposto a referaggio.*

** Letrado del Tribunal Constitucional. Profesor de Derecho Administrativo – Universidad de Zaragoza.

¹²⁴⁷ Los datos están tomados del portal de internet del diario “El País” (<https://resultados.elpais.com/elecciones/generales.html>), hallándose igualmente disponibles en el portal abierto por el Ministerio del Interior <https://www.generales2019.infoelecciones.es/>.

¹²⁴⁸ El Senado español tiene una composición mixta: 208 senadores por elegidos por sufragio (sistema mayoritario plurinominal) en 59 circunscripciones, del siguiente modo: cuatro senadores por cada una de las provincias de la península; tres por las islas mayores (Mallorca, Gran Canaria y Tenerife); uno por cada una de las islas de Ibiza-Formentera, Menorca, Fuerteventura, La Gomera, El Hierro, Lanzarote y La Palma y dos por cada una de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. Los otros 58 senadores son designados por las comunidades autónomas: uno por cada comunidad autónoma y otro más por cada millón de habitantes de su territorio, designados por los parlamentos autonómicos siguiendo el procedimiento previsto en el estatuto de autonomía y en el reglamento parlamentario.

¹²⁴⁹ Entre las elecciones constituyentes (que no se convocaron expresamente con este carácter) de 15 de junio de 1977 y las elecciones legislativas de 28 de abril de 2019, en España se han celebrado un total de catorce

La inmensa mayoría de los escaños en disputa fueron para formaciones políticas de implantación nacional: 312 sobre el total de 350 diputados, correspondiendo los 38 escaños restantes a candidaturas autonómicas de distinta índole¹²⁵⁰. De esos 312 escaños, 165 fueron para candidaturas de izquierdas (132 para el Partido Socialista Obrero Español: PSOE, y 42 para Unidas Podemos) y 147 para las derechas (66 Partido Popular: PP; 57 Ciudadanos y 24 Vox).

Por lo que respecta al Senado, el sistema mayoritario benefició claramente al PSOE, que se alzó con la victoria y con el dominio de la cámara territorial al obtener 121 senadores; el PP logró 56, confirmándose así un vuelco respecto de las elecciones de 2016, donde el PSOE apenas logró 43 senadores y el PP subió hasta los 130. Las demás candidaturas obtuvieron unos resultados marginales, con la sola excepción de *Esquerra Republicana de Catalunya-Sobiranistes*, y el Partido Nacionalista Vasco que se hicieron con 11 y 9 escaños respectivamente de la “cámara alta”¹²⁵¹.

1.2. Resultados de las diferentes elecciones celebradas el 26 de mayo de 2019.

En un intento de racionalizar los distintos procesos electorales existentes en España, la Ley Orgánica 8/1991, de 13 de marzo, optó por aglutinar —cada cuatro años— en el cuarto domingo de mayo las elecciones locales y autonómicas de aquellas regiones en cuyo estatuto de autonomía no se prevea la posibilidad de disolución anticipada de los

elecciones generales al Congreso de los Diputados y al Senado. Las elecciones con mayor participación fueron las de octubre de 1982 (79,97 por 100), que dieron una arrolladora victoria al Partido Socialista Obrero Español, seguidas de las propias elecciones de 1977 (78,83 por 100). Las elecciones con participación más baja fueron las de 1979 (67,43 por 100) y noviembre de 2011 (68,94 por 100).

¹²⁵⁰ Estos 38 escaños se adjudicaron del siguiente modo: 22 diputados para candidaturas independentistas de Cataluña (15 *Esquerra Republicana de Catalunya-Sobiranistes*, con 1.015.355 de votos, el 3,89 por 100 del total; 7 de *Junts per Catalunya*, con 497.638 votos, el 1,91 por 100); 10 diputados para partidos nacionalistas vascos (6 del Partido Nacionalista Vasco, que obtuvo 394.627 votos, el 1,51 por 100 y 4 de EH Bildu, representación de la llamada *izquierda abertzale* o independentista, con 258.840 votos, el 0,99 por 100); 3 para partidos regionalistas (2 de Coalición Canaria, con 137.196 votos, el 0,53 por 100 y 1 del Partido Regionalista de Cantabria, que obtuvo 52.197 votos, el 0,2 por 100) y otros tres para coaliciones electorales territoriales que agrupaban a partidos nacionales y autonómicos (2 para Navarra Suma, coalición conservadora que integraba al Partido Popular, Ciudadanos y Unión del Pueblo Navarro y obtuvo 107.124 votos, el 0,41 por 100 y 1 para *Compromís 2019*, coalición de izquierdas valencianas que obtuvo 172.751 votos, el 0,66 por 100).

¹²⁵¹ Ciudadanos logró 4 senadores; Navarra Suma (la coalición electoral conservadora de Navarra), 3; *Junts per Catalunya*, 2 y tanto la Agrupación Socialista de La Gomera como EH Bildu obtuvieron un senador cada uno. Ni Unidas Podemos ni Vox obtuvieron una sola acta de senador por elección directa de los ciudadanos.

parlamentos autonómicos. Esto explica la coincidencia de elecciones locales (municipales¹²⁵²) y autonómicas el 26 de mayo de 2019. Como quiera que, además, ese mismo día se celebraron elecciones al Parlamento Europeo, la consecuencia fue la acumulación de tres procesos electorales muy diferentes.

Las elecciones locales dieron como vencedor, en términos de votos y concejales, al PSOE, que obtuvo 6.685.420 votos (29,34 por 100), seguido por el PP, con 5.148.808 votos (el 22,60 por 100). El tercer partido más votado fue Ciudadanos (1.987.454, el 8,72 por 100), en tanto que Vox consiguió 813.282 votos (el 3,57 por 100) y los movimientos situados a la izquierda del PSOE no lograron conformar candidaturas conjuntas, lo que condicionó sus resultados finales¹²⁵³. La participación fue del 68,23 por 100, siete puntos por debajo de la alcanzada en las generales celebradas en abril.

En cuanto a las elecciones autonómicas, debe tenerse presente que las elecciones en la Comunidad Valenciana se celebraron el 28 de abril de 2019, resultando vencedora la candidatura del PSOE. De las otras doce comunidades autónomas que celebraron elecciones parlamentarias el 26 de mayo, el PSOE fue el partido más votado en diez (Aragón, Asturias, Canarias, Castilla-La Mancha y Castilla y León, Baleares, Extremadura, La Rioja, Madrid y Murcia), el Partido Regionalista de Cantabria logró la victoria en Cantabria y la coalición conservadora Navarra Suma hizo lo mismo en Navarra¹²⁵⁴.

El Partido Socialista también ganó las elecciones europeas, que alcanzaron una participación del 64,30 por 100, ligeramente inferior a la correspondiente a las locales y autonómicas. El PSOE obtuvo 20 de los 54 escaños de España; el PP, 12; Ciudadanos, 7; Podemos-Izquierda Unida logró 6 diputados y Vox, 3. Ahora Repúblicas, coalición de partidos de ámbito autonómico entre los que destacan *Esquerra Republicana de Catalunya* y EH Bildu, se alzó con 3 escaños; *Junts per Catalunya* obtuvo 2 y el diputado restante fue

¹²⁵² La Constitución española contempla como entidad local necesaria el municipio y además garantiza la autonomía de las provincias y las islas (canarias y baleares). En el caso de las provincias, son gobernadas por diputaciones de elección indirecta (los diputados provinciales son elegidos por los concejales de cada formación política en función de su representación en los municipios que integran la provincia) y en el de las islas, los consejos insulares baleares y los cabildos canarios son objeto de elección directa por los ciudadanos residentes en cada una de las islas.

¹²⁵³ Los resultados de las elecciones municipales pueden consultarse tanto en el portal del diario “El País” (<https://resultados.elpais.com/elecciones/2019/municipales/>), como en el del Ministerio del Interior (<https://resultados.eleccioneslocalesuropeas19.es/#/es/mun/resultados/total>). Ambos portales ofrecen los resultados agregados.

¹²⁵⁴ Los datos se toman del portal de internet del diario “El País” (https://elpais.com/tag/elecciones_municipales/a).

para Coalición por una Europea Solidaria, que aunó al Partido Nacionalista Vasco y Coalición Canaria.

2. Reflexiones sobre las campañas electorales españolas de 2019

2.1 La discutible pervivencia del “voto rogado”.

La Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, modificó la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) en diversos puntos, incluyendo la introducción del denominado “voto rogado” para los españoles residentes en el extranjero. Se trataba de combatir los denominados “empadronamientos fraudulentos o de conveniencia” (expresión cuya similitud con los “matrimonios de conveniencia” es conscientemente buscada) con fines electorales.

A riesgo de incurrir en la simplificación podemos indicar que el origen del fenómeno debe buscarse en la existencia de comunidades de emigrantes españoles en distintos países latinoamericanos y europeos (particularmente, Francia, Bélgica y Alemania). Se trata de emigrantes de primera, segunda y hasta tercera generación, que no han perdido —y en ocasiones han recuperado— sus vínculos con el país de origen, al tiempo que han establecido otros con el país de acogida, de modo que puede afirmarse que, particularmente gracias a las redes sociales y a las posibilidades que le brindan los medios informáticos, viven en ambos al mismo tiempo¹²⁵⁵.

Los problemas surgieron al constatarse que en determinados casos el número de emigrantes (y sus descendientes) superaba con creces al de quienes permanecieron en las localidades de origen; de modo que la decisión final sobre el color político del gobierno local la tomaban en la práctica quienes vivían a cientos, por no decir miles de kilómetros de distancia: quienes se marcharon buscando un futuro mejor (o sus descendientes) acabaron decidiendo el gobierno de quienes se quedaron en tierras españolas, sin correr el riesgo de padecer las consecuencias de un eventual error de elección.

La solución adoptada consistió en limitar el ejercicio del derecho de sufragio activo exclusivamente a quienes mostraran un auténtico interés y eran capaces de superar la

¹²⁵⁵ A este nuevo fenómeno ha hecho referencia T. Garton Ash, *Free Speech. Ten Principles for a Connected World*, Atlantic Books, 2017, p. 11.

carrera de obstáculos que la administración exterior ponía en su camino a las urnas. No es solo que la técnica del “voto rogado” dificultara enormemente el derecho fundamental a la participación política de quienes conservaban la ciudadanía española; se trataba de un mecanismo de “abstención inducida”¹²⁵⁶. De modo que para evitar tanto empadronamientos fraudulentos como la sobrerrepresentación de los ausentes, las principales fuerzas políticas acordaron en 2011 que los emigrantes solo pudieran ejercer su derecho al voto previa petición (de acuerdo con el art. 75.1 LOREG, los españoles residentes en el extranjero “deberán formular mediante impreso oficial la *solicitud de voto* dirigida a la correspondiente Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral”), desalentando así no solo las prácticas fraudulentas sino el ejercicio mismo de este derecho fundamental de los españoles residentes en el extranjero.

El panorama ha adquirido tintes sombríos por efecto de la Gran Recesión iniciada en 2008 y que causó tanto un incremento de retornos de inmigrantes procedentes de otros países residentes en España como de salidas de españoles —particularmente, jóvenes con formación académica— al extranjero¹²⁵⁷. La exigencia del voto rogado hizo imposible que estas personas ejercieran su derecho al voto por la complejidad de un mecanismo que hace recaer sobre los ciudadanos la carga de levantar los obstáculos para el ejercicio de su derecho fundamental a la participación política y por la ineficacia de una administración electoral, en este caso en su vertiente exterior, que no ha podido estar a la altura de las exigencias de una democracia avanzada¹²⁵⁸. La toma de conciencia de esta realidad se plasmó en la presentación por el Grupo Parlamentario Socialista de una proposición de ley de reforma de la LOREG para derogar el sistema de voto rogado y volver a hacer recaer sobre la administración electoral el peso de facilitar la participación de los españoles en el exterior. La disolución de las cámaras parlamentarias y la convocatoria de elecciones

¹²⁵⁶ Al respecto, J. Antòn Merino, *La reforma del artículo 75 de la LOREG como mecanismo de abstención inducida*, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 32 (2015), p. 51 y ss. (versión digital: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/viewFile/6435/8026>).

¹²⁵⁷ La revista *Panorama Social*, editada por la Fundación de las Cajas de Ahorro (FUNCAS), publicó hace unos años un riguroso estudio sobre este fenómeno: A. Domingo y Amand Blanes, *La nueva emigración española: una generación perdida?* (disponible en versión digital: https://ced.uab.cat/wp-content/uploads/2016/09/Panorama-Social_2016_23_A.Domingo_A.Blanes.pdf).

¹²⁵⁸ La situación ha llegado al extremo de que el diario “El País” editorializaba el 13 de febrero de 2019 sobre ella con el expresivo título “Derecho robado. La ley actual hace casi imposible votar a quienes viven en el extranjero” (versión digital: https://elpais.com/elpais/2019/02/12/opinion/1549997588_712832.html). Por su parte, el periódico digital “Eldiario.es” ofreció un balance igualmente negativo del voto rogado en https://www.eldiario.es/politica/historia-voto-rogado_0_874912956.html.

generales hicieron decaer una iniciativa que por entonces contaba con el respaldo de todos los grupos de las Cortes Generales¹²⁵⁹.

Supuesto que no sea posible conformar Gobierno y deba acudir nuevamente al procedimiento de disolución automática de las cámaras parlamentarias del artículo 99.5 de la Constitución española, un número elevado de ciudadanos deberán volver a vencer los obstáculos del voto rogado para ejercer su derecho de sufragio. Una realidad difícilmente compatible con el mandato general de igualdad material del art. 9.2 y con el específico de protección de los trabajadores españoles en el exterior que figura en el art. 42, ambos de la Constitución.

2.2. Algunos signos de agotamiento del sistema electoral español.

El sistema electoral de un país no solo debe transformar la voluntad de sus ciudadanos en órganos de gobierno y representación política, sino que además ha de hacerlo de manera que no existan dudas sobre la correspondencia entre aquella y la titularidad (caso de órgano unipersonales) o conformación (los colegiados) de estos. Un juicio crítico sobre el sistema electoral español contemplado desde la perspectiva de sus antecedentes históricos y referentes comparados, no puede dejar de reconocer que viene cumpliendo razonablemente bien, por decir lo menos, ambas funciones¹²⁶⁰.

Dicho esto, conviene reparar en el hecho de que los procesos electorales que se han

¹²⁵⁹ El texto de la proposición de ley puede consultarse en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-370-1.PDF#page=1. Debe advertirse que ya al comienzo de la legislatura el propio Grupo Parlamentario Socialista había presentado otra iniciativa legislativa de similar contenido (http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-13-1.PDF#page=1). Esta misma iniciativa se había presentado en la breve XI Legislatura, que concluyó con la disolución automática de las cámaras parlamentarias en aplicación del artículo 99.5 de la Constitución española al ser imposible la formación de Gobierno (http://www.congreso.es/public_oficiales/L11/CONG/BOCG/B/BOCG-11-B-10-1.PDF#page=1). Es más, en la X Legislatura (2011-2016), se presentaron dos iniciativas legislativas dirigidas a acabar con el “Voto rogado”: una de ellas por el Parlamento de la Comunidad Autónoma de Galicia, región española con una fuerte presencia histórica en la emigración (http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/B/B_020-01.PDF#page=1) y la otra del Grupo Parlamentario Socialista (http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/B/BOCG-10-B-96-1.PDF#page=1). Bien puede afirmarse que el Partido Socialista, responsable directo de la introducción del voto rogado, se arrepintió pronto de haber tomado esta iniciativa, pero las complejidades y lentitudes del procedimiento legislativo le han impedido dar marcha atrás.

¹²⁶⁰ Para una presentación histórica, vid., por todos, Miguel Ángel PRESNO LINERA, “El sistema electoral español desde sus orígenes hasta la Constitución de 1978”, en la revista electrónica Historia constitucional, núm. 18 (2018), pp 89 a 121.

sucedido en los meses de abril y mayo de 2019 —legislativas primeras, europeas, autonómicas y locales, más tarde— han puesto de manifiesto la existencia de algunas deficiencias que en ocasiones pueden ser fruto del momento pero que en otras parecen apuntar a un cierto agotamiento del sistema. Como quiera que es exigencia insoslayable de toda democracia representativa, avanzada y de calidad que su sistema electoral esté sujeto a una revisión continuada, la concurrencia de esas deficiencias, de existir, no debe ser motivo de alarma sino estímulo de reflexión para la mejora de nuestro modelo electoral.

A) Sombras del actuar de las juntas electorales y dilaciones en el contencioso-electoral.

La actuación de la administración electoral (y del contencioso-electoral) no siempre ha estado a la altura en estos procesos electorales. Al respecto podemos citar tres supuestos de muy diversa índole.

En primer lugar, la actuación de la Junta Electoral Central en la proclamación de candidatos a las elecciones europeas. Una Junta muy dividida —al acuerdo formularon un voto particular el presidente, vicepresidente y dos vocales de la JEC, que cuenta con trece miembros— estimó los recursos promovidos por el Partido Popular y Ciudadanos y excluyó “a Carles Puigdemont Casamajó, Antoni Comín Oliveres y Clara Ponsatí Obiols como candidatos de la coalición electoral Lliures per Europa (JUNTS) en las elecciones para el Parlamento Europeo de 2019”¹²⁶¹. Frente a esta resolución, la candidatura afectada interpuso recurso ante contencioso-electoral, que dio lugar a un Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2019 de contenido peculiar pues si bien la Sala declaró que la competencia para conocer del recurso correspondía a un juzgado de lo contencioso-administrativo, que finalmente lo estimaría, este hecho no le impidió hacer algunas consideraciones sobre el fondo para despejar las dudas que pudieran existir sobre la eventual imputación directa a la legislación electoral española de una vulneración del derecho fundamental a la participación política. El

¹²⁶¹ El acuerdo puede consultarse en http://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/doctrina/acuerdos?packedargs=anyosesion=2019&idacuerdoinstruccion=67617&idsesion=935&template=Doctrina%252FJEC_Detalle.

Tribunal Supremo apuntó a una indebida interpretación extensiva de las causas de inelegibilidad que había seguido la JEC para excluir a los tres candidatos antes citados de las elecciones al Parlamento Europeo (la Junta había concluido que ninguno de ellos figuraba correctamente inscrito en el censo electoral español al haber sido declarados en rebeldía en la causa especial seguida ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo; debe hacerse notar que la Fiscalía rechazó esta forma de argumentar, señalando que la “rebeldía penal” no es causa de inelegibilidad en el Derecho electoral español).

En segundo lugar, la Junta Electoral Provincial de Asturias prohibió una manifestación que se pretendía celebrar el 25 de mayo, al tratarse de la llamada “jornada de reflexión” en la que, por haber finalizado la campaña electoral (art. 51.3 LOREG), no puede realizarse acto de propaganda ni de campaña electoral (art. 53.1 LOREG). En esta ocasión, la manifestación que se pretendía celebrar tenía como objetivo conmemorar los hechos del 25 de mayo de 1808, cuando los ciudadanos de Oviedo se alzaron contra las autoridades locales que pretendían reconocer la legitimidad de las tropas napoleónicas que habían invadido España. La Junta Electoral estableció una relación directa entre el ejercicio de un derecho fundamental político, como es el de reunión y manifestación, y la realización de actividad político-electoral, en una interpretación reduccionista del derecho fundamental concernido. Una interpretación que, conviene recordarlo, ya había sido rechazada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 96/2010, de 15 de noviembre, que otorgó el amparo a quienes, como sucede en la práctica totalidad de las ciudades del mundo, pretendían manifestarse en defensa de las mujeres el día 8 de marzo, “jornada de reflexión” previa a las elecciones generales y autonómicas que estaban convocadas para el 9 de marzo de 2008. En la medida en que esta manifestación, y lo mismo es predicable para la que se pretendía celebrar en Asturias, no solicitaba el voto para (o contra) ninguna de las candidaturas que concurrían al proceso electoral, no era aceptable la negación del ejercicio del derecho fundamental de reunión y manifestación.

Finalmente, parece oportuno constatar un cierto retraso en la resolución de los procesos contencioso-electorales planteados en relación con la proclamación de candidatos. Al menos por lo que se refiere a la posterior promoción y resolución de los recursos de amparo electoral ante el Tribunal Constitucional, debe decirse que nunca antes se había dilatado tanto la presentación de los recursos y la consecuente decisión sobre su admisión. Esas dilaciones se deben a una cierta relajación en el cumplimiento de los plazos procesales por

los juzgados de lo contencioso-administrativo de la que se deriva la imposibilidad, llegado el caso, de que las candidaturas recurrentes si eventualmente salen victoriosas del proceso judicial, dispongan de la totalidad del plazo de campaña electoral, algo que nunca antes había sucedido. Los plazos son perentorios y su incumplimiento por los jueces de lo contencioso puede deparar un claro perjuicio para el derecho a la participación política de los candidatos, habida cuenta de que las campañas electorales en España son extremadamente breves (quince días, por disposición del art. 51.2 LOREG), cualquier retraso coloca al candidato perjudicado en una posición de desventaja temporal para realizar actos de campaña y pedir el voto a los electores.

B) La conveniencia de revisar el voto no presencial y algunas limitaciones de las campañas electorales (difusión de encuestas y “jornada de reflexión”).

Una vez más, el voto por correo ha generado inconvenientes y molestias a los electores, quienes se han visto obligados a guardar largas colas para poder ejercer de manera anticipada su derecho fundamental a la participación política. También aquí se comprueban las consecuencias nefastas que han tenido unas políticas de eliminación de servicios públicos; en este caso, de reducción de empleados y oficinas de Correos.

Por otro lado, persisten las resistencias a la implantación generalizada del voto electrónico, una alternativa que se ha movido habitualmente entre la ciberuforia y la ciberangustia (o, cuando menos, el ciberescepticismo). Ni que decir tiene que la proliferación de *fake news* y las sospechas de intervenciones maliciosas de potencias extranjeras en recientes procesos electorales (USA, Francia...) y en consultas populares (destacadamente, el *Brexit*), no han ayudado precisamente al efectivo despliegue del voto electrónico. No obstante, la ralentización del proceso quizás tenga como efecto beneficioso inducido la implantación de sistemas de votación dotados de mayor fiabilidad y menos vulnerables a ataques informáticos¹²⁶².

En cuanto a los canales de información de los electores, parecería conveniente regular los debates entre candidatos, revisar la prohibición de difusión de encuestas en la última

¹²⁶² Sobre el protocolo de ciberseguridad aplicado a las elecciones generales del 28 de abril pasado, https://elpais.com/politica/2019/03/14/actualidad/1552571931_168409.html.

semana de campaña e incluso la existencia misma de la llamada “jornada de reflexión” que sirve de puente entre el final de campaña y la jornada electoral.

La experiencia española de debates televisivos entre candidatos no ha sido precisamente rica ni feliz. Recuperada la democracia en 1977, hubo que esperar hasta 1993 para que se celebraran los primeros debates “cara a cara” entre los candidatos de los dos principales partidos: Felipe González por el PSOE y José María Aznar por el PP. Pasaron luego quince años sin debates hasta que se consolidaron en las elecciones generales de 2008 (entonces se opusieron José Luis Rodríguez Zapatero, por el PSOE, y Mariano Rajoy Brey por el PP). En las elecciones de 2016 y 2019 se ha pasado de los “cara a cara” a los debates a cuatro, al incorporarse las nuevas formaciones: Podemos, de izquierdas, y Ciudadanos, de centro-derecha. La celebración de los debates depende de la buena voluntad de los candidatos, que no dudan en hacer de las reglas del propio debate campo de batalla en el que perjudicar a sus adversarios. No parece, como por lo demás es común en otras democracias, que los debates hayan tenido un peso decisivo en el resultado final de las elecciones, con excepción, si acaso, de los celebrados en 1993¹²⁶³. Indudablemente, si por una parte la celebración de estos debates televisivos aproximan a candidatos y electores, por otra propende a la agudización de la personalización de la política¹²⁶⁴. Los sistemas parlamentarios, basados en los grupos y en la negociación, se distorsionan con la introducción de mecanismos que hacen especialmente visibles a los líderes y que llevan a los ciudadanos a confundir el objeto mismo de la elección, que no es el titular de la presidencia del Gobierno (órgano unipersonal) sino los miembros de las cámaras parlamentarias (órganos colegiados).

Como ya se ha indicado, las campañas electorales en España son breves: apenas quince días por disposición expresa de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (art. 51.2). De esos quince días, durante los últimos cinco no es posible la difusión de encuestas electorales, una prohibición que resulta sumamente fácil de burlar en los tiempos de Internet. No acaba de entenderse muy bien que se mantenga una prohibición que hace de

¹²⁶³ Del primero de los dos debates celebrados en 1993 salió claramente ganador el candidato de la oposición: José María Aznar; sin embargo, el segundo se saldó con una clara victoria para el candidato del partido gobernante, Felipe González. Hasta el punto de que la pírrica victoria luego obtenida en las urnas por el PSOE se explica en muchos casos por el excelente papel del candidato socialista en el segundo debate. No deja de ser ilustrativo el hecho de que, pese a ganar el primero de los debates, José María Aznar rechazara después, cuantas veces se presentó a las elecciones, la celebración de nuevos “cara a cara”.

¹²⁶⁴ Al respecto, P. Rosanvallon, *Le bon gouvernement*, 2015, Éditions du Seuil, París.

las encuestas una especie de *arcana imperii* desconocidos para todos salvo para los propios candidatos, halo de misterio que no se corresponde con el escaso acierto que, por lo común y comprensiblemente, acreditan los sondeos electorales.

Tanto la prohibición de difusión de encuestas como la “jornada de reflexión” parten de una desconfianza notable hacia unos electores a los que se considera fáciles de influir y sujetos a pasiones electores como aquellas que motivan en otros países la imposición de la “ley seca” durante la jornada electoral. Es lo cierto, sin embargo, que los procesos electorales españoles se han venido caracterizando desde 1977 por la baja conflictividad y la ausencia de incidentes dignos de mención. Siendo ello así, no parece que el mantenimiento de estas limitaciones a la acción electoral supere un juicio de proporcionalidad mínimamente estricto.

3. Reflexiones a partir de los resultados electorales.

Expuestos a grandes rasgos los resultados de las distintas elecciones celebradas en España en los meses de abril y mayo de este año 2019 y apuntadas algunas deficiencias que han podido aquejar a un sistema electoral que, por lo demás cumple satisfactoriamente las exigencias lógicas de previsibilidad y confianza, parece oportuno centrarse en las consecuencias de esas mismas elecciones. Dicho de otro modo, es llegado el momento de examinar los resultados que han arrojado desde la doble perspectiva de su impacto sobre el sistema (mejor, los distintos sistemas) de partidos español y la formación de gobierno (*rectius*: gobiernos). A este respecto convendrá reiterar, una vez más, que la función primordial de un sistema electoral radica en la traducción de las preferencias ciudadanas en la titularidad de las instituciones de gobierno, transformación que exige la preservación de un delicado equilibrio entre la equivalencia de votos y resultados (requisito de proporcionalidad) y la capacidad para formar gobiernos estables (requisito de sostenibilidad)¹²⁶⁵.

¹²⁶⁵ El requisito de proporcionalidad hace referencia a la eficiencia inclusiva del sistema. En este sentido, parece evidente que un sistema electoral marcadamente mayoritario, como pueden ser el británico o el estadounidense, dejará fuera del circuito de la representación a una parte notable de la población. La aplicación del criterio conforme al cual “el ganador se lo lleva todo” obliga a los ciudadanos a alinearse en bloques potencialmente ganadores, de modo que los procesos electorales se asemejan a una consulta plebiscitaria de “todo o nada”. Consecuentemente, no pocos de los debates públicos se dilucidan fuera del

3.1. Reflexiones sobre los resultados de las elecciones generales, autonómicas y locales.

Los resultados electorales antes reseñados han dejado sentir su huella tanto sobre el sistema (y sus subsistemas) español de partidos, como en la formación del gobierno (de gobiernos). En cuanto a lo primero, destaca el paso del bipartidismo a la división en bloques izquierda-derecha integrados por varias formaciones políticas. Respecto de lo segundo, la pérdida del predominio del PSOE en la izquierda del arco parlamentario y del PP en su derecha, amenaza con convertir en tarea casi imposible la formación de gobierno. El efecto combinado de ambos fenómenos puede ser la transformación subrepticia de nuestro sistema político, de modo que el sistema parlamentario con ejecutivo reforzado vaya mutando hacia un presidencialismo efectivo. La personalización de la política, el surgimiento de partidos personalistas y la defensa de algunas propuestas políticas, como la atribución de la presidencia del gobierno al candidato de la formación política más votada (remedo de la propuesta de elección directa del alcalde), contribuyen a ello en no poca medida.

A) Impacto sobre el sistema de partidos: pervivencia de un bipartidismo debilitado y aparición de nuevas formaciones políticas

El sistema español de partidos nacido de las elecciones —materialmente— constituyentes de 1977 ha sido calificado como un *bipartidismo imperfecto*¹²⁶⁶. Podría hablarse de un bipartidismo fuerte a la par que imperfecto.

La fortaleza del bipartidismo español se refleja claramente en la concentración de voto en

ámbito de la representación política, convirtiéndose no en elecciones de preferencias públicas sobre bienes morales sino en procesos donde se decide quién tiene razón/qué parte es titular del derecho digno de mayor protección.

¹²⁶⁶ Ó. Sánchez Muñoz, *El fin (momentáneo) del bipartidismo en España: análisis de los resultados electorales de 2015 y 2016*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 109 (2017), p. 237 y ss., a quien seguimos en este epígrafe.

los dos principales partidos en las sucesivas convocatorias electorales habidas entre 1977 y 2015. En las elecciones de junio de 1977, los principales partidos (Unión del Centro Democrático y PSOE), lograron el 63,76 por 100 de los votos válidos y estas mismas formaciones políticas se alzaron con el 65,24 por 100 de votos en 1979. Desaparecida la UCD y sustituida en el polo conservador primero por Alianza Popular (AP) y desde 1989 por el Partido Popular (PP), los dos partidos mayoritarios sumaron el 74,47 por 100 del voto en 1982; el 70,03 por 100 en 1986; el 65,39 por 100 en 1989; 73,54 por 100 en 1993; 76,42 por 100 en 1996; 78,68 por 100 en el año 2000; 80,30 por 100 en 2004, hasta alcanzar el máximo histórico en 2008, cuando el PSOE y el PP lograron nada menos que el 83,81 por 100 de los votos válidos. Desde entonces, el bipartidismo ha sufrido una caída constante, pues en las elecciones de noviembre de 2015 apenas logró el 50,71 por 100 de los votos, castigado por la irrupción de nuevas fuerzas políticas (Podemos y Ciudadanos); tras la relativa recuperación de las elecciones de junio de 2016, en las que los dos principales partidos se hicieron con el 55,64 por 100 de los votos válidos, las elecciones generales de abril de 2019 han supuesto un nuevo mínimo histórico, cayendo el porcentaje al 45,38 por 100, el registro más bajo de la historia. En esta ocasión, a las dos fuerzas políticas aparecidas en 2015 se ha unido una nueva formación: Vox, que ha buscado el voto más conservador, cuando no reaccionario, y ha mermado los resultados electorales del PP. La primera imperfección del bipartidismo español radica en la incapacidad de las dos principales fuerzas políticas para monopolizar la representación de su espacio ideológico. El propio texto constitucional fue elaborado por un Parlamento en el que el espacio de la izquierda estaba ocupado por el Partido Socialista y el Partido Comunista, en tanto que el espectro del centro-derecha lo compartían la UCD y Alianza Popular. La historia de la democracia española desde 1978 ha sido, en gran medida, la historia de la ocupación del espacio político por actores con vocación de exclusividad; un fenómeno más evidente en la izquierda que en la derecha.

La izquierda contaba con una tradición histórica de predominio del Partido Socialista, que se remonta al menos a la experiencia democrática de la segunda República (1931-1936), donde el polo de las izquierdas tomaba la forma de una conjunción republicano-socialista reducida (elecciones de 1931) o ampliada con la denominación de *Frente Popular* (elecciones de 1936). La recuperación de la democracia en 1977 volvió a colocar en primer plano de las preferencias del electorado de izquierdas al PSOE, en tanto el Partido

Comunista quedó condenado a la marginalidad que históricamente había tenido¹²⁶⁷. Ni el antiguo Partido Comunista, luego transformado en Izquierda Unida, ni el moderno Podemos han logrado materializar el siempre avanzado *sorpasso* en el voto de izquierdas, que ha mostrado una gran fidelidad a su partido histórico; bien es cierto que esa fidelidad no deja de entrañar riesgos pues pone de manifiesto la propensión a un envejecimiento del voto del PSOE, formación que comienza a tener problemas para seducir al electorado progresista menor de cuarenta años.

En el polo ideológico conservador, la evolución ha sido más traumática. La transición española a la democracia¹²⁶⁸ fue posible porque las opciones políticas conservadoras que aspiraban a la instauración de un régimen de libertades se aglutinaron en una coalición, luego convertida en partido político, la Unión de Centro Democrático (UCD). La UCD fue el motor de una transición que se impulsó desde un Gobierno —y su partido— convencido de la oportunidad de avanzar de consuno con las fuerzas de la oposición democrática (expresión de interpretación generosa, al punto de integrar no solo al Partido Comunista, bestia negra del franquismo, sino también al brazo político del terrorismo secesionista de ETA)¹²⁶⁹. Por desgracia, la UCD, que fue un instrumento imprescindible para instaurar la democracia, no supo transformarse en una herramienta de gobierno ordinario en democracia. Las elecciones de octubre de 1982 confirmaron su desaparición dejando un amplio espacio electoral a la derecha del PSOE ayuno de una formación política que capitalizara el voto no socialdemócrata. En 1989, José María Aznar acertó a transformar la Alianza Popular de Manuel Fraga en un partido conservador moderno y urbano, el Partido

¹²⁶⁷ La fuerza del Partido Comunista fue un espantajo empleado —con cierto éxito— en la dictadura franquista. Piénsese que en las elecciones de febrero de 1936, en las que el Frente Popular se alzó con la victoria, el Partido Comunista solo obtuvo 17 diputados de 473 (apenas el 3,5 por 100). Es más, pese a presentar más candidatos que otro partido del Frente, la Unión Republicana liderada por Diego Martínez Barrio (85 del PCE y 52 de la Unión Republicana), se alzó con menos de la mitad de diputados pues el partido de Martínez Barrio consiguió 37 actas. La importancia del PCE durante la guerra civil se debió a causas exógenas, de entre las que cabe destacar su identificación con la ayuda prestada al bando republicano por la Unión Soviética.

¹²⁶⁸ La palabra “transición” evoca una aspiración, de largo aliento, a la instauración de un sistema democrático liberal y la incardinación de España en el marco político-europeo. Al respecto, vid., por todos, S. Julià, *Transición. Historia de una política española (1937-2017)*, 2017, Galaxia Gutenberg, Barcelona. En esta monografía, el autor rastrea los orígenes y evolución de un concepto que remite al afán de superación de la división entre las dos Españas y de consecución de la reconciliación entre los españoles.

¹²⁶⁹ Se lograba así superar la patrimonialización de la democracia y de la Constitución padecida durante la segunda República, período histórico en el que las fuerzas de la izquierda entendieron que la derecha era ontológicamente incompatible con el régimen republicano. Hasta cierto punto, la conjunción republicano-socialista se comportó respecto del poder como ha venido haciendo el PRI mexicano: se consideró su legítima y exclusiva titular. Al respecto, vid. José Varela Ortega, *Los señores del poder y la democracia en España*, 2013, Galaxia Gutenberg, Barcelona.

Popular, y logró con ello desplazar al PSOE del poder entre 1996 y 2004. Sin embargo, desde 2015 el edificio de la derecha presenta grietas en sus vigas maestras: si el PP supo aglutinar todo el voto nacional español a la derecha del PSOE, desde 2015 ha visto cómo las vías de agua se hacían cada vez mayores y la pérdida de votos amenazaba seriamente su hegemonía en la derecha. Primero apareció un partido —Ciudadanos— que se dijo “bisagra” y que pretendiera en un primer momento superar la división en bloques, para luego pasar a disputar el liderazgo de la derecha al propio PP. Más recientemente, ha surgido una alternativa a la derecha de la derecha: Vox. El PP ha recuperado una cierta centralidad perdida, al precio de hacerlo exclusivamente en el segmento de la derecha y viéndose obligado a pactar la reconstrucción de la hegemonía conservadora con socios nuevos y no siempre enteramente fiables.

La segunda imperfección nos remite a la existencia, junto al eje izquierda-derecha, de un eje protagonista de la política española: el eje territorial. Existen en España una serie de partidos nacionalistas —autonomistas o secesionistas— y regionalistas, que no solo tienen un gran peso en el subsistema autonómico de partidos sino también en el estatal. Tal ha sido el caso, por ejemplo, del Partido Nacionalista Vasco o de la coalición Convergencia i Unió. En cuanto al primero, ha presidido casi todos los gobiernos autonómicos vascos (con la sola excepción del gobierno socialista de 2009 a 2012); la segunda protagonizó la política autonómica catalana hasta su deriva independentista. Uno y otra fueron socios preferentes tanto del PSOE como del PP, de izquierda y derecha, para la formación del Gobierno español. Importa señalar que, por lo común, han sido más fluidas las relaciones del PSOE con partidos nacionalistas como los dos mencionados, pese a que su ideología política conservadora invitaría a pensar en una mayor proximidad con el PP. La explicación de esta aparente paradoja del sistema político español debe buscarse en el hecho de que el PP ha tratado de ocupar el espacio político del nacionalismo español, lo que inevitablemente le ha enfrentado a los nacionalistas periféricos.

Los resultados de las elecciones generales de abril de 2019 y europeas, locales y autonómicas de mayo de este mismo año ofrecen datos interesantes desde la perspectiva del sistema de partidos y su influencia en el sistema de gobierno español.

En primer lugar, se constata la importancia del sistema electoral para el mantenimiento del bipartidismo, siquiera sea debilitado. El llamado *sesgo conservador* del sistema

electoral¹²⁷⁰, concretado específicamente en la selección de la provincia como circunscripción electoral y el establecimiento de un mínimo de dos diputados por provincia, lo que privilegia la representación de la población asentada en las zonas rurales, ha mostrado su potencialidad no tanto para conformar mayorías conservadoras sino para conservar el propio sistema bipartidista. Con el mismo sistema electoral que combina la sobrerrepresentación de las provincias menos pobladas y que prima la de los principales partidos políticos mediante la aplicación de la llamada “ley d’Hondt”, España ha vivido más tiempo bajo gobiernos de izquierdas (todos ellos del PSOE: gobiernos presididos por Felipe González entre 1982 y 1996, José Luis Rodríguez Zapatero entre 2004 y 2011 y Pedro Sánchez desde junio de 2018 hasta la fecha) que bajo gobiernos conservadores (UCD gobernó desde junio de 1977 hasta octubre de 1982, en tanto que el PP lo hizo entre 1996 y 2004 con gobiernos presididos por José María Aznar y entre 2012 y junio de 2018 con gobiernos presididos por Mariano Rajoy). Ahora bien, el sistema electoral ha fabricado mayorías estables de gobierno, siendo por tanto altamente eficiente desde el punto de vista de la gobernabilidad al precio de sacrificar la representatividad y la proporcionalidad. Pues bien, desde 2015 el sistema electoral español ha perdido la capacidad de asegurar la conformación de mayorías de gobierno, no porque se haya incrementado su proporcionalidad sino porque han aparecido nuevas fuerzas políticas que cuestionan el bipartidismo.

En segundo lugar, cabe preguntarse si las nuevas fuerzas políticas pretenden efectivamente cuestionar el bipartidismo como forma de conversión de votos en esferas de gobierno o si de lo que se trata es de sustituir a las dos formaciones que ocupan los lugares centrales del bipartidismo. Tanto Podemos como Ciudadanos —significativamente, ninguna de las nuevas formaciones políticas se presenta a sí misma como un “partido”, rasgo común a las propuestas populistas, que tienen vocación de universalidad, de identificación con la totalidad del “pueblo”— han abandonado cualquier pretensión de transversalidad y han pasado a apostar por ocupar el espacio político de izquierdas y derechas, sustituyendo al efecto al PSOE y al PP, respectivamente. La aparición de Vox no altera sustancialmente el panorama pues, como es fácil de adivinar, no se trata de una alternativa deliberativa que propugne fórmulas cooperativas de gobierno y acción política.

En tercer lugar, quizás no esté de más señalar que si es cierto que el sistema electoral

¹²⁷⁰ Vid. Óscar Sánchez, cit., p. 253.

español ha ejercido una extraordinaria influencia en nuestro sistema de partidos¹²⁷¹, no es menos cierto que este último sistema no es consecuencia directa y exclusiva del sistema electoral. Amén de otros factores (por ejemplo, el sistema de financiación de los partidos), la acción misma de las formaciones políticas tiene consecuencias en su apoyo electoral. La caída de votos experimentada por Podemos en las elecciones generales de abril de 2019, auténtico colapso en las elecciones europeas, autonómicas y locales de mayo de 2019, no se debe a un cambio del sistema electoral o a un comportamiento negativo de dicho sistema, sino al rechazo por el electorado de algunas decisiones tomadas por el partido. Otro tanto cabe decir del derrumbe del voto del PP en abril y su posterior recuperación relativa en mayo. Los hechos políticos suelen tener consecuencias y los votantes no son autómatas sino seres racionales que otorgan preferencias por razones no siempre aprehensibles.

En cuarto lugar, es de lamentar la incapacidad de las formaciones políticas para hacer realidad los postulados constitucionales de una democracia avanzada. Con todos sus defectos, el bipartidismo en el que hemos vivido ha acertado a proporcionar (fabricar, si se quiere) mayorías estables de gobierno; el bipartidismo debilitado que asoma en el horizonte no parece que pueda competir con su predecesor en este punto. Algo que muchas veces tiene que ver con el ya apuntado anhelo de sustituir a la formación política referente en el polo ideológico correspondiente, lo que obliga a acentuar aquellos aspectos de la propia personalidad política que definen a las nuevas formaciones y que las alejan de las restantes. Claro que acentuando las diferencias se corre el riesgo de olvidar las similitudes y la necesidad de acordar lo esencial para poder discrepar en las cuestiones accesorias.

En quinto y último lugar, si bien el sistema de partidos español no ha sufrido la revolución conocida en otros países, es lo cierto que ha experimentado una notable transformación. Está por ver que esa transformación suponga el fin del bipartidismo, pero lo que parece innegable es que significa la acentuación de la personalización de la política. Cuantas propuestas se avanzan para “democratizar” los partidos no hacen sino reforzar su consideración —a la manera estadounidense— como agencias de colocación, de ocupación de espacios profesionales y de responsabilidad. Tiende a olvidarse que las primarias no tratan de garantizar una estructura y funcionamiento democráticos de los partidos sino a debilitar el poder del aparato del partido. Si se pretendiera reforzar la democracia interna se

¹²⁷¹ Vid M.Á. Presno Linera, *Régimen electoral ('maquiavélico') y sistema de partidos (con sesgo mayoritario)*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 104 (2015), p. 13 y ss.

apostarí­a decididamente por los congresos de los partidos y por el debate en su seno, algo que no sucede. De puertas a fuera, los debates televisivos y el hecho de que la campaña ponga el foco en el “candidato a la presidencia del gobierno” (lo que es rigurosamente falso, ignora que la nuestra es una democracia parlamentaria y menosprecia la mediación del rey) refuerza más si cabe esa personalización de la política: lo político se convierte en una cuestión de líderes, entre los que podemos elegir, como si fuéramos clientes o consumidores, perdiéndose las características propias de una auténtica democracia deliberativa entre ciudadanos libres e iguales.

B) Impacto sobre la forma de gobierno: las dificultades para formar gobiernos.

En los cuarenta años de régimen democrático transcurridos desde la promulgación de la Constitución de 6 de diciembre de 1978, España no ha conocido un gobierno nacional de coalición. Esto se debe, en gran medida, al hecho de que la pretensión de monopolizar los respectivos espacios ideológico-electoral de PP y PSOE dejaba poco margen a la existencia de gobiernos de coalición con socios minoritarios del mismo espacio político. Al mismo tiempo, la capitalización del apoyo electoral solo permitía la posibilidad de una *gran coalición*, que nunca se ha tratado de ensayar, y con buenas razones. La primera de ellas tiene que ver con el hecho de que un gobierno de gran coalición no es sino un gobierno de concentración, acaso necesario para situaciones especialmente difíciles de gestionar pero innecesario para la acción gubernamental ordinaria en un sistema democrático. A este respecto, y esta es la segunda razón que conviene ahora mencionar, debe subrayarse que un gobierno de gran coalición suele succionar todo el espacio político por lo común ocupado por la oposición: el problema no radica entonces en la existencia de un gobierno de rivales sino en la inexistencia de auténticos rivales del gobierno con opciones reales de sustituirlo si los ciudadanos lo estiman pertinente.

Es muy posible que las negociaciones ahora en curso para la formación de gobierno den como resultado el primer Ejecutivo nacional de coalición bajo la vigencia de la

Constitución de 1978¹²⁷². De producirse, será el resultado menos traumático de las elecciones generales celebradas en España desde 2015.

Recuérdese, al respecto, que de las elecciones legislativas de 20 de diciembre de 2015 salió un Parlamento fragmentado en hasta cuatro grandes grupos: los “clásicos” PP (que pagó su gestión de la crisis económica descendiendo de 186 a 123 diputados) y PSOE (formación política a la que no pocos españoles hacían en parte responsable de la intensidad de la crisis padecida por la economía nacional en el contexto de la gran recesión y que redujo su grupo de 110 a 90 diputados) y los recién llegados Podemos (que sumó 79 diputados) y Ciudadanos (que se quedó en 40 escaños). Los partidos con representación parlamentaria fueron incapaces de alcanzar un acuerdo y formar gobierno, de modo que hubo de ponerse en marcha el mecanismo previsto en el art. 99.5 de la Constitución y convocar nuevas elecciones.

De las elecciones de 26 de junio de 2016 salió un Congreso muy similar al de la frustrada Legislatura resultante de las elecciones de 2015: el Partido Popular remontó ligeramente el vuelo y se hizo con 137 diputados, el PSOE ahondó en su crisis y se quedó con apenas 85 y tanto Podemos como Ciudadanos perdieron algo de peso parlamentario (71 y 32 diputados, respectivamente). Finalmente, se produjo la investidura de Mariano Rajoy como presidente del Gobierno nacional, gracias a la abstención de buena parte de los diputados socialista; abstención que vino precedida por una rocambolesca salida del entonces secretario general, Pedro Sánchez, quien meses después volvería a liderar el partido con el tautológico eslogan “No es no”, grito de guerra que se convirtió en acción de gobierno al presentarse la cuarta moción de censura de la historia constitucional contemporánea española, primera triunfante¹²⁷³. En una pirueta del destino, quien hubiera de abandonar de

¹²⁷² Esta novedad solo se da en el panorama nacional pues ha sido frecuente la creación de gobiernos autonómicos de coalición. Es más, en algunas comunidades autónomas esta fórmula ha sido la pauta habitual; piénsese en el País Vasco, donde los gobiernos de coalición entre nacionalistas y socialistas (PNV-PSOE) se sucedieron entre 1985 y 1998; Cataluña, donde con alguna breve excepción hallamos gobiernos de coalición desde 2003 hasta ahora.

¹²⁷³ El artículo 113 de la Constitución española toma del modelo alemán la moción de censura constructiva, con candidato alternativo. Hasta la fecha se han presentado cuatro mociones de censura a otros tantos presidentes del Gobierno: en 1980 el entonces secretario general del PSOE trató de lograr la censura del presidente Suárez (UCD); en 1987 el presidente de Alianza Popular, Antonio Hernández Mancha hizo lo propio en relación con el presidente González y en 2017 el líder de Podemos, Pablo Iglesias presentó una moción de censura al presidente Rajoy. Este fue el único presidente que hubo de enfrentarse a dos mociones de censura y el único finalmente cesado como consecuencia del triunfo de la segunda, la presentada por el PSOE con Pedro Sánchez a la cabeza. Las tres primeras mociones de censura (1980, 1987 y 2017) buscaban más el eco mediático que la sustitución del Gobierno, pues ninguno de sus promotores contaba con el respaldo parlamentario necesario (significativa fue, en este sentido, la moción de censura de 1987, presentada contra

malas maneras la secretaría general del PSOE al oponerse a la investidura del conservador Mariano Rajoy, no solo retomó ese puesto orgánico en el partido sino que además se alzó con la presidencia del gobierno el 1 de junio de 2018, arrebatándosela al propio Rajoy.

Dicho de otro modo, las dos primeras elecciones con un bipartidismo debilitado han dado lugar a profundas alteraciones en la vida de los partidos y en el sistema de gobierno. Si tras las elecciones de 2015 los españoles fueron nuevamente llamados a las urnas para que corrigieran aquello que sus representantes se mostraban incapaces de hacer; tras las elecciones de 2016 el principal partido de la oposición, el PSOE, vivió una convulsa etapa de transformación, que le llevó al punto de partida y, seguidamente, a la presidencia del Gobierno. Los acontecimientos que se sucedieron entre el 20 de diciembre de 2015 (primeras elecciones) y el 1 de junio de 2018 (moción de censura triunfante) no fueron precisamente edificantes sino más bien rocambolescos. Ni siquiera la figura del rey fue ajena al bochorno general pues hubo de ver cómo el candidato que pretendía proponer para la presidencia del gobierno —el propio Mariano Rajoy— desatendía su encargo y renunciaba a la presentación de su programa de gobierno ante el Congreso de los Diputados.

Entre las elecciones celebradas el 20 de diciembre de 2015 y el 31 de octubre de 2016, fecha en la que Mariano Rajoy juró el cargo de presidente del Gobierno tras haber obtenido la confianza del Congreso, transcurrieron 315 días de gobierno en funciones. Se trata de una evidente anomalía, solo salvada previa crisis interna del principal partido de la oposición (PSOE) y el consiguiente debilitamiento del juego de alternancias que la democracia parlamentaria demanda. Durante este eterno tiempo congelado, el Ejecutivo se resistió con uñas y dientes a ser fiscalizado por el Parlamento, aduciendo que no había obtenido su confianza; se negó a colaborar con la acción parlamentaria siempre que tuvo ocasión. Una actitud poco justificable y que dio lugar a sendos conflictos de atribuciones entre el Gobierno y el Congreso de los Diputados finalmente resueltos por el Tribunal Constitucional en favor del segundo (SSTC 34/2018, de 12 de abril, y 44/2018, de 26 de abril, ambos en relación con el ejercicio del veto presupuestario gubernamental frente a sendas iniciativas parlamentarias, y STC 124/2018, de 19 de noviembre, respecto de la

un presidente del Gobierno, Felipe González, respaldado por un partido político que disponía de una holgada mayoría absoluta en el Congreso). No es en absoluto inconcuso que la triunfante moción de censura de junio de 2018 no respondiera al mismo propósito, bien que de manera inopinada propiciara un cambio de gobierno.

negativa del gobierno en funciones a comparecer ante los órganos de la cámara parlamentaria). La doctrina sentada por el Tribunal Constitucional proporciona buenas razones para los defensores del parlamentarismo, de nuestro débil parlamentarismo.

Una de las razones de esa debilidad ha de buscarse en la propensión de nuestros gobernantes a abusar de la legislación de urgencia, del decreto-ley, tanto en situaciones de mayoría parlamentaria (Mariano Rajoy entre 2011 y 2015), como en contextos de debilidad parlamentaria (Pedro Sánchez entre junio de 2018 y abril de 2019). No es una novedad en la historia democrática reciente, en la que se constata un “abuso del decreto ley”; lo novedoso es que este abuso se produzca tanto en un contexto de preponderancia absoluta del partido que sostiene al gobierno como en otro propicio para el protagonismo del Parlamento¹²⁷⁴. Según puede apreciarse, no se conciben las cámaras parlamentarias como espacios de diálogo y deliberación para la búsqueda de puntos de encuentro sino simplemente como cajas de resonancia de los discursos gubernamentales (o anti-gubernamentales, según sea la posición que cada uno ocupe).

Sin que ello implique apuntar siquiera la existencia de una relación causa-efecto, convendrá no ignorar que la situación de debilidad institucional que ha padecido España al menos desde el estallido de la Gran Recesión, ha servido de caldo de cultivo para las tendencias centrífugas y ha dificultado la articulación de una respuesta coherente al desafío secesionista catalán. En cuanto a lo primero, las razones del crecimiento exponencial del independentismo catalán no debe buscarse en una pretendida insatisfacción con la STC 31/2010, de 28 de junio, parcialmente estimatoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Popular frente al nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, sino en la propensión de un Ejecutivo autonómico desnortado — el presidido en solitario por Artur Mas— a “ponerse a la cabeza de la manifestación” (*rectius*, de cualesquiera manifestaciones pudieran producirse), a buscar aliados fuera de las cámaras parlamentarias, convencido como estaba de que la única oposición capaz de derribarlo se hallaba fuera del Parlamento de Cataluña. Con respecto a lo segundo, la respuesta jurídica al desafío secesionista (cuya constitucionalidad han confirmado, con alguna salvedad, las SSTC 89/2019 y 90/2019, de 2 de julio), por más que ponderada,

¹²⁷⁴ En relación con la discutible práctica habida con los decretos leyes, vid. M. Aragòn Reyes, *Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reforma constitucional*. 2016. Iustel, Madrid, y L. Martín Rebollo, *Uso y abuso del decreto-ley (un análisis empírico)*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 174 (2015), p. 23 y ss.

proporcionada y conforme con la legalidad vigente, no ha logrado persuadir a amplias capas de la población española —incluyendo aquí la residente en Cataluña— de la conveniencia y oportunidad de las medidas de coerción estatal adoptadas. El conflicto ha tendido a la polarización, lo que en gran medida explica el éxito de un partido situado a la derecha de la derecha, como es Vox, que ha sabido capitalizar el descontento del nacionalismo español frente al secesionismo. La pasión, la más baja pasión, se ha impuesto a la razón en un número suficientemente elevado de electores como para que resulte preocupante.

3.2. Una breve reflexión sobre las elecciones europeas: la necesidad de una política constitucional europea.

El día 26 de mayo coincidieron en España las elecciones al Parlamento Europeo, municipales y autonómicas en doce comunidades autónomas. El interés mediático se centró en estas últimas, de modo que el foco se situó sobre la conformación de ayuntamientos y gobiernos regionales sin reparar tan apenas en la trascendencia que pudieran tener las elecciones al Parlamento de una Unión inmersa en la zozobra del Brexit.

Sea porque los medios generan las necesidades informativas de la población, sea porque satisfacen estas, que surgen por procesos más o menos espontáneos; sea, en fin, por una combinación de ambos términos de la alternativa, lo cierto es que las elecciones europeas de mayo de 2019 no han suscitado el interés de la ciudadanía española. La participación relativamente elevada (votó un 64,3 por 100 del censo, cifra notablemente superior a las correspondientes a las elecciones de 2014, que fue del 43,81 por 100 y de 2019, que se situó en el 44,90 por 100) se explica por el *efecto arrastre* derivado de su ya mencionada coincidencia temporal con las elecciones municipales y autonómicas. De hecho, la participación prácticamente coincidió con la registrada en las elecciones municipales (65,2 por 100), la otra consulta electoral de dimensión nacional celebrada ese mismo domingo de mayo.

Una vez más, las elecciones al Parlamento Europeo ocupan un lugar secundario en el escenario de la política democrática de las naciones que forman la Unión. Se trata de un fenómeno preocupante pues es el inicio de un círculo vicioso que amenaza con no tener fin: los ciudadanos apenas participan en la elección de los miembros de un Parlamento que

ven como algo ajeno, lejano y carente de unos poderes equivalentes a los de sus homólogos nacionales, siendo así que el Parlamento Europeo no dispondrá de estos poderes en tanto no represente a una ciudadanía europea que aspire a su auto-representación en el marco institucional propio de una estructura de poderes verdaderamente democrática. Dicho de otro modo, se participa poco porque —entre otros motivos— el Parlamento a elegir carece de visibilidad y de unas competencias que no tendrá si no puede contar con el respaldo de los ciudadanos que se muestran renuentes a depositar su voto.

Convendrá no olvidar que los pilares de la construcción europea no están hechos del material de los derechos humanos y que la Unión Europea no agota toda la dimensión supranacional de la vida europea. La Unión —entonces las comunidades y antes incluso la comunidad del carbón y del acero— nació con objetivos muy modestos de orden eminentemente económico: la creación de una unión aduanera en cuyo seno se hiciera efectivo el mercado interior o mercado único. Las libertades que se fueron afirmando en los primeros momentos fueron ante todo las libertades económicas que afectaban a los factores de producción y a la realización de la actividad productiva. Solo por impulso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal alemán y de la Corte Constitucional italiana, el Tribunal de Justicia comenzó a “descubrir” derechos fundamentales *sin Constitución*. El peculiar proceso de constitucionalización de Europa¹²⁷⁵ no se ha cerrado, bien es sabido, con la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión: ni la Unión agota todo el espacio europeo de derechos (ahí está la obra inmensa del Consejo de Europa; destacadamente, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), ni la Carta es un texto a cuyo servicio exista un garante jurisdiccional, pues, es preciso subrayarlo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no es un tribunal constitucional y sus relaciones con los tribunales superiores nacionales no siempre se han movido en clave cooperativa. Es más, no pocas veces se tiene la sensación de que el Tribunal de Luxemburgo ve en esos tribunales nacionales un escalón inferior de una inexistente jerarquía jurisdiccional, de modo que a ellos les correspondería hacer de correa de transmisión de una jurisprudencia de la que el único señor sería el Tribunal de Justicia.

Desde el fracaso del llamado Tratado Constitucional de 2005, la Unión Europea parece ayuna de un proyecto institucional en clave constitucional. Por mejor decir, parece ayuna

¹²⁷⁵ Al respecto, por todos, P. Cruz Villalón, *La Constitución inédita: estudios ante la constitucionalización de Europa*, 2004, Trotta, Madrid.

de un proyecto político, al tiempo que se tiene la impresión de que se deja la toma de las grandes decisiones morales, que no otra cosa son los resultados de los debates constitucionales, a los tribunales de justicia. Ni es la mejor solución ni ayuda a la interiorización por los propios europeos del proyecto de una Unión Europea.

No es la mejor solución porque los tribunales no diseñan políticas públicas sino que resuelven casos en función del mejor derecho en presencia, bien adjudican en aplicación de reglas, bien haciendo uso de la ponderación entre principios. Pero los tribunales carecen de legitimidad para sustituir a los parlamentos en el proceso de creación de normas generales, no digamos al poder constituyente.

No es la mejor solución, tampoco, porque los textos jurídicos que deben manejar los tribunales europeos no son necesariamente coincidentes (no tienen por qué serlo) y no siempre se prestan a una pacífica lectura integradora. La resolución final del “caso Melloni” lo ha puesto claramente de manifiesto: la lectura de la STC 26/2014, de 13 de febrero, que incorpora al acervo jurisprudencial del Tribunal Constitucional español lo acordado en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2011 (C-399/11, asunto Melloni) permite apreciar no solo hasta qué punto es distinta la “efectividad” de la tutela judicial del art. 24.1 CE en comparación con la proclamada por el art. 47 de la Carta de los derechos fundamentales, sino también preguntarse si es cierta la garantía de un mayor nivel de protección (art. 53 de la Carta) cuando está en juego la integración, la creación de una unión más perfecta¹²⁷⁶. El “caso Taricco” ha reforzado la impresión de que el “diálogo” entre tribunales que coronan el sistema de protección multinivel de los derechos fundamentales no es siempre todo lo fluido y coherente que se precisaría. Bien es cierto que el Tribunal de Luxemburgo ha atemperado su posición y ha mostrado finalmente una propensión a la lectura integradora de ordenamientos que repara los excesos de su primera pronunciamiento¹²⁷⁷. Pero no es menos cierto que el desencuentro entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la Corte Constitucional italiana hacen patente la singularidad de la posición que en los sistemas jurisdiccionales europeos ocupan los

¹²⁷⁶ Vid. R. Punset Blanco, *Derechos fundamentales y primacía del derecho europeo antes y después del caso Melloni*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 39/2017, p. 189 y ss.

¹²⁷⁷ Sobre el caso Tarico, vid. I. García Vittoria, “La participación de los tribunales constitucionales en el sistema europeo de derechos fundamentales (a propósito del diálogo entre la Corte Constitucional italiana y el Tribunal de Justicia en el asunto Tarico)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 67 (2018), p. 139 y ss., y S. Romboli, *Los contra-límites en serio y el caso Taricco: el largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la Corte Constitucional italiana*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 28/2017 (http://www.ugr.es/~redce/REDCE28/articulos/06_S_ROMBOLI.htm).

tribunales constitucionales, que se sitúan fuera del circuito de aplicación ordinaria del derecho de la Unión y actúan como garantes de unos derechos fundamentales en búsqueda constante de un equilibrio normativo que el Derecho de la Unión no les facilita¹²⁷⁸.

El episodio del Brexit pone de relieve la necesidad de pensar la Unión en términos constitucionales¹²⁷⁹. Lo que no necesariamente, por decir lo menos, significa pasarla en términos estatales. Es precisa una reflexión constitucional y también una auténtica política constitucional europea, que no deje en manos de los órganos jurisdiccionales la toma de las grandes decisiones. La elucidación de los grandes debates morales por un tribunal no parece la solución más acertada pues tiende a situar a los ciudadanos en una posición de minoría de edad permanente (lo que, en rigor, hace de ellos no ciudadanos sino extranjeros en su propio país). Pues bien, si ello es así sería conveniente preguntarnos por qué cada vez que los “ciudadanos de la Unión” han tenido la palabra, han podido pronunciarse sobre el proceso de “unificación” continental, la respuesta ha sido negativa. Así ha sucedido, recientemente, tanto en el denominado Tratado Constitucional como en el Brexit. Frente a estas negativas no vale responder con despecho sino que es preciso reflexionar desde las categorías del pensamiento constitucional, innovando cuanto sea menester el marco general de convivencia de los europeos. La salida del Reino Unido no es una buena noticia para nadie; tampoco para quienes permaneceremos en la Unión sin la simple pragmática y razonable aportación de nuestros vecinos insulares. Quizás han decidido marcharse por haber sufrido un engaño, lo que poco bueno dice de la calidad de nuestras democracias; o quizás porque no han disfrutado de unos derechos y libertades que creían básicos para ejercer con plenitud y satisfacción su ciudadanía. Hora es de buscar soluciones novedosas para problemas acuciantes. Y una vez más la historia viene en nuestra ayuda si sabemos mirar a los orígenes de otra empresa continental: los Estados Unidos de América, no para reeditar la obra sino para leer en ella —tanto en las aportaciones de federalistas como en las discrepancias de los antifederalistas— nuestras propias razones constitucionales.

Abstract: La contribución proporciona un análisis de las elecciones que se celebraron en España en abril (elecciones generales) y mayo (elecciones europeas, locales y regionales)

¹²⁷⁸ En general, acerca de esta compleja cuestión, vid. R. Alonso García, *Justicia constitucional y Unión Europea*, 2005, Civitas, Cizur Menor (Navarra).

¹²⁷⁹ Es imprescindible la lectura de la monografía de J.L. Requejo Pagès, *El sueño constitucional*, 2016, KRK ediciones, Oviedo.

2019. Se cree que los resultados de estas elecciones, aunque no signifiquen el final de la política bipartidista en España, marcarán un nuevo ciclo en la evolución en una división no en dos partidos, sino en dos bloques ideológicos. Aparte de esto, existe preocupación por las elecciones europeas, no por sus resultados, sino por la escasa atención prestada en un contexto de críticas graves y profundas a la Unión Europea. La respuesta a las críticas no se encuentra en las sentencias de los tribunales, sino en las deliberaciones de los parlamentos.

Abstract: This paper provides an analysis of the different elections that haven taken place in Spain in April (general election) and May (European, local and regional elections) 2019. I shall hold that although the results of these elections do not mean the end of bipartisan politics in Spain, they will mark a new cycle in the evolution into a division not in two parties but in two ideological blocs. Apart from that, I am particularly concerned with the European elections, due not to their results but to the low attention they are paid in a context of serious and deep criticism of the European Union. The answer to the criticism should not be looked for in the adjudication by courts but in the deliberation by parliaments.

Parole chiave: elecciones europeas – derecho – forma de gobierno.

Key words: European election – case law – form of government.

L'INSOSTENIBILE IMPERFEZIONE DEL BICAMERALISMO PERFETTO*.

di Alfonso Vuolo**

Sommario. 1. Premessa. – 2. I fragili tentativi di differenziazione. – 3. L'omologazione delle formule elettorali. – 4. I progetti di revisione costituzionale *in itinere*.

657

1. Premessa.

I confronti con le esperienze istituzionali di altri paesi si rivelano sempre fruttuosi e questo seminario non fa eccezione. Anzi, assume una sua specifica valenza per le singolari modalità di svolgimento, convincendomi del fatto che abbiamo dato vita a una inedita, quanto efficace, terapia di gruppo.

Ciascun relatore, nel denunciare le inefficienze del proprio sistema istituzionale, rincuora lo studioso dell'altro sistema, il quale, a sua volta, nel prendere la parola rilancia con le maggiori disfunzioni della propria vicenda nazionale. *Stato frammentato, Stato divorato* – e giù per questa via – sono espressioni che hanno aleggiato in quest'aula.

Io sono l'ultimo ad intervenire e dovrei confortare gli amici spagnoli.

Ho il ragionevole convincimento di avere un argomento idoneo allo scopo.

2. I fragili tentativi di differenziazione.

In una comparazione tra Italia e Spagna non v'è dubbio che il funzionamento della forma di governo parlamentare, al netto del sistema dei partiti, è molto più problematico nella prima.

È agevole intuirne la ragione. Alludo, naturalmente, all'assetto bicamerale paritario, avendo le due Camere eguali poteri in relazione tanto al procedimento legislativo quanto

* *Sottoposto a referaggio.*

** Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli "Federico II".

al circuito fiduciario. Con la conseguenza che incide sulla stabilità dell'esecutivo un ulteriore fattore costituito dalla necessità del costante sostegno – non di uno ma – dei due rami del Parlamento.

Questa caratteristica fa dell'Italia un modello (pressoché) unico nell'ambito dell'Unione europea e della comunità internazionale.

Se sul piano costituzionale è possibile rinvenire qualche – ancorché modesto – timido elemento di differenziazione (si pensi ai senatori a vita, all'elezione su base regionale del Senato, alla diversa età necessaria per il diritto di elettorato attivo e passivo), non v'è dubbio che in Assemblea costituente fu avvertito il pericolo di creare un'artificiosa duplicazione di organi rappresentativi e ci si affidò alla formula elettorale per rimediare in qualche misura all'inconveniente che ormai già incombeva.

Si ricorderà che l'adozione del metodo proporzionale con scrutinio di lista alla Camera e il collegio uninominale al Senato avrebbero dovuto assicurare una diversa qualità della rappresentanza, idonea a giustificare, in qualche misura, l'opzione compiuta.

Eppure, proprio il combinarsi del bicameralismo con la forma di governo parlamentare favoriva la prevalenza delle istanze della omologazione della rappresentanza: in altri termini, l'abbozzo di una formula potenzialmente maggioritaria al Senato per il tramite del collegio uninominale era destinata a divenire residuale. Ciò, come noto, fu assicurato dal quorum (inizialmente il 65% dei votanti, poi dei voti validi) così elevato che favorì l'espansione del criterio proporzionale, destinato, da subito, a divenire metodo dominante nel rendimento complessivo dell'impianto.

Vero è che pure si ebbe qualche rigurgito di divaricazione della formula elettorale ma fu destinato ad essere repentinamente assorbito: per di più, senza mai essere applicato. Alludo alla “legge Scelba” del 1953 con la quale si tentò una svolta dall'incerta impronta maggioritaria alla Camera.

La stabilità della formula ha costituito un tratto connotativo dell'intera esperienza repubblicana: ciò ha consentito una sostanziale omologazione della rappresentanza che ha prevenuto disfunzioni nel modello di governo parlamentare. Anzi, le ragioni dell'omologazione hanno investito il livello costituzionale al punto che anche la diversa durata delle due Camere è stata oggetto di revisione¹²⁸⁰, dopo la formazione di una prassi consolidata in cui il Presidente della Repubblica aveva decretato il rinnovo contestuale di

¹²⁸⁰ Compiuta, come noto, con la legge costituzionale n. 2 del 1963.

entrambi i rami del Parlamento.

Le nuove formule del 1993 hanno mutato lo scenario ma non voglio soffermarsi su queste. Piuttosto sembra interessante la riforma elettorale del 2005, la quale ha introdotto un meccanismo *majority assuring* alla Camera, garantendo, in ogni caso, 340 seggi allo schieramento vincente, senza la necessità per questo di superare una soglia minima di voti. Si mirava a restituire una proiezione assembleare, per così dire, semplificata degli indirizzi dell'elettorato, la quale cosa avrebbe potuto preludere alla maggiore efficienza del governo parlamentare. Tuttavia, così non è stato in alcuni frangenti, perché le residue asimmetrie erano destinate a tornare in auge: al Senato i premi, attribuiti su base regionale (nella misura del 55% dei seggi assegnati alla circoscrizione) ai sensi dell'art. 57 della Carta, si neutralizzavano su più ampia scala. E proprio i conseguenti precari equilibri, determinatisi in questo consesso, costituivano un fattore critico che contrassegnava il corso della XV legislatura con l'ulteriore conseguenza di amplificare – con inevitabile corredo di aspri contrasti politici – un'altra peculiarità del Senato: i componenti non elettivi, loro malgrado, erano decisivi per la formazione della maggioranza in quel ramo del Parlamento.

Difficoltà, peraltro, destinate progressivamente ad acuirsi man mano che gli orientamenti dell'elettorato andavano predisponendosi in una logica tripolare: ciò preludeva, fatalmente, alla più accentuata dispersione del congegno premiale su scala regionale, rendendo, ad esempio, problematico l'avvio della XVII legislatura.

3. L'omologazione delle formule elettorali.

Questo quadro era destinato a mutare sensibilmente per effetto dell'intervento, sotto alcuni aspetti, caducatorio e, per altri, conformativo della Corte costituzionale. Mi riferisco, naturalmente, alle sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017.

La successiva legge n. 165 del 2017 ha determinato un contesto nuovo.

Nonostante la ragguardevole quota di seggi attribuiti con metodo proporzionale, vi è comunque un incentivo ad aggregarsi in più ampi cartelli elettorali per ottenere un maggior numero di rappresentanti con la formula *plurality*. Tutto questo in un quadro di intima

interdipendenza dei due criteri per effetto del voto unico¹²⁸¹.

Non ho tempo per soffermarmi su questo. Reputo, invece, più utile mettere in evidenza che, con la l. n. 165 del 2017, è stato raggiunto il culmine della omologazione tra i due rami del Parlamento: un dato, forse, non sufficientemente sottolineato anche nel dibattito scientifico. Diversi sono i fattori che inducono a rassegnare questa conclusione.

Possiamo indicare i principali:

- a) la logica del voto è identica: il suffragio è unico con duplice valenza sul canale maggioritario e su quello proporzionale;
- b) eguale la ripartizione in termini percentuali tra seggi attribuiti con la regola proporzionale e quelli assegnati con criterio maggioritario;
- c) medesime sono le clausole di sbarramento per liste e coalizioni, salvi alcuni marginali aspetti;
- d) parimenti escluso il voto di preferenza per le liste che competono nei collegi plurinominali;
- e) addirittura, prima volta nella storia repubblicana, le soglie si calcolano su base nazionale anche per la composizione del Senato, laddove la sola distribuzione dei seggi avviene all'interno della circoscrizione regionale come residuo ossequio all'art. 57 della Costituzione.

Si tratta, evidentemente, della risposta sul piano legislativo al timore nutrito in ambito politico di avere rappresentanze disomogenee tra le due assemblee parlamentari: il sistema dei partiti non mostra di avere più la forza unificante di un tempo, al punto tale che, nel passato, si era ragionato di “monocameralismo imperfetto”¹²⁸².

Ma vi è dell'altro.

Deve essere rilevato che anche la diversa platea dei votanti non ha impresso alcun condizionamento sull'esito della tornata elettorale svoltasi nel 2018. Gli scostamenti tra i suffragi espressi alla Camera e al Senato per ciascuna lista o coalizione è di appena mezzo punto percentuale¹²⁸³. L'uniformazione (tanto per le regole quanto per gli esiti) potrebbe essere fattore, per così dire, rassicurante.

Tuttavia, paradossalmente, quanto più il bicameralismo tende alla perfezione tanto più si

¹²⁸¹ Su tali aspetti i rilievi critici di S. Staiano, *La forma di governo italiana. Permanenza e transizione*, in *osservatorioaic.it*, 2, 2018, spec. p. 5 e ss.

¹²⁸² L'espressione è di A. Barbera, *I parlamenti*, 2008, p. 39.

¹²⁸³ I dati possono essere consultati in *elezionistorico.interno.governo.it*.

mostra improcrastinabile il suo superamento.

Anche le giustificazioni, agitate dai suoi storici fautori, tendono a divenire impalpabili nel tempo presente. Solo per limitarsi a un esempio, la migliore qualità del prodotto legislativo, derivante dalla maggiore ponderazione dovuta all'eguale potere delle due Camere nel procedimento di formazione, è ormai uno stucchevole artificio argomentativo¹²⁸⁴: è emblematico quanto verificatosi con la recente sessione di bilancio, laddove l'organo rappresentativo si è ridotto ad uniformarsi acriticamente alle indicazioni dettate *in extremis* dall'esecutivo (grazie all'abusata combinazione di maxi-emendamento e questione di fiducia), dopo un'estenuante negoziazione di questo con gli organi dell'Unione europea¹²⁸⁵. Insomma, il mantenimento dell'assetto bicamerale pretenderebbe una diversa legittimazione dei due rami del Parlamento con conseguente diversificazione dei poteri di ciascuno sia in ordine al procedimento di formazione della legge sia in relazione al circuito fiduciario: in altri termini, si impone la trasformazione del Senato in una camera rappresentativa delle autonomie territoriali, con fuoriuscita dalla relazione fiduciaria col Governo¹²⁸⁶.

4. I progetti di revisione costituzionale *in itinere*.

All'orizzonte però non si scorgono segnali in questa direzione.

Anzi, i progetti di revisione costituzionale in campo presuppongono il mantenimento di questo assetto, incidendolo per i soli aspetti quantitativi.

Mi riferisco al progetto di revisione degli articoli 56, 57 e 59 della Carta, volto alla

¹²⁸⁴ G. Mobilio, *Il procedimento nella XVII legislatura: spunti ricostruttivi e distanze dal modello costituzionale*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2018, p. 23, evidenzia che, nella legislatura precedente a quella in corso, per la formazione di ben 306 delle 379 leggi approvate è stata sufficiente una sola lettura da parte di entrambi i rami del Parlamento, con la conseguenza che la seconda Camera si è limitata a ratificare il disegno di legge trasmesso dall'altra. Si tratterebbe, secondo l'Autore, di un procedimento che segna una sorta di "monocameralismo di fatto".

¹²⁸⁵ Forzature procedurali che, come noto, hanno indotto alcuni senatori a promuovere un conflitto di attribuzioni, dichiarato, però, inammissibile dalla Corte costituzionale con ordinanza n. 17 del 2019.

¹²⁸⁶ Sotto questo versante, peraltro, non è trascurabile la mancata attuazione dell'art. 11, l. cost. n. 3 del 2001, concernente l'integrazione della Commissione parlamentare per le questioni regionali con rappresentanti delle autonomie territoriali. Sul punto si veda M. G. Rodomonte, *Dopo il referendum costituzionale: quali accordi tra lo Stato e le Regioni? "La perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari" e l'integrazione della Commissione parlamentare per le questioni regionali*, in *federalismi.it*, n. 2/2018, spec. p. 19 e ss.

riduzione del numero dei parlamentari (da 630 a 400 alla Camera e da 315 a 200 al Senato, con l'ulteriore precisazione per quest'ultimo che i senatori a vita non possono essere più di cinque)¹²⁸⁷.

La contrazione numerica delle due assemblee avrebbe potuto comportare la modifica della vigente formula elettorale tarata sull'attuale composizione.

E, invece, si è preferito rendere neutra rispetto al numero dei parlamentari la normativa elettorale, al fine di prevenire incagli nel funzionamento del sistema rappresentativo. È stata così approvata la legge 27 maggio 2019, n. 51, che, intatta la logica di assegnazione dei seggi, conferisce al Governo la delega per la determinazione dei collegi uninominali e plurinominali, adattandoli alla eventuale mutata composizione dei due rami del Parlamento.

Semmai è da segnalare che, sul fronte della formula elettorale, si aprono prospettive inedite con l'altro progetto di revisione, inteso all'introduzione di una procedura rinforzata per una certa tipologia di iniziativa legislativa popolare¹²⁸⁸. La proposta, sottoscritta da 500.000 elettori, se non approvata dalle Camere entro diciotto mesi dalla sua presentazione, è sottoposta a referendum, così come lo potrebbe essere in caso di modifiche sostanziali, su iniziativa, questa volta, dei promotori.

È di intuitiva evidenza che lungo questa via potrebbero più agevolmente incanalarsi propositi di riforma, esterni al circuito rappresentativo, per la determinazione di nuovi congegni elettorali. Infatti, un organico progetto di legge, da sottoporre nell'eventualità ad approvazione popolare, sarebbe impermeabile agli stringenti limiti che caratterizzano invece l'iniziativa referendaria ex art. 75 della Costituzione, essendo, come noto, la formula elettorale ascrivibile al novero delle leggi costituzionalmente necessarie con la conseguenza di prestarsi a sole abrogazioni parziali, ferma restando il carattere autoapplicativo della normativa di risulta.

¹²⁸⁷ Vi è anche una riduzione del numero dei parlamentari eletti nella Circoscrizione estero: in particolare, da dodici a otto alla Camera e da sei a quattro al Senato. Al Senato, inoltre, il numero minimo di senatori assegnati a ciascuna regione passa da sette a tre.

La proposta di legge è ora all'esame della Camera dei deputati per la seconda lettura. Si veda A.C. 1585-B. Al Senato è stata approvata in seconda deliberazione a maggioranza assoluta. Si veda Senato della Repubblica, XVIII legislatura, Aula, Resoconto stenografico della seduta n. 132 dell'11.7.2019.

In dottrina D. Porena, *La proposta di legge costituzionale in materia di riduzione del numero dei parlamentari (A.C. 1585): un delicato "snodo" critico per il sistema rappresentativo della democrazia parlamentare*, in *federalismi.it*, n. 14/2019.

¹²⁸⁸ La proposta è stata approvata in prima lettura alla Camera. Si veda A.C. 1173. Ora è all'esame della Commissione competente in Senato. Si veda A.S. 1089.

Ma si tratta di scenari ancora molto al di là dal venire. Bisognerà attendere per un incremento del coefficiente di razionalità del sistema rappresentativo, in maniera tale che si innesti in maniera fruttuosa nella forma di governo parlamentare e contribuisca così al miglior rendimento anche di quest'ultima.

Per le ragioni esplicitate in apertura, spero che questo sentimento di rassegnazione possa almeno essere motivo di qualche sollievo per i nostri colleghi spagnoli.

Abstract: Nel saggio sono analizzate le disfunzioni della forma di governo parlamentare derivanti dal bicameralismo perfetto. I tratti di quest'ultimo vanno sempre più accentuandosi anche in ragione dell'omologazione delle formule elettorali vigenti per la formazione di Camera e Senato. Nella parte finale viene considerato l'impatto che in argomento avrebbero le riforme costituzionali *in itinere*.

Abstract: The essay analyzes the dysfunctions of the parliamentary form of government deriving from the perfect bicameralism. The traits of the Italian bicameralism are also accentuated by the approval of the same electoral formulas for the Chamber of Deputies and the Senate. In the final part, the essay deals with the impact of the ongoing constitutional reforms.

Parole chiave: bicameralismo – forma di governo – riforme costituzionali.

Key words: bicameralism – form of government – constitutional reforms.

EL USO DEL DECRETO-LEY POR PARTE DEL GOBIERNO ESPAÑOL: ¿SE HA ROTO EL EQUILIBRIO ENTRE LEGISLATIVO Y EJECUTIVO?*

di Nicolás Pérez Sola**

Sommario. 1. Introducción. – 2. El presupuesto habilitante, la extraordinaria y urgente necesidad. – 3. Materias excluidas del Decreto-ley – 4. Decreto-ley *ómnibus*. – 5. Decretos-leyes autonómicos. – 6. Estado de la cuestión.

664

1. Introducción.

El período transcurrido desde diciembre de 2015 hasta las recientes elecciones generales, autonómicas, locales y europeas en España que han tenido lugar los días 28 de abril y 26 de mayo, han mostrado la evolución hacia un sistema de partidos diferenciado del tradicional bipartidismo que, con alternancia de períodos con mayoría absoluta y apoyo de gobernabilidad de las formaciones nacionalistas se había llevado a cabo desde el inicio de la democracia hasta la citada fecha. Sin embargo esta circunstancia particular no influye en el funcionamiento del sistema político en la medida en la que la labor del Parlamento presenta un nivel de protagonismo escaso frente al liderazgo del Gobierno y el funcionamiento de los partidos en sede parlamentaria con extrema rigidez y disciplina que repercute negativamente en la función de control parlamentario.

Por eso resulta de interés analizar el uso de los Decretos-leyes en los distintos contextos políticos para apreciar, en su caso, la concurrencia de coincidencias, similitudes o divergencias en su uso según las diversas legislaturas y mayorías parlamentarias y su repercusión en el uso del Decreto-ley en ejercicio de su potestad normativa¹²⁸⁹ por el Gobierno y la función de control llevado a cabo por el Parlamento sobre aquél a través de la convalidación o derogación de estos instrumentos normativos.

* *Sottoposto a referaggio*.

** Catedrático de Derecho constitucional – Universidad de Jaén.

¹²⁸⁹ J.A. Santamaira Pastor, *Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 175/2016, p.31.

Sin duda el período temporal más reciente, esto es, lo sucedido en los nueve meses de Gobierno del Presidente Pedro Sánchez se ha saldado con la aprobación quizá excesiva de Decretos-leyes y la ausencia de la tramitación ordinaria de iniciativas legislativas en las Cortes Generales¹²⁹⁰. En concreto la aprobación en 2018 de veinticuatro Decretos-leyes y de nuevemás en tres meses de 2019 ha sido objeto de crítica desde los distintos partidos políticos. Incluso se ha planteado la convalidación y tramitación posterior como ley por el procedimiento de urgencia a través de la Diputación Permanente de alguno de dichos Decretos-leyes; como más tarde se analizará, esta posibilidad de extender a la Diputación Permanente dicha competencia una vez disueltas las Cámaras y convocadas las elecciones Generales, ha generado cierta polémica.

Por tanto, la actualidad del uso del Decreto-ley permite una aproximación sucinta a este instrumento normativo extraordinario, al objeto de poder analizar si en el período más inmediato se ha podido incurrir en un claro abuso del mismo por el Ejecutivo o si, por el contrario, es una muestra más del uso que desde la entrada en vigor de la Constitución han realizado todos los Gobiernos hasta el presente. Se podría pensar que ante una situación excepcional como la de disponer de una minoría exigua de apoyo a la moción de censura, que posibilitó la derrota parlamentaria del anterior Presidente del Gobierno Mariano Rajoy, la opción legislativa emprendida por el nuevo Presidente Pedro Sánchez ha sido intencionada o, por el contrario, no tenía mucho margen de actuación, ya que el apoyo que posibilitó la moción de censura y en cierta medida sustentó la convalidación de los Decretos-leyes aprobados en este período de nueve meses, pronto se ha debilitado. Ocurre además que la situación de las mayorías en la Cámara, y especialmente la actitud de la mayoría de la Mesa del Congreso posibilitó desde 2016 el bloqueo de la tramitación parlamentaria de las iniciativas legislativas presentadas en el registro de la Cámara por los distintos grupos parlamentarios, razón por la que se ha debido de actuar a través de este instrumento normativo por parte del Gobierno. Basta con acudir a los Diarios de Sesiones del Congreso para constatar como hasta en sesenta ocasiones se han prorrogado los plazos de presentación de enmiendas a iniciativas legislativas, lo que constituye sin duda una práctica torticera por la mayoría de la Mesa del Congreso.

¹²⁹⁰ R. Blanco Valdés, *El año que vivimos peligrosamente: del bipartidismo imperfecto a la perfecta ingobernabilidad*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 109.

Aunque habrá ocasión de analizar más adelante este uso de la acción normativa de urgencia del Gobierno, el número de Decretos-leyes aprobados en este breve período de tiempo no responde sólo a la situación puntual marcada por los apoyos parlamentarios del Gobierno. Al contrario, se inserta dentro de una práctica del uso del Decreto-Ley que desde los inicios de la democracia se ha implantado en el modo y manera de actuar de los distintos ejecutivos que se han sucedido a lo largo de las legislaturas. Adelantamos ya que se puede constatar que ni ha disminuido la utilización del Decreto-ley en períodos de mayorías absolutas ni se ha incrementado en exceso en Gobiernos en minoría.

Como es notorio en la actualidad el monopolio legislativo del Parlamento resulta un anacronismo histórico. Es verdad que los antecedentes de esta actuación normativa de urgencia de procedencia gubernamental en la historia constitucional española¹²⁹¹ no han sido valorados de forma muy positiva, pero el constituyente no dudó en su incorporación al texto constitucional de 1978. No cabe pues hacer ningún reproche a la inserción en la Constitución española de este instrumento normativo avalado también por el derecho comparado como sucede con el art. 38 de la Constitución francesa¹²⁹², el art. 81 de la Ley Fundamental de Bonn¹²⁹³ y especialmente con el art. 77 de la Constitución italiana al prever este instrumento normativo de procedencia gubernamental¹²⁹⁴, aunque el tratamiento constitucional del Decreto-ley presenta similitudes con la regulación en la Constitución italiana también existen algunas notas diferenciadoras. No ha existido duda en la doctrina respecto de la compatibilidad del Decreto-ley con el sistema de parlamentarismo racionalizado, plenamente aceptado como ya se ha apuntado en el constitucionalismo histórico y comparado. Por tanto reviste interés conocer los términos de su formulación constitucional y las dificultades que en su caso, pueda presentar el correcto entendimiento de aquel precepto. A nuestro juicio, una primera aproximación a la regulación

¹²⁹¹ «a propuesta y por acuerdo unánime del Gobierno, y con la aprobación de los dos tercios de la Diputación Permanente, podrá estatuir por decreto sobre materias reservadas a la competencia de las Cortes, en los casos excepcionales que requieran urgente decisión, o cuando lo demande la defensa de la República» (art. 80 Constitución española de 1931).

¹²⁹² «El Gobierno podrá, para la ejecución de su programa, solicitar autorización del Parlamento con objeto de aprobar por ordenanza, durante un plazo limitado, medidas normalmente pertenecientes al ámbito de la ley».

¹²⁹³ «podrá el Presidente de la República, a propuesta del Gobierno Federal y con asentimiento del Consejo Federal, declarar el estado de necesidad legislativa para una propuesta de ley si la Dieta Federal la rechaza a pesar de que el Gobierno Federal la hubiere calificado de urgente».

¹²⁹⁴ Para un estudio comparativo de este instrumento en ambas Constituciones, P. Santolaya Machetti, *El régimen constitucional de los Decretos-leyes*, tecnos, Madrid 1998.

constitucional del Decreto-ley exige determinar el alcance de la habilitación al Gobierno, la exclusión de materias de su regulación, el procedimiento de control parlamentario y jurisdiccional del mismo, a los que le dedicaremos las siguientes páginas.

Es verdad que desde el punto de vista formal la Constitución española de 1978 (en adelante CE) ha reservado dicha tarea legislativa a las Cámaras, si bien ha admitido dos excepciones: el Decreto-ley y el Decreto legislativo. Ambos constituyen instrumentos normativos en los que la secuencia temporal difiere, en el segundo, una suerte de delegación por su previsión constitucional¹²⁹⁵ o de forma expresa, en el primero, en favor del Gobierno y con sujeción a un control del Parlamento, propiamente del Congreso de los Diputados. Es cierto que operan en momentos diferentes pero posibilita el desarrollo de la tarea legislativa por el Gobierno frente a la regla general del Parlamento como legislador en los sistemas parlamentarios. Comparten ambos instrumentos normativos la fuerza de ley característica de las leyes ordinarias en el ordenamiento jurídico. Además, el carácter temporal del Decreto-ley hace que sus efectos iniciales queden limitados hasta el momento de la convalidación o revocación del Congreso de los Diputados.

En cuanto a la convalidación por la Cámara baja, puesto que pese a la composición bicameral de las Cortes Generales no cabe intervención del Senado en este procedimiento, la regulación es escueta pero de una claridad meridiana, tendrá lugar antes de transcurridos treinta días de su aprobación, por lo que en ningún caso cabe un retraso en la realización de dicho acto a riesgo de incumplir esta exigencia constitucional. La convalidación o derogación se acordará tras la comparecencia de un miembro del Gobierno que exponga las razones de dicha promulgación tras la que se procederá a un breve debate y posterior votación. Es importante reseñar la brevedad de los términos en los que está planteada esta figura de control parlamentario ya que la comparecencia gubernamental no podrá exceder de quince minutos y las intervenciones de los grupos parlamentarios de diez. Aunque la doctrina ha debatido sobre la naturaleza de este acto es claro que si bien es un acto de control parlamentario tiene incidencia legislativa, en la medida en que la norma provisional, en el caso de ser convalidada, adquiere la permanencia en el ordenamiento jurídico. A partir de aquí queda abierta la opción de que por parte del Parlamento se debata y apruebe una ley por el procedimiento de urgencia en la que “las Cortes despliegan la

¹²⁹⁵ «Las disposiciones del gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de Decretos Legislativos» (art. 85. CE).

plenitud de sus facultades legislativas” en el marco constitucional (STC111/1983). Sin embargo, de no prosperar la convalidación su derogación es evidente que conlleva la desaparición del ordenamiento jurídico. En todo caso la opción de la posterior tramitación del Decreto-ley como ley ordinaria permite por el procedimiento de urgencia¹²⁹⁶ que “el resultado final del procedimiento legislativo será una ley formal del Parlamento que sustituye en el ordenamiento jurídico tras su publicación al Decreto-ley” (STC 29/1982). Es significativo a este respecto el escaso número de Decretos-leyes que han sido objeto después de su convalidación de la tramitación por el procedimiento legislativo de urgencia, no obstante si es relevante señalar que pese a ello el Tribunal Constitucional ha mantenido el enjuiciamiento sobre los mismos una vez impugnados pese a que hubiesen sido derogados por la posterior ley.

En cuanto a la oportunidad del enjuiciamiento externo por el Tribunal de Decretos-leyes luego convalidados, objeto de tramitación y aprobación por ley parlamentaria, se ha mantenido por aquél la oportunidad de dicho juicio tras la correspondiente impugnación, pese a la derogación de esta norma provisional por otra de naturaleza definitiva. Hecho este que aun cuando fue puesto en conocimiento del Alto Tribunal “no impide controlar si el ejercicio de la potestad reconocida al Gobierno (...) se realizó siguiendo los requisitos establecidos en el art. 86 CE, decidiendo la validez o invalidez de las normas impugnadas, sin atender a su vigencia o derogación en el momento en que se pronuncia el fallo”¹²⁹⁷.

Los elementos que conforman jurídicamente al Decreto-ley son, de un lado, la habilitación constitucional en favor del Gobierno para su adopción y el alcance y límites de dicha habilitación. En efecto, el constituyente dotó de una determinada rigidez a materias que sólo por mayoría absoluta del Congreso pueden ser aprobadas, modificadas o suprimidas y, por tanto, quedan excluidas del posible objeto del Decreto-ley. El otro elemento relevante

¹²⁹⁶ «convalidado un Real Decreto-ley, el Presidente preguntará si algún Grupo Parlamentario desea que se tramite como proyecto de ley. En caso afirmativo, la solicitud será sometida a la decisión de la cámara. Si ésta se pronunciase a favor, se tramitará como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia» (art. 151.4 del Reglamento del Congreso de los Diputados).

¹²⁹⁷ Este es el caso resuelto en la STC 27/2015 respecto del Decreto ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. Nos encontramos ante un Decreto-ley que tras su convalidación fue acordada su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia (art 86.3CE) culminando con la aprobación de la Ley 1/2014, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, de 28 de febrero. En el mismo sentido el Tribunal ha indicado que la ulterior tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia «no implica, no obstante, la desaparición del objeto del presente proceso constitucional» (STC 199/2015).

para la habilitación es el de la presencia de una circunstancia de extraordinaria y urgente necesidad para su adopción.

Acaso ya no sea relevante reproducir aquí el debate doctrinal habido en torno al tratamiento constitucional del Decreto-ley, si bien se ha de recordar que la intencionalidad del constituyente fue la de restringir el uso de este instrumento normativo y, por tanto, regularlo de modo restrictivo al objeto de poner freno al uso excesivo del mismo en el pasado y contribuir a un mayor campo de actuación del Parlamento en el procedimiento legislativo, aunque no ha sido sin duda este el devenir de su uso por los sucesivos gobiernos llegándose a calificar la utilización del mismo por los diversos ejecutivos como “sustitutiva” a la ley¹²⁹⁸.

Nos encontramos pues ante una norma con fuerza de ley de extracción gubernamental y de carácter provisional que sólo es susceptible de control a posteriori por el Congreso de los Diputados en una votación sin opciones intermedias entre convalidación o derogación¹²⁹⁹. Pues bien, este instrumento normativo está plenamente asentado en nuestro sistema de fuentes, en el proceder y actuar del Gobierno de la nación y en la relación entre Gobierno y Parlamento como acredita un elevado número de convalidaciones posteriores de la mayoría de ellos. Por eso no cabe destacar el uso del Decreto-Ley en el período más reciente frente a otras épocas y legislaturas, es un síntoma más de la normalización con la que esta norma convive en nuestro ordenamiento jurídico así como de los términos en que se desarrollan las relaciones entre Gobierno y Parlamento con el riesgo de desdibujar la división de poderes constitucionalmente establecida.

Interesará analizar, en primer lugar, si el precepto constitucional establece con claridad los supuestos habilitantes, los límites del mismo así como los controles parlamentarios y jurisdiccionales previstos. En segundo lugar, será necesario abordar la interpretación que de este instrumento ha realizado el Tribunal Constitucional y, si en su caso, se ha producido una evolución jurisprudencial de relevancia para este análisis. Por último, la reciente incorporación de los Decretos-leyes al sistema de fuentes autonómico nos suscita el interés por la necesidad del mismo en este ámbito, la oportunidad en términos políticos y, en su

¹²⁹⁸ E. Arancia García, *Uso y abuso del Decreto-ley*, en *Revista de Administración Pública*, n. 191/2013, p. 337.

¹²⁹⁹ J. Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid 2016, p. 642.

caso, la homogeneidad o diversidad de tratamiento de esta norma en las distintas regulaciones estatutarias.

2. El presupuesto habilitante, la extraordinaria y urgente necesidad.

Por lo que respecta a la habilitación al Gobierno para adoptar esta norma, no se plantean problemas conceptuales más allá del entendimiento del alcance que tiene la habilitación constitucional, por lo que se suscitan diversas incógnitas al respecto. La lectura literal del art. 86.1 CE, en relación con el concreto entendimiento de las condiciones de extraordinaria y urgente necesidad¹³⁰⁰, pese a los intentos teóricos de concretar su alcance¹³⁰¹, no aporta mayores datos para su comprensión, por lo que tan solo con el análisis de la praxis de los mismos y la resolución del supremo intérprete de la Constitución podremos conocer. Esto es, se trata de un instrumento normativo de libre disponibilidad por el Gobierno? o, será preciso ajustar la decisión gubernamental justificante del mismo a condiciones objetivas? A partir de aquí hemos de interrogarnos sobre si está siempre suficientemente justificado acudir al Decreto-ley? Aunque formulada en sentido contrario esta cuestión, cabría preguntarse sobre si hubiera sido posible conseguir el mismo objetivo también a través de otro instrumento normativo previsto en el ordenamiento jurídico?

La respuesta la hemos de obtener esencialmente de la justificación que el Gobierno realice de su uso, ya en la exposición de motivos como en la defensa del mismo en sede parlamentaria previa a la convalidación o derogación de aquél por algún miembro del Gobierno. En un momento ulterior habrá que acudir a la jurisprudencia constitucional para obtener conclusiones al respecto. Ahora bien es necesario recordar que a diferencia de la habilitación gubernamental ante una situación de extraordinaria y urgente necesidad, el constituyente ya contempló los estados excepcionales en el artículo 116 CE, con una

¹³⁰⁰ «En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al derecho electoral general» (art. 86.1 CE).

¹³⁰¹ «La indeterminación en la formulación de la cláusula habilitante que abre la puerta al uso del decreto-ley confiere al Gobierno un amplio margen de discrecionalidad en la apreciación de su concurrencia». A. Carmona Contreras, *Artículo 86*, en *Comentarios a la Constitución española. 40 aniversario 1978-2018*, Libro homenaje a Luis López Guerra, Tirant lo blanch, p.1285.

gradación de los mismos: alarma, excepción y sitio que en ningún caso admiten confusión¹³⁰² con los presupuestos habilitantes para acudir al Decreto-ley.

Desde la perspectiva estrictamente jurídica cabe apreciar una temprana interpretación extensiva por parte del Tribunal Constitucional del presupuesto habilitante para su adopción. Corresponde al Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución determinar la observancia del art. 86.1 CE por el Gobierno y por ello un breve recorrido por la jurisprudencia constitucional ayudará a formarnos una idea del objeto y alcance del control sobre este instrumento normativo realizado por nuestro alto Tribunal.

Por tanto hemos de diferenciar entre el control político del Decreto-ley que compete al Congreso de los Diputados y el juicio externo que llevará a cabo el alto Tribunal. En este sentido ya en el momento inicial de la jurisprudencia constitucional sobre los Decretos-leyes se afirmó que “se configura, no obstante, como una excepción al procedimiento ordinario de elaboración de las leyes”, por tanto excepción con referencia a lo normal, habitual, esto es la producción de normas en sede parlamentaria a través de los procedimientos legislativos correspondientes¹³⁰³. Se señalaba que correspondía al TC llevar a cabo el control y por ello “resuelve en base a criterios estrictamente jurídico-constitucionales cimentados sobre la necesidad de determinar, de una parte, si se han respetado o no los requisitos exigidos por la Constitución para que el Gobierno pueda ejercitar la potestad normativa excepcional de dictar Decretos-leyes y, de otra, si del contenido material de la norma se deriva o no una violación de la Constitución”(STC 29/1982).

Sin embargo la doctrina del Tribunal Constitucional no ha acogido con nitidez esta consideración y ya desde la segunda sentencia relativa a esta acción normativa de urgencia se afirmó, que es posible hacer uso de la misma para dar respuesta¹³⁰⁴ a las perspectivas cambiantes de la vida actual, sin mayor precisión sobre si hubiese bastado el uso del procedimiento legislativo ordinario para obtener dicha respuesta. Se desprende de este pronunciamiento que la exigencia de justificación al Gobierno para su adopción no puede

¹³⁰² «Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes».

¹³⁰³ Insiste en esta consideración de la excepcionalidad M. Aragón Reyes, quien afirma que “la excepcionalidad de esta norma de donde deriva verdaderamente es de su modo de emanación, en cuanto que constituye una excepción al modo normal de producción de leyes, que no es otro que el legislativo parlamentario”, p. 57.

¹³⁰⁴ STC 6/1983.

ser una necesidad absoluta, cuanto de “una necesidad relativa respecto de la situación concreta de los objetivos del Gobierno, que, por razones difíciles de predecir, requieren una acción normativa inmediata, en el tiempo más breve del previsto en el normal iter legislativo, por motivo de la urgencia de la situación”. Para señalar a continuación nuestro alto Tribunal que “es forzoso conceder al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección política del Estado (...) con un razonable margen de discrecionalidad en cuanto sea necesario para garantizar un uso del Decreto-ley” (STC 6/1983) flexibilizando por tanto el rigor inicial respecto del control externo por el TC respecto de la urgencia y necesidad

Por tanto el Tribunal aprecia el “peso que (...) es forzoso conceder al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección política del Estado”, por lo que restringe su enjuiciamiento a los “supuestos de uso abusivo o arbitrario” (STC 29/1982) y que le llevará a “rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada (...) por inexistencia del presupuesto habilitante por invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución” (STC 11/2002)¹³⁰⁵. Es necesario reconocer que no ha sido este el parecer unánime de los miembros del Tribunal y, en ocasiones, a través de los votos particulares formulados a sentencias que resolvían la impugnación de un Decreto-ley han hecho valer un entendimiento diferenciado de esta norma, como habrá ocasión de señalar más adelante, de tal modo que “únicamente es admisible la adopción de un Decreto-ley si es inaplazable regular una materia reservada a la ley en un tiempo inferior al necesario para la aprobación de una ley formal por las Cortes Generales” (STC 332/2005, voto particular magistrada María Emilia Casas Baamonde).

En cuanto a la exigencia de rigor en la habilitación del Decreto-ley se ha señalado que “no debe consistir en una apelación genérica vacía de contenido, sino concretarse en una definición explícita y razonada de la situación de <<extraordinaria y urgente necesidad>>” (STC 142/2014). Por lo que cabe afirmar la necesidad de una motivación expresa, es decir, “concreta (no abstracta o retórica) y que resulte “comprensiva de todas las circunstancias que concurren” para que se haya acudido a este instrumento normativo y no a otras

¹³⁰⁵ Es ante esta cuestión que Aragón señala “el Gobierno está amparado por la discrecionalidad de tal manera que la limitación de su facultad lo es de manera negativa: no se trata de que haya de probar, positivamente, que se da el presupuesto de hecho habilitante, sino de controlar que la justificación que ha dado no sea arbitraria. Es decir, no es el Gobierno el que ha de justificar plenamente la no arbitrariedad, sino el Tribunal, al controlar el decreto-ley, el que ha de comprobarlo”, M. Aragón Reyes, p. 77.

opciones previstas en el sistema de fuentes. Pero igual sucede cuando se trata del uso del Decreto-ley en vez de haber acudido a la tramitación parlamentaria de una ley por la vía de urgencia, sobre la que de forma más reciente se ha pronunciado nuestro Alto Tribunal ante la ausencia de justificación de su uso ni en la exposición de motivos, ni en la memoria, ni tan siquiera en la ulterior intervención parlamentaria del Gobierno para la convalidación¹³⁰⁶ que conllevará la declaración de inconstitucionalidad y nulidad.

Ocurre así cuando el Tribunal Constitucional resuelve la impugnación de la Generalitat de Cataluña contra el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. Nos encontramos ante una acción normativa de procedencia gubernamental inmediata que entre los diversos contenidos recoge las obligaciones de los beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo y las sanciones que el Servicio Público de Empleo Estatal puede imponer por su incumplimiento. Pues bien aunque la justificación de carácter general de la norma se entiende suficiente, esto es, la situación de crisis económica que obliga a la realización de reformas orientadas al crecimiento económico y la creación de empleo, ante un contenido tan heterogéneo sin embargo, “no resulta suficiente a la hora de apreciar la concurrencia del presupuesto habilitante” ya que el Tribunal aprecia que el Gobierno “no ha explicitado la concreta relación existente entre la situación de crisis y la modificación de los tipos infractores y, como consecuencia de esta modificación, de la Administración competente para sancionar su comisión”(STC 27/2015).

Por tanto, no cabe afirmar una interpretación evolutiva del Tribunal Constitucional respecto del presupuesto habilitante cuanto puntuales sentencias en las que ha matizado ese juicio externo laxo sobre la utilización de esta acción normativa de urgencia. Sucede así cuando el alto Tribunal afirma que procede usar esta categoría normativa <<en todos aquellos casos en los que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país, que, por circunstancias difíciles o imposibles de prever, requieren una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta (STC 6/1983). Si bien en casos excepcionales ha considerado que <<“hablar de la ‘cambiante situación de la economía internacional’ o de ‘nuevas oportunidades más variadas que ... en etapas anteriores’ supone la utilización de fórmulas rituales de una marcada abstracción y, por

¹³⁰⁶ «Tal justificación no incide en otras circunstancias que, sin perjuicio de aquella obligación, expliquen el porqué de haber acudido al Decreto-ley y no a una ley» (STC 199/2015).

ello, de prácticamente imposible control constitucional, por lo que apreció que la definición explícita y razonada del presupuesto habilitante faltaba>>” (STC 68/2007).

En cuanto al correcto entendimiento de la urgencia como tempranamente indicó Santolaya “se convierte en un elemento relacional”¹³⁰⁷ en la adopción de las medidas. Se quiere hacer referencia al tiempo que debiera emplear el Parlamento para la aprobación de la norma correspondiente y, por tanto, el uso de este instrumento debe permitir una celeridad mayor que el procedimiento ordinario de aprobación de las normas e incluso del procedimiento de urgencia, por lo que sería siempre inferior a dos meses. Corresponde al Gobierno no sólo justificar el carácter extraordinario de la situación que motiva la adopción del mismo para su correcta resolución, sino también señalar “los prejuicios u obstáculos que para la consecución de los objetivos perseguidos se seguirían de la tramitación (...) por el procedimiento legislativo ordinario” (STC 68/2007). Aunque como el propio Tribunal ha declarado el Decreto-ley puede tener eficacia inmediata aunque su completa ejecución se demore en función de la naturaleza y complejidad de las acciones en él previstas” (STC 93/2015).

Desde sus primeros pronunciamientos el TC avaló dicha interpretación señalando que corresponde el recurso al Decreto-ley cuando la respuesta no puede “ser atendida por una acción normativa emanada de las Cortes Generales (STC 111/1983). De donde cabe deducir, que no parece compatible esta exigencia con diferir la entrada en vigor de las medidas fundamentadas en dicha justificación, por ello el Tribunal ha señalado como un elemento integrante del presupuesto habilitante del Decreto-ley “el despliegue inmediato de efectos jurídicos” frente a posponer su aplicación propio de otro tipo de normas (SSTC 29/1982, 31/2011y 26/2016).

3. Materias excluidas del Decreto-ley.

Los términos en los que el constituyente ha delimitado el alcance del Decreto-ley se precisan a través de una expresa exclusión de materias que, en ningún caso, bajo riesgo de inconstitucionalidad pueden ser objeto de esta norma. De un lado, los Decretos-leyes “no

¹³⁰⁷ P. Santolaya, p.110.

podrán afectar”al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado¹³⁰⁸, el régimen autonómico¹³⁰⁹, la regulación de los derechos y libertades¹³¹⁰, las materias sujetas a reserva de Ley orgánica¹³¹¹ que, si inicialmente se enumeran en el artículo 81 CE¹³¹², una lectura atenta del resto del texto constitucional permite comprobar la extensión de materias sujetas a la misma. Por la especial caracterización del derecho electoral, el régimen de los procesos electorales igualmente permanece reservado a la Ley orgánica. Por lo que cabría concluir impropriamente que la reserva de Ley orgánica excluye el uso del Decreto-ley cuando en realidad la exclusión de éste es algo más amplia¹³¹³.

Sin embargo por su alcance, resulta especialmente interesante conocer la interpretación que el Tribunal ha realizado de la regulación de los derechos y libertades, ya que el Título I hace referencia también a los deberes y, entre estos, se encuentra el de hacer frente a las cargas públicas que podrían quedar afectadas por los límites recogidos en el art. 86.1. Pero sin duda es en concreto sobre el entendimiento del término “afectar” donde se ha planteado la mayor controversia. Por ello PÉREZ ROYO se pregunta “Afectar ¿es <<incidir>> en cualquiera de los derechos, deberes y libertades>> reconocidos en la Constitución? ¿O es <<regular>> tales <<derechos, deberes y libertades>>, esto es, establecer su régimen

¹³⁰⁸ «La prohibición constitucional haría referencia [...] a los elementos estructurales, esencial o generales de la organización y funcionamiento de las instituciones estatales básicas, pero no, en cambio, a cualquiera otros aspectos accidentales o singulares de las mismas» (STC 60/1986). Por lo que podría incidir de forma tangencial en instituciones públicas atendiendo a la interpretación tan flexible a la que nos tiene acostumbrado el Tribunal Constitucional en esta materia.

¹³⁰⁹ «las normas ahora impugnadas no delimitan directa y positivamente las competencias autonómicas, sino que simplemente puede incidir en las mismas [...] otra interpretación de estos límites materiales vaciaría prácticamente de contenido los ámbitos de regulación sobre los que el Decreto-ley puede proyectarse, puesto que es muy difícil encontrar un objetivo normativo en el que no incida de uno u otro modo alguna competencia autonómica» (STC332/2005).

¹³¹⁰ «La cláusula restrictiva del art. 86.1 de la CE [no podrán afectar...] debe ser entendida de modo tal que ni reduzca a la nada el Decreto-ley, [...] ni permita que por Decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I, ni dé pie para que, por Decreto-ley, se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos» (STC 111/1983).

¹³¹¹ «no es posible [...] equiparar, en lo que afecta a los derechos fundamentales y libertades públicas, el ámbito negativo de exclusión del art. 86.1 CE con el positivo de exigencia de ley orgánica del artículo 81.1CE. Este último es por fuerza más restringido, pues tan sólo cubre el desarrollo general de un derecho o, en todo caso, la regulación de aspectos esenciales de dicho derecho» (STC 111/1998).

¹³¹² «Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución».

¹³¹³ En este sentido quedaría vedado el uso del Decreto-ley para la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados (art. 94.1 CE), la autorización del Congreso para convocar un referéndum (art. 92 CE), las leyes de delegación (art. 82 CE), la ley de presupuestos generales del Estado (art. 134 CE), la autorización de la prórroga de la declaración de estado de alarma así como la declaración de los restantes estados de excepción (art. 116 CE).

jurídico general o, al menos, definir sus elementos esenciales”¹³¹⁴.

De la jurisprudencia se deduce que esta restricción del art. 86.1 CE impide que tenga incidencia en el contenido o elementos esenciales de algunos de tales derechos (STC 111/1983) así sucede cuando el Decreto-ley afecta a la regulación del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda (STC 93/20015), esta interpretación se ha mantenido también respecto del deber de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas que se recoge en el art. 31.1 CE (STC182/1997¹³¹⁵) y en la inconstitucionalidad del Decreto-ley relativo a la creación de un impuesto (STC 107/2015).

En efecto, de la lectura de dicha jurisprudencia constitucional se puede deducir que en diversas ocasiones el control externo llevado a cabo por el Tribunal sobre el contenido material de los Decretos-leyes impugnados por “afectar” alguna de las materias vedadas a éstos, es difícil de compartir, en la medida en que el carácter laxo del entendimiento de la afectación ha primado sobre otras consideraciones.

Pues bien al objeto de delimitar en qué medida un Decreto-ley puede afectar a la regulación de los derechos constitucionalizados reviste interés el grado de afectación de derechos como el de propiedad y acceso a la vivienda digna o el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria (art. 43 CE) que han sido destinatarios de estos instrumentos normativos y sujetos a control externo del Tribunal Constitucional.

Ocurre así cuando se afecta el derecho de propiedad (art. 33 CE), aunque más adelante se tratarán los Decretos-leyes autonómicos, este ejemplo es clarificador respecto de la afectación de un derecho. Como se constata en el asunto resuelto en la STC 93/2015 en la medida en que se impugnan diversos preceptos del Decreto-Ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda en Andalucía ante una situación de precariedad en que se encuentran muchas personas en esta Comunidad Autónoma como consecuencia directa de la crisis económica y ante los desahucios realizados, el Consejo de Gobierno dentro del marco estatutario (art. 110) opta por dictar esta acción normativa de urgencia¹³¹⁶.

¹³¹⁴ J. Pèrez Royo, p. 645.

¹³¹⁵ Real Decreto-ley 5/1992, de Medidas Presupuestarias Urgentes, que modificaron las escalas del IRPF del año 1992.

¹³¹⁶ Se recoge en la exposición de motivos de la citada norma de urgencia autonómica el objetivo de la misma «hacer frente a esta situación con la intención de propiciar la posibilidad de dar cumplimiento al derecho a disponer de un techo, bajo el que las personas puedan desarrollarse con normalidad dentro de la sociedad», a la vez que para solventar dicha situación se propone frente a la desocupación de viviendas existente en la

En el juicio externo llevado a cabo por el Tribunal, por éste se concluye que la norma de urgencia impone al propietario de una vivienda “el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto en el ordenamiento jurídico” con lo que la norma autonómica afecta al derecho de propiedad privada (art. 33 CE). Por lo que concluye en su enjuiciamiento externo que se trata de una “regulación directa y con vocación de generalidad de las vertientes individual e institucional del derecho de propiedad sobre la vivienda, y no de la disciplina de un sector material en el dicho derecho constitucional pueda incidir”, razón ésta que le permite afirmar que el legislador de excepción, en la norma en cuestión ha llevado a cabo una afectación del derecho que “está vedado a esta modalidad de disposición con fuerza de ley” por lo que se declara inconstitucional y nulo el precepto impugnado¹³¹⁷.

El derecho a la protección a la salud y el acceso a la sanidad también se ha visto afectado por este instrumento normativo con ocasión de la STC 139/2016 en la que se resuelve la impugnación del Real Decreto-ley 16/2012 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Los motivos de impugnación recaen en no haber atendido el Gobierno a los límites materiales del decreto-ley, haber alterado sustancialmente el sistema de protección de salud del que habían sido beneficiarios los extranjeros al quedar excluidos del mismo los que no dispongan de autorización de residencia, así como la afectación al derecho a la protección de datos de carácter personal.

Por lo que aquí interesa y en torno a la equiparación, en su caso, de los derechos de las personas extranjeros en situación de legalidad “siempre y cuando no superen el límite de ingresos que se determine reglamentariamente” con los de aquellas que están en situación irregular por carecer de autorización de residencia a los efectos de excluir a estos últimos de la condición de beneficiarios de la asistencia sanitaria, el Tribunal acude a la doctrina ya contenida en el ATC 179/2011 para reiterar que si bien el art. 86.1 se opone al uso del decreto-ley para afectar los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos que se recogen en el Título I CE, “ha rechazado una interpretación extensiva de dicho límite que supondría el vaciamiento de la figura del decreto-ley haciéndolo <<inservible para regular con mayor

Comunidad Autónoma, actuar para dar cumplimiento a la «función social» de la vivienda ante la situación que es definida de «emergencia social».

¹³¹⁷ «forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico».

o menor incidencia cualquier aspecto concerniente a las materias incluidas en el Título I CE>>”. En este entendimiento se considera por el Tribunal que “lo que se prohíbe constitucionalmente es que se regule un régimen general de estos derechos (...) o que vaya en contra del contenido o elementos esenciales de algunos de tales derechos”. Por tanto, el Tribunal fija dos límites para el Decreto-ley en esta materia, que no “regule el régimen general de los derechos” y que “la interpretación constitucionalmente adecuada tenga en cuenta la configuración constitucional de los derechos en cuestión, su ubicación sistemática (...) el mayor o menor grado de intensidad o rigor de las garantías de las que disfrutan” atendiendo al art. 53.3 CE. En efecto, por su ubicación sistemática el derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria (art. 43 CE) es un principio rector, aunque no por ello solo tiene un valor programático sino que su concreción y regulación lo será a través de la intervención del legislador para determinar el acceso de los ciudadanos a las prestaciones y servicios sanitarios, observando el mandato constitucional pero sin olvidar la libertad de configuración del legislador ordinario.

Pero el Decreto-ley impugnado prevé también para acceder a la condición de asegurado no solo a titulares de la nacionalidad español o de los Estados Miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo o Suiza “siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente” lo que puede ser interpretado como una contravención de la igualdad y no discriminación prohibida por el art. 14 CE en conexión con la reserva de ley “derivada “ del art. 43.2. Es por tanto que el TC deduce que este precepto contiene una deslegalización que resulta contraria a la reserva de ley prevista en el art. 43.2 CE, por lo que declara inconstitucional y nulo dicho precepto.

Sin embargo en esta sentencia se contiene un voto particular del magistrado Valdés Dal-Ré que explicita su disensión del parecer mayoritario de los miembros del Tribunal en el sentido de considerar que se ha producido con esta norma la afectación del derecho a la sanidad y la salud, más allá de su consideración sistemática como principio rector en la medida en la que su vinculación con el art. 10.2 CE es innegable y tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos han establecido el riesgo para el derecho a la vida de la ausencia de un trato sanitario, pues a través de este instrumento normativo se produce una regresión en la medida en que “excluye del sistema de prestación sanitaria pública y gratuita los extranjeros salvo a los menores, mujeres embarazadas y en situación post-parto y en los

supuestos de urgencias médicas¹³¹⁸».

En cuanto a la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 CE), por su ubicación en la sección segunda del Título I de los derechos y deberes de los ciudadanos¹³¹⁹, el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el límite material del Decreto-ley en materia tributaria¹³²⁰. Así ha señalado que este instrumento normativo “no podrá alterar ni el régimen general ni aquellos elementos esenciales de los tributos que incidan en la determinación de la carga tributaria”, si bien matiza a continuación que “no queda absolutamente impedida la utilización” del mismo en esta materia “cuando concurre el supuesto habilitante, como instrumento normativo del Gobierno al servicio de los objetivos de la política económica”. Pero no cabe una respuesta global, pues el enjuiciamiento del Tribunal deberá realizarse en cada caso, atendiendo al tributo objeto de regulación por el Decreto-ley, así como “la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate”. Pues bien al realizar el enjuiciamiento sobre el citado Decreto-ley se corrobora que la regulación “supone una alteración sustancial de la posición de los ciudadanos en el conjunto del sistema tributario y afecta a la esencia del deber recogido en el art. 31.1 CE”.

Un amplio resumen de la doctrina del TC al respecto se contiene en la STC 189/2005¹³²¹, así la conformidad con el art. 86.1 CE se ha apreciado respecto de modificaciones tributarias que afectaban a las haciendas locales (STC 6/1983), respecto de situaciones de riesgo de desestabilización de orden financiero (STC 111/1983), de adopción de planes de reconversión industrial (STC 29/1984), de reforma administrativa tras la llegada al poder

¹³¹⁸ En palabras del Magistrado discrepante «la conexión instrumental e innegable que se deriva del recurso interpuesto al art. 10.2 CE, entre los arts. 43 y 15 de la Constitución, recurso que supone que cualquier afectación normativa del derecho a la asistencia sanitaria y a la salud ha de proyectarse, necesariamente, sobre el derecho a la vida y la integridad física y moral de los individuos» que debe contrastarse con los términos que se recogen en el preámbulo del Real Decreto-ley que tienen como «objetivo fundamental efectivo de promedio afrontar una reforma estructural del sistema Nacional de Salud [...] esto es, una reforma esencial, sustantiva, básica, fundamental o principal del derecho a la salud» (STC 139/2016).

¹³¹⁹ «concluir que la formulación constitucional del art. 31.1 no es una simple declaración programática sino la consagración de un auténtico mandato jurídico, fuente de derechos y obligaciones, y del que se deriva un deber constitucional para los ciudadanos de contribuir, a través de los impuestos, al sostenimiento o financiación de los gastos públicos».

¹³²⁰ Real Decreto-ley 5/1992, de 21 de junio, de Medidas Presupuestarias urgentes en cuyo art. 2 se modifican las escalas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

¹³²¹ Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. La impugnación de inconstitucionalidad iba dirigida contra medidas relativas a la reducción en la base imponible del impuesto sobre sucesiones en determinados supuestos, la actualización de balances y la modificación del régimen tributario de las ganancias y pérdidas patrimoniales en el impuesto sobre la renta de las personas físicas.

de un nuevo Gobierno (STC 60/1986), de modificaciones normativas en relación con la concesión de autorizaciones para instalación o traslado de empresas (STC 23/1993), de medidas tributarias de saneamiento del déficit público (STC 182/1997), o la necesidad de estimular el mercado del automóvil (STC 137/2003). La justificación en todos los casos referidos según el alto Tribunal es otra que “hacer frente a las coyunturas económicas problemáticas” puesto que el Decreto-ley “representa un instrumento constitucionalmente lícito, en tanto que pertinente y adecuado para la consecución del fin que justifica la legislación de urgencia”, que no es otro que “suvbenir a <<situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria”.

Por lo que respecta al límite material que supone el régimen de las Comunidades Autónomas cabe decir que también en este ámbito la jurisprudencia del TC ha matizado los ámbitos excluidos a este instrumento normativo. Así se señaló que “Esta limitación del art. 86.1 no puede afectar al régimen jurídico constitucional de las Comunidades Autónomas, incluida la posición institucional que les otorga la Constitución” (STC 29/1986). Pero en este ámbito material, más allá de lo dispuesto en el correspondiente Estatuto de Autonomía, está claro que se puede producir una incidencia en el reparto competencial a través de Decretos-leyes. En el mismo sentido y por lo que afecta al sistema de distribución de competencias se señala que “no existe obstáculo constitucional alguno para que el Decreto-ley, en el ámbito que corresponde a la competencia legislativa del Estado, pueda regular materias en las que las CCAA tengan competencias, pero en las que incida una competencia legislativa del Estado, siempre que esa regulación no tenga como fin atribuir competencias ni delimitar positivamente la esfera de las competencias autonómicas” (STC23/1993).

Aunque no constituye un incumplimiento del presupuesto habilitante nos hemos de referir al uso de este instrumento prescindiendo de la potestad reglamentaria constitucionalmente atribuida. En efecto, constituye otro ámbito de expansión del campo material de actuación del Decreto-ley el que hace referencia al reservado inicialmente a la potestad reglamentaria del Gobierno, es decir, la regulación de aquellas materias en las que hubiera bastado la emanación de la disposición basada en la atribución de dicha potestad al Gobierno. Bien es cierto, y se puede alegar, la inexistencia en nuestro sistema de fuentes de una reserva de

materias a la potestad reglamentaria, pero igualmente se puede objetar el uso impropio del Decreto-ley para alcanzar un objeto que podría haberse logrado simplemente con el empleo de esta potestad. Con anterioridad ya fue señalada la compatibilidad de su uso, en este ámbito claramente se ha producido un notable exceso gubernamental cuando, con ocasión de una reforma de la organización administrativa se acude a la figura del Decreto-ley 22/1982, sobre medidas urgentes de reforma administrativa¹³²². Pero esta tendencia de comprensión por el Tribunal Constitucional se ha mantenido con posterioridad en otros pronunciamientos, pese a que en algún voto particular se advertía al respecto¹³²³ (STC 332/2005).

Una lectura pormenorizada de la jurisprudencia constitucional relativa a los Decretos-leyes, esto es, de aquellos que fueron recurridos ante el TC, un número muy reducido respecto de los aprobados inicialmente y con posterioridad convalidados, arroja matices en la interpretación del alcance y límites de este instrumento normativo desde la primera sentencia en la que se hubo de pronunciar nuestro Alto Tribunal. Así si nos atenemos al cómputo efectuado por Carmona Contreras hasta 2018 de un total de 548 tan sólo dos no fueron convalidados (1979 y 2017) cifra que se ha incrementado recientemente con un tercer Decreto-ley no convalidado en 2019. Por lo que respecta a aquéllos otros que fueron tramitados por el procedimiento de urgencia tras su convalidación, esta autora con la limitación temporal indicada señala que tan sólo 100 de ellos completaron dicha previsión constitucional, porcentaje que tan sólo excede mínimamente el 18% del total de los convalidados¹³²⁴.

En esta visión descriptiva llama la atención y avala la crítica ya adelantada al abuso de la utilización de los Decretos-leyes, la continua y reincidente justificación en la exposición de motivos de la oportunidad y razonabilidad de los mismos en atención a la crisis económica y la urgencia de la adopción de medidas para invertir la situación. Así es habitual acudir por el Gobierno a la complejidad de la coyuntura económica del momento

¹³²² «lo que ha hecho el decreto-ley impugnado ha sido elevar de rango normativo y congelar legalmente buena parte de la materia de organización que con anterioridad estaba deslegalizada, operación perfectamente legítima según la Constitución, habida cuenta de la inexistencia en nuestro sistema de producción normativa de un principio de reserva reglamentaria» (STC 60/1986).

¹³²³ Voto particular de la entonces Presidenta del Tribunal en la STC 332/2005: «El Gobierno, en suma, no puede regular legislativamente cualquier materia y en cualquier circunstancia, sino sólo cuando sea inevitable. En definitiva, cuando haya de verse afectadas materias inaccesibles al reglamento y frente a las que, por tanto, no es suficiente con el ejercicio» de la potestad normativa propia.

¹³²⁴ A. Carmona Contreras, *Artículo 86*, en *Comentarios a la Constitución española. 40 aniversario 1978-2018*, Libro homenaje a Luis López Guerra, Tirant lo blanchp.1285.

presente¹³²⁵ o la necesidad con la aprobación de esta norma de “aminorar las consecuencias de aquella situación”¹³²⁶, para hacer frente a la “rápida evolución de la crisis económica”¹³²⁷ e impedir “que se retrase, más allá de lo inevitable, su superación”¹³²⁸, o simplemente para dar cumplimiento al “compromiso asumido por los países integrantes de la zona euro para reforzar la confianza en la moneda única y en la estabilidad de la eurozona”¹³²⁹.

En todo caso una lectura de los Diarios de Sesiones del Congreso de los Diputados (en adelante DSCD) ilustra en modo suficiente sobre la justificación del uso del Decreto-ley esgrimido por los miembros del Gobierno en esta sede al objeto de la convalidación de los mismos. Es usual reiterar la referencia a la coyuntura económica problemática para actuar en el mercado de trabajo¹³³⁰ más allá del carácter crónico y por tanto estructural del desempleo¹³³¹, que en alguna ocasión se conecta incluso con políticas de empleo y el régimen de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado¹³³². No obstante, cabe reseñar intervenciones memorables de los Diputados de la oposición haciendo ver la incompatibilidad de la adopción de medidas de carácter estructural con el uso del Decreto-ley cuya vocación es la de una respuesta urgente¹³³³. En esta línea se impugna la justificación de su uso para hacer frente a la crisis económica cuando constituye “una

¹³²⁵ «La mala evolución de la demanda agregada, junto con el mal comportamiento de la tasa de desempleo en las circunstancias extraordinarias actuales», Decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crea un fondo estatal de inversión local y un fondo especial del Estado para la dinamización de la economía y el empleo.

¹³²⁶ Decreto-ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias.

¹³²⁷ Argumento especialmente débil cuando se utiliza paramotivar el Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, cuando el paro tiene una impronta estructural indiscutible en nuestro país. En este sentido A.L. Sanz Perez, *De cómo puede apreciar el Tribunal Constitucional la extraordinaria y urgente necesidad de los Decretos-Leyes. Comentario a la STC 68/2007, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 10/2007, pp. 1510 a 1524.

¹³²⁸ Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

¹³²⁹ Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

¹³³⁰ Decreto-ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas. DSCD, n. 72, de 26 de marzo de 2009, p.15.

¹³³¹ Decreto-ley 1/2011 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas. DSCD, n. 226, de 24 de febrero de 2011, p. 41.

¹³³² Decreto-Ley 14/2011 de 16 de septiembre, de medidas complementarias en materia de políticas de empleo y de regulación del régimen de actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. DSCD 276, de 22 de septiembre de 2011, p. 16.

¹³³³ Intervención de la Diputada Álvarez-Arenas durante la convalidación del Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo. DSCD, n. 229, de 10 de marzo de 2011, p. 29.

manera de legislar” orillando la esencia del parlamentarismo que es el debate¹³³⁴ y degradando “los debates de convalidación en actos parlamentarios vacíos, sin sentido democrático ninguno, y en una burla a la Constitución y a este Congreso”¹³³⁵.

No obstante hemos de reseñar como se aprecia una evolución en el rigor con que el TC afronta la función de garantía de la primacía de la Constitución y el correcto funcionamiento del sistema de producción normativa depurando y expulsando del ordenamiento las normas impugnadas cuando se declare su inconstitucionalidad. Sirva a modo de ejemplo el caso resuelto en la STC 27/2015 respecto del Decreto ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. Nos encontramos ante un Decreto-ley que tras su convalidación fue acordada su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia (art 86.3CE) culminando con la aprobación de la Ley 1/2014, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, de 28 de febrero. El objetivo de la norma impugnada era otorgar mayor seguridad jurídica a los perceptores de las prestaciones y subsidios por desempleo. Se justifica la extraordinaria y urgente necesidad en que “se trata de medidas de empleo y Seguridad Social que,(...) vienen a reforzar la vinculación entre la protección por desempleo y la inserción laboral de las personas desempleadas (...) responde al objetivo de otorgar una mayor seguridad jurídica a los empresarios y a los perceptores de las prestaciones y subsidios por desempleo”.

Quizá es relevante que tras reproducir el Tribunal las justificaciones de la exposición de motivos antes citadas así como de modo parcial la intervención del miembro del Gobierno en la sesión de convalidación, se asume por aquél que “es posible inferir la existencia de una justificación de carácter general, la situación de crisis económica que obliga a la introducción de reformas orientadas al crecimiento económico y a la creación de empleo, y otra de carácter específico (...) la necesidad de proporcionar (...) mayor seguridad

¹³³⁴ «una manera flexible, ágil y rápida, sí, pero impide en la mayoría de los casos el necesario debate parlamentario, el acuerdo y la negociación, elementos que configuran el quehacer de esta casa». Intervención del Diputado Azpiazu Uriarte con motivo de la convalidación del Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas conempresas y autónomos por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y simplificación administrativa. DSCD, n. 229, de 10 de marzo de 2011, p. 29.

¹³³⁵ Intervención del Diputado Coscubiela Conesa con motivo de la convalidación del Decreto Ley 10/2015, de 11 de septiembre, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto del estado y se adoptan otras medidas en materia de empleo público y de estímulo de la economía. DSCD, n. 309, de 1 de octubre de 2016, p. 35-36.

jurídica a los perceptores de las prestaciones y subsidios por desempleo”. Pues bien, entiende el TC que no resulta suficiente la justificación genérica para apreciar la concurrencia del presupuesto habilitante respecto de alguno de los preceptos impugnados, así como la necesaria concreción de la relación existente entre la situación de crisis aducida y la modificación llevada a cabo en el texto legal. En concreto se aprecia, de un lado, la carencia de “una argumentación” pues añade el Alto Tribunal, “nada se ha alegado sobre la necesidad de una acción normativa inmediata (...) en un plazo más breve que el requerido para la tramitación parlamentaria de las leyes (...) sin que tampoco (...) se haya justificado, ni a ellos se haya aludido siquiera” (...) cuáles serían los perjuicios u obstáculos que, para la consecución de los objetivos perseguidos por la modificación operada, se hayan evitado con la utilización del Real Decreto-ley en lugar del procedimiento legislativo parlamentario”.

4. Decreto-ley *ómnibus*.

Es evidente que se ha producido una proliferación de los Decretos-leyes de contenido heterogéneo como acredita la mera lectura de alguno de ellos. La cuestión inicial objeto de discusión recae en la posibilidad de trasladar la doctrina de las leyes *ómnibus* a los decretos-leyes y, en su caso, de la exigencia al Gobierno de justificar la concurrencia del supuesto habilitante “único y generalmente aplicable a todas las medidas contenidas en la norma” y si en este caso concurriría. Ahora bien, el Tribunal debe adecuar su doctrina en materia de presupuesto habilitante del Decreto-ley “a la singularidad del texto caracterizado por su heterogeneidad” y, a tal efecto, se pronuncia inicialmente sobre la adecuación de este tipo de normas a la Constitución para afirmar en referencia a las leyes *ómnibus* “el dogma de la deseable homogeneidad de un texto legislativo no es obstáculo insalvable que impida al legislador dictar normas multisectoriales, pues tampoco existe en la Constitución precepto alguno, expreso o implícito, que impida que las leyes tengan un contenido heterogéneo”, habiendo concluido que este tipo de leyes transversales “no son, por el mero hecho de su compleja estructura interna, lesivas de precepto constitucional alguno” (STC 136/2011). Por tanto podemos adelantar a modo de conclusión que se ha realizado una traslación de

aquella interpretación de las leyes ómnibus a los Decretos-leyes¹³³⁶.

Sirva pues como ejemplo de este tipo de Decreto-ley, el análisis de varias acciones normativas gubernamentales que al margen de haber sido recurridas ante el Tribunal o no, permiten visualizar la heterogeneidad de las mismas, la posición del Tribunal Constitucional respecto a su caracterización y contenido, esbozada en la resolución de la impugnación de la que fue objeto el Real Decreto-ley 12/2014, de 24 de enero, de reforma en materia de infraestructuras y transportes y otras medidas. Salta a la vista la indeterminación del último ámbito de alcance de esta norma que se deriva de su mero enunciado. El ámbito de incidencia de este instrumento normativo es amplísimo pues aborda el sistema ferroviario, las Agencias Estatales, la seguridad aérea y respecto de la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión. Además se lleva a cabo, a través del mismo, la modificación de la ley de Presupuestos Generales del Estado, de la ley de Puertos del Estado y la Marina Mercante, de la regulación de la Ley de Contratos así como de modificación del Impuesto sobre el Valor Añadido y del Impuesto de Sociedades.

A la heterogeneidad de las materias que se contienen en esta norma se le ha de unir también la diversidad de motivaciones aducidas por el Gobierno respecto de la necesidad de acudir al Decreto-ley para su regulación. Respecto de algunas materias se “exige una incorporación indemorable” al objeto de que “alcancen plena eficacia inmediata”, sin embargo en otras la urgencia se fundamenta bien en el evitación de un “procedimiento de infracción abierto por la Comisión Europea” o bien con el fin de paralizar el que ya se había iniciado. Además otras justificaciones esgrimidas también reúnen un elevado nivel de indeterminación como “la necesidad de reforzar el control de los fondos públicos, mejorando su gestión”, o bien para favorecer el crecimiento del tráfico aéreo” y apoyar otros sectores económicos como el turístico o la “salv guarda y protección de las Administraciones concedentes o la necesidad de “no demorar el abono“ de ayudas.

Reviste especial interés el análisis de la STC 199/2015, en la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado contra el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de

¹³³⁶Se admite que «las leyes de contenido heterogéneo son un continente constitucionalmente admisible, aunque técnicamente mejorable, pararecoger medidas diversas de política económica, también puede aceptarse la existencia de decretos-leyes transversales» por lo que «nada se opone [...] un decreto-ley contenga medidas normativas de carácter heterogéneo, siempre que las mismas no afecten a las materias que le están constitucionalmente vedadas a dicho tipo de fuente» (STC 199/2015).

aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. El recurso de inconstitucionalidad se fundamenta inicialmente en el hecho de que el citado Real Decreto-ley contiene “una pluralidad de contenidos normativos cuya regulación” al contenerse en legislación de urgencia, “no puede ser reconducible a un único presupuesto habilitante”, que en sí mismo ya constituiría una causa de vulneración del art. 86.1 CE, además de reducir la “capacidad de intervención parlamentaria en la discusión de convalidación” del mismo. Para la resolución de este recurso el Tribunal admite que estamos en presencia de un denominado <<decreto-ley ómnibus>>¹³³⁷, por la heterogeneidad y el alcance expansivo de las medidas que contiene, circunstancia esta que otorga cierta singularidad” al pronunciamiento que se ha de llevar a cabo por éste. En efecto, en la citada norma de urgencia se incluyen disposiciones relativas al impulso de la actividad económica, a infraestructuras y transporte, medidas urgentes en el ámbito energético, sobre el fomento de la empleabilidad y el sistema nacional de garantía juvenil, medidas fiscales e incluso en las disposiciones adicionales, entre otras disposiciones, aquellas relativas a la aprobación de plazas para las Fuerzas Armadas.

Además, se cuestiona por los recurrentes la heterogeneidad de la norma de urgencia que, a su parecer, limitaría el debate de convalidación parlamentaria con merma considerable para el ejercicio de los derechos de representación (art.23.2CE)..

Por cuanto se refiere al control externo del Tribunal, una primera estrategia adoptada consiste en exigir la carga de la prueba de los recurrentes de tal modo que solo se pronunciará respecto de las impugnaciones fundamentadas de forma suficiente, no atendiendo a aquellas que lo hayan sido de forma “global” que a juicio del mismo resultarían “carentes de un razonamiento desarrollado que las sustente”. Razón ésta por la que se limita el objeto de enjuiciamiento del Tribunal sobre la constitucionalidad de la norma impugnada. Reitera a continuación el Tribunal su ya conocida doctrina para señalar que “la utilización de este instrumento normativo se estima legítima <<en todos aquellos casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país, que, por circunstancias difíciles o imposibles de prever, requieren una acción normativa

¹³³⁷ «expresión traída desde las leyes ómnibus, también denominadas por nuestra doctrina ‘leyes transversales’ y que surgieron como leyes de acompañamiento a las de presupuestos generales del Estado» o «leyes de medidas» concebidas en nuestro sistema de fuentes como respuesta a la introducción de límites materiales a la elaboración de la ley de presupuestos [...] para evolucionar después, de manera fundamental, como instrumento de sistematización de la política económica».

inmediata o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta >>”. En definitiva que el Tribunal asume que el control que le corresponde realizar es “externo, jurídico y no de oportunidad política ni de excelencia técnica, y que ha de ser flexible”, cuestión esta ya analizada que justifica en la necesidad de “no invalidar de forma innecesaria, ni sustituir el juicio político sobre la concurrencia del presupuesto que corresponde efectuar al Gobierno y al Congreso de los Diputados <<en el ejercicio de la función de control parlamentario>>”.

A partir de aquí y dado que no parece que pueda exigirse a este tipo de Decretos-leyes un límite formal específico, basado en “la existencia de un presupuesto habilitante común a todas las medidas en él contenidas”, el Tribunal habrá de llevar a cabo “la valoración de la concurrencia del presupuesto habilitante en un decreto-ley transversal” a través de la verificación de que “la motivación relativa a la existencia de dicho presupuesto, no es una vaga motivación genérica, sino que se refiere, expresamente, a cada precepto o grupo de preceptos, con el objetivo de exteriorizar las razones que justifican la inclusión de esas medidas en un decreto-ley”. Atendiendo pues en dicho control a “las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales que han dado lugar a la aprobación de cada uno” de ellos¹³³⁸, puede cuestionarse por el Tribunal la justificación llevada a cabo por el Gobierno en la coyuntura económica, pues entiende la relevancia de “la mejora del empleo y de las ventas, el aumento de la capacidad productiva del país, el fomento de la inversión empresarial para mantener la apertura de los establecimientos, la dinamización del consumo privado y el volumen de negocio del sector”. Pero ocurre que ante un contenido tan heterogéneo el razonamiento relativo a la acreditación del presupuesto habilitante de urgencia de preceptos relativos a empresas de trabajo temporal, agencias de colocación o llevanza de los Registros Civiles por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles no se ha justificado, por lo que son objeto de declaración de inconstitucionalidad. En esta resolución el Tribunal aprecia la falta de acreditación del supuesto habilitante para aprobar con carácter urgente los preceptos legales relativos a las empresas de trabajo temporal y agencias de colocación y a la llevanza del Registro Civil por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles¹³³⁹. Igualmente se reitera que el Tribunal debe constatar la

¹³³⁸ «analizar el grado de proximidad y de vinculación que existe entre la justificación relativa a la adopción del decreto-ley, y las medidas a que esa justificación se refiere».

¹³³⁹ «El uso notoriamente desmedido, fraudulento o abusivo de la figura del decreto-ley comporta un grave desequilibrio de la arquitectura constitucional, dejando en entredicho la propia noción de democracia

existencia de conexión entre el motivo y la medida adoptada de modo independiente a la imprevisibilidad de la situación o en su caso de que tenga su origen en la propia inactividad del Gobierno, incluso la falta de inmediatez de la medida adoptada por la exigencia de adaptaciones técnicas.

Finalmente y en orden a la lesión de la función representativa parlamentaria alegada por los recurrentes de inconstitucionalidad, el Tribunal reitera su doctrina relativa a que “una lesión del derecho fundamental tendrá relevancia constitucional cuando “pertenezcan al núcleo de la función representativa parlamentaria” que en este caso queda garantizado de conformidad con lo previsto en el Reglamento del Congreso en el art. 151 en el que se contienen los trámites del debate para la convalidación o derogación¹³⁴⁰. Aunque es cierto que por la heterogeneidad de la formulación contenidos resulta especialmente evidente la importancia de su tratamiento a través de un procedimiento ordinario legislativo, con la intervención de ambas Cámaras y no tan sólo del Congreso a través de la convalidación y sobre una heterogeneidad de materias difíciles de constatar la existencia de un claro hecho habilitante y en detrimento del protagonismo del Parlamento como poder legislativo¹³⁴¹.

En contraposición a la percepción mayoritaria del Tribunal, cabe reiterar argumentos vertidos en el voto particular del Magistrado Valdés Dal-Ré a esta sentencia, cuestionando el calificativo de extraordinario de “una crisis económica de la que se tiene constancia desde dos legislaturas, por lo que resulta infundado acudir al decreto-ley para dar teóricamente respuesta a la misma incluyendo todo tipo de medidas que además no tienen relación con aquélla”, posición que compartimos plenamente.

Un caso evidente de exceso en el uso del Decreto-ley lo constituye el Real Decreto-ley 10/2014, de 1 de agosto, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto de los Ministerios de Asuntos Exteriores y Cooperación, de Defensa y de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, en el que se analizan los límites del presupuesto habilitante necesario para la concesión urgente de un crédito extraordinario en el presupuesto del Ministerio de Defensa al objeto de dar cumplimiento al pago de

parlamentaria, que por su carácter nuclear ha de presidir en todo momento la tarea del intérprete supremo de la Constitución». Voto particular Magistrado Valdés Dal-Ré.

¹³⁴⁰ «Un miembro del Gobierno expondrá ante la Cámara las razones que han obligado a su promulgación y el debate subsiguiente se realizará conforme a lo establecido para los de totalidad» para añadir que «concluido el debate, se procederá a la votación, en la que los votos afirmativos se entenderán favorables a la convalidación y los negativos favorables a la derogación».

¹³⁴¹ Aragón manifiesta que esta práctica de los Decretos-leyes ómnibus debe considerarse inconstitucional. M. Aragòn Reyes, p.112.

compromisos adquiridos en ejercicios anteriores como declaró el Ministerio de Hacienda en su intervención en la sesión de convalidación del mismo¹³⁴². Pues como se constata en la STC 126/2016 en los programas especiales de armamento se ha generado una praxis consistente en “abordar su financiación” a través de esta técnica legislativa cuyo objeto no es otro que “la concesión de créditos extraordinarios para el pago de estos programas”¹³⁴³, sin que concurriera una situación de extraordinaria y urgente necesidad, sino quizá no generar costes adicionales o intereses de demora con los proveedores con los que se hubiesen celebrado los contratos. En efecto, entiende el Tribunal que aunque existiese “un motivo genérico de urgencia” e inicialmente no fuese posible conocer el importe exacto a abonar así como la necesidad de pagar a proveedores “no pueden justificar la utilización” de esta figura, por lo que se declara la inconstitucionalidad del mismo por carecer del presupuesto habilitante de este tipo de normas.

5. Decretos-leyes autonómicos.

La incorporación del Decreto-ley al sistema de fuentes autonómico ha tenido lugar con ocasión de las reformas estatutarias llevadas a cabo a partir de 2006 inicialmente no estaban previstas en los textos estatutarios. Conviene detenerse un instante en este supuesto ya que si en la redacción originaria de los Estatutos de Autonomía no se incluyó el Decreto-ley es claro que no se compartía esa necesidad por sus redactores, en caso contrario se hubiera dado curso a los mismos en los respectivos procedimientos de elaboración y aprobación.

Hemos de reparar en primer lugar en un uso del Decreto-ley en el ámbito autonómico sin previsión estatutaria, para analizar después la oportunidad de su regulación así como los materias concernidas por aquél y cuál ha sido la valoración que por el Tribunal Constitucional se ha realizado.

Una circunstancia poco recordada llevó a que para hacer frente a las consecuencias de unas inundaciones por parte del Gobierno del País Vasco se adoptaran cinco Decretos-leyes en el año 1983, que sin cobertura estatutaria, fueron publicados en virtud de la Ley 17/1983

¹³⁴² Como señaló el responsable del Gobierno en su intervención previa a la convalidación «no se trata de dar cobertura a necesidades imprevistas, su finalidad es proceder al pago de compromisos contraídos en ejercicios anteriores». DSCD, 11 de septiembre de 2014.

¹³⁴³ Reales Decretos-leyes 26/2012, 10/2013 y 7/2015.

del Parlamento Vasco por la que se facultaba al Gobierno para dictar Decretos-leyes con motivo de las recientes inundaciones¹³⁴⁴ y en ningún caso impugnados con posterioridad ante el Tribunal Constitucional, pese a su evidente inconstitucionalidad.

En el desarrollo del Estado autonómico no ha generado excesivo debate su incorporación a los Estatutos de segunda generación¹³⁴⁵. Es cierto que se ha aducido por diversos autores un conjunto de razones que podrían justificar la ausencia de necesidad de incorporar estos instrumentos al ordenamiento jurídico autonómico: así la inexistencia de una disfuncionalidad que se haya podido constatar en el funcionamiento del Estado de las Autonomías en los 25 años anteriores, el carácter monocameral de estos Parlamentos, el menor nivel de trabajo derivado de una cuantía inferior de iniciativas legislativas a debatir, o el conjunto de procedimientos previstos para la tramitación de leyes de urgencia, de Comisión e incluso de lectura única. Como era previsible, en la redacción de los nuevos Estatutos de Autonomía no se encuentran elementos novedosos por lo que ha sido en su caso en los Reglamentos parlamentarios autonómicos donde se han podido incluir algunas regulaciones escasamente diferenciadas. Una lectura de las motivaciones contenidas en las exposiciones de motivos de los Decretos-leyes autonómicos, nos muestran como se ha reiterado un entendimiento laxo del presupuesto habilitante.

Sin embargo, el principal inconveniente que presenta la recepción del Decreto-ley en el ámbito autonómico lo es respecto al control jurídico del mismo, más allá de las limitaciones a las que se encuentra sujeta la oposición parlamentaria. La cuestión de trascendencia radica en el hecho de que las normas autonómicas no pueden ser impugnadas ante el Tribunal Constitucional más que por las Comunidades Autónomas y el Estado lo que redundará en la dificultad de ejercer un control de constitucionalidad de los Decretos-leyes por las minorías parlamentarias autonómicas¹³⁴⁶. En todo caso, las impugnaciones que se han llevado a cabo de los Decretos-leyes lo han sido por esta vía, como consecuencia de la

¹³⁴⁴ «se autoriza al Gobierno, con carácter extraordinario y excepcional, y por un plazo máximo de cuatro meses a partir de la entrada en vigor de la presente ley, a dictar disposiciones legislativas provisionales en forma de Decretos-leyes, cuando su rango formal así lo requiera, para atender a las necesidades y compensar y reparar los daños provocados por las recientes inundaciones y lluvias torrenciales que han asolado a Euskadi» (art. 1).

¹³⁴⁵ I. González García, *La trascendencia constitucional del deficiente control del Decreto-ley autonómico*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2017. A.M. Carmona Contreras, *La incorporación de la potestad gubernamental de urgencia a los nuevos Estatutos de Autonomía: consideraciones críticas*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 76/2006.

¹³⁴⁶ No hay un reconocimiento expreso a la minoría parlamentaria autonómica para poder impugnar un Decreto-ley autonómico ante el Tribunal Constitucional (art. 32.2 LOTC).

presentación de recursos de inconstitucionalidad por el Gobierno de la nación¹³⁴⁷.

Pues bien, desde su incorporación estatutaria a diez de las diecisiete Comunidades Autónomas el uso y abuso de los Decretos-leyes autonómicos ha quedado acreditado hasta el punto de que en alguna Comunidad Autónoma casi un tercio de las normas con rango de ley aprobadas son Decretos-leyes que, sin embargo en un número muy reducido de ocasiones han sido no convalidados y por tanto derogados. Atendiendo a los datos estadísticos como al contenido de los citados Decretos-leyes autonómicos cabe afirmar que se ha normalizado su uso en las Comunidades Autónomas para cuestiones diversas como para autorizar la construcción de un hospital, impedir actuaciones judiciales frente a decisiones del Gobierno autonómico, de contenido heterogéneo o susceptibles de regulación reglamentaria, incluso otros cuyo contenido actualiza uno anterior. Concurren en esta realidad de un lado, la debilidad del parlamentarismo en el ámbito autonómico y la tendencia más acusada hacia el presidencialismo, así como la ya reiterada doctrina laxa del Tribunal Constitucional sobre la materia¹³⁴⁸.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de manifestarse sobre esta cuestión afirmando su plena adecuación a la Constitución de los poderes de legislación urgente del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, aunque con un carácter más restringido que el que le confiere el art. 86 CE al Gobierno de la nación, no obstante su encaje plenamente constitucional, como consecuencia del conjunto competencial asumido por aquéllas como por “las coyunturas económicas” que hicieren pertinente al gobierno autonómico acudir a estos instrumentos (STC 93/2015). Ahora bien la previsión estatutaria debe acomodarse a los límites preceptuados en el art. 86.1 CE, aunque atendiendo al poder de configuración del legislador estatutario, para precisar los “poderes del Consejo de Gobierno como de la Asamblea Parlamentaria, pudiendo añadir o endurecer los mencionados límites con el “propósito de preservar más intensamente la posición del Parlamento autonómico”¹³⁴⁹. Aunque la realidad no muestre claros síntomas de que las

¹³⁴⁷ “convendría que el Tribunal valorara las muy dispares condiciones de acceso a su jurisdicción vía recurso de inconstitucionalidad de este tipo de normas autonómicas frente a las estatales de idéntica naturaleza y flexibilizara, por tanto, en esos supuestos, su muy riguroso criterio de inadmisión de cuestiones de inconstitucionalidad”. I. González García, p.112.

¹³⁴⁸ Como indica M. Aragón Reyes, p. 130, esta traslación está incidiendo en la función legislativa de los Parlamentos autonómicos contribuyendo a incrementar la debilidad del régimen parlamentario autonómico con la imposibilidad de que el control jurisdiccional lo pueda llevar a cabo la minoría parlamentaria ante el Tribunal Constitucional.

¹³⁴⁹ «un espacio entregado a la libre configuración del legislador estatutario, a quien, al ordenar las instituciones de la Comunidad Autónoma, le cabrá optar por una separación más o menos rígida entre el

regulaciones estatutarias en general hayan reforzado a los Parlamentos respectivos en el ejercicio de controles sobre los gobiernos autonómicos en el ejercicio de esta función normativa de urgencia. Únicamente cabe saludar de forma positiva que algunos de estos Estatutos hayan establecido expresamente que el transcurso del plazo de treinta días sin convalidación de los mismos conllevará su derogación¹³⁵⁰.

La singularidad competencial que presentan las Comunidades Autónomas no sustrae al alto Tribunal de su función de enjuiciamiento respecto de ponderar la competencia autonómica ejercida en el Decreto-ley correspondiente, que a juicio de aquél haría “menos necesario” la aprobación de este tipo de normas. Además el “factor temporal” cobra en apariencia importancia a la hora de llevar a cabo el juicio de constitucionalidad de la norma en que “las situaciones de necesidad sean atendidas tempestivamente mediante la aprobación de leyes, decayendo así la necesidad de intervención extraordinaria del ejecutivo”. Pero a continuación se produce una inflexión respecto a la exigencia del supuesto habilitante que se manifiesta a través de su concreción de un menor rigor, esto es, no será precisa “una justificación expresa e individualizada de la inadecuación del procedimiento legislativo para atender a tiempo los objetivos gubernamentales”. Es cierto que aquí la doctrina del Tribunal es coherente con cuanto había aplicado con anterioridad a los Decretos-leyes en el ámbito estatal y no introduce dos niveles de exigencia diferenciados¹³⁵¹.

La mayor parte de los Decretos-leyes autonómicos han tenido por objeto actuaciones en el ámbito del estado social en el que operan sus competencias, aunque precisamente la extralimitación competencial ha podido ser también enjuiciada por el TC para declarar la inconstitucionalidad de estas acciones normativas de urgencia. Resulta de especial interés la STC 93/2015 en la medida en que aplica el juicio externo del TC sobre un Decreto-ley autonómico sobre el supuesto habilitante, indicando pues si con carácter general para los Decretos-leyes del Gobierno de la nación se ha mantenido la relevancia del “peso que en la apreciación de la extraordinaria y urgente necesidad ha de concederse al juicio puramente

legislativo y ejecutivo, atribuyendo en su caso a este último la facultad de, en concretos supuestos, aprobar normas provisionales con rango de ley que adopten la forma de decreto-ley autonómico» (STC 93/2015).

¹³⁵⁰ Como ha señalado I. González, se produce un fortalecimiento de la posición del Parlamento en este trámite y “se dota de mayor seguridad jurídica al régimen de esta intervención” que había dado lugar a controversias en la doctrina en torno a las consecuencias jurídicas de la pasividad del Parlamento frente al plazo de convalidación. I. González, p. 114.

¹³⁵¹ Bastará, por tanto, la descripción de «la situación de necesidad de modo explícito y razonado», como ya es doctrina reiterada y constante del Tribunal que «la decisión gubernativa de dictar un decreto-ley conlleva un ‘juicio político o de oportunidad’ solo susceptible de control externo por aquél» (STC 93/2015).

político” de este le es exigible de igual modo al ejecutivo autonómico “que la definición (...) de una situación de ‘extraordinaria y urgente necesidad’ sea explícita y razonada”, aunque no necesariamente se contenga de forma expresa en el texto, pero “cabe deducirlo” entre otros de la exposición de motivos, del debate parlamentario de convalidación y del propio expediente de elaboración lo que manifiesta la laxitud por parte del Tribunal respecto a la exigencia de la definición expresa de la extraordinaria y urgente necesidad de contenerse en el propio Decreto-Ley (SSTC 29/1982, 182/1997, entre otras).

En este mismo entendimiento generoso y amplio de esta categoría normativa se ha mantenido su uso legítimo “en todos aquellos casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país, que, por circunstancias difíciles o imposibles de prever, requieren una acción normativa inmediata o en que las coyunturas exigen una rápida respuesta” para añadir que “la valoración de la extraordinaria y urgente necesidad de una medida puede ser independiente de su imprevisibilidad e incluso, de que tenga su origen en la previa inactividad del propio Gobierno”. Igualmente se reitera que “no debe confundirse eficacia inmediata de la norma provisional con la ejecución instantánea de la misma” como ya se afirmó en la STC 23/2012.

Pues bien, en el marco de la competencia en fomento de la vivienda de la Junta de Andalucía, hemos de referirnos de nuevo al Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda en Andalucía ante una situación de precariedad en que se encuentran muchas personas en esta Comunidad. En el juicio externo que realiza el Tribunal opta por una resolución interpretativa de la constitucionalidad del resto de dicho texto en los términos establecidos en los fundamentos jurídicos de la resolución, ya que esta norma responde a la exigencia explícita y razonada de la situación extraordinaria que concurre para que el ejecutivo andaluz acuda a “una acción absolutamente inmediata” ante “la crisis económica y sus consecuencias sobre la vivienda”, por lo que concurre el supuesto habilitante¹³⁵². Es también importante en esta resolución la afirmación de que el Decreto-ley impugnado tiene eficacia inmediata aunque su completa ejecución se demore en función de la naturaleza y complejidad de las acciones en él previstas”.

Constituye otro caso de extralimitación competencial en el que incurre el Gobierno

¹³⁵² «dirigido a movilizar el parque de viviendas deshabitadas susceptibles de arrendamiento, como un medio para afrontar la situación de emergencia habitacional».

Andaluz, el Decreto-ley 5/2016 de Andalucía, por el que se regula la jornada de trabajo del personal empleado público de esta administración, que fijaba una jornada de trabajo de los empleados públicos y lectiva para el personal docente, inferior a la establecida en la normativa básica estatal. El Tribunal en la STC 142/2017, declarará la nulidad de la norma legal que fijó la duración de la jornada laboral de los empleados públicos autonómicos con el objeto de recuperar la jornada declarada contraria a la legislación estatal que determina una duración de la jornada de trabajo inferior a 37.5 horas efectivas.

Ocurre también que aun cuando el Tribunal confirma la constitucionalidad del Decreto-ley no puede admitir en su totalidad la misma y alguno de los preceptos de la norma impugnada si es objeto de declaración de inconstitucionalidad y nulidad. Sucede así en la STC 84/2016, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley 5/2013, de 6 de septiembre por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en relación con la implantación, para el curso 2013-2014, del sistema de tratamiento integrado de las lenguas en los centros docentes no universitarios de las Islas Baleares. En este sentido preceptos relativos a “otros proyectos de tratamiento integrado de lenguas” carentes de conexión con las razones de extraordinaria y urgente necesidad exigidas como el precepto relativo a los “proyectos transitorios” muestran que no era ni urgente, ni necesario la aprobación de dichos preceptos por esta vía, sin perjuicio que en el resto del texto se haya acreditado la situación de un caso excepcional que no podría haberse resuelto a través de instrumentos ordinarios.

En ocasiones los Decretos-leyes autonómicos pretenden ocupar un espacio competencial sobre el que el Estado se arroga la competencia por lo que el juicio externo llevado a cabo por éste afecta más a la determinación del titular de la competencia de acuerdo con el sistema de distribución competencial que a la observancia del supuesto habilitante para dictar el Decreto-Ley. Sucede así con el STC 145/2017, relativa a la impugnación del Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell de la Generalitat de Valencia, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana, que extendía el acceso a las prestaciones sanitarias a las personas extranjeras con residencia efectiva en la Comunidad Valencia pero carentes de la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud, frente a lo previsto en la normativa estatal, por lo que “al no atender al criterio de lo básico establecido en la norma estatal”, se declara inconstitucional y nulo por vulneración del artículo 149.1.16 CE.

En el mismo sentido con carácter más reciente la STC 105/2018 que ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña 5/2017, de 1 de agosto, de medidas urgentes para la ordenación de los servicios de transporte de viajeros en vehículos de hasta nueve plazas por el que se establecía una prohibición temporal de dos años de duración del otorgamiento efectivo, para la transmisión de las autorizaciones domiciliadas en Cataluña que habilitaban para la prestación de servicios de transporte de viajeros en la modalidad de alquiler de vehículos con conductor. El Tribunal aprecia la concurrencia del supuesto habilitante¹³⁵³ pero sin embargo, infringió la reserva al Estado de la competencia exclusiva sobre los transportes terrestres que transcurran por más de una Comunidad Autónoma.

En el caso del Decreto-ley 5/2012 de Cataluña, de 18 de diciembre, del impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito por el que se crea un impuesto directo, que grava los depósitos de los clientes en entidades de crédito “siempre que comporten la obligación de restitución”, el Tribunal enjuicia el mismo teniendo presente las disposiciones del Estatuto de Autonomía de Cataluña que recogen la previsión según la que la Generalitat establece tributos propios “mediante ley del Parlamento”, por lo que la exclusión de este instrumento normativo viene establecida por la propia norma estatutaria. En conclusión se declara inconstitucional y nulo el citado Decreto-ley por haber creado ex novo un tributo infringiendo “la garantía instrumental de la supremacía financiera de la cámara y del principio democrático” (STC 107/2015).

6. El estado de la cuestión.

En este período de Presidencia del Gobierno de Pedro Sánchez ha culminado el abuso del Decreto-ley con la aprobación de nueve Decretos-leyes los tres primeros meses del año 2019, hecho este que ha sido objeto de consideración muy crítica por oposición política y los medios de comunicación, por la necesidad de obtener ventajas electorales del Gobierno

¹³⁵³ «la modificación normativa se ajusta al objetivo que el preámbulo de la norma afirma perseguir: impedir que las autorizaciones VTC se obtengan con fines especulativos, esto es, no con el fin de prestar la actividad de transporte correspondiente, sino de transmitir las a terceros. Desde esta perspectiva, la medida contenida en el artículo impugnado es coherente con la situación de necesidad definida. Por otro lado, la medida modifica de manera inmediata la regulación existente y, también desde esta perspectiva, es coherente con la situación de urgencia definida».

ante la previsible, y luego consumada anticipación de las elecciones generales. Esta práctica se ha conectado con los denominados “viernes sociales” con los que los medios de comunicación han asociado los acuerdos adoptados en Consejo de Ministros los viernes de este período preelectoral de eminente contenido social. Este abuso del Decreto-ley ha encontrado justificación en algún caso en la necesidad de trasponer al ordenamiento interno normativa de la Unión Europea cuyo plazo habría ya finalizado¹³⁵⁴ y en evitación de la apertura de un procedimiento por infracción de la Comisión Europea o por la necesidad de anticipar futuras consecuencias de la decisión del Brexit¹³⁵⁵. Aunque la mayoría de los Decretos-leyes aprobados en este breve período hacen referencia a cuestiones de ámbito social¹³⁵⁶, económico¹³⁵⁷ o financiero¹³⁵⁸, hemos de advertir que algunos de ellos tienen una clara incidencia en materia de derechos¹³⁵⁹. Es precisamente en este último ámbito donde se ha producido la única no convalidación de un Decreto-ley¹³⁶⁰ por falta de apoyo al Gobierno por parte de algunos grupos parlamentarios por el alcance de las medidas y sujetos destinatarios de esta acción normativa de urgencia, si bien la posterior negociación política posibilitó la aprobación y convalidación de un nuevo Decreto-ley en la materia¹³⁶¹. Es cierto que las críticas antes señaladas se han hecho extensivas a la oportunidad de acudir a la Diputación Permanente para la convalidación de estos Decretos-leyes una vez disueltas las Cámaras y convocadas las elecciones. Sin embargo conviene recordar un antecedente de este proceder gubernamental, pese a las críticas vertidas desde la oposición parlamentaria, el 1 de febrero de 2000 la Diputación Permanente convalidó el Real Decreto-ley 1/2000, de 14 de enero, sobre determinadas medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social, habiéndose defendido la urgencia del mismo por el Ministro de Trabajo

¹³⁵⁴ Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos.

¹³⁵⁵ Real Decreto-ley 5/2019, de 1 de marzo, por el que se adoptan medidas de contingencia ante la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea sin que se haya alcanzado el acuerdo previsto en el art. 50 del Tratado de la Unión Europea.

¹³⁵⁶ Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

¹³⁵⁷ Real Decreto-ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio en España.

¹³⁵⁸ Real Decreto-ley 10/2019, de 29 de marzo, por el que se prorroga para 2019 el destino del superávit de Comunidades Autónomas y de las entidades locales para inversiones financieramente sostenibles y se adoptan otras medidas en relación con las funciones del personal de las entidades locales con habilitación de carácter nacional.

¹³⁵⁹ Real-Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

¹³⁶⁰ Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

¹³⁶¹ Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

y Asuntos Sociales del Gobierno del Partido Popular dado que “estaba finalizando la legislatura” y “que las cuentas de la Seguridad Social tenían un estado muy favorable”.

En concreto como refleja el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, el día 3 de abril, con el Gobierno en funciones, disueltas las Cámaras y convocadas las elecciones generales, se procedió por la Diputación Permanente a la convalidación de estos seis Reales Decretos-leyes. El eminente contenido social de los mismos y los réditos electorales para estas formaciones en caso de haberse negado a convalidarlo puede explicar este apoyo¹³⁶². No obstante se han tachado de “electoralistas” (Unidas Podemos) y planteado la conveniencia de su mejora técnica a través de su tramitación como proyectos de ley durante la campaña electoral y con plazos muy reducidos para su debate y enmiendas¹³⁶³. Ahora bien, consultados los servicios jurídicos de la Cámara a instancia de Unidas Podemos, respecto a la posibilidad de tramitar como proyectos de ley los Decretos-leyes convalidados por la Diputación Permanente una vez disueltas las Cámaras y convocadas las elecciones generales, se emitió el Informe relativo a la posibilidad de tramitar como proyectos de ley los Reales Decretos-leyes convalidados por la Diputación Permanente en período de disolución de las Cámaras¹³⁶⁴ que ha suscitado enorme crítica por la doctrina.

Una interpretación literal de la Constitución y del Reglamento del Congreso limitaría la intervención de la Diputación Permanente a interesar, tras la convalidación del Decreto-ley, el inicio de la tramitación como proyecto de ley, que sólo corresponderá poner en marcha a las Cámaras constituidas tras las elecciones generales. Se refuerza esta interpretación, frente al Informe de los letrados del Congreso que proponen un

¹³⁶² Entre los Decretos-leyes convalidados se encuentran los relativos a la ampliación y equiparación de los permisos de paternidad, medidas de lucha contra laprecariedad laboral, regulación de la vivienda y del mercado de alquiler, el que afecta a las empresas de trabajo temporal, así como al sector de la estiba.

¹³⁶³ Así la cuestión más debatida no ha sido otra que esta posible tramitación por la Diputación Permanente del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, en el que se regula el permiso de paternidad. Es la situación de desigualdad y consiguiente brecha salarial la que según el Gobierno «exige una actuación urgente y necesaria por parte del Estado» consciente de la «fuerte discriminación» de la mitad de la sociedad, viéndose «afectados sus derechos fundamentales». Pero incluso tratándose de una situación de carácter estructural no por ello el Gobierno prescinde del uso de esta actuación normativa de urgencia que «puede convertirse en un supuesto de extraordinaria y urgente necesidad atendiendo a las circunstancias concurrentes». La suspensión del contrato de trabajo alcanza a la madre biológica como al progenitor distinto de ésta. Sorprende que en esta exposición de motivos el Gobierno motive su acción normativa reconociendo que se afecta al derecho a la igualdad que no es obstáculo para el mismo que se trate de una situación estructural.

¹³⁶⁴ «Las Diputaciones Permanente [...] tendrán como funciones la prevista en el artículo 73, la de asumir las facultades que corresponda a las Cámaras, de acuerdo con los artículos 86 y 116, en caso de que éstas hubieren sido disueltas o hubiere expirado su mandato y la de velar por los poderes de las Cámaras cuando éstas no estén reunidas».

procedimiento ad hoc para llevar a cabo dicha tramitación, en la previsión de que decaen todas las iniciativas legislativas en curso una vez disueltas las Cortes Generales. Además de la imprevisión sobre este supuesto que refleja el Reglamento de la Cámara, se reitera desde la doctrina que la Diputación Permanente no es “un instancia dotada de competencia legislativa”¹³⁶⁵.

En las comparecencias de los miembros del Gobierno en la sesión de convalidación se hizo valer el carácter inédito de la situación, las consecuencias para la ciudadanía o para determinados colectivos de ésta, o la necesidad de recuperar derechos sociales suprimidos. Desde algunos grupos parlamentarios se hizo ver el abuso en el que se incurrió por la Mesa con ampliación de plazos para presentar enmiendas a iniciativas legislativas “hasta el infinito” lo que suponía una interpretación errónea y torticera del reglamento del Congreso, contribuyendo así a la degradación de la institución parlamentaria”¹³⁶⁶. Pero igualmente se cuestionó la oportunidad de apreciar la urgencia en disposiciones que difieren su entrada en vigor paulatinamente en 2020 o 2021¹³⁶⁷, e incluso se difiere a reuniones posteriores de la Conferencia Sectorial o a la negociación colectiva, o cuando su eficacia queda condicionada a un Registro que debe ser desarrollado por un reglamento posterior.

Pues bien una parte de la doctrina tras analizar con detenimiento el uso del Decreto-ley en nuestra experiencia constitucional de cuarenta años ha podido concluir el uso desmedido del mismo, que si bien ya comenzó en el período de la transición política entre los años 1976 y 1978, más allá del tratamiento constitucional de este instrumento normativo, por parte de los sucesivos gobiernos se ha incurrido en exceso y abuso en la utilización del mismo hasta límites que suponen una verdadera alteración de las previsiones constitucionales al respecto¹³⁶⁸. No queda pues sino concluir que pese a la previsión

¹³⁶⁵ A. Carmona Contreras, <http://agendapublica.elpais.com/rizando-el-rizo-de-los-decretos-leyes>.

¹³⁶⁶ Intervención del Diputado Campuzano i Canadés. DSCD 3 abril 2019, p.20.

¹³⁶⁷ Real-Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

¹³⁶⁸ En concreto se ha señalado el «escaso vigor de nuestro parlamentarismo y de la laxa interpretación jurisdiccional» del mismo, para fundamentar la evolución de la inicial concepción del Decreto-ley como modo instrumento normativo extraordinario para devenir en «cuasi ordinario de legislar», lo que ha causado «quebranto de nuestra forma de Estado», M. Aragon Reyes, *Uso y abuso del Decreto-ley. Una respuesta de reinterpretación constitucional*, Iustel, Madrid 2016, p. 18. Este autor ha planteado la propuesta de modificación del Decreto-ley en el sentido de introducir la obligatoriedad de la tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, una vez convalidado aquél con una matización, siempre que se trate de Decretos leyes que establezcan medidas de carácter permanente y no exclusivamente temporal. Apostando por una reforma del Reglamento del Congreso para que cumpliera realmente su misión de norma provisional de carácter coyuntural y reforzando la legislación parlamentaria por su vocación de permanencia, p. 181.

constitucional de excepcionalidad, el Decreto-ley se ha convertido en una “herramienta normativa usual”¹³⁶⁹.

Abstract: La regulación constitucional del decreto-ley y la interpretación realizada por el Tribunal constitucional ha permitido a los sucesivos gobiernos un uso en algún caso abusivo de este instrumento normativo que repercute en el menor protagonismo del Parlamento como legislador.

Abstract: The constitutional regulation of the decree-law and the interpretation of the Constitutional Court allowed successive governments to abuse this regulatory instrument, with repercussions on the minor role of Parliament as legislator.

Parole chiave: elezioni – bipartitismo – forma di governo.

Key words: elecciones – bipartidismo – forma de gobierno.

¹³⁶⁹ L. Lòpez Guerra, *La Constitución de España*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 128.

EIRK FURNO (A CURA DI)
LA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE IN ITALIA E IN
SPAGNA: MODELLI A CONFRONTO E PROSPETTIVE
APERTE

Atti del Convegno di Napoli, 30 settembre 2019

700

LA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE IN ITALIA E IN SPAGNA: MODELLI A CONFRONTO E PROSPETTIVE FUTURE.

RELAZIONE INTRODUTTIVA.

di Erik Furno**

701

Nel ricco ed articolato dibattito che sin dalle origini si è sviluppato sulla natura e sulle funzioni della Corte costituzionale si è a lungo discusso soprattutto di quella che costituisce la sua funzione caratterizzante, qual è indubitabilmente il controllo di costituzionalità delle leggi, discettandosi, in particolare, delle problematiche tuttora “aperte” quali la modulazione degli effetti delle dichiarazioni di incostituzionalità, i rimedi avverso le omissioni del legislatore ed, in generale, delle c.d. zone franche della giustizia costituzionale.

Muovendo dal primo di tali aspetti, è evidente il nesso, che lega l’efficacia delle sentenze costituzionali ai modi di accesso al giudizio della Corte, quali facce complementari della stessa medaglia, essendo il nostro, come tramandatoci dai Costituenti, prima, e dal legislatore costituzionale ed ordinario, poi, un sistema di giustizia costituzionale misto o “ibrido”, caratterizzato dalla presenza di un controllo di costituzionalità accentrato, esercitato in via esclusiva da un organo *ad hoc*, e da un preliminare giudizio affidato ai giudici comuni.

In tale ottica il presente convegno pone a confronto il modello di giustizia costituzionale italiano, che si incentra, per quanto attiene alla tutela dei diritti fondamentali espressi dalla Costituzione, sull’accesso in via incidentale, con il modello spagnolo, che prevede che il controllo delle leggi possa essere attivato, oltre che in via incidentale, anche in via diretta ad iniziativa di soggetti pubblici (capo del governo, difensore del popolo, minoranza

** Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Napoli “Federico II”.

parlamentare) e del singolo cittadino nei confronti di atti diversi dalla legge attraverso l'istituto dell'*amparo* costituzionale.

Illuminante in proposito è la relazione di Roberto Romboli, che raffronta la diversa protezione dei diritti fondamentali offerta dalla Corte costituzionale italiana e dal *Tribunal constitutional* spagnolo.

Da un lato, il modello di giustizia costituzionale italiana, che, nato a seguito di un affrettato dibattito in sede costituente come essenzialmente rivolto alla eliminazione dall'ordinamento delle leggi ritenute contrarie alla Costituzione, sembra declinare verso un ruolo della Corte costituzionale quale giudice dei diritti grazie alla giurisprudenza innovativa, se non creativa, della stessa Corte (v., ad esempio, le sentenze in materia elettorale nn.1/2014 e 35/2017 e la recente sentenza n.242/2019, su cui il pregevole contributo di Franca Meola relativo alle omissioni legislative).

Dall'altro, il *recurso de amparo*, che, nato quale rimedio alla violazione dei diritti fondamentali del cittadino, si era in concreto trasformato in un "ordinario" quarto grado di giudizio, ingolfando i ruoli del *Tribunal constitutional* e dilatandone in modo insostenibile i tempi delle decisioni.

A seguito della riforma del 2007, che ha inciso essenzialmente sul giudizio di ammissibilità con l'introduzione del nuovo requisito della "speciale rilevanza costituzionale", si è realizzata una sorta di "oggettivizzazione" dell'*amparo* costituzionale, in modo da riservare al *Tribunal constitutional* solo un controllo eccezionale per rilevanti casi di interesse generale ed affidare ai giudici comuni un controllo diffuso della tutela costituzionale dei diritti fondamentali.

Da ciò l'analisi dei punti di contatto tra due modelli di giustizia costituzionale, all'apparenza così distanti fra loro, e le conseguenze di una possibile introduzione nel sistema italiano di un ricorso individuale diretto a tutela dei diritti fondamentali, che lo stesso Romboli vede con sfavore.

Rivestono, poi, particolare interesse ed offrono spunti notevoli di riflessione gli interventi dei docenti spagnoli, tra cui il prof. Ignacio Gonzales Garcia e la prof. Pilar Garcia Rocha. Con riferimento al noto conflitto politico, amministrativo e sociale tra lo Stato spagnolo e la Catalogna, il prof. Garcia analizza il ruolo decisivo svolto dal *Tribunal constitucional*, che ha avallato il ricorso da parte del governo spagnolo all'art.155 della Costituzione spagnola, che prevede una sorta di commissariamento della Comunità catalana quale ultima

ratio per la salvaguardia del sistema. Secondo il Garcia, tale estremo rimedio avrebbe potuto essere sostituito da altri strumenti, di portata generale, all'uopo predisposti dalla Magna Carta spagnola, quale, ad esempio, la dichiarazione dello stato d'emergenza e d'assedio disciplinati dall'art.116 della Costituzione spagnola.

Di diverso taglio l'intervento della prof. Garcia Rocha, che illustra un procedimento inedito per il nostro sistema di giustizia costituzionale quale il controllo del *Tribunal constitucional* in ordine ai presupposti abilitanti, previsti dal regolamento parlamentare spagnolo per l'avvio di procedimenti legislativi straordinari, come, ad esempio, il procedimento abbreviato mediante lettura unica.

Ad avviso della Garcia Rocha, tale procedimento abbreviato dovrebbe poter essere utilizzato solo per l'approvazione di leggi concordatarie o pattizie, per le ratifiche dei trattati internazionali e per le riforme, ex art. 151 della Costituzione, degli statuti delle Comunità autonome, che si limitino a modificare il regime di autogoverno della Comunità, senza intaccare i rapporti con lo Stato.

Tra gli interventi dei docenti spagnoli possiamo annoverare anche quello di Silvia Romboli, docente presso l'Università Ramon Llull di Barcellona, che analizza gli strumenti di tutela delle parti nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi in Spagna, onde evidenziare le notevoli divergenze con l'omologo modello italiano.

Infatti, la riforma della disciplina della "*cuestion de inconstitucionalidad*" del 2007 ha aperto al contraddittorio delle parti il giudizio dinanzi alla Corte, ampliando la dimensione "soggettiva" di tale tipo di accesso al *Tribunal constitucional*.

Non a caso, la dottrina spagnola aveva da tempo evidenziato l'insufficienza del momento processuale del c.d. *tramite de audiencia previa* ai fini del pieno spiegarsi del contraddittorio, per cui è stata accolta positivamente la riforma della legge organica del Tribunale costituzionale, operata dalla legge organica 24 maggio 2007, n.6, che ha spalancato le porte della Corte alle parti del giudizio *a quo*, consentendo loro l'effettivo esercizio del diritto di difesa.

La stessa Romboli sottolinea la possibilità di dichiarare lesa, mediante il ricorso di *amparo* costituzionale, il diritto fondamentale alla tutela giudiziaria effettiva della parte del giudizio principale, a cui sia stato negato dal giudice *a quo*, senza adeguata motivazione, il sollevamento di una questione di costituzionalità. Il che conferma la rilevanza del valore

della dimensione soggettiva nel controllo incidentale di costituzionalità delle leggi in Spagna.

A seguito delle crescenti rivendicazioni delle autonomie territoriali nei paesi europei, si rivela di estrema attualità il contributo della prof. Barbara Guastafarro, che pone a confronto il principio di unità dello Stato nei modelli italiano e spagnolo.

Per la Guastafarro, sia la Corte costituzionale che il *Tribunal constitucional* sono stati chiamati ad intervenire come “guardiani” del principio unitario e custodi della tenuta del tipo di Stato voluto dai Costituenti, sottolineando di volta in volta la lesività costituzionale dei più svariati tentativi di frammentazione della sovranità statale (v. Corte cost. n.118/2015 di inammissibilità del referendum sull’indipendenza del Veneto e la sentenza n.31/2010 del *Tribunal*, che dichiara l’illegittimità parziale dello statuto catalano del 2006, dando la stura all’inasprirsi delle rivendicazioni indipendentiste della Catalogna).

Con il rilievo che, mentre la difesa del principio unitario da parte della nostra Corte trova un appiglio insormontabile nell’art.5 della Costituzione e nel relativo principio dell’unità ed indivisibilità dello Stato, sottratto, secondo la migliore dottrina, alla revisione costituzionale in quanto rientrante tra i “principi supremi” dell’ordinamento costituzionale, lo stesso non può dirsi per quello spagnolo, che conosce, invece, la possibilità della “revisione totale” della Costituzione e, quindi, non qualifica la secessione, se negoziata con (e approvata dal) Parlamento nazionale, come *extra ordinem*.

At last but not at least, la prof. Mone analizza le sempre più incisive interferenze della Corte costituzionale, a fronte dell’inerzia del legislatore, con conseguente invasione della sfera politica e discrezionale del Parlamento, tutelata invece dall’art.28 della legge 11 marzo 1953, n.87.

Secondo la Mone, la Corte costituzionale potrebbe esercitare il controllo di costituzionalità delle leggi al riparo da accuse di indebite interferenze ove si ipotizzasse una sorta di motivazione delle leggi. Muovendo dalla motivazione legislativa, la Corte delle leggi potrebbe così esercitare un sindacato interno sulla *ratio legis*, sul modello del sindacato dell’eccesso di potere nel processo amministrativo, in modo da censurare l’incongruità della legge rispetto agli scopi prefissati dal legislatore.

In definitiva, un’intensa giornata di studi, da cui trarre elementi ulteriori per le prospettive future degli attuali sistemi di giustizia costituzionale.

LA PROTEZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI DAVANTI ALLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA ED AL *TRIBUNAL CONSTITUCIONAL* SPAGNOLO: DUE MODELLI A CONFRONTO*.

di Roberto Romboli**

705

I. Allo scopo di svolgere alcune considerazioni sul confronto tra i due modelli di giustizia costituzionale in esame, prenderò in considerazione la scelta nei due paesi delle vie di accesso al Giudice costituzionale (II), il modo come il sistema di giustizia costituzionale si è sviluppato in Italia (III) ed il ricorso di amparo in Spagna (IV), come e perché si parla in Italia della introduzione di un ricorso diretto sul modello spagnolo (V), quali suggerimenti possono ricavarsi guardando alla esperienza spagnola (VI), anche in considerazione delle attuali caratteristiche della giustizia costituzionale italiana (VII).

II. Il carattere rigido della costituzione costituisce, come noto, la ragione ed il fondamento della nascita della giustizia costituzionale e della sua presenza nel testo costituzionale.

In Italia la scelta per un modello accentrato, anziché diffuso, dipese - oltre che dal riconoscimento del valore della legge, dalla natura politica di molti dei principi costituzionali e dalla assenza dello *stare decisis* - dalla scarsa fiducia nutrita nella sensibilità ai nuovi principi costituzionali da parte di una magistratura, formatasi sotto il precedente regime fascista.

La funzione maggiormente caratterizzante l'istituzione della Corte costituzionale fu certamente quella del controllo delle leggi ed ampio fu il dibattito in ordine al prevalere in proposito di una finalità *oggettiva* oppure di una *soggettiva*.

Pur nella inevitabile presenza di entrambe le finalità, per alcuni doveva essere la prima a

* Il presente contributo rappresenta il testo di un intervento programmato al Convegno “La giustizia costituzionale in Italia e in Spagna: modelli a confronto e prospettive future”, svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli “Federico II” il 30 settembre 2019.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università di Pisa.

prevalere e quindi essere prioritaria l'esigenza di eliminare dall'ordinamento leggi incostituzionali e, in prima attuazione, quelle fasciste, per altri invece doveva essere prevalente la tutela dei diritti fondamentali espressi dalla Costituzione.

Un decisivo banco di prova fu rappresentato dalla scelta delle vie di accesso alla Corte, essendovene all'evidenza alcune chiaramente espressione di una finalità oggettiva (azione popolare, ricorso diretto da parte di soggetti pubblici), altre invece di quella soggettiva (giudizio in via incidentale, ricorso diretto del singolo interessato).

L'ampia discussione in Assemblea costituente condusse ad una *non scelta*, la quale fu rimessa al futuro legislatore, dando così luogo ad una prima particolarità della nostra Costituzione, quella cioè di non contenere le modalità di accesso alla giustizia costituzionale e di aver quindi stabilito certe regole (quali ad esempio la natura accentrata o ancor più l'efficacia delle sentenze di incostituzionalità) nella ignoranza di quelle che sarebbero poi state le vie di accesso o pensando a certe soluzioni che poi non sarebbero state approvate.

Sarà poi la stessa Assemblea costituente, nella veste di legislatore costituzionale, a decidere in proposito ed a farlo in maniera abbastanza imprevedibile rispetto all'andamento delle discussioni avutesi in assemblea, dove erano emerse tre possibilità: a) una azione diretta riservata ad alcuni soggetti pubblici, specificamente indicati; b) la via incidentale; c) il ricorso diretto del cittadino direttamente interessato.

Queste ipotesi vengono successivamente riprese, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, ma la prima risultò alla fine soppressa e la terza assorbita nella seconda, che divenne quindi l'unica via di accesso alla Corte costituzionale.

In conclusione quindi l'accesso viene ridotto alla via incidentale, espressiva della finalità *soggettiva*, determinando con ciò il secondo elemento particolare della disciplina italiana: un controllo sulle leggi che, specie quando la Corte inizierà a funzionare, si fonda solo sulla via incidentale.

Il Costituente spagnolo ha invece in proposito operato una scelta decisamente più articolata, prevedendo che il controllo delle leggi possa essere attivato, oltre che in via incidentale, anche in via diretta ad iniziativa di soggetti pubblici (capo del governo, difensore del popolo, minoranza parlamentare) e, a tutela dei diritti fondamentali nei confronti di atti dei pubblici poteri diversi dalla legge, il ricorso diretto del cittadino attraverso l'amparo costituzionale.

Potremmo quindi ritenere che il modello italiano, pur scartando la natura accentrata in ragione della scarsa fiducia nella magistratura, ha finito per creare un sistema di giustizia costituzionale dove le chiavi di accesso alla Corte venivano consegnate pressoché in esclusiva ai giudici, senza prevedere alcuna possibilità di impugnare le loro decisioni di fronte al *nuovo* Giudice costituzionale. Il buon funzionamento e l'efficacia della giustizia costituzionale veniva a dipendere dall'esito della scommessa fatta sulla sensibilità costituzionale dei giudici.

Al contrario nel modello spagnolo la sfiducia verso la magistratura si è spinta oltre la scelta per il sistema accentrato, investendo pure le funzioni attribuite al *Tribunal constitucional* attraverso appunto la previsione di una via diretta di impugnazione delle leggi e soprattutto di un ricorso diretto del cittadino che, come ampiamente prevedibile, avrebbe avuto ad oggetto principalmente proprio le sentenze dei giudici, quando le stesse fossero ritenute pronunciate in violazione dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione spagnola.

III. L'esperienza italiana degli oltre sessanta anni di funzionamento della Corte costituzionale può essere suddivisa, ai nostri fini, in due periodi di pressoché identica durata.

Una prima fase, rappresentata dagli anni 1956-1986, nella quale la Corte - pur esercitando in maniera assolutamente prevalente la sua attività sulla base di una via di accesso (la incidentale) avente, come detto, finalità *sogettive* - ha invece svolto la sua funzione badando più alla eliminazione di leggi incostituzionali o comunque a rimediare a leggi approvate, o più spesso non abrogate, in violazione dei principi costituzionali, che non alle vicende concrete dei giudizi *a quibus* ed alla tutela dei diritti fatti valere in quella sede.

Allo scopo infatti la Corte utilizza strumenti che essa stessa si costruisce, primo tra tutti, già dal 1957, le sentenze interpretative di rigetto.

Con esse la Corte supera la possibile distinzione tra la interpretazione delle leggi ordinarie di spettanza dei giudici comuni ed *in primis* della Cassazione e la interpretazione della Costituzione, attribuendosi il compito di interpretare le leggi oggetto della questione di costituzionalità in modo tale da evitare il contrasto con i principi costituzionali ed indicando tale soluzione come l'unica possibilità per evitare una decisione di incostituzionalità.

Così facendo la Corte ottiene, da un lato, l'effetto di escludere l'applicazione di una legge incostituzionale senza il necessario intervento del legislatore e, dall'altro, quello di

dimostrare l'esistenza di un pluralismo nella interpretazione delle leggi e come le interpretazioni restrittive fornite dalla Cassazione (tra cui la distinzione tra disposizioni costituzionali immediatamente applicabili e disposizioni programmatiche rivolte solamente al legislatore) potevano essere superate attraverso l'intervento del Giudice costituzionale.

Ciò ha determinato il sorgere di una assai proficua alleanza in tal senso fra la magistratura ordinaria, in specie la parte più giovane e più sensibile ai principi costituzionali, e la Corte. Altri strumenti creati dalla stessa, per limitarmi ai più rilevanti, furono quello del parametro della ragionevolezza, ricavato dal principio di eguaglianza ed utilizzato allo scopo di verificare la *ragionevolezza* delle scelte del legislatore oppure quello delle sentenze c.d. manipolative, con le quali la Corte modifica direttamente il contenuto delle disposizioni legislative impugnate con pronunce dalle quali discende un contenuto normativo diverso e immediatamente autoapplicativo.

La seconda fase (1989-2018) viene introdotta dal periodo conosciuto come quello dello smaltimento dell'arretrato.

Negli anni 1987 e 1988 infatti, sotto la presidenza di Francesco Saja, la Corte ottenne il risultato di eliminare tutte le cause pendenti che avevano determinato l'eccessivo allungamento dei tempi intercorrenti tra la domanda e la risposta del Giudice costituzionale. Da questo ne derivò una maggiore concretezza delle decisioni del Giudice costituzionale, la quale divenne più sensibile alle situazioni fatte valere nel giudizio *a quo*, in maniera tale che il giudizio in via incidentale, pensato come strumento per realizzare una finalità *soggettiva*, dopo essere utilizzato ai fini *oggettivi* di depurazione dell'ordinamento da leggi incostituzionali, è tornato a valorizzare la propria, naturale finalità.

Molti i riferimenti possibili, per cui mi limito a segnalare quello certamente più caratteristico, vale a dire lo strumento della c.d. interpretazione adeguatrice o interpretazione conforme.

Attraverso questo strumento la Corte viene a valorizzare in maniera particolarmente forte l'attività interpretativa del giudice, sollecitando lo stesso a non proporre questioni di costituzionalità allorché il dubbio avanzato sia risolvibile direttamente in via interpretativa. La Corte esprime il principio secondo il quale le leggi sono dichiarate incostituzionali solamente quando non è possibile dare loro una lettura costituzionalmente conforme e non anche quando è solo possibile una lettura incostituzionale.

Successivamente la Corte giunge a chiedere al giudice, ai fini della ammissibilità della questione di costituzionalità sollevata, di dimostrare la impossibilità di una interpretazione costituzionalmente conforme della disposizione impugnata.

La *ratio* che sottostà a questo nuovo indirizzo giurisprudenziale è quella per cui determinati risultati per la tutela dei diritti fondamentali sono meglio perseguibili attraverso una decisione avente i suoi effetti limitatamente al caso pratico, che non attraverso decisioni demolitorie di incostituzionalità, aventi effetti *erga omnes*.

In tal modo la Corte costituzionale si rivolge al giudice non più come *portiere* o *destinatario* delle proprie decisioni, ma come soggetto che deve lui stesso risolvere, quando i poteri interpretativi ad esso riconosciuti lo consentano, i dubbi di costituzionalità.

La conseguenza è stata la netta diminuzione del numero delle questioni proposte al Giudice costituzionale in via incidentale, in ragione del fatto che i giudici spesso hanno provveduto, a volte anche in maniera forse eccessivamente *creativa*, a risolvere da soli i dubbi di costituzionalità.

IV. Passando adesso a considerare la esperienza spagnola dell'amparo costituzionale, si può rilevare come questa ha posto in primo piano il problema derivante dall'altissimo numero di ricorsi presentati e quindi dei tempi lunghi di decisione (circa due/tre anni solo per sapere se il ricorso era stato ammesso e tre/cinque anni per la pronuncia di merito, con il risultato che questa spesso rischiava di risultare non più utile, in concreto, con riguardo alla denunciata violazione del diritto fondamentale).

L'amparo è in sostanza divenuto nella prassi un *normale* giudizio di quarto grado, presentato quando sono terminati i diversi gradi del processo, denunciando per lo più la violazione del diritto di difesa e del giusto processo (art. 24 della Costituzione spagnola), divenuto una sorta di *passe-par-tout* attraverso il quale portare il proprio caso all'esame del *Tribunal constitucional*.

L'altissimo numero di ricorsi aveva determinato un quasi totale assorbimento dell'attività del *Tribunal*, con ricaduta negativa in ordine alla possibilità di esercitare in tempi ragionevoli le funzioni più proprie e caratterizzanti di un Giudice costituzionale, quali il controllo delle leggi e la risoluzione dei conflitti.

Meno esplicitata, ma certamente presente a molti attenti osservatori, era la necessità, dopo venticinque anni di attività del *Tribunal constitucional*, di favorire, con una riforma della

legge organica, il formarsi di un diverso rapporto tra questo ed i giudici comuni, fondato su una maggiore collaborazione ed un maggior ruolo di questi ultimi nel sistema di giustizia costituzionale spagnolo, dovendosi ritenere in gran parte ormai superato il giudizio negativo sulla sensibilità costituzionale degli stessi espresso, come detto, al momento della approvazione della Costituzione spagnola.

Per questo, dopo che una precedente riforma assai più modesta del 1988 non aveva prodotto gli effetti sperati, nel 2007 è stata approvata una revisione assai importante della disciplina dell'amparo costituzionale, la quale va ad incidere essenzialmente sul giudizio di ammissibilità, inserendo in particolare un nuovo requisito, non previsto dalla legislazione anteriore, quello della necessaria «speciale rilevanza costituzionale», specificando che essa dovrà essere valutata sulla base di tre elementi: a) la sua importanza per l'interpretazione della Costituzione; b) per l'applicazione e l'efficacia generale della stessa; c) per la determinazione del contenuto e della portata dei diritti fondamentali.

La genericità della espressione «speciale rilevanza costituzionale» ed altresì dei tre elementi sopra indicati, aveva fatto ritenere come il vero significato della riforma sarebbe stato scritto dalla giurisprudenza costituzionale.

Così in effetti è stato, dal momento che il *Tribunal constitucional* ha scelto fin da subito di procedere ad una sorta di autolimitazione della propria discrezionalità indicando in una sentenza-legge i sette casi nei quali ricorre il requisito della «speciale rilevanza costituzionale» (sent. n. 155 del 2009).

In sostanza da tale indicazione appare la volontà di cercare di instaurare un diverso rapporto tra *Tribunal constitucional* e giudici comuni (specie *Tribunal supremo*), riservando al primo solo un intervento di controllo e di garanzia a carattere eccezionale per i casi nuovi, più difficili o di interesse generale e favorendo una «maggiore diffusione» della tutela costituzionale dei diritti fondamentali.

Un percorso che, per molti aspetti, richiama da vicino quello verificatosi in Italia negli ultimi anni, attraverso il riferimento, appena ricordato, alla giurisprudenza costituzionale sull'obbligo di interpretazione conforme del giudice comune.

Una parte della dottrina spagnola ha parlato di incostituzionalità della riforma per aver eliminato la rilevanza della denunciata lesione del diritto fondamentale, attraverso una *oggettivizzazione* dell'amparo costituzionale, la quale verrebbe a porsi in contrasto con la natura ed il significato che la Costituzione ha inteso assegnare allo strumento in questione.

Anche in Italia è accaduto qualcosa di simile con riferimento alla ricordata giurisprudenza costituzionale relativa all'obbligo di interpretazione costituzionalmente conforme, la quale è stata denunciata da una parte della dottrina come incostituzionale, per aver così determinato una *diffusione* del controllo di costituzionalità in contrasto con la natura accentrata voluta dalla nostra Costituzione.

L'amparo parrebbe, a seguito della riforma, mantenere il suo carattere di concretezza per il ricorrente – il quale continuerà a denunciare infatti la supposta violazione di un suo specifico diritto fondamentale ad opera di un altrettanto specifico atto ed a ricevere una risposta su quanto chiesto – mentre assume natura astratta per il *Tribunal constitucional* nella misura in cui il caso concreto rappresenterà anche un'occasione per giustificare il suo intervento nell'interesse generale, a prescindere dalla esistenza di una violazione del diritto fondamentale e della gravità della stessa.

Nel *nuovo amparo* il ricorrente viene in qualche misura ad assumere la veste di soggetto che rappresenta anche una situazione *tipica*, accanto a quella personale, sia che la stessa venga ritenuta utile ed utilizzata per esprimere una nuova ed innovativa giurisprudenza del *Tribunal*, sia che invece si debba solamente ribadire una giurisprudenza già elaborata e consolidata, ma non rispettata dal giudice o da altro soggetto pubblico.

Pure questo aspetto viene ad avvicinare il sistema italiano a quello spagnolo, dal momento che il processo di concretizzazione sommariamente descritto del controllo di costituzionalità, non modifica, allorché viene sollevata una questione di costituzionalità, la posizione delle parti dei giudizi *a quibus* le quali vengono considerate nella loro *tipicità*, assumendo una specie di rappresentanza di quanti versino nella stessa situazione.

V. La valutazione sull'operato della Corte costituzionale in oltre sessanta anni di attività è generalmente molto positiva e la Corte rappresenta in Italia una delle istituzioni che gode di maggior prestigio e considerazione, sia da parte dei tecnici che della opinione pubblica. Nonostante questo è stata da tempo rilevata l'esistenza di leggi o di situazioni che con maggiore difficoltà possono essere portate al giudizio della Corte, per le quali si parla di *zone franche* dalla giustizia costituzionale, dovute a differenti elementi legati al tipo di fonte, alle sue caratteristiche o alle *strettoie* dei presupposti previsti per il giudizio costituzionale incidentale.

Per questo il richiamo al ricorso diretto, quale possibile soluzione, appare fin dai primi anni

nei dibattiti sulla eventuale riforma della giustizia costituzionale e se prima dell'approvazione della Costituzione spagnola il riferimento era stato fatto principalmente per rafforzare la finalità *oggettiva*, ossia come ricorso diretto di ogni cittadino entro il termine di un anno dall'entrata in vigore della legge, successivamente alla approvazione della Costituzione spagnola il ricorso di amparo diviene un preciso riferimento per quanti intendono invece rafforzare la finalità *sogettiva* del controllo delle leggi o della tutela dei diritti fondamentali.

Questo accade in maniera ancora più forte allorché viene denunciata una specifica lacuna, che invece risulta *coperta* in Spagna proprio grazie all'amparo.

Per fare qualche esempio è sufficiente pensare alla posizione del terzo interessato offeso nella sua reputazione da espressioni oltraggiose pronunciate da un parlamentare, il quale oppone al giudizio in sede civile e/o penale lo scudo della immunità delle opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni parlamentari (art. 68, comma 1, Cost.) oppure alla eventualità in cui, a fronte di un obbligo da parte di un giudice di ultima istanza a rimettere alla Corte di Lussemburgo una questione pregiudiziale di interpretazione della normativa eurounitaria, ciò non avvenga pur non ricorrendo le ipotesi (irrilevanza, atto chiaro, *atto chiarito*) di esenzione da tale obbligo; o ancora a quello relativo a diritti fondamentali connessi alla materia elettorale e specificamente alle disposizioni regolanti il procedimento elettorale per la camera ed il senato, in considerazione della presenza di un preciso disposto costituzionale, in base al quale «ciascuna camera giudica dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità» (art. 66 Cost.). Il ricorso individuale diretto a tutela dei propri diritti costituzionali è stato definito *un fiume carsico* nelle discussioni relative a modifiche al nostro sistema di giustizia costituzionale e l'ipotesi di una sua introduzione, pur rimanendo sempre minoritaria, è stata infatti avanzata in Italia con molta frequenza e fin dai primi anni di funzionamento della giustizia costituzionale.

Le ragioni addotte a sostegno della introduzione di un ricorso diretto del singolo sono state di volta in volta diverse e appaiono, entro certi limiti, espressione del momento particolare in cui la proposta viene avanzata, del buon funzionamento del giudizio incidentale e delle relazioni esistenti tra i giudici comuni e la Corte costituzionale.

Così in una prima fase il ricorso diretto fu ritenuto idoneo rimedio per fare fronte a lacune o zone franche che il sistema nella sua applicazione pratica aveva mostrato.

Successivamente la giustificazione fu vista con riguardo a possibili erronee interpretazioni o applicazioni da parte dei giudici, ritenendo non accettabile l'impossibilità di far valere tali violazioni dei diritti in assenza di un giudice disponibile a sollevare la questione di costituzionalità. Ciò anche a seguito del ricordato obbligo di interpretazione conforme, che avrebbe condotto a sostituire una regola rigida con altra flessibile ed adattabile al caso concreto. La sostituzione di una regola generale con un diritto casistico, avrebbe reso allora preferibile che fosse la Corte a decidere su singoli casi attraverso un ricorso diretto.

Sempre alla fine degli anni Novanta la commissione bicamerale D'Alema approvò un progetto di riforma costituzionale, il quale conteneva la previsione di «ricorsi per la tutela, nei confronti dei pubblici poteri, dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, secondo condizioni, forme e termini di proponibilità stabiliti con legge costituzionale».

La previsione appariva assolutamente generica, facendo riferimento a qualsiasi comportamento (anche omissivo) dei pubblici poteri ritenuto lesivo di un diritto fondamentale del cittadino e l'istituto risultava essere infatti come una scatola vuota, un istituto ancora senza volto, che avrebbe potuto assumere i contenuti o le sembianze più diverse a seconda di ciò che avrebbe stabilito il futuro legislatore.

A partire dagli anni 2000 la necessità di introdurre in Italia un ricorso diretto individuale è stata legata allo sviluppo della tutela sovranazionale ed alla esigenza di realizzare un dialogo in particolare tra la nostra Corte e le Corti europee.

In tal senso è stato specificamente sottolineato il rischio di un possibile conflitto, o la difficoltà di dialogo, derivante dalla diversità di accesso alla Corte rispetto alla Corte Edu, con la conseguenza che mentre la prima si trova a giudicare su norme, la seconda giudica su casi concreti.

Dalla constatazione dei molti casi di condanna dell'Italia da parte della Corte Edu se ne è tratta la conclusione che la giurisdizione costituzionale, nei termini attuali, evidentemente non funziona o non è un rimedio idoneo, con la conseguenza di invocare il ricorso diretto come strumento per diminuire le ipotesi di condanna dell'Italia e favorire il dialogo.

Curiosamente in Spagna proprio l'esistenza dell'amparo costituzionale ed in specie il numero eccessivo degli stessi è stata spesso portata come causa delle difficoltà di dialogo con le Corti europee, la quale è valsa, unitamente ad altre diverse motivazioni, a giustificare la ricordata profonda modifica della disciplina dell'amparo del 2007.

Alla possibilità che il ricorso alle Corti europee possa servire a coprire alcune delle lacune

mostrate dal nostro ordinamento di protezione dei diritti, viene opposta la conseguenza che in tal modo la Corte costituzionale risulterebbe di fatto scavalcata o addirittura contraddetta dalla Corte Edu e paventato il rischio che la nostra Corte, per il fatto di dover giudicare su norme anziché su casi al pari delle Corti consorelle, diverrebbe uno degli ultimi giudici *nazionali*, una *Corte regionale*, come tale periferica rispetto agli sviluppi dei processi di internazionalizzazione del diritto costituzionale.

Più recentemente è stato individuato da Valerio Onida un preciso fondamento normativo che giustificherebbe e richiederebbe l'introduzione di un ricorso diretto individuale, indicandolo nell'art. 13 della Cedu, il quale prevede il diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un giudice nazionale in caso di supposta violazione dei diritti riconosciuti dalla Carta anche quando la violazione sia stata commessa da persone agenti nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali.

Una ulteriore riflessione circa l'opportunità della introduzione in Italia del ricorso diretto individuale viene suggerita da una serie di elementi - che si aggiungono a quelli appena ricordati circa la copertura delle lacune e del rapporto con la tutela sovranazionale e con l'attività delle corti europee - tra cui la ricordata netta diminuzione dei giudizi in via incidentale a seguito della tecnica della interpretazione conforme.

VI. Una valutazione in ordine alla introduzione di un ricorso individuale diretto – la quale richiederebbe una modifica della Costituzione e delle leggi costituzionali e ordinarie di attuazione – dovrebbe portare innanzi tutto a distinguere a seconda che esso venga pensato allo specifico scopo di coprire le zone franche che si sono manifestate nella esperienza di giustizia costituzionale oppure per sanzionare la violazione di diritti quando essa sia contenuta in una sentenza di un giudice, specie se di ultimo grado.

Nel secondo caso la esperienza spagnola dovrebbe ammonire circa il rapporto costi-benefici conseguenti alla introduzione di un ricorso diretto del tipo dell'amparo costituzionale, specie di fronte ad un sistema, quale quello italiano che ha dato in sostanza una buona prova di sé, per cui potrebbe sembrare preferibile operare al fine di migliorarlo, muovendosi nella stessa lunghezza d'onda, anziché pensare ad interventi tali da poter determinare una sua destrutturazione.

La finalità pedagogica del ricorso diretto e la sua utilità allo scopo di diffondere nella società i nuovi principi e valori espressi dalla Costituzione – la quale potrebbe essere

impedita o ritardata dal filtro di una magistratura poco sensibile, se non addirittura ostile, ai medesimi – possono essere certamente realizzati attraverso il riconoscimento del ricorso diretto al momento della approvazione e della entrata in vigore della Costituzione.

Un giudizio diverso penso debba farsi allorché ciò venga proposto dopo oltre sessanta anni di funzionamento della giustizia costituzionale, durante i quali, non senza qualche momento di *frizione* e di tensione, i rapporti tra la magistratura ed il Giudice costituzionale si sono venuti assestando e sono riusciti a trovare un momento di equilibrio generalmente condiviso. Tutto questo potrebbe rischiare di essere posto in discussione con l'introduzione di un nuovo giudizio avente ad oggetto la violazione dei diritti fondamentali da parte dei giudici comuni.

Potremmo invece pensare ad un procedimento speciale, sul tipo dell'*amparo* giudiziario spagnolo, per la tutela dei diritti costituzionali, vale a dire un procedimento più rapido ed agile con cui far valere la violazione degli stessi davanti al giudice comune, al quale potrebbe essere riconosciuto il potere di concedere una tutela cautelare immediata, ad evitare il verificarsi di danni irreparabili.

Nell'ambito dell'apposito giudizio il giudice, ricorrendone i presupposti, avrebbe la possibilità di investire la Corte costituzionale della questione di costituzionalità della legge o dell'atto avente forza di legge ritenuto in possibile contrasto con il diritto costituzionale invocato e potrebbe essere previsto un obbligo, per il giudice di ultima istanza, di rimettere la questione di costituzionalità propositagli alla Corte, riconoscendo allo stesso solamente il filtro della rilevanza, ma non anche quello della non manifesta infondatezza.

Si tratterebbe in questi casi evidentemente di un ricorso avente ad oggetto non la sentenza del giudice o la denuncia di una violazione da parte di questi di un diritto fondamentale (il che trasformerebbe la Corte in un giudice di grado ulteriore), ma sempre il contrasto tra una legge o atto avente forza di legge e la Costituzione.

Attraverso la rimessione della questione di costituzionalità alla Corte, questa verrebbe quindi posta in condizione di proseguire sulla linea intrapresa negli ultimi anni di valorizzazione dell'apporto del giudice e quindi dell'opera di collaborazione con lo stesso, rafforzando il ruolo del Giudice costituzionale come quello di un soggetto che fissa i principi generali e quindi decide la *politica* dei diritti fondamentali e dei loro limiti, lasciando poi ai giudici comuni l'applicazione concreta di quei principi.

Anche la riforma dell'*amparo* del 2007 e soprattutto la interpretazione fornita dal *Tribunal*

constitucional con la ricordata sentenza-legge del 2009 sembrano in fondo andare nella stessa direzione, riservando al *Tribunal* il ruolo di fissare la corretta interpretazione e di vigilare che la stessa sia effettivamente seguita dai giudici comuni.

Riguardo ad un ricorso diretto alla Corte costituzionale avente ad oggetto specificamente le sentenze dei giudici per supposta violazione dei diritti fondamentali, appare evidente, sulla base della esperienza spagnola, la quasi certa trasformazione del ricorso in un ulteriore grado di giudizio (con possibile prosecuzione davanti alla Corte Edu, per realizzare quella che Favoreu ha chiamato la “festa degli avvocati”).

La protezione dei diritti trova il suo elemento centrale nei giudici comuni, vero perno di garanzia delle situazioni soggettive e dei diritti costituzionali nel nostro paese, per cui un miglioramento dello stesso non può non comportare, prima di ogni altra cosa, il rafforzamento dell’autonomia, della indipendenza e quindi della imparzialità del giudice e l’impegno a garantire una maggiore efficienza della macchina giudiziaria.

Potremmo infine chiederci, in una prospettiva futura, se davvero possa ritenersi una migliore garanzia e protezione dei diritti fondamentali la previsione di un ricorso diretto al Giudice costituzionale rispetto ad un ricorso interno all’apparato giudiziario, il quale certamente può ritenersi esposto ai rischi di frammentazione e disomogeneità della tutela dovuti al carattere *diffuso* del potere giudiziario, ma al tempo stesso appare meno controllabile da parte del potere politico. Più facile in altri termini, anche attraverso una modifica formale oppure solo sostanziale delle modalità di scelta dei giudici costituzionali, *politicizzare* in una determinata direzione l’attività della Corte, che non fare altrettanto nei riguardi della magistratura, proprio in quanto espressione di un *potere diffuso*.

VII. Nella considerazione della necessaria storicizzazione del tema relativo alla introduzione in Italia dell’amparo costituzionale, vorrei concludere con qualche breve riferimento al momento attuale della giustizia costituzione nel nostro paese.

In estrema sintesi ritengo che due siano gli elementi che maggiormente caratterizzano oggi la situazione italiana.

Il primo riguarda lo spostamento, in misura apprezzabile, del *pendolo* della Corte costituzionale negli ultimi anni verso il *polo politico* rispetto a quello *giurisdizionale*.

Nota è la fisiologica, ed anche utile, oscillazione del pendolo della giustizia costituzionale in considerazione della situazione politica, istituzionale ed economica del paese, ma a molti

è sembrato che, negli ultimi anni, tale movimento corra il rischio di superare i limiti fisiologici della oscillazione.

Il secondo è determinato dall'irrompere - anche a seguito di alcune scelte della giurisprudenza costituzionale e del valore giuridico attribuito alla Carta dei diritti fondamentali della Ue - della tutela sovranazionale dei diritti fondamentali, con il rischio che il collegamento diretto tra i giudici comuni e le Corti sovranazionali faccia sorgere l'idea della inutilità della giustizia costituzionale domestica e quindi dei Giudici costituzionali.

La ragione della eccessiva *politicalità* di alcune recenti decisioni della Corte è stata vista anche come la conseguenza della mancanza per la stessa di strumenti adeguati alle nuove sfide che la Corte degli anni Duemila è chiamata ad affrontare, dal momento che lo strumentario che essa possiede è stato previsto in un momento ormai assai risalente e quando si pensava ad una differente presenza del Giudice costituzionale nel quadro istituzionale.

Per questo potremmo chiederci se uno strumento utile allo scopo potesse essere quello del ricorso individuale diretto.

Sulla base di quanto scritto nel paragrafo precedente e dei principali casi comunemente riportati quali espressione dell'aumento di *politicalità* della giurisprudenza costituzionale, la risposta credo debba essere negativa.

Gli interventi della Corte da alcuni giudicati troppo *creativi* - e quindi *politici* - riguardano infatti la modulazione degli effetti delle dichiarazioni di incostituzionalità, le omissioni del legislatore, la impossibilità di dichiarare la incostituzionalità di leggi costituzionalmente necessarie, aspetti certamente non risolvibili con la introduzione del ricorso diretto individuale.

In un caso, molto dibattuto, si è parlato della introduzione di un ricorso diretto ad opera della stessa Corte la quale, con riguardo alle leggi elettorali della camera e del senato, ha interpretato in maniera decisamente più permissiva la nozione di pregiudizialità del giudizio *a quo* rispetto a quello costituzionale, con riferimento alla denunciata violazione del diritto fondamentale al voto.

In realtà a ben vedere la Corte ha con ciò in maniera espressa voluto superare una storica zona franca della giustizia costituzionale, rappresentata dalla materia elettorale, ma il suo giudizio ha finito per svolgersi più secondo le caratteristiche di un giudizio astratto sulla

legge elettorale che non sulla concreta violazione di un diritto fondamentale. Per questo, se del caso, a risolvere il problema parrebbe meglio invocabile il ricorso in via principale da parte di un soggetto pubblico che non un ricorso sul tipo dell'amparo costituzionale.

Non a caso nella riforma costituzionale bocciata dal corpo elettorale nel dicembre 2016 era previsto, proprio per le leggi elettorali, un possibile ricorso preventivo da parte delle minoranze parlamentari.

Con riguardo al secondo elemento, la presenza di differenti Carte di diritti, nelle quali spesso troviamo affermazioni relative a situazioni soggettive analoghe, ha determinato negli operatori e negli stessi cittadini un senso di disorientamento per la presenza, a tutela dello stesso diritto fondamentale, di differenti modelli e procedure a seconda che lo si voglia garantire nei riguardi della Costituzione nazionale, della Cedu o della Carta Ue.

Per questo ritengo che, anziché introdurre una nuova e differente via di accesso, l'esigenza principale sia quella di semplificare il sistema, nel senso di rendere più omogeneo il comportamento richiesto al giudice di fronte ai differenti livelli di protezione.

Per questo potremmo pensare, prendendo spunto dal sistema vigente con riguardo alla pregiudiziale davanti alla Corte di Lussemburgo, di distinguere tra giudici di ultimo grado e tutti gli altri.

A tutti i giudici potrebbe essere riconosciuta la facoltà di scegliere se sollevare questione o disapplicare, ovviamente in questa seconda ipotesi con efficacia solo *inter partes* e per il processo in corso. Ciò potrebbe derivare, a giudizio del giudice, dalla novità o meno della eccezione, dall'esistenza di precedenti specifici della Corte costituzionale, dalla natura manifesta della violazione o da altro ancora.

I giudici di ultima istanza potrebbero ugualmente, se ritenuto necessario, procedere alla disapplicazione nel caso concreto, ma con l'obbligo di rimettere altresì la questione alla Corte, con eliminazione quindi del requisito della rilevanza e sulla base della sola non manifesta infondatezza. Nel caso in cui il giudice ritenesse di dover disapplicare l'atto normativo nazionale, l'ordinanza di rinvio assumerebbe il significato di provvedimento *nell'interesse della legge*, privo cioè di effetti sul giudizio *a quo*.

Questo consentirebbe alla Corte di intervenire per pronunciarsi sulla questione, potendo procedere alla dichiarazione di incostituzionalità ed alla eliminazione quindi in maniera definitiva dell'atto normativo dall'ordinamento oppure comunque di fornire utili indicazioni ai fini dell'interpretazione ed applicazione della norma impugnata.

Il descritto modello verrebbe ad avvicinarsi a quelli presenti in Portogallo ed in Perù e, per alcuni aspetti, in Brasile, classificati dai comparatisti come modelli *duali* per la compresenza di un sistema accentrato e di uno diffuso e dovrebbe valere pure per l'ipotesi di supposto contrasto di una legge o atto avente forza di legge nazionale con disposizioni della Cedu e per quella di contrasto di una legge nazionale con il diritto dell'Ue.

Il modello così assai sommariamente indicato, avrebbe forse il pregio di determinare per gli operatori, ed *in primis* per i giudici, una situazione di maggiore chiarezza ed omogeneità.

A fronte di un supposto contrasto tra legge o atto avente forza di legge nazionale rispetto alla Costituzione, alla Cedu o al diritto dell'UE, la posizione del giudice sarebbe comunque sempre la stessa, ponendosi cioè l'alternativa tra la disapplicazione e la proposizione della questione di costituzionalità davanti alla Corte.

Quest'ultima verrebbe in tal modo ad assumere un ruolo fondamentale di raccordo a livello interno circa la interpretazione della Costituzione e della legge alla luce della stessa e soprattutto di interlocutore attivo e privilegiato nei riguardi delle Corti europee, rispetto alle quali potrebbe con maggiore efficacia far valere le esigenze e le posizioni emergenti a livello nazionale, quanto a tradizioni costituzionali ed al margine di apprezzamento statale.

Abstract: Il saggio svolge una comparazione tra il modello di giustizia costituzionale italiano e quello spagnolo, evidenziando gli elementi di somiglianza e quelli di differenza, a partire dal diverso momento storico in cui essi sono stati progettati.

Particolare attenzione, trattandosi di due modelli a carattere accentrato, viene dedicata alle vie di accesso al Giudice costituzionale, allo scopo di dimostrare come la via incidentale in Italia ed il ricorso di *amparo* costituzionale in Spagna siano, sotto molti aspetti, giunti a conclusioni simili, pur partendo da presupposto assai diversi.

Viene infine svolta una riflessione circa l'opportunità dell'inserimento in Italia di un ricorso diretto, sulla base principalmente degli insegnamenti che possono essere tratti dalla esperienza spagnola.

Abstract: The essay compares the Italian and Spanish constitutional justice models, highlighting the elements of similarity and those of difference, starting from the different historical moment in which they were designed.

Particular attention, since they are two centralized models, is dedicated to the access modalities to the Constitutional Judge, in order to demonstrate how the incidental modality in Italy and the constitutional *amparo* in Spain have, in many respects, reached similar conclusions, although starting from very different assumptions.

Finally, a reflection is made on the advisability of inserting a direct appeal in Italy, based mainly on the lessons that can be drawn from the Spanish experience.

Parole chiave: Giustizia costituzionale – Controllo sulle leggi – Accesso al Giudice costituzionale — Diritti fondamentali — Tutela dei diritti.

Key words: Constitutional justice – Control over laws – Access to the Constitutional Court – Fundamental rights – Protection of rights.

LA EXCEPCIONAL POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE EL JAQUE AL ESTADO DE DERECHO EN CATALUÑA*.

de Ignacio González García**

721

Indice. 1. El control por el Estado de la actividad de las Comunidades Autónomas como control de legalidad y de constitucionalidad: la ausencia de control político. – 2. Las principales vías de control ordinario y extraordinario de la actividad de las Comunidades Autónomas por los órganos del Estado. – 3. Las grandes fases del control estatal operado sobre la actividad secesionista del Gobierno y el Parlamento catalanes hasta octubre de 2017. – 4. Los presupuestos habilitantes del controvertido artículo 155 CE y su revisión por el Tribunal Constitucional. – 5. ¿Y ahora qué...? ¿No hay nada más allá del artículo 155 CE...? El artículo 116.3 y 4 CE en el horizonte. – 6. Corolario: el Tribunal Constitucional en permanente situación de excepcionalidad.

1. El control por el Estado de la actividad de las Comunidades Autónomas como control de legalidad y de constitucionalidad: la ausencia de control político.

La Constitución Italiana de 1947 fue uno de los claros referentes de los que se sirvió el constituyente español a la hora de abordar la difícil tarea de *reformular* las instituciones y el funcionamiento del Estado durante el periodo de la transición democrática que culminó con el alumbramiento de la Constitución de 1978. Claro ejemplo de esta afirmación fue el artículo 143 del Anteproyecto de Constitución Española¹³⁷⁰, que establecía un mecanismo

* *Sujeto a referencia.* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto *Reforma constitucional: dimensión institucional y territorial* (20639/JLI/18) financiado por la Fundación Séneca-Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia a través de la convocatoria *Jóvenes Líderes en Investigación* del Subprograma de Apoyo y Liderazgo Científico y la Transición a la Investigación Independiente (Programa Fomento de la Investigación Científica y Técnica 2018, del que el autor es IP. Esta contribución está basada en el texto de la ponencia presentada al Congreso "Justicia Constitucional en Italia en España: Modelos de Comparación y Perspectivas Futuras", celebrada en el Departamento de Derecho de la Universidad de Nápoles "Federico II" el 30 de septiembre de 2019.

** Profesor de Derecho Constitucional – Universidad de Murcia.

¹³⁷⁰ Artículo 143 del Anteproyecto de Constitución Española de 1978: "1. Los textos aprobados por la Asamblea del Territorio Autónomo serán inmediatamente comunicados por el Presidente de éste al Gobierno. Este, en el plazo de un mes, podrá solicitar de la Asamblea una segunda deliberación sobre todos o algunos extremos del mismo. En este caso, el texto, para ser aprobado como Ley Territorial, requerirá la votación favorable de la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea. 2. La Ley Territorial no puede ser promulgada antes de haber transcurrido el plazo fijado en el apartado anterior, salvo que el Gobierno

de claro control político del Gobierno del Estado sobre la actividad legislativa de las Comunidades Autónomas, trasladando casi literalmente el texto del entonces vigente artículo 127 de la Constitución Italiana de 1947¹³⁷¹. Ese precepto del Anteproyecto preveía la posibilidad de que el Gobierno central vetara disposiciones normativas con rango de ley de las Comunidades Autónomas, que habían de ser devueltas a su Parlamento regional para un nuevo debate sobre las mismas y una nueva aprobación, en su caso, por mayoría absoluta.

Este texto procedía del borrador presentado por los representantes de UCD en la Ponencia Constitucional, pero muy pronto recibió voto particular de los representantes del Grupo Socialista, Minoría Catalana y Partido Comunista, quedando suprimido en el trámite de informe de la propia Ponencia y sustituido por el entonces artículo 154.2 que recogía – prácticamente sin cambios hasta el final del proceso constituyente- el contenido casi literal del actual artículo 161.2 CE¹³⁷². Aunque a su concreto contenido nos referiremos más adelante, baste con avanzar ya aquí que, de este modo, nuestro sistema optó por un modelo muy diferente al italiano: la ausencia de control político de la actividad de las Comunidades Autónomas.

Así, pues, la Constitución española de 1978 opta por un modelo concentrado de justicia constitucional claramente heredero del sistema kelseniano de la Constitución austriaca de 1920 –especialmente a partir de su reforma de 1929¹³⁷³–, en el cual el Tribunal

comunicare al Presidente del Territorio Autónomo su consentimiento expreso. 3. El plazo antes indicado puede reducirse a la tercera parte, cuando el proyecto en cuestión hubiera sido declarado urgente por la Asamblea del Territorio Autónomo”.

¹³⁷¹ Artículo 127 Constitución Italiana de 1947 (ya derogado): “Toda ley aprobada por el Consejo Regional será comunicada al Comisario, quien, salvo en el supuesto de oposición del Gobierno, deberá visarla en el plazo de treinta días tras la notificación. La ley será promulgada en los diez días siguientes al visado y entrará en vigor no antes de haber transcurrido quince días desde su publicación. Si una ley fuese declarada urgente por el Consejo Regional y el Gobierno de la Republica lo consiente, no estarán la promulgación y la entrada en vigor sujetas a los plazos indicados. Cuando el Gobierno de la Republica considere que una ley aprobada por el Consejo Regional excede de la competencia de la Región o se opone a los intereses nacionales o a los de otras Regiones, la devolverá al Consejo Regional en el plazo señalado para el visado. Si el Consejo Regional aprueba la ley de nuevo por mayoría absoluta de sus componentes, el Gobierno de la Republica podrá, dentro de los quince días siguientes a la notificación, suscitar la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, o la de oportunidad por oposición de intereses ante las Camaras. En caso de duda, el Tribunal resolverá de quien es la competencia”.

¹³⁷² Artículo 161.2 CE1978: “El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses”.

¹³⁷³ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, 4ª edición, Madrid, 2006. Págs. 133 y ss.

Constitucional se configura como un órgano no propiamente jurisdiccional, en tanto que no es un aplicador de Derecho vigente sino el garante de la compatibilidad de las leyes del Estado con las previsiones constitucionales. Es, pues, un *legislador negativo* que ostenta el monopolio abrogatorio de normas legales a través de sentencias con efectos *erga omnes*.

Especial relevancia ostenta este control constitucional en los Estados complejos políticamente descentralizados¹³⁷⁴ y, en particular, en el modelo de Estado autonómico español. Mientras que en un sistema federal –v.g. el alemán- cada ente territorial dispone de un Tribunal que revisa la adecuación de las normas emanadas del mismo a su correspondiente Texto Constitucional, en el sistema autonómico, cuyos territorios autónomos carecen de poder constituyente –y, por tanto, de Constitución propia distinta de la estatal-, es el TC quien controla la adecuación de las normas autonómicas tanto a la Constitución como a los respectivos Estatutos de Autonomía¹³⁷⁵.

Nos encontramos, por tanto, ante un Estado descentralizado política y administrativamente, con una pluralidad de centros productores de leyes, todas ellas sometidas a la Constitución, norma suprema del ordenamiento jurídico. Norma que, en diversos preceptos a los que después nos referiremos, y como consecuencia lógica de la aplicación conjunta de los principios de unidad y autonomía *ex artículo 2 CE*, otorga al TC la exclusividad del control de constitucionalidad de las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas¹³⁷⁶.

Ya muy tempranamente nuestro Tribunal Constitucional afirmó que la autonomía política de las Comunidades Autónomas constitucionalmente garantizada era compatible con un

¹³⁷⁴ Todos los Estados de configuración territorial compleja recogen en sus Textos Constitucionales mecanismos que sirvan para hacer compatibles la unidad del Estado con la autonomía de las partes en las que se divide. Esto es, instrumentos a través de los cuales buscar una correcta integración de los diferentes centros de poder político, a fin de que el reparto territorial del poder establecido no devenga en disfuncional. Así, por un lado, se prevén mecanismos de colaboración y coordinación, tanto verticales como horizontales, para el ejercicio mancomunado de competencias; y, por otro lado, se crean instrumentos de control y vigilancia que salvaguarden, en último término, el interés general del Estado.

¹³⁷⁵ Es por ello que se ha venido utilizando por la propia ley y por la doctrina la equívoca expresión “control por el Estado de la actividad de las Comunidades Autónomas”. No es el Estado como tal, sino el Poder Judicial (que no se encuentra descentralizado) y el Tribunal Constitucional (único en su orden) quienes llevan a cabo esa labor de control, del mismo modo que lo hacen en relación a la actividad de los demás poderes del Estado.

¹³⁷⁶ PUNSET BLANCO, R. lo ha expresado con meridiana claridad al advertir que “el Tribunal Constitucional, en efecto, en tanto que órgano jurisdiccional a quien cumple pronunciarse sobre la conformidad de las leyes y demás normas y actos del Estado y de las Comunidades Autónomas con el orden de competencias diseñado por la Constitución, opera al mismo tiempo como una instancia de control de la actividad de los entes territoriales políticamente autónomos y como un capital instrumento garantista de su esfera de autonomía”; en “Comentario al artículo 2”, en REQUEJO PAGÉS, J.L. (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, TC-BOE, Madrid, 2001. Pág. 97.

sistema de controles del Estado sobre la actividad de aquéllas, siempre y cuando tales controles no fueran de mera oportunidad política ni situaran a las mismas en una situación de subordinación jerárquica frente al Estado: “[...] el principio de autonomía es compatible con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias, si bien entendemos que no se ajusta a tal principio la previsión de controles genéricos e indeterminados que sitúen a las Comunidades Autónomas en una posición de subordinación o dependencia cuasi-jerárquica de la Administración del Estado”¹³⁷⁷, por lo que, al determinar el contenido y alcance de las potestades de control del Estado sobre la actividad de las Comunidades Autónomas hay que tener presente que “la autonomía exige [...] que el Estado no pueda impugnar la validez o eficacia de dichas actuaciones sino a través de los mecanismos constitucionalmente previstos”¹³⁷⁸.

Incluso, debido al criticado carácter abierto del modelo de distribución territorial del poder del Título VIII CE, nuestro TC ha tenido que subir un escalón más y convertirse no sólo en el garante de la correcta distribución y ejercicio de poderes entre los diferentes entes territoriales y el Estado, sino también en guía y árbitro del proceloso desarrollo del proceso autonómico. Función que ha ido realizando, principalmente, a través de los numerosos instrumentos de control –directo e indirecto- de la constitucionalidad de las leyes estatales y autonómicas, en especial, de aquéllas referidas al reparto competencial. Como consecuencia de la notable judicialización de esta materia, algún autor ha llegado a calificar nuestro sistema, con acierto, como “Estado jurisdiccional autonómico”¹³⁷⁹.

Como veremos a lo largo de este trabajo, en los últimos años –muy particularmente, a partir de la STC 31/2010, de 28 de junio¹³⁸⁰-, los actores del conflicto político, social y territorial que se vive en Cataluña han situado al Tribunal Constitucional en el ojo del huracán. Ya no es sólo el órgano llamado a supervisar la constitucionalidad de las leyes –estatales y autonómicas- y a ejercer de *árbitro* en el proceso de descentralización del Estado, sino que ahora lo han convertido –desacreditando así su labor institucional- en un actor principal de la respuesta contra el golpe al Estado de Derecho que se vive de forma casi permanente en Cataluña desde hace ya demasiado tiempo. Una parte importante de los poderes públicos

¹³⁷⁷ STC 4/1981, de 2 de febrero.

¹³⁷⁸ STC 76/1983, de 5 de agosto.

¹³⁷⁹ ARAGÓN REYES, M., “Artículo 161”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dtor.), *Comentarios a la Constitución española*, Vol. XII, Edersa, Madrid, 1999. Págs. 233-238.

¹³⁸⁰ Sentencia que resolvió el principal de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio.

catalanes –cuya legitimidad deriva de la propia Constitución- se han venido negando a cumplir las sentencias del Tribunal Constitucional que éste dicta en el ejercicio de los controles ordinarios, abriendo así la puerta a la activación de otros controles especiales, de activación política, pero también revisables en última instancia por el Tribunal Constitucional. Se convierte así este Alto Tribunal en actor protagonista de un conflicto en el que su papel debiera ser exclusivamente de arbitraje.

2. Las principales vías de control ordinario y extraordinario de la actividad de las Comunidades Autónomas por los órganos del Estado.

Así, pues, como hemos dicho, el reconocimiento de la autonomía política de los territorios que se constituyan en Comunidad Autónoma y el sometimiento al imperio de la Ley de toda actividad ejercida por los sujetos de poder público –estatales o autonómicos- trae como consecuencia inexorable que los instrumentos de control del Estado sobre la actividad de las Comunidades Autónomas sean ejercidos bien directamente por órganos de naturaleza jurisdiccional, bien activados por otro tipo de sujetos (Gobierno y Parlamento, fundamentalmente) pero revisables en último término por el Tribunal Constitucional, pues no son en sentido estricto controles de mera oportunidad política. El modelo español recoge un muy amplio y variado abanico de controles que podríamos clasificar del siguiente modo:

a) Controles ordinarios generales: el control jurisdiccional de los actos administrativos y normas reglamentarias autonómicas¹³⁸¹, la resolución de los conflictos competenciales¹³⁸², el control de constitucionalidad de las normas con rango de ley¹³⁸³ de la Comunidad autónoma a través del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad¹³⁸⁴, las impugnaciones

¹³⁸¹ Vid., por todos, Santamaría Pastor, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General*, Iustel, Madrid, 2018.

¹³⁸² Vid., por todos, García Roca, F.J., “El Tribunal Constitucional como Tribunal de conflictos: los conflictos constitucionales”, en Trujillo, G., López Guerra, L. y González-Trevijano, P. (Dtres.), *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

¹³⁸³ Por “disposiciones normativas con fuerza de ley”, como objeto de este control de constitucionalidad, debemos de entender: leyes autonómicas elaboradas por el Parlamento, Decreto-leyes y Decretos legislativos en aquellas Comunidades Autónomas cuyo Estatuto de Autonomía haya recogido estas figuras normativas como fuente del subordenamiento autonómico, los Reglamentos parlamentarios, las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos (Álava, Guipúzcoa y Vizcaya) y los propios Estatutos de Autonomía, los cuales serán objeto o parámetro de este control de constitucionalidad, según proceda en cada caso.

¹³⁸⁴ Vid., por todos, Pérez Tremps, P., *Sistema de Justicia Constitucional*, Civitas, Navarra, 2019.

de todo tipo de actos, disposiciones y resoluciones autonómicas vía artículo 161.2 CE, la actividad fiscalizadora del Defensor del Pueblo¹³⁸⁵ y el control transversal que por vulneración de derechos fundamentales se puede realizar a través del recurso de amparo (y las eventuales autocuestiones de inconstitucionalidad derivadas del mismo)¹³⁸⁶.

b) Controles sectoriales especiales: los previstos en cada caso en las leyes marco¹³⁸⁷ y en las leyes orgánicas de transferencia y delegación¹³⁸⁸, el control del Tribunal de Cuentas, los controles establecidos en el artículo 145.2 CE sobre la actividad cooperativa horizontal de las Comunidades Autónomas¹³⁸⁹.

c) Controles extraordinarios: las leyes de armonización¹³⁹⁰, el conocido control excepcional del artículo 155 CE y las declaraciones de Estado de excepción y sitio ex artículo 116 CE¹³⁹¹, eventualmente circunscritas a un concreto territorio autonómico.

Nos referiremos aquí únicamente al recurso de inconstitucionalidad que puede interponer el Estado contra leyes autonómicas y a las impugnaciones –tanto de normas con rango de ley como de rango infralegal de las Comunidades Autónomas- que se pueden llevar a cabo a través de la vía prevista en el artículo 161.2 CE. Nos circunscribimos al análisis de esos dos instrumentos en la medida en que han sido cuantitativa y cualitativamente los protagonistas de la relación de conflicto entre el Estado y Cataluña durante estos años, jugando el resto de mecanismos un papel muy residual. Lo haremos, además, limitándonos a unas referencias muy sucintas de las principales características de cada una de estas vías de control, deteniéndonos únicamente en aquellos aspectos de especial incidencia en el hilo conductor de nuestros argumentos, lo que –sin duda- pondrá a prueba tanto nuestra capacidad de síntesis como la benevolencia del lector.

Por lo que hace al recurso de inconstitucionalidad, el primer elemento a destacar de su

¹³⁸⁵ Vid., por todos, Corchete Martín, M.J., *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, Universidad de Salamanca, 2001.

¹³⁸⁶ Vid., por todos, Tenorio Sánchez, P.J., *El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Perspectivas de reforma*, Wolters Kluwer, 2014.

¹³⁸⁷ Vid., por todos, Donaire Villa, F.J., *Ley marco. Teoría y práctica constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

¹³⁸⁸ Vid., por todos, Montilla Martos, J.A., *Las leyes orgánicas de transferencia y delegación: configuración constitucional y práctica política*, Tecnos, Madrid, 1997.

¹³⁸⁹ Vid., por todos, González García, I., “La revisión del artículo 145 CE en el contexto de una reforma federal de la Constitución”, en *Revista de Derecho Político*, nº 103, 2018.

¹³⁹⁰ Vid., por todos, Gerpe Lardín, M., “La inconstitucionalidad formal de la LOAPA”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 1, 1984.

¹³⁹¹ Vid., por todos, Garrido López, C., “Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 110, 2017.

régimen jurídico es, para nosotros, la limitada legitimación de los órganos de las CCAA para incoarlo frente a leyes estatales. A pesar de que el artículo 162.1.a CE legitima genéricamente a los órganos colegiados ejecutivos y a las Asambleas legislativas de las CCAA para interponer recurso de inconstitucionalidad, el artículo 32.2 LOTC¹³⁹² restringe notablemente su ámbito¹³⁹³. Mientras que los órganos del Estado (el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 diputados o 50 senadores) pueden interponer recurso de inconstitucionalidad frente a cualquier norma autonómica con rango de ley, las Comunidades Autónomas (a través de sus órganos ejecutivos y legislativos) sólo podrán interponer recurso de inconstitucionalidad contra leyes, disposiciones o actos con fuerza de *Ley del Estado*, que afecten al *ámbito propio de su autonomía*. Dicho de otro modo:

- a) Los órganos que pueden interponer el recurso son bien el Gobierno autonómico, como órgano colegiado –no su Presidente–, bien la Asamblea Regional –no un determinado número de Diputados regionales–, previo acuerdo adoptado al efecto.
- b) Sólo son recurribles tales leyes estatales por la CA en relación a una única causa de impugnación: que afecten al ámbito propio de su autonomía.

El segundo aspecto relevante a destacar es que el plazo para la interposición del recurso es de tres meses desde la publicación de la Ley, pero éste resulta ampliable a nueve meses (art. 33.2 LOTC) en caso de que se reúna previamente la Comisión Bilateral Estado-Comunidad Autónoma para negociar sobre las discrepancias existentes al respecto y que trasladen el acuerdo de inicio de tales negociaciones al Tribunal Constitucional antes de los tres primeros meses. Esto es, se da la oportunidad al Estado y a la Comunidad Autónoma para que pacten y solventen su controversia en el seno de ese órgano bilateral, anunciando en el plazo de los tres meses que se van a reunir a tal efecto. Disponen entonces de hasta nueve meses para bien culminar con éxito la negociación, bien que quede finalmente interpuesto el recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional¹³⁹⁴.

Por lo que se refiere a la vía prevista en el artículo 161.2 CE, este precepto atribuye al Tribunal Constitucional la potestad de resolver las impugnaciones que el Gobierno de la

¹³⁹² Cuya constitucionalidad fue expresamente ratificada por el Tribunal Constitucional en su STC 25/1981, de 14 de julio.

¹³⁹³ *Vid.*, por todos, Aragón Reyes, M., "Artículo 161", en Alzaga Villaamil, O. (Dtor.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Vol. XII, Edersa, Madrid, 1999.

¹³⁹⁴ *Vid.*, por todos, GONZÁLEZ BEILFUSS, M., "La resolución extrajudicial de las discrepancias competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas: El mecanismo del artículo 33.2 de la LOTC", en *Informe Comunidades Autónomas 2007*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2008.

Nación plantee contra cualquier disposición o resolución dictada por los órganos de las Comunidades Autónomas, incluidas las normas con rango de ley a partir de la entrada en vigor del artículo 30 LOTC. Instrumento cuya activación, como prevé la propia Constitución, lleva aparejada la suspensión automática del acto o disposición autonómica. Se trata, además, de un instrumento autónomo de impugnación, que Gobierno estatal ha venido utilizando para recurrir Resoluciones del Parlamento catalán a las que luego nos referiremos; pero también es un precepto invocable por el Presidente del Gobierno cuando interpone recurso de inconstitucionalidad contra ley autonómica, logrando así también el efecto suspensivo sobre la norma en él previsto.

Sin ninguna duda, lo principal que debemos destacar aquí de este mecanismo de fiscalización estatal es que, en opinión de la doctrina mayoritaria, ésta sería una vía de control distinta a las demás por cuanto, *de facto*, el hecho de que el Presidente del Gobierno pueda dejar en suspenso la aplicación de cualquier tipo de norma autonómica a la espera de que el Tribunal bien levante esa suspensión (en plazo no superior a 5 meses), bien resuelva por sentencia la impugnación de la norma mientras que ésta se encuentra todavía en suspenso, nos lleva a un escenario más cercano al control político que al control jurisdiccional. Incluso, algunos autores han llevado esa posición al extremo de afirmar que estamos ante “un mecanismo perverso en grado sumo, pues supone la intromisión de la política (en su sentido más grosero) en la actuación del Tribunal Constitucional, [que genera] un principio invertido de presunción de constitucionalidad de la ley cuando se trata de una ley autonómica”¹³⁹⁵. Se afirma, pues, que este instrumento supone no ya una quiebra de la presunción de la constitucionalidad de la ley autonómica sino que crea *de facto* su inversión: la presunción de inconstitucionalidad de la ley autonómica.

Nosotros no compartimos este modo de ver la cuestión. Entendemos que es un error poner el foco en el automatismo de la suspensión de la norma autonómica, en lugar de ponerlo en la mayor o menor capacidad del Tribunal Constitucional para adueñarse de ese control una vez que la norma está suspendida. Es cierto que, una vez admitida a trámite una impugnación vía artículo 161.2 CE o un recurso de inconstitucionalidad en el que este precepto se hubiera invocado, la norma autonómica queda automáticamente suspendida. Pero, a partir de ese momento, ¿qué sucede? Sin ánimo de ser completamente exhaustivos,

¹³⁹⁵ Jiménez Asensio, R., *La ley autonómica en el sistema constitucional de fuentes del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2001. Pág. 73.

básicamente lo siguiente:

1. El Tribunal Constitucional puede ratificar o levantar la suspensión en cualquier momento, no es necesario que espere a la finalización del plazo de 5 meses que establece la Constitución. Es un plazo máximo, no mínimo. Es decir, aunque el Gobierno pueda provocar la suspensión de la norma autonómica vía artículo 161.2 CE, el Tribunal Constitucional puede levantarla inmediatamente. Puede hacerlo, además, de oficio, no necesariamente a instancia de la Comunidad Autónoma.

2. En el entendido de que la suspensión de la norma es una medida de carácter excepcional, ha de entenderse que también excepcional debe ser su ratificación por el Tribunal Constitucional. Así, la carga de la prueba de que procede mantener la suspensión corresponde el Gobierno del Estado. Si no se justificara suficientemente, el levantamiento de la suspensión sería automático y sin motivar.

3. Aun en el caso de que el Tribunal Constitucional ratificara la suspensión, puede reconsiderar tal decisión en cualquier momento, atendiendo a la cláusula *rebus sic stantibus*.

4. El interés general público que debe salvaguardar el Tribunal Constitucional al adoptar la decisión de levantar o no la suspensión (atendiendo fundamentalmente el principio de seguridad jurídica) no es necesariamente coincidente con el interés estatal manifestado en el recurso.

5. Por supuesto, la suspensión de la norma –y su eventual ratificación por el Tribunal Constitucional- no prejuzga el fondo del asunto, a decidir en la sentencia.

Así, pues, más allá del automatismo inicial de la suspensión, entendemos que el Tribunal Constitucional dispone de potestades suficientes como para garantizar el carácter esencialmente jurisdiccional (no político) de esta decisión que, por supuesto, y en todo caso, no desvirtúa la presunción de inconstitucionalidad de las leyes autonómicas.

Finalmente, debemos concluir este epígrafe señalando que en relación con los efectos de las sentencias dictadas en procedimientos de inconstitucionalidad, ya sea por vía de recurso o por vía artículo 161.2 CE, éstas tendrán valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el BOE (art. 164 CE y 38.1 LOTC). Además, cuando una sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba

extenderse por conexión o consecuencia¹³⁹⁶.

3. Las grandes fases del control estatal operado sobre la actividad secesionista del Gobierno y el Parlamento catalanes hasta octubre de 2017.

En la relación de los poderes públicos catalanes con las instituciones del Estado y el papel que, respecto de ello, ha venido jugando el Tribunal Constitucional, durante los últimos años podríamos distinguir claramente varias fases.

Una primera fase, desde la aprobación del primer Estatuto de Autonomía en 1979¹³⁹⁷ y hasta la reforma del mismo en 2006¹³⁹⁸. Durante esas décadas de desarrollo autonómico, de paulatina descentralización, fueron frecuentes las disputas competenciales ante el Tribunal Constitucional a través de la interposición de recursos de inconstitucionalidad como de conflictos de competencia, tanto por parte del Estado como por parte de la Comunidad Autónoma catalana. Esto es, los poderes públicos catalanes vehiculaban sus reivindicaciones de mayor autonomía a través de los cauces ordinarios y reconocían la autoridad del Tribunal Constitucional. De hecho, Cataluña fue durante esos años la Comunidad Autónoma que más recursos interpuso ante este Tribunal contra leyes del Estado y también la Comunidad Autónoma que más tasa de éxito tuvo en ese tipo de procesos en defensa de la constitucionalidad de su propia legislación¹³⁹⁹.

La quiebra de esa normalidad institucional se inicia con las negociaciones para la reforma estatutaria de 2006 –primera que aprueban las Cortes Generales sin acuerdo de los dos grandes partidos de implantación nacional, PP y PSOE- y culmina con la STC 31/2010, de 28 de junio, que invalidó los principales preceptos del nuevo Estatuto catalán que se encontraban en clara conexión con la idea de fraccionar la soberanía cuya unidad consagra el artículo 2 CE¹⁴⁰⁰. A partir de ese momento, coincidente con el máximo apogeo de

¹³⁹⁶ Vid., por todos, Jiménez Campo, J., “Sentencia del Tribunal Constitucional”, en Aragón Reyes, M. (Dtor.), *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Vol. II, Civitas, 2011.

¹³⁹⁷ Aprobado por Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre.

¹³⁹⁸ Aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio.

¹³⁹⁹ Vid. los datos estadísticos completos en Bercholz, J.O., *La producción del Tribunal Constitucional de España a través del control de constitucionalidad. Un estudio empírico-cuantitativo, con análisis cualitativo agregado, sobre el rol desempeñado por el Tribunal Constitucional en el sistema político-institucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

¹⁴⁰⁰ Sobre el Estatuto de Cataluña de 2006 y el alcance de la STC 31/2010, de 28 de junio, vid., entre otros, el número monográfico de *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 27, 2011. Esta circunstancia también motivó

la grave crisis económica que sacudió a España en aquel período, la excusa de que ese pronunciamiento del Tribunal Constitucional contravenía la voluntad expresada por el Parlamento catalán, las Cortes Generales y la ciudadanía de esa Comunidad Autónoma en el referéndum de ratificación¹⁴⁰¹, sirvió a las élites políticas nacionalistas para dar un giro hacia la reivindicación no de más autogobierno dentro de la Constitución, sino de la consecución de un nuevo Estado independiente. En ese contexto de enorme confrontación política, desde el año 2010 hasta la aplicación en 2017 del artículo 155 CE, proliferaron los pulsos entre las instituciones catalanas y las instituciones estatales, pero de un modo distinto: los poderes públicos catalanes empezaron a manifestar abiertamente, de modo constante y por muy diversas vías, su no reconocimiento a la legitimidad del Tribunal Constitucional español y, por extensión, a la legitimidad del conjunto del sistema constitucional diseñado por la CE1978, así como la reivindicación del derecho de autodeterminación¹⁴⁰².

De este modo, han sido muy abundantes tanto las Resoluciones –sin valor de ley– aprobadas por el Parlamento de Cataluña y con las leyes autonómicas aprobadas por esa institución, de contenido claramente inconstitucional, tendentes a articular y dar cauce jurídico a esa pretensión de ejercer un presunto derecho de autodeterminación que culminara en la

que el legislador estatal volviera a habilitar el recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de Estatutos de Autonomía todavía pendientes de aprobación definitiva, a través de la Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

¹⁴⁰¹ *Vid.*, los resultados del referéndum de aprobación del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 en <https://www.bcn.cat/estadistica/angles/dades/telec/ref/ref06/r21.htm>

¹⁴⁰² *Vid.*, v.g., Resolución 5/X, de 23 de enero de 2013 del Parlamento de Cataluña: “[...] En los últimos años, en la vía de la profundización democrática, una mayoría de las fuerzas políticas y sociales catalanas han impulsado medidas de transformación del marco político y jurídico. La más reciente se concretó en el proceso de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña iniciado por el Parlamento en el año 2005. Las dificultades y negativas por parte de las instituciones del Estado español, entre las que cabe destacar la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, suponen un rechazo radical de la evolución democrática de las voluntades colectivas del pueblo catalán dentro del Estado español y crean las bases para una involución en el autogobierno, que hoy se expresa con total claridad en los aspectos políticos, competenciales, financieros, sociales, culturales y lingüísticos. El pueblo de Cataluña ha expresado de varias formas su voluntad de superar la actual situación de bloqueo dentro del Estado español. Las manifestaciones masivas de 10 de julio de 2010, con el lema «Somos una nación. Nosotros decidimos», y de 11 de septiembre de 2012, con el lema «Cataluña, nuevo estado de Europa», son expresión del rechazo de la ciudadanía hacia la falta de respeto a las decisiones del pueblo de Cataluña [...]”; o Resolución 742/IX, de 27 de septiembre de 2012, del Parlamento de Cataluña: “[...] El Parlamento de Cataluña expresa la necesidad de que Cataluña haga su propio camino y de que el pueblo catalán pueda decidir libre y democráticamente su futuro colectivo, para garantizar el progreso social, el desarrollo económico, el fortalecimiento democrático y el fomento de la cultura y la lengua propias. [...] El Parlamento de Cataluña constata la necesidad de que el pueblo de Cataluña pueda determinar libre y democráticamente su futuro colectivo e insta al Gobierno a realizar una consulta, prioritariamente en la próxima legislatura. [...] El Parlamento de Cataluña proclama solemnemente, tal como ya ha hecho en otras ocasiones trascendentales, el derecho imprescriptible e inalienable de Cataluña a la autodeterminación, como expresión democrática de su soberanía como nación”.

celebración de un referéndum por la independencia de Cataluña, con o sin acuerdo del Estado español. El Gobierno estatal ha venido recurriendo -vía artículo 161.2 CE las primeras y vía recurso de inconstitucionalidad las segundas- ante el Tribunal Constitucional, que sistemáticamente las ha ido anulando una a una.

Sin ninguna pretensión de exhaustividad, que nos haría exceder los límites y el objetivo de este trabajo, señalamos a modo de ejemplo algunas de las más significadas:

La Resolución 5/X, de 23 de enero de 2013, del Parlamento de Cataluña, anulada en lo fundamental por STC 42/2014, de 25 de marzo, establecía que “el pueblo de Cataluña tiene, por razones de legitimidad democrática, carácter de sujeto político y jurídico soberano. El proceso del ejercicio del derecho a decidir será escrupulosamente democrático y garantizará especialmente la pluralidad y el respeto de todas las opciones, mediante la deliberación y el diálogo en el seno de la sociedad catalana, con el objetivo de que el pronunciamiento que se derive sea la expresión mayoritaria de la voluntad popular, que será el garante fundamental del derecho a decidir”.

La Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no refrendarias y otras formas de participación ciudadana, anulada por STC 31/2015, de 25 de febrero, y el correspondiente Decreto 129/2014, de 27 de septiembre, de convocatoria de la consulta popular no refrendaria sobre el futuro político de Cataluña, pretendieron dar cobertura legal al primero de los dos referéndums inconstitucionales celebrados –sin ninguna garantía mínima- recientemente en Cataluña, en este caso el del día 9 de noviembre de 2014¹⁴⁰³, suspendido por el Tribunal Constitucional y declarado finalmente inconstitucional junto con el resto de actuaciones llevadas a cabo para su convocatoria y realización por STC 138/2015, de 11 de junio.

La Resolución 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, del Parlamento de Cataluña, sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015¹⁴⁰⁴ y su Anexo, son también declarados inconstitucionales por STC 259/2015, de 2 de diciembre. En ese texto se estipulaba, nada menos que lo siguiente:

¹⁴⁰³ Los resultados proclamados por el Gobierno catalán pueden consultarse en https://elpais.com/politica/2014/11/09/actualidad/1415542400_466311.html

¹⁴⁰⁴ Estas elecciones autonómicas se plantearon fraudulentamente por parte del Gobierno catalán como elecciones plebiscitarias sobre la independencia de Cataluña. El resultado de las mismas arrojó un mayor número de votos a partidos no independentistas, pero –por efecto del sistema electoral- una mayoría de escaños a los partidos independentistas. Se pueden consultar los resultados en http://www.gencat.cat/governacio/resultatsparlament2015/resu/09AU/DAU09999CM_L1.htm

“El Parlamento de Cataluña declara solemnemente el inicio del proceso de creación de un estado catalán independiente en forma de república. El Parlamento de Cataluña proclama la apertura de un proceso constituyente ciudadano, participativo, abierto, integrador y activo para preparar las bases de la futura constitución catalana. [...]. El Parlamento de Cataluña, como depositario de la soberanía y como expresión del poder constituyente, reitera que esta cámara y el proceso de desconexión democrática del Estado español *no se supeditarán a las decisiones de las instituciones del Estado español, en particular del Tribunal Constitucional, que considera falta de legitimidad y de competencia a raíz de la sentencia de junio de 2010 sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña, votado previamente por el pueblo en referéndum, entre otras sentencias*”¹⁴⁰⁵.

En aplicación del mandato recogido en esa Resolución, el Parlamento catalán aprueba las eufemísticamente llamadas *leyes de desconexión*: la Ley 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación, que pretendió articular jurídicamente la convocatoria del segundo de los referéndums inconstitucionales celebrados, el del 1 de octubre de 2017; y la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de Transitoriedad Jurídica y fundacional de la República, que recogía una verdadera Constitución Catalana *in fieri* y así se explicitaba en el Preámbulo de la misma: “Aunque la configuración definitiva del nuevo Estado corresponde a la Constitución que debe elaborar la Asamblea Constituyente y ratificar la ciudadanía, una vez proclamada la independencia de Cataluña es imprescindible dar forma jurídica, de forma transitoria, a los elementos constitutivos básicos del nuevo Estado para que de forma inmediata pueda empezar a funcionar con la máxima eficacia y, al mismo tiempo, hay que regular el tránsito del ordenamiento jurídico vigente al que tiene que ir creando la República, garantizando que no se producirán vacíos legales, que la transición se realizará de forma ordenada y gradual y con plena seguridad jurídica; asegurando, en suma, que desde el inicio el nuevo Estado estará sometido al Derecho; que en todo momento será un Estado de Derecho”. Ambas normas fueron íntegramente declaradas inconstitucionales y nulas por las SSTC 114/2017, de 17 de octubre, y 124/2018, de 8 de noviembre, respectivamente.

Finalmente, el Decreto 139/2017, de convocatoria del referéndum del 1 de octubre, y el Decreto 140/2017, de normas complementarias para su realización, ambos de 6 de septiembre, son también anulados por las SSTC 121/2017, de 31 de octubre y 122/2017,

¹⁴⁰⁵ La cursiva es mía.

de la misma fecha. Pese a todo ello, y sin ninguna garantía democrática, se celebró el citado referéndum el día 1 de octubre de 2017. El Gobierno catalán proclamó unos resultados extraordinariamente favorables¹⁴⁰⁶ y, en aplicación de ese supuesto mandato democrático y de la legislación anulada por el Tribunal Constitucional, el 10 de octubre de 2017, se produce en el Parlamento catalán la *Declaración Unilateral de Independencia* y, al tiempo, la suspensión de su vigencia, intentando evitar así las responsabilidades penales individuales que de esa acción se pudieran derivar. En el texto de la Declaración se afirmaba, entre otras cosas¹⁴⁰⁷: “Catalunya restaura hoy su plena soberanía, [...]. Desde la aprobación de la Constitución española de 1978, la política catalana ha tenido un papel clave con una actitud ejemplar, leal y democrática para con España [...]. El Estado español ha respondido a esta lealtad con la denegación del reconocimiento de Catalunya como nación [...]. El Estatuto de Autonomía, aprobado por el Parlamento y el Congreso, y refrendado por la ciudadanía catalana, debía ser el nuevo marco estable y duradero de relación bilateral entre Catalunya y España. Pero fue un acuerdo político roto por la sentencia del Tribunal Constitucional y que hace emerger nuevas reclamaciones ciudadanas. [...] A pesar de la violencia y la represión para intentar impedir la celebración de un proceso democrático y pacífico, los ciudadanos de Catalunya han votado mayoritariamente a favor de la constitución de la República catalana. [...] En virtud de todo lo que se acaba de exponer, nosotros, representantes democráticos del pueblo de Catalunya, en el libre ejercicio del derecho de autodeterminación, y de acuerdo con el mandato recibido de la ciudadanía de Catalunya, CONSTITUIMOS la República catalana, como Estado independiente y soberano, de derecho, democrático y social”.

El problema técnico principal que ha presentado esta confrontación ha sido la falta de reconocimiento de la legitimidad del Tribunal Constitucional para corregir estas decisiones del Parlamento catalán por parte de sus autoridades públicas, lo que llevó en 2015 al legislador estatal a intentar reforzar la ejecutividad de las sentencias del Tribunal Constitucional a través de la reforma operada por la Ley orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para

¹⁴⁰⁶ Ver los resultados proclamados por el Gobierno catalán en https://estaticos.elperiodico.com/resources/pdf/4/3/1507302086634.pdf?_ga=2.240398219.924192019.1578065479-2094611617.1517423068

¹⁴⁰⁷ Texto completo de la Declaración en https://es.scribd.com/document/362773786/Texto-de-la-Declaracion-de-Independencia#from_embed

la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho. Esta modificación introdujo diversos mecanismos de *ejecutividad* de los pronunciamientos del Alto Tribunal, aplicables con carácter general a cualquier proceso, pero destinados muy en particular, según establecía el propio texto de su Preámbulo, a poder accionarlos “en situaciones en las que concurren circunstancias de especial trascendencia constitucional, como, por ejemplo, los supuestos de incumplimiento notorio, y se trate de la ejecución de las resoluciones que acuerden la suspensión de las disposiciones, actos o actuaciones impugnadas el Tribunal pueda adoptar las medidas de ejecución necesarias inaudita parte”, esto es, en el supuesto de los reiterados incumplimientos por parte de los poderes públicos catalanes¹⁴⁰⁸.

En aplicación de esta nueva norma, el Tribunal Constitucional dictó, por ejemplo, entre otros, el ATC 126/2017, de 20 de septiembre, por el que se imponía por primera vez multas coercitivas a los miembros de la Sindicatura Electoral de Cataluña, creada al amparo de la inconstitucional Ley del Referéndum de Autodeterminación y designados por la también anulada Resolución 807/XI, del Parlamento de Cataluña, que no renunciaran a tales cargos. No obstante, este pretendido refuerzo de las sentencias del Tribunal Constitucional llegó tarde y resultó ineficaz a los efectos pretendidos.

En todo caso, tras el referéndum del 1 de octubre de 2017, el discurso de S.M. El Rey el 3 de octubre¹⁴⁰⁹ y la Declaración Unilateral de Independencia del 10 de octubre, se inicia otra fase marcada por la aplicación del artículo 155 CE, al que a continuación nos referimos.

4. Los presupuestos habilitantes del controvertido artículo 155 CE y su revisión por el Tribunal Constitucional.

Como es bien conocido, el artículo 155 de la Constitución Española recoge un mecanismo de coacción autonómica previsto como *ultima ratio* del modelo, a aplicar únicamente en

¹⁴⁰⁸ Vid. la controversia doctrinal sobre la constitucionalidad, la pertinencia, el contenido y el alcance de esta modificación legislativa en González Hernández, E., “El artículo 155 de la Constitución y la Ley Orgánica 15/2015, de 17 de octubre, de reforma de la LOTC: ¿ineludible reciprocidad o círculo perverso?”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 37, 2016; y Carranza, G.G., “Del control político al control jurisdiccional: aportes de la Ley Orgánica 15/2015 para la construcción del principio de lealtad autonómica en España”, en *Revista de Derecho Constitucional*, nº 29, 2019.

¹⁴⁰⁹ Vid. discurso íntegro en <http://www.rtve.es/alacarta/videos/telediario/mensaje-integro-del-rey-tras-referendum-cataluna/4247341/>

caso de que el resto de instrumentos ordinarios de control de la actividad de las Comunidades Autónomas fracasara y no pudiera salvaguardarse de otro modo el interés general del país.

La redacción de este precepto deja pretendidamente abiertos tanto los supuestos de hecho, como sus consecuencias jurídicas. A ello había que unir hasta ahora, por un lado, tanto la ausencia de desarrollo por parte del legislador como la inexistencia de pronunciamientos relevantes del Tribunal Constitucional sobre el mismo; y, por otro lado, la falta de interés y de atención por parte de la doctrina constitucionalista que siempre entendió que estábamos ante un precepto llamado a no ser aplicado jamás, lo que convertía su estudio en prácticamente irrelevante¹⁴¹⁰.

Así, el precepto establece que si una Comunidad Autónoma bien “no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan”, bien “actuar de forma que atente gravemente al interés general de España”, el Gobierno podrá, previo requerimiento al Presidente de esa Comunidad Autónoma y en caso de ser desatendido, “adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general”. Para ello precisará contar con el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado. La valoración final, por tanto, de la concurrencia de alguno de los dos presupuestos habilitantes y de la pertinencia y proporcionalidad de las concretas medidas a adoptar para restaurar el orden constitucional, corresponde al Senado, a propuesta del Gobierno. Estamos, pues, ante una decisión de naturaleza política pero sujeta a los límites establecidos por la propia Constitución en ese artículo 155. Es por ello que el Acuerdo de la Cámara Alta, como a continuación detallamos, es revisable por el Tribunal Constitucional, garante último de la correcta aplicación de este mecanismo de control especial.

Los acontecimientos vividos en Cataluña que hemos señalado en el epígrafe anterior desencadenaron finalmente la aplicación de este artículo 155 por Acuerdo del Senado de 27 de octubre de 2017¹⁴¹¹. Esa decisión fue recurrida a través de dos recursos de inconstitucionalidad, uno interpuesto por diputados del Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En comú podem del Congreso y otro presentado por Parlamento de Cataluña.

¹⁴¹⁰ *Vid.*, por todos, Álvarez Álvarez, L., “La coerción estatal del artículo 155 CE en la estructura del Estado Autonomómico”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 38, 2016.

¹⁴¹¹ *Vid.* el texto completo del Acuerdo en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-12327>

Recursos que han dado lugar a las SSTC 89 y 90/2019, de 2 de julio, recogiendo la segunda de ellas esencialmente el contenido de la primera¹⁴¹². Ya tenemos, pues, una primera aplicación, jurisprudencia del Tribunal Constitucional y un notable número de publicaciones académicas que se han dedicado al análisis de esta figura¹⁴¹³.

Son muchos y muy relevantes los diferentes aspectos del régimen jurídico de este instrumento de control que tienen interés doctrinal: el carácter necesariamente temporal de su aplicación, las condiciones del requerimiento previo por el Presidente del Gobierno, en qué casos hay que entenderlo incumplido, la correlación entre lo requerido inicialmente y la decisión adoptado por el Senado, los aspectos procedimentales de este acto parlamentario, la proporcionalidad de las medidas acordadas, su fiscalización, etcétera. Lógicamente, referirnos –siquiera sucintamente- a cada uno de ellos excedería con mucho los límites de este trabajo, por lo que nos centraremos exclusivamente en aquellas dos cuestiones directamente relacionadas con el objeto de esta investigación: 1. Por qué es revisable por el Tribunal Constitucional esta decisión del Gobierno y del Senado. 2. Qué papel juega el incumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional relativas a los controles ordinarios de la actividad de la Comunidad Autónoma en la eventual activación del mecanismo excepcional previsto en este artículo 155 de la Constitución.

En relación con la primera de las cuestiones planteadas, el Tribunal Constitucional ha establecido en las sentencias antes referidas que el Acuerdo del Senado tiene “fuerza de ley” y es, por tanto, controlable vía recurso de inconstitucionalidad *ex* artículo 27.2.b) LOTC¹⁴¹⁴, extremo este no discutido por ninguno de los litigantes. Y ello en el entendido de que este tipo de Acuerdos permiten “la constricción de la autonomía, con mayor o menor alcance, y, por lo mismo, la inaplicación excepcional de normas estatutarias y legales y su desplazamiento temporal por las reglas mediante las que la Cámara, a propuesta del Gobierno, determine las concretas medidas a adoptar por el Ejecutivo y discipline el

¹⁴¹² Ambas avalan la aplicación hecha del artículo 155 CE por el Acuerdo del Senado de 27 de octubre de 2017, salvo el párrafo 2º del apartado E.3 del texto (medida de alcance menor relativa a la publicación en Boletines Oficiales por las autoridades de la Generalidad), cuya nulidad declaran.

¹⁴¹³ *Vid.*, García Roca, F.J., “*Il tempo moderato* de la intervención coercitiva del Estado (artículo 155 CE) en Cataluña: un comentario a las SSTC 89 y 90/2019, en particular, proporcionalidad y test de necesidad o razonabilidad de las medidas”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 44, 2019; Albertí Rovira, E., “Cuestiones constitucionales en torno a la aplicación del artículo 155 de la Constitución en el conflicto de Cataluña”, en *Revista d’estudis autonòmics i federals*, nº 27, 2018; Cavero Gómez, M., “La aplicación por el Senado del artículo 155 de la Constitución”, en *Revista de las Cortes Generales*, nº 103, 2018.

¹⁴¹⁴ Artículo 27.2. LOTC: “Son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad: [...] b) Las demás Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley”.

régimen jurídico de esta intervención”. Así, pues, en la medida en que la Constitución habilita a esta decisión parlamentaria para “modificar de tal modo la aplicación de las leyes, no es de dudar que tal decisión ostenta ese genérico rango o valor de ley”. Estamos, por tanto, como indicábamos al principio de este trabajo, ante un control especial no ejecutado propiamente por un órgano jurisdiccional ni por el Tribunal Constitucional, pero que es fiscalizable en su adecuación a los límites que la Constitución establece para su implementación por este último.

Por lo que hace al segundo de los interrogantes señalados, el Tribunal Constitucional no ha llegado a hacer explícito el hecho de que el incumplimiento manifiesto y reiterado de sus sentencias con las que resuelve los controles ordinarios puede y debe operar como *meta-supuesto habilitante* respecto de los dos presupuestos a los que se refiere el artículo 155 CE, como aquí se defiende, pero entendemos que sí se puede inferir de algunos párrafos de la STC 89/2017, de 2 de julio.

En ese pronunciamiento el Tribunal, una vez deja claro que “la autonomía constitucionalmente garantizada es compatible con los controles que sobre la actuación de las Comunidades Autónomas, siempre que tales controles se ajusten a la Constitución”, establece que el control previsto en el artículo 155 CE no tiene “naturaleza competencial”, sino que supone una legítima y temporal “injerencia en la autonomía de las Comunidades Autónomas” basada en la garantía constitucional del “principio de unidad territorial y de supremacía del interés de la Nación del artículo 2 de la Constitución”.

Seguidamente define los dos presupuestos habilitantes como “incumplimiento manifiesto y contumaz de las obligaciones constitucionales”, el primero, y como “incumplimientos constitucionales extremadamente cualificados”, el segundo. Presupuestos que no son incompatibles y pueden concurrir a la vez en la medida en que “el incumplimiento de concretos deberes constitucionales o legales puede deparar, en según qué casos, lo que también puede llegar a considerarse un grave atentado al interés general”.

En todo caso, el Tribunal reitera en varios pasajes de la sentencia que no cabe acudir a este tipo de control sino cuando “no existan otras vías a través de las cuales se asegure el cumplimiento de la Constitución o el cese del atentado al interés general”, insistiendo en que no procede recurrir al mismo “para reparar los efectos de cualesquiera contravenciones, materiales o competenciales, de la Constitución”, pues “este entendimiento sería del todo exorbitante, en la medida en que desplazaría el resto de previsiones relativas a los controles

ordinarios (art. 153 CE y concordantes)”. No obstante, el Tribunal puntualiza a continuación que ello no significa que “este procedimiento deba venir necesariamente precedido de otros, administrativos o jurisdiccionales, que hayan declarado una contravención en la que la Comunidad Autónoma persista de modo contumaz”. De manera que, en hipótesis, también cabría recurrir a esta vía ante “conculcaciones flagrantes del orden constitucional que, por su entidad, o por la actitud inequívoca de los órganos superiores de la propia Comunidad Autónoma, evidenciaran la insuficiencia de los medios ordinarios”.

Sin embargo, en nuestro criterio, habida cuenta del amplísimo elenco de controles ordinarios que el Estado puede utilizar para supervisar constitucionalidad y legalidad de la actividad de las Comunidades Autónomas, es extraordinariamente difícil imaginar una situación de flagrante vulneración del orden constitucional que no hubiera venido precedida –como en el caso de Cataluña– de actividades de menor gravedad respecto de las cuales se hubieran activado los mecanismos de control ordinario. Por tanto, lo lógico es que nos encontremos siempre ante la situación de que los medios ordinarios de control han resultado “insuficientes” o “ineficaces” para restaurar el orden constitucional vulnerado. ¿Y en qué casos podrían resultar insuficientes o ineficaces? Los controles ordinarios hubieran sido suficientes también para restaurar el orden constitucional en Cataluña si los poderes públicos de esa Comunidad Autónoma hubieran aceptado y aplicado las sentencias del Tribunal Constitucional o si el Estado hubiera dispuesto de mecanismos ejecutivos suficientes para obligar a su estricto cumplimiento. Por tanto, la causa última que nos puede llevar a la activación del artículo 155 CE es el incumplimiento manifiesto y reiterado de las sentencias del Tribunal Constitucional que traen causa de esos controles ordinarios, los cuales no sólo son de aplicación preferente en cualquier caso sino que debieran resultar siempre suficientes y eficaces en sus efectos. Podríamos hablar, pues, de un *meta-supuesto habilitante* o de una condición necesaria para poder apreciar la concurrencia de los dos presupuestos que expresamente recoge el precepto constitucional.

5. ¿Y ahora qué...? ¿No hay nada más allá del artículo 155 CE...? El artículo 116.3 y 4 CE en el horizonte.

Los resultados de las elecciones celebradas en Cataluña el 21 de diciembre de 2017, en aplicación de las medidas adoptadas por el Senado *ex* artículo 155 CE, no ofrecieron un equilibrio de fuerzas políticas muy diferente en el Parlamento de Cataluña, permitiendo al bloque secesionista seguir manteniendo una mínima pero suficiente mayoría parlamentaria¹⁴¹⁵.

La situación ha vuelto, por tanto, al punto de partida. El Parlamento autonómico sigue aprobando periódicamente Resoluciones de contenido similar a las ya aludidas anteriormente en este trabajo y el Gobierno estatal viene procediendo a su impugnación ante el Tribunal Constitucional a través de la vía del artículo 161.2 CE. Sirva como ejemplo de todas ellas la Resolución 221/XII, de 20 de diciembre de 2018, sobre los hechos del 6 y 7 de septiembre de 2017, de defensa de la democracia, del pluralismo y de la agenda social. En ella se reitera la “ruptura de la legitimidad democrática del Tribunal Constitucional a partir de la sentencia 31/2010”, se reafirma que “el pueblo de Cataluña es sujeto político soberano y, como tal, tiene derecho a la autodeterminación” y denuncia “la represión” a la que el Estado somete a la ciudadanía catalana por la aplicación del artículo 155 CE.

A este tipo de Resoluciones, ya habituales, se han unido otras, también recurridas ante el Tribunal Constitucional por el Gobierno, en las que se censura duramente la actuación del Jefe del Estado en su discurso del 3 de octubre de 2017 reafirmando “el compromiso con los valores republicanos y apuesta por la abolición de una institución caduca y antidemocrática como la monarquía” (Resolución 92/XII, de 11 de octubre de 2018, de priorización de la agenda social y la recuperación de la convivencia) o creando una comisión de investigación sobre la monarquía que tendría por objeto “investigar las actividades irregulares o delictivas de personas vinculadas a la Familia Real española, incluidas las destinadas a forzar el traslado del domicilio social de bancos, grandes empresas y multinacionales fuera del territorio de Cataluña”¹⁴¹⁶.

Además, hay dos nuevas variables que complican aún más el panorama conflictual:

El Tribunal Supremo ha condenado a varios miembros del anterior Gobierno catalán que proclamó unilateralmente la independencia a penas de prisión (ya se encontraban en prisión provisional) por los delitos de malversación de fondos públicos y sedición (en contra del

¹⁴¹⁵ Los resultados de las elecciones se pueden consultar en <http://gencat.cat/economia/resultats-parlament2017/09AU/DAU09999CM.htm?lang=es>

¹⁴¹⁶ *Vid.*, al respecto, la STC 98/2019, de 17 de julio.

criterio de la Fiscalía, que solicitaba delito de rebelión) por STS 459/2019, de 14 de octubre. Tras conocerse la sentencia se han sucedido los episodios de violencia callejera en varias ciudades de Cataluña, que han precisado la intervención de la policía autonómica y nacional. Se vive, en las calles y en el Parlamento, una situación de excepcionalidad constante.

Sin embargo, y esta es la segunda variable novedosa, el consenso de los grandes partidos políticos nacionales que acordaron la aplicación del artículo 155 CE en 2017 (Partido Popular, PSOE y Ciudadanos) parece roto. El PSOE accedió al Gobierno en junio de 2018 a través de una moción de censura apoyada, entre otros, por partidos independentistas. No tuvo apoyo suficiente para aprobar los presupuestos para 2019 y se vio obligado a convocar elecciones para el 28 de abril de 2019. Esa nueva legislatura fracasó al no ser posible la formación de Gobierno. Se celebraron nuevas elecciones el 10 de noviembre de 2019 y, al tiempo de cerrar la redacción de este trabajo, todavía no ha tenido lugar el proceso de investidura de ningún candidato, si bien el PSOE se encuentra en negociaciones con sus mismos socios de la moción de censura. Este panorama hace difícil pensar en una respuesta contundente por parte del Estado si, como parece, se vuelven a repetir los referéndums inconstitucionales o las declaraciones unilaterales de independencia.

No obstante, si así sucediera, desde una óptica estrictamente jurídica, cabría una nueva aplicación del artículo 155 CE más amplia en medidas y más dilatada en el tiempo. Pero, pese a lo mil veces afirmado por la doctrina y por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, este precepto 155 CE no es la *ultima ratio* de salvaguarda del sistema¹⁴¹⁷. Sí es el último mecanismo excepcional de control específico del modelo autonómico recogido en el Título VIII de la Constitución, pero hay en la Carta Magna española otros instrumentos de excepcionalidad de alcance general que podrían ser aplicados circunscribiéndolos a un territorio concreto si se dieran los supuestos que así lo habilitan. Me estoy refiriendo, lógicamente, a la declaración de los Estados de excepción y de sitio, previstos en el artículo 116 CE.

El primero de ellos, el Estado de excepción, puede declararlo el Gobierno, previa autorización del Congreso de los Diputados cuando “el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas,

¹⁴¹⁷ Vid., por todas, las STC 215/2014, de 18 de diciembre, que lo califica de “vía de último recurso” (F.J. 8º).

el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo” (artículo 13 Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio), para lo cual deberá determinarse el concreto ámbito territorial sobre el que se proyectará y el plazo de duración del mismo.

El segundo, el Estado de sitio, a declarar por la mayoría absoluta del Congreso, a propuesta exclusiva del Gobierno, podría proceder cuando “se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios”, debiendo igualmente concretarse en esa declaración el ámbito espacial y temporal del mismo.

En ambos casos, las medidas que se podrían adoptar son mucho más amplias e intensas que las propias del artículo 155 CE¹⁴¹⁸, llegan incluso a poder quedar suspendidos los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 17¹⁴¹⁹; 18 apartados 2 y 3; artículos 19, 20 apartados 1, a) y d), y 5; artículos 21, 28 apartado 2; y artículo 37 apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Es decir, la libre circulación, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, el derecho de reunión, el derecho de huelga, etcétera.

También en ambas situaciones estaríamos ante controles excepcionalísimos de activación política pero cuyo cumplimiento de los límites constitucionales y legales establecidos para su puesta en marcha y aplicación puede ser revisado por el Tribunal Constitucional, tal y como ha recordado reiteradamente su propia jurisprudencia¹⁴²⁰.

Evidentemente, no resulta en absoluto deseable, como no lo era la aplicación del artículo 155 CE, la posibilidad de tener que usar estos mecanismos de coacción excepcional, pero no deja de ser cierto –y los juristas no debemos negarlo- que hemos estado y podemos

¹⁴¹⁸Vid., por todos, Garrido López, C., “Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 110, 2017.

¹⁴¹⁹ Excepción hecha del apartado 3 del artículo 17 para el caso del Estado de excepción.

¹⁴²⁰ La propia STC 89/2019, de 2 de julio, relativa a la aplicación del artículo 155 CE, se refiere indirectamente a este extremo al afirmar, en relación con el Acuerdo del Senado de ejecución de ese precepto constitucional que “se trata, en definitiva, de un acto parlamentario susceptible de ser impugnado a través de un recurso como el presente [art. 27.2.b) LOTC]. Como ocurre con los actos, gubernamentales o parlamentarios, de declaración o autorización de unos u otros estados de emergencia o de su prórroga (art. 116 CE)”.

volver a estar en situaciones que integrarían perfectamente cualquiera de esos dos presupuestos de hecho para activar alguno de esos dos Estados de emergencia.

6. Corolario: el Tribunal Constitucional en permanente situación de excepcionalidad.

En definitiva, en España vamos camino de completar una década ya de permanente situación de excepcionalidad institucional. Y, muy particularmente, de excepcionalidad en la labor del Tribunal Constitucional. En aquellos países donde el Estado de Derecho funciona de manera ordinaria, la labor de los Tribunales Constitucionales habría de ser residual, secundaria, en absoluto protagonista. Los poderes públicos tienen la obligación de actuar dentro de los límites de la ley y de legislar siempre dentro del marco de la Constitución. Cabe incurrir en errores, por supuesto. Y para eso están la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional.

Pero que los poderes públicos cuestionen abiertamente los principios elementales del Estado de Derecho, que no acaten las sentencias de los tribunales y que se sitúen permanentemente en un marco de convivencia alternativo al vigente -instrumentalizando además a tales fines los recursos, los mecanismos y las garantías que el sistema constitucional les ofrece- es una situación tan lesiva y excepcional que no debe perdurar en el tiempo. Las instituciones españolas y, en especial, el Tribunal Constitucional pueden soportar y, de hecho, han soportado picos de excepcionalidad, verdaderos *tests de estrés* del sistema. Pero ningún sistema resiste una permanente situación de máxima tensión.

El Tribunal Constitucional es el garante último de todo el modelo, el supervisor final de la correcta implementación de todo tipo de control, ordinario o extraordinario. Y más allá de su labor como elemento de cierre del sistema sencillamente no hay nada. No hay Estado Constitucional. No hay Estado Democrático. No hay Estado de Derecho. No hay Estado Social. No hay Estado. El desgaste y la deslegitimación que unos y otros actores provocan en esta institución es el principio del fin de todo lo demás. El inicio de un camino sin retorno a la oscuridad.

Resumen: Desde el año 2010, los poderes públicos de Cataluña iniciaron un camino de

reivindicación de un presunto derecho de autodeterminación que les ha hecho adoptar decisiones unilaterales que han puesto en juego la vigencia misma del Estado de Derecho. El Tribunal Constitucional juega un papel crucial en el ejercicio de los controles estatales sobre la actividad ilícita de las Comunidades Autónomas, pero el desgaste de la institución durante la última década ha sido extraordinario. Quienes pretenden deslegitimar su labor y, con ella, el conjunto del sistema constitucional vigente lo han situado no ya como árbitro, sino como parte del conflicto entre poderes.

Abstract: In 2010, the Catalanian government authorities began a process of demanding their claimed right to self-determination that has led them to taking unilateral decisions that have compromised the effectiveness of the Rule of Law. The Constitutional Court plays a crucial role in performing state controls on the unlawful activity of the Autonomous Communities, but during the last decade the institution has been subject to extraordinary strain. Those seeking to delegitimize its work and, therefore, the entire present constitutional system, have placed it no longer as an arbitrator, but as part of the conflict between powers.

Palabras clave: Tribunal Constitucional-control-autodeterminación-secesión-Cataluña.

Key words: Constitutional Court, control, self determination, secession, Catalonia.

IL PRINCIPIO DI UNITÀ TRA CARTE E CORTI: UN CONFRONTO ITALO-SPAGNOLO*.

di Barbara Guastaferrò**

Sommario. 1. Il tipo di Stato codificato dalla Costituzione italiana e dalla Costituzione spagnola. – 2. Il principio di unità è indisponibile? – 3. Corti, referendum parziali e conflitti territoriali – 4. Considerazioni conclusive.

745

1. Il tipo di Stato codificato dalla Costituzione italiana e dalla Costituzione spagnola.

Le similitudini tra lo Stato regionale italiano e lo Stato autonomico spagnolo, e le reciproche influenze nella stesura delle rispettive carte costituzionali, sono state ampiamente scandagliate in dottrina¹⁴²¹. Il presente contributo, senza alcuna pretesa di esaustività, intende focalizzarsi sulle declinazioni del principio unitario in entrambi gli ordinamenti e sul ruolo del potere giurisdizionale nel garantire i delicati equilibri tra unità e pluralismo. Tali equilibri risultano alterati specialmente in momenti di crisi, il più delle volte scaturiti da rivendicazioni di maggiore autonomia, spinte sino alla richiesta di indipendenza, da parte delle autonomie territoriali, che mettono sotto pressione il ruolo *arbitrale* delle Corti costituzionali negli ordinamenti unitari composti.

* *Sottoposto a referaggio*. Il presente contributo rappresenta il testo di un intervento programmato al Convegno “La giustizia costituzionale in Italia e in Spagna: modelli a confronto e prospettive future”, svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Napoli “Federico II” il 30 settembre 2019.

** Professore associato di Diritto costituzionale – Università di Napoli “Federico II”.

¹⁴²¹ Per tutti, A. D’Atena, *Between Spain and Germany: the Historical Models of Italian Regionalism*, in S. Mangiameli (ed.) *Italian Regionalism: Between Unitary Traditions and Federal Processes*, Cham, Springer, 2014 e J. Loughlin, *Federalism, regionalism and local government: comparative perspectives on transforming the Nation-State*, in *European Political Science*, 7/2008, pp. 472-482.

Partendo dal dato positivo, la Costituzione italiana del 1948 e la Costituzione spagnola del 1978 hanno disposizioni molto simili¹⁴²² in tema di forma, o *tipo*, di Stato¹⁴²³. Il nostro articolo 1 prevede che «la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione», così come l'articolo 1, comma 2, della Costituzione spagnola prevede che «la sovranità nazionale risiede nel popolo spagnolo, da cui emanano poteri dello Stato». Entrambe le carte, dunque, si fondano sul dogma della sovranità unitaria (almeno relativamente alla questione della sua *titolarità*, che resta in capo al popolo), ma, allo stesso tempo, sono pronte a riconoscere una sovranità *diffusa*, relativamente al suo *esercizio*. Significative analogie sono riscontrabili anche tra l'articolo 5 della Costituzione italiana, secondo cui «la Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali» e l'articolo 2 della Costituzione spagnola, secondo cui «la Costituzione si basa sulla indissolubile unità della nazione spagnola, patria comune e indivisibile di tutti gli spagnoli, e riconosce e garantisce il diritto alla autonomia delle nazionalità e regioni che la compongono e la solidarietà fra tutte le medesime»¹⁴²⁴.

Già ad una prima lettura, dunque, emerge con chiarezza che il tipo di stato è di certo *unitario*, dal momento che le norme fondamentali sanciscono l'indivisibilità della *Repubblica* italiana e l'indissolubilità della *nazione* spagnola, ma è anche inequivocabilmente *composto*. L'ordinamento italiano, nel *riconoscere* le autonomie locali, ne ammette la *pre-esistenza* rispetto allo Stato-apparato, conferendo loro “un proprio diritto di essere”¹⁴²⁵, e nel *promuoverle* si impegna ad un'azione positiva a loro tutela¹⁴²⁶,

¹⁴²² Un interessante *invito* alla comparazione, partendo dalla stesura delle Carte Costituzionali, in E. Castorina e P. Policastro (a cura di), *Le Costituzioni. Un invito alla comparazione*, II Edizione, Torino, 2019. Sulle disposizioni costituzionali in tema di tipo di stato della Costituzione italiana e spagnola, mi sia concesso rinviare a B. Guastaferrò, L. Payero, *Devolution and Secession in Comparative Perspective*, in R. Schutze, S. Tierney (eds.), *The United Kingdom and the Federal Idea*, Oxford, 2018.

¹⁴²³ L'espressione «tipo di Stato» per indicare l'assetto istituzionale di un ordinamento dal punto di vista del maggiore o minore decentramento è riconducibile a G. Ambrosini, *Un tipo intermedio di Stato tra l'unitario e il federale, caratterizzato dall'autonomia regionale*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1933, p. 67 ss. Analoghe considerazioni in F. Lanchester, (voce) *Stato (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, vol. XLIII, 1990, pp. 796 – 814.

¹⁴²⁴ Tuttavia, come osservato da G. Ferraiuolo, *Costituzione, Federalismo, Secessione*, Napoli, 2016, p. 165, “il contenuto dell'art. 2 Cost. che pur rappresenta una traccia essenziale della tensione plurinazionale, discende da una imposizione militare che precludeva un dibattito con posizioni al suo interno molto articolate, spinte, in alcuni casi, fino al riconoscimento costituzionale del principio di autodeterminazione”. La formula relativa a indissolubilità e indivisibilità “è ritenuta frutto di quell'impostazione autoritaria”.

¹⁴²⁵ F. Benvenuti, *L'ordinamento repubblicano*, Padova, 1996, p. 684.

¹⁴²⁶ Come osservato in dottrina, il paradigma dell'autonomia *relazionale*, ha come “tratto distintivo [...] la *coordinazione* dei poteri territoriali periferici ad opera del centro, secondo una misura che varia sensibilmente nei *diversi tipi di Stato*, ma, soprattutto, nelle diverse fasi dello Stato nazione. Nello *Stato nazione liberale* [...] il momento della coordinazione si innesta dogmaticamente su una *derivazione originaria* dei poteri

qualificandosi così come Stato regionale. L'ordinamento spagnolo, sancendo in costituzione il *diritto all'autonomia* delle parti che lo compongono, e conferendo loro, attraverso il Titolo VIII, l'autonomia (anche finanziaria) per la gestione dei propri interessi, si qualifica come *Stato autonomico*¹⁴²⁷.

Almeno due differenze tra l'ordinamento italiano e quello spagnolo, sono, tuttavia, degne di nota. Da un lato, il diverso approccio nel garantire l'*esistenza* delle autonomie, che solo la Costituzione italiana *tipizza*, fornendo loro il carattere della rigidità. Il disegno dei Padri Costituenti della Repubblica in merito al riparto di competenze tra Stato e Regioni si contraddistingue per la sua forte impronta garantista. L'allocazione verticale dei poteri, difatti, fu direttamente ancorata al dettato costituzionale, trovando il proprio fondamento nel titolo V, parte II, della Costituzione, per quanto riguarda le Regioni a statuto ordinario e negli Statuti regionali speciali adottati nella forma di legge costituzionale, per quanto riguarda le Regioni a statuto speciale¹⁴²⁸. Al contrario, la Costituzione spagnola del 1978, pur promuovendo un ordinamento di tipo regionale, non individuava espressamente entità sub-statali regionali all'epoca inesistenti, pur riconoscendo agli enti territoriali preesistenti, le province, la facoltà di aggregarsi in Regioni (Comunidades Autonomas) nel caso sussistessero "caratteristiche storiche, culturali ed economiche comuni"¹⁴²⁹. A prescindere dalle differenze tra il modello di regionalismo spagnolo, improntato ad un processo di *auto-identificazione dal basso* ed il modello di regionalismo italiano, caratterizzato da un' "identificazione autoritativa delle Regioni mediante un atto di volontà del legislatore

territoriali locali da parte del potere territoriale centrale (autonomia relazionale discendente). Nello *Stato nazione democratico*, anche qui con rilevanti differenze, il momento della coordinazione si innesta dogmaticamente su un *riconoscimento* della preesistenza dei poteri territoriali locali rispetto al potere territoriale centrale che, talvolta, come nel caso della Carta italiana del 1948 (art. 5), si impegna anche a promuoverne lo sviluppo (*autonomia relazionale ascendente*)". Cfr. A. Cantaro, *I modelli: autonomia e autodeterminazione nelle vicende del costituzionalismo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2019, pp. 18-19.

¹⁴²⁷ Su tale modello, tra molti, J.L. García Guerrero, *Lo Stato autonomico. Evoluzione e qualche conclusione sulla prima riforma integrale di alcuni statuti*, in *Federalismi.it*, 24 settembre 2008.

¹⁴²⁸ L'espressione "impronta garantista" è attribuibile ad A. D'Atena, *Diritto regionale*, Torino, 2017, p. 58. Sebbene riferita al disegno dei costituenti in merito al titolo V, parte II, della Costituzione, essa è senz'altro visibile anche nell'inserimento del principio autonomistico tra i principi fondamentali dell'ordinamento. In chiave diacronica, dal momento costituente sino alle principali innovazioni della riforma del 2001, A. Lucarelli, *Percorsi del regionalismo italiano*, Milano, 2004. Si rinvia sul tema a C. Esposito, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'articolo 5 della Costituzione*, in ID, *La Costituzione. Saggi*, Padova, 1954; G. Berti, *Articolo 5*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975; R. Bifulco, *Articolo 5*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet giuridica, 2006 e, da ultimo, S. Staiano, *Costituzione italiana: Articolo 5. La Repubblica, una e indivisibile*, Carocci, 2017.

¹⁴²⁹ Cfr. l'articolo 143 della Costituzione spagnola.

costituente”¹⁴³⁰, quel che preme sottolineare è che la scelta di codificare nella Carta costituzionale tanto l'*esistenza* stessa delle Regioni, quanto le rispettive *attribuzioni*, tutela, potenzialmente, gli enti periferici. Difatti, i titoli di competenza regionale non sono soggetti alla mutevolezza della negoziazione in quanto contemplati da statuti d'autonomia concordati tra le Regioni e lo Stato, come nel modello spagnolo, ma sono direttamente previsti dalla Costituzione nell'articolo 117 e da essa ricavano, dunque, il carattere della rigidità.

La seconda, importante, differenza attiene al diverso peso che viene dato alle disposizioni di principio sovra-analizzate che, sebbene poste in epigrafe alla Costituzione e tese a connotare il *tipo* di Stato, sono soggette ad un diverso grado di protezione, come dimostra il paragrafo che segue.

2. Il principio di unità è indisponibile?

Nell'operare un raffronto tra le configurazioni del principio unitario nell'ordinamento italiano e in quello spagnolo è stato sostenuto che “l'affermazione del binomio inscalfibile unità-sovranià è pur sempre frutto di una costruzione interpretativa... fondata su parametri con un elevato grado di elasticità; in nessuno dei sistemi in questione si riscontra infatti una clausola di intangibilità espressa del principio unitario”¹⁴³¹. In realtà, sebbene in entrambi gli ordinamenti non vi sia una codificazione esplicita in merito all'intangibilità del principio unitario, l'ordinamento italiano e quello spagnolo sembrano discostarsi in merito al grado di protezione dello stesso.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, è noto che l'Assemblea Costituente diede seguito alla proposta di Perassi, secondo il quale l'art. 106 del progetto di titolo V (in gran parte riproduttivo dell'attuale art. 5 Cost.) che la Seconda Sottocommissione presentò all'Assemblea il 31 gennaio 1947, doveva essere collocato tra le disposizioni generali. Ciò in quanto l'articolo in questione concerneva “il modo d'essere della repubblica, per quanto riguarda la sua articolazione”¹⁴³², e meritava dunque di affiancare quegli articoli, tra cui

¹⁴³⁰ A. D'Atena, *Diritto regionale*, cit., p. 30.

¹⁴³¹ G. Ferraiuolo, *op. cit.*, p. 128.

¹⁴³² Seduta del 24 marzo 1947, in A.C., I, 597-8, citata in R. Bifulco, *op. cit.*, p. 136.

l'articolo 1, 2 e 3 della Costituzione, attraverso i quali “secondo un'espressione molto felice del Presidente della Commissione (Ruini) si vuole definire il volto della repubblica in tutti i suoi aspetti”¹⁴³³. Lo spostamento dell'articolo tra le disposizioni generali ebbe il merito di “caratterizzare la repubblica non solo quale democratica, ma anche quanto una e indivisibile”¹⁴³⁴. In virtù di tale collocazione, l'articolo 5 rientrerebbe in “quella particolare *species* di principi che è costituita dai ‘principi supremi’ dell'ordinamento costituzionale, il cui nucleo essenziale di valore rappresenta quella quota parte dell'ordinamento sottratta a qualsiasi tipo di incidenza ad opera di normazione persino di rango costituzionale. La loro supremazia – che non è gerarchica, bensì assiologica, in quanto riflesso immediato e diretto dell'«essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana» (sent. n. 1146 del 1988 della Corte costituzionale) – esprime il nucleo identificativo intangibile del nostro ordinamento, la cui immodificabilità e inderogabilità è posta a salvaguardia dell'ordinamento come un tutto, inteso cioè nella sua unità basilare”¹⁴³⁵. Che il principio di unità sia ascrivibile al nucleo fondamentale dei principi supremi dell'ordinamento, e sia dunque indisponibile al procedimento di revisione costituzionale, è stato poi recentemente ribadito, in modo fermo, dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 118/2015 sul possibile referendum sull'indipendenza del Veneto.

Guardando invece all'ordinamento spagnolo, la questione è più sfumata, in quanto, pur essendo la Costituzione rigida, le procedure aggravate previste per la revisione costituzionale non prevedono limiti di contenuto. In altri termini, pur essendo i limiti di procedimento molto stringenti, l'ordinamento contempla anche la cosiddetta *revisione totale*. Da un lato bisogna riconoscere che, rispetto al procedimento di revisione costituzionale previsto dall'articolo 167 Cost.¹⁴³⁶, alla *revisione totale* della Costituzione o

¹⁴³³ *Ibidem*, sempre nelle parole di Perassi.

¹⁴³⁴ L. Ronchetti, *L'autonomia e le sue esigenze*, Milano, 2018, p. 265, la quale si sofferma anche l'intento antisecessionista nel dibattito. Chiaramente la collocazione tra i principi fondamentali dell'art. 5 Cost. rende “indisponibile” anche il principio autonomistico, che, come nota R. Bifulco, *op. cit.*, p. 138, “proprio in ragione del collegamento con l'art. 1, si sottrarrebbe, secondo l'opinione della dottrina dominante, alla revisione costituzionale in quanto parte integrante della “forma repubblicana” di cui all'art. 139”.

¹⁴³⁵ P. Carnevale, *Unità della Repubblica ed unità del diritto oggettivo. Notazioni introduttive sulla Costituzione come fattore unitario nelle dinamiche della produzione normativa*, in *Federalismi.it*, 2015, 1. p. 5. Sul principio di unità, *amplius*, M. Belletti, *Il principio di unità ed indivisibilità della Repubblica e il principio autonomista*, in L. Mezzetti (a cura di), *Principi costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2011, 366 – 397.

¹⁴³⁶ Ai sensi dell'Articolo 167 della Costituzione spagnola, «I progetti di revisione costituzionale dovranno venire approvati a maggioranza dei tre quinti di ogni Camera. Ove non si raggiunga un'intesa fra queste, sarà tentata mediante la costituzione di una Commissione di conciliazione paritetica formata da deputati e senatori, che presenterà un testo da votarsi dal Congresso e dal Senato; Ove non si ottenga l'approvazione mediante il

anche a quella *parziale* riferita a disposizioni fondamentali (contenute nel titolo preliminare, nel Capitolo secondo, Sezione prima, del Titolo I o nel Titolo II) è dedicato un diverso articolo, l'art. 168, che rende ancor più difficoltoso emendare la Costituzione, attraverso persino uno scioglimento delle Cortes¹⁴³⁷. Dall'altro, non può non rilevare che, se si riuscissero a raggiungere i requisiti procedurali richiesti dalla Costituzione, un futuro *potere costituente* potrebbe esprimersi (e dunque modificare) anche le disposizioni costituzionali relative al tipo di Stato¹⁴³⁸. Ciò è stato confermato dalla sentenza del Tribunale Costituzionale spagnolo n. 103 del 2008, che dichiara incostituzionale la legge basca n. 9/2008 che indicava un referendum per fare dei paesi baschi una confederazione. Secondo la Corte, tale referendum "incide sul fondamento dell'ordine costituzionale vigente, nella misura in cui implica una riconsiderazione dell'identità e unità del soggetto sovrano o, quanto meno, della relazione tra Stato e Regioni che solo la volontà del soggetto sovrano può rivedere, e pertanto può essere oggetto di consultazione popolare tramite referendum di revisione costituzionale"¹⁴³⁹. Dunque, come osservato in dottrina, "non esistendo in Spagna, a differenza dell'Italia, limiti materiali alla riforma costituzionale, secondo quanto a suo tempo stabilito dalla sentenza 48/2003, in teoria [...] il Tribunale non pone sbarramenti alla richiesta di un referendum di secessione. Potrebbe, dunque, dirsi che la possibilità di secessione non è esclusa dall'ordinamento costituzionale spagnolo, ma è subordinata ad una revisione costituzionale che impedisce che sia una decisione unilaterale"¹⁴⁴⁰.

procedimento di cui al precedente comma, e sempre ove il testo abbia ottenuto il voto favorevole della maggioranza assoluta del Senato, il Congresso potrà approvare la revisione a maggioranza dei due terzi; La revisione approvata dalle Cortes Generali verrà sottoposta a referendum per ratifica quando lo richiedano, entro i quindici giorni dalla sua approvazione, un decimo dei membri di una delle due Camere».

¹⁴³⁷ Ai sensi dell'articolo 168 Cost., «Ove venga proposta la revisione totale della Costituzione o quella parziale riferita al titolo preliminare, al Capitolo secondo, Sezione prima, del Titolo I o al Titolo II, dovrà procedersi all'approvazione in via di principio con maggioranza dei due terzi di ogni Camera e quindi all'immediato scioglimento delle Cortes; Le Camere elette dovranno approvare quanto deciso e procedere allo studio del nuovo testo costituzionale, che dovrà venire approvato e a maggioranza dei due terzi di ogni Camera; La riforma approvata dalle Cortes Generali sarà sottoposta a referendum per ratifica»

¹⁴³⁸ Come rileva, tra molti, anche J. L. García Guerrero, *op. cit.*, p. 3.

¹⁴³⁹ Il testo italiano della sentenza è come citato in I. Ruggiu, *Referendum e secessione in Scozia e Catalogna: l'appello al popolo per l'indipendenza in Scozia e Catalogna*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2016, p. 90. Il testo integro in lingua originale è reperibile in http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6335#complete_resolucion&fundamentos

¹⁴⁴⁰ I. Ruggiu, *op. cit.*, p. 90, menzionando in dottrina anche J.M. Castekka Andreu, *The Proposal for Catalan Secession and the Crisis of the Spanish Autonomous State*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2/2015.

3. Corti, referendum e conflitto territoriale.

751

Dopo aver analizzato il quadro normativo di riferimento, è interessante comprendere quale è l'atteggiamento delle Corti rispetto alle rivendicazioni di maggiore autonomia o di indipendenza, spesso in distonia con l'unitarietà ordinamentale che entrambe le Costituzioni tutelano. Nonostante non sia possibile effettuare in questa sede un'accurata disamina della giurisprudenza costituzionale italiana rilevante, è chiaro che, nonostante l'impianto fortemente garantista del Costituente nei confronti delle autonomie territoriali, né la codificazione dell'ente Regione in Costituzione, né la cospicua attribuzione di titoli di competenza protetti dalla rigidità costituzionale, consentono di scalfire l'indisponibilità del principio di unità¹⁴⁴¹. È in virtù di tale principio che, in primo luogo, vengono qualificati come *extra ordinem* gli eventuali tentativi secessionisti che sembrerebbero intaccare l'indivisibilità, ancor prima che l'unità, della Repubblica¹⁴⁴². In secondo luogo, è in virtù del medesimo principio che la Corte ha a più riprese ridimensionato i tentativi di alcune Regioni di qualificarsi enti esponenziali di una possibile sovranità *parziale*, o di provare a *frazionare*, attraverso lo strumento dei referendum consultivi regionali, quel popolo che la nostra Costituzione vuole unitario specie nel momento della revisione costituzionale. Più volte, dunque, la Corte Costituzionale è stata messa di fronte al dilemma su se e “fino a che punto il percorso di progressivo decentramento territoriale possa incidere sull'individuazione della “sede” della sovranità”, lasciando individuare “popoli” regionali e, dunque, “frazioni di comunità sovrane all'interno dallo Stato”¹⁴⁴³.

¹⁴⁴¹ Rispetto all'opinione dominante in merito a tale indisponibilità è degna di nota la posizione parzialmente discordante di Franco Modugno, per cui, fermo restando un suo bilanciamento con fondamentali principi costituzionali tra cui quello di unità ed indivisibilità della Repubblica, con legge di revisione costituzionale e con un ampio coinvolgimento delle forze politiche il principio di autodeterminazione dei popoli potrebbe essere inserito in Costituzione a tutela di minoranze espressione di distinte identità (F. Modugno, *Unità e indivisibilità della Repubblica come principio*, in P. Bianchi e C. Latini (a cura di), *Costruire l'Italia. Dimensione storica e percorsi giuridici del principio di unità*, Napoli, 2013, p. 198 ss.).

¹⁴⁴² Sulla distinzione tra unità ed indivisibilità, tra gli altri, R. Bifulco, *op. cit.*, 140, per cui “dall'indivisibilità si ricava un limite determinato e tassativo o, se si vuole, una regola consistente nel divieto di dividere o smembrare la Repubblica in più Stati indipendenti ovvero in quello di secessione di parte del suo territorio; dal carattere dell'unità, invece, soprattutto in ragione del suo carattere elastico, è possibile ricavare un principio, dal quale gli sviluppi legislativi e giurisprudenziali hanno provveduto a ricavare poi tutta una serie di limiti puntuali alle autonomie territoriali”.

¹⁴⁴³ T.F. Giupponi, *Popolo, sovranità popolare e stato regionale. Esistono i “popoli regionali”?*, in A. Morrone (a cura di), *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, Padova, 2018, p. 40.

La posizione della Corte sia rispetto alle istanze indipendentiste sia alla pretesa di utilizzare lo strumento del referendum regionale per incidere su questioni di fondamentale rilevanza costituzionale (tra cui è sicuramente da annoverarsi quella sul tipo di Stato), è per certi versi sistematizzata nella sentenza n. 118 del 2015 scaturita dall'impugnativa governativa della legge della regione Veneto n. 15/2014 (Referendum Consultivo sull'autonomia del Veneto) e della legge n. 16/2014 (Indizione del referendum consultivo sull'indipendenza del Veneto). Nell'analizzare quest'ultima, che attraverso un referendum consultivo regionale chiedeva agli elettori se trasformare o meno il Veneto in una «Repubblica indipendente e sovrana», per poi demandare ai Presidenti di Giunta e Consiglio regionale il compito di «tutelare in ogni sede competente, nazionale ed internazionale, il diritto del Popolo Veneto all'autodeterminazione» (art. 3 della legge in questione), la Corte richiama una serie di punti fermi della propria giurisprudenza pregressa. In primo luogo, quanto al merito della questione, la richiesta di indipendenza «suggerisce sovvertimenti istituzionali radicalmente incompatibili con i fondamentali principi di unità e indivisibilità della Repubblica di cui all'art. 5 Cost.»¹⁴⁴⁴, stabilendo che «iniziative volte a interpellare gli elettori, sia pure a scopo meramente consultivo, su prospettive di secessione in vista della costituzione di un nuovo soggetto sovrano», sono da qualificarsi «extra ordinem»¹⁴⁴⁵. In secondo luogo, la Corte ribadisce la costante giurisprudenza per cui «pluralismo e autonomia non consentono alle Regioni di qualificarsi in termini di sovranità, né permettono che i loro organi di governo siano assimilati a quelli dotati di rappresentanza nazionale (sentenze 365/2007, n. 306 e 106 del 2002)»¹⁴⁴⁶. In terzo luogo la Corte ricorda che «i referendum regionali, inclusi quelli di natura consultiva, non possono coinvolgere scelte di livello costituzionale (sent. 365 del 2007, n. 496 del 2000, n. 470 del 1992)»¹⁴⁴⁷. Quest'ultimo argomento è utilizzato anche per dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'articolo 2, comma 1, numero 5, della legge 15 del 2014 per cui uno dei quesiti referendari doveva interrogare gli elettori sul se trasformare la Regione Veneto in una Regione a statuto speciale. Essendo il novero delle

¹⁴⁴⁴ Corte cost., sent. n. 118/2015 (par. 7.2. considerato in diritto).

¹⁴⁴⁵ *Ibidem*. Particolarmente critico nei confronti della «lesività costituzionale dei referendum consultivi», fondata, sia nel caso spagnolo che in quello italiano su una «non ammissibile considerazione frazionata del popolo, contrastante con i principi di unità e sovranità (art. 1 e 5 della Costituzione italiana e art. 1 e 2 della Costituzione spagnola)», G. Ferraiuolo, *op.cit.*, p. 58. Secondo l'autore, cui si rinvia per una rassegna della dottrina in materia, la possibilità, negata, di celebrare un referendum consultivo sull'indipendenza da parte di una minoranza territoriale, «preclude qualsiasi possibilità di contemperamento tra rigidità e democrazia, in quanto una domanda di una porzione del popolo è ritenuta non concepibile in termini democratici».

¹⁴⁴⁶ Corte cost., sent. 118/2015 (par. 7.2. considerato in diritto).

¹⁴⁴⁷ *Ivi*, par. 6 considerato in diritto.

Regioni a statuto speciale tassativamente enumerate nell'art. 116 Cost., «anche tale quesito incide [...] su scelte fondamentali di livello costituzionale che non possono formare oggetto di referendum regionali».¹⁴⁴⁸

Nonostante le pretese indipendentistiche della Catalogna non siano equiparabili ad analoghe istanze in Italia¹⁴⁴⁹, è interessante notare che l'impianto argomentativo del Tribunale costituzionale spagnolo in merito sia alla secessione, sia all'utilizzo dello strumento di un referendum *parziale*, sia alle pretese di sovranità delle autonomie territoriali è molto simile.

Come noto, la Corte costituzionale italiana, con la sentenza n. 365 del 2007 relativa alla legge n. 7 del 2006 della Regione Sardegna, istitutiva di una *Consulta* incaricata di redigere «un progetto organico di nuovo Statuto di autonomia e di sovranità del popolo sardo», precisa che utilizzare indistintamente «sia il concetto di autonomia sia quello di sovranità equivale a giustapporre due concezioni tra loro radicalmente differenziate sul piano storico e logico (tanto che potrebbe parlarsi di un vero e proprio ossimoro piuttosto che di un'endiadi) di cui la seconda è certamente estranea alla configurazione di fondo del regionalismo quale delineato dalla Costituzione e dagli Statuti speciali»¹⁴⁵⁰. La sentenza diventa l'occasione per la Corte di affermare che anche dopo la riforma del titolo V, che indubbiamente potenzia le funzioni di Regioni ed enti territoriali¹⁴⁵¹, «la sovranità interna dello Stato conserva intatta la propria struttura essenziale»¹⁴⁵², e che dunque l'autonomia di cui godono le Regioni non può certo essere confusa con la sovranità, che è attribuito soltanto dello Stato, ente originario, e non degli enti derivati. Analogamente, la notissima sentenza del Tribunale Costituzionale spagnolo n. 31/2010, che dichiara l'illegittimità parziale dello Statuto catalano del 2006, e che è stata interpretata come la decisiva rottura del patto costituente che ha condotto all'inasprirsi delle rivendicazioni indipendentiste della Catalogna, sottolinea, ricorrendo anch'essa ad un argomento testuale basato sulle disposizioni della Costituzione, che l'unica *Nacion* è quella spagnola e che solo quest'ultima può considerarsi “sovrana”, a differenza della *nacionalidad* che è, sì, dotata di

¹⁴⁴⁸ *Ivi*, par. 8.6 considerato in diritto.

¹⁴⁴⁹ Interessanti considerazioni sulla legge regionale e sulla strumentalizzazione e decontestualizzazione di concetti “mutuati” dalla vicenda catalana, tra cui il diritto di autodeterminazione ed il “diritto a decidere”, in G. Serges, *Autodeterminazione, diritto a decidere, indipendenza, sovranità (notazioni a margine della legge regionale del Veneto n. 16 del 2014)*, in *Federalismi.it*, n. 1/2015.

¹⁴⁵⁰ Corte cost. sent. n. 365/2007 (par. 7, considerato in diritto).

¹⁴⁵¹ Per un'analisi diacronica della riforma A. Lucarelli, *op. cit.*

¹⁴⁵² Corte cost. sent. n. 365/2007, (par. 6, considerato in diritto).

autonomia, ma non di sovranità¹⁴⁵³.

Simili precisazioni sono ravvisabili nella sentenza relativa alla Risoluzione 5/X “Dichiarazione di sovranità del diritto a decidere del popolo della Catalogna”¹⁴⁵⁴, approvata dal Parlamento della Catalogna il 23 gennaio 2013. In tale risoluzione, si dichiara che «il popolo della Catalogna, ha, in ragione della sua legittimità democratica, carattere di soggetto politico e giuridico sovrano» e si manifesta «la necessità che la Catalogna prosegua nel proprio cammino e che il popolo catalano possa decidere liberamente e democraticamente il proprio futuro collettivo» esercitando il proprio «diritto a decidere». In seguito a un’impugnativa governativa, il Tribunale costituzionale si pronuncia sulla risoluzione, che pure, come notato, non menziona mai il termine indipendenza né evoca un referendum secessionista¹⁴⁵⁵, con la sentenza n. 42 del 2014. La sentenza dichiara incostituzionale l’autodefinizione della Catalogna come «soggetto sovrano», rimarcando che, proprio in virtù dell’articolo 1, comma 2 e dell’articolo 2 della Costituzione sovra analizzati, l’unico popolo sovrano è quello spagnolo. Inoltre, con sentenza interpretativa di rigetto dichiara ammissibile l’esistenza di un «diritto a decidere» nella misura in cui lo si interpreti nel senso che la Catalogna stili una proposta che dovrà essere approvata dal Parlamento centrale. Dunque, analogamente alla Corte costituzionale italiana, il Tribunale *chiude* rispetto alle pretese di sovranità parziale, ma *apre* rispetto alla possibilità che sia solo il Parlamento nazionale, in sede di revisione, a modificare le *regole* relative alla consultazione referendaria¹⁴⁵⁶. Come noto, infatti, il Parlamento catalano “risulta sprovvisto di competenza ad indire un referendum e senza l’autorizzazione dello Stato. Tale ipotesi risulta inibita sia dall’art. 149.1 della Costituzione che dall’art. 2 della legge

¹⁴⁵³ Tra gli innumerevoli commenti alla sentenza cfr. L. Andretto, *La sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo sullo Statuto di Autonomia della Catalogna*, n. *Rivista AIC*, n. 1/2010 e F. Biagi, *Estatut de Catalunya e la crisi del Tribunal Constitucional*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2011.

¹⁴⁵⁴ Sul tema, *amplius*, L. Cappuccio, M. Corretja (ed.) *El derecho a decidir. Un dialogo italo-catalan*, Barcelona, IEA, 2014.

¹⁴⁵⁵ I. Ruggiu, *op. cit.*, p. 89. È noto tuttavia che, in seguito alla Dichiarazione, il 12 dicembre 2013, in conferenza stampa il Presidente della Comunità autonoma Artur Mas annuncia il testo del quesito referendario che darà forma al diritto a decidere del popolo catalano (chiedendo *in primis* se si vuole che la Catalogna sia uno Stato e in seconda battuta se si vuole che la Catalogna sia uno Stato indipendente) e fissa lo svolgimento il 9 novembre 2014.

¹⁴⁵⁶ Analoghe considerazioni anche nella sentenza del Tribunale Costituzionale spagnolo n. 114 del 17.10.2017 sulla illegittimità della legge 19/2017 sull’autodeterminazione, che autorizza il secondo referendum in Catalogna dell’ottobre 2017. Sulla sentenza, T. Cerruti, *Istanze autonomiste e secessioniste nelle pronunce dei giudici costituzionali*, in *federalismi.it*, n. 7/2018, che offre una panoramica sul ruolo del potere giurisdizionale rispetto alle istanze autonomiste e secessioniste in diversi ordinamenti, tra cui Canada, Stati Uniti, Germania, Ucraina e Spagna.

organica n. 2 del 18 gennaio 1980 che recita che l'autorizzazione alla indizione di consultazioni popolari per il tramite del referendum in qualsiasi delle sue modalità è competenza esclusiva dello Stato"¹⁴⁵⁷.

4. Considerazioni conclusive.

Una prima considerazione che emerge da questo breve contributo riguarda il ruolo del potere giurisdizionale. In tempi recenti, rispetto a crescenti rivendicazioni delle autonomie territoriali, sia la Corte costituzionale italiana che quella spagnola sono chiamate ad agire come *guardiani* del principio unitario¹⁴⁵⁸ e custodi della tenuta del tipo di Stato voluto dal costituente. Solo il Tribunale costituzionale spagnolo, tuttavia, vive una vera e propria crisi di legittimazione.¹⁴⁵⁹ In Italia, a prescindere dalla difesa del principio di unità rispetto alle pretese, *eccezionali*, di indipendenza della Regione Veneto, la Corte ha tutelato il principio unitario anche nella sua attività *ordinaria*, sottolineando la lesività costituzionale sia dei più svariati tentativi di frammentazione della sovranità, sia di quei referendum consultivi regionali volti ad individuare presunti *popoli* parziali nel momento della revisione costituzionale, le cui regole procedimentali ed organizzative vengono saldamente ancorate dalla Corte al concetto di unità e indivisibilità della Repubblica e alla *compatezza* della rappresentanza nazionale per come espressa nel solo Parlamento. Tale ferma difesa del principio unitario non è stata osteggiata in modo significativo, se la si confronta con le reazioni abbastanza critiche nei confronti della giurisprudenza costituzionale spagnola, accusata di *rottura* del patto costituente per la scarsa considerazione della vocazione independentista della Catalogna. Tale differenza potrebbe essere spiegata alla luce della diversa qualificazione giuridica, sovra analizzata, del principio di unità. Quest'ultimo, come abbiamo visto, è indisponibile e sottratto alla revisione soltanto nell'ordinamento italiano e non in quello spagnolo, che conosce, invece, la possibilità di *revisione totale* e dunque non qualifica la secessione, se negoziata con (e approvata dal) Parlamento nazionale, come *extra ordinem*.

¹⁴⁵⁷ I. Ruggiu, *op. cit.*, p. 90.

¹⁴⁵⁸ Laddove potrebbero risiedere anche altrove le garanzie dell'unità negli Stati unitari composti. Cfr. sul tema G. Marchetti, *Le garanzie dell'unità negli Stati unitari composti*, in *Federalismi.it*, n. 12/2018.

¹⁴⁵⁹ G. Ferraiuolo, *op. cit.*

Una seconda considerazione, riguarda il fatto che la pressione sulle Corti, portate a far sentire la propria voce sulle tensioni territoriali nei rispettivi ordinamenti, è tanto più intensa quanto più fallisce il meccanismo cooperativo di natura politica.¹⁴⁶⁰ Il caso emblematico, pur non oggetto del presente contributo, è quello del Regno Unito, in cui la lungimiranza della classe politica britannica nel concedere il referendum sull'indipendenza della Scozia, che si pone in distonia con l'irrigidimento del governo spagnolo rispetto alla questione catalana, ha assicurato un regolare svolgimento del referendum¹⁴⁶¹ ed ha allo stesso tempo tenuto fuori le Corti dalle rivendicazioni di maggiore autonomia che hanno trovato un proprio sfogo nella contrattazione politica¹⁴⁶². Come noto, entrambi gli assetti ordinamentali vietavano la possibilità di una consultazione referendaria *parziale* (e non del popolo nella sua interezza) in merito all'indipendenza, in quanto lo Schedule 5 dello Scotland Act 2016 riserva alla competenza esclusiva statale la materia «*union of the Kingdoms*» così come l'articolo 149.1.32 della Costituzione spagnola riserva alla competenza esclusiva statale l'autorizzazione alla convocazione di consulte popolari per mezzo di referendum. È solo in Spagna, tuttavia, che si è assistito ad una vera e propria giurisdizionalizzazione del conflitto¹⁴⁶³.

¹⁴⁶⁰ Sul tema, mi sia concesso rinviare a B. Guastaferrò, *Sovranità Autonomia Rappresentanza. L'evoluzione della forma di Stato in Italia e Regno Unito*, Padova, CEDAM, 2020.

¹⁴⁶¹ È noto, invece, che le rivendicazioni indipendentistiche catalane sono sfociate sino all'applicazione del rimedio eccezionale previsto dalla Costituzione spagnola di cui all'articolo 155, secondo cui "ove la Comunità autonoma non ottemperi agli obblighi imposti dalla Costituzione o dalle altre leggi, o agisca in modo da attentare gravemente agli interessi generali della Spagna, il Governo...potrà prendere le misure necessarie per obbligarla all'adempimento forzato di tali obblighi o per la protezione di detti interessi". Sulla tortuosa vicenda dell'applicazione dell'art. 155 cfr., tra molti, L. Ferraro, *Un nuovo governo autonomo e la fine della coercizione statale in Cataluña: un consuntivo sull'articolo 155 della Costituzione spagnola*, in *Federalismi.it*, n. 17/2018 e G. Poggeschi, *La Catalogna: fra voglia di secessione e sospensione dell'autonomia*, in *Federalismi.it*, n. 7/2018.

¹⁴⁶² Molti osservatori hanno analizzato i due referendum in prospettiva comparata giungendo a tali conclusioni, tra cui, tra molti, S. Tierney, *Direct democracy in the United Kingdom: reflections from the Scottish independence referendum*, in *Public Law*, 2015, p. 633 ss., G. Caravale, *Il referendum del 18 settembre 2014: Scotland chooses the best of both words*, in *Federalismi.it*, n. 18/2014; G. Martinico, *Considerazioni comparatistiche sul referendum alla luce del caso britannico*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2017. Si vedano anche i diversi contributi contenuti in C. Martinelli (a cura di), *La Scozia nella Costituzione britannica*, Torino, 2016.

¹⁴⁶³ A dimostrazione di quanto la giurisdizionalizzazione del conflitto sia sostitutiva ai meccanismi cooperativi di natura politica è interessante notare che, non a caso, anche nel Regno Unito, il recente dissidio tra il Parlamento di Westminster e il Parlamento di Holyrood nella gestione del recesso, che non si è riusciti a sanare attraverso il consolidato raccordo tra le due assemblee legislative rappresentato dalla *Sewel Convention*, ha portato alla prima impugnativa governativa di una proposta legislativa del Parlamento scozzese in venti anni di *devolution*, come nota B. Guastaferrò, *Parlamenti, Corti e struttura territoriale dello Stato. Il Regno Unito tra Brexit e devolution*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo online*, n. 4/2019.

Abstract: Il presente contributo analizza le declinazioni del principio di unità nell'ordinamento italiano e in quello spagnolo, sottolineando le similitudini tra le rilevanti disposizioni della Costituzione italiana del 1948 e quella spagnola del 1978. Tuttavia, l'articolo si sofferma sulla diversa scelta ordinamentale rispetto alla natura "indisponibile" del principio di unità, considerato un limite implicito alla revisione costituzionale soltanto in Italia e non in Spagna, dove la secessione sarebbe un'ipotesi possibile, salvo il rispetto delle farraginose procedure aggravate contemplate dal procedimento di "revisione totale". Le conclusioni provano a ragionare su come tale diversa scelta ordinamentale abbia inciso sul ruolo (e sulla legittimazione) delle Corti costituzionali nella gestione dei conflitti territoriali scaturiti dalle rivendicazioni indipendentiste di Veneto e Catalogna.

Abstract: The article analyzes the unitarian principle in the Italian and in the Spanish legal orders. It emphasizes the similarities between the drafting of the relevant provisions of the 1948 Italian Constitution and of the 1978 Spanish Constitution, while pointing out the differences between the legal nature of the Unitarian principle, which is unamendable in Italy but not in Spain. It is argued that this difference might account for the diverse attitude and legitimacy of the Constitutional Courts in managing territorial conflict and responding to the independence requests of Veneto and Catalonia.

Parole chiave: Principio di unità – principio autonomistico – indipendenza Veneto Catalogna – Corti costituzionali e conflitto territoriale – referendum regionali.

Key words: Unitarian principle – autonomy – independence of Veneto and Catalonia – Constitutional Courts and territorial conflicts – regional referendums.

IL CONTROLLO DEL TRIBUNALE COSTITUZIONALE SPAGNOLO DEI PRESUPPOSTI ABILITANTI PER L'APERTURA DEI PROCEDIMENTI LEGISLATIVI ECCEZIONALI*.

di M^a Pilar García Rocha**

Sommario. PARTE I. Approccio. – 1. Il tradizionale lassismo della Corte Costituzionale quanto al controllo della straordinaria e urgente necessità del decreto-legge: un problema comune a molti ordinamenti giuridici e molto studiato dalla dottrina. – 2. La quasi totale assenza di controllo dei presupposti abilitanti del procedimento legislativo in lettura unica: un problema del sistema spagnolo dimenticato dalla dottrina. PARTE II. Il procedimento legislativo in Spagna. – 1. Concetto, caratteristiche e conseguenze per il *ius in officium*. – 2. La rilevanza delle decisioni legislative adottate attraverso questo canale. – 3. Una prassi parlamentare praticamente illimitata: l'Assemblea dispone di fatto di assoluta libertà. Il procedimento legislativo in Spagna. – PARTE III. Una tesi procedurale: i limiti costituzionali dei presupposti abilitanti del procedimento legislativo in lettura unica. – 1. La natura dell'iniziativa legislativa: dei contorni parziali stabiliti per esclusione. – 2. La semplicità della sua formulazione: la tesi dell'*osservatore ragionevole*. – 3. La giurisprudenza più recente: l'onnipotenza dell'Assemblea parlamentare Il ruolo della Corte costituzionale. – PARTE IV. Una tesi personale: i limiti costituzionali dei presupposti abilitanti del procedimento legislativo in lettura unica. – PARTE V: Riferimenti bibliografici.

758

PARTE I. Approccio.

1. Il tradizionale lassismo della Corte Costituzionale quanto al controllo della straordinaria e urgente necessità del decreto-legge: un problema comune a molti ordinamenti giuridici e molto studiato dalla dottrina.

Se analizziamo in che modo si è pronunciata la Corte Costituzionale Spagnola sul controllo dei presupposti abilitanti di natura politica, è doveroso sottolineare un problema presente sia nell'ordinamento giuridico italiano che spagnolo e che da anni è stato oggetto di

* *Sottoposto a referaggio*. Questo lavoro è stato realizzato nell'ambito del Progetto Reforma Constitucional: dimensión institucional y territorial (20639/JLI/18) finanziato dalla Fondazione Séneca-Agencia de Ciencia y Tecnología della Regione di Murcia mediante il bando di gara Jóvenes Líderes en Investigación del sottoprogramma Apoyo y Liderazgo Científico y la Transición a la Investigación Independiente (Facente parte del Programma Fomento de la Investigación Científica y Técnica 2018). Il presente contributo rappresenta il testo di un intervento programmato al Convegno "La giustizia costituzionale in Italia e in Spagna: modelli a confronto e prospettive future", svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II" il 30 settembre 2019.

** Professoressa di Diritto costituzionale – Università di Murcia.

numerose analisi e denunce da parte della dottrina¹⁴⁶⁴. Ci riferiamo al lassismo dimostrato tradizionalmente dalla Corte Costituzionale spagnola e italiana quanto al controllo dell'effettiva sussistenza della straordinaria ed urgente necessità come presupposto che consente al governo di emettere decreti-legge, giacché non è stata delimitata a sufficienza la circostanza che permette al potere esecutivo di elaborare questa norma avente forza di legge¹⁴⁶⁵.

Per questo motivo, la migliore dottrina spagnola, valga per tutte a tal proposito l'opera di GONZÁLEZ GARCÍA, ha evidenziato che nell'esposizione dei motivi dei decreti-legge, il legislatore allude alla sussistenza della straordinaria e urgente necessità senza però precisare in che cosa consista detta circostanza¹⁴⁶⁶. Lo stesso vale per l'Italia paese in cui, a questo proposito, SILVESTRI¹⁴⁶⁷, RESCIGNO¹⁴⁶⁸ o CELOTTO¹⁴⁶⁹ hanno qualificato detta prassi come una consuetudine scandalosa e cancerosa, una vera e propria truffa alla costituzione.

Questo uso abusivo e fraudolento del decreto-legge deve obbligare le nostre Corti Costituzionali a definire e delimitare questa circostanza, di cui i nostri ordinamenti giuridici esigono la sussistenza, per l'elaborazione dei decreti-legge¹⁴⁷⁰. Nel 2019 il numero di decreti-legge ha rappresentato più del venti per cento della produzione legislativa in Italia e in Spagna e nonostante la tredicesima Legislatura non si sia consolidata (dal mese di marzo 2019 fino al 7 gennaio 2020, la Spagna sia governata da un governo ad interim), il numero di decreti-legge emessi finora è pari al triplo delle leggi approvate durante l'anno in corso.

¹⁴⁶⁴ Vedi, F. Santaolla López, *La reforma de los Decretos-Leyes en Italia y sus posibles lecciones en España*, en *Revista de Derecho Político*, 98, 2017, pp. 13-43.

¹⁴⁶⁵ A. Celotto, *El "abuso" del Decreto Ley*, Padova, Cedam, 1997, p. 101 ss.; A. Morelli, *Notazioni sulle novità della riforma costituzionale riguardo alla decretazione d'urgenza e al rinvio presidenziale delle leggi di conversione*, in *federalismi.it*, *Rivista di Diritto Pubblico italiano, comparato, europeo*, 1° giugno 2016; E. Rossi, *Studi pisani sul Parlamento*, Pisa University Press, Pisa, 2014.

¹⁴⁶⁶ I. González García, *La trascendencia constitucional del deficiente control del decreto ley autonómico*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 111, 2017; e M. Aragón Reyes, *Uso y abuso del Decreto ley. Una propuesta de reforma constitucional*, Iustel, Madrid, 2016.

¹⁴⁶⁷ Vedi G. Silvestri, *Algunos perfiles problemáticos del actual debate sobre los decretos leyes*, en *Política de derecho*, 1996, p. 422 ss.

¹⁴⁶⁸ Vedi G. Rescigno, *Las técnicas legislativas de hoy en Italia*, en *Análisis de leyes-campione: problemi di tecnica legislativa*, G. Visintini et al. (Dtores.), Cedam, Padova, 1995, p. 763 ss.

¹⁴⁶⁹ Vedi, A. Celotto, *El "abuso" del Decreto Ley*, op. cit., p. 101 ss.

¹⁴⁷⁰ Vedi, A. Lucarelli, *La violazione del procedimento legislativo costituzionale è una violazione grave e manifesta?*, in *federalismi.it*, *Rivista di Diritto Pubblico italiano, comparato, europeo*, 20 de febrero de 2019; e F. Santaolla López, *Por un nuevo procedimiento legislativo*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 66-73.

Le cifre che analizziamo sono indubbiamente preoccupanti ma ciò che fa scattare il campanello d'allarme è l'osservare come questa prassi irregolare non solo non diminuisca ma, col passare del tempo, aumenti esponenzialmente ad ogni nuova Legislatura¹⁴⁷¹. In modo tale che il decreto-legge è diventato fonte abituale di produzione di diritto nonostante avrebbe dovuto essere una fonte di diritto a cui il governo avrebbe dovuto ricorrere in via eccezionale¹⁴⁷².

Sebbene sia inquietante l'elevato numero di norme elaborate attraverso questo iter d'eccezione senza che esistano sufficienti e giustificati motivi,¹⁴⁷³ è certamente preoccupante per la dottrina assistere al progressivo deterioramento del procedimento legislativo¹⁴⁷⁴. Come hanno sottolineato, tra gli altri, il CELOTTO¹⁴⁷⁵ in Italia e il GONZÁLEZ GARCÍA¹⁴⁷⁶ in Spagna, assistiamo a un "rilassamento dei costumi" che ha dato luogo a una prassi legislativa inadeguata, disordinata, tortuosa e confusa¹⁴⁷⁷.

2. La quasi totale assenza di controllo sui presupposti abilitanti del procedimento legislativo in lettura unica: un problema del sistema spagnolo dimenticato dalla dottrina.

In Spagna, oltre al problema descritto si è venuta a creare una situazione analoga per quanto riguarda il controllo che esercita la Corte Costituzionale sui presupposti abilitanti del procedimento legislativo abbreviato in lettura unica. Tuttavia, a differenza di quanto avviene con il decreto-legge, questo procedimento e i problemi derivanti dalla sua cattiva prassi non sono stati né studiati, né monitorati dalla dottrina spagnola.

¹⁴⁷¹ Vedi R. Dickmann, *Osservazioni sulla nuova organizzazione del processo legislativo dopo la riforma costituzionale*, in *federalismi.it Rivista di Diritto Pubblico Italiano, comparato, europeo*, 24 febbraio 2016; e P. García-Escudero Márquez, *El procedimiento legislativo ordinario en las Cortes Generales: regulación, fases y tipos*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 16, 2005.

¹⁴⁷² Vedi C. Amirante, *Diritto Pubblico*, Giappichelli, Torino, 2012; M. Sandulli, (voce) *Legge*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. IX, 1963; G. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, Zanichelli, Bologna, 1990, C. Esposito, (voz) *Decreto-legge*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, vol. XI, 832.

¹⁴⁷³ Vedi, F. Santaolla López, *Derecho parlamentario español*, Dykinson, Madrid, 2015, 400 ss.

¹⁴⁷⁴ Vedi, Aa.Vv., *Técnica normativa 2016-2017. Memento práctico*. I. Astarloa Huarte-Mendico, (Dtor.), Lefebvre, Madrid, 2016.

¹⁴⁷⁵ Vedi A. Celotto., *El "abuso" del Decreto Ley*, *op. cit.*, p. 24 ss.

¹⁴⁷⁶ Vedi I. González García, *La trascendencia constitucional del deficiente*, *op. cit.*, p. 101 ss.

¹⁴⁷⁷ Vedi A. Celotto, *Parlamento y poderes legislativos del gobierno en Italia: el abuso del decreto de Urgencia (Decreto Ley)*. *Derecho: PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 55, 2002, p. 75 ss.

È probabile che siano passati inosservati giacché è lo stesso Parlamento, non il governo, l'organo incaricato di prendere la decisione di avviare un'iniziativa legislativa attraverso questa via straordinaria¹⁴⁷⁸, tuttavia, non per questo, dobbiamo sminuire le conseguenze che derivano dall'elaborazione di una norma attraverso un procedimento legislativo difettoso.

PARTE II. Il procedimento legislativo in Spagna.

1. Concetto, caratteristiche e conseguenze per il *ius in officium dei parlamentari*.

Il procedimento abbreviato in lettura unica non è previsto da tutti gli ordinamenti giuridici del nostro contesto costituzionale. In Italia, ad esempio, non è previsto questo iter legislativo attraverso il quale, nel caso delle iniziative che hanno una natura che lo richieda o una semplicità di formulazione che lo consenta, l'Ufficio della Presidenza, audito il comitato dei rappresentanti, proporrà all'Assemblea parlamentare di decidere se detta iniziativa possa essere dibattuta e approvata direttamente dall'Assemblea prescindendo dello studio da parte della corrispondente Commissione¹⁴⁷⁹.

Tuttavia la soppressione di una fase nel procedimento di elaborazione di una norma -in questo caso del suo studio da parte della Commissione-, deve rispondere sempre a un interesse legittimo che deve essere compatibile con la garanzia dei diritti dei parlamentari e se la decisione di optare per questa via procedurale abbreviata viene adottata senza che

¹⁴⁷⁸ La Costituzione Spagnola vigente sceglie di stabilire un procedimento legislativo ordinario con l'intervento delle Commissioni Legislative corrispondenti, prevede l'esistenza di leggi esaminate secondo una procedura urgente -mediante la riduzione dei termini (art. 90.3 CE78) -, e di leggi approvate direttamente in seno alla Commissione (art. 75.2 CE78).

¹⁴⁷⁹ Articolo 150 del Regolamento della Camera dei Deputati spagnola e articolo 129 del Regolamento del Senato spagnolo presentano -espresse con parole identiche- due fattispecie abilitanti: che la "natura del disegno o proposta di legge presa in considerazione renda consigliabile", o che la "semplicità della sua formulazione consenta" di mettere da parte il procedimento legislativo ordinario e ricorrere all'iter a lettura unica. Questi articoli configurano i presupposti che abilitano tale procedimento abbreviato in modo particolarmente aperto (infatti, riconoscono un amplissimo margine di discrezionalità agli organi delle Camere per decidere sulla pertinenza di tale via procedurale), è anche vero che detti presupposti abilitanti, come tutti i concetti giuridici indeterminati, sono comunque soggetti a delimitazioni, benché esse non siano stabilite espressamente dalla norma. Di qui la rilevanza del ruolo della giurisprudenza e della dottrina che, reiteriamo, devono sempre tenere presente il carattere chiaramente eccezionale di tale strumento e, pertanto, l'interpretazione necessariamente restrittiva del suo ambito e della sua portata.

sussistano i presupposti stabiliti per il suo avvio, si starebbe violando il *ius in officium* dei parlamentari giacché non si starebbe avviando detta iniziativa attraverso il procedimento legislativo adeguato¹⁴⁸⁰. Non solo, potrebbe essere violato anche il diritto fondamentale del parlamentare, di cui all'articolo 23 della Costituzione Spagnola, relativo al suo diritto di presentare emendamenti, sia perché il legislatore con la scusa della semplicità di formulazione dell'iniziativa in questione impedirebbe la presentazione di emendamenti all'articolato, sia perché non verrebbero accolti, in modo del tutto irregolare, eventuali emendamenti presentati.

Pertanto, sia nel caso del decreto-legge, sia in quello del procedimento legislativo in lettura unica, ci troviamo di fronte a iter di approvazione che, nonostante debbano essere eccezionali, si adottano troppo spesso senza che il legislatore giustifichi sufficientemente la sussistenza delle circostanze che ne rendono possibile l'avvio e, al contempo, le nostre Corti Costituzionali non esercitano la loro attività di controllo circoscrivendo queste categorie giuridiche indeterminate, fatto che dà luogo al deterioramento del sistema da noi adottato.

Il procedimento legislativo si deve articolare in modo tale da garantire la corretta formazione della volontà politica dei cittadini attraverso i loro rappresentanti. Quindi, quando la Corte Costituzionale controlla la sua regolazione e applicazione, deve sempre tenere presente l'eccezionalità di queste figure e tenere conto dell'interpretazione necessariamente restrittiva del loro contenuto e della loro portata.

2. La rilevanza delle decisioni legislative adottate mediante questa via.

Tuttavia, non è importante soltanto mettere in evidenza l'elevato volume di iniziative che sono state adottate mediante lettura unica in Spagna nonostante l'assenza di motivi che ne giustificassero l'uso, ma è necessario sottolineare anche che la tematica in esse abordata era di cruciale importanza per la politica del paese.

Effettivamente, la prassi difettosa e abusiva propria di questo procedimento in Spagna si

¹⁴⁸⁰ Vedi M. Araujo Díaz De Terán, *Comentario al artículo 150*, en M.R. Ripollés Serrano (Coord.), *Comentarios al Reglamento del Congreso de los Diputados*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2012; e J. Ridao Martín, *La tramitación directa de las leyes: el procedimiento de lectura única a revisión*, en *Revista General de Derecho Constitucional*, 28, 2018.

sta proiettando su questioni tutt'altro che irrilevanti giacché molte leggi organiche di estrema trascendenza¹⁴⁸¹, come quelle che disciplinano la Corte Costituzionale, il Codice Penale o le due riforme costituzionali attuate in Spagna fino ad oggi sono state elaborate attraverso il procedimento legislativo in lettura unica¹⁴⁸². La sua trascendenza nel nostro sistema istituzionale è, dunque, incontestabile.

3. Una prassi parlamentare praticamente illimitata: l'Assemblea dispone di fatto di assoluta libertà.

La prassi parlamentare esaminata dimostra che ogniqualvolta il Parlamento adduce l'esistenza di un consenso maggioritario dei Gruppi Parlamentari in merito al procedimento in lettura unica per una determinata iniziativa, indipendentemente dalla natura e/o dalla semplicità della sua formulazione, detta iniziativa verrà esperita con procedimento in lettura unica¹⁴⁸³.

Se l'Ufficio della Presidenza, in base alle competenze che l'ordinamento giuridico spagnolo gli conferisce¹⁴⁸⁴, verificasse la sussistenza di tali circostanze nell'iniziativa in questione, potrebbe, qualora così fosse, proporre all'Assemblea di decidere se optare o meno per questo procedimento abbreviato. In questo modo ciascuno degli organi parlamentari assolverebbe i compiti che gli sono stati affidati e si potrebbe porre fine a questa cattiva prassi.

¹⁴⁸¹ Vedi, M.R. Ripollés Serrano, *El sistema parlamentario español*, en *Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la Constitución Española*, M. Álvarez Torres (Coord), Comares, Granada, 2017; B. Aléaz Corral, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018; e M. García Escudero-Marquez, *El procedimiento agravado de reforma de la Constitución de 1978*, CEPC, Madrid, 2007.

¹⁴⁸² Vedi riforma dell'articolo 135 della Costituzione del 1978 (Boletín Oficial del Estado, núm. 233, 27/09/2011); Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho. (BOE, núm. 249, 17/10/2015); o Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, modifica Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE, núm. 77, de 31/03/2015).

¹⁴⁸³ Vedi, SSTC 206/1992, 21 novembre; 190/2009, 28 settembre; 57/2011, 25 maggio e 76/2017, 19 giugno; STC 139/2017, 29 novembre.

¹⁴⁸⁴ Art. 31 del Regolamento della Camera dei Deputati spagnola e articolo 36 del Regolamento del Senato spagnolo.

PARTE III. Il ruolo della Corte costituzionale.

1. La natura dell'iniziativa legislativa: dei contorni parziali stabiliti per esclusione.

Per quanto riguarda il primo presupposto abilitante che si ritiene necessario per adottare un'iniziativa mediante procedimento in lettura unica, la sua *natura*, la Corte Costituzionale¹⁴⁸⁵ ha disposto che la rilevanza o la valenza politica della norma da adottare non possa impedirne l'approvazione attraverso questa via straordinaria. Tanto è vero che le riforme Costituzionali, a prescindere dalla portata del loro contenuto, possono essere elaborate mediante procedimento in lettura unica¹⁴⁸⁶. Di fatto, i due emendamenti al Testo Fondamentale Spagnolo apportati finora sono stati approvati attraverso questo iter abbreviato¹⁴⁸⁷.

Un altro importante contributo della Corte Costituzionale nel tentativo di delimitare questa categoria lo troviamo nella sentenza della Corte Costituzionale n. 27/2000, del 31 gennaio¹⁴⁸⁸. In detta sentenza la Corte fa leva sul fatto che le norme di natura pattizia sono norme che integrano nell'ordinamento giuridico gli accordi raggiunti che richiedono unicamente una ratifica finale d'insieme¹⁴⁸⁹. Ed è proprio questa natura pattizia ciò che ne

¹⁴⁸⁵ SSTC 238/2012, 13 dicembre; 185/2016, 3 novembre; e 215/2016, 15 dicembre.

¹⁴⁸⁶ V.g., Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho (BOE, n° 249, de 17 de octubre de 2015); la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo (BOE, n° 77, de 31 de marzo de 2015).

¹⁴⁸⁷ Riforma dell'articolo 13.2 della Costituzione dal 1978 (Boletín Oficial del Estado, núm. 207, 28/08/1992); Riforma dell'articolo 135 della Costituzione del 1978 (Boletín Oficial del Estado, núm. 233, 27/09/ 2011); Ley Orgánica 1/2013, de 11 de abril sobre el proceso de renovación del Consejo General del Poder Judicial, por la que se suspende la vigencia del artículo 112 y parcialmente del 114 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE, n° 88, 12/04/2013).

¹⁴⁸⁸ A nostro modo di vedere, le uniche leggi che hanno una *natura* diversa dalle altre che *rende consigliabile*, o addirittura esige, un iter a lettura unica senza passaggio dalla Commissione, sono quelle a cui il nostro ordinamento giuridico spagnolo riconosce la condizione di *norma pactada* o *paccionada*. È il caso, ad esempio, della LORAFNA, rispetto alla quale la Delibera della Presidenza della Camera dei Deputati, del 16 marzo 1993, sul procedimento da seguire per la riforma degli *Estatutos de Autonomía*, stabilisce che l'*iter* a lettura unica sia di applicazione necessaria (comma 4), proprio per la natura diversa e speciale di questo tipo normativo.

¹⁴⁸⁹ A. López Basagueren, *El Concierto Económico y la financiación de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Entre mito y realidad*, in AA.VV., *El Estado Autonomico: integración, solidaridad, diversidad*, vol. I, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2005, 619-634; in F. De La Ucha Celador, *Inserción*

spiega e giustifica la trattazione mediante procedimento in lettura unica e il diniego di presentazione di emendamenti trattandosi di accordi che hanno trovato ampio consenso. La succitata sentenza ci permette di cogliere, inoltre, la differenza esistente tra la figura della legge pattizia - un'eccezione nel nostro sistema- che prevede unicamente un pronunciamento di ratifica da parte del Parlamento, da qualsiasi altra decisione legislativa che arriva alle Camere appoggiata da maggioranze sufficienti¹⁴⁹⁰.

Una parte della dottrina spagnola, da cui dissento¹⁴⁹¹, ritiene che il consenso politico preliminare ed extraparlamentare dell'iniziativa costituisca un presupposto abilitante che permette di adottare un'iniziativa mediante procedimento in lettura unica. La Corte Costituzionale ha respinto questa equivalenza nella sentenza n. 185/2016, del 3 novembre, stabilendo che «il consenso politico è totalmente estraneo alla semplicità di formulazione o alla natura del testo normativo che ne consentono o suggeriscono l'approvazione mediante il procedimento in lettura unica». Inoltre, la Corte Costituzionale riconosce che la maggioranza necessaria per l'adozione del procedimento in lettura unica sia la maggioranza semplice e non l'unanimità o altre maggioranze qualificate.

2. La semplicità della sua formulazione: la tesi dell'*osservatore ragionevole*.

Per quanto riguarda il secondo dei presupposti abilitanti stabiliti dai Regolamenti Parlamentari spagnoli per l'adozione di iniziative legislative mediante il procedimento in lettura unica¹⁴⁹², ovvero la *semplicità* di formulazione, neanche in questo caso troviamo nella giurisprudenza della Corte Costituzionale una definizione esaustiva dei contenuti di questo concetto giuridico indeterminato¹⁴⁹³.

Da una parte, la Corte non parla affatto della semplicità e della brevità del testo, sebbene in

constitucional del Convenio Económico de Navarra, Servicio de Publicaciones de la Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2010.

¹⁴⁹⁰ J. Matía Portilla, *Los tratados internacionales y el principio democrático*, Marcial Pons, Madrid, 2018; F. Santaolla Lòpez, *La ley y la autorización de las Cortes a los Tratados Internacionales*, en *Revista de Derecho Político*, 11, 1981, pp. 29-56; y A. Salinas De Frías, *La reafirmación del necesario control parlamentario de la actividad convencional del ejecutivo. Comentario a la Sentencia 155/2005, de 9 de junio, del Tribunal Constitucional*, en *REDI*, LVII, 2005, pp. 121-143.

¹⁴⁹¹ Vedi, Y. Gómez Lugo, *La tramitación legislativa en lectura única*, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 4, 2007.

¹⁴⁹² Art. 150 Regolamento della Camera dei Deputati spagnola e art. 129 del Regolamento del Senato spagnolo.

¹⁴⁹³ SSTC 238/2012, 13 dicembre, antecedente n° 1. d). 2); 129/2013, 4 giugno; e 185/2016, 3 novembre, FJ 5, c).

un considerevole numero di sentenze allude alla limitata estensione delle iniziative adottate attraverso questo iter procedurale straordinario¹⁴⁹⁴. D'altro canto, la Corte equiparato i testi semplici, da punto di vista redazionale, ai testi che, dalla prospettiva di qualsiasi *osservatore ragionevole*, sono comprensibili, semplici e intellegibili¹⁴⁹⁵.

Il riferimento all'*osservatore ragionevole* conferma una situazione di indeterminatezza quasi assoluta. I termini ragionevole, comprensibile, semplice e intellegibile alludono a condizioni di natura molto diversa – ragionevole e semplice –, o praticamente sinonimi – comprensibile e intellegibile –, che non apportano niente al contenuto della definizione regolamentare. La Corte, inoltre, omette nelle sue argomentazioni un elemento decisivo in quanto non dice se la trattazione dell'iniziativa diretta da parte dell'Assemblea parlamentare possa coprire in modo soddisfacente le garanzie minime derivanti dal *ius in officium* dei parlamentari¹⁴⁹⁶.

Non c'è dubbio che tracciare una linea di demarcazione, caso per caso, non sia semplice e, di conseguenza, ancor meno lo è applicare un criterio generale che possa fare giurisprudenza, crediamo tuttavia che la brevità, la comprensibilità o la ragionevolezza del testo non siano degli elementi in grado di aiutarci ad adeguare la decisione dell'Assemblea a quanto previsto dal quadro normativo. Un testo può essere breve e intellegibile, ma al contempo può essere sufficientemente complesso da spingere qualunque *osservatore ragionevole* a ritenere necessario l'intervento di una Commissione di studio.

La prova che la Corte Costituzionale percorre un percorso inadeguato ci viene data dal fatto che nelle sue sentenze¹⁴⁹⁷ ha dichiarato che l'*osservatore ragionevole* ha considerato semplici sia le leggi che disciplinavano lo smaltimento di residui, sia il Codice Penale.

¹⁴⁹⁴ STC 136/2011, 13 settembre.

¹⁴⁹⁵ Per quanto riguarda la seconda fattispecie abilitante, non possiamo identificare la *semplicità della formulazione* del progetto di legge con la *brevità* del testo o con che esso sia *ragionevole, comprensibile e intellegibile*, come ha fatto la giurisprudenza del Tribunale Costituzionale spagnolo. Per l'*osservatore ragionevole* cui fa riferimento il Tribunale, un'iniziativa legislativa può essere di breve estensione, può essere stilata in modo sufficientemente *comprensibile ed intellegibile*, può darsi, inoltre, che il suo contenuto sia *ragionevole* agli occhi di tutti, ma questo non garantisce che tale testo riunisca le condizioni di formulazione non complessa che consentono al Parlamento.

¹⁴⁹⁶ A nostro avviso in tali casi l'elemento chiave per determinare la portata di tale concetto giuridico indeterminato sta nel prendere in considerazione sia le condizioni del testo presentato, sia il fine e le conseguenze procedurali che l'*iter* a lettura unica comporta. In altre parole, il parametro per misurare fino a che punto un testo sia sufficientemente semplice da poter ricorrere a questo tipo di procedimento abbreviato, è valutare in che misura il suo passaggio dalla Commissione sia indispensabile in termini di garanzie costituzionali; ovvero fino a che punto il suo esame diretto da parte dell'Assemblea potrebbe adempiere sufficientemente le garanzie minime che conformano il contenuto dello *ius in officium* dei parlamentari.

¹⁴⁹⁷ SSTC 129/2013, 4 giugno; 153/2016, 22 settembre; 185/2016, 3 novembre; 215/2016, 15 dicembre; e 139/2017, 29 novembre.

3. La giurisprudenza più recente: l'onnipotenza dell'Assemblea parlamentare.

767

Nella sentenza della Corte Costituzionale n. 185/2016, del 3 novembre, si afferma chiaramente che il consenso politico suscitato da un'iniziativa è qualcosa di totalmente estraneo alla sussistenza dei presupposti abilitanti¹⁴⁹⁸, senza vincolare in nessun momento la possibilità di introdurre o meno emendamenti a questo tipo di procedimento abbreviato al maggiore o minore consenso politico sulla procedibilità della sua approvazione ma, all'impatto che la privazione di quel diritto del parlamentare avrebbe in ogni caso sulla formazione della volontà della Camera.

Tuttavia, nella sentenza della Corte Costituzionale n. 139/2017, del 29 novembre, la Corte stabilisce un presupposto che vincola l'adozione dell'accordo di approvazione mediante procedimento in lettura unica all'unanimità dell'Assemblea con l'inammissibilità di indire un termine per la presentazione di emendamenti all'articolato. Si confermano, quindi, in questa sentenza i continui riferimenti della dottrina maggioritaria- da cui mi discosto - al consenso politico come asse sul quale deve ruotare l'implementazione di questo procedimento abbreviato, in modo tale che è superfluo il diritto di presentare emendamenti se la decisione di adottare un'iniziativa mediante procedimento abbreviato in lettura unica è stata presa all'unanimità dall'Assemblea, non essendo necessario giustificarla perché a parere della Corte è ovvia.

A nostro avviso, vincolare in quel modo l'unanimità nell'adozione dell'accordo di approvazione e l'incompatibilità di emendamenti all'articolato costituisce un importante errore concettuale. Nel farlo, si presume che il voto favorevole del Deputato verso questo tipo di approvazione sia una rinuncia implicita al suo diritto di emendamento, obbligandolo, quindi, a scegliere unicamente tra due possibilità, vale a dire, votare a favore dell'accordo dell'iter mediante lettura unica e vedersi sopprimere il proprio diritto di emendamento

¹⁴⁹⁸ Riteniamo, invece, che la *Mesa* abbia la facoltà di emettere un giudizio formale sul concorso o meno di almeno uno dei due presupposti abilitanti della lettura unica, secondo quanto esposto in precedenza. La *Mesa* in tal caso, anche qualora la *Junta de Portavoces* gli avesse comunicato l'esistenza di un consenso di maggioranza previo tra i Gruppi Parlamentari, non avrebbe necessariamente bisogno di proporre al Parlamento di decidere se servirsi dell'iter a lettura unica o meno. In altre parole, riteniamo che proporre al Parlamento l'iter a lettura unica non sia un atto dovuto della *Mesa* anche se ha ormai verificato, dopo aver sentito la *Junta de Portavoces*, che il Parlamento voterà a favore dell'implementazione del procedimento legislativo abbreviato. Vedi, STC 110/2019, 2 ottobre.

oppure, qualora intenda presentare emendamenti all'articolato, si vedrà costretto a votare contro l'iter mediante lettura unica benché riconosca che esistono alcuni dei presupposti abilitanti e che, pertanto, non è necessaria la fase di studio da parte di una Commissione¹⁴⁹⁹. Tuttavia, può accadere che il Deputato consideri che l'iniziativa ha una formulazione sufficientemente semplice da essere discussa e votata direttamente dall'Assemblea, ciò nonostante intenda presentare emendamenti all'articolato. Non sono decisioni incompatibili, né esclusive, per cui associarle significa mettere limiti al *ius in officium* del parlamentare che, a nostro avviso, non trova alcun riscontro nella configurazione che il Regolamento Parlamentare fa di questo diritto fondamentale.

Di conseguenza, in secondo luogo, la Corte Costituzionale in questo dispositivo afferma che se l'accordo di approvazione viene adottato a maggioranza semplice e non si consente la presentazione di emendamenti, si andrebbe incontro in ogni caso alla violazione dell'articolo 23.2 CE nei confronti della minoranza parlamentare che non ha votato a favore di tale accordo di approvazione mediante procedimento in lettura unica.

Non condividiamo neanche questa argomentazione dato che, se il Parlamento ha riconosciuto l'esistenza del primo dei presupposti abilitanti -la natura pattizia della norma, in base al criterio qui difeso-, ne deriva che non dovrà essere avviato il procedimento di emendamento. Al contrario, se ci troviamo davanti ad un caso di iniziativa legislativa a formula semplice, che esista o meno la lesione del diritto fondamentale di cui all'articolo 23.2 CE dipenderà dalle specifiche circostanze del caso, ovvero che la partecipazione alla decisione legislativa attraverso il procedimento di emendamento al testo non si sia potuto veicolare sufficientemente in altro modo nel procedimento e che, per di più, detta illegittima limitazione del diritto del Deputato sia stato determinante nella formazione della volontà della Camera.

Infine, la Corte Costituzionale aggiunge nei paragrafi finali della sentenza che né la natura, né la semplicità di formulazione dell'iniziativa legislativa possono giustificare di per sé la soppressione del diritto di emendamento e che ciò presuppone una restrizione inaccettabile dal punto di vista costituzionale del principio democratico e del pluralismo politico che devono presiedere e si esprimere sul procedimento legislativo.

Rivendichiamo qui la nostra proposta relativa al momento processuale più adeguato per

¹⁴⁹⁹ Vedi, le interessanti riflessioni che egli fa sull'argomento, E. Fossas Espadaler, *El derecho de acceso a los cargos públicos*, Tecnos, Madrid, 1993.

accordare l'accordo di approvazione in lettura unica di un determinato disegno o progetto legge: se l'Ufficio della Presidenza proponesse detta decisione dell'Assemblea non dopo la presa in considerazione, ma subito dopo il procedimento per la presentazione degli emendamenti, non solo entrambi gli organi parlamentari si troverebbero in migliori condizioni per decidere sull'esistenza del secondo presupposto abilitante in lettura unica ma per di più, in questo modo, si eviterebbero le disfunzioni che potrebbero venirsi a creare in merito alle eventuali violazioni dell'articolo 23.2 CE per la lesione del diritto di emendamento dei parlamentari¹⁵⁰⁰.

PARTE IV. Una tesi personale: i limiti costituzionali dei presupposti abilitanti del procedimento legislativo in lettura unica.

Dall'analisi completa e sistematica di norme, attività parlamentari, dottrina, prassi e giurisprudenza, riteniamo che emergano elementi sufficienti che consentono di stabilire la definizione di queste due circostanze abilitanti del procedimento in lettura unica o, almeno, un approccio più rigoroso e completo di quello finora fatto.

Dobbiamo partire, in primo luogo, dal dato di fatto che la straordinaria apertura delle norme regolamentari che stabiliscono tali presupposti è intenzionale da parte del legislatore. La definizione da essi data facendo ricorso a termini così astratti, intende conferire all'Assemblea la massima libertà possibile di decisione per ogni singolo caso, permettendole di stabilire quale debba essere il procedimento da adottare per ciascuna delle iniziative legislative da approvare¹⁵⁰¹.

¹⁵⁰⁰ Nel recente STC 110/2019, 2 ottobre, la Corte Costituzionale ha accettato la tesi qui difesa. Ha accertato, alla prima occasione che ha dovuto farlo, che l'Ufficio di Presidenza deve perseguire o meno i bilanci di abilitazione che aprono le porte alla lettura unica e, di conseguenza, proporre o meno alla Plenaria tale procedura, se del caso. E, al contrario, non puoi proporlo se capisci che né *la natura dell'iniziativa* lo consiglia né *la semplicità della sua formulazione* ti consente di ricorrere a questa procedura abbreviata. Decisione di non proporre che possa essere adottata ancor prima di dare ascolto a la *Junta de Portavoces*, e, ovviamente, indipendentemente dal consenso politico maggiore o minore che potrebbe essere dato in Assemblea

¹⁵⁰¹ L'attuale RCD dal 10 febbraio dal 1982: Titolo V -articoli da 108 a 150- è dedicato alla procedura legislativa. Titolo diviso in tre Capitoli. Il primo dedicato all'iniziativa legislativa -articolo 108-; il secondo alla procedura legislativa comune, integrato da tre Sezioni relative del progetto di legge -articoli 109 a 123; proposizioni di legge -artículos 124 a 127-; e al suo ritiro -articoli 128 a 129-; Capitolo terzo con sei Sezioni dedito a su procedure speciale e breve. La prima Sezione dedicata a progetto di legge e propozioni de Ley Orgánica -articoli 130 a 132-; la seconda Sezione: *Proyecto de Ley de Presupuestos* -articoli 133 a 135-; la terza Sezione, *los Estatutos de Autonomía* -articoli 136 a 145-; la quarta Sezione: *regulación de la revisión y reforma constitucional* -articoli 146 a 147-; la quinta sezione: *competencia legislativa plena de las*

L'insieme di disposizioni che disciplinano i diversi procedimenti legislativi ha in comune la ricerca dell'agilità e della flessibilità dell'attività parlamentare, trovando un giusto equilibrio con le dovute garanzie a cui si deve sottoporre ogni processo decisionale politico-legislativo, in modo che il compito del Parlamento non trovi inutili ostacoli che lo rallentino e lo rendano inefficiente, evitando però che tale risultato si raggiunga pregiudicando o violando sia i diritti fondamentali dei parlamentari, sia le dovute garanzie democratiche che disciplinano il procedimento legislativo.

In questo modo, i regolamenti parlamentari di entrambe le Camere danno alle loro rispettive assemblee il potere di decidere, con un ampio margine di discrezionalità, l'adeguatezza o inadeguatezza dell'approvazione di una proposta o disegno di legge in lettura unica, sebbene siano sempre soggetti ai limiti propri dei presupposti abilitanti che in tali procedimenti sono previsti.

In secondo luogo, dobbiamo sottolineare che l'interpretazione che l'Assemblea deve fare dell'estensione di entrambi i presupposti deve avere un chiaro carattere restrittivo e non espansivo, in quanto ci troviamo di fronte ad un regime particolare che rappresenta un'eccezione rispetto al regime generale del procedimento legislativo ordinario, e che consiste per di più nella riduzione delle garanzie procedurali che si stabiliscono in quell'altro regime generale.

Lo stesso criterio si dovrebbe applicare anche al parere di costituzionalità che la Corte Costituzionale può esprimere in merito a quella decisione dell'Assemblea delle Camere, poiché, in effetti, sebbene la Corte Costituzionale veda ridotta di gran lunga la propria capacità di rivertere la decisione del Parlamento in seguito all'autonomia delle Camere che

Comisiones -articoli 148 a 149-; e la sesta Sezione: *tramitación de un proyecto de ley en lectura única* -articolo 150-. Fuori dal Titolo dedicato alla procedura legislativa, nel Titolo IV, sono regolamentati la maggioranza richiesta per la procedura di urgenza. Le scadenze sono dimezzate -articoli 93 y 94-. Per quanto riguarda il Regolamento del Senato, dal 26 de mayo 1982 (RS), il Titolo IV, è dedicato a la procedura legislativa. Il primo Capitolo nel Título IV: "*Del procedimiento legislativo ordinario*", è diviso in cinque Sezioni: la prima regola i testi legislativi inviati dalla Camera dei Deputati -articoli 104 a 107-; la seconda Sezione è dedicata all'iniziativa legislativa al Senato -articoli 108-109-; la terza *la regulación del debate en Comisión* -articoli 110 a 117-; la quarta Sezione: *la deliberación por el Pleno del Senado*, -articoli 118 a 126; e la *regulación de las normas especiales* dal sezione quinta -articoli 127-128-. Procedure legislative speciali, nel Capitolo segundo, diviso in sette Sezioni. *La tramitación de un proyecto o proposición de ley en lectura única* -artículo 129- nel la prima seccion; *la delegación de la competencia legislativa en las Comisiones* -articoli 130 a 132-; nel la Sezione seconda; Sección terza, la procedura di urgenza -articoli 133 a 136-; Sezione quarta: *la intervención del Senado en los convenios y acuerdos entre las Comunidades Autónomas y la distribución del Fondo de Compensación Interterritorial* -artículos 137 a 140-; quinta Sezione: *las leyes de armonización de las disposiciones de las Comunidades Autónomas* -articoli 141 a 142-; sesta Sezione: *Estatutos de Autonomía* -artículo 143-; e la Sezione septima *los Tratados y Convenios Internacionales* -articoli 144 a 147-. Nel Capitolo terzo: *procedimiento presupuestario* -articoli 148 a 151-.

la costituzione garantisce, è tenuta costituzionalmente ad intervenire qualora le Camere vadano incontro a un'applicazione arbitraria del Regolamento stesso. E qualora lo faccia, dovrà tenere conto anche della condizione eccezionale di questo procedimento abbreviato e, quindi, dell'interpretazione necessariamente restrittiva della portata dei relativi presupposti abilitanti.

La decisione dell'Assemblea in merito al fatto se debba optare o meno per il procedimento legislativo in lettura unica non è quindi illimitata. D'altronde, sebbene sia vero che il Regolamento Parlamentare offra un enunciato molto aperto nel descrivere i presupposti abilitanti, è pur vero che, come per qualsiasi concetto giuridico indeterminato, detti presupposti hanno contorni e limiti - sebbene non siano espressamente stabiliti dalla norma - e che se il legislatore regolamentare avesse voluto conferire all'Assemblea un potere praticamente illimitato per decidere l'approvazione attraverso questo procedimento in relazione alle iniziative legislative, lo avrebbe potuto fare ma non lo fece. In modo tale che, a nostro avviso, l'Assemblea è tenuta a motivare adeguatamente la propria decisione, sia nel corso della seduta in cui in cui tale aspetto è sottoposto al suo esame, sia successivamente nella motivazione della legge già approvata mediante questo iter procedurale abbreviato.

Ci troviamo di fronte a due presupposti abilitanti perfettamente differenziabili di condizione alternativa e non complementare¹⁵⁰². È sufficiente che uno di essi esista perché la Camera possa optare per l'iter legislativo mediante lettura unica. Ciò non è incompatibile con il fatto che, in talune circostanze, possano sussistere entrambi i presupposti in una stessa iniziativa.

Nessuno di questi due presupposti ha a che fare, né del tutto né in parte, con l'urgenza nell'approvazione di un'iniziativa. Le ragioni dell'urgenza, per quanto straordinarie possano essere, non costituiscono un motivo per avviare un procedimento in lettura unica. L'urgenza prevede un altro procedimento abbreviato diverso che è per di più compatibile con il procedimento legislativo in lettura unica.

Il fatto che l'approvazione attraverso questa modalità procedurale straordinaria comporti la riduzione della durata del procedimento legislativo non è altro che una conseguenza collaterale dell'applicazione di un tipo di procedimento motivato da altre cause e che persegue altre finalità.

¹⁵⁰² SSTC 119/2011, 4 luglio; 129/2013, 4 giugno; e 114/2017, 17 ottobre.

La natura dell'iniziativa legislativa che porta all'approvazione in lettura unica non è di certo l'eventuale rilevanza politica, sociale, economica o giuridica della norma da adottare. Non vi sono né riserve materiali a favore della lettura unica, né materie precluse ad essa. Questa variante procedurale ha pertanto, un carattere del tutto trasversale. Può essere applicata, in linea di principio, a qualsiasi tipo di iniziativa, sia che si tratti di una legge ordinaria, organica o addirittura anche di una riforma del Testo Costituzionale.

A nostro intendere le uniche leggi che possiedono una natura diversa da quelle che rendono consigliabile o, addirittura, esigono l'adozione in lettura unica senza il vaglio di una Commissione, sono quelle a cui il nostro ordinamento giuridico riconosce eccezionalmente la condizione di norma concordataria o pattizia. Questo sarebbe il caso della Legge Organica di Reintegrazione e Miglioramento del Regime Foral della Navarra (LORAFNA), riguardo alla quale la Risoluzione della Presidenza della Camera dei Deputati, del 16 marzo 1993, in merito al procedimento da seguire per la riforma dello statuto di autonomia, ha considerato imprescindibile l'approvazione in lettura unica (comma 4°), proprio per la natura speciale e diversa di questa tipologia normativa.

Sebbene non siano incluse in quella disposizione che prevede l'iter mediante lettura unica, riteniamo che l'Assemblea possa avviare detto procedimento abbreviato per quei disegni e quelle proposte di legge con condizioni pressoché identiche, ovvero le leggi statali che disciplinano l'Accordo Economico Basco, l'Accordo Economico della Navarra e le Leggi che determinano il calcolo delle quote corrispondenti, nonché quelle che inseriscono nel nostro ordinamento giuridico gli accordi di cooperazione conclusi tra lo Stato e le diverse confessioni religiose.

Siamo altresì consapevoli che si potrebbero approvare per lettura unica, stando a questo primo presupposto abilitante, quelle decisioni legislative del Parlamento che richiedano una ratifica attraverso un dibattito e una votazione congiunta, senza emendamenti al testo. Questo sarebbe il caso delle autorizzazioni dei Trattati Internazionali e dell'intervento approvativo da parte del Parlamento spagnolo delle riforme degli statuti di autonomia delle Comunità Autonome create attraverso la via straordinaria prevista dall'articolo 151 CE e la disposizione transitoria 2^a CE che si limitano a modificare il regime di autogoverno della Comunità e non hanno ripercussioni sui rapporti tra detta comunità e lo Stato.

Per contro, a nostro avviso, il fatto che qualsiasi altro tipo di iniziativa legislativa diversa da quelle enumerate possa arrivare in Parlamento con un documento già concordato dalle

forze politiche maggioritarie presenti in aula e che, pertanto, si prevede che non sia oggetto di emendamenti rilevanti durante il procedimento legislativo corrispondente, non cambia la natura di tale disegno o progetto legge e non lo rende una norma pattizia in virtù di nessuna disposizione costituzionale o legislativa del nostro ordinamento giuridico.

Detti accordi politici extraparlamentari non sono, ovviamente, sufficienti per sostituire l'attività costituzionale delle Camere, attività che deve garantire in ogni momento il rispetto dei diritti di partecipazione politica delle minoranze parlamentari. È per questo motivo che, salvo che tali iniziative possano avvalersi del secondo dei presupposti abilitanti, qualora la loro formulazione fosse sufficientemente semplice da poter essere discussa direttamente in aula, non sarebbe possibile in questi casi, per non andare incontro alla violazione degli stessi limiti regolamentari della figura, l'avvio dell'iter legislativo mediante lettura unica.

Per quanto concerne questo secondo presupposto abilitante, non possiamo identificare la semplicità di formulazione di un'iniziativa legislativa con la brevità del testo o con il fatto che questo sia razionale, comprensibile e intelligibile, come fa -in modo più o meno palese - la giurisprudenza della Corte Costituzionale.

Un'iniziativa legislativa può essere, per l'*osservatore ragionevole*, a cui si riferisce la Corte, breve per quanto riguarda la sua estensione, sufficientemente comprensibile e intelligibile per quanto concerne la formulazione e, per di più, dotata di un contenuto ragionevole agli occhi di qualsiasi *osservatore*, tuttavia dette qualità non sempre potranno garantire che detto testo abbia delle condizioni di formulazione così prive di complessità da permettere all'Assemblea di prescindere dell'attività preparatoria della Commissione competente.

Riteniamo che, in tali casi, la chiave per delimitare la portata di questo concetto giuridico indeterminato sia collegare le condizioni del testo presentato con la finalità e le implicazioni procedurali che l'iter mediante lettura unica comporta. In altre parole, il parametro per valutare fino a che punto un testo sia sufficientemente semplice da avviare questo procedimento abbreviato è chiedersi quanto sia indispensabile, in termini di garanzie costituzionali, il suo passaggio attraverso una Commissione di studio, vale a dire fino a che punto la sua approvazione da parte dell'Assemblea possa soddisfare adeguatamente le garanzie minime previste dal *ius in officium* dei parlamentari.

Ci troviamo pertanto davanti a un dilemma che bisognerà risolvere caso per caso giacché è impossibile stabilire delle norme generali esaustive che siano in grado di guidarci. Ciò

nonostante, riteniamo che si possano stabilire alcune soglie di esclusione. A nostro avviso, alla luce dell'esauriente analisi di materiali realizzata, si dovrebbe presupporre che alcune iniziative legislative hanno sempre un livello di complessità tale da non considerare pertinente l'iter mediante lettura unica.

Questo sarebbe il caso delle leggi finanziarie, delle Leggi sulla Stabilità di Bilancio e altre leggi relative a diversi regimi fiscali, sempre e quando, è evidente, si tratti dell'approvazione di norme articolate di simili contenuti, poiché, come abbiamo visto, non ci sarebbe nessun inconveniente nell'optare per l'approvazione in lettura unica qualora si tratti di elaborare semplici e puntuali emendamenti a questo tipo di leggi. Ration per cui, nemmeno nei confronti di tali leggi potremmo parlare di un'esclusione assoluta *ratione materiae*.

PARTE V. Riferimenti bibliografici

Aa. Vv, *Técnica normativa 2016-2017. Memento práctico*. Astarloa Huarte Mendicoa, I., (Dtor.), Lefebvre, Madrid, 2016.

B. Aláez Corral, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.

C. Amirante, *Diritto Pubblico*, Giappichelli, Torino, 2012.

M. Aragón Reyes, *Uso y abuso del Decreto Ley. Una propuesta de reforma constitucional*, Iustel, Madrid, 2016.

M. Araujo Díaz De Terán, *Comentario al artículo 150*, en M.R. Ripollés Serrano (Coord.), *Comentarios al Reglamento del Congreso de los Diputados*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2012.

A. Celotto, *El "abuso" del Decreto Ley*, Cedam, Padova, 1997.

- *Parlamento y poderes legislativos del gobierno en Italia: el abuso del decreto de Urgencia (Decreto Ley)*. *Derecho: PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 2002.

F. De La Hucha Celador, *La inserción constitucional del Convenio Económico de Navarra*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2010.

R. Dickmann, *Osservazioni sulla nova organizzazione del proceso legislativo dopo la riforma costituzionale*, en *federalismi.it, Rivista di Diritto Pubblico italiano, comparato, europeo*, 24 febrero 2016.

C. Esposito, (voz) *Decreto-legge*, en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milán, vol. XI, 1962.

E. Fossas Espadaler, *El derecho de acceso a los cargos públicos*, Tecnos, Madrid, 1993.

P. García-Escudero Márquez, *El procedimiento legislativo ordinario en las Cortes Generales: regulación, fases y tipos*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 16, 2005.

- *El procedimiento agravado de reforma de la Constitución de 1978*, CEPC, Madrid, 2007.

Y. Gómez Lugo, *La tramitación legislativa en lectura única*, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2007.

I. González García, *La trascendencia constitucional del deficiente control del decreto ley autonómico*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2017.

A. Lòpez Basaguren, *El Concierto Económico y la financiación de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Entre mito y realidad*, en Aa.Vv., *El Estado Autonómico: integración, solidaridad, diversidad*, vol. I, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2005.

A. Lucarelli, *La violazione del procedimento legislativo 'costituzionale' è una violazione grave e manifesta?*, *federalismi.it, Rivista di Diritto Pubblico italiano, comparato, europeo*, 20 de febrero de 2019.

J. Matia Portilla, *Los tratados internacionales y el principio democrático*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

A. Morelli, *Notazioni sulle novità della riforma costituzionale riguardo alla decretazione d'urgenza e al rinvio presidenziale delle leggi di conversione*, en *federalismi.it, Rivista di Diritto Pubblico italiano, comparato, europeo*, 1 junio 2016.

G. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, Zanicheli, Bologna, 1990.

- *Las técnicas legislativas de hoy en Italia*, en *Analisis di leggi-campione: problemi di tecnica legislativa*, G. Visintini et al. (Dtores.), Cedam, Padova, 1995.

J. Ridao Martín, *La tramitación directa de las leyes: el procedimiento de lectura única a revisión*, en *Revista General de Derecho Constitucional*, 2018.

M.R. Ripollés Serrano, *El sistema parlamentario español*, en *Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la Constitución Española*, M. Álvarez Torres (Coord.), Comares, Granada, 2017.

E. Rossi, *Studi pisani sul Parlamento*, Pisa University Press, Pisa, 2014.

A. Salinas De Frías, *La reafirmación del necesario control parlamentario de la actividad*

convencional del ejecutivo. Comentario a la Sentencia 155/2005, de 9 de junio, del Tribunal Constitucional, en REDI, LVII, 2005.

M. Sandulli, (voz) *Lege*, en *Noviss. Dig. It.*, vol. IX, 1963.

F. Santaolalla López, *La ley y la autorización de las Cortes a los Tratados Internacionales*, *Revista de Derecho Político*, 1981.

- *Por un nuevo procedimiento legislativo*, Dykinson, Madrid, 2015.

- *Derecho parlamentario español*, Dykinson, Madrid, 2015.

- *La reforma de los Decretos-Leyes en Italia y sus posibles lecciones en España*, *Revista de Derecho Político*, 98, 2017.

G. Silvestri, *Algunos perfiles problemáticos del actual debate sobre los decretos leyes*, *Política de Derecho*, 1996.

Sintesi: In questo articolo si esamina la posizione della Corte Costituzionale Spagnola in merito alla supervisione dei presupposti abilitanti previsti dal Regolamento Parlamentare Spagnolo per l'avvio di procedimenti legislativi straordinari, in particolare, per il procedimento abbreviato mediante lettura unica. Per questo motivo, analizzeremo in primo luogo le circostanze che permettono l'avvio di detto iter procedurale abbreviato e le conseguenze derivanti dalla sua applicazione nel *ius in officium*, mettendo in evidenza le scarse occasioni in cui la dottrina spagnola si pronuncia in merito e i pareri, in alcune occasioni inaccurati, espressi a tal proposito. Di seguito verrà esaminata, da una parte, la rilevanza delle decisioni legislative adottate attraverso questo iter straordinario e, dall'altra, la prassi parlamentare finora adottata al riguardo. Successivamente, analizzeremo i pronunciamenti più recenti della Corte Costituzionale Spagnola sulla natura e la semplicità di formulazione delle iniziative sottoposte a questo iter speciale, per poi esporre una tesi personale in merito ai limiti costituzionali dei presupposti abilitanti di detto procedimento abbreviato.

Abstract: This paper is focused on the position of the Spanish Constitutional Court on the control of the requirements that have to be met in order to open exceptional legislative procedures in accordance with the Spanish Parliamentary Regulations, in particular, regarding the abbreviated one single reading procedure. For this purpose, the requirements enabling the abbreviated procedure and the consequences stemming from its application

for *ius in officium* are subject to study in the first place, highlighting the limited, and sometimes misleading, statements of Spanish doctrine on the matter. Then, we will approach, on the one hand, the relevance of the legislative decisions adopted in this extraordinary way, and on the other, the parliamentary practice on this matter carried out to date. We also will expose the latest doctrine of the Spanish High Court about the nature and simplicity of formulation of the initiatives processed by this special channel, and finally will present a personal contribution about the constitutional limits of the requirements enabling this abbreviated procedure.

Parole chiave: presupposti abilitanti – lettura unica – dibattito dottrinale – linee giurisprudenziali – prassi parlamentare.

Key words: enabling circumstances – single reading – doctrinal debate – jurisprudential line – parliamentary practice.

GLI STRUMENTI DI PROTEZIONE DELLE PARTI DEL GIUDIZIO INCIDENTALE DI COSTITUZIONALITÀ DELLE LEGGI IN SPAGNA*.

di Silvia Romboli**

Sommario. 1. Considerazioni introduttive. – 2. Le peculiarità della fase *a quo* del giudizio incidentale in Spagna: la tutela delle parti attraverso la previsione di una fase processuale autonoma alla quale esse devono essere chiamate a partecipare. – 3. La condanna della Spagna da parte della Corte Edu nel caso *Ruiz Mateos* e la conseguente riforma della LOTC del 2007 che ha aperto l'accesso delle parti del processo a quo alla fase davanti al Tribunale costituzionale. – 4. La violazione dei diritti fondamentali della parte che ha proposto una questione di legittimità costituzionale ad opera del giudice comune che decide di non sollevarla: i rimedi predisposti dall'ordinamento giuridico spagnolo. – 5. Alcune considerazioni conclusive.

778

1. Considerazioni introduttive.

Il sistema spagnolo di giustizia costituzionale, come è noto, forma parte di quel gruppo di Paesi che si considerano appartenenti al sistema *europeo* di giustizia costituzionale. Nonostante ciò, presenta aspetti molto diversi rispetto ad altre esperienze di giustizia costituzionale che pur sempre appartengono a questo stesso modello. In effetti, come ricordava l'illustre costituzionalista Francisco RUBIO LLORENTE, in certe occasioni si possono trovare differenze molto più evidenti tra due Paesi che appartengono al modello *europeo* di giustizia costituzionale che fra uno Stato che abbia optato per il modello diffuso e uno che abbia invece scelto quello accentrato¹⁵⁰³.

Le maggiori e più significative differenze riguardano, chiaramente, le competenze assegnate alla giurisdizione costituzionale e le conseguenti vie d'accesso alla stessa predisposte dalla Costituzione o dalla legge. Su questo aspetto sono notevoli le divergenze fra Italia e Spagna.

* *Sottoposto a referaggio*. Il presente contributo rappresenta il testo di un intervento programmato al Convegno "La giustizia costituzionale in Italia in Spagna: modelli a confronto e prospettive future", svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II" il 30 settembre 2019.

** Professoressa di Diritto costituzionale – Universidad Ramon Lull – ESADE – Barcellona.

¹⁵⁰³ F. Rubio Llorente., *Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa*, in *Revista española de derecho constitucional*, n. 35/1992, p. 9.

Come è noto, le vie d'accesso e quindi i procedimenti di fronte alle Corti costituzionali possono avere diverse finalità: in alcuni casi si tratta di procedimenti predisposti all'eliminazione delle leggi e degli atti con forza di legge i cui contenuti contrastano con la Costituzione; altre volte può trattarsi di processi che hanno lo scopo di proteggere i diritti fondamentali degli individui.

In Italia, come conseguenza del numero limitato di vie d'accesso alla Corte, il giudizio incidentale ha funzionato sia da strumento di depurazione dell'ordinamento dalle leggi incostituzionali, sia (per mancanza di altri procedimenti più specifici) per la protezione dei diritti fondamentali.

In Spagna invece, sicuramente per la presenza dell'*amparo* costituzionale¹⁵⁰⁴, la dottrina non si è soffermata più di tanto nell'interrogarsi sul ruolo del giudizio incidentale come strumento di protezione dei diritti e degli interessi particolari, riducendo la finalità di questo processo solo alla eventuale dichiarazione di incostituzionalità delle leggi e focalizzando l'attenzione, quindi, sulla sola dimensione *oggettiva* di questo tipo di ricorso davanti al Giudice costituzionale.

Negli ultimi 10-15 anni questa situazione è parzialmente cambiata, anche se non ha destato uno speciale interesse in dottrina¹⁵⁰⁵. Ciò è dovuto alle modifiche introdotte dalla riforma della Ley organica del Tribunale costituzionale del 2007¹⁵⁰⁶, alla quale sono stati dedicati molti commenti in considerazione delle importantissime modifiche apportate alla disciplina relativa al procedimento di ammissibilità del ricorso di *amparo* costituzionale. Difatti, questa stessa riforma ha modificato anche alcuni elementi essenziali della disciplina relativa al giudizio incidentale, per esempio nella parte in cui non prevedeva la possibilità delle parti del processo *a quo* di partecipare alla fase davanti al *Tribunal Constitucional*.

¹⁵⁰⁴ La disciplina dell'*amparo* costituzionale può rinvenirsi negli arts. 161.1 b) y 162.1 b) della Costituzione spagnola (CE) e negli articoli 41-58 della Legge organica del Tribunale costituzionale. In dottrina, può consultarsi, tra gli altri: P. Pèrez Tremps., *El recurso de amparo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

¹⁵⁰⁵ Sono davvero pochissimi i lavori dedicati al giudizio incidentale in Spagna, ed ancora meno quelli che hanno analizzato la riforma del 2007 e le sue importanti conseguenze giuridiche. Sulla riforma della disciplina della *cuestión de inconstitucionalidad* del 2007, si consiglia la lettura dell'articolo di J.M. Lòpez Ulla, *La cuestión de inconstitucionalidad tras la reforma de la Ley Orgánica 6/2007 del Tribunal Constitucional*, in P. Pèrez Tremps. (a cura di), *La reforma del Tribunal Constitucional. Acta del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

¹⁵⁰⁶ Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal constitucional.

La nuova regolazione apre l'accesso delle parti del giudizio principale al contraddittorio di fronte al Giudice costituzionale, provocando così l'ampliamento della dimensione *soggettiva* di questo tipo di accesso alla Corte costituzionale spagnola.

Tuttavia, anche se fino al 2007, come appena affermato, le parti del processo *a quo* non potevano partecipare alla fase *ad quem*, i diritti e gli interessi di queste non erano totalmente invisibili nel controllo incidentale delle leggi: esistevano infatti, e continuano ad esistere, differenti meccanismi di partecipazione e di protezione delle parti in questo tipo di procedimento. Inoltre, la violazione dei diritti di questi stessi soggetti poteva servire ad azionare, in certe circostanze, il ricorso ad altri processi costituzionali per protezione dei loro diritti, come ad esempio lo stesso *recurso de amparo constitucional*.

La finalità di questo lavoro sarà, pertanto, quella di presentare e analizzare gli strumenti di protezione a disposizione delle parti del giudizio incidentale in Spagna, trattandosi di meccanismi piuttosto diversi rispetto a quelli del sistema italiano di giustizia costituzionale. In effetti, anche se la disciplina del controllo incidentale delle leggi in Italia e in Spagna appare a prima vista molto simile, in questo aspetto specifico essa presenta notevoli differenze che vale la pena di esaminare.

È mia intenzione analizzare, quindi, le forme di partecipazione delle parti del processo *a quo* nel giudizio incidentale, e cioè come queste parti possono far valere i loro diritti e interessi di fronte al Giudice costituzionale.

Verranno analizzate tre situazioni diverse, due delle quali (la prima e l'ultima) differenziano completamente il procedimento spagnolo dall'italiano: nella prima parte di questo scritto verrà approfondita la modalità attraverso la quale le parti del processo principale entrano in dialogo (indiretto, come vedremo) con il giudice costituzionale già nella fase *a quo* del procedimento. Nella seconda, saranno evidenziate le ragioni della modifica legislativa che, dal 2007, permette alle parti la partecipazione nella fase davanti al Tribunale costituzionale e quali sono le sue caratteristiche. La terza e ultima parte sarà dedicata, invece, ai rimedi che l'ordinamento giuridico spagnolo predispone nel caso in cui le parti considerino violato un loro diritto fondamentale da parte del giudice comune che abbia deciso di non sollevare la questione di legittimità costituzionale proposta a istanza di parte.

Prima di iniziare con l'analisi di questi tre elementi, vorrei precisare che in questa sede non farò riferimento ai problemi relativi alla identificazione della nozione di *parte* ai fini del giudizio in via incidentale. Tale problematica, in Spagna non ha sollevato eccessivi dubbi

dottrinali né giurisprudenziali; pertanto, si darà per scontato che il lettore è a conoscenza del significato della nozione di *parte* del controllo incidentale di costituzionalità delle leggi.

2. Le peculiarità della fase *a quo* del giudizio incidentale in Spagna: la tutela delle parti attraverso la previsione di una fase processuale autonoma alla quale esse devono essere chiamate a partecipare.

Come è noto, nell'esperienza italiana, durante la fase *a quo* del giudizio incidentale le parti hanno la possibilità di chiedere al giudice comune di sollevare una questione di costituzionalità; in tale occasione potranno presentare le motivazioni che ritengono pertinenti alla loro istanza di parte. Il giudice italiano può riportare tali ragionamenti nell'ordinanza di rinvio, o discostarsene completamente e potrà, altresì, sollevare la questione di legittimità costituzionale di ufficio, senza che le parti intervengano in alcun modo.

In tale ultimo caso, la fase *a quo* del giudizio incidentale solo servirà a identificare quali siano le parti legittimate a partecipare al contraddittorio davanti alla Corte costituzionale.

In Spagna, invece, la disciplina relativa alla fase ora analizzata è molto differente: le parti del processo *a quo* possono già in questo primo momento processuale svolgere le loro argomentazioni e posizioni in merito ai dubbi che, nel caso in cui la questione sia poi sollevata, verranno confermati nella fase dinanzi al Tribunale costituzionale.

Questo perché, come già accennato, il sistema di giustizia costituzionale spagnolo non prevedeva la possibilità che le parti del procedimento principale partecipassero alla fase del giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi che si svolge davanti al Tribunale costituzionale. Solo con la riforma della legge organica del Tribunale costituzionale ad opera della legge organica 24 maggio 2007 n. 6, che si analizzerà in seguito, è stata introdotta questa facoltà di costituzione davanti al *Tribunal*.

La precedente situazione di lamentata lesione del diritto di difesa (solo apparente, secondo la maggior parte della dottrina)¹⁵⁰⁷ risultava attenuata da una fase del procedimento che

¹⁵⁰⁷ Effettivamente, anche se gran parte della dottrina auspicava una riforma della LOTC che permettesse alle parti di partecipare nella fase davanti al *Tribunal*, non si denunciava l'esistenza di una violazione dei diritti di tali soggetti.

consentiva – e continua a consentire – l'intervento delle parti e del pubblico ministero in un momento precedente al sollevamento dell'incidente di costituzionalità. Una prassi processuale che si concretizza in un deposito di memorie e che pone le parti coinvolte nel processo in una specie di dialogo con l'autorità giudiziaria¹⁵⁰⁸, nonché successivamente (anche se indirettamente) con il Tribunale costituzionale.

L'importanza di questo momento processuale, denominato *trámite de audiencia previa*, fu particolarmente evidente nel periodo di attività del Tribunale anteriore alla riforma del 2007. Infatti, la sua previsione si giustificava con la necessità di dare voce alle considerazioni, agli interessi e ai diritti dei protagonisti del processo principale. In questo modo, chiaramente, è possibile rispettare la natura *concreta* di questo tipo di processo costituzionale ed il Tribunale è in grado di ottenere informazioni sull'utilità e la portata della sua decisione nel caso specifico, direttamente fornita, tra l'altro, dalle parti interessate al medesimo¹⁵⁰⁹.

Vista l'importanza di questa fase processuale obbligatoria prevista dalla disciplina spagnola, sarà utile ai fini di questo articolo esaminare in dettaglio il ruolo e la posizione delle parti durante la stessa.

L'art. 35.2 LOTC stabiliva, nella sua versione anteriore al 2007, che il giudice comune, prima di sollevare l'ordinanza di rimessione, «sentirà le parti e il pubblico ministero

Tra gli autori che già da molti anni avevano sostenuto la necessità di questa riforma, possiamo citare J.M. Lopez Ulla., *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000; e dello stesso autore, *La cuestión de inconstitucionalidad tras la reforma de la Ley Orgánica 6/2007 del Tribunal Constitucional*, cit.; F. Rubio Llorente e M. Aragón Reyes, *La jurisdicción constitucional*, La Constitución española de 1978. *Estudio sistemático*, diretto da A. Predieri e E. Garcia De Enterría, Civitas, Madrid, 1981, pp. 836, e 863; J. García Roca, *El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el juez ordinario: el caso del juez civil*, in *Revista de las Cortes Generales*, n. 27/1992, (pp. 101-138) p. 121.

¹⁵⁰⁸ M. Medina Guerrero cita determinate ordinanze del Tribunale costituzionale (ATC) nelle quali si conferma il ruolo di strumento di collaborazione del *trámite de audiencia* (ATC 145/1993, Considerato in Diritto n. 2), sia nel senso che gli argomenti delle parti possono servire al giudice per valutare la legittimità costituzionale della norma in questione (ATC 185/1990, Considerato in Diritto n. 1), sia per permettere che l'organo che solleva la questione possa meglio delimitare l'oggetto del giudizio (ATC 875/1985, Considerato in Diritto n. 1); M. Medina Guerrero, *Los procesos de control de la constitucionalidad de la ley (II): El control indirecto. La sentencia en los procesos de control de constitucionalidad*, in F. Caamaño Domínguez, A.J. Gómez Montoro, M. Medina Guerrero, J.L. Requejo Pagès, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid, 2000, p. 54.

¹⁵⁰⁹ Il Tribunale costituzionale ha ribadito in numerose occasioni che «il tramite di udienza preliminare stabilito nell'art. 35.2 della LOTC, ha il duplice scopo di garantire l'udienza delle parti e del pubblico ministero nei confronti di una decisione giudiziaria di gran importanza come l'apertura di un processo costituzionale, e allo stesso tempo di permettere al giudice di conoscere il parere delle parti interessate su tale decisione»; v., ad esempio, tra le decisioni emesse prima della riforma del 2007: STC 42/1990, del 15 marzo, Considerato in Diritto n. 1; Ordinanze del TC 263/2006, del 4 luglio, Considerato in Diritto unico; 299/2005, del 5 luglio, Considerato in Diritto n. 2; 308/2004, del 20 luglio, Considerato in Diritto n. 2; 367/2003, del 13 novembre, Considerato in Diritto n. 2; 242/2002, del 26 novembre, Considerato in Diritto n. 2.

affinché nel termine comune e improrogabile di dieci giorni possano formulare osservazioni sulla opportunità della questione di costituzionalità; successivamente e senza altre formalità, il giudice deciderà nel termine di tre giorni»¹⁵¹⁰.

Questa disciplina, che è stata parzialmente modificata con la riforma del 2007¹⁵¹¹, ha dato origine ad un importante giurisprudenza del Tribunale costituzionale. Oltre ad enunciare le finalità del *trámite de audiencia previa*, menzionate poc'anzi, la giurisprudenza costituzionale precisa che questa fase processuale non costituisce un'azione specifica del processo *a quo*, ma una fase previa del successivo ed eventuale processo di fronte al Tribunale costituzionale¹⁵¹². Esso è inoltre definito come condizione processuale obbligatoria, dato che la sua omissione porterebbe senza dubbio ad una decisione di inammissibilità della questione, per violazione dell'art. 37.1 LOTC¹⁵¹³.

¹⁵¹⁰ La giurisprudenza costituzionale ha avuto l'opportunità di precisare il carattere chiuso o aperto dell'elenco dei soggetti legittimati a partecipare alla *audiencia previa*, nonché la sua posizione sulla possibilità di fornire una lettura ampia in relazione alla partecipazione di determinati soggetti a tale momento processuale. Infatti, nell'ordinanza 49/2010, del 14 aprile, il *Tribunal* ha dichiarato inammissibile la partecipazione al *trámite de audiencia* del *Abogado del Estado*, irregolarmente consentita dal giudice ordinario, anche se l'amministrazione dello Stato non era parte del processo contenzioso-amministrativo in cui la questione era stata sollevata. L'organo giudiziario *a quo* aveva giustificato tale concessione per il fatto che fosse «lo Stato l'autore della norma in questione». Il Tribunale costituzionale, invece, non ha accettato tale ampliamento del concetto di parte con diritto di intervenire (che deve essere limitato ai soggetti espressamente previsti dall'art. 35, comma 2° della LOTC), senza però arrivare a considerare questa circostanza come una causa di inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata.

Si vedano i Considerato in Diritto nn. 2 e 3 dell'ordinanza 49/2010, del 14 aprile: «Antes de exponer las razones que determinan la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad por la incorrecta formulación del llamado juicio de relevancia debemos dejar constancia de dos irregularidades que se aprecian en la providencia de apertura del trámite de audiencia previsto en el art. 35.2 LOTC, fechada el 24 de septiembre de 2008».

«En primer lugar, ese trámite se ofreció no sólo a los sujetos expresamente mencionados en el citado art. 35.2 LOTC, esto es, a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, sino también al Abogado del Estado, pese a que la Administración del Estado no era parte en el proceso contencioso-administrativo en el que se eleva esta cuestión de inconstitucionalidad. Esta apertura del ámbito subjetivo del art. 35.2 LOTC se justifica, en el proveído de referencia, por «ser el Estado el autor de la norma cuestionada». Es indudable que la norma de cuya constitucionalidad se duda ha sido aprobada por el legislador estatal, pero ello no autoriza a los órganos judiciales a desconocer la literalidad del art. 35.2 LOTC, ofreciendo el trámite de audiencia a quien no es parte en el proceso ni actúa -en dicho trámite- en defensa del interés general que entraña la preservación del sistema de fuentes y su conformidad con la Constitución. [...] 3. La[s] irregularidad [es] reseñada[s] no determina[n] la inadmisión a trámite de la presente cuestión de inconstitucionalidad».

¹⁵¹¹ La riforma ha aggiunto la possibilità che le parti propongano allegazioni anche nel merito della questione di costituzionalità. L'art. 35.2 LOTC nella nuova formulazione stabilisce, infatti che il giudice ordinario, prima di sollevare l'ordinanza di rimessione, «sentirà le parti e il Pubblico Ministero affinché nel termine comune e improrogabile di 10 giorni possano formulare osservazioni sulla opportunità della questione di incostituzionalità, o sul merito di questa; [...]».

¹⁵¹² ATC 108/1993, del 30 marzo, Considerato in Diritto n. 2 b).

¹⁵¹³ Articolo 37.1 LOTC: «Ricevuti dal Tribunale costituzionale gli atti, il procedimento seguirà le forme previste nel secondo comma di questo articolo. Ciò nonostante, il Tribunale potrà rigettare, nella decisione sulla ammissibilità, mediante ordinanza e senza udire altra parte che il Procuratore Generale dello Stato, la questione di incostituzionalità quando manchino le condizioni processuali o fosse manifestamente infondata la questione sollevata. La decisione sarà motivata. [...]». Il Tribunale costituzionale ha ripetutamente

Per quanto riguarda forma e contenuto della *audiencia previa*, essa deve essere avviata con un atto (*providencia*) nel quale si identifichino le norme eventualmente contrarie alla Costituzione, i precetti costituzionali che si ritengono violati e la motivazione del dubbio di legittimità costituzionale. La giurisprudenza del *Tribunal* ha costantemente e insistentemente ribadito la necessità che tutti questi contenuti siano stati sufficientemente motivati e chiariti alle parti e al pubblico ministero, anche se di norma si accetta una breve o sintetica enunciazione degli stessi¹⁵¹⁴. Il Tribunale attribuisce e riconosce a questo momento del processo la funzione di delimitare il contenuto dell'eventuale e successiva ordinanza di rimessione, arrivando a dichiarare inammissibili quelle questioni di incostituzionalità in cui la *providencia* che dà inizio alla *audiencia previa* si sia dimostrata imprecisa e insufficiente per consentire alle parti di conoscere gli argomenti che fondavano il proponimento della questione. Infatti, anche se in alcune occasioni il Giudice costituzionale spagnolo ha ritenuto che l'omissione di uno di questi elementi configuri una semplice irregolarità e non comporti necessariamente una decisione di inammissibilità¹⁵¹⁵,

affermato nella sua giurisprudenza già citata che il corretto adempimento del *trámite de audiencia previa* deve essere considerato uno dei requisiti processuali previsti dall'art. 37.1 LOTC. Tra le decisioni più recenti si può vedere: ATC 156/2016, del 20 settembre, Considerato in Diritto n. 3 a).

¹⁵¹⁴ Fra le varie decisioni può citarsi la STC 50/2015, del 5 marzo, Considerato in Diritto n. 2: «En cuanto a las denunciadas deficiencias sufridas en el trámite de audiencia, [...] procede advertir que, como recuerda la STC 166/2012, de 1 de octubre, FJ 3, 'Para cumplir adecuadamente con el trámite previsto en el artículo 35.2 LOTC, el juez no está obligado a detallar cada uno de los extremos de la cuestión de inconstitucionalidad sobre cuya conveniencia pueden pronunciarse las partes. Basta 'identificar mínimamente la duda de constitucionalidad (indeterminación relativa) ante quienes han de ser oídos, para que sobre la misma puedan versar las alegaciones, exigiendo en todo caso tal indeterminación relativa que las partes hayan podido conocer el planteamiento de la inconstitucionalidad realizado por el órgano judicial y, atendiendo a las circunstancias del caso, situarlo en sus exactos términos constitucionales y pronunciarse sobre él, de modo que se haga posible cumplir con total garantía la finalidad del trámite' (por todas, STC 166/2007, de 4 de julio, FJ 6)».

¹⁵¹⁵ Per esempio, può leggersi la STC 166/1986, del 19 dicembre, che nel Considerato in Diritto n. 4 afferma che è necessario «que la providencia que otorga la audiencia concrete los preceptos legales cuestionados y las normas constitucionales que el Juez estima de posible vulneración por aquéllos. En el supuesto de autos, la providencia no cumple dichas especificaciones, ya que se limita a hacer referencia genérica a la presumible inconstitucionalidad de la Ley 7/1983, privando así a las partes y al Ministerio Fiscal del conocimiento que necesitan para formular debidamente sus alegaciones. Es cierto que la duda judicial puede proyectarse sobre la totalidad de una Ley; pero también que, aun en este caso, la providencia debe señalar, con la concisión que se quiera, los preceptos constitucionales que puedan oponerse a la Ley, así como expresar el sentido y dirección de la duda judicial. Procede, en su consecuencia, coincidir con el Ministerio Fiscal en que la providencia judicial ha incurrido en defectuoso entendimiento del alcance de la audiencia ordenada por el citado art. 35.2, por carecer de las precisiones que exige su finalidad, y en tal sentido debe responderse a su petición de clarificación de este tema, que dice haber sido ya formulada en otras cuestiones; dicho reconocimiento, sin embargo, no impide que el indicado defecto sea calificado de mera irregularidad desprovista de consecuencia de inadmisión, ciertamente no pretendida expresamente por el Ministerio Fiscal, pues, siendo inconveniente otorgar la audiencia en términos genéricos e imprecisos, ello carece de suficiente entidad para ser elevado a la categoría de falta de condición procesal en el sentido del art. 37.1 de la LOTC,

in molti altri non ha ammesso questioni di costituzionalità (o parti di esse) perché l'ordinanza di rinvio aveva aggiunto contenuti nuovi rispetto a quelli presentati durante il *trámite de audiencia previa* (come ad esempio includere una norma distinta come oggetto del controllo di costituzionalità o un'altra disposizione costituzionale come parametro del medesimo controllo), impedendo così che tali contenuti potessero essere oggetto di considerazioni e memorie delle parti e del pubblico ministero¹⁵¹⁶.

3. La condanna della Spagna da parte della Corte Edu nel caso *Ruiz Mateos* e la conseguente riforma della LOTC del 2007 che ha aperto l'accesso delle parti del processo *a quo* alla fase davanti al Tribunale costituzionale.

Come già si è accennato¹⁵¹⁷, una parte della dottrina spagnola si era dichiarata contraria alla disciplina che non contemplava la partecipazione delle parti nella fase dinanzi al Giudice costituzionale, considerando esigue le garanzie che forniva il *trámite de audiencia previa* regolato nell'art. 35 LOTC.

Tuttavia, non furono i suggerimenti di illustri autori a spingere il legislatore spagnolo a modificare la legge organica del Tribunale costituzionale, ma piuttosto le conseguenze derivanti da una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che condannò la Spagna, tra l'altro, per aver impedito che determinati soggetti partecipassero al processo davanti al Tribunale costituzionale nell'ambito di una questione di costituzionalità.

In questa sede non potrò, per ragioni di spazio, soffermarmi nel riepilogo della vicenda¹⁵¹⁸, ma è importante tenere presente che la questione di costituzionalità del caso che portò alla condanna della Spagna aveva a che vedere con una *legge-provvedimento* di espropriazione

pues, en definitiva, lo relevante es que la precisión que demanda el Ministerio Fiscal se cumpla en el Auto de planteamiento de la cuestión».

¹⁵¹⁶ Tra le più recenti e successive alla riforma del 2007, si possono citare su questo tema le sentenze: 95/2015, del 14 maggio, Considerato in Diritto n. 2 e 50/2015 del 5 marzo, Considerato in Diritto n. 2 b); e l'ordinanza 83/2016, del 26 aprile, Considerato in Diritto n. 2.

¹⁵¹⁷ V. nota 5.

¹⁵¹⁸ La vicenda è sintetizzata in Romboli S., *La posizione delle parti in merito alla questione di costituzionalità nella fase davanti al giudice comune e in quella dinanzi al Tribunal constitucional spagnolo, prima e dopo l'intervento della Corte di Strasburgo*, in Romboli, R. (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte: le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima politica e quella giurisdizionale: atti della Tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa* (Pisa, 15 dicembre 2016), G. Giappichelli Editore, Torino, pp. 505-519.

dei beni di una azienda di proprietà del Sig. Ruiz Mateos.

La Corte europea condannò la Spagna nella sentenza del 23 giugno 1993, caso *Ruiz Mateos c. Spagna*¹⁵¹⁹, per violazione dell'articolo 6.1 della Convenzione (diritto a un processo equo)¹⁵²⁰.

I motivi della decisione della Corte EDU furono, da un lato, la durata eccessiva del procedimento e, dall'altro, la violazione del diritto di difesa del signor Ruiz Mateos.

In merito a quest'ultimo aspetto, è importante sottolineare che la Corte di Strasburgo non si pronunciò sull'inadeguatezza della normativa spagnola in tema di accesso delle parti al contraddittorio dinanzi al Tribunale costituzionale in occasione di una questione di costituzionalità (tali valutazioni avrebbero indubbiamente costituito una indebita ingerenza nelle competenze del legislatore spagnolo, al quale la stessa giurisprudenza europea consolidata riconosce la possibilità di agire nell'ambito del proprio margine di apprezzamento nazionale)¹⁵²¹. Tuttavia, alla Corte europea non passò inosservata la peculiarità del caso, soprattutto la circostanza che oggetto della questione fosse una legge-provvedimento, e la stessa sottolineò come i destinatari del provvedimento di espropriazione non avessero avuto la possibilità di difendersi in un contraddittorio. Il Giudice europeo stabilì che, se il caso sollevato davanti al Giudice costituzionale ha per

¹⁵¹⁹ Per un commento a questo caso e le sue ripercussioni nel sistema giuridico spagnolo, si veda: M. Vidal Fueyo, *Ruiz Mateos c. España (STED de 23 de junio de 1993): Las garantías del proceso equitativo ante la jurisdicción constitucional*, in J.M. Sánchez Tomàs, M. Beladiez Rojo e R. Alcàcer Guirao (a cura di), *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas Thomson Reuters, Cizus Menor, 2013, pp. 131-152.

¹⁵²⁰ Art. 6.1 CEDU «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia».

¹⁵²¹ Sul margine di apprezzamento nazionale si vedano: J. García Roca, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010; e dello stesso autore, *La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 20, 2007, pp. 117-143; P. Tanzarella, *Il margine di apprezzamento*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, pp. 145-181; F. Donati e P. Milazzo., *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in P. Falzea, A. Spadaro e L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa. Atti del seminario svoltosi a Copanello il 31 maggio - 1° giugno 2002*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 65-117. Sul riconoscimento del margine di apprezzamento statale da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, si veda: D. Simon, *Des influences réciproques entre CJCE et CEDH: «Je t'aime, moi non plus»?*, in *Pourvoi*, n. 2/2001, pp. 31 ss.

oggetto «una legge che riguarda direttamente un cerchio ristretto di persone» e «la questione sulla costituzionalità della legge è sollevata al Tribunale costituzionale nell'ambito di un procedimento relativo a un diritto di carattere civile e in cui sono parti soggetti che appartengono al suddetto cerchio, è necessario in linea di principio concedere loro il libero accesso alle memorie delle altre parti e una possibilità reale di discuterle», di fronte allo stesso Tribunale costituzionale¹⁵²².

La decisione della Corte europea era pertanto destinata a riconoscere ai soggetti destinatari di una legge-provvedimento la possibilità di partecipare alla fase processuale dinanzi alla Corte costituzionale, nel caso di soggetti riconosciuti come parti nel processo principale nel quale era stata sollevata la questione di costituzionalità. È importante sottolineare quanto appena menzionato (mi riferisco alle peculiarità di questo caso specifico e alle considerazioni, fondate proprio sulle stesse, della Corte di Strasburgo) per comprendere le successive decisioni del *Tribunal Constitucional*, che si è poi trovato a giudicare sulle richieste di coloro che, sulla base della decisione della Corte europea e in applicazione della giurisprudenza ora richiamata, chiedevano di essere ammessi a partecipare nella fase del controllo incidentale di costituzionalità che si svolge davanti al Tribunale costituzionale¹⁵²³.

Come già detto, probabilmente la ragione principale che ha determinato la modificazione della disciplina sulla partecipazione delle parti dinanzi al *Tribunal Constitucional* nelle questioni di costituzionalità in via incidentale è proprio la condanna della Spagna da parte della Corte di Strasburgo attraverso la sentenza del 23 giugno 1993. È la stessa legge organica 6/2007 che modifica la legge organica 2/1979 del Tribunale costituzionale a confermarlo, nella sua terza *esposición de motivos* del Preambolo della legge dove si legge: «La presente valorizza il ruolo delle parti del giudizio in cui si solleva una questione di

¹⁵²² Sentenza 23 giugno 1993, caso *Ruiz Mateos c. España*, n. 63 : «Il peut arriver qu'elles aient trait, comme ici, à une loi qui concerne directement un cercle restreint de personnes. Si en pareil cas la question de la constitutionnalité de la loi est déferée au Tribunal constitutionnel dans le cadre d'une procédure relative à un droit de caractère civil et à laquelle sont parties des personnes de ce cercle, il faut en principe leur garantir un libre accès aux observations des autres parties et une possibilité véritable de les commenter».

¹⁵²³ Il Tribunale costituzionale spagnolo, in seguito alla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea relativa al caso *Ruiz Mateos*, ha ricevuto varie richieste di partecipazione delle parti del processo principale in occasione del sollevamento di questioni di costituzionalità; si vedano ad esempio le ordinanze (AATC) 260/2003, del 15 luglio; 239/1999 del 13 ottobre; 178/1996 del 26 giugno. Per un'analisi dottrinale sulle conseguenze della decisione della CEDU nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale si può vedere: J.M Castella Andreu e E. Expòsito Gómez, *La intervención de las partes del juicio a quo en la cuestión de inconstitucionalidad. El art. 37.2 LOTC y la incidencia de la STEDH de 23 de junio de 1993*, in *Teoría y realidad constitucional*, n. 4, 2° semestre del 1999, pp. 293-316.

costituzionalità, dal momento che non solo sono autorizzati a fare osservazioni sulla opportunità di sollevare la questione di costituzionalità, ma anche sul fondamento della stessa. Al medesimo tempo, si introduce la possibilità per i soggetti parti del processo principale di partecipare alla fase dinanzi al Tribunale costituzionale nei 15 giorni successivi alla pubblicazione nella "Gazzetta Ufficiale dello Stato" dell'ammissione delle questioni di costituzionalità, per consentire il contraddittorio in questo processo costituzionale, seguendo le linee guida contenute nella Sentenza del 23 giugno 1993 della Corte europea dei diritti dell'uomo».

In definitiva, a prescindere da quali siano state le ragioni della modifica legislativa, analizzando ora le innovazioni apportate alla disciplina del contraddittorio nella fase dinanzi al Giudice costituzionale, risulta evidente che la nuova formulazione aggiunge, da un lato (come ho già sottolineato), una frase nuova all'art. 35.2 LOTC in base al quale le parti del procedimento *a quo* possono ora presentare memorie sul merito della questione durante il *trámite de audiencia previa* e, dall'altro, un nuovo secondo comma all'art. 37 LOTC, con il seguente contenuto: «pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dello Stato la decisione che ammette la questione di costituzionalità, coloro che siano parti nel procedimento giurisdizionale potranno comparire davanti al Tribunale costituzionale entro i 15 giorni successivi alla pubblicazione, per formulare osservazioni, nel termine di altri 15 giorni»¹⁵²⁴.

4. La violazione dei diritti fondamentali della parte che ha proposto una questione di legittimità costituzionale ad opera del giudice comune che decide di non

¹⁵²⁴ L'articolo 37 della legge organica del Tribunale costituzionale nella versione attuale prevede quindi quanto segue: «1. Ricevuti dal Tribunale costituzionale gli atti, il procedimento seguirà le forme previste nel secondo comma di questo articolo. Ciò nonostante, il Tribunale potrà rigettare, nella decisione sulla ammissibilità, mediante ordinanza e senza udire altra parte che il Procuratore Generale dello Stato, la questione di costituzionalità quando manchino le condizioni processuali o sia manifestamente infondata la questione sollevata. La decisione sarà motivata. 2. Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dello Stato la decisione che ammette la questione di costituzionalità, coloro che siano parte nel procedimento giurisdizionale potranno comparire davanti al Tribunale costituzionale entro i 15 giorni successivi alla pubblicazione, per formulare osservazioni, nel termine di altri 15 giorni. 3. Il Tribunale costituzionale darà comunicazione della questione alla Camera dei deputati e al Senato per mezzo dei loro Presidenti, al Procuratore Generale dello Stato, al Governo, per mezzo del Ministro della Giustizia, e, nel caso che riguardi una Legge o altra disposizione normativa con forza di legge dettata da una Comunità Autonoma, ai suoi organi legislativo e esecutivo, i quali tutti potranno comparire e formulare osservazioni sulla questione sollevata nel termine e improrogabile di 15 giorni. Trascorso tale periodo, il Tribunale emetterà sentenza nel termine di 15 giorni, salvo che ritenga necessario, mediante risoluzione motivata, un termine più ampio, che non potrà eccedere i 30 giorni».

sollevarla: i rimedi predisposti dall'ordinamento giuridico spagnolo.

Rimane, a questo punto, da analizzare il terzo aspetto menzionato nell'introduzione, ossia se esistono (e se sì, quali sono) rimedi messi a disposizione delle parti dal legislatore spagnolo nel caso in cui il giudice ordinario decida di non sollevare una questione di legittimità costituzionale proposta da una di queste, quando da tale circostanza si riscontri la violazione di un diritto fondamentale della parte stessa.

In Spagna, esattamente come in Italia, la decisione di sollevare una questione di costituzionalità in via incidentale è quasi totalmente in mano al giudice ordinario, anche quando sia la parte che ne fa istanza.

Tuttavia, mentre in Italia (almeno in teoria)¹⁵²⁵ il giudice comune che decida di non sollevare una questione di legittimità costituzionale richiesta dalla parte del giudizio ordinario, deve emettere una ordinanza autonoma nella quale motiverà la sua decisione (o al massimo la riporterà nella motivazione della sentenza che chiude il processo), in Spagna il Tribunale costituzionale in alcune sentenze relative ai primi anni di funzionamento dell'organo era arrivata ad affermare che la decisione del giudice *a quo* di non sollevare l'incidente di costituzionalità quando la parte lo aveva sollecitato non supposeva la violazione del diritto alla tutela giudiziaria effettiva (art. 24 CE)¹⁵²⁶ neppure se tale decisione era priva di qualsiasi motivazione o se presentava una motivazione insufficiente o assolutamente arbitraria¹⁵²⁷. Per tali ragioni, la parte non avrebbe potuto ottenere la

¹⁵²⁵ È noto come, nella pratica, il giudice nella maggior parte dei casi non procede ad approvare una autonoma ordinanza di manifesta infondatezza o di manifesta irrilevanza della istanza di parte, ma più frequentemente ricorda la cosa nella motivazione del provvedimento di merito finale, motivando il mancato rinvio della questione alla Corte in maniera alquanto sommaria.

¹⁵²⁶ Art. 24 CE: «1. Tutte le persone hanno il diritto di ottenere tutela effettiva dai giudici e dai tribunali nell'esercizio dei loro diritti e interessi legittimi senza che, in nessun caso, possa verificarsi la mancanza di difesa. 2. Similmente tutti hanno diritto al giudice naturale predeterminato dalla legge, al patrocinio legale, a essere informati dell'accusa formulata contro di loro, a un processo pubblico senza indebite dilazioni e con tutte le garanzie, a utilizzare i mezzi di prova pertinenti alla loro difesa, a non fare ammissioni contro se medesimi, a non confessare la propria colpevolezza e alla presunzione di innocenza. La legge regolerà casi in cui a causa di parentela o di segreto professionale non sussisterà obbligo a rendere dichiarazioni circa presunti reati».

¹⁵²⁷ Può consultarsi, per esempio, la seguente decisione: ATC 767/1986, del 8 ottobre (FJ 1): «En primer lugar [...] la Magistratura de Trabajo habría infringido la Constitución porque, sin fundamento ni razón expresa alguna, ha desestimado la petición de que planteara cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 227 de la Ley de Procedimiento Laboral. Aquí el recurrente parece partir de la premisa de que existe un verdadero y propio derecho de la parte a que el Juez plantee cuestión de inconstitucionalidad sobre un determinado precepto. Sin embargo, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, la cuestión de inconstitucionalidad es un instrumento puesto en manos del Juez ordinario para resolver las dudas que le suscitan la eventual disconformidad a la Constitución de una norma con rango de ley, instrumento que el Juez sólo debe usar

protezione del diritto *ex art. 24 CE* attraverso un ricorso di *amparo* costituzionale per violazione di un diritto fondamentale da parte di un potere pubblico, in questo caso di un giudice, dato che veniva escluso che sussistesse la lesione.

Nella sua più recente giurisprudenza, il *Tribunal Constitucional* ha modificato questo orientamento: la mancanza di una motivazione o una motivazione che risulti incoerente o arbitraria, costituisce una violazione dell'art. 24 CE e quindi la lesione del diritto alla tutela giudiziaria effettiva. La parte del giudizio ordinario che abbia visto respinta senza ragioni fondate in diritto la sua richiesta di sollevare una questione di legittimità costituzionale relativa alla legge rilevante per la risoluzione del caso, potrà quindi presentare (rispettati gli altri requisiti necessari) un ricorso di *amparo* costituzionale davanti al Tribunale costituzionale.

È possibile, pertanto, concludere che anche in Spagna, come in Italia, non si considera violazione del diritto al giusto processo il mancato sollevamento della questione quando il giudice motivi adeguatamente il perché della sua decisione, mentre lo è chiaramente l'assenza di motivazione di tale decisione.

A differenza che in Italia, quindi l'ordinamento giuridico spagnolo prevede un rimedio a tale situazione attraverso un ricorso di *amparo* costituzionale.

Anche se alcuni autori (come CORZO SOSA)¹⁵²⁸ hanno affermato che dovrebbe riconoscersi un diritto soggettivo della parte a che il giudice sollevi la questione se questa stessa lo abbia richiesto, la mia opinione è assolutamente in linea con quella della più recente giurisprudenza del Tribunale costituzionale: il giudizio incidentale è un tipo di processo costituzionale che non è disegnato per permettere all'individuo di impugnare le leggi davanti al Giudice costituzionale, bensì uno strumento per far sì che la giurisdizione ordinaria collabori con quella costituzionale, da un lato, nella depurazione dell'ordinamento dalle leggi incostituzionali e, dall'altro, nella protezione dei diritti fondamentali.

cuando tenga dudas razonables sobre el extremo reseñado; y, aun cuando la parte puede proponer que se plantee la cuestión, la decisión del Juez al respecto seguirá siendo libre, y la cuestión misma seguirá siendo instrumento a disposición del Juez y no de la parte que lo pidió (por todos, ATC de 8 de mayo de 1985). Ello revela la falta de fundamento del primer motivo del recurso, habiéndose de tener en cuenta que, como dijimos en el ATC 275/1983, de 8 de junio, no siendo la petición de que se suscite cuestión de inconstitucionalidad 'fundamento de ninguna pretensión a la que el juzgador haya de proveer, es claro que puede responderla por el silencio, sin que de ello se derive lesión alguna del derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución garantiza'».

¹⁵²⁸ E. Corzo Sosa, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 316 ss.

5. Alcune considerazioni conclusive.

791

Come conclusione, vorrei far notare, rispetto al primo tema trattato, che la riforma della legge organica del Tribunale costituzionale spagnolo non ha avuto l'effetto di modificare la giurisprudenza del Tribunale costituzionale sul ruolo e l'importanza del *trámite de audiencia previa* per le parti ed il pubblico ministero, come invece era stato previsto da una parte della dottrina. Alcuni avevano, infatti, pensato che nel nuovo sistema giuridico delineato dalla legge organica 6/2007, tale partecipazione previa davanti al giudice *a quo*, avrebbe perso il ruolo centrale e fondamentale che era venuto a svolgere in precedenza, poiché ora le parti avevano la possibilità di presentare le loro considerazioni direttamente al Tribunale costituzionale. Nonostante ciò, il *Tribunal* ha confermato invece i suoi precedenti criteri in materia, continuando quindi a considerare il *trámite de audiencia previa* dell'art. 35 LOTC come un momento fondamentale e obbligatorio della procedura, da considerare e analizzare con molta attenzione nel giudizio di ammissibilità della questione di costituzionalità¹⁵²⁹.

¹⁵²⁹ Si veda, per esempio, l'ordinanza (ATC) 156/2016, del 20 settembre, Considerato in Diritto n. 3 a): «La admisibilidad de una cuestión de inconstitucionalidad, requiere, entre otras 'condiciones procesales' (art. 37.1 LOTC), el correcto cumplimiento del denominado trámite de audiencia, esto es, la preceptiva audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal antes de elaborar el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el órgano judicial promotor de la misma. Así lo exige expresamente el art. 35.2 LOTC [...]. Es por tanto «... un requisito de todo punto inexcusable, cuya eventual omisión constituye un defecto en el modo de proposición de la cuestión que ha de determinar, tras el trámite previsto en el art. 37.1 LOTC, la inadmisión de la cuestión así suscitada» (entre otros muchos, AATC 220/2012, de 27 de noviembre, FJ 4; y 389/2008, de 17 de diciembre, FJ 2).

La doctrina constitucional (por todas, STC 95/2015, de 14 de mayo, FJ 2) subraya «la importancia del trámite de audiencia, que deriva del doble objetivo cuyo logro justifica su existencia: garantizar que las partes sean oídas y poner a disposición del órgano judicial un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso. En este sentido, este Tribunal ha destacado también que el mismo no puede minimizarse, reduciéndolo a un simple trámite, carente de más transcendencia que la de su obligatoria concesión, cualesquiera que sean los términos en los que ésta se acuerde, resultando inexcusable, por el contrario, que en él se identifiquen con precisión tanto los preceptos legales sobre cuya constitucionalidad se albergan dudas como las normas de la Constitución que se consideran vulneradas» (por todas, STC 222/2012, de 27 de noviembre, FJ 3)».

Il Tribunale Costituzionale ha ricordato, tuttavia, nello stesso Considerato in Diritto che tali affermazioni non sono sempre state applicate alla lettera: «Esta doctrina ha admitido excepciones, esto es, que las variaciones en la identificación del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad no deben conducir inexorablemente a la inadmisión de la misma por falta de los requisitos procesales. Esto ocurrirá cuando el defecto en que incurre la providencia de apertura del trámite de audiencia no alcanza a producir confusión en los destinatarios, de modo que éstos pueden superar ese defecto y entender correctamente cuál era la duda que se les plantea, pues en estos casos no se habrá impedido a las partes el efectivo ejercicio de su derecho de audiencia en el trámite

A mio giudizio, questa posizione risponde perfettamente al diverso scopo dei due momenti processuali nei quali le parti possono formulare le osservazioni. Nel momento precedente al proponimento della questione, l'obiettivo dell'intervento delle parti non è solo quello di assicurare che i loro interessi soggettivi abbiano voce, ma anche che l'organo giurisdizionale riceva le considerazioni e le valutazioni dei soggetti coinvolti nella controversia per poter decidere sull'idoneità o meno del proponimento di un dubbio di costituzionalità della norma rilevante per il caso. Pur non escludendo, naturalmente, la valutazione sulla costituzionalità, la *audiencia previa* ha quindi un valore connesso principalmente con la difesa della opportunità o meno di iniziare il processo costituzionale. Il destinatario delle osservazioni è quindi il giudice *a quo*, in modo tale che solo indirettamente le valutazioni delle parti arriveranno al Tribunale costituzionale, riprodotte nella ordinanza di rimessione.

La nuova fase di udienza delle parti durante il processo dinanzi al *Tribunal Constitucional*, invece, si configura come lo scenario in cui coloro che sono direttamente coinvolti nel giudizio *a quo* espongono le loro considerazioni in merito alla costituzionalità al Giudice costituzionale. Questa seconda partecipazione ha, dunque, un valore prettamente argomentativo, legato al giudizio sostanziale sulla costituzionalità della norma, anche se niente impedisce alle parti di proporre argomentazioni - proprio per il fatto di essere questo in fondo il motivo del loro intervento dinanzi al *Tribunal* - relative agli interessi specifici oggetto del giudizio *a quo* che possono risultare direttamente incisi dalla risposta del Tribunale costituzionale.

Sulla base della nuova disciplina, quindi, le parti del processo *a quo* nel quale è stata sollevata una questione di costituzionalità possono adesso presentarsi direttamente e personalmente dinanzi al Tribunale costituzionale ed esporre senza intermediari le loro considerazioni. La riforma ha soddisfatto la maggior parte della dottrina, che vede nella modifica legislativa un decisivo passo avanti per la tutela dei diritti e degli interessi degli individui, in particolare di quelli coinvolti nel giudizio principale in cui è sorto il dubbio di costituzionalità. Come LÓPEZ ULLA sottolinea con chiarezza, «affermare che le parti del giudizio *a quo* sono estranee al giudizio [del Tribunale costituzionale] è negare l'evidenza.

previsto por el art. 35.2 LOTC (ATC 136/2015, de 21 de julio, FJ 2)». Possono consultarsi anche le sentenze 95/2015, del 16 maggio, e 50/2015, del 5 marzo, e le ordinanze 83/2016, del 26 aprile; 73/2016, del 12 aprile, y 36/2016, del 16 febbraio.

[...]. In questo senso si potrebbe parlare, come fa la dottrina italiana, di un certo carattere ibrido di questo processo costituzionale, poiché se è chiaro che esso ha per oggetto l'esame oggettivo della costituzionalità di una legge - indipendentemente dagli interessi contrapposti nel processo a quo - tale interesse pubblico non contraddice né nega la sua possibile utilità come strumento di difesa dei diritti individuali»¹⁵³⁰.

È possibile quindi concludere, sulla base dei dati analizzati attraverso la lettura della giurisprudenza costituzionale spagnola¹⁵³¹ e delle opinioni espresse da autorevole dottrina¹⁵³², che il controllo incidentale di costituzionalità della legge ha svolto (e non dubito che continuerà a farlo nel futuro) un compito cruciale nella tutela dei diritti e degli interessi soggettivi in tutti quei casi in cui la loro potenziale lesione derivi direttamente da una disciplina con forza e rango di legge. E neppure si può dimenticare la compresenza di un interesse soggettivo delle parti del processo *a quo* accanto a quello generale all'eliminazione delle leggi incostituzionali, che non può essere ignorato o escluso completamente nella decisione del Tribunale costituzionale, in quanto tale decisione sarà decisiva per la risoluzione della *litis* principale in una o un'altra direzione, con evidenti effetti sostanziali.

¹⁵³⁰ «Afirmar que las partes del proceso a quo son ajenas al juicio [del Tribunal Constitucional] es negar lo evidente. [...]. En este sentido podríamos hablar, como hace la doctrina italiana, de un cierto carácter híbrido de este proceso constitucional pues si es bien claro que éste tiene por objeto el examen objetivo de la constitucionalidad de una ley – con independencia de los intereses enfrentados en el proceso a quo - este interés público no contradice ni niega su posible utilidad como instrumento de defensa de derechos particulares», J.M. Lòpez Ulla, *La cuestión de inconstitucionalidad tras la reforma de la Ley Orgánica 6/2007 del Tribunal Constitucional*, cit., p. 199.

¹⁵³¹ I dati elaborati dal Servizio di Dottrina del Tribunale costituzionale (che possono essere consultati sul sito web del TC o direttamente nelle Memorie annuali del mismo) e quelli più risalenti presentati negli scritti di LÓPEZ ULLA (J.M. Lòpez Ulla, *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español* cit., pp. 332-333.) dimostrano come questo strumento sia stato utilizzato soprattutto invocando la violazione dei precetti costituzionali che riconoscono diritti fondamentali. Se, ad esempio, analizziamo le sentenze che hanno risolto questioni di costituzionalità negli ultimi anni vediamo come nelle ordinanze di rimessione sia stata denunciata la violazione, per esempio: del diritto all'uguaglianza e alla non discriminazione dell'art. 14 CE (ad esempio, per motivi di età, come nelle SSTC 41/2015, del 2 marzo, e 110/2015 del 28 maggio; o per il principio di uguaglianza dinanzi alla legge fiscale, invocando la possibile violazione, oltre che dell'articolo 14, anche dell'articolo 31 CE, come nella STC 60/2015, del 18 marzo); del diritto alla legalità penale sanzionatrice dell'art. 25.1 CE, come nella STC 10/2015, del 2 febbraio; del diritto alla tutela giudiziaria effettiva dell'art. 24 CE, come nella recente STC 41/2017, del 24 aprile; del diritto di proprietà dell'art. 33 CE, come nelle SSTC 43/2015, del 2 marzo, e 56/2017, del 16 marzo.

Sempre per quanto riguarda la presentazione di dati statistici e in considerazione dell'argomento trattato in questo intervento, risulta importante indicare che si assiste ad un "timido" aumento della partecipazione delle parti del processo *a quo* nella fase di fronte al Tribunale costituzione. Tra gli esempi più recenti in cui le parti hanno partecipato nella suddetta fase, si possono citare le SSTC 197/2016, del 28 novembre, e 23/2017, del 16 febbraio.

¹⁵³² LÓPEZ ULLA, J. M., *La cuestión de inconstitucionalidad tras la reforma de la Ley Orgánica 6/2007 del Tribunal Constitucional*, cit., pp. 200-201.

Inoltre, tale visione del giudizio incidentale come processo nel quale non possono non essere tenuti in considerazione i diritti e gli interessi particolari, è rafforzata senza dubbio dalla terza ed ultima questione analizzata: la possibilità di dichiarare lesa, attraverso un ricorso di *amparo* costituzionale, il diritto fondamentale alla tutela giudiziaria effettiva della parte del giudizio principale alla quale sia negato il sollevamento di una questione di costituzionalità e non abbia ottenuto sufficienti motivazioni da parte del giudice comune, testimonia l'incremento del valore della dimensione soggettiva del controllo incidentale di costituzionalità delle leggi anche in Spagna.

In definitiva, ritengo che gli elementi propri del sistema spagnolo di giustizia costituzionale trattati in questo articolo contribuiscano a rafforzare la dimensione soggettiva della questione di costituzionalità, smentendo quindi quella concezione più classica della natura del controllo incidentale di costituzionalità che sottolineava solo la dimensione oggettiva, trascurando quella rivolta alla protezione dei diritti fondamentali degli individui e che vedeva in questo tipo di processo costituzionale solo una via astratta (anche se con un'origine concreta) per l'eliminazione delle leggi incostituzionali dall'ordinamento giuridico.

Anche se la finalità ancora oggi principale della questione di costituzionalità in Spagna rimane la valutazione della conformità di una legge alla Costituzione, la partecipazione delle parti nel processo dinanzi al *Tribunal Constitucional* potenzia la dimensione soggettiva di questo procedimento non solo da un punto di vista della ricostruzione teorica del giudizio incidentale, ma permette che la protezione dei diritti e degli interessi particolari degli individui, presenti nel giudizio *a quo*, ottengano rilievo ed una reale incidenza costituzionale.

Ciò permette al Giudice costituzionale di svolgere una valutazione e ponderazione degli interessi in gioco che supera la dimensione solo oggettiva, come pure quella solo soggettiva, capace quindi di far confluire le due differenti *anime* della giustizia costituzionale, con il risultato di operare una attività di bilanciamento sulla base di una visione sistemica, che cioè da un lato non sia frazionata e limitata ai soli diritti o valori che vengono in considerazione nel caso concreto e dall'altro non ne prescinda totalmente.

Abstract: L'articolo ha la finalità di analizzare alcune peculiarità del giudizio in via incidentale in Spagna. In particolare, il lavoro è dedicato allo studio degli specifici

strumenti di protezione delle parti del giudizio *a quo*, quali la partecipazione attiva delle medesime durante una determinata fase processuale davanti al giudice comune e la possibilità di sollevare un *amparo* costituzionale per il mancato sollevamento della questione da parte dell'autorità giudiziaria. Inoltre, l'articolo esamina le ragioni che hanno condotto alla riforma del giudizio in via incidentale del 2007, il quale ha permesso alle parti del giudizio *a quo* di partecipare alla fase davanti al Tribunale costituzionale, i suoi contenuti e le conseguenze della sua applicazione.

Abstract: The article aims to analyze some peculiarities of the interlocutory procedure for the review of constitutionality in Spain. In particular, the present work is dedicated to the study of the specific protection tools of the parties to the trial, such as the active participation of the same during a given procedural phase before the common judge and the possibility of raising a constitutional *amparo* for the failure to raise the issue by the judicial authority. Furthermore, the article examines the reasons behind the interlocutory procedure reform of 2007 which allowed the parties to the proceedings to participate in the phase before the Constitutional Court, its contents and its consequences.

Parole chiave: giustizia costituzionale – *Tribunal constitucional* spagnolo – giudizio sulle leggi in via incidentale – tutela dei diritti delle parti del giudizio *a quo*.

Key words: constitutional justice – Spanish Constitutional court – interlocutory procedure for the review of constitutionality – rights protection of the parties to the interlocutory procedure.

DISCREZIONALITÀ LEGISLATIVA E SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ

RAGIONANDO SUL TEMA ALLA LUCE DEL C.D. CASO CAPPATO*.

di Franca Meola**

Sommario. 1. Il c.d. *caso Cappato* al cospetto della Corte: dalla *combinazione di tecniche processuali* alla *ri-combinazione di rapporti istituzionali*. – 2. La perimetrazione del sindacato di costituzionalità in rapporto alla discrezionalità legislativa: ovvero, sull'estrema labilità dei confini tra *giurisdizione* e *legislazione*.

796

1. Il c.d. *caso Cappato* al cospetto della Corte: dalla *combinazione di tecniche processuali* alla *ri-combinazione di rapporti istituzionali*.

Notoriamente agganciata al disposto dell'art. 28 della l. 11 marzo 1953 n. 87¹⁵³³, la perimetrazione del raggio di azione del sindacato di costituzionalità in rapporto alla discrezionalità legislativa è, in realtà, oggi definita, e per molti aspetti complessificata, da quel “ginepraio inestricabile”¹⁵³⁴ di tecniche decisorie che, elaborate dalla Corte nel corso del tempo, hanno fortemente rideterminato l'ampiezza della giurisdizione costituzionale in rapporto alla sfera del politico.

Ed infatti, a spiegare i *confini* del sindacato di legittimità non sono più soltanto gli effetti naturalmente connessi alla declaratoria di illegittimità, ovvero la pura eliminazione della norma dall'interno del sistema giuridico, ma anche e soprattutto la portata di quelle pronunce che, unitariamente classificate come *normative*, evidenziano, già nel *nomen juris*, un diverso approccio dei giudici costituzionali nei riguardi dei testi normativi oggetto di impugnazione.

* *Sottoposto a referaggio*. Il presente contributo rappresenta il testo di un intervento programmato al Convegno “La giustizia costituzionale in Italia e in Spagna: modelli a confronto e prospettive future”, svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli “Federico II” il 30 settembre 2019.

** Dottore di ricerca – Scuola Europea di Studi Avanzati di Napoli.

¹⁵³³ Secondo cui «il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica ed ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

¹⁵³⁴ Così, E. Lamarque, *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione*, Relazione presentata al Convegno “La Fabbrica delle interpretazioni”, Milano, 19-20 novembre, p. 15 datt.

“Interpretare”, “manipolare”, ma anche “combinare”¹⁵³⁵: sono queste, di fatto, le diverse direttrici di sviluppo degli strumenti decisorii oggi utilizzati della Corte che, in vario modo e con diversa intensità, rimaneggiano il dato normativo, facendo al contempo emergere la collocazione sempre più *ambigua* di tale organo fra i diversi ambiti della *giurisdizione* e della *legislazione*.

Peraltro, sebbene ad oggi emersa in altre situazioni-limite, la tendenza della Corte a riparare le mancanze del proprio armamentario, cimentandosi con «audaci tecniche decisorie, ai limiti della “acrobazia”¹⁵³⁶, è, più recentemente, *esplosa*, in conseguenza del giudizio di legittimità promosso nell’ambito del processo sul c.d. *caso Cappato*.

Infatti, l’*iter* processuale seguito nell’occasione, dapprima scandito da un’ordinanza di “incostituzionalità prospettata”¹⁵³⁷, con contestuale monito al legislatore contenente le coordinate entro le quali questi è chiamato a intervenire in vista della data della nuova udienza, e quindi da una sentenza che, in ragione della perdurante inerzia legislativa, accoglie la questione nelle forme dell’additiva di principio¹⁵³⁸, è apparso per ciò stesso fin da subito assolutamente peculiare.

Ad esso, in particolare, si è immediatamente guardato come all’ennesima conferma [...] dell’abilità con cui il Giudice delle Leggi ‘combina’ le proprie tecniche decisorie”¹⁵³⁹.

E del resto, non sembra discutibile che proprio l’atipico *modus procedendi* seguito dalla Corte nel caso di specie abbia contribuito ad alimentare non poco la già incredibile attenzione mostrata dalla dottrina costituzionalistica nei riguardi della vicenda *de qua* in ragione della fitta trama delle questioni valoriali e di merito dedotte nell’occasione alla cognizione dei giudici costituzionali, e del delicato bilanciamento cui questi sono stati chiamati ai fini della definizione dei dubbi di costituzionalità sollevati con riferimento all’art. 580 cod. pen. «nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio in

¹⁵³⁵ Per riprendere il titolo di un lavoro di C. Panzera, *Interpretare. Manipolare. Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, 2013.

¹⁵³⁶ C. Panzera, *Sugli attuali limiti delle tecniche decisorie della Corte costituzionale. Alcune proposte*, in P. Carrozza, V. Messerini, R. Romboli, E. Rossi, A. Sperti e R. Tarchi (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso - La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, Atti del Convegno svoltosi a Pisa il 15 dicembre 2017, Pisa, 2018, p. 340.

¹⁵³⁷ Si tratta dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 24 ottobre – 16 novembre 2018, in www.giurcost.org. La qualificazione qui datane è quella offerta dal Presidente della Corte costituzionale del tempo, Giorgio Lattanzi.

¹⁵³⁸ Corte Costituzionale, sentenza n. 242 del 25 settembre – 22 novembre 2019, in www.giurcost.org.

¹⁵³⁹ C. Salazar, *Morire sì, non essere aggrediti dalla morte. Considerazioni sull’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 1/2019, p. 568, che qui richiama la lezione di C. Panzera, *Interpretare. Manipolare. Combinare*, cit.

alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio».

In realtà, però, qui merito e metodo “cadono insieme”¹⁵⁴⁰. E ciò non solo nel senso che è difficile tenere nettamente distinte le considerazioni di carattere processuale da quelle di merito. Piuttosto, nell’economia del giudizio in questione, scelte assiologiche e di tecnica decisoria si intersecano ed influenzano reciprocamente, sì che può a ragione affermarsi che sono state proprio le prime a spingere infine la Corte a far uso dei propri «poteri di gestione del processo costituzionale», e a modellare sul caso un nuovo tipo di decisione, ossia l’ordinanza ad *incostituzionalità prospettata*.

E se la portata, i limiti e l’efficacia di tale tipo di decisione sono parsi fin da subito dubbi, al pari della più corretta qualificazione di tale nuovo strumento decisorio, che, proprio per il suo carattere assolutamente inedito all’interno dell’armamentario di cui la Corte si è fin qui servita, è stato oggetto di molteplici e diversi tentativi definitivi, di carattere tecnico e non¹⁵⁴¹, non altrettanto enigmatica è parsa invece la *ratio* al fondo di tale opzione decisoria. Questa, infatti, prima ancora che espressiva delle indubbie difficoltà di sintesi delle diverse *voci* che la animano, pare sintomatica dei non pochi ostacoli che la Corte incontra tutte le volte in cui, ai fini della definizione del giudizio di cui è investita, è chiamata a misurarsi con la discrezionalità legislativa, specie se, come nel caso oggetto di sindacato, questa insiste in ambito penale¹⁵⁴².

In particolare, sotto tale profilo, non sembra azzardato sostenere che il vero bilanciamento a cui, nell’occasione, il giudice delle leggi chiama se stesso è proprio quello tra l’esigenza di doveroso ossequio a tale discrezionalità e la necessità di non soffocare, nel rispetto di questa, quel coacervo di valori e beni coinvolti nella questione di legittimità sollevata, al contrario bisognosi di altro e diverso bilanciamento. Ed è proprio in questa prospettiva che la scelta di tipo processuale pare anzi sottendere, da parte della Corte, un’opzione ancor più significativa. Quella a favore di una rimodulazione dei rapporti con il Parlamento, che la Corte, in «uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale», richiama alle proprie responsabilità di regolatore pubblico, conseguentemente riservando, anzitutto ad

¹⁵⁴⁰ Così, M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un’ordinanza ad incostituzionalità differita*, in www.questionegiustizia.it.

¹⁵⁴¹ Una sintesi di tali tentativi è offerta da C. Panzera, *L’ordinanza “una e trina”*, in www.forumcostituzionale.it, p. 1, nota 1.

¹⁵⁴² Al riguardo, A. Pugiotto, *L’altra quaestio del “caso Cappato”: la pena draconiana dell’art. 580 c.p.*, in www.forumcostituzionale.it, pp. 4,5.

esso, «ogni opportuna riflessione e iniziativa» tutte le volte in cui, come nel caso di specie, si tratti di bilanciare valori di primario rilievo costituzionale¹⁵⁴³.

Ad avallare una simile interpretazione è forse anzitutto ciò che la Corte non fa: ad esempio, scegliere, così come pure avrebbe potuto, in applicazione di un ormai risalente indirizzo giurisprudenziale, la strada dell'inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa¹⁵⁴⁴. In questo modo, infatti, tale discrezionalità sarebbe stata certo fatta salva, ma il rispetto ad essa tributato avrebbe permesso la perdurante vigenza di una normativa, quale quella sull'incriminazione dell'aiuto al suicidio, la cui applicazione, assolutamente problematica in quanto *indifferenziata*, risultava al contrario immediatamente bisognosa di un intervento correttivo, in grado di sopire i molti dubbi su di essa sollevati in punto di legittimità. Né diversa è la chiave di lettura in cui pare possa interpretarsi la diversa scelta di non avvantaggiarsi, fin da subito, di una sentenza additiva, che, sempre in forza di una consolidata giurisprudenza costituzionale, pure avrebbe potuto costituire una modalità di snodo del giudizio di legittimità promosso dinanzi ad essa. Qui, in effetti, la discrezionalità vantata dal legislatore in forza del carattere penale della materia non pare più argomento dirimente. Lo ha più volte evidenziato la dottrina¹⁵⁴⁵, e lo ha altresì ben sottolineato la giurisprudenza costituzionale. Proprio questa anzi, pur ribadendo che la scelta delle condotte da incriminare e delle pene da applicare sono di competenza dell'organo parlamentare, in quanto ad esso devolute dalla Costituzione per mezzo della riserva di legge di cui all'art. 25, ritiene "inconcepibile che, proprio laddove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona innanzi alla potestà punitiva pubblica, la Corte debba arrestare il proprio sindacato nei confronti di disposizioni costituzionalmente illegittime, che offendono la libertà personale"¹⁵⁴⁶. Conseguentemente, proprio perché la riduzione, con effetti *in bonam partem*, della portata della norma incriminatrice è possibile laddove la punibilità delle condotte è causa di un *vulnus* ai principi costituzionali, qui, i giudici

¹⁵⁴³ Cfr., V. Marcenò, *La Corte costituzionale e le omissioni incostituzionali del legislatore: verso nuove tecniche decisorie*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, p. 1986 ss.

¹⁵⁴⁴ Sul punto, C. Ruggeri, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircoacervo costituzionale*, in www.giurcost.org, p. 573.

¹⁵⁴⁵ Si leggano, al riguardo, le ormai risalenti ma sempre puntuali osservazioni di G. Marziale, *Proprio inammissibili le sentenze «additive» in materia penale?*, in *Cassazione penale, Massimario annuale*, 1979, p. 48 ss.; nonché quelle di A. Pizzorusso, *Sui limiti alla potestà normativa della Corte costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura penale*, 1982, p. 448 ss.

¹⁵⁴⁶ Così, il Presidente della Corte costituzionale, Giorgio Lattanzi, in occasione della riunione straordinaria del 21 marzo 2019 sulla *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018*, il cui testo, a cura del Servizio Studi della Consulta, è reperibile sul sito: www.cortecostituzionale.it.

costituzionali ben avrebbero potuto elidere “parte della portata applicativa dell’art. 580 c.p., escludendo dalla sanzionabilità penale un limitato fascio di condotte rientrante nel raggio della sua indiscriminata previsione”¹⁵⁴⁷. Ma così non è.

Specie in ragione di ciò, quindi, la scelta della Corte, che, sulle prime, semplicemente prospetta ma non dichiara l’incostituzionalità, sembra chiaramente doversi spiegare in una prospettiva dal respiro più ampio di quello proprio di un giudizio costituzionale. E tale diversa prospettiva pare proprio quella che, guardando ai rapporti istituzionali, li ridefinisce a favore delle forze politiche, e rende il coinvolgimento di queste primario nel *balancing test* imposto dalla questione trattata.

Ciò peraltro non sminuisce il ruolo della Corte. Anzi. Questa, infatti, pur sulle prime dismettendo la veste *normativa* a lungo indossata, pare chiaramente riservare a sé un nuovo spazio d’intervento. E ciò grazie ad un ampliamento del raggio di azione del sindacato di costituzionalità che finisce per attrarre a sé i casi in cui, come in quello di specie, la discrezionalità legislativa, inutilmente chiamata a riempire una lacuna a mezzo di una scelta tra le plurime soluzioni prospettabili, finisca per determinare vuoti di tutela di valori pienamente rilevanti sul piano costituzionale. Altrimenti detto, la mancanza di *rime obbligate* non è più di per sé ostativa all’intervento della Corte in tutte quelle ipotesi in cui essa sia chiamata ad occuparsi nuovamente di questioni in relazione alle quali il monito già rivolto al legislatore, ai fini di un esercizio in concreto della discrezionalità che gli spetta, resti senza seguito¹⁵⁴⁸. In questi casi, insomma, può a ragione sostenersi che la discrezionalità legislativa non è più limite. O meglio, non è più un limite “assoluto”¹⁵⁴⁹.

2. La perimetrazione del sindacato di costituzionalità in rapporto alla discrezionalità legislativa: ovvero, sull’estrema labilità dei confini tra *giurisprudizione* e *legislazione*.

¹⁵⁴⁷ G. Sorrenti, *Intervento al Seminario 2019 “Quaderni costituzionali”*, in www.forumcostituzionale.it, p. 2.

¹⁵⁴⁸ In argomento, cfr. E. Furno, *Il “caso Cappato” ovvero dell’attivismo giudiziario*, in *Osservatorio. AIC*, n. 1/2020.

¹⁵⁴⁹ Sul punto, più diffusamente, M. Ruotolo, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2019, p. 18 ss.

Ripensato criticamente, il meccanismo pretorio dell'incostituzionalità differita così come oggi delineato dalla Corte in risposta alla perdurante latitanza del decisore politico nel farsi carico di questioni che incidono su diritti fondamentali pare chiaramente destinato per il futuro a ridefinire le problematiche connesse all'inerzia parlamentare in una chiave attualmente inedita e ancora tutta da intendere nella sua esatta portata. Nondimeno, però, essa pare fin d'ora idonea ad incidere sui rapporti tra *giurisdizione* e *legislazione* e a rimodularne i confini, accentuando ancor più quella labilità tra i rispettivi ambiti inevitabilmente conseguente al peculiare uso che da anni il giudice costituzionale fa dei propri poteri decisorii, e all'impiego altrettanto strategico che lo stesso compie degli strumenti e delle tecniche forgiati nel tempo al fine di riparare carenze e/o mancanze normative.

Queste, in realtà, sono state da sempre motivo di frizione tra l'organo di giustizia costituzionale e le camere rappresentative; soprattutto a causa delle molte preoccupazioni manifestate da queste ultime riguardo a possibili sconfinamenti dell'azione del primo nella sfera discrezionale propria del potere legislativo. E ciò specie quando, come in ambito penale, tale discrezionalità sia assistita da una serie di garanzie costituzionali, letteralmente volte ad evitare che le scelte di fondo, in materia, siano rimesse alla determinazione di organi diversi da quello a ciò democraticamente legittimato.

Tuttavia, di per sé sole, tali preoccupazioni, cui è chiaramente sottesa la pur insopprimibile esigenza di evitare che il controllo di legittimità costituzionale sconfini in un sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento, sono immediatamente parse inesaurienti i molti profili d'indagine inopinabilmente connessi ad un'analisi sulle lacune normative.

Indiscutibilmente, lo spessore di problematiche quali quelle qui evidenziate, già di per sé indubbio, è comprovato dall'elaborazione, in via dottrinale, di una serie di teorie, quale quella delle *rime obbligate*, in grado di arginare la creatività della Corte in ambito decisorio, confinando le addizioni alla disposizione indubbiata nei limiti dell'individuazione di quella norma "già implicita nel sistema, e magari addirittura ricavabile dalle stesse disposizioni costituzionali di cui ha fatto applicazione – mediante la quale riempire immediatamente la lacuna che altrimenti resterebbe aperta nella disciplina della materia, così conferendo alla pronuncia adottata capacità auto-applicativa"¹⁵⁵⁰. Ugualmente, sempre la necessità di

¹⁵⁵⁰ Cfr. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II, L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte Costituzionale)*, V ed., Padova, 1984, pp. 407, 408.

garantire la discrezionalità legislativa spiega il successivo affermarsi di un diverso dispositivo additivo che, in presenza di plurime soluzioni, tutte ugualmente atte a riparare la lacuna normativa, si arresta alla formulazione dei soli principi, non auto applicativi, destinati a guidare il legislatore nella successiva posizione di disposizioni utili allo scopo. Eppure, è parso ben presto evidente che, in altri casi, ad emergere quale urgenza sia non già la necessità di salvaguardare la discrezionalità legislativa da ogni forma di ingerenza esterna, ma quella di riparare le molte problematiche al contrario naturalmente connesse alla perdurante inerzia dell'organo parlamentare. Sotto questo profilo, anzi, già il ricorso a pronunce additive di principio rimaste senza seguito legislativo denuncia chiaramente la situazione di *stallo* che l'assenza della decisione politica finisce purtroppo per creare. D'altra parte, non meno problematiche sono le questioni legate alle lacune normative conseguenti a quelle omissioni totali del legislatore che sono in grado di riverberarsi a danno della normativa già vigente determinandone l'illegittimità¹⁵⁵¹, ovvero all'impossibilità di temperare, soprattutto sul piano temporale, le conseguenze di una declaratoria di illegittimità¹⁵⁵², aprendo così una crepa all'interno del sistema.

Non può meravigliare, dunque, se, a fronte di problematiche quale quella da ultimo accennata, lo strumentario cui la Corte costituzionale di volta in volta attinge ai fini della definizione delle questioni di legittimità di cui è investita abbia finito, col tempo, per arricchirsi di nuove tecniche decisorie¹⁵⁵³ che, sia pur fortemente criticate in ragione del fragile impianto motivazionale che ne sorregge l'adozione¹⁵⁵⁴, sono parse, fin da subito, meglio rispondenti alle necessità del caso specifico.

Ugualmente, non può sorprendere se il riconfinamento dell'ampiezza dei poteri decisorii della Corte da ciò conseguente abbia via via acuito le preoccupazioni in merito ad una

¹⁵⁵¹ Al fine di intendere la portata di tali problematiche si può, ad esempio, tener conto delle conseguenze prodotte dalla sentenza della Corte costituzionale n. 170 dell'11 giugno 2014 sul c.d. "divorzio imposto": additiva di principio atipica, non auto-applicativa e dai dubbi effetti giuridici. Il testo è reperibile in www.giurcost.org.

¹⁵⁵² Relativamente a tali pronunce, infatti, l'art. 136, comma 1, Cost., stabilisce che «la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione». Quindi, l'art. 30, comma 3, della L. n. 87/1953 puntualizza: «le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione».

¹⁵⁵³ Il riferimento è alla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 13 gennaio 2014, che, in materia elettorale, modula, sul piano temporale, le conseguenze derivanti dalla dichiarazione di incostituzionalità della legge n. 270/2005 con riferimento agli effetti prodotti dalle elezioni del febbraio 2013.

¹⁵⁵⁴ Sotto tale profilo, per una lettura critica della sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 13 gennaio 2014, cit., cfr. C. De Fiores, *La Corte, il Parlamento e l'ordinamento elettorale italiano "uno e trino"*, in *Democrazia e diritto*, n. 2/2015, p. 26 ss.

possibile strozzatura della discrezionalità del potere politico ed abbia perciò stesso spinto ad indagare questa soprattutto in ragione delle tentazioni legiferanti dei giudici costituzionali, e della necessità di mettere le scelte politiche al riparo da ogni forma di condizionamento di tipo giurisdizionale.

Tuttavia, tale impostazione, che pure ha contribuito ad evidenziare le non poche problematicità di una così corposa e complessa giurisprudenza, nonché a ripensare criticamente il ruolo della Corte all'interno dell'intelaiatura costituzionale, pare non di meno aver annichilito l'interesse nei riguardi di qualsiasi indagine concernente il *proprium* della discrezionalità legislativa, togliendo conseguentemente rilievo alla pur controversa ammissibilità del suo mancato esercizio, quale scelta politica, in cui si concreta il risvolto negativo della libertà che ne informa l'uso.

Eppure, proprio le omissioni legislative sono state, specie in passato, oggetto di severe critiche da parte della dottrina, in molta parte poco incline a giustificare l'inerzia parlamentare in ragione della posizione di sovranità rivestita dall'organo. E ciò soprattutto alla luce dei limiti che a tale sovranità oppone un sistema a costituzione rigida¹⁵⁵⁵. A fronte, infatti, di principi o norme costituzionali che, per la loro piena attuazione, richiedono “un fare positivo dell'organo legiferante”¹⁵⁵⁶, ovvero a statuizioni costituzionali che addirittura contengono un espresso rinvio a leggi destinate ad attuarle, l'inerzia parlamentare è parsa assolutamente censurabile, in quanto contraria alla necessità di implementazione dei valori e principi costituzionali all'interno del tessuto legislativo, e quindi della società tutta.

In questo senso, anzi, la salvaguardia di beni ed interessi di rilievo costituzionale ha addirittura spinto certa dottrina¹⁵⁵⁷ a prospettare, già molti anni fa, la possibilità di correggere le storture conseguenti alla mancata emanazione della legge a mezzo di una pronuncia del giudice costituzionale, tutte le volte in cui questa sia sorretta dalla necessità di preservare beni e diritti fondamentali.

Svilto dalle molte critiche che ne denunciano un inaccettabile attacco alla sovranità parlamentare, l'insegnamento di Mortati pare tuttavia riecheggiare al fondo della più recente giurisprudenza costituzionale, che, in esso, anzi pare trovare un ulteriore importante aggancio teorico.

¹⁵⁵⁵ Acute, al riguardo, le osservazioni di C. Mortati, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Il Foro italiano*, n. 93/1975, pt. 5, p. 261.

¹⁵⁵⁶ Così, C. Mortati, *ult. op. cit.*, p. 153.

¹⁵⁵⁷ Il riferimento è sempre alla lezione di C. Mortati, *ult. op. cit.*, p. 154.

Ed infatti, la Corte che, accertata l'incostituzionalità della disposizione indubbiata, sulle prime non accoglie la questione di legittimità costituzionale sottoposta al suo sindacato per rispetto della discrezionalità del legislatore, cassando la disposizione *de qua* con un'additiva di principio solo a seguito della perdurata inerzia dell'organo parlamentare, pare, in queste ipotesi, non soltanto attualizzare l'idea di una supplenza giudiziaria, ma soprattutto legittimarla in pieno tutte le volte in cui essa sia sorretta dalla necessità di soddisfare, in luogo di un legislatore assente, pretese dall'indubbio fondamento costituzionale.

Indiscutibilmente, in ciò potrebbe altresì trovarsi risposta all'ormai risalente *querelle* concernente l'estensibilità all'organo legislativo del trattamento giuridico già previsto a livello ordinamentale per le omissioni imputabili agli organi del potere amministrativo ovvero giurisdizionale¹⁵⁵⁸.

Anzi, sotto tale profilo, la pronuncia *de qua*, la cui analisi ad oggi oscilla tra la lamentata *rottura* delle regole processuali¹⁵⁵⁹ e la salvaguardia delle esigenze di giustizia sostanziale¹⁵⁶⁰, parrebbe addirittura suggerire le necessità di ripensare ad una responsabilità *per omissioni legislative* quale articolazione della ormai pacifica responsabilità "per atti legislativi"¹⁵⁶¹.

Certo si tratta di un'ipotesi *estrema*, perseguendo la quale non solo si potrebbe arrivare a sconfessare in pieno la *ratio* della discrezionalità legislativa, ma si finirebbe altresì per incrinare *in toto* i rapporti che attualmente, sul piano istituzionale, legano tra loro l'organo di rappresentanza democratica e quello di giustizia costituzionale.

Piuttosto, a fronte di ciò si impone il recupero di un parlamentarismo *operoso* che recuperi le ragioni del mandato ricevuto.

E tuttavia non vi è chi non veda come, in forza della giurisprudenza inaugurata dal c.d. *caso Cappato*, la discrezionalità legislativa soffra importanti limiti, non solo nell'*an*, per la possibilità di essere scalzata dall'interventismo giudiziario, ma anche per il *quomodo*, stante la perimetrazione che l'azione parlamentare subisce per effetto dell'indicazione dei

¹⁵⁵⁸ Su cui ancora C. Mortati, *ult. op. cit.*, p. 153.

¹⁵⁵⁹ Come fa E. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio*, in *Quad. cost.*, n. 3/2019, p. 531 ss.

¹⁵⁶⁰ Su cui, M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale*, cit., p. 19 ss.

¹⁵⁶¹ Al riguardo, cfr. R. Bifulco, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999.

profili rispetto ai quali, come nel caso di specie, essa è chiamata ad intervenire¹⁵⁶².

Abstract: Quali sono i *confini* del sindacato di legittimità in rapporto alla discrezionalità legislativa? E quale, quindi, l'ampiezza della giurisdizione costituzionale in relazione alla sfera del politico?

Il saggio che riflette sull'argomento attraverso la lente della giurisprudenza costituzionale, ed in particolare alla luce delle diverse tecniche decisorie di cui nel corso del tempo i giudici costituzionali si sono serviti al fine di riparare omissioni legislative pregne di conseguenze, si sofferma specificamente sul peculiare *modus procedenti* utilizzato dalla Corte nella definizione del giudizio di legittimità promosso nell'ambito del processo sul c.d. *caso Cappato*. L'*iter* processuale seguito nell'occasione, dapprima scandito da un'ordinanza di "incostituzionalità prospettata", e quindi da una sentenza che, in ragione della perdurante inerzia legislativa, accoglie la questione nelle forme dell'additiva di principio, offre infatti non pochi spunti di riflessione utili a ripensare il tema in una chiave che, ad oggi certamente inedita, si palesa al tempo stesso non meno problematica.

Abstract: What are the limits of the legitimacy judgment in relation to legislative discretion? And what, then, the extent of the constitutional jurisdiction in relation to the sphere of politics?

The article that analyzes the issue through the lens of constitutional jurisprudence, and in particular in consideration of the various decision-making techniques which the constitutional judges have used over time to repair legislative omissions full of consequences, focuses specifically on the peculiar *modus procedenti* used by the Court in defining the constitutional legitimacy judgment promoted in the context of the so-called *Cappato case*. The procedure used on the occasion, first characterized by an order of "unconstitutional envisaged", and then by a ruling which, due to the persistent legislative inertia, accepts the issue with an additive ruling of principle, in fact offers many ideas for useful reflection to rethink the theme in a perspective that, undoubtedly unpublished to date, is at the same time not less problematic.

¹⁵⁶² Ben sottolineata, per tale profilo, la portata assolutamente innovativa della decisione della Corte, C. Masciotta, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti": i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*; in www.federalismi.it.

Parole chiave: caso Cappato – discrezionalità legislativa – limiti al giudizio di legittimità costituzionale – incostituzionalità prospettata – tecniche decisorie.

Key words: Cappato case – legislative discretion – limits on the constitutional legitimacy judgment – unconstitutionality envisaged – decision-making techniques.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Gaetano Azzariti – Professore ordinario di diritto costituzionale – Università di Roma “La Sapienza”

Camilla Buzzacchi – Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Milano Bicocca

Marina Calamo Specchia – Professore ordinario di Diritto costituzionale comparato – Università di Bari “Aldo Moro”.

Laura Cappuccio – Professore associato di Diritto costituzionale – Università di Napoli “Federico II”

Maria José Carazo Liébana – ** Profesora titular de Derecho constitucional – Universidad de Jaén

Stefania Cavaliere – Dottore di ricerca in Diritto e cultura dell’economia. Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Bari “Aldo Moro”

Marcello Cecchetti – Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi di Sassari

Francesco Clementi – Professore associato di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Perugia

Armando de Crescenzo – Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Napoli “Federico II”

Luca Di Majo – Ricercatore t.d. lett. a) di Istituzioni di diritto pubblico – Università della Campania “L. Vanvitelli”.

Gennaro Ferraiuolo – Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli
“Federico II”

Virgilia Fogliame – Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Napoli
“Federico II”

Erik Furno – Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Napoli
“Federico II”

Silvio Gambino – Professore Emerito di Diritto pubblico comparato – Università della
Calabria

M^a Pilar García Rocha – Professoressa di Diritto costituzionale – Università di Murcia

Ignacio González García – Profesor de Derecho Constitucional – Universidad de Murcia

Barbara Guastaferrò – Professore associato di Diritto costituzionale – Università di Napoli
“Federico II”

Luca Longhi – Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico – Università telematica
Universitas Mercatorum

Alberto Lucarelli – Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli
“Federico II”

Vicente Garrido Mayol – Catedrático de Derecho constitucional – Universidad de Valencia

Daniela Messina – Professore a contratto di Diritto dell’informazione e dell’informatica –
Università di Napoli “Parthenope”

Franca Meola – Dottore di ricerca – Scuola Europea di Studi Avanzati di Napoli

Jorge Lozano Miralles – Catedrático de Derecho constitucional – Universidad de Jaén

Daniela Mone – Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico – Università della Campania
“L. Vanvitelli”

F. Musella – Professore ordinario di Scienza politica – Università di Napoli “Federico II”

Fulvio Pastore – Professore associato di Diritto costituzionale – Università di Cassino e del
Lazio Meridionale

Filippo Patroni Griffi – Presidente del Consiglio di Stato

Marco Plutino – Professore associato di Diritto costituzionale – Università degli Studi di
Cassino e del Lazio Meridionale

Luis Pomed Sánchez – Letrado del Tribunal Constitucional. Profesor de Derecho
Administrativo – Universidad de Zaragoza

Sabrina Ragone – Professoressa associata di Diritto pubblico comparato – Università di
Bologna

Roberto Romboli – Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università di Pisa

Silvia Romboli – Professoressa di Diritto costituzionale – Universidad Ramon Lull –
ESADE – Barcellona

Guido Saltelli – Dottorando di ricerca in diritti umani. Storia, teoria e prassi – Università
di Napoli “Federico II”

Mayte Salvador Crespo – Profesora Titular de Derecho Constitucional – Universidad de
Jaén

Pasquale Serrao d'Aquino – Magistrato addetto all'Ufficio Studi del CSM

Nicolàs Pérez Sola – Catedrático de Derecho constitucional – Universidad de Jaén

Sandro Staiano – Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli
“Federico II”

Maria Teresa Stile – Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico – Università Telematica
“Pegaso”

Ignazio Spadaro – Dottore di ricerca in Giurisprudenza e Tutor di Diritto costituzionale –
Università di Catania

Alfonso Vuolo – Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli
“Federico II”