

# 3.2015 Europa nella crisi: Quo vadis?

# 3.2015 Europa nella crisi: Quo vadis?



## Percorsi costituzionali

Giuseppe de Vergottini  
Politiche europee:  
stallo o regresso?

Enrique de Miguel Canuto  
Espacio competencial  
para la actuacion  
del Banco Central Europeo

Paulo Rangel  
The current challenges  
of Europe in the view of  
the European Parliament

Peter Häberle  
Le cinque crisi  
nell'Europa dell'UE:  
nuove applicazioni  
e limiti della teoria  
costituzionale per l'Europa

Ulrike Haider-Quercia  
Attori europei in ritardo:  
i Parlamenti nazionali  
in ricerca del loro ruolo  
europeo

Konatsu Nishigai  
Representation  
without interpreter

Giuseppe Guarino  
*Requiem* per un'Europa  
mai nata

Giuliana G. Carboni  
Referendum  
e rappresentanza  
nell'Unione europea

Caterina Drigo  
Le Mécénat culturel  
dans le système  
constitutionnel italien

Luigi Melica  
L'Unione politica in crisi

Federico Savastano  
Allargamento e confini  
dell'Unione europea

Alessandro Martinuzzi  
Un'analisi comparata  
sull'uso del precedente  
di fronte alle Corti  
costituzionali

Lucia Serena Rossi  
L'Unione è per sempre?

Gaspere Fiengo  
Le missioni di pace  
dell'Unione europea  
nel quadro della politica  
di sicurezza e difesa comune

Paul Laband  
Le trasformazioni  
della Costituzione tedesca

Dominique Rousseau  
La crise en Europe:  
un défaut de politique

Raffaele Chiarelli  
Brevi note sul contributo  
delle politiche  
dell'immigrazione  
alla fragilità dell'Unione  
europea

Clemente Forte  
Postfazione

Edoardo Raffiotta  
Per un governo  
dell'economia  
nell'Unione europea

Antonin Scalia  
(1936-2016)

fMC  
Fondazione Magna Carta

# Percorsi costituzionali

3.2015



**Jovene editore**

**Direttore**

Giuseppe de Vergottini

**Condirettore**

Tommaso Edoardo Frosini

**Comitato scientifico**

Luca Antonini, Paolo Armaroli, Mario Bertolissi, Paola Bilancia  
Beniamino Caravita di Toritto, Ginevra Cerrina Feroni, Achille Chiappetti  
Claudio Chiola, Fabio Cintioli, Mario Comba, Giovanni Cordini  
Giuseppe Franco Ferrari, Guido Guidi, Giampaolo Ladu, Vincenzo Lippolis  
Aldo Loidice, Susanna Mancini, Stefano Mannoni, Manlio Mazziotti di Celso  
Luca Mezzetti, Giuseppe Morbidelli, Roberto Nania, Ida Nicotra, Raffaele Perna  
Giovanni Pitruzzella, Giulio Maria Salerno, Lorenza Violini, Nicolò Zanon

**Comitato scientifico internazionale**

Armin von Bogdandy (Germania), Selin Esen (Turchia)  
Marcelo Figueiredo (Brasile), Anna Gamper (Austria)  
Yasuo Hasebe (Giappone), Chris Himsworth (Scozia)  
Peter Leyland (Inghilterra), Otto Pfersmann (Francia)  
Calogero Pizzolo (Argentina), Michel Rosenfeld (USA)  
Dominique Rousseau (Francia), Pedro Tenorio (Spagna)

**Segreteria di Redazione**

Ulrike Haider Quercia

**Amministrazione e pubblicità**

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli - Italia  
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87  
website: [www.jovene.it](http://www.jovene.it) email: [info@jovene.it](mailto:info@jovene.it)

**Condizioni di abbonamento:** € 70,00

**Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore:**

- a)** con versamento sul c.c. bancario IBAN IT62G0307502200CC8500241520  
o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento;  
**b)** a ricezione fattura; **c)** on line collegandosi al sito dell'Editore: [www.jovene.it](http://www.jovene.it).

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo  
se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.  
I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore  
su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

I contributi pubblicati su questo fascicolo sono soggetti a valutazione  
da parte di un comitato di referee.

La pubblicazione di questo volume è stata cofinanziata con fondi PRIN 2010-2011 –  
codice CUP: B61J12000510008.

Finito di stampare nel marzo 2016 - Ink Print Service - Napoli.

**Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 17 del 25 marzo 2014.**

# INDICE

3.2015

*Europa nella crisi: Quo vadis?*

## EDITORIALE

GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *Politiche europee: stallo o regresso?* ..... p. 301

## SAGGI

PETER HÄBERLE, *Le cinque crisi nell'Europa dell'UE: nuove applicazioni e limiti della teoria costituzionale per l'Europa* ..... » 319

GIUSEPPE GUARINO, *Requiem per un'Europa mai nata* ..... » 337

LUIGI MELICA, *L'Unione politica in crisi* ..... » 351

LUCIA SERENA ROSSI, *L'Unione è per sempre?* ..... » 375

DOMINIQUE ROUSSEAU, *La crise en Europe: un défaut de politique ...* » 385

EDOARDO RAFFIOTTA, *Per un governo dell'economia nell'Unione europea* ..... » 395

ENRIQUE DE MIGUEL CANUTO, *Espacio competencial para la actuación del Banco Central Europeo* ..... » 413

ULRIKE HAIDER-QUERCIA, *Attori europei in ritardo: i Parlamenti nazionali in ricerca del loro ruolo europeo* ..... » 429

GIULIANA GIUSEPPINA CARBONI, *Referendum e rappresentanza nell'Unione europea* ..... » 451

FEDERICO SAVASTANO, *Allargamento e confini dell'Unione europea* » 479

GASPARE FIENGO, *Le missioni di pace dell'Unione europea nel quadro della politica di sicurezza e difesa comune* ..... » 495

RAFFAELE CHIARELLI, *Brevi note sul contributo delle politiche dell'immigrazione alla fragilità dell'Unione europea* ..... p. 511

PAULO RANGEL, *The current challenges of Europe in the view of the European Parliament* ..... » 525

## OSSERVATORIO

KONATSU NISHIGAI, *Representation without interpreter* ..... » 533

CATERINA DRIGO, *Le Mécénat culturel dans le système constitutionnel italien* ..... » 547

ALESSANDRO MARTINUZZI, *Un'analisi comparata sull'uso del precedente di fronte alle Corti costituzionali* ..... » 559

## PASSATO E PRESENTE

PAUL LABAND, *Le trasformazioni della Costituzione tedesca* ..... » 581

CLEMENTE FORTE, *Postfazione* ..... » 609

## RICORDO

*Antonin Scalia (1936-2016) (T.E.F.)* ..... » 619

*Elenco collaboratori* ..... » 621

# EDITORIALE



GIUSEPPE DE VERGOTTINI

## POLITICHE EUROPEE: STALLO O REGRESSO?

Mai come negli ultimi anni l'opinione pubblica è stata costretta a prendere atto della incapacità della Unione europea a far fronte alle concrete esigenze dei cittadini e delle imprese. La maggior parte degli obiettivi che secondo i trattati avrebbero dovuto essere conseguiti grazie al ruolo della Unione si sono rivelati non raggiungibili. Nei mesi più recenti la drammatica crisi greca, l'ondata delle migrazioni e l'aggressione del terrorismo islamista hanno incontrato come risposta soltanto un balbettio a livello comunitario dando a volte l'impressione di una assoluta inutilità della costruzione europea e giustificando come reazione un forte recupero dei poteri di intervento statali.

La situazione di fronte ai nostri occhi è sicuramente critica. *Percorsi costituzionali*, sempre attenta a vagliare criticamente la realtà dei comportamenti delle nostre istituzioni, non vuole sottrarsi a una riflessione sullo stato delle istituzioni e delle politiche europee. In proposito siamo coscienti del fatto che sulla integrazione economica e politica europea e sulle soluzioni organizzative da attuarsi per conseguirla si è scritto molto, a volte in modo realistico, spesso in modo retorico condizionando la situazione oggettiva a una vulgata europeista che ha fatto spesso perdere di vista il profondo distacco fra un ideale federalista e la più concreta realtà degli interessi nazionali. Ci proponiamo quindi di proporre qualche considerazione che investa il processo di integrazione europeo nel suo complesso, tenendo conto delle profonde criticità ormai manifeste ma senza indulgere ad affrettate conclusioni negative sul proposito stesso di integrazione. I contributi che si pubblicano si pongono l'obiettivo di offrire ai lettori gli strumenti per una lettura argomentata della crisi che attraversiamo.

Perché si è giunti a questa situazione di grande difficoltà che rende difficile intravedere conclusioni positive della complessa crisi?

a) Crediamo che una delle ragioni di fondo vada ricercata negli errori politici di prospettiva della costruzione europea.

In primo luogo un eccesso di allargamento della primitiva unione. L'aumento accelerato di allargamenti ha reso problematico il passaggio alla integrazione fra comunità nazionali vicine sotto alcuni profili ma molto distanti sotto altri.

Quindi troppi *partners*. E fra questi progressivamente sempre più numerosi quelli che dopo aver fatto sforzi per essere ammessi alla Unione al fine di approfittare dei vantaggi del mercato unificato si sono poi rivelati ostili al processo integrativo in quanto gelosissimi della riconquistata piena sovranità dopo la fine del blocco sovietico.

b) In secondo luogo la inadeguatezza delle formule istituzionali sperimentate.

Accantonato il modello istituzionale integrativo incentrato su Commissione, Parlamento e Corte, il centro decisionale del processo politico è costituito dalla compresenza necessaria di tutti i partecipanti e quindi dalla prevalenza della formula intergovernativa.

Punto critico del sistema di integrazione è un parlamento che non rappresenta i popoli europei. O meglio, che formalmente lo fa ma nella sostanza non è sentito come rappresentativo dai vari corpi elettorali nazionali. Risultato è un parlamento con scarsa o latitante legittimazione. Un parlamento di cui nessuno, a parte gli esperti, conosce bene quello che fa o dovrebbe fare. Un parlamento che non prova imbarazzo nell'impegnare due sedi a distanza di poche centinaia di chilometri l'una dall'altra per svolgere il suo lavoro con un carico inutile e spaventoso di oneri per le finanze dell'Unione e di riflesso per gli stati.

Altro punto negativo. La Commissione, quale esecutivo espressione del momento integrativo, è afflitta da una complessa e spropositata macchina amministrativa. Dominata dagli eurocrati considerati come avulsi da ogni rapporto di contiguità con le politiche e gli interessi nazionali, invisibili alle opinioni pubbliche. Assolutamente carenti di legittimazione.

A una carenza di legittimazione degli organi politico-amministrativi espressione dell'integrazione si sostituisce una forte legittimazione della giurisdizione comunitaria. Ma qui si manifesta una singolare cesura nel processo di legittimazione dell'insieme delle

istituzioni. La legittimazione della Corte non proviene dai popoli degli stati membri che la ignorano. Il soggetto collettivo legittimante è il ceto dei giuristi che deve fare i conti col complicato intreccio di competenze fra giurisdizioni nazionali gelose della sovranità dei rispettivi stati e giurisdizione comunitaria posta a presidio dei vincoli imposti dai trattati.

E ciò che può apparire singolare è il fatto che la forte legittimazione della Corte permane nonostante la evidente crisi politica che affligge la Unione da almeno un decennio. Dunque la legittimazione che la corporazione dei giuristi e i giudici nazionali costantemente continuano a riservare alla Corte compensa la profonda incrinatura del prestigio istituzionale degli organi politico-amministrativo che sussiste soltanto per l'organo intergovernativo.

c) Ormai è pacifico che fra le istituzioni dotate di potere politico amministrativo l'unico centro istituzionale che conta è dato dal Consiglio.

L'organo intergovernativo costituisce il fulcro decisionale della Unione. Sono i rappresentanti dei 28 stati che sono in grado di dare l'impronta determinate alle politiche della Unione. Ma sarebbe ingenuo e contrario alla realtà pensare che vi sia una equivalenza di peso della volontà dei membri. Tutti hanno coscienza del ruolo di forza sempre assunto nel tempo da alcuni paesi, o come singoli o in combinazioni ristrette secondo la formula del direttorio. Negli anni recenti è la Germania che si è imposta come *leader* dell'organo decisionale politico.

Quindi consolarsi pensando che l'inefficienza degli organi di integrazione bene o male sia supplita dall'organo intergovernativo significa non voler vedere l'attuale situazione di sbilanciamento all'interno dei 28. Non si può dire che l'organo comune degli stati governi l'Unione quando sia evidente che le decisioni finali maturano e si concludono soltanto se lo stato *leader* è d'accordo.

Sostenere che per risolvere le crisi economico-monetaria gli stati bisognosi di aiuto dovrebbero dare più potere al centro trasferendo alla Unione altri pezzi di sovranità significa quindi dare la possibilità giuridica ai ministri dell'attuale paese guida di avere l'ultima parola, come avvenuto a proposito del ministro delle finanze tedesco per la soluzione della crisi greca. Spesso poi è prevalso per l'economia il metodo del direttorio, guidato di fatto dalla Germania

e reso insuperabile con il potere di veto. Dunque è del tutto pacifico che ci si è affidati al solo metodo intergovernativo. Per la politica estera e per gli interventi esterni non si è neppure arrivati a questo: l'Unione ha proceduto in ordine sparso, anche se la posta in gioco era comune: così per l'Irak, così per il Medio Oriente, dalla Libia alla Siria.

d) Si fa presente da più parti che l'attuale situazione di inadeguatezza della macchina europea deriverebbe dalla *carenza di un governo comune* dell'Unione europea per gestire le migrazioni, per combattere il terrorismo e per assicurare la sicurezza e la difesa. Ovviamente è evidente che occorrerebbe una gestione unitaria delle frontiere esterne dell'Europa e una gestione coordinata dell'immissione dei migranti sia quanto ai numeri globali da accettare sia quanto alle destinazioni specifiche entro l'Unione. Riguardo al terrorismo la presenza di una *intelligence* comune, con gestione trasparente e comune dei dati, avrebbe forse evitato le conseguenze tragiche degli attentati in Francia. Quanto a una difesa comune europea, in linea di principio avviabile già con il Trattato di Lisbona, costerebbe ai cittadini molto meno di quanto deriverebbe dalla sommatoria di interventi singoli e sarebbe in pari tempo molto più efficace. Ciò che servirebbe per affrontare le sfide sarebbe dunque un *governo comune* dell'Unione, che sinora è mancato. Per la sfida dell'economia è necessaria e giuridicamente possibile una cooperazione rafforzata entro l'Eurozona con un ancoraggio al Parlamento europeo; per la difesa è possibile una cooperazione strutturata anche circoscritta ad alcuni Paesi. Per le immigrazioni e per il terrorismo una configurazione ristretta che divida al suo interno l'Europa non sembra invece praticabile.

Si tratterebbe di capire cosa debba intendersi per governo comune. Soluzioni nuove da raggiungere con nuovi accordi fra stati o, semplicemente, utilizzo degli apparati attuali ma in modo da evitare le deficienze fino ad oggi riscontrate? Si può rispondere alla domanda dicendo che istituire un governo comune significa decidere insieme, naturalmente a maggioranza, ove non vi sia accordo tra tutti i governi; affidare ad un'autorità singola (la Commissione) il compito di svolgere e rendere operative le decisioni; ancorare le decisioni legislative e politiche al voto del Parlamento europeo. Se la risposta deve essere in questi termini occorre prendere atto che

tutto questo in realtà dovrebbe già essere da tempo pratica comune ma così non è stato in concreto.

Qualcuno ha riproposto di insistere sulla necessità di una struttura federale europea. Proposta del tutto svincolata dalla realtà e sicuramente non percorribile. Evidentemente si finge di ignorare come il pretendere di imporre ulteriori cessioni di sovranità sarebbe un passo respinto coralmemente degli stati. L'esperienza non esaltante del fallimento del trattato costituzionale non ha insegnato niente. Il trattato avrebbe dovuto consentire una vera e propria costituzione della Unione pur in assenza di una unica comunità politica europea. In altre parole, avrebbe dovuto instaurare qualcosa di sostanzialmente simile a uno stato federale europeo soddisfacendo le antiche aspettative del movimento federalista. Ma il risultato non è stato possibile. In realtà dal punto di vista fattuale la Unione aveva inteso bruciare i tempi tendendo tramite i suoi organi a individuare una costituzione nei principi fondamentali che reggono la costruzione comunitaria. Principi-valori caratterizzanti, dapprima elaborati in sede giurisprudenziale e poi inseriti nei trattati. Adozione della Carta dei diritti fondamentali, presenza di un complesso di organi e di fonti normative, presenza di soggetti destinatari delle normative, sistema di garanzie giurisdizionali, erano tutti elementi da cui veniva desunta la natura costituzionale della normativa di riferimento. Questo indirizzo, presente in modo forte nella giurisprudenza comunitaria, tendeva a valorizzare al massimo il principio del primato del diritto comunitario e della sua efficacia diretta nell'ordine giuridico statale e portato alle estreme conseguenze tendeva a far emergere la pretesa di una superiorità gerarchica delle fonti comunitarie rispetto a quelle statali fino ad individuare una costituzione europea condizionante quelle statali. Ma, si ripete, mai nella realtà gli stati hanno ammesso una forma di potere comunitario che mettesse in disparte le varie sovranità interessate al processo integrativo.

e) Per proceder in modo realistico è inevitabile essere consapevoli di un fenomeno che accompagna da sempre il ruolo degli stati, anche in seno alle unioni internazionali costituito dal diverso peso della sovranità. Esistono sovranità forti e deboli. Niente di nuovo, quindi, bastando prenderne atto in modo onesto senza continuare a confondere le regole giuridiche con quelle della prassi politica.

Questo spiega senza difficoltà il diverso svolgersi degli atteggiamenti degli stati per affrontare le più recenti crisi. La crisi dell'euro ha condotto alla contrapposizione fra stati debitori e stati creditori. La crisi dei rifugiati alla contrapposizione fra stati dell'Est contrari al transito e alla ospitalità e quelli dell'ovest più disponibili. La crisi del terrorismo ha visto l'isolamento della Francia disposta alla maniera forte rispetto alla generalità dei partners di fatto contrari al rischio di impegno militare. E si potrebbe continuare con gli esempi.

*f)* Il richiamo alla sovranità porta inevitabilmente a sottolineare come sia del tutto chiaro che gli stati non vi vogliono rinunciare. Quanto hanno deciso con i trattati è, oggi e in prospettiva, il massimo possibile. Quindi basta con le fughe in avanti verso un vagheggiato modello federale.

Il discorso è del tutto diverso. La spinta odierna che tende a espandersi è per un recupero di sovranità almeno in via di fatto. Aumenta il numero degli stati che vorrebbero recuperarla. Per questo è attuale il dibattito in Gran Bretagna sul Brexit.

Aumentano i movimenti e partiti euroscettici e dove vincono le elezioni sono le politiche ufficiali degli stati che mettono freni a una lettura integrazionista degli impegni.

Particolarmente indicativa la posizione britannica imperniata sul tema della sovranità nazionale. Cameron vuole che sia formalmente chiarito che il Regno Unito è escluso dall'obbiettivo di perseguire un'Unione sempre più stretta. Al contempo vorrebbe rafforzare la possibilità dei parlamenti nazionali (attualmente prevista in maniera blanda dai primi due protocolli allegati al Trattato di Lisbona) di bloccare la legislazione europea, rafforzando al contempo la regola della sussidiarietà. Si aggiunge la richiesta che riguarda la riduzione dell'immigrazione intracomunitaria e, più in generale, l'intento di neutralizzare le sentenze della Corte che hanno troppo allargato il campo di applicazione della libera circolazione delle persone. Inoltre i cittadini di altri Stati membri che si recano a lavorare in Inghilterra dovrebbero contribuire al sistema sociale per quattro anni prima di avere titolo per usufruire dei benefici sociali. Pretese queste che sconfessano il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità e quello della libera circolazione dei lavoratori, come codificati dai trattati, dalla giurisprudenza della

Corte di Giustizia e dalla legislazione derivata. Tra l'altro alcune modifiche richiederebbero la revisione degli attuali trattati, soprattutto per quel che concerne la *governance* dell'area euro. Inoltre, nonostante la Corte di Giustizia abbia recentemente adottato un approccio più restrittivo che in passato sui diritti dei cittadini di altri Stati membri ad usufruire di benefici sociali nel paese ospitante, le limitazioni prospettate sembrano contrarie ai principi fondamentali del trattato.

g) Le richieste inglesi potrebbero fornire una occasione per una revisione dei trattati che comunque, almeno teoricamente, sarebbe prevista nel 2017 per incorporare il *Fiscal Compact*. Ma, più in generale non si può escludere che siano proponibili revisioni. Naturalmente non si trascuri che la revisione è di per sé un processo faticoso e rischioso, in quanto ciascun parlamento nazionale dovrebbe ratificarla. Sembra che il governo italiano qualcosa intenderebbe proporre in vista della ricorrenza nel prossimo 2017 dei sessant'anni del trattato di Roma sulla Comunità economica.

Il discorso è impegnativo. Non dimentichiamo che il trattato attuale prevede il recesso e quindi rende in teoria agevole una nuova discussione dei precedenti impegni, tenendo conto dell'affermazione dei movimenti contrari alla integrazione, potrebbe scatenare orientamenti disgreganti l'Unione e quindi di segno opposto a chi auspica un rafforzamento in senso federale della stessa. A questo punto bisognerà chiarire se sia perseguibile e credibile la strada di un rafforzamento della Unione in senso politico, individuando anche una responsabilità della stessa sul fronte della unione fiscale, oppure se si dovrà realisticamente prendere atto di una situazione di stallo o addirittura di regresso confermando il fallimento di più ampie illusioni di integrazione mantenendo quindi le attuali regole e prendendo atto della prevalenza del metodo intergovernativo.

Conclusivamente, le questioni sul tappeto sono numerose e complesse e a queste è dedicato lo sforzo di analisi che si offre al lettore.



GIUSEPPE DE VERGOTTINI

## EUROPEAN POLICIES: STANDSTILL OR REGRESSION?

Never as in the last years, the public opinion has been constrained to take conscience of the EU inability to tackle the concrete needs of the citizens and the enterprises. Most of the goals that should have been attained through the Union under the Treaties appeared to be not achievable. In the recent months, the dramatic Greek crisis, the migration wave and the Islamist terrorist aggression received as an answer from the Community just a babble giving at times the impression of an absolute uselessness of the European organization and justifying a strong reclaim of state powers.

The situation in front of us is certainly critical. *Percorsi costituzionali* is always attentive to critically analyze the reality of our institutions' behaviors and, therefore, it won't elude a thorough consideration of the state of the European institutions and policies. In this regard, we are aware that much has been written about the economic and political integration of Europe and the organizational solutions that have to be implemented in order to achieve it. Sometimes the approaches to this issue are realistic, but more often they are expression of a rhetoric that conditions the objective situation to a Europeanist vulgate blurring the gap between a federalist ideal and the most concrete reality of national interests. It's, hence, our intention to propose some consideration about the European process of integration as a whole, taking into account the profound criticalities already manifested without indulging in superficial negative conclusions upon the purpose of integration. The several contributions presented in this publication are destined to offer the reader instruments for a reasoned comprehension of the crisis we have been living.

Why have we got this situation of great difficulty so far that is difficult to see positive conclusions to this crisis?

a) We believe one of the main reasons of that lies in the political mistakes of perspective on the European infrastructure.

First of all, an excessive enlargement of the original union. The accelerated increase of enlargement aggravated the process of integration among national communities that are similar under certain profiles but very far under others.

Therefore, too many *partners*. It's not of little importance that a greater number of these States are those who made many efforts to be admitted in the Union in order to benefit of the unified market and, subsequently, showed hostility to the process of integration as a consequence of some sort of jealousy for the full sovereignty acquired after the end of the Soviet union.

b) Secondly, the inadequacy of the experimented institutional infrastructures.

Once the institutional model of integration based on the Commission, the Parliament and the Court was set aside, the decisional pivot of the political process has been characterized by the necessary coexistence of all the participants and so by the prevalence of the intergovernmental formula.

A critical point of the system of integration is a parliament who does not represent the European peoples. More properly, it must be said the European Parliament does that only formally since it is not substantially perceived as representative of the several national electoral bodies. The result is a Parliament with a scarce or missing legitimacy. A Parliament of which nobody, but the experts, knows well what it does or what it should do. A Parliament who is not embarrassed of occupying two different buildings that are few hundreds kilometers far from each other with a useless and worrying waste of money of the Union and, indirectly, of the States.

Another negative point. The Commission, as the executive expression of the integration moment, is afflicted by a complex and gargantuan administrative machine. Such an apparatus is dominated by Eurocrats who are considered as extraneous from any relation with the national interests and policies and, therefore, tend to attract the hostility of the public opinions. These subjects do lack in legitimacy.

The lack of legitimacy of the political-administrative organs that are expression of integration is compensated by a strong legit-

imacy of the community jurisdiction. Here, however, we found a singular break in the process of legitimation of the complex of institutions. The Court's legitimacy does not derive from the Member States' peoples who in fact ignore it. The collective subject who provides legitimacy is the class of legal experts that has to deal with the complex intertwinement of competences between national jurisdictions which are jealous of the respective State sovereignty and the community jurisdiction in charge of protecting the application of the treaties.

Indeed, what may seem singular is that the strong legitimacy of the Court is preserved notwithstanding the evident political crisis which has been affecting the Union for a decade. Therefore, the corporation of legal experts and national judges keep constantly recognizing to the Court a legitimacy that compensates the deep fall of institutional prestige of the political-administrative organs that is still present only in regard of the intergovernmental organ.

*c)* It is now clear that the sole institutional center that counts, among the institutions provided with political administrative power, is the Council.

The intergovernmental organ represents the decisional pivot of the Union. The 28 State representatives are in the condition to mainly affect the Union policies. However, the wills of the different members are not equivalent in weight and thinking to the contrary would be ingenuous and far from the reality. Everybody is aware of the strong role played at times by some countries, intended as singles or as restricted combinations in the form of a directory. In the recent years, Germany has acted as the leader of the political decisional organ.

For these reasons, the idea that the inefficiencies of the organs of integration have been somewhat compensated by the intergovernmental organ provides a consolation which hinders the appreciation of the unbalance among the 28 States. We cannot really say that the common organ of the States governs the Union when it's clear that the final decisions are adopted exclusively with the leader's consensus.

If we assume that, in order to solve the monetary and economic crisis, the States who need help should transfer more sovereignty to the Union, we accept that the ministries of the leading

State will be provided with the juridical capability to say the last word, as it happened with regard to the German ministry of finance in the context of the Greek crisis. In the economic context, the directory method often prevailed under the factual guide of Germany and with a character of unquestionableness deriving from the veto power. Hence, it is clear that the intergovernmental method is the one which was truly adopted. In the context of foreign affairs and external interventions, we didn't even get so far: the Union proceeded randomly, even if the stakes was common: so it was for Irak, and so it was for the Middle East, from Lybia to Syria.

*d)* It has been noted that the current inadequacy of the European machine derives from the lack of a common government of the Union for dealing with migrations, facing terrorism and providing for security and defense. Obviously, a unitary administration of the external borders of Europe and a coordinated admission of immigrants – with respect of the global numbers and the specific destinations – are recommendable. With regard to terrorism, the presence of a common intelligence administering data in a shared transparent way would have perhaps avoided the tragic consequences of the attacks in France. For what concerns the European common defense – that could have been possible since the Lisbon Treaty –, the European citizens would save much more money than they spend for the military by the aggregation of the single States. Furthermore, the military interventions would be much more effective. What is thus needed to face the several challenges is a common government of the Union, which now is still missing. For the economic challenge, a reinforced cooperation within the Eurozone and well-anchored to the European parliament is necessary and legally possible. For the defense, a structured cooperation even among few States is possible. For immigration and terrorism, a restrictive approach that has the consequence of fragmenting Europe didn't seem practicable.

Maybe, we should first share a common idea of 'common government'. New solutions to achieve through the stipulation of new covenants among the States or, simply, a more efficient way of exploiting the current apparatus? An answer could be that a common government means deciding together, obviously by a majority, when there is no agreement among the governments. Furthermore, a sin-

gle authority (the Commission) should be put in charge of taking and executing decisions. Finally, legislative and political decisions must be linked to the European Parliament's vote. But, if we accept this as the answer, we must realize that this state of things should have been common practice since a long time and, instead, it isn't so.

Someone has proposed to insist on the need of a federal European organization. Such a proposal is completely detached from the reality and, certainly, it's not feasible. Clearly, we cannot ignore that the request of further cessions of sovereignty would be chorally rejected by the States. The disappointing experience of the failed constitutional treaty wasn't sufficiently instructive. The treaty should have allowed a real constitution for the Union, notwithstanding the absence of a unique European political community. In other words, it should have constituted something substantially similar to a European federal state as the old federalist movement wanted. However, the result wasn't possible. In truth, under a factual point of view, the Union intended to jump the gun by forming a constitution upon the fundamental principles which were at the base of the community construction. We are talking about characterizing value-principles that emerged in case-law and were, then, transposed in the treaties. The adoption of a Chart of fundamental rights, the presence of a system of organs and legal sources, the indication of the norms' recipients, and a system of jurisdictional guarantees were all elements connoting the constitutional nature of that body of norms. The community case-law was strongly characterized by such an approach which was intended to enhance at most the principle of the community law's primacy and its direct application within the legal systems of the States. Taken to the extreme consequences, this approach entailed the idea of a hierarchical superiority of the community legal sources over the State ones and a European constitution conditioning the State charts. However, we insist, the States never admitted a form of community power that could have been able to set aside the several sovereignties involved in the integration process.

*e)* In order to be realistic, we have to be aware of an element which has always characterized the role of the States also in the context of international organizations, that is the peculiarity of sov-

ereignty. There exist strong and weak sovereignties. Nothing new, thus, if we take conscience of it with candor and avoiding to blur legal rules with the ones dedicated to political praxis. In this sense, we understand with no difficulty the different approaches of the States in dealing with the most recent crisis. The Euro crisis led to the opposition between State debtors and State creditors. The refugees crisis led to the opposition between, on one side, Eastern States that are contrary to transit and hospitality and, on the other side, Western States that are more available. The terrorism crisis has revealed the isolation of France as the sole country willing to intervene while all the other partners are substantially against any military endeavor. The examples are many others.

*f)* The revival of sovereignty led us to the obvious conclusion that the States are not willing to relinquish it. Today as for the future, the deal achieved with the treaties is the best possible. So far, it's pointless to advocate a vague model of federalism. The discourse is totally different. Nowadays, the increasing drift is towards a factual recovery of sovereignty. The number of States who want it back is increasing. For this reason, the issue is currently debated in Great Britain under the appellative of "Brexit". Euro-skeptical movements and political parties are constantly increasing and where they win the elections the integrationist undertakings are put in jeopardy by the official State policies.

The British position on the issue of national sovereignty is particularly representative. David Cameron wants to make it clear that the United Kingdom does not share the goal of realizing a more perfect Union. At the same time, he wants to reinforce the possibility for national parliaments to block European legislations and, correlatively, increase the rule of subsidiarity (currently such a possibility is weakly provided by the two first protocols attached to the Lisbon Treaty). Additionally, there is the request to reduce the intra-community immigration and, more generally, to neutralize the Court's decisions which have expanded too much the right of the people to free movement. Furthermore, citizens that move from other Member States to England for work purposes should contribute to the welfare system for at least four years before having the right to social benefits. All these claims disavow the prohibition of discrimination on the base of nationality and the right of work-

ers to free movement as codified in the treaties, and restated by the ECJ's case-law and the derived legislation. It's not of little importance that some of these modifications would require a revision of the treaties, especially with regard to the governance of the Eurozone. Moreover, even though the Court of Justice has recently adopted a more restrictive approach with regard to the rights of the citizens from other Member States to the social benefits of the host State, the prospected limitations appear to be contrary to the fundamental principles of the Treaty.

g) The English claims could provide an opportunity for a revision of the treaties that, in any case, would take place in 2017 in order to embed the *Fiscal Compact*. However, we cannot generally exclude the idea of proposing revisions. It should be taken into consideration that revision is a burdensome process because every national parliament is called to ratify it. Maybe, the Italian government has something to propose as a consequence of the next anniversary in 2017 of the sixty years since the Treaty of Rome on the economic community was signed.

The issue is challenging. We shouldn't forget the current Treaty provides for a withdrawal procedure. Hence, it makes it easy to jeopardize the previous undertakings, especially in relation to the increasing affirmation of the movements that are contrary to integration. New orientations for the Union disruption could take place frustrating the efforts of who is in favor of the adoption of a federal model. So far, we need to clarify whether a political reinforcement of the Union could be achievable and credible, also through the creation of a responsibility in the context of the fiscal union, or, instead, we'll have just to undergo a situation of standstill or even regression attesting the failure of the illusion of integration and the absolute prevalence of the intergovernmental method by the preservation of the current rules.

Conclusively, the issues under consideration are several and complex and to them is dedicated the effort of the analysis proposed to the reader.



# SAGGI



PETER HÄBERLE

LE CINQUE CRISI NELL'EUROPA DELL'UE:  
NUOVE APPLICAZIONI E LIMITI  
DELLA TEORIA COSTITUZIONALE PER L'EUROPA\*

SOMMARIO: Introduzione. – 1. Le attuali cinque crisi dell'Europa – sguardo retrospettivo sul fallimento dei 28 Stati membri nell'Europa dell'UE. – *a.* La crisi finanziaria e dell'Euro in parte superata. – *b.* La crisi migratoria nel Mediterraneo - l'Italia è particolarmente colpita, la morte davanti all'isola di Lesbos. – *c.* La crisi in Ucraina – l'assenza degli organi dell'UE. – *d.* La crisi greca - un Grexit? L'unilateralità della politica tedesca di salvataggio. – *e.* Il “nuovo flusso migratorio” in Europa. – 2. Nuove applicazioni e limiti della teoria costituzionale per l'Europa. – *a.* La carente solidarietà nell'Europa dell'UE: un problema fastidioso. – *b.* Il controllo delle frontiere come funzione dello Stato nell'accezione della scienza della cultura. – *c.* Il diritto d'asilo in chiave comparata – un limite superiore immanente anche in Germania? – *d.* I limiti delle scienze dell'Europa: un'automoderazione.

*Introduzione*

L'Europa dell'UE, in passato, ha già attraversato diverse crisi; si pensi alla politica di *G. De Gaulles* della “sedia vuota” nei primi anni della comunità (1965/66) o al fallimento della Costituzione europea (2005). Negli ultimi anni, invece, si sono verificate almeno cinque crisi, che solo in parte si riesce a superare e che richiedono l'intervento da parte di personalità europee di grande spessore dotate di particolari capacità di agire e di sviluppare concrete visioni come lo erano *A. De Gasperi*, *K. Adenauer*, *F. Mitterand* e *H. Kohl*. Nell'attuale politica europea, personalità con queste caratteristiche non emergono. Lo stesso vale per i “giuristi europei”, di cui si ha bisogno con altrettanta urgenza e per i quali *W. Hallstein* e *J. Delors* dovrebbero essere modelli. Pensandoci sopra, sembra quasi sur-

---

\* Traduzione a cura di Ulrike Haider-Quercia. Il presente contributo è stato concluso il 15 novembre 2015.

reale che l'Europa dell'UE abbia ricevuto nel 2012 il premio Nobel per la pace. Probabilmente, allora come oggi, sarebbero più meritevoli di tale premio il Consiglio d'Europa a Strasburgo e l'OSCE, dato che anche l'Europa del Consiglio d'Europa, cioè in particolare l'Europa della CEDU e della Corte europea dei diritti dell'uomo, sta percorrendo il proprio cammino in maniera positiva e contraddistinta da volontà e rigore. In questa Europa nel senso largo rivestono un ruolo importante altri strumenti come, ad esempio, la Convenzione del Consiglio d'Europa di Faro sul valore del patrimonio culturale per la società del 2005<sup>1</sup>. La CEDU nella sua qualità di *“living instrument”* da tempo è diventata parte della Costituzione dell'Europa, in particolar modo anche in Svizzera. Si tratta di una *“parte della Costituzione”* nella quale vengono stabiliti valori supremi e permanenti per l'intera comunità. Per la graduale integrazione dell'UE, intesa come Europa nel senso stretto, è la Corte di Giustizia a Lussemburgo<sup>2</sup> che fornisce un rilevante contributo, creando attraverso la comparazione e in via pretoria la *judge-made-law*. Solamente alcune singole decisioni meritano di essere criticate, come di recente, ad esempio, quella di aver rifiutato con un parere (Parere CJUE 2/13<sup>3</sup>) l'adesione alla CEDU<sup>4</sup>. L'appello di R. Herzog *“Stoppt den EuGH”* (*“Fermate la CJUE”*) costituisce solamente una opinione singolare tedesca.

Nella parte che segue si descrive la situazione delle crisi di cui è afflitta l'UE attualmente. Successivamente indicherò alcune problematiche di natura teorico-costituzionale in grado di costituire un rimedio a medio termine per diminuire le aree di crisi. A questo scopo devono essere avvalorate le visioni classiche sull'Europa contenute in particolare nei preamboli dei testi del diritto europeo (parola chiave: la *“comune casa Europa”* con l'inclusione della Russia).

<sup>1</sup> C.F. Germelmann, *Kulturelles Erbe als Menschenrecht?*, DÖV 2015, 853 (857).

<sup>2</sup> Tra i tanti si segnalano J. Kokott, C. Sobotta, *Der EuGH - Blick in eine Werkstatt der Integration*, EuGRZ 2013, 465 ss.; M. Kotzur, *Wider den bloßen Verdacht - zur grundrechtssichernden Verantwortung des EuGH im Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit*, EuGRZ 2014, 589 ss.; K. Lenaerts, *In Vielfalt geeint / Grundrechte als Basis des europäischen Integrationsprozesses*, EuGRZ 2015, 353 ss.

<sup>3</sup> Pubblicato in EuGRZ 1/14, 56.

<sup>4</sup> Dalla dottrina si segnala J. Polakiewicz, *Der Abkommensentwurf über den Beitritt der EU zur EMRK*, EuGRZ 2013, 472 ss.; il parere è stato pubblicato in: EuGRZ 2015, 30 ss.; critico C. Tomuschat, *Der Streit um die Auslegungshoheit: Die Autonomie der EU als Heiliger Gral*, EuGRZ 2015, 133 ss.

1. *Le attuali cinque crisi dell'Europa - sguardo retrospettivo sul fallimento dei 28 Stati membri nell'Europa dell'UE*

a. *La crisi finanziaria e dell'Euro in parte superata*

La crisi finanziaria e dell'Euro (2007/10) rientra oggi tra gli esempi meglio riusciti di gestione della crisi<sup>5</sup>, dato che, in virtù del Meccanismo europeo di stabilità (MES) del 2012, Paesi come Irlanda, Portogallo e Spagna, ma anche Cipro sono stati salvati dal c.d. piano di salvataggio della moneta unica; alcuni Paesi, e fra questi l'Irlanda, sono ormai usciti con successo dal c.d. piano di salvataggio. Il Tribunale costituzionale tedesco ha esaminato il MES nella sua celebre sentenza (E 135, 317) e lo ha approvato accogliendo le elaborazioni dottrinarie. Molti altri Tribunali costituzionali, e tra cui anche quello di Brno, ma anche la dottrina scientifica, si sono confrontati con le sentenze del Tribunale costituzionale tedesco sull'integrazione europea. Si considera naturalmente la prima decisione sul Trattato di Maastricht (E89, 155)<sup>6</sup> che deve essere valutata in maniera critica nonché la sentenza sul Trattato di Lisbona che non è per nulla meno discutibile (E 123, 267)<sup>7</sup>. Per ultimo si ricorda la decisione del Tribunale costituzionale tedesco sulla questione pregiudiziale rimessa alla CJUE nell'ambito dell'OMT (E 134, 366). Irrita, inoltre, il progetto di referendum sull'uscita dall'UE previsto in Gran Bretagna per la fine del 2017, il "Brexit". Il Primo ministro inglese si impegna per riforme, come ad esempio il rafforzamento dei Parlamenti nazionali e dei Paesi che non fanno parte dell'Eurozona ed esclude ulteriori approfondimenti dell'Unione. L'uscita della democrazia parlamentare britannica dall'UE sarebbe una grande perdita per la cultura democratica dell'intera Europa. Sarebbe pur pensabile qualche concessione da parte di Bruxelles alla Gran Bretagna: quale passo ulteriore sul cammino verso una integrazione differenziata (parola chiave: l'Europa a più velocità o a "geometria variabile").

b. *La crisi migratoria nel Mediterraneo - l'Italia è particolarmente colpita, la morte di fronte all'isola di Lesbo*

Già prima degli attuali flussi migratori in Europa, migliaia di rifugiati arrivavano attraverso il "Mare nostrum" in Italia, in parti-

<sup>5</sup> Su questo aspetto vedi M. Rodi, *Machtverschiebungen in der EU im Rahmen der Finanzkrise und Fragen der demokratischen Legitimation*, JZ 2015, 737 ss.

<sup>6</sup> Cfr. J.H.H. Weiler, *Der Staat über alles*, JöR 44 (1996), 91 ss.

<sup>7</sup> Cfr. il mio *Europäische Verfassungslehre*, 7<sup>a</sup> ed., 2011, 713 ss.

colare a Lampedusa. Con un impegno straordinario della polizia costiera italiana e dei comuni interessati, l'Italia ha salvato numerose vite umane. Allo stesso modo, molti rifugiati in barca che sono stati scaricati da bande di passatori criminali (fenomeno che si inizia a combattere solo ora) sono morti sulle coste italiane, in un "mare della morte". L'UE ha esitato a reagire, ma con l'Italia ha istituito l'azione "Mare Nostrum", che più tardi è stata trasformata nell'azione "Frontex", i cui programmi di aiuti sono stati nettamente ridotti rispetto al precedente meccanismo. L'Italia lamenta giustamente la carenza di solidarietà da parte dell'Europa, dato che si è trovata a far fronte quasi da sola in termini umanitari ed economici alle pressioni dei flussi migratori provenienti in particolar modo dall'Africa. Politici europei hanno osservato minuti di silenzio davanti alle bare di numerosi rifugiati morti, ma mancava una solidarietà (personale, istituzionale, finanziaria) realmente vissuta. Le richieste di aiuto da parte dell'Italia sono rimaste, a tutt'oggi, inascoltate. In questo modo l'Europa ha perso l'occasione eccezionale di trasformare il "Mare nostrum" dell'antichità in un "*Mare nostrum*" costituzionale. Ciò sarebbe stato tanto più importante nel quadro dell'Unione mediterranea ovvero del processo di Barcellona, considerando che in seguito alla promettente Primavera araba del 2011 c'è stata la speranza che i Paesi arabi sarebbero diventati Stati costituzionali<sup>8</sup>. Oggi si presenta una visione devastante negli Stati confinanti: un "inverno arabo" (solamente in Tunisia si è riuscito ad introdurre una democrazia basata sullo Stato di diritto; a ragione è stato conferito il premio Nobel per la pace 2015 a quattro persone della società civile tunisina). L'Egitto sotto la guida di *al Sisi* è tornato ad essere una dittatura militare autoritaria anche con una Costituzione del 2014 testualmente eccellente (tra cui anche la garanzia di un contenuto essenziale dei diritti fondamentali). La Libia si trova in una guerra civile ed in un processo di "*failed state*". La Siria è tuttora in fiamme e luogo di un conflitto geopolitico tra la Russia e l'Occidente. La Siria, inoltre, sta perdendo il suo popolo sulla rotta balcanica verso l'Europa (attraverso la Turchia e la Grecia). C'è la minaccia di una nuova "Intifada" nel Medio Oriente. Alla Turchia va il merito di aver accolto un numero alto di rifugiati; naturalmente ora chiede un prezzo per ciò. La Germania cerca di

---

<sup>8</sup> Cfr. il mio *Der Arabische Frühling (2011) - in den Horizonten der Verfassungsllehre als Kulturwissenschaft*, JöR 60 (2012), 605 ss.

diminuire le “ragioni per le fughe” attraverso aiuti finanziari. Secondo le notizie sulla stampa, la Turchia chiede tre miliardi di Euro. Nel frattempo, di fronte all’isola greca di Lesbo continuano ad annegare innumerevoli rifugiati provenienti dalla Siria nel mare. Proprio il Primo Ministro greco *A. Tsipras* ha dovuto parlare a ragione di una “vergogna per l’Europa” (novembre 2015).

*c. La crisi in Ucraina - l'assenza degli organi dell'UE*

All’indomani dell’annessione della Crimea da parte della Russia (2014), avvenuta in rottura con il diritto internazionale, è iniziata nella parte orientale dell’Ucraina una invasione militare camuffata e gestita dal Presidente *Putin*. Ribelli hanno conquistato i territori dell’Ucraina orientale in seguito ad una guerra atroce, un conflitto che solo con il protocollo, o meglio, l’accordo di Minsk (2014/15) è stato provvisoriamente “congelato”. A posteriori risulta problematico che l’UE non abbia coinvolto in maniera effettiva e con sensibilità la Russia nei progetti di associare l’Ucraina all’Unione, e quindi nella sua europeizzazione. Problematico è, inoltre, che non è stata esclusa sin dall’inizio l’adesione dell’Ucraina alla NATO. Con questa affermazione l’autore non intende esprimere di comprendere *Putin*. Si devono riconoscere gli impegni effettuati da parte della Germania, della Francia e della Russia nel tentativo di riportare la pace; anche se i separatisti pro-russi stanno realizzando sempre più fatti concreti nella parte orientale dell’Ucraina (l’OSCE sta facendo il suo meglio: nel 2015 sotto la presidenza della Svizzera, dal 2016 sarà responsabile la Germania). Dalla prospettiva della dottrina costituzionale comparata bisogna tuttavia affermare che era necessario proporre in tempo un modello giuridico per l’Ucraina: per i territori della parte orientale dell’Ucraina, ma anche per l’Ucraina nel suo insieme si doveva suggerire un cammino verso un’autonomia maggiore nel senso di un *regionalismo differenziato* per la parte orientale. Esempi di ciò si trovano in Italia (dal 1947) e nelle comunità autonome in Spagna (dal 1978). Amministrazione autonoma intensificata, rispetto per la lingua, storia e cultura russa sono alcune parole chiavi. L’autonomia culturale si poteva applicare anche nelle scuole e negli istituti di formazione, nonché nella radio e nei canali televisivi locali. Si può parlare di regionalismo differenziato o di “strutture prefederali”: in ogni caso la scienza dispone di

una serie di modelli che sarebbero stati idonei a conciliare l'aspirazione autonomistica dell'Ucraina orientale all'interno dell'Ucraina indivisa (che oggi penalizza tutti i simboli sovietici). A lungo termine, sarebbe stato anche possibile che l'Ucraina diventasse membro dell'UE, rimanendo uno Stato neutro (sul modello austriaco). In nessun caso la NATO dovrebbe allargare i suoi confini fino all'Ucraina, per quanto, tuttavia, tale alleanza a tutela dell'integrità territoriale rimane indispensabile per l'Occidente. È, tuttavia, da criticare che gli organi dell'UE non sono stati presenti politicamente nella crisi dell'Ucraina (né il Consiglio, né la Commissione – la quale *J.-C. Juncker* voleva rendere più “politica” –, né l'Alto Rappresentante per la politica estera e di sicurezza dell'UE), ma sono stati solamente gli Stati nazionali a svolgere un ruolo attivo ed aver espresso le loro posizioni sulla questione, un sintomo inerente all'odierna situazione di crisi dell'UE: parola chiave: “ri-nazionalizzazione” nell'UE o addirittura “disintegrazione”? Il famoso “obiettivo” dell'UE quale “Unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa” viene criticato solamente sporadicamente in Germania<sup>9</sup>; per ultimo si è pronunciato contro questa affermazione il Premier britannico *D. Cameron* (il 10. Novembre 2015).

*d. La crisi greca - un Grexit? L'unilateralità della politica tedesca di salvataggio*

Una crisi particolarmente grave si sta sviluppando in Grecia. Essa era iniziata al più tardi nel 2010, quando diventò pubblico che il deficit di bilancio era più alto di quanto era noto. Rapidamente si sono svolte numerose riunioni notturne di crisi dei ministri delle finanze e dei Capi di Stato e di Governo dei Paesi dell'Eurozona (riunioni che mancano del tutto per la gestione della crisi attuale dei rifugiati). La supremazia dell'economia domina tutto e la domanda che emerge è se la Grecia può rimanere nell'Eurozona o se deve temporaneamente uscire (Grexit a termine?). L'idea del Cancelliere tedesco *A. Merkel* è la seguente: “Se fallisce l'Euro, fallisce l'Europa!” Ciò è discutibile per vari motivi. Per quanto la moneta unica sia importante per gli Stati costituzionali “europeizzati”, tuttavia rimane limitato il significato dell'Euro economico per l'Eu-

<sup>9</sup> Vgl. *J. Haucap, S. Kooths u.a., Plädoyer für ein konföderales Europa ..., Warum ein Staatenverbund die bessere Lösung wäre*, FAZ vom 6. November 2015, S. 16.

ropa nel suo insieme. “Schengen” e “Dublino” sono altrettanto significativi per l'Europa unita quanto lo sono i simboli vissuti come la bandiera europea e l'inno di *Beethoven* nonché i lavori del Consiglio d'Europa e dell'OSCE. Attraverso duri negoziati si è riuscito a strappare alla Grecia un programma di risparmio e di riforme. Alcune voci critiche hanno messo in evidenza, a mio avviso giustamente, la circostanza che sarebbe stato più utile percorrere una strategia doppia: la previsione, da un lato, di un programma d'investimenti sul modello del piano Marshall (1945: investimenti nelle infrastrutture, istruzione e formazione), e dall'altro, un programma di risparmio e di riforma (una amministrazione funzionante e punizione di evasori fiscali). L'Eurozona ha prestato troppo poca attenzione all'autostima dei Greci, mentre mancava la “grande narrazione dell'Europa” come comunità di pace e di diritto e come progetto futuro per la vita quotidiana. È interessante notare quanto è corta la memoria dell'opinione pubblica europea per i temi d'attualità: la crisi greca, che per mesi sembrava dominare la stampa, ora è passata in secondo piano a livello mediatico di fronte ad un'altra crisi ancora più grave. Bisogna chiedere al Governo federale tedesco se è consapevole quanto la Germania deve alla Grecia in termini culturali. Essa conosce da un punto di vista della storia della civiltà Gerusalemme, Atene, Roma e Weimar? Si parla sempre dell'Euro come valore supremo. Nessun politico tedesco durante la crisi ha parlato della dimensione culturale o addirittura umana degli aiuti per la Grecia.

*e. Il nuovo “flusso migratorio” in Europa*

La sfida probabilmente più grande per l'UE, per i politici europei e per tutti i “giuristi europei” è il “flusso migratorio” dall'Asia, dall'Arabia nonché dalla Turchia e dai Balcani verso la vecchia Europa. Si deve pur riconoscere lo slancio umanitario del Cancelliere tedesco *A. Merkel* quando in una notte di settembre del 2015 dichiarava: “Ce la facciamo!” facendo entrare senza registrazione tutti i rifugiati provenienti dall'Ungheria, dalla Croazia e dall'Austria. Non ha mai più precisato tale affermazione generica, nonostante non siano per nulla prevedibili le sue conseguenze; non ha mai formulato un eventuale limite massimo del numero di rifugiati che possono essere accolti dicendo: “Ce la facciamo purtroppo solo

*con alcuni limiti*". La Signora *Merkel* fino ad oggi ha "invitato" tutti i rifugiati. Bisogna riconoscerle il suo umanismo, ma ci vuole anche un buon realismo. Nel frattempo si registra un afflusso enorme di richiedenti asilo e di altri tipi di rifugiati in Germania (nel mese di novembre 2015 sono entrati ogni giorno 5000 rifugiati in Germania; ci si aspetta che per la fine dell'anno arriverà in totale 1 milione di persone). Alcuni Stati dell'UE chiudono necessariamente le frontiere (contrastando la vigente normativa), così ad esempio l'Ungheria, ma anche la Croazia e forse anche la Slovenia. Altri, tra cui l'Austria, hanno adottato una strategia di attraversamento controllato dei propri territori dai rispettivi confini meridionali al confine tedesco. Sembrano vani i tentativi della Germania quando richiede una "solidarietà europea" per ripartire in maniera proporzionale (e permanente ?) il numero dei rifugiati da accogliere tra i 28 Stati dell'Europa ("tetti massimi al numero di migranti."). I Comuni tedeschi, ed in particolare quelli in Baviera, apprestano non soltanto l'accoglienza *in loco* ma forniscono anche servizi amministrativi di dimensioni impressionanti che tuttora vengono sostenuti e supportati in maniera esemplare dalla società civile con lavori volontari e donazioni. Certamente in Germania ed in Svezia (la quale, fra l'altro, ha cambiato strategia dicendo che non vorrà più accogliere rifugiati) stanno aumentando in maniera drammatica episodi vergognosi di incendi di campi profughi e di alloggi (i partiti populistici di destra vedono nuove chance di successo, soprattutto in Francia ed in Belgio, ma anche in Germania). Molti Stati membri dell'UE non sembrano più propendere per accogliere un numero proporzionato di rifugiati (e in molti casi gli accordi presi non vengono più rispettati). Ciò sembra valere in particolare per alcuni Stati dell'Europa orientale (Polonia, Ungheria, Repubblica Ceca), ma anche per la Francia e la Gran Bretagna. Con le sue azioni individuali, la Germania ha, purtroppo, violato il regime di Dublino e le regole di Schengen. Tali violazioni del diritto hanno conseguenze gravissime, e costituiscono la continuazione della linea infelice di mancato rispetto del diritto come esercitata da *J. Chirac* e da *G. Schröder* (violazione del patto di stabilità e di crescita 2002/03). Episodi come questi in cui viene sconvolta la coscienza giuridica sembrano avere effetti gravi e duraturi per il diritto costituzionale europeo, tanto che devono essere evidenziati esplicitamente dalla scienza dell'Europa. Il "vertice ristretto sui rifugiati" del 25 ottobre 2015 a Bruxel-

les ha unito solamente 11 Stati dell'UE e extra-UE, come la Serbia e l'Albania; i Paesi grandi come la Francia e la Gran Bretagna non sono stati coinvolti. Ciò è un ulteriore sintomo del fallimento dell'UE e dei suoi Stati membri, che sulla base del piano di azione in 17 punti di *J.-C. Juncker* hanno preso in considerazione solamente misure di piccole dimensioni (rifiuto della politica di far attraversare il proprio Paese fino al confine con un altro Stato dell'UE, una cooperazione rinforzata, l'aumento degli agenti di controllo e di sorveglianza alle frontiere, rimpatrio rapido di richiedenti asilo rifiutati, controllo dell'andamento dei flussi migratori – quindi un certo piano graduale di azioni ed eventuali “centri di registrazione”). Sempre *J.-C. Juncker* aveva detto in precedenza che l'UE ha bisogno di “più Europa” e di “più Unione”. Naturalmente l'integrazione non è fine a sé stessa, ma deve servire alle persone e ai cittadini. Ma come potrebbe essere fatta questa “più Europa”? Difficilmente potrebbe essere solamente un “governo economico”. Si tratta di più comunitarizzazione su altri livelli, ad esempio delle banche o la previsione di tasse comuni dell'UE? Considerando la gravità delle attuali crisi, sembra potersi affermare che i cittadini europei non sono disposti ad accettare questo “più Europa”. L'elezione del Presidente della Commissione *J.-C. Juncker* (2014), che si è svolta attraverso una elezione di fatto diretta, costituisce, tuttavia, un elemento utile per la democrazia in Europa.

## 2. *Possibilità e limiti della teoria costituzionale per l'Europa*

Nella parte che segue vorrei porre l'accento su alcuni temi che risultano essere centrali e relativamente ai quali le elaborazioni delle scienze dell'Europa (al plurale) possono costituire contributi positivi per poter, anche se non superare, almeno affrontare e contenere gli effetti provocati dalle crisi<sup>10</sup>. La selezione effettuata dei temi diventa naturalmente il “*hic Rhodus, hic salta*” della dottrina costituzionale europea e delle scienze dell'Europa in generale. Le scienze dell'Europa costituiscono, com'è noto, la sintesi di diverse scienze affini, come la storia della civiltà europea, le scienze economiche e

<sup>10</sup> Cfr. alcuni articoli dei quotidiani tedeschi: U. Fastenrath, *So nicht - aber wie?*, FAZ del 29 ottobre 2015, 8; M. Nettesheim, *Ein Vakuum darf nicht hingenommen werden, ibi*; vedi anche il sondaggio demoscopico: *Kontrollverlust - die Besorgnis der Bürger wächst*, FAZ del 21 ottobre 2015, 8.

la giurisprudenza. La disciplina dell'economia nazionale ha perso molta della sua attendibilità negli ultimi anni. Bisogna dirlo chiaramente: si tratta di mercati conformi alla democrazia e non di una democrazia conforme al mercato (come, invece, sostiene *A. Merkel*). Il mercato non è la misura di ogni cosa, e anche in Europa esso può avere un significato solamente *strumentale*, anche se di grande importanza. Non tutto può essere soggetto alle regole di mercato. La premessa dell'antropologia culturale dell'Europa sono la dignità umana e la ricerca della pace, del diritto e della democrazia. Tutto ciò può essere sviluppato solamente se si persegue un approccio di scienza della cultura<sup>11</sup>. La dottrina costituzionale dibatte sulla "Costituzione adatta" che deve essere il frutto del confronto della storia culturale con il presente o meglio con i suoi livelli testuali costituzionali. Il diritto costituzionale comparato costituisce il "quinto" metodo di applicazione e d'interpretazione giuridica. L'Europa esiste in un insieme di Costituzioni parziali che sono composte da documenti costituzionali dell'UE e del Consiglio d'Europa. Tutto ciò deve essere *spiegato* al cittadino: come "narrativa". Né la politica tedesca, né quella a Bruxelles contribuiscono a questo scopo. In tutto ciò, non dobbiamo dimenticare che la diversità culturale dell'Europa, tante volte evocata, costituisce uno dei fondamenti per poter resistere alle tempeste della globalizzazione.

*a. La carente solidarietà nell'Europa dell'UE: un problema fastidioso*

Dalla descrizione delle cinque aree di crisi emerge che in questo periodo manchi una solidarietà europea. Tale nozione, nel suo senso letterale, fa già parte del diritto costituzionale europeo (cfr. art. 2, 2<sup>a</sup> frase TUE del 2007 ed art. 21, 1° comma 1 TUE; Art. 222 TFUE che prevede una clausola di solidarietà sostanziandosi in un comportamento attivo: "nello spirito di solidarietà" nei casi di terrorismo e di altre catastrofi; vedi anche l'art. 3, 3° comma TUE: la solidarietà tra generazioni, art. 4, 3° comma TUE: il principio di "leale collaborazione"). Mentre nella Carta europea dei diritti alla

---

<sup>11</sup> Rinvio al mio *Der kooperative Verfassungsstaat - aus Kultur und als Kultur, Vorstudien zu einer universalen Verfassungslehre*, 2013. Tale teoria è stata sviluppata a partire dal mio libro *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1. Aufl. 1982, 2<sup>a</sup> ed., 1998.

“solidarietà” tra cittadini viene dedicato un apposito capitolo (titolo IV), la solidarietà tra gli Stati dell'UE e gli organi dell'UE viene menzionata solamente nei paragrafi su indicati). Infine, sembra che la solidarietà come nozione della comunità costituzionale europea abbia origini *etico-sociali*, dato che essa impegna tutti gli organi dell'UE a rispondere l'uno dell'altro.

*b. Il controllo delle frontiere come funzione dello Stato nell'accezione della scienza della cultura*

La dottrina degli elementi dello Stato fa parte del patrimonio giuridico europeo a partire dalla famosa dottrina dello Stato di G. Jellinek (1900), in cui gli elementi costitutivi dello Stato vengono distinti tra il popolo, il territorio e il potere di autorità. G. Dürig<sup>12</sup> aveva tentato di far avanzare la cultura come “quarto” elemento costitutivo dello Stato (1954). Io tenterò di *riscrivere* la dottrina degli elementi costitutivi dello Stato, facendo diventare la cultura il *primo elemento* costitutivo dello Stato<sup>13</sup>. In considerazione dell'improvvisa ed illegale (ma determinata da ragioni umanitari) apertura dei confini da parte della Germania, per la teoria costituzionale comparata si pone in maniera nuova la questione delle frontiere e del territorio, ed anche della concezione dello Stato. L'Europa si vanta dei suoi “confini aperti”, a condizione che i richiedenti asilo si facciano registrare nel Paese nel quale entrano attraverso un confine esterno dell'UE. È ben noto come tale sistema è crollato (se la Germania richiudesse ora i suoi confini si creerebbe un “ingorgo” come effetto domino). Relativamente all'immigrazione di massa, che trova precedenti probabilmente solamente nell'antichità con flussi da Nord all'Ovest dell'Europa, emergono le seguenti domande: Lo Stato costituzionale nazionale non deve cercare anche di proteggere la propria identità culturale, se essa viene minacciata da immigrazioni di massa di popoli stranieri? Anche in presenza di confini aperti, il territorio rimane pur sempre l'elemento costitutivo dello Stato rilevante (vedi l'art. 4, 2° comma, 2ª frase TUE: rispetto delle “funzioni

<sup>12</sup> G. Dürig, *Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither*, VVDStRL 13 (1955), 27 (37 ss.). - Cfr. la successiva monografia di D.-E. Khan, *Die deutschen Staatsgrenzen*, 2004; H.-D. Horn, *Der Staat und “sein” Gebiet: eine durch Rechtsgrenzen gesicherte Schicksalsgemeinschaft*, in G. Gornig, H.-D. Horn (cura), *Territoriale Souveränität und Gebietshoheit*, 2015, in corso di pubblicazione.

<sup>13</sup> *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, 631 ss.

essenziali dello Stato, in particolare il rispetto dell'integrità territoriale"). Fino a che punto un ente collettivo riesce a reggere altre società parallele al suo interno? Si pensi ad alcune delle periferie di Parigi. Non è minacciata in Germania la "coesione sociale" che – come in altri Paesi – si fonda *in primis* sulla cultura (intesa certamente in maniera pluralistica)? La lingua tedesca costituisce un bene culturale di valore elevato, come lo sono anche la pace e la sicurezza pubblica. Tutto ciò è collegato al territorio dello Stato nella stessa maniera del sistema sociale e di quello educativo. I confini statali nazionali e il territorio dello Stato hanno un "valore costituzionale"<sup>14</sup>. Il Tribunale costituzionale tedesco nella sua celebre sentenza sugli aeroporti (E 94, 166 (198 s.) del 1996 aveva formulato quanto segue: "Il confine di Stato è predefinito come ostacolo al libero movimento in base all'ordinamento giuridico generale. Ogni Stato ha la facoltà di limitare l'accesso libero nel proprio territorio e di stabilire dei criteri che abilitano gli stranieri all'ingresso nel territorio dello Stato ... Lo spazio territoriale della Repubblica federale tedesca non è accessibile ai richiedenti asilo, che lo raggiungano senza adeguati documenti d'identità, prima della concessione del permesso di soggiorno per asilo". L'Europa nella sua qualità di spazio di libertà, di sicurezza e di diritto (cfr. art. 3, 2° comma 2 TUE) si riferisce ad un *territorio* (cfr. art. 3, 2° comma, frase 2 e art. 21, 2° comma 2 lit. c TUE: "frontiere esterne"). Il concetto dell'"identità culturale" è sostanzialmente un concetto delle scienze costituzionali europee (cfr. art. 167 TFUE: "culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali"; "cultura e storia dei popoli europei", "promuovere la diversità delle sue culture"). Anche oggi in uno Stato costituzionale aperto si deve poter dibattere sulla funzione che tutela la propria cultura omogenea o multietnica (ad esempio nel Kosovo) verso "l'esterno". Con tutta la buona volontà, si deve ammettere che la capacità d'integrazione di un ente collettivo è limitata. Nel concreto significa che non si deve esigere troppo in termini sociali e culturali dai cittadini tedeschi, sforzandoli eccessivamente con un'immigrazione di massa nel proprio Paese ("eccessiva presenza di stranieri"). Conflitti sociali saranno una conseguenza automatica, e, di fatto, in alcune parti

---

<sup>14</sup> Cfr. P. Häberle, *Das Staatsgebiet als Problem der Verfassungslehre*, FS Batliner, 1993, 393 ss.; *ibidem*, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2<sup>a</sup> ed., 1998, 647.

della Germania sovrasta già uno stato di emergenza delle infrastrutture (in particolare in Baviera). A ciò si potrà aggiungere forse anche il pericolo di una islamizzazione interna o di un traffico clandestino di islamisti. Naturalmente bisogna ricordare che l'immigrazione può costituire a lungo termine anche un *arricchimento culturale*. Per la Germania (che oggi consta deficit demografici) si pensi agli esempi storici degli insediamenti degli ugonotti nella Prussia del 18° secolo (*A. von Chamisso* sowie *F.C. von Savigny!*) e dei tedeschi dei Sudeti dopo il 1945 in Baviera (il "quarto ramo" della Baviera), all'integrazione negli anni '50 dei lavoratori stranieri (*Gastarbeiter*), e negli anni '90 ai rifugiati dell'Europa orientale. Tutto ciò non deve essere oscurato dalla pura analisi del calcolo dei costi/benefici in termini solamente economici.

*c. Il diritto di asilo in chiave comparata - un limite superiore immanente anche in Germania?*

Per completezza si tratta il diritto di asilo in chiave comparata. Anzitutto si deve distinguere tra richiedenti asilo e altri immigranti (ad esempio rifugiati per motivi economici dei quali si può legittimamente aspettare l'integrazione e l'inserimento nell'ambiente di vita tedesco). In Germania si dibatte se si ha bisogno di un'apposita legge che disciplini l'immigrazione. Da un punto di vista della comparazione giuridica ci sono molte ragioni a favore di una legge organica sull'immigrazione, considerando che in alcuni Paesi, come ad esempio in Canada, esistono leggi sull'immigrazione che si sono dimostrate valide (sistema di punteggio, ad esempio, per quanto concerne le lingue e la formazione). Occorre, invece, svolgere un confronto delle regole nazionali sull'asilo all'interno dei cataloghi dei diritti. In Germania l'art. 16a GG (1949) sancisce la seguente frase lapidaria: "I perseguitati politici godono di diritto d'asilo" (ripetuto dall'art. 18, 1° comma Costituzione del Brandeburgo del 1992). Tale frase trova le sue origini negli sforzi di affrontare il passato nazionalsocialista e della DDR. Il nuovo Art. 16a GG è frutto del cosiddetto compromesso sull'asilo del 1993. Poco estetico da un punto di vista linguistico, il suo contenuto è estremamente complesso (parola chiave: non esiste un diritto all'asilo nel caso di una fuga da "Paesi di origine sicuri", come ad esempio gli Stati balcanici). A ragione l'asilo viene qualificato dalla dottrina come diritto

umano, ma anche come esempio per un “diritto fondamentale europeo” (F. Wittreck)<sup>15</sup>. Inoltre, l’art. 16a GG, attraverso l’attuazione legislativa e giurisdizionale, è diventato un esempio esemplare per un diritto fondamentale, specificato da “organizzazione e procedimento” come un diritto di prestazione (*status activus processualis*)<sup>16/17</sup>. Anche se questo articolo risulta essere complesso con i suoi riferimenti al diritto europeo ed internazionale, rimane tuttavia evidente che è stato formulato *senza* riserva di legge, e quindi senza che il suo contenuto possa essere ristretto da parte del legislatore come nel caso di altri diritti fondamentali. Per questo motivo tale garanzia così come prevista nell’ordinamento tedesco, *senza riserva* ma attuabile a livello legislativo, risulta essere unica nel contesto del diritto comparato. Diverse Costituzioni dell’Europa *orientale* sanciscono il diritto d’asilo con riserva di legge (così ad esempio l’art. 27 della Costituzione della Bulgaria del 1991, l’art. 56 della Costituzione della Polonia del 1997, l’art. 18 secondo comma della Costituzione della Romania, l’art. 48 della Costituzione della Slovenia del 1991 e il § 65 della precedente Costituzione ungherese del 1949/97, e, interessante ma limitato con clausole, l’art. XIV comma 3 della nuova Costituzione ungherese del 2011). E qui uno sguardo alle Costituzioni dell’Europa *dell’Est*: art. 10 comma 3 della Costituzione italiana (1947) garantisce il diritto di asilo “secondo le condizioni stabilite dalla legge”; l’art. 33 commi 2 e 7 della Costituzione del Portogallo (1979) garantisce il diritto di asilo con riserva di giurisdizione che la contraddistingue. Come pure, l’art. 13 comma 4 della Costituzione spagnola (1978) che garantisce il diritto di asilo con riserva di legge.

Si pone naturalmente la domanda – accesamente dibattuta

<sup>15</sup> F. Wittreck, in H. Dreier (cura), *Grundgesetz Kommentar*, 3<sup>a</sup> ed., vol. I, 2013, Art. 16 a numero 39. critico: L. Michael, M. Morlok, *Grundrechte*, 4<sup>a</sup> ed., 2014, 215.

<sup>16</sup> Su questo aspetto vedi P. Häberle, *Grundrechte im Leistungsstaat*, VVDStRL 30 (1972), 43 ss. - Dalla vasta giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco si segnalano le seguenti pronunce: E 9, 174 - Perseguitati politici; E 54, 341 - asilo per motivi economici; E 56, 216 - tutela giuridica nel procedimento d’asilo; E 94, 49 - Stati terzi sicuri; E 94, 115 - Stati di origine sicuri; E 94, 166 - procedimento relativamente agli aeroporti; E 116, 229 - Legge sui richiedenti asilo.

<sup>17</sup> La politica del governo di coalizione di Berlino fa fatica a migliorare in termini pratici il procedimento di richiesta d’asilo. Si parla di zone di transito e di registrazione senza recinzione, di una limitazione delle prestazioni nel caso di violazione dell’obbligo di residenza; limitazione a tempo definito del diritto al ricongiungimento familiare da parte dei siriani (notizia del 5/9 novembre 2015).

dalla dottrina tedesca<sup>18</sup> – se sia possibile dedurre limiti *immanenti* non scritti dall'art. 16a GG. Si potrebbe ragionare in questo modo: non esistono diritti fondamentali assoluti. Ogni diritto fondamentale viene concepito all'interno del quadro di valori del GG, in particolare i diritti fondamentali e le libertà civili altrui. È pensabile, inoltre, la costruzione di un “limite massimo” di richiedenti asilo per la Germania nell'interesse della pace pubblica, dei valori della Legge fondamentale, in particolare dei diritti civili come principi della Costituzione. Si deve effettuare un bilanciamento accurato e preciso di tutti questi aspetti. Il fatto che molti Stati costituzionali stranieri sottopongono il diritto di asilo alla riserva di legge costituisce senz'altro motivo per considerare limiti inerenti alla capacità di accogliere stranieri anche per la Germania; naturalmente è pensabile anche l'*argumentum a contrariis*. Probabilmente, occorrerà che si arrivi anche in Germania – attraverso una “politica dei piccoli passi” – ad un limite massimo del numero di richiedenti diritto d'asilo che realisticamente possono essere accolti.

Dopo questa panoramica comparativa del diritto di asilo, vorrei fare, per ragioni di completezza, anche un accenno all'art. 3 secondo comma TUE e all'art. 78 TFUE, in particolare al comma 2 lit. c relativamente al “caso di afflusso massiccio” nonché al comma 3, considerando la “situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di Paesi terzi”. In questi casi il Consiglio europeo può, su proposta della Commissione europea, adottare misure temporanee. Considerando l'attuale disaccordo tra gli Stati e gli organi dell'UE, è piuttosto improbabile che misure di questo genere saranno adottate – un ulteriore demerito dell'UE. Particolarmente rilevante è, infine, l'art. 18 della Carta europea dei diritti (2000/2007) il quale garantisce il diritto d'asilo ai sensi dell'accordo di Ginevra del 1951 e del Protocollo del 1967 e dei Trattati dell'UE. Il Protocollo n. 24 del 1997 relativo alla materia d'asilo è altrettanto rilevante. Esso contiene un lungo preambolo e un unico articolo. A livello internazionale va indicato l'art. 14 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite (1948) che ha un contenuto meramente dichiarativo.

<sup>18</sup> Cfr. da un lato F. Hufen, *Staatsrecht II*, Grundrechte, 4<sup>a</sup> ed. 2014, 322: non costituisce un limite costituzionale immanente ad esempio “la capacità di prestazione o di accoglienza della comunità ...” ma anche F. Wittreck, *supra*, numero 74 ss., sulle “limitazioni non scritte” che sono state sviluppate dalla giurisprudenza e dalla prassi.

d. *I limiti delle scienze dell'Europa: un'auto-moderazione*

I limiti delle scienze dell'Europa devono essere indicati chiaramente e con dovuta moderazione. Le crisi come i “nuovi flussi migratori” hanno un impatto sulla vita politica talmente forte che il giurista è tenuto a riconoscere, attraverso i modesti strumenti della propria disciplina, i limiti delle scienze dell'Europa, indicando chiaramente il dilemma. È ben noto come il diritto, sia della prassi che della scienza, molto spesso può dare una guida e fornire prudenti correzioni solo *a posteriori*. Non vanno assolutamente sovrastimate le possibilità del giurista. Certo è che l'Europa deve trovare un nuovo orientamento sulla base dei suoi valori fondamentali classici, deve iniziare a viverli anche realmente, rinnovare i suoi Trattati e lavorare per ritrovare un consenso di base. Gli Stati nazionali rimangono indispensabili nella loro funzione di Stati costituzionali cooperativi dell'Europa nel suo insieme. I valori costituzionali di base (che costituiscono pressoché “testi classici della convivenza costituzionale”<sup>19</sup>) si trovano anche, ma non solo, nei preamboli dei testi giuridici più importanti. Si pensi ad esempio al preambolo al TUE: “Ispirandosi alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto ..... una politica di difesa comune ....rafforzando così l'identità dell'Europa e la sua indipendenza, al fine di promuovere la pace, la sicurezza e il progresso in Europa e nel mondo”; inoltre, il preambolo del TFUE (2007): “Determinati a promuovere lo sviluppo del massimo livello possibile di conoscenza nelle popolazioni”. Consapevolmente si cita anche il preambolo della CEDU (1950): “Risoluti in quanto governi di Stati europei animati da uno stesso spirito e forti di un patrimonio comune di tradizioni e di ideali politici, di rispetto della libertà e di preminenza del diritto”. Una simile formulazione si trova già nel preambolo dello statuto del Consiglio d'Europa (1949). L'Europa dell'UE si trova di fronte ad una sfida comune di dimensione unica; essa può maturare attraverso la crisi citata per ultimo, ma anche attraverso la somma di tutte le crisi contemporanee. Vorrei ricordare la frase diventata famosa anche in Italia del poeta svevo *F. Hölder-*

<sup>19</sup> P. Häberle, *Klassikertexte im Verfassungsleben*, 1981; W. Böttcher (cura), *Klassiker des europäischen Denkens*, 2014.

*lin* (omaggiato, ad esempio, anche da *C. Abbado*) “Dove c’è pericolo cresce anche ciò che salva”. Un testo dalla letteratura classica come questo può aiutare la comunità costituzionale dell’Europa non solamente nelle dichiarazioni politiche ma anche nella vita quotidiana. *T. Mann* ha rivendicato già molto tempo fa una “Germania europea”. Noi Tedeschi sappiamo benissimo quali siano state le circostanze che hanno trasformato l’Italia in una “Italia europea” – fino ad oggi. Lo stesso vale per la “Spagna europea”<sup>20</sup>, che – come speriamo – non dovrà perdere la Catalogna attraverso una secessione unilaterale, che costituirebbe una violazione del diritto costituzionale spagnolo e anche di quello europeo. Non si deve dimenticare che è stato il Tribunale costituzionale spagnolo di Madrid che si è impegnato per un “dialogo tra i tribunali” in Europa<sup>21</sup>. Forse questo breve contributo proveniente dal Nord può aiutare a ricordare tutto ciò. I contributi pubblicati in questo numero della rivista diretta dai Professori *G. de Vergottini* e *T.E. Frosini* danno corda a molte voci del concerto della nostra Europa. Essi, per quanto pur diversi tra loro, sono tutti al servizio della “partitura Europa”. L’Europa deve essere inclusa nelle scuole tra gli obiettivi educativi, nelle università come valore di orientamento e deve essere vissuta come obiettivo dello Stato nella prassi politica quotidiana. La scienza dell’Europa deve affrontare una sfida enorme. Anche nel futuro la “dottrina costituzionale europea” deve continuare ad esistere e deve trasformarsi in qualcosa di reale.

### *Abstract*

The contribution attempts to describe in the first part the five crisis that are currently facing the EU. There are then analysed the possibilities but also the limits of the constitutional theory of Europe in the meaning of the theory of science of culture that the author has developed since 1982. The state borders are conceived as cultural functions of the state. In

<sup>20</sup> Cfr. M. Azpitarte, *Das europäische Spanien*, JöR 56 (2008), 479 ss. e i contributi di alcuni autori della “nuova scuola del diritto costituzionale di Granada”: F. Balaguer, M. Azpitarte, *Das Grundgesetz als ein Modell und sein Einfluss auf die spanische Verfassung von 1978*, JöR 58 (2010), 15 ss.; F. Balaguer, *Der Beitrag Spaniens zur europäischen Rechtskultur*, JöR 52 (2004), 11 ss. Per ultimo F. Balaguer, S. Pinon, A. Viala, *Le droit constitutionnel européen à l’épreuve de la crise économique et démocratique de l’Europe*, 2015, 13 ss.

<sup>21</sup> Su questo vedi K. Herzmann, *Das spanische Verfassungsgericht und der Fall Melloni*, EuGRZ 2015, 445 (445, 451).

this perspective it is pushed up to the expectation of a maximum quota for the entry of asylum seekers in Germany. The final part highlights the limits of the sciences of Europe.

Il contributo cerca di descrivere, nella prima parte, le cinque crisi che attualmente attraversano l'UE. Successivamente vengono analizzate le possibilità ma anche i limiti della teoria costituzionale dell'Europa nell'accezione della scienza della cultura che l'autore ha elaborato a partire dal 1982. Le frontiere statali vengono concepite come funzioni culturali dello Stato. In questa prospettiva ci si spinge fino alla previsione di un tetto massimo di quote per l'ingresso di richiedenti asilo in Germania. Nella parte finale si evidenziano i limiti delle scienze dell'Europa.

GIUSEPPE GUARINO

## REQUIEM PER UNA EUROPA MAI NATA

1. Nel 1957 tre Stati europei, i maggiori tra quelli in cui la percentuale insulare è largamente minoritaria, Francia, Germania, Italia, avevano un PIL complessivo superiore a quello degli USA, 18.987 contro 18.885 milioni<sup>1</sup>. Oggi il PIL degli USA è doppio di quello dei tre Stati, 16.245 contro 8.056 miliardi di dollari<sup>2</sup>. Nella classifica dei Paesi che nel decennio 2002-2012 hanno realizzato il peggiore tasso di sviluppo appaiono gli USA al 37° posto<sup>3</sup>. Nella classifica dei peggiori nel mondo l'Italia è al 5° posto, la Francia al 14°, la Germania al 21°. Sono compresi nell'elenco dei Paesi con il più basso tasso di sviluppo 14 della zona euro e dell'Unione europea (Grecia, Portogallo, Danimarca, Ungheria, Paesi Bassi, Spagna, Belgio, Regno Unito, Croazia, Finlandia, Austria, Malta, Irlanda, Slovenia).

Una conferma, se ce ne fosse ancora bisogno, è data dall'elenco dei 54 Paesi con il più elevato sviluppo nello stesso decennio. Degli europei sono presenti solo Monaco ed Andorra. I primi cinque hanno una media superiore al 10%: Macau, Qatar, Azerbaijan, Angola, Cina<sup>4</sup>. Monaco ed Andorra non sono membri dell'Unione e tantomeno dell'eurozona.

La popolazione del mondo supera oggi i 7 miliardi. Il tasso medio di crescita mondiale negli anni dal 2007 al 2012 è stato del 4.6%. Sarebbe superiore se quello dei 500 milioni di europei unificati non avesse contribuito ad abbassarlo.

2. Come mai l'Europa è caduta così in basso? Quali le cause? Come invertire la tendenza? Queste le domande che mi sono posto.

---

<sup>1</sup> 1990 Geary-Khamis Dollars, cfr. A. Maddison, *Monitoring the World Economy 1820-1992*, Parigi, 1995, 195.

<sup>2</sup> Cfr. Pocket, *World in Figures*, edito dall'Economist, 236, 148, 150 e 168.

<sup>3</sup> Vedi Pocket, 30.

<sup>4</sup> *Ibidem*, 30.

Sono diverse dalle litanie quotidiane, se sia in corso una ripresa o una ripresina, se siano state o meno eseguite le “riforme”. È un termine che andrebbe bandito. Le riforme possono essere tanto benefiche quanto rovinose. Per essere chiari, per ritornare ai livelli del 1957, il tasso medio di sviluppo di Francia, Germania e Italia dovrebbe essere non inferiore al 3% per una durata di almeno trenta anni.

3. Per rispondere alle tre domande era necessario che mi liberassi delle tesi sostenute in passato. Nessuno le ha contestate nel merito. Ma erano insufficienti. Si basavano su dati statistici e sollevavano questioni di legittimità. I dati erano esatti. Le argomentazioni corrette. Ma ora mi sono posto un solo e diverso obiettivo. Spiegare il come ed il perché Stati europei che nel 1950 erano i primi nel mondo nello sviluppo, oggi si collocano tra gli ultimi. Non ne sono sicuro. Ma a me sembra che nessuno si sia posto fino ad oggi questa domanda. È tra tutte la più importante.

4. Con il termine Europa mi riferisco essenzialmente ai tre Stati, Francia, Germania, Italia.

I popoli dei tre Paesi da oltre un millennio hanno contribuito, probabilmente più di ogni altro, alla storia ed allo sviluppo culturale e scientifico del mondo. Dei sei Paesi fondatori delle istituzioni europee erano i maggiori. Sono stati presenti in tutti i passaggi successivi. Per effetto delle vicende storiche la conformazione complessiva e le strutture dei tre Stati sono divenute particolarmente rigide. Per modificarle occorrono fattori robusti e durevoli. Data la rigidità delle strutture, gli andamenti dei tre Paesi non possono essere identici. Se al termine della ricerca si pervenisse a risultati nella gran parte eguali o sufficientemente simili, si dovrebbe ipotizzare che abbiano operato fattori analogamente robusti. Potrebbero essere quelli responsabili della decadenza europea.

5. Mi sono reso conto che nella mia informazione vi era una lacuna. Dovevo colmarla. Mi ero molto interessato delle istituzioni europee nei primi anni '50. Poi, molto intensamente, dal 1980 al 2000. Dismessa ogni attività politica, accademica e professionale mi sono occupato dell'Europa in volumi e saggi. Questo saggio si assegna, rispetto agli antecedenti, un obiettivo diverso e del tutto nuovo. Potrebbe chiudere la serie.

6. Il vuoto da colmare esisteva. Era rappresentato dal Trattato CEE, detto anche di Roma, approvato il 25 marzo 1957, entrato in vigore il 1° gennaio 1958. Se lo avessi esaminato in quegli anni anche io, come tutti, non ne avrei colto la incredibile portata.

Il Trattato di Roma è il primo Trattato europeo in senso stretto. Un Trattato al quale qualsiasi Stato avrebbe potuto avere interesse a dare la propria adesione. Il Trattato CECA (18.4.1951) per gli ideali che lo alimentavano e per la innovatività degli istituti ha avuto una enorme portata storica. L'oggetto di cui si occupava, il bacino carbo-siderurgico della Ruhr, interessava però direttamente o indirettamente solo un piccolo nucleo di Stati. Così era anche per l'Euratom (25.3.1957).

7. Il Trattato di Roma si compone di quattro parti. Non sono omogenee. In parte addirittura contrastanti. Per due, agricoltura e trasporti, il regime adottato è quello della gestione amministrata di un settore economico. La parte centrale introduce la libertà di movimento per le persone, le merci, i servizi e riconosce il diritto di stabilimento. Principi tuttavia che non si applicavano in agricoltura e nei trasporti. Una quarta parte ha per oggetto le materie che compongono lo Stato sociale. Sono elencate nell'art. 118, non ne manca nessuna. Per questo vasto ambito (lo Stato sociale caratterizza l'economia di un Paese nel suo insieme) mancano discipline applicative. Gli Stati, dichiara l'art. 117, "ritengono" (si tratta dunque di una opinione), che gli obiettivi di sviluppo della classe operaia si sarebbero realizzati quale naturale effetto delle norme e delle procedure previste dal Trattato.

Gli artt. 110, 117 e 118 del Trattato CEE sono presenti nel medesimo testo e con lo stesso numero nel Trattato TUE (Maastricht). Una interpretazione sistemica induce a ritenere che il mercato, al quale il Trattato sembra attribuire la responsabilità della gestione dello Stato sociale, non sia quello tra i sei Paesi membri (i tre più importanti ed i tre del Benelux), bensì quello "globale", che si sarebbe realizzato in un tempo futuro con l'approvazione del GATT (accordo per l'abbattimento dei dazi doganali e per la loro uniformizzazione) e la creazione del WTO (organizzazione mondiale del commercio). È da tenere presente che nel 1957 Francia, Germania ed Italia si avvalevano di un regime di Stato sociale. Erano gli unici a farlo in modo avanzato e completo e ne erano orgogliosi.

8. A quasi sessanta anni di distanza possiamo ora renderci conto delle ragioni che concorsero alla favorevole accoglienza riservata al Trattato di Roma. Per l'agricoltura ed i trasporti si recepiva, migliorandola, la regolamentazione esistente. Quanto allo Stato sociale ci si proiettava nel futuro. Per il momento si lasciava tutto immutato. L'ampliamento dell'ambito del mercato, da nazionale a comunitario, avrebbe prodotto effetti benefici soprattutto per Paesi con economie in fase di forte espansione, quali Francia, Germania e Italia. L'Italia ne trasse consistenti vantaggi. La CEE fu il trampolino di lancio per il "Made in Italy".

9. L'interpretazione sistemica, collegando gli artt. 110, 117 e 118 ad elementi generalmente poco conosciuti, ha fatto emergere un fenomeno del tutto nuovo, la "Finanza Internazionale". A costituire la base degli artt. 110, 117 e 118 deve esserci stata una mano ispirata da questo fenomeno, già in fase di crescita fervorosa.

È tendenza diffusa, quando si introducono nuovi sistemi di norme (nazionali, internazionali o di diritto comunitario) concentrare l'attenzione sui contenuti, trascurando l'aspetto della loro concretizzazione. Il Trattato di Roma, per quanto concerne lo Stato sociale, ha operato una scelta "ferma". La responsabilità sarebbe stata del mercato.

10. Se è preminente il mercato, non c'è spazio per la politica. Agli organi spetta adottare le discipline applicative ed integrative. Ed esercitare funzioni di vigilanza, sorveglianza e controllo. Non servono poteri politici, al massimo quelli amministrativi di "lata discrezionalità". Delle direttive, raccomandazioni, proposte ed altro, i destinatari sarebbero stati invece entità politiche, gli Stati che avevano stipulato il Trattato e quelli che vi avrebbero successivamente aderito.

11. Esistono due tipologie fondamentali di entità operative che gli uomini possono creare avvalendosi del diritto: gli organismi e le organizzazioni. Gli organismi sono assimilabili all'uomo. Le organizzazioni alle macchine. Negli uomini esiste un organo particolare che coordina tutti gli altri ed esercita la funzione di guida. È il cervello, il "vertice di ultima istanza". È inerente alla funzione di guida la libertà di scelta. L'uomo se ne avvale in ogni sua condotta: rispettare il comando, divergerne, violarlo?

L'opzione che il Trattato di Roma doveva compiere aveva ad oggetto le due distinte tipologie. Senza che ce se ne rendesse conto, ha optato per la tipologia della organizzazione.

12. L'ambito occupato in uno Stato sovrano dal Governo, che vi avrebbe operato con poteri politici, è stato affidato dal Trattato di Roma a due organi. L'uno, il Consiglio, composto da ministri chiamati a partecipare alle sedute se l'ordine del giorno della riunione prevede questioni che rientrano nella loro competenza. L'altro, la Commissione. Dei due organi, l'unico che abbia una connessione con la volontà popolare è il Consiglio. La Commissione infatti è composta da membri scelti di comune accordo tra gli Stati "in base alla loro competenza generale". La formula era già presente nel Trattato CECA. In quel contesto significava che non si richiedeva che i Commissari avessero una conoscenza specifica nel settore del carbone e dell'acciaio. Nel Trattato CEE la stessa formula non può significare altro fuor di quello che le parole esprimono. "Competenza generale" significa che non si richiede una competenza specifica. È "mancanza di qualifica".

Nel Consiglio è presente un minimo di derivazione popolare. Nella Commissione la derivazione popolare manca del tutto. Vi partecipano persone, probabilmente egregie, prive di qualificazione.

Si sarebbe atteso che la preminenza venisse accordata al Consiglio. È accaduto l'inverso. Non è stato detto in maniera da tutti comprensibile. Lo si deduce dall'art. 149. Stabilisce che, se vi è una proposta della Commissione, il Consiglio se ne può discostare solo all'unanimità. Il potere di proposta della Commissione ha carattere generale. In singoli casi il Trattato stabilisce che nell'esercizio di una specifica competenza il Consiglio deve deliberare con una maggioranza assoluta o qualificata. I casi in cui si richiede una maggioranza assoluta sono più o meno equivalenti a quelli per i quali è sufficiente una maggioranza qualificata. Dominante quindi è la Commissione. Commissione significa "organizzazione". Se la preminenza fosse stata del Consiglio, si sarebbe creato un "organismo".

13. Allo stesso modo in cui la Commissione prevale sul Consiglio, prevale sulla Commissione l'Amministrazione. Non c'è nessuna norma nel Trattato che dica che l'organizzazione burocratica è

alle dipendenze della Commissione. La si è ritenuta una conseguenza implicita. Le direzioni generali hanno il monopolio della titolarità delle funzioni, cui si aggiunge quello dei contenuti. Hanno dunque il monopolio dell'informazione. I contenuti (le direttive, le normative, le proposte e ogni altro atto della Commissione) sono opera degli uffici. La composizione della Commissione si è ampliata con l'adesione di nuovi Stati. Il numero dei componenti fino all'1.11.2014 è stato pari a quello degli Stati (28). Con l'aumento del numero dei componenti scema l'autorità della Commissione. Cresce quella degli uffici.

Dove possibile i titolari di organi tendono ad ampliare la sfera delle proprie competenze e a crescere in autorità.

14. Le organizzazioni, una volta create, vanno per la loro strada, nella direzione imposta dalla loro conformazione. Non è più necessario l'originario promotore. Salvo che per la storia, ne diviene perfino superflua la ricerca. Per il Trattato di Roma un fattore influente è stata la Finanza Internazionale. Fattore allo stato emergente ma che sarebbe presto divenuto protagonista nella scena mondiale. In seguito i rapporti con l'Europa sarebbero stati casuali, dettati dalle circostanze. La finanza internazionale sarebbe stata all'origine del piano Barre-Werner per effetto dei problemi che creava con le speculazioni sui cambi tra le valute dei Paesi europei, quelle dei tre Stati, ai quali si aggiungeva la sterlina, la moneta dell'UK. Qualche anno dopo la Finanza Internazionale avrebbe dato un sostegno straordinariamente utile ai Paesi importatori di petrolio, i tre maggiori continentali, ai quali si aggiungeva anche questa volta l'UK, nella crisi petrolifera del 1973. Divenuta protagonista della scena mondiale la Finanza Internazionale non aveva ragione di occuparsi dell'Europa. Le condotte determinate dalla sua conformazione obbligavano ad operare ovunque vi fossero aspettative di profitto rapido e sicuri. Condizioni che non esistevano in Europa. La Finanza Internazionale si era inizialmente avvalsa dell'ampio risparmio europeo come piattaforma per il lancio verso mercati più vasti.

15. Un secondo fattore, il complesso integrato Commissione più organizzazione burocratica, avrebbe invece assunto un ruolo permanente. La sua funzione (art. 155) consisteva nel vigilare sull'applicazione del Trattato e nell'esercitare le competenze attribuite.

Ciò che si andava a creare, dunque, era una “organizzazione” con un compito unico, applicare le disposizioni del Trattato.

L'istituto che si creava non era identico, e nemmeno somigliante, all'obiettivo perseguito dagli Stati europei dal 1950 al 1957. Si prevedeva in quegli anni di dar vita ad un “organismo” che, utilizzando poteri politici, realizzasse il sogno della creazione di un grande Stato europeo.

Con la sostituzione di una organizzazione all'organismo si determinava una profonda “frattura” tra ciò che si andava a fare e ciò che sino a quel momento si era sognato, in parte progettato ed in una prima parte (CECA) realizzato.

16. La sostituzione della tipologia della Commissione a quella dell'organismo fece emergere il fenomeno “frattura”. Con il termine si intende una mutazione nella conformazione, quindi negli obiettivi, improvvisa e non necessariamente motivata. Diveniva a questo punto naturale porsi la domanda se quella del 1957, prodotta dal Trattato di Roma, fosse l'unica frattura riscontrabile nel lungo processo istituzionale dell'Europa o se ce ne fossero altre. Sono in tutto cinque. L'una, quella del 1957. La seconda del 1971. La terza del 1972. La quarta del 1988-1992. La quinta quella dell'1.1.1999.

17. Il 1957 è l'anno del Trattato di Roma. Se ne percepisce ora la drammatica importanza. Si creava una organizzazione (il complesso integrato, Commissione più organizzazione burocratica) laddove il grande sogno di uno Stato unitario europeo avrebbe comportato un organismo. L'entità che veniva creata si sarebbe autotutelata e sviluppata in coerenza con la propria conformazione. Una volta che si fosse insediata e consolidata non sarebbe stato agevole rimuoverla.

18. Una seconda frattura in direzione inversa si ebbe nel 1971 con l'adozione del piano Barre-Werner. Una proposta Barre, presentata al vertice dell'Aja del 1969, era stata approvata dal Consiglio. Per la sua attuazione fu costituita una apposita Commissione, che dal nome del suo Presidente avrebbe preso il nome Werner.

La Commissione eseguì puntualmente il compito. Un progetto completo fu presentato entro la scadenza della prima fase e fu approvato da tutti gli Stati.

19. I Paesi europei avevano ciascuno una propria moneta. La Finanza Internazionale ormai operante a pieno ritmo prese a trarre profitti rapidi e sicuri dalla speculazione sui cambi tra le monete dei tre Paesi principali del continente e dell'UK (la sterlina). L'andamento delle economie di questi Paesi era sostanzialmente simile. Ma necessariamente mai identico. In fasi congiunturali i divari si allargavano. Era sufficiente concentrare grandi volumi di liquidità su una moneta e poi spostarli di improvviso su un'altra per creare le condizioni da cui si sarebbe tratto profitto. Cambi ondivaghi creavano problemi per le Banche Centrali dei Paesi coinvolti. Barre aveva individuato, quale mezzo per risolvere il problema, la creazione di una moneta unica. Una sufficiente omogeneità tra la economia dei Paesi interessati era il necessario presupposto per il lancio di una moneta unica. La proposta Barre prevedeva che al lancio si pervenisse con un percorso graduale che avrebbe occupato un tempo medio-lungo. I Paesi sarebbero stati assoggettati a costrizioni che i Governi dei Paesi interessati avrebbero accettato.

Il piano Barre assegnava il compito della omogeneizzazione ad organi politici comuni, ai quali sarebbero state trasferite competenze politiche sino a quel momento esercitate da organi degli Stati membri. Sarebbe spettato ai nuovi organi dettare le discipline finalizzate alla omogeneizzazione, procedendo agli adattamenti che si fossero resi necessari. Avrebbero anche partecipato alla concreta esecuzione dei provvedimenti che sarebbero stati adottati. Col piano Barre si sarebbe concretizzata una seconda rottura con il ritorno in campo della politica. Una rottura in senso inverso rispetto a quella antecedente.

20. 1972: terza rottura. Si ritornava alle condizioni della prima, annullando la seconda. Chiusa la prima fase del piano Werner si stava per passare alla seconda. Il piano Werner era stato approvato da tutti gli Stati. Ma appena ci si rese conto che il passaggio alla seconda tappa avrebbe comportato che la responsabilità dell'intero processo di omogeneizzazione sarebbe spettata ad organi politici comuni, non si ebbe esitazione a bloccare il passaggio. Lo stesso piano Werner fu abbandonato. Qualcuno aveva fatto notare che la creazione di nuovi organi avrebbe comportato la modificazione del Trattato di Roma. E che problema ci sarebbe stato? La creazione di

organi politici comuni avrebbe significato la creazione di un “organismo”. Bloccato il piano Werner, si ritornò alla “organizzazione”.

21. La estromissione dalla politica non si fermò qui. Esclusa la formazione di organi politici, si dovette inventare un metodo alternativo.

Non si osò attribuire poteri alla Commissione. Sarebbe divenuta palese l'antidemocraticità del sistema. Si optò per la introduzione di vincoli attinenti a punti qualificanti del sistema economico. Gli Stati sarebbero stati impegnati a rispettarli. I vincoli sarebbero divenuti gradualmente più severi.

Lo schema fu utilizzato in un primo tempo per il cosiddetto “serpente monetario”. Si sarebbe introdotto un doppio limite. Quello meno severo riservato agli Stati più deboli.

La seconda applicazione del sistema fu lo SME, sistema monetario europeo. Nel serpente monetario si riscontrarono casi di uscita e di rientro. Lo SME registrò l'uscita definitiva dell'Italia e dell'UK nel 1992.

Il metodo alternativo alla politica non fornì risultati apprezzabili.

22. Siamo alla quarta rottura (1988 e 1992). Furono approvati due Trattati collegati. Il primo, l'Atto Unico Europeo. Il secondo, il Trattato sull'Unione, detto di Maastricht. Quaranta anni e poco più erano passati da quando Schuman e Monnet avevano presentato per la prima volta i progetti comunitari. Se si fosse abbandonata la prospettiva dell'Unione politica la missione alla quale ci si era dedicati con tanto impegno sarebbe stata tradita. D'altra parte esistevano, e non le si potevano ignorare, difficoltà da superare. L'UK, coinvolta nel processo di omogeneizzazione delle economie, non avrebbe rinunciato né alla Corona né alla sterlina. Erano le due forze che sostenevano l'intera impalcatura dell'impero britannico. Si creò, per superare l'ostacolo, una doppia categoria di Stati. Solo un gruppo avrebbe adottato l'euro. Si creò, accanto a quella degli Stati membri che avrebbero formato l'eurozona, una seconda categoria, quella degli Stati “con deroga”. Avrebbero conservato la loro moneta. Il Trattato di Maastricht elenca in un apposito articolo (109 K, comma 3) le norme che agli Stati con deroga non si sarebbero applicate.

23. Il Presidente al tempo della Commissione Europea, Jacques Delors, si impegnò con passione congiunta a vasta esperienza politica, per giungere al risultato. Parteciparono alle discussioni i maggiori esponenti politici degli Stati. Si dovette superare, oltre quella sollevata dall'UK, un'altra difficoltà, la "ideologia del marco stabile". La Germania non avrebbe accettato una moneta che non avesse le medesime caratteristiche di stabilità del "marco". Delors, secondo quanto lui stesso racconta, per avere indicazioni si rivolse al Presidente della Bundesbank, Otto Pöhl, che godeva della piena fiducia del Cancelliere Kohl. La risposta fu netta. "L'Unione Politica deve precedere l'Unione monetaria"<sup>5</sup>. Fu compiuto uno sforzo intelligente per creare una disciplina che, pur in assenza di un effettivo governo comune, fosse sufficiente per conferire carattere politico alla creazione che si andava a realizzare.

24. L'obiettivo sarebbe stato raggiunto riconoscendo un adeguato ruolo ai poteri politici degli Stati membri. Ogni Stato avrebbe avuto una sua autonoma politica economica. La si sarebbe coordinata con direttive di larga massima. Agli Stati si sarebbe permesso di indebitarsi nel totale fino al 60% del PIL e nell'anno fino al 3%. Una proposta della delegazione italiana, che tutti approvarono, precisava che i parametri dovessero essere interpretati ed applicati con elasticità, tenendo conto della tendenza in corso, verso l'alto o verso il basso, nella economia del Paese. Il 3% nell'indebitamento annuo corrispondeva alla media realizzata dagli USA nel corso del secolo ventesimo. Come risultato gli USA avevano raddoppiato il PIL. Esistevano però due importanti differenze. Negli USA il 3% costituiva il risultato di una media. Nella disciplina dell'euro era un limite massimo. Negli USA il Presidente Roosevelt, allo scoppio della seconda guerra mondiale, portò il debito USA dal 50.5% nel 1940 al 121.6% nel 1946. Riassorbì 15 milioni di disoccupati. Ricorrendo a tecniche appropriate, finanzia il UK perché potesse acquistare armi, navi e prodotti alimentari dagli USA. Dotò il Paese di una flotta navale interamente nuova, che sarebbe stata la più potente nel mondo. Scomparso Roosevelt il debito sarebbe stato ulteriormente incrementato per produrre la bomba atomica. Al termine del conflitto gli USA sarebbero stati la prima potenza politica e militare nel mondo. Altro

---

<sup>5</sup> Cfr. Jacques Delors, *Mémoires*, Plon, 2004, 337.

episodio fu quello che si ebbe negli otto anni del doppio mandato del Presidente Reagan dal 1981 al 1989. Il debito fu incrementato di ventidue punti, dal 31.5% al 53.1%. Fu finanziato il progetto di guerre stellari. Si pose fine al tremendo periodo in cui la garanzia della pace era affidata al terrore della distruzione reciproca totale. Effetto che si sarebbe prodotto se uno dei due contendenti avesse fatto ricorso all'arma nucleare. Sarebbe potuto accadere anche per un errore tecnico od umano. Le nuove disponibilità finanziarie erano in funzione del progetto del Ministero della difesa di realizzare una rete satellitare con basi disseminate in aree distanti del mondo. Avrebbe consentito di intercettare e colpire un missile intercontinentale avversario sin dal momento della partenza o durante il percorso, o comunque prima dell'arrivo sull'obiettivo. Una eguale opportunità mancava all'URSS. Gorbaciov, nuovo Primo Ministro sovietico, abbandonò la prospettiva della competizione permanente.

25. Se ci sono fattori produttivi inutilizzati e v'è capacità produttiva, procedere al finanziamento è utile e doveroso. Il dott. Guido Carli era stato Governatore della Banca d'Italia dal 1960 al 1974. Quale Ministro del Tesoro italiano nel 1992 aveva seguito personalmente la trattativa per la redazione del Trattato di Maastricht ed aveva ottenuto che fosse approvato un emendamento italiano che prescriveva che i parametri del 60% e del 3% relativi al debito e all'indebitamento si interpretassero sulla base di un criterio flessibile. Era stato (1950-1952) presidente dello Steering Committee dell'Unione europea dei Pagamenti. La Germania, Paese sconfitto, aveva chiesto un prestito di importo inusuale. I membri francese ed inglese del Comitato si erano dichiarati contrari. Carli si assunse tutte le responsabilità. Dispose una istruttoria. Fu eseguita sotto il suo diretto controllo. Il parere fu positivo. La Germania restituì l'ammontare ricevuto con anticipo. Quel prestito fu alla base della grande ripresa della Germania.

La narrazione di queste vicende potrebbe sembrare fuori tema. Ma sono i fatti a dare concretezza alle asserzioni teoriche.

26. Ritornando al tema resta da esaminare l'ultima rottura, la quinta. Fu il prodotto del c.d. "Patto di Stabilità". Sarebbe stato Waigel, Ministro del Tesoro della Germania, a redigere il testo del regolamento 1466/97. È certo che la Commissione nella vicenda

svolse una parte decisiva. La pubblicazione del regolamento avvenne il 2.8.1997 nella GUCE n. L209. La Gazzetta Ufficiale che lo conteneva venne diffusa in una data successiva all'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam. Il Trattato di Amsterdam entrò in vigore il 1° maggio 1999. Conteneva le stesse regole del Trattato di Maastricht. Una mano provvidenziale curò che la diffusione della G.U. con la quale il regolamento veniva pubblicato fosse ritardata di qualche giorno per fare in modo che la applicabilità del regolamento avvenisse in data successiva a quella del Trattato. Diversamente il Trattato avrebbe abrogato il regolamento. Spostando la data, il regolamento sarebbe stato imposto di fatto ed avrebbe cancellato d'uno colpo due Trattati, quello di Maastricht e quello di Amsterdam. Un effettivo colpo di Stato.

27. Il regolamento 1466/97 inoltre, e questo non è meno rilevante, riesumava il principio sperimentato nel 1972 di un vincolo numerico che tutti gli Stati avrebbero dovuto rispettare indipendentemente dalle condizioni in cui ciascuno Stato si fosse trovato alla data di applicazione delle norme. Il reg. 1466/97 ha introdotto l'obiettivo generalizzato del pareggio del bilancio da rispettarsi da tutti gli Stati membri. La politica sarebbe stata di nuovo rottamata, e questa volta in modo definitivo. La "organizzazione" avrebbe sostituito per sempre l'"organismo".

28. Ricapitolando: la seconda fase del piano Werner non è stata realizzata. Il 1.1.1999 avrebbe dovuto essere immesso sui mercati un euro assoggettato alla disciplina del Trattato di Maastricht. Non è mai avvenuto. In quella data (1.1.1999) fu compiuto un vero e proprio "trattatocidio". L'euro, quale voluto dal Trattato, fu ucciso nella culla nell'attimo stesso in cui nasceva.

29. Sono state identificate cinque rotture. Due (1971 e 1988-1992) ispirate allo schema dell'organismo, tre allo schema dell'organizzazione (1957, 1972, 1999). Quali dei due gruppi è responsabile del processo degenerativo europeo? Non abbiamo bisogno di ricorrere ad argomenti teorici o ad una analisi delle rotture. È sufficiente un *unico dato di fatto*. Le tre rotture ispirate al principio dell'organizzazione hanno avuto piena esecuzione. Le due rotture ispirate ai principi dell'organismo *non hanno ricevuto esecuzione*. Non possono quindi essere responsabili di nulla.

30. Avevamo tutti immaginato che negli anni dal 1957 ad oggi a base del dibattito ci sarebbe stato uno scontro tra ideologie, ad esempio quello dello Stato nazionale contro lo Stato sovranazionale o quello sulla specie dell'organismo da realizzare. Dall'analisi sistematica delle "rotture" ricaviamo che uno scontro c'è stato, ma di tutt'altra natura, tra la tipologia della organizzazione e quella dell'organismo. L'Unione politica avrebbe comportato la creazione di un organismo. È invece prevalsa la organizzazione. Il processo si è prodotto in cinque tappe. L'organismo è prevalso in due (1971 e 1988-1992). L'organizzazione in tre (1957, 1972, 1999). Con la terza l'organismo ha tagliato il traguardo.

31. Da dati di fatto così sintetizzati, risultano quattro sconvolgenti deduzioni.

*a)* L'Unione politica, che gli europei avevano sognato, oggetto di nobili ideologie, non è stata mai realizzata.

*b)* Gli Stati autori dei Trattati o che vi hanno dato adesione, ed il popolo europeo, risultante dalla somma dei popoli degli Stati membri, non hanno avuto alcuna parte nella conformazione dell'Europa concretamente realizzata.

*c)* Gli Stati europei che nel 1957 erano i primi nel mondo, si collocano agli ultimi posti in una graduatoria basata sul tasso medio di crescita della economia nel decennio 2002-2012.

*d)* Delle cinque rotture che si sono verificate, la seconda e la quarta non hanno prodotto effetti perché non hanno ricevuto concreta attuazione. Della depressione progressiva e generalizzata della economia europea devono ritenersi quindi responsabili le rotture n. 1, 3, 5. Costituiscono la base della opzione in favore della "organizzazione" e della estromissione dell'organismo, quindi dello Stato.

*e)* La organizzazione, tuttora presente, si caratterizza come entità duratura. Opererebbe sino a quando non sia stata distrutta o con un qualsiasi fattore la si sia fatta sparire. I popoli europei sarebbero condannati ad ulteriore deperimento se le istituzioni attuali non venissero rimosse. È indispensabile dunque procedere con urgenza.

32. Assegnarsi l'obiettivo della individuazione dei possibili fattori del fenomeno depressivo che ha colpito i popoli europei da più di mezzo secolo, è stata una decisione determinante. Ma il compito

non è stato semplice. Si sono dovute formulare ipotesi, svilupparle, verificare ogni volta se fosse quella giusta. Il testo finale reca le conclusioni, non il modo in cui vi si è arrivati. Le conclusioni alle quali sono pervenuto non erano previste, né erano prevedibili. L'Europa, quale è stata e viene ancora presentata dai titolari degli uffici da essi stessi creati, non corrisponde a quella che gli Stati sovrani ed i popoli europei volevano. Può, anzi deve, essere abbandonata senza rimpianti. "Requiem per una Europa mai nata". Quella vera non è ancora nata. È quella che si andrà a creare.

*Abstract*

The paper analyses the reasons for the continuing economic decline of Europe taking into account the evolution of the overall GDP of some European countries. The total GDP of Italy, France and Germany in 1957 – when the Treaty of Rome came into force – were superior of the US GDP, today is equal to half of that of the US.

Il presente saggio analizza le ragioni della perdurante decadenza economica dell'Europa prendendo in considerazione l'evoluzione del PIL complessivo di alcuni Paesi europei. I PIL complessivi di Italia, Francia, Germania che nel 1957 quando era entrato in vigore il Trattato di Roma erano superiori del PIL degli USA oggi è pari alla metà di quello degli USA.

LUIGI MELICA

## L'UNIONE POLITICA IN CRISI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Gli Stati uniti d'Europa nella visione di Altiero Spinelli. – 3. Struttura ed apparati dell'Unione europea: il contesto istituzionale unico. – 4. La cristallizzazione della “via di mezzo”: la teoria della sovranità condivisa. – 4.1. (*Segue*) Pregi e limiti della teoria della sovranità condivisa. – 5. Una diversa proposta di studio del fenomeno europeo: il benessere dei cittadini europei e di quelli di ciascun Stato membro. – 6. L'«impossibile» inquadramento della «forma stato europea». – 7. Un “diverso” ruolo politico del Consiglio europeo.

### 1. *Introduzione*

La sensazione imperante oggi in Europa è che l'Unione europea nelle questioni politiche più rilevanti stenti a porre in essere una politica condivisa e sia quindi priva di un fondamentale fattore unificante. È lampante, per fare solo alcuni esempi, che la politica estera europea sull'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale<sup>1</sup>, sui conflitti nei continenti asiatico ed africano e nei riguardi della Federazione russa e dell'Iran, sia tutt'altro che unidirezionale, posto che le Istituzioni europee e gli Stati membri più che agire all'unisono tendono a presentarsi profondamente divisi.

In termini più generali, l'Europa del secondo millennio, non solo stenta a decollare come forma politico/organizzativa, ma sembra addirittura regredire a causa del basso livello di coesione tra i diversi popoli europei.

A ciò si aggiunge l'evidente imperfezione dell'architettura istituzionale dell'Unione, la quale, da un lato non ricalca più il modello classico delle confederazioni di stato, ma dall'altro non è an-

---

<sup>1</sup> Sul punto ci si permette di rinviare al mio *Libertà e sicurezza in Europa in materia di migrazione e asilo: profili giuridici sull'immigrazione nell'ordinamento europeo*, in *Lingue e Linguaggi*, vol. 16, 2016.

cora uno stato federale compiuto. Difatti, quando il Presidente della Banca Centrale Europea Mario Draghi sollecita ripetutamente la realizzazione di un sistema europeo che imponga, come per le leggi di bilancio dei Paesi membri, l'attivazione di una procedura di verifica e controllo del varo delle riforme strutturali, così da «*replicare il successo dell'area del bilancio*»<sup>2</sup>, ripropone apertamente la *vexata questio* dell'incompiutezza dell'Unione europea<sup>3</sup>. Le scelte monetarie e gli indirizzi macroeconomici adottati a livello dell'Unione, infatti, a parere del Presidente della BCE non producono gli effetti voluti se permane la disomogeneità tra i sistemi lavorativi, fiscali, previdenziali, e pubblico/economici degli Stati, ma, poiché l'Unione europea, a differenza degli Stati unitari, non può imporre attraverso proprie norme le citate riforme strutturali, si chiede agli Stati membri di promuoverle, ovvero di realizzare un meccanismo che possa spingere le rispettive istituzioni statali a varare le riforme nel più breve tempo possibile<sup>4</sup>. È sintomatico osservare che, se a lanciare tale monito fosse stato il Presidente della *Federal Reserve* americana, esso non sarebbe stato rivolto ai quaranta Stati membri nordamericani, bensì al solo Presidente dello Stato ed al limite alla maggioranza parlamentare presente nel Congresso.

Nel solco di queste osservazioni e riflettendo in retrospettiva sorge spontaneo domandarsi cosa sia accaduto, nel continente europeo, nell'ultimo mezzo secolo, appurato che già prima della fine della II guerra mondiale, uno dei suoi «Padri ispiratori», Altiero Spinelli, chiedeva ai «restauratori» illuminati di promuovere gli Stati uniti d'Europa (*la democrazia e l'unità europea*), per scongiurare il pericolo di nuove guerre mondiali ed assicurare il benessere a tutti i cittadini europei.

---

<sup>2</sup> «*I said several times that it's probably high time now to start sharing sovereignty in that area, as well, taking the structural reforms area in the marketplace, product reforms, single market legislation, implementation, and labor market reforms under common union discipline, under – in other words, trying to replicate our success in the budgetary area, also in the structural reforms*». È questo il monito espresso, di recente e fra l'altro, durante il forum della BCE a Sintra il 22 maggio 2015. Si veda, <http://www.ilsole24ore.com/ort/mondo/2015-05-22/draghi-crescita>.

<sup>3</sup> Sul punto ci si permette di rinviare al mio, *L'Unione Incompiuta*, Jovene, Napoli, 2015, 1 ss.

<sup>4</sup> *Ivi*, 101 ss.

## 2. *Gli Stati uniti d'Europa nella visione di Altiero Spinelli*

Nell'opera «*Gli Stati uniti d'Europa e le varie tendenze politiche*»<sup>5</sup>, pubblicata quando il conflitto mondiale era ancora in corso, Altiero Spinelli non aveva esclusivamente in mente il grande problema del tempo, la guerra totale e moderna che lui stesso definiva «*il male profondo che mina la società europea del tempo*»<sup>6</sup>, ma collegava al costituendo Stato europeo il benessere dei cittadini europei, i quali, in quel momento storico, non erano solo divisi, ma erano anche profondamente prostrati dagli effetti della guerra.

Lo strumento proposto dal pensatore italiano, gli Stati uniti d'Europa, aveva infatti lo scopo di «*estirpare radicalmente il pericolo permanente di conflitti armati tra i popoli civili*» dato che, in caso di nuove guerre, «*preparate e condotte mediante l'impiego di tutte le energie sociali esistenti nei singoli Paesi (...)*», si sarebbe distrutto «*tutto ciò a cui si tiene di più*»<sup>7</sup>. L'Autore sperava dunque che i «*restauratori intelligenti*» avrebbero colto la soluzione istituzionale della «*democrazia e l'unità europea*» grazie alla quale si sarebbero impedito nuove guerre e, soprattutto, si sarebbe ottenuto più benessere per i cittadini di tutti gli Stati europei.

La pace duratura sarebbe stata possibile solo attraverso «*istituzioni libere e rispettose dei sentimenti nazionali*», fondate sull'egualianza tra le persone e prive dei protezionismi e delle limitazioni migratorie tra Paese e Paese esistenti sino a quel momento.

L'Europa federale immaginata da Spinelli avrebbe potuto ottenere questi risultati nonostante gli ostacoli di cui l'Autore era conscio. «*Le masse di qualsiasi ceto sociale*», infatti, «*spontaneamente sono solo capaci di reclamare il soddisfacimento dei propri interessi immediati, ricorrendo alla sopraffazione tutte le volte che appaiono loro condizioni di successo*». Le nuove istituzioni europee, pertanto, avrebbero dovuto primariamente disciplinare «*gli impulsi umani e degli stessi Stati*» posto che, passando, «*dal sogno alla realtà*», era

---

<sup>5</sup> L'opera in oggetto fu pubblicata in forma di saggio congiuntamente con quello intitolato «*Politica marxista e politica federalista*», in A.S. e E.R., *Problemi della federazione europea*, pubblicato e curato da E. Colorni, Edizioni del Movimento Italiano per la Federazione Europea, Roma, 1944, per essere successivamente riprodotti in ulteriori edizioni.

<sup>6</sup> A. Spinelli, E. Rossi, *Il manifesto di Ventotene*, Milano, Oscar Mondadori, 2006, 35.

<sup>7</sup> *Ibidem.*

indispensabile poter «fare affidamento», su alcune salde istituzioni (...) ovvero su «una cornice legale», lo Stato nazionale, entro cui poter «convogliare gli egoismi e gli interessi personalistici, ricomponendo le diseguaglianze e le differenze sociali»<sup>8</sup>.

Gli Stati uniti d'Europa<sup>9</sup>, in questo senso, avrebbero costituito «la premessa indispensabile per l'eliminazione del militarismo imperialista» e si sarebbero nello stesso tempo rivelati lo strumento più utile per ottenere il benessere dei cittadini, «di tutti i cittadini dei diversi Stati europei»<sup>10</sup>.

Nel realizzare questo percorso, ammoniva Spinelli, il «restauratore intelligente» avrebbe dovuto «raffrenare ed indirizzare le singole attività», con la consapevolezza che, nel campo internazionale, ogni Stato è portatore di interessi non sempre conciliabili con gli interessi degli altri Stati.

In definitiva, accanto agli interessi dei cittadini europei complessivamente intesi, il «restauratore intelligente» avrebbe dovuto considerare gli interessi dei singoli Stati, collegati a quelli dei rispettivi cittadini.

Con una sorprendente visione del futuro, Spinelli intuisce dunque che il rischio maggiore che avrebbe corso il disegno unitario era quello degli interessi contrapposti che sarebbero emersi: «ci si dovrà misurare con gli interessi degli Stati europei, i quali, essendo portatori di proprie, non sempre conciliabili esigenze, saranno riluttanti a fondersi in un unico "Stato"». Gli «egoismi» dei singoli Stati, dunque, avrebbero fatto da freno agli Stati uniti d'Europa.

Questa acuta osservazione è espressa con una sorta di premonizione: «basta che uno Stato pensi che sia suo dovere non già provvedere al benessere di tutti gli uomini, ma a quello dei propri cittadini, «che tutto salta» dal momento che «lo Stato nazionale», per definizione, «è (...) organicamente inadatto a vedere gli interessi di tutti gli uomini».

Lo Stato europeo avrebbe dunque incontrato, accanto alle difficoltà che per definizione sorgono nella realizzazione di uno Stato

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> Tale struttura, in concreto, avrebbe dovuto disporre di: una magistratura federale e di un apparato amministrativo indipendente da quello dei singoli Stati; «del diritto di riscuotere direttamente dai cittadini le imposte necessarie per il suo funzionamento; di organi di legislazione e controllo fondati sulla partecipazione diretta dei cittadini e non su rappresentanze degli Stati federati» (A. Spinelli, E. Rossi, *Il manifesto di Ventotene*, cit., 66).

<sup>10</sup> *Ivi*, 41.

nazionale, i diversi interessi nazionali dei suoi enti costitutori, i quali, terminata la guerra, difficilmente avrebbero cancellato le proprie «specificità». Non era semplice, infatti, convincere gli Stati europei ad eliminare le «*assurde barriere autarchiche e le restrizioni economiche nazionali*»<sup>11</sup> al solo fine di realizzare un unico Stato nel quale far fondere le «*malate economie nazionali in un'unica sana economia europea*»<sup>12</sup>.

Rileggendo a distanza di più di sessanta anni gli scritti di Spinelli, è d'obbligo sottolineare come l'autore italiano, indicava, accanto alla soluzione istituzionale più utile alla crisi di allora (gli Stati uniti d'Europa, per l'appunto), anche la via maestra per il benessere dei cittadini europei la quale doveva consistere nella «*fusione delle malate economie statali in un'unica sana economia europea*»<sup>13</sup>. Il pensatore italiano, pertanto, non solo intuiva che l'Europa disunita avrebbe stentato di fronte alle crisi economiche e finanziarie del futuro, ma, sempre presagendo gli eventi con sorprendente lucidità, intuiva che le contropinte più acute alla realizzazione degli Stati uniti d'Europa sarebbero state gli interessi contrapposti di alcuni Stati nazionali: *lo Stato europeo*, ossia lo strumento per la realizzazione della pace, della sicurezza e del benessere dei cittadini europei, sarebbe stato frenato dagli (o da *alcuni*) *Stati nazionali*.

### 3. *Struttura ed apparati dell'Unione europea: il contesto istituzionale unico*

Come anticipato in altra sede<sup>14</sup>, l'Europa, contrariamente a quanto avrebbe voluto realizzare Spinelli, non è mai divenuta uno "Stato" unitario, anche se, peculiarmente, si regge su specifici punti fermi che ricalcano il modello di stato per antonomasia.

I fini per i quali è stata creata l'Unione europea sono cristallizzati nel Trattato istitutivo, nel Preambolo e nell'art. 3.

---

<sup>11</sup> A parere di Spinelli, dunque, la costituzione degli Stati uniti d'Europa era non solo necessaria, ma anche impellente. Il teorico italiano, infatti, differenziandosi dagli altri Padri ispiratori del disegno europeo, Schuman e Monnet, auspicava l'immediata costituzione di un «nuovo» Stato europeo al punto da prevedere un vero e proprio manifesto, sconsigliando, invece, come suggerivano questi ultimi, un'attuazione per gradi che rinviasse a tempi più maturi l'effettivo varo della federazione A. Spinelli, E. Rossi, *Il manifesto di Ventotene*, cit., 69.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Ci si permette di rinviare al mio, *l'Unione Incompiuta*, cit., 3 e ss.

Specificatamente, si afferma che l'Unione si prefigge di:

- creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne;
- realizzare un mercato interno basato su uno sviluppo sostenibile, sulla stabilità dei prezzi e su una crescita economica equilibrata;
- ottenere la piena occupazione ed il progresso sociale, nonché il miglioramento della qualità dell'ambiente;
- promuovere la lotta all'esclusione sociale ed alle discriminazioni;
- pervenire alla solidarietà tra generazioni sviluppando il rispetto dei diritti del minore;
- raggiungere la coesione economica, sociale e territoriale e la solidarietà tra gli Stati membri;
- perseguire la tutela delle minoranze.

Tali scopi, precisa infine il Trattato, sono realizzati in un «*contesto istituzionale unico*» operante attraverso decisioni prese il più vicino possibile ai cittadini, conformemente al principio di sussidiarietà (art. 3). Sempre nel Preambolo si stabilisce in modo altrettanto chiaro che le istituzioni europee esistono in quanto gli Stati membri, per assecondare le esigenze dei rispettivi «popoli», hanno ritenuto che esse possano realizzare «meglio» le summenzionate finalità.

*Non sono, dunque, i «popoli» dei diversi Stati ad aver creato l'Unione, ma sono gli Stati membri ad aver attribuito alle istituzioni europee il potere di agire con effetti diretti sui rispettivi cittadini attraverso istituzioni europee che devono operare in modo democratico ed efficiente.*

Ciò è confermato dall'art. 3 del Trattato, il quale, dopo avere affermato che «*L'Unione si prefigge di promuovere la pace, i suoi valori ed il benessere dei suoi popoli*», stabilisce inoltre che i fini dell'Unione sono destinati ai «*cittadini dell'Unione*» (cfr. art. 3 comma 2) ai quali si offre uno spazio di libertà e sicurezza, non solo nei confini europei, ma anche «*nel resto del mondo, nel quale l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, così contribuendo alla protezione dei suoi cittadini*».

Riassuntivamente può dunque affermarsi che: gli Stati membri<sup>15</sup>, ritenendo opportuno che i «*fini*» di cui al Preambolo ed al-

<sup>15</sup> Non sono, infatti, i popoli ad aver avviato la nascita dell'Unione e, quindi, si espunge dal Trattato ogni allusione ad un – presunto – processo costituente.

l'art. 3 fossero più efficacemente realizzabili da un «*contesto istituzionale unico*» hanno affidato all'Unione le attribuzioni ed i compiti a tal fine necessari.

L'essenza dell'Europa si riassume e sintetizza in questi decisivi passaggi: gli Stati hanno a cuore la pace, la sicurezza ed il benessere dei rispettivi cittadini e ritengono opportuno che tali finalità siano perseguite *anche* da istituzioni comuni/europee da essi stessi create ed alle quali hanno affidato attribuzioni *ad hoc* fissandole in un Trattato. Queste istituzioni, funzionando in modo efficiente e democratico, devono perseguire tali finalità. *Pace, sicurezza e benessere*, i «fini» tradizionali dello Stato, dunque, non sono più realizzati *esclusivamente* dagli Stati, ma *anche* da Istituzioni originate da un patto confederativo, le quali agiscono attraverso atti di natura legislativa immediatamente efficaci nei territori dei Paesi membri. Questo modo di procedere produce diverse conseguenze, sia sotto il profilo teorico, posto che gli studiosi di diritto costituzionale, comparato ed europeo, si pongono il problema di definire la natura giuridico/istituzionale dell'Unione, sia sulla portata delle decisioni economiche adottate, posto che gli economisti dibattono giustamente sulla concreta attitudine ed efficacia di tale soluzione organizzativo/istituzionale a realizzare i «*fini*» di cui sopra.

Ripromettendosi di tornare più avanti sulle questioni prettamente teoriche, preme anticipare in questa sede che, attualmente, l'evoluzione giuridico/istituzionale dell'Unione si fonda su:

a) un'unione territoriale realizzata attraverso l'eliminazione delle frontiere interstatali (Trattato di Schengen) ed una politica comune, in materia di visti, asilo e immigrazione;

b) un'integrazione giuridica degli ordinamenti dei Paesi membri di natura molto intensa, talora persino superiore a quella esistente negli stati federali;

c) un'unione politica, nel senso che dalla originaria Comunità economica si è approdati ad un'unione anche politica per effetto della quale è stata istituita una moneta comune regolata da una Banca centrale e si sono gradualmente razionalizzati i rapporti tra Parlamento europeo e Commissione ricalcando quelli delle forme di governo parlamentari;

d) una Carta dei diritti allegata al Trattato istitutivo applicabile in presenza di fattispecie regolate dal diritto europeo che ha lo stesso valore giuridico del Trattato.

Inoltre, le Istituzioni europee, al di là delle imperfezioni istituzionali, sembrano evolvere verso il modello generale di Stato<sup>16</sup>. In particolare, infatti, si deve dare atto:

1. della propensione delle Istituzioni europee ad accrescere i propri settori di competenza rispetto a quelli di pertinenza degli Stati membri sulla base della nota teoria dei poteri impliciti<sup>17</sup> al punto da riprodurre l'invalsa tendenza delle federazioni degli Stati compiutamente federali di operare vere e proprie "incursioni" nelle prerogative degli enti decentrati;

2. del rafforzamento dell'azione esterna, di politica estera e sicurezza comune europee, sia attraverso la figura dell'Alto Rappresentante per la politica estera e la sicurezza comune sia grazie alla razionalizzazione, all'interno delle Istituzioni europee (Commissione e Consiglio in particolare), di una serie di apparati che tendono ad operare in modo identico a quelli tipicamente statali;

3. della regolazione di una serie di settori collegati al diritto penale, sostanziale e processuale al punto da avere configurato una serie di reati *federali/europei* unitamente agli strumenti per accertarne il compimento;

4. dell'emanazione, onde evitare il contagio delle «economie sane» di alcuni Stati membri da quelle «malate» di altri, di una serie di misure legislative di rafforzamento dei controlli europei sul debito pubblico degli Stati membri, sui loro bilanci e sugli andamenti macroeconomici degli Stati (ci si riferisce agli otto regolamenti europei noti come i *six* e *two packs*) sulla base delle quali la Commissione europea ha assunto un ruolo centrale, acquisendo poteri di proposta, impulso, sollecitazione, verifica, controllo, ispezione e valutazione di tutti i dati sensibili in materia economica e di bilancio, divenendo depositaria di *tutte* le informazioni tecniche sugli andamenti economici, di bilancio ed occupazionali di ciascun

<sup>16</sup> Che l'Unione europea, nel lessico utilizzato nei trattati e nella sostanza delle soluzioni organizzative ripercorra l'esperienza storica degli ordinamenti costituzionali statali, è anche sottolineato da, G. de Vergottini, *Forma di governo dell'Unione europea*, in Norme e idee, Roma, Istituto della Enciclopedia Treccani, 2009, 319 ss.

<sup>17</sup> La teoria in questione trova il proprio fondamento nel primissimo richiamo effettuato dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 31.3.1971 con la causa Commissione CE c. Consiglio CE (AETS) n. 22/70, in *Racc.*, 1971, 263 ss. e nel caso Massey / Ferguston n. 8/73 del 12 luglio 1975. Sul punto si veda, *ex multis*, G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo*, fascicolo 4, Giuffrè, Milano, 2007, 703-777.

Paese membro, al punto da rapportarsi alle autorità statali sempre più come un potere di livello superiore;

Ciò detto, il descritto *contesto istituzionale unico europeo*, nonostante le descritte riforme e tendenze, è ancora lontano dall'essere uno "Stato" a tutti gli effetti poiché presenta una serie di vistose imperfezioni che producono delle altrettanto vistose distonie.

Se, infatti, in settori chiave quali la politica monetaria, le politiche commerciali, le politiche di controllo/vigilanza macroeconomica e di controllo dei bilanci statali, l'Unione europea «decide» ed «agisce» come uno «Stato» e nonostante l'Unione sia dotata di un Parlamento elettivo che esprime un gradimento sul Presidente e sui componenti della Commissione europea, permangono tuttavia delle carenze notevoli tali da impedire la configurazione di una forma di governo parlamentare a tutti gli effetti. Non solo, ma le Istituzioni europee, in molti casi, operano in modo «anomalo» se rapportate a quelle degli Stati unitari per antonomasia. Ne consegue, stigmatizzando i citati tratti caratteristici e tendenze alla luce del modello generale di Stato, che l'inclinazione in atto è indubabilmente quella di ricalcare il modello classico di forma di stato di derivazione liberale e di forma di governo parlamentare, avendone recepito molti degli elementi strutturali, ma, tuttavia, anche tenuto conto del fallimento della mancata approvazione del Trattato costituzionale europeo del 2004<sup>18</sup>, la forma stato e di governo europea sono ancora inidonee a ricalcare le forme classiche di cui al modello generale.

#### 4. *La cristallizzazione della "via di mezzo": la teoria della sovranità condivisa*

Preso atto della descritta deformazione strutturale del *contesto istituzionale unico europeo*, parte della dottrina, proprio esaminando la genesi ed attività del binomio Stati/Unione europea ha tentato di definirne la natura giuridica, giungendo a confutare il legame indissolubile tra lo Stato e la Costituzione come forme congiunte di regolazione della convivenza umana. In particolare, forse perché una parte consistente del mondo sembrava avere risolto i problemi legati alla sicurezza, forse perché le nuove frontiere della globalizzazione delle economie e della finanza sembravano aver

<sup>18</sup> Sul punto, G. de Vergottini, *Costituzione europea*, in *Annali I*, 2007, 445-472.

reso subalterno il potere sovrano, o forse per entrambe le ragioni, alcuni studiosi, proprio soffermandosi sulla natura giuridica dell'Unione europea hanno ritenuto ipotizzabile l'esistenza di una comunità sociale regolata da una «Costituzione» senza la contestuale presenza dello «Stato»<sup>19</sup>.

Ancora più recentemente, altra autorevole dottrina italiana, interrogandosi sul «valore» complessivo da assegnare alla legge fondamentale della repubblica, ha sembrato riprendere, evocando il concetto di *sovranità condivisa* espresso dal Presidente della BCE, la suddetta ipotesi teorica<sup>20</sup>. Esaminando il contesto europeo attuale, si è sostenuto che, contrariamente a quanto si pensi, la «Costituzione» non avrebbe smarrito la propria identità per effetto del processo d'integrazione sovranazionale europeo, ma semplicemente, è necessario accedere ad una visione della «Costituzione» molto diversa da quella tradizionale fondata sull'onnipotenza del potere costituente il quale, notoriamente, pone la Costituzione al vertice della scala gerarchica.

Il massiccio trasferimento di materie e funzioni dagli Stati all'Unione avrebbe generato, proprio come affermato dal presidente della BCE, «*un quadro complessivo di sovranità condivisa*» dal quale sarebbe derivata una Costituzione, parimenti, «*condivisa*»<sup>21</sup>. Tale assunto, collegato al *fenomeno istituzionale europeo* non avrebbe causato un danno per le Costituzioni statali, le quali, invece di smarrirsi, si arricchirebbero dei contenuti derivanti da altre fonti e dagli altri interpreti chiamati ad applicarle.

In Europa, insomma, l'inedita visione della «sovranità condivisa» produrrebbe l'effetto di moltiplicare le opportunità di tutela dei diritti fondamentali nelle rispettive Costituzioni statali.

La «parzialità delle Costituzioni» sarebbe dunque un vantaggio se e nella misura in cui le Costituzioni dei singoli Stati e le Carte

<sup>19</sup> Cfr. su tali questioni, rinvio alla bibliografia riportata nel mio *L'Unione Incompiuta*, cit., 154 ss.

<sup>20</sup> Ci si riferisca a A. Ruggeri, *L'integrazione europea attraverso i diritti e il valore della Costituzione*, in *Federalismi.it*, Rivista telematica, editoriale del 11.6.2014.

<sup>21</sup> In pratica, la sovranità condivisa implica la necessità di determinare poi «quali siano le forme o i «gradi» di siffatta condivisione, dove cioè risulti maggiormente rilevante l'apporto dato dall'Unione rispetto a quello degli Stati e dove invece questi ultimi mantengano a tutt'oggi un patrimonio consistente di poteri». Sta di fatto, che proprio per i mutamenti in parola, ad «*una sovranità come che sia condivisa sembra corrispondere una Costituzione parimenti condivisa*». Ci si riferisce sempre a A. Ruggeri, cit., 5.

europee, tutte insieme ed attraverso una reciproca integrazione, si erigono a «cavalier serventi» dei diritti fondamentali. Ogni carta costituzionale o sovranazionale, in definitiva, andrebbe letta e giudicata (anche nel suo grado e valore), non più dal punto di vista dello Stato di riferimento, bensì dall'attitudine e quindi dalla qualità delle sue norme a riportarsi ai valori, facendosi dunque valere in ragione del caso. Tutto questo avrebbe realizzato una vera e propria rivoluzione copernicana per effetto della quale «ogni fonte del diritto, Costituzione inclusa», sarebbe «valida sub condicione» potendo trovare «spazio per affermarsi, unicamente laddove dimostri di poter offrire la più "intensa" tutela ai diritti». Per tali ragioni, non vi sarebbe bisogno di una «Supercorte», «idonea a somministrare verità indiscutibili di diritto costituzionale ed a beneficio dei diritti».

La sovranità, nell'attuale Unione europea, sarebbe dunque *condivisa* a tutti i livelli, al livello di poteri e competenze finalizzati all'attuazione dell'indirizzo politico ed al livello delle giurisprudenze finalizzate alla miglior tutela possibile dei diritti delle persone.

Questa configurazione della *forma Unione europea* non sarebbe più *in itinere*, bensì si sarebbe cristallizzata nei suoi punti fermi, ragion per cui, come è stato detto, l'interprete deve prendere atto della *prescrittività* del costituzionalismo europeo, nel senso che gli Stati membri starebbero gradualmente assumendo una ben precisa fisionomia indotta da un lento, ma progressivo «dover essere europei», in ordine alla *forma di Stato, al patrimonio culturale, alla dimensione religiosa, alle regole del mercato e della socialità, ecc.* caratterizzata – ed è questa la base teoretica della visione descritta – non da un lento riconoscimento del «superior» europeo, bensì dalla mutua alimentazione di sistemi incompleti rispetto alle categorie tradizionali.

Il sistema giuridico europeo, conclusivamente, non sarebbe più in evoluzione, ma avrebbe assunto una fisionomia già chiara e definita nel «dover essere comunitario» degli Stati membri e nel «dover essere integrato» dell'Unione<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Sarebbe pertanto del tutto inutile tentare di descrivere tale processo come ancora in evoluzione e che presuntivamente dovrebbe nel tempo conformarsi alle categorie tradizionali; al contrario, bisogna prendere atto che in Europa si sarebbe registrato il passaggio da una «forma di Stato statuale» a una forma di Stato sopranazionale, dove la seconda non verrebbe più in rilievo come categoria residuale rispetto alla prima e dove quest'ultima non è più inquadrabile nella categoria tradizionale della forma «Stato». N. McCormick, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Practical Reason*, Published to Oxford Scholarship Online: January 2010, 17 e ss.

#### 4.1. (Segue) *Pregi e limiti della teoria della sovranità condivisa*

Dato atto di questa avvincente lettura del fenomeno istituzionale europeo, preme anzitutto soffermarsi su uno dei suoi passaggi centrali, il quale, di per sé, sollecita alcune osservazioni<sup>23</sup>. La citata dottrina, infatti, nel lodevole proposito di definire la natura giuridica dell'Unione europea *rebus sic stantibus*, dà atto della *sovranità condivisa*, evidentemente consapevole degli effetti che discendono da tale definizione, posto che, un sistema a sovranità condivisa, si distacca di per sé dai principi tradizionali della teoria della Costituzione. A tal proposito, infatti, altra autorevole dottrina, riflettendo sempre sul fenomeno giuridico/istituzionale europeo ha invece evidenziato che, nonostante il grado e livello di evoluzione giuridico/istituzionale dell'Unione europea, «*la fonte ultima del diritto che l'Unione adotta e applica è data dalla fondante volontà degli Stati costitutori, i quali, pur venendo condizionati dai trattati sottoscritti, rimangono Stati sovrani*». L'Unione, dunque, «*non ha – ancora – la capacità di imporsi ed essere accettata come superiore agli Stati, in carenza di una loro determinante scelta e in carenza di legittimazione popolare, elemento che oggi qualifica la sovranità negli ordinamenti che si definiscono fondati sui principi della democrazia*».

Ebbene, leggendo insieme le due elaborazioni teoriche, non può non cogliersi la loro inconciliabilità già sotto il profilo delle premesse: l'una, infatti, si regge – ancora – sulla concezione di fondo secondo la quale «*nello sviluppo del costituzionalismo sovranità e Costituzione vanno da tempo di pari passo*» posto che «*la Costituzione è un atto scaturente dal potere costituente, che è potere originario e quindi sovrano*»; l'altra, nel prendere atto della «*sovranità condivisa*», sembra, invece, negare tale premessa.

Dato atto di questa visione opposta, si rileva che, per quanti sforzi l'interprete possa compiere per giustificare l'assetto e l'evoluzione dell'Unione europea, non potrà mai giungere ad ammettere che la volontà espressa dalle Istituzioni dell'Unione possa condurre «*all'annullamento delle comunità politiche nazionali/statali*»<sup>24</sup>; e

<sup>23</sup> Ad integrazione delle osservazioni riportate nel testo circa le teorie ivi illustrate, si veda, sommessamente, il mio *Fondamenti costituzionali della coesione europea*, Napoli, 2004, 112 e ss.

<sup>24</sup> Le parti riportate in virgolette si riferiscono a G. de Vergottini, *La persistente sovranità*, Consulta Online, 2014.

nemmeno potrà affermare che, sempre in astratto, la volontà espressa individualmente da uno Stato membro possa provocare lo scioglimento di tutti (o di alcuni) i Paesi membri dall'accordo europeo, nonché ritenere che l'Unione possa impedire tali scioglimenti, opponendosi alle decisioni adottate da ciascuno Stato. Se ciò non può accadere, allora la sovranità statale è e rimane unica, «spuntata, ma unica», e, conseguentemente, l'Unione non può condividere alcuna quota di sovranità.

Su questa posizione è ferma anche la giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco con argomentazioni che dall'angolo di visuale della teoria della sovranità e della costituzione sono difficilmente confutabili. Tale organo, infatti, in una serie di pronunce sulla costituzionalità del Trattato europeo considera che la regolazione del processo di integrazione europea di cui all'art. 23 della Legge Fondamentale deve comunque essere compatibile con il «principio democratico» e con tutti i suoi corollari, dallo stato di diritto, allo stato sociale, alla forma repubblicana parlamentare ed al rispetto dei diritti fondamentali, i quali, nel complesso, costituiscono l'*identità costituzionale tedesca* e come tali sono immodificabili anche dal processo di revisione costituzionale.

L'Unione europea, in questo senso, è uno *Staatenverbund*, ossia un'unione di Stati in cui questi ultimi rimangono i «padroni dei Trattati», ragion per cui, l'Unione, non può godere di una vera e propria sovranità, bensì gode di una mera «autonomia decisionale» a sua volta derivata dalla volontà espressa degli Stati membri. Nonostante, infatti, l'Unione europea possa ricorrere alla dottrina dei poteri impliciti, così come al principio di diritto internazionale dell'effetto utile (*effet utile*), tuttavia, non può assumere la c.d. «competenza sulla competenza» (*Kompetenz-Kompetenz*), ossia la capacità di determinare autonomamente le proprie competenze.

Il Tribunale, in definitiva, conferma eloquentemente l'assunto secondo il quale la sovranità è assoluta e non frazionabile e rimane pienamente ancorata nelle mani degli Stati membri.

A ciò consegue che l'Unione europea quando agisce, non esprime mai un potere suo proprio, ma, sempre, un potere derivato. Questa ineccepibile conclusione suggerisce alcune riflessioni in ordine agli scopi del Trattato ed alla loro concreta realizzabilità attraverso la descritta soluzione istituzionale/organizzativa.

5. *Una diversa proposta di studio del fenomeno europeo: il benessere dei cittadini europei e di quelli di ciascun Stato membro*

Nelle Costituzioni europee, preme osservare, accanto a disposizioni e norme c.d. di sistema esistono disposizioni e norme pensate e configurate per «fare sistema», le «cerniere» che i Costituenti avevano disegnato per unire le società, legando tra loro le diverse generazioni<sup>25</sup> e componendo le tensioni sociali nell'ottica di realizzare effettivamente il progresso sociale attraverso il contributo di tutti. Ci si riferisce alle disposizioni che uno dei più illuminati Costituenti italiani considerava la «scommessa» della Costituzione italiana, le quali sono state riproposte in pressoché tutte le Costituzioni europee. Se, infatti, «*i capaci e i meritevoli, anche se privi di mezzi*» non possono più «*raggiungere i gradi più alti degli studi*», se, quindi, l'articolo «più impegnativo» della Costituzione è disatteso perché disattesa è l'eguaglianza sostanziale tra i cittadini, se viene meno il fine ultimo di «*dare lavoro a tutti ed una giusta retribuzione a tutti (...)*», allora, come affermava eloquentemente Calamandrei, viene meno la dignità stessa dell'uomo.

Ma se si vanifica tutto questo, si vanifica il senso stesso della «Costituzione» posto che «*fino a che non c'è questa possibilità per ogni uomo di lavorare e studiare e trarre con sicurezza dal proprio lavoro i mezzi per vivere da uomo, non solo la nostra Repubblica non si potrà chiamare fondata sul lavoro, ma non si potrà chiamare neanche democratica, perché una democrazia in cui non ci sia questa eguaglianza di fatto, in cui ci sia soltanto una eguaglianza di diritto, è una democrazia puramente formale*»<sup>26</sup>.

Proprio per tali ragioni, dunque, i fini collegati al «benessere», ossia, la piena occupazione, il diritto alla salute, all'istruzione ed alla piena integrazione sociale sono parte del costituzionalismo europeo del dopoguerra, anzi ne costituiscono la parte fondamentale sul cui presupposto sono state redatte le rispettive Costituzioni. L'intera Europa del dopoguerra, infatti, era stata faticosamente ricostruita in vista di tali (vitali) scopi e finalità. Il «benessere dei consociati» collegato al lavoro, alla rimozione delle esclusioni sociali, alla solidarietà

<sup>25</sup> Sulle disarmonie dell'ordinamento italiano che tollera la coesistenza di normative tanto distanti nella realizzazione degli interessi anche all'interno delle stesse categorie (tra passato e presente); cfr. M. Ainis, *Privilegium*, Milano, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2012.

<sup>26</sup> Cfr. P. Calamandrei, *Discorso sulla Costituzione*, Milano, 1955, disco Cetra CL 0449/33 giri.

sociale, al diritto alla salute ed alla progressione sociale in base al merito, e, quindi, la dignità di ogni essere umano, avrebbero dovuto ispirare tutte le Costituzioni del dopoguerra, perché questo chiedevano le riflessioni teoriche apparse in Europa già negli anni '30 del XX secolo. In quel momento, infatti, era prioritario dare forza e contenuti all'eguaglianza sostanziale allo scopo di comporre le conflittualità dell'epoca, nel tentativo di formare, quindi, una società che fosse ordinata, né sui paradigmi del nazionalsocialismo, né su quelli del marxismo<sup>27</sup>. Per fare un solo esempio, nel celebre piano che Beveridge aveva presentato nel 1942 al parlamento inglese si affermava infatti che accanto alle libertà che non ammettono restrizioni (libertà personali e libertà politiche), esistono libertà che devono necessariamente dispiegarsi compatibilmente alle esigenze della collettività. Ma la libertà di ciascuno, osservava acutamente il teorico inglese, dipende dai vincoli cui è sottoposta la libertà di ciascun altro: in pratica, *«lo stesso principio che ci suggerisce di limitare la libertà individuale per garantire l'ordine e scoraggiare la criminalità ci autorizza a varare interventi che, pur interferendo con le scelte economiche individuali, permettano di sconfiggere la miseria e la disoccupazione»*. La «libertà», quindi, deve essere affiancata dalla prospettiva della «giustizia». Il merito di Beveridge fu dunque quello di indicare il passo in avanti da compiere per dare coesione ed armonia alla società europea del tempo, passo che venne poi colto dal costituzionalismo europeo del dopoguerra nelle due variabili dell'uguaglianza commutativa e dell'uguaglianza distributiva. Nell'ambito della prima, infatti, le costituzioni del dopoguerra hanno affermato i diritti dei lavoratori nei confronti dei rispettivi datori di lavoro (diritto ad una retribuzione adeguata e sufficiente, diritto al riposo settimanale e alle ferie annuali) (art. 36, Costituzione italiana, art. 59 Costituzione portoghese, artt. 35 e 40 Costituzione spagnola, art. 22 Costituzione greca, art. 23 Costituzione belga). Per quanto riguarda l'uguaglianza distributiva, invece, le diverse Costituzioni europee hanno riconosciuto agli individui economicamente, socialmente, fisicamente o culturalmente più deboli e ai lavoratori in difficoltà (*recitius* che sono nell'oggettiva impossibilità di svolgere un'attività lavorativa) un complesso di pretese soggettive che dovrebbe assicurare loro i presupposti materiali e culturali per condurre una vita libera e

---

<sup>27</sup> Si veda, P. Costa, *ult. cit.*, 369 e ss., che richiama gli scritti di Hobhouse, Beveridge, Lothian ed in Italia di Rosselli, Gobetti e Calogero (per citarne solo alcuni).

dignitosa. Pertanto, accanto al diritto all'istruzione o all'accesso all'istruzione sancito dall'art. 33 della Costituzione italiana, dall'art. 75 della Costituzione portoghese, dal preambolo della Costituzione francese del 1946, dall'art. 24 della Costituzione belga, dall'art. 7 della Costituzione tedesca, dall'art. 23 della Costituzione spagnola, le medesime costituzioni riconoscono in modo ampio il diritto alla salute, art. 32 della Costituzione italiana, Preambolo della Costituzione francese del 1946, art. 23 della Costituzione belga, art. 21 della Costituzione greca.

Trattasi, dunque, di fini "vitali" per le comunità di appartenenza e che, proprio per tale attributo, sono stati riproposti nel Trattato europeo nella consapevolezza della difficoltà che ciascun Stato membro incontrava nella loro realizzazione individuale (si rinvia ancora al Preambolo ed agli artt. 2 e 3 del Trattato UE)<sup>28</sup>.

Inquadrando, dunque, il fenomeno europeo in relazione al perseguimento dei *fini vitali* sopra delineati, si rileva che il mancato perseguimento di tali valori non può non produrre effetti già sul piano giuridico/costituzionale: per come è stato concepito il Trattato, infatti, se non si persegue il «benessere» della comunità dei cittadini europei, vengono meno anche le «ragioni del loro stare insieme» in un contesto comune europeo; ma se ciò accade, vengono conseguentemente meno gli stessi presupposti che avevano originato il Trattato di Roma, che poi sono quelli che avevano dato forza, efficacia e vitalità al potere costituente in ciascun Paese membro.

Pertanto, in nome della coerenza e del senso logico che devono illuminare i percorsi giuridico/istituzionali finalizzati a dare un assetto e dei valori comuni ad una comunità di persone, non si può perseverare nell'inattuazione di tali valori, altrimenti le comunità dei rispettivi Stati membri e quella più generale dei cittadini europei perdono la loro ragion d'essere e finiscono per disgregarsi.

«Stati» e «Unione», in definitiva, se cessano di perseguire i fini basilari della propria esistenza, dimostrano, questa volta sì, la pro-

---

<sup>28</sup> Nell'ultima parte di questo passaggio, Calamandrei diceva infatti che «*non si può avere una democrazia se tutti i cittadini non sono veramente messi in grado di concorrere alla vita della società, di portare il loro migliore contributo, in cui tutte le forze spirituali di tutti i cittadini siano messe a contribuire a questo cammino*». Si rammenta, inoltre che il Preambolo e l'art. 3 del TUE sono poi ulteriormente attuati dall'art. 119 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché dagli artt. 145 e 146 sull'occupazione, i quali collocano il peso della titolarità delle competenze e della responsabilità sugli Stati e sull'Unione.

pria conclamata «parzialità» generando un pericoloso iato tra *l'essere* e *il dover essere* delle rispettive Costituzioni statali.

Ha una sua logica, in questo senso, la posizione assunta dal Tribunale costituzionale tedesco con le decisioni, rispettivamente, del 12 settembre 2012 e del 18 marzo 2014, e poi, soprattutto, l'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia del 14 febbraio 2014.

Nella prima pronuncia, infatti, il Tribunale, pronunciandosi sulla compatibilità con la Legge Fondamentale del Meccanismo Europeo di Stabilità (MES - ESM), ha affermato che tale organismo è compatibile con il principio di democrazia solo perché non esorbita dalla quota di sottoscrizione liberamente approvata dal Bundestag (190 miliardi di euro) e quindi non lede gli interessi dei cittadini tedeschi<sup>29</sup>. Analogamente, nell'ordinanza di rinvio del 14 febbraio 2014, ritenendo che le Operazioni Definitive Monetarie (ODT-OMT) risulterebbero incompatibili con tale principio, ha specificato le modalità per rendere tali azioni conformi alla Legge Fondamentale, indicando dei veri e propri «limiti di importo», al fine ultimo di tutelare, nuovamente, l'interesse dei soli cittadini tedeschi. Al di là del merito delle questioni e mettendo in disparte le disquisizioni giuridico/costituzionali sulla competenza c.d. *ultra vires* delle decisioni europee, ciò che preme rimarcare è che il Tribunale costituzionale tedesco, dovendo salvaguardare il principio dell'identità costituzionale tedesca previsto dall'art. 79 della Legge Fondamentale, impone al Parlamento nazionale di valutare, di volta in volta, se l'entità dell'impegno finanziario assunto dall'Europa leda o meno gli interessi finanziari della Germania e, quindi, dei suoi cittadini<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> In dettaglio, l'OMT deve avere dei limiti, a cominciare dalla necessità che esso non preveda alcun «*haircut*» (cioè taglio di debito) ed alcuna distorsione dei prezzi di mercato delle obbligazioni. Si veda sul punto, BVerfG, 2 BvR 2728/13 at para. 100 e Marcel Fratzscher, Ein Richterspruch mit Risiko, Die Zeit (Feb. 7, 2014), <http://www.zeit.de/wirtschaft/2014-02/gastbeitragfratzscher-bundesverfassungsgericht-etz>. Con riferimento al divieto di tagli del debito dei Paesi membri, cfr. il noto precedente della Corte di Giustizia, *Pringle v. Ireland*, Case C-370/12, 2012 E.C.R. I-0000.

<sup>30</sup> Il dibattito e le critiche alla giurisprudenza del Tribunale costituzionale sono copiose. Inoltre, quanto meno: si veda, anzitutto, F. Donati, cit. e la giurisprudenza ivi citata; inoltre, F.C. Mayer, *Ribelli senza causa? Un'analisi critica della sentenza della Corte costituzionale tedesca di rinvio dell'OMT alla Corte di giustizia europea*, trad. it apparso sul sito ufficiale della BCE, <https://europeancentralbank.wordpress.com/2014/07/15/analisi-critica-della-sentenza-della-gcc-sullomt/#n35> ed inoltre in *German law Journal* 15, 4/2014.

La conseguenza è chiara: immaginando, infatti, che anche altre Istituzioni statali utilizzassero tale argomento in ragione della salvaguardia del *benessere* dei rispettivi cittadini, potrebbe aprirsi un vero e proprio conflitto, tra il *benessere* di ciascuna comunità nazionale tutelato dalle rispettive Costituzioni e quello europeo complessivamente considerato, tutelato dal Trattato istitutivo. Da un lato, quindi, in nome dell'integrazione europea, parte dei cittadini europei potrebbero reclamare interventi ancora più massicci delle Istituzioni europee a favore del *benessere europeo*, ma dall'altro ci si dovrebbe rapportare con un *benessere nazionale* tutelato dalla Costituzione di riferimento, il quale non collima necessariamente con quello europeo complessivamente considerato. In pratica, l'adempimento di un impegno europeo può non essere conciliabile con l'adempimento di un impegno nazionale.

#### 6. *L'«impossibile» inquadramento della «forma stato europea»*

La conclusione cui siamo pervenuti nel precedente paragrafo è dunque chiarissima: in Europa starebbe venendo meno un *fattore ordinante*, il più importante fattore ordinante delle Costituzioni del dopoguerra con la conseguenza che il mancato perseguimento dei fini collegati a tale fattore ordinante rileva, sia sul versante del diritto internazionale su cui si fonda il Trattato europeo, sia su quello costituzionale su cui si fondano i rispettivi rapporti e valori costituzionali<sup>31</sup>. Quanto affermato non può non produrre conseguenza.

È appena il caso di osservare, infatti, che le fonti di e sulla produzione, non esistono di per sé, ma solo in quanto funzionali agli individui, da intendersi sia come singoli, sia, riprendendo un'espressione cara al Costituente italiano, nelle formazioni sociali dove essi svolgono la propria personalità. Conseguentemente, l'Europa, intesa come l'insieme delle Istituzioni europee e di quelle statali impegnate a perseguire «*le ragioni dello stare insieme*» delle rispettive comunità sociali che vivono nel territorio europeo, dovrebbe rimuovere gli ostacoli che causano le citate «inadempienze» e, se non è in grado di farlo, in coerenza alle sue stesse fonti sulla produ-

<sup>31</sup> In questo senso, non sembra alla prova dei fatti, avere dato riposte sufficienti il modello definito «vincente» della «concorrenza» delle competenze. Cfr. ancora A. Ruggeri, *L'integrazione europea attraverso i diritti e il valore della Costituzione*, cit., *passim*.

zione, dovrebbe sciogliersi. L'Europa come idea e come contesto istituzionale, fallisce, dunque, se non possono realizzarsi le ragioni della sua esistenza, ma se accade questo, ossia se fallisce il progetto di realizzazione dei fini riprodotti all'art. 3 del Trattato, viene meno la continuità stessa del costituzionalismo e della teoria della costituzione rispetto al suo essere funzionale ai problemi della società e pertanto gli Stati, in ossequio alle rispettive costituzioni, dovrebbero sciogliersi dal Trattato. Sulla base di queste argomentazioni, è possibile inquadrare la questione della natura giuridica del Trattato e delle Costituzioni statali al fine ultimo di formulare alcune «proposte» forse utili per uscire dall'empasse in cui oggi versa l'Europa.

È nostra opinione che l'attitudine del *contesto istituzionale unico* a divenire, pur se con tutti i distinguo già evidenziati, uno «Stato» a tutti gli effetti, può indurre ad una valutazione diversa da quella operata dalla dottrina illustrata nel precedente paragrafo.

L'Europa, infatti, se da un lato non può essere definita uno Stato federale<sup>32</sup>, dall'altro non può più essere considerata, *sostanzialmente*, una confederazione di Stati<sup>33</sup>. In questa prospettiva, l'Europa è e rimane una «via di mezzo», un'inedita «via di mezzo», che, nonostante gli sforzi della dottrina, resta difficilmente classificabile nella modellistica degli studi comparati. In questo senso, chi studia da sempre il fenomeno europeo, con ironia, ma con spirito realistico ha posto l'accento sul «sesso» dell'Unione, affermando come quest'ultima era stata pensata «femmina» dai suoi teorici, ma è stata inaspettatamente fatta nascere «maschio» e che, per ovviare all'errore iniziale, è stata progressivamente dotata di organi femminili sulla base del noto principio della *ever closer integration*, ma con l'aggravante, che, il «transessuale», oltre a non vivere felice per la sua difficile situazione, non fa vivere felici nemmeno i cittadini europei<sup>34</sup>. A riprova di ciò, il Preambolo è chiaro nel prevedere che

<sup>32</sup> R. Scarciglia, *La «Costituzione europea»: dal patrimonio comune al quasi-federalismo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, Bari-Roma: Laterza, 2009, 406-417.

<sup>33</sup> Sulle problematiche della configurazione di una forma dell'Unione quale confederazione di Stati si rinvia a G.F. Ferrari, G. Sacerdoti, *Verso una Confederazione Europea: marcia indietro o slancio per il futuro?*, in DPCE, n. 3/2007, XIX-XXII.

<sup>34</sup> È l'espressione usata da G. Amato sul Governo dell'Europa, <https://www.youtube.com/watch?v=RwOFZ3SSM68>.

Si pensi al Parlamento europeo, il quale è divenuto elettivo, e, quindi, i suoi membri vorrebbero agire come i deputati di un Parlamento elettivo ma non possono

«*l'Unione sempre più stretta tra i popoli europei*», necessita ancora di ulteriori passi da compiere prima di giungere all'approdo finale ed anche se il Trattato di Lisbona ha compiuto considerevoli passi in avanti, l'Europa è e rimane un ente di transizione che mescola elementi federali ed elementi confederali.

A ciò consegue che il *contesto istituzione unico europeo*, dal punto di vista strettamente formale e portando agli estremi la teoria della sovranità, costituisce ancora una confederazione di Stati in quanto i Paesi membri, deliberando all'unanimità, potrebbero ritirare *tutte* le attribuzioni già trasferite all'Unione, così come ciascun Paese può in ogni momento sciogliersi individualmente dal patto confederale.

Tuttavia, in presenza ed a causa delle sopracitate *tendenze*, difficilmente gli Stati membri o alcuni di essi, potrebbero, mentre si scrive, recedere volontariamente dall'Unione.

Il quadro descritto è avvalorato dalle stesse parole del Presidente della BCE richiamate all'inizio del presente saggio: quando quest'ultimo, infatti, chiede di istituire una struttura che imponga ai ventotto Stati membri di varare le indispensabili riforme strutturali, in fondo, ammette che la politica monetaria aggressiva adottata dalla BCE è di per sé insufficiente a perseguire il «benessere generale» se gli Stati membri non varano le auspiccate riforme strutturali. Paradossalmente, ed il «caso Grecia» ne è la prova, le riforme strutturali possono essere imposte solo ai Paesi membri che rischiano il default ed indebitandosi sottoscrivono dei veri e propri accordi bilaterali di concessione dei finanziamenti, all'interno dei quali, per l'appunto, si inseriscono le note clausole di condizionalità contenenti le auspiccate riforme strutturali da approvare in tempi strettissimi.

Il punto dolente è che se esiste la consapevolezza che lo «Stato federale europeo» sia la via maestra per affrontare le sfide economiche ed occupazionali del nuovo millennio, una nuova convenzione costituzionale, non sembra essere all'ordine del giorno delle agende dei Capi di Stato e di Governo europei. Tra le cause di tale «blocco» vi è, anzitutto, il diverso grado delle aspettative dei cittadini dei singoli Paesi membri, posto che una minoranza di essi gode

---

farlo in quanto il Parlamento europeo è ancora privo dei poteri tipici di un parlamento. Sul punto la dottrina è copiosa. Si veda, di recente, F. Donati, *La crisi dell'Euro tra corti costituzionali e corte di giustizia*, in *Federalismi.it*, n. 17, 17 settembre 2014.

di maggiore benessere rispetto alla maggioranza, ma, poiché tale minoranza è a sua volta, maggioranza nel rispettivo Paese membro, i rispettivi governanti, giovandosi della regola dell'unanimità delle decisioni fondamentali possono rallentare *sine die* il percorso di completamento dello Stato federale. In parallelo, i Paesi membri, pur avendo trasferito all'Unione gli strumenti di realizzazione delle rispettive politiche economiche, non hanno trasferito anche i circuiti della rappresentanza politica e pertanto continuano ad essere chiamati a rispondere degli effetti delle «presunte inadempienze» europee, dai rispettivi cittadini insoddisfatti di tale stato di cose. Questo problema è aggravato dal grado di identificazione tra governanti e governati che esiste in Europa, il quale, se è basso in molti Stati membri, è pressoché nullo nei riguardi del c.d. *contesto istituzionale europeo* e ciò proprio perché lo «Stato» europeo, se esiste nella molteplicità dei suoi apparati, è inesistente nell'interlocuzione politica ai massimi livelli, al punto che autorevole dottrina è giunta ad affermare che l'Eurozona e l'UE costituiscono un organismo «robotizzato» complesso, il quale, dovrebbe urgentemente «de-robotizzarsi»<sup>35</sup>. Questa situazione, portata alle estreme conseguenze, genera una tale confusione sui cittadini/rappresentati da rendere altamente pessimistico un passo in avanti nella direzione auspicata.

Sulla base di tali affermazioni, si ritiene che l'Europa sia giunta ad un bivio: o denuncia apertamente attraverso i rappresentanti delle sue Istituzioni l'incapacità di perseguire i *fini* più importanti del Trattato e propone agli Stati membri un cambio di passo nella direzione di una forma di Stato unitaria, oppure, se tale proposta continua ad essere inaccettabile per alcuni Paesi membri, dovranno essere i rappresentanti dei governi/parlamenti statali ad avviare un percorso di uscita, sciogliendosi dal Trattato. In alternativa, gli Stati ed in particolare le rispettive autorità di governo, dovrebbero riportare l'Unione europea a dimensioni ed a fini più consoni, riattribuendo agli Stati membri le importanti prerogative in materia monetaria, economica e di controllo/gestione dei propri bilanci<sup>36</sup>. In

---

<sup>35</sup> Ci si riferisca a G. Guarino, *Cittadini Europei e crisi dell'euro*, Napoli, Editore Scientifica, 2014, 70.

<sup>36</sup> A tal fine, preme evidenziare che il «tornare indietro» è sempre possibile e non solo per effetto dell'art. 48 del Trattato UE, ma anche da una volontà espressa dagli Stati membri i quali hanno eliminato dal Trattato di Lisbona l'espressione riportata

questo senso è sintomatica la posizione dell'Islanda, il cui governo ha formalmente ritirato la richiesta di adesione all'Unione europea, potendo comunque contare sui vantaggi della libera circolazione delle merci, persone, servizi e capitali derivanti dall'essere membro della *European Free Trade Association* (EFTA) e dell'*European Economic Area* (EEA).

Alla luce di tali considerazioni, è indubitabile che il primo passaggio per trasformare l'attuale *contesto istituzionale unico* in un compiuto Stato federale, sia comunque quello di creare un *humus* fertile dal quale far germogliare una nuova convenzione costituente.

### 7. Un "diverso" ruolo politico del Consiglio europeo

Il Consiglio europeo è, paradossalmente, l'organo europeo più importante ed insieme più "nuovo".

Al di là della definizione con la quale la dottrina lo qualifica, «Capo di Stato collettivo»<sup>37</sup>, preme cogliere, in questa sede, la novità relativa ai poteri generali attribuiti a tale Istituzione dal Trattato. In base agli articoli, 21 e ss. e 119 e ss. del Trattato di Lisbona, il Consiglio europeo definisce le strategie e gli indirizzi di massima, sia in materia economica che in politica estera, ossia nelle materie cruciali dove ancora la sovranità risulta condivisa tra Unione e Stati membri. In base al Trattato, infatti, tali politiche, sono decise dal Consiglio europeo e sono successivamente definite dal Consiglio dell'Unione nelle sue composizioni specifiche del Consiglio degli Affari esteri e del Consiglio dei ministri di economia e finanze (ECOFIN), dall'Alto rappresentante per la PESC e dalla Commissione europea. In altra sede, è stato già evidenziato che il formale inserimento del Consiglio europeo tra le Istituzioni dell'Unione europea è di per sé un *quid novi* foriero di significativi effetti giuridici oltre che politici e che gli apparati della Commissione europea ed il Servizio diplomatico di cui si avvale l'Alto Rappresentante per la PESC, possono concretamente incidere sulla formulazione delle politiche generali. Il vero limite consiste nel fatto che è ancora

---

nel previgente all'art. 2 del Trattato, secondo la quale gli Stati membri si dichiaravano «risolti a proseguire l'opera compiuta nel quadro» del TCE e del TUE, «assicurando la continuità dell'acquis comunitario».

<sup>37</sup> A. Manzella, *Prima lettura di un Parlamento (un po' meno) europeo*, in *Federalismi*, 28 maggio 2014.

molto «debole» la percezione – da parte dei cittadini europei – di «chi», effettivamente, sia la «guida» delle politiche europee.

La presente proposta intende un'ulteriore responsabilizzazione del Consiglio europeo affidando ad alcuni, tra i Capi di Stato e di Governo che lo compongono, la rappresentanza delle aree tematiche più strategiche della politica europea. Oltre alla politica estera ed a quella economica, si potrebbero individuare apposite deleghe in materia di commercio con gli Stati terzi, di affari interni e giustizia, ecc. Questa ripartizione di compiti, oltre ad avere il pregio di essere formalizzata in seno e secondo le procedure dettate dal Trattato e quindi essere «europea» a tutti gli effetti, potrebbe facilitare il processo di identificazione dei cittadini europei con i propri governanti, parimenti, europei. Il fatto che un cittadino europeo sia rappresentato dal governante di uno Stato membro diverso dal proprio non è un limite, anzi può essere un vantaggio se e fintantoché il cittadino europeo acquisisca la consapevolezza che tale rappresentante persegue effettivamente gli interessi europei e non più, solo, quelli del Paese di provenienza. Il fine ultimo sarebbe quello di rafforzare – a Trattato invariato – il legame che nelle forme di stato e di governo deve collegare i rappresentati ai rappresentanti.

Quando, all'inizio del 2015, la Cancelliera tedesca Angela Merkel ha facilitato il raggiungimento di un accordo di pace tra la Federazione russa e l'Ucraina, indipendentemente dai risultati ottenuti, sembrava agire in rappresentanza dell'Unione anche se non aveva ricevuto alcun mandato; al contrario, nella complicata trattativa sulla c.d. "Greexit", la medesima Cancelliera sembrava subire gli interessi tedeschi rispetto a quelli del popolo europeo complessivamente considerato.

Ebbene, se le fosse stato dato uno specifico incarico a rappresentare tutti, il suo operato, probabilmente, sarebbe stato avvertito più «europeo» di quanto non lo sia effettivamente stato.

In altre parole, se il Consiglio europeo l'avesse formalmente incaricata di condurre una trattativa delicatissima per gli interessi europei ovvero se fosse stata formalmente incaricata di rappresentare l'economia europea, è probabile che nessun cittadino europeo avrebbe considerato usurpante quel mandato anche perché l'«incarico» le era stato assegnato con la partecipazione anche del proprio Capo di Stato o di Governo. È dunque probabile che, grazie a tale

adempimento formale, l'operato della Cancelliera sarebbe stato considerato a tutela e salvaguardia di un interesse collettivo.

In generale, la designazione nel Consiglio europeo dei responsabili delle politiche europee più importanti, potrebbe aumentare il senso di responsabilità dei «designati» verso le Istituzioni europee e verso i Capi di Stato e di Governo che li hanno indicati, nonché, *last but not least*, verso i cittadini europei complessivamente considerati.

Gli organi ed uffici della Commissione, in questa prospettiva, potrebbero cooperare con il o la designato/a ed il Commissario di riferimento potrebbe fungere da vero e proprio viceministro posto che già sovrintende e dirige la rispettiva direzione generale.

In concreto ed in attesa di condizioni più propizie, l'evidente *gap* che impedisce all'Europa di ridurre le vischiosità nei canali di rappresentanza deve essere colmato quanto prima attraverso simili soluzioni, anche perché, se i cittadini dei diversi Stati membri ancora faticano a maturare sentimenti «europei», le colpe, non sono certo attribuibili a loro.

### *Abstract*

A territorial cohesion, a legal integration, a political union, a Charter of Fundamental rights does not make Europe a genuine union. Indeed, "the ever closer union among the peoples of Europe", still requires further steps before reaching the final landing, and even though the Lisbon Treaty has made significant progress, it is clear that Europe is still an entity in transition combining federal and confederal elements, but differently to a scholar's recent thought it is not possible to consider it a comparative model.

Un'unione territoriale, un'integrazione giuridica, un'unione politica, una Carta dei diritti non fanno dell'Europa un'unione compiuta. Infatti, «l'Unione sempre più stretta tra i popoli europei», necessita ancora di ulteriori passi da compiere prima di giungere all'approdo finale, ed anche se il Trattato di Lisbona ha compiuto considerevoli passi in avanti, è lampante che l'Europa sia ancora un ente di transizione che mescola elementi federali ed elementi confederali, un'inedita «via di mezzo», che, nonostante gli sforzi della dottrina, resta difficilmente classificabile nella modellistica degli studi comparati.

LUCIA SERENA ROSSI

## L'UNIONE È PER SEMPRE?

SOMMARIO: 1. Una tempesta perfetta. – 2. Diritto di recesso e “minaccia” di recesso: il Brexit. – 3. La lettera di Cameron sulle “richieste inglesi” e la risposta di Tusk. – 4. Scenari possibili: disgregazione, maggiore integrazione, integrazioni differenziate.

### 1. *Una tempesta perfetta*

Le diverse crisi che si sono accavallate con effetto sommatoria negli ultimi anni – crisi finanziaria, crisi economica, crisi migratoria, terrorismo – hanno innescato dinamiche disgreganti tanto per la coesione dell’Unione europea quanto per la stabilità politica di molti dei suoi Stati membri. I due profili sono peraltro collegati fra loro e si avviano in una sorta di tempesta perfetta, che sfocia in una crisi politica.

Sotto il primo profilo, di fronte alle varie crisi, si è registrata un’evidente mancanza di solidarietà fra gli Stati membri, e questo nonostante il Trattato di Lisbona abbia introdotto il principio di solidarietà in diverse norme<sup>1</sup>. Tale mancanza si è palesata dapprima, con la crisi economica, soprattutto nei confronti della Grecia, con un approccio rigido e molto più intransigente di quanto accaduto nel passato rispetto ad altri Stati. La crisi migratoria ha poi fatto emergere, di fronte ai tentativi della nuova Commissione Jucker di trovare soluzioni equilibrate<sup>2</sup>, non solo gli egoismi nazionali, ma addirittura, in taluni Stati membri, comportamenti illegali rispetto alla normativa dell’Unione, come l’innalzamento di barriere ai confini

---

<sup>1</sup> Su tale principio v. A. McDonnell, *Solidarity, Flexibility, and the Euro-Crisis: Where do Principles Fit In?*, in L.S. Rossi, F. Casolari (a cura di), *The EU after Lisbon. Amending or Coping with the Existing Treaties?*; Heidelberg/Dordrecht/London/New York: Springer, 2014, 57-91.

<sup>2</sup> V. Commissione Europea, Agenda immigrazione, Comunicazione del 13.5.2015 COM (2015)240 final e Agenda sulla Sicurezza Comunicazione del 28.4.2015 COM (2015) 185 final.

intracomunitari. Il risultato paradossale è stato quello di rimettere in discussione gli stessi accordi di Schengen, che erano stati adottati per favorire la libera circolazione dei cittadini dell'Unione e per rafforzare la frontiera comune esterna all'area Schengen.

Sotto il secondo profilo, crisi economica, ondate migratorie e minacce terroristiche hanno favorito in molti Stati membri l'ascesa al potere di partiti populistici ed eurofobi, totalmente ostili all'idea di una solidarietà europea e rinchiusi in ideologie nazionalistiche, secondo le quali l'Unione, che dovrebbe essere la soluzione, viene invece additata come il problema. Da questi Governi, in particolare quello ungherese e più recentemente quello polacco provengono comportamenti che sono vere e proprie sfide ai valori comuni, prima di tutto quello della *rule of law*.

In queste condizioni viene da chiedersi se la “*ever closer Union*”, menzionata in vari punti dal Trattato di Lisbona<sup>3</sup>, ma anche in taluni atti derivati<sup>4</sup>, sia ancora una prospettiva o se, al contrario, queste dinamiche disgreganti non finiscano per compromettere la tenuta stessa del progetto di integrazione europea.

## 2. *Diritto di recesso e “minaccia” di recesso: il Brexit*

A differenza del Trattato CECA, che fu concluso nel 1952 per la durata di cinquant'anni (e dunque terminato nel 2002), tutti i successivi Trattati della Comunità e dell'Unione europea non recavano una data di scadenza, e nemmeno prevedevano un diritto di recesso da parte di uno Stato membro. In realtà, nel diritto internazionale vige comunque una generale *clausola rebus sic stantibus*, secondo la quale un mutamento significativo di circostanze potrebbe legittimare il recesso<sup>5</sup>.

L'ipotesi del recesso di uno Stato membro dall'Unione europea è stata ora formalmente introdotta dal Trattato di Lisbona. Secondo l'art. 50 TUE, ogni Stato membro può decidere di recedere dall'Unione, conformemente alle proprie norme costituzionali. In tale

<sup>3</sup> I preamboli del TUE, del TFUE e della Carta dei Diritti fondamentali, nonché l'art. 1 del TUE menzionano un'Unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa.

<sup>4</sup> V. ad esempio il regolamento 1049/2001 sull'accesso agli atti delle istituzioni europee.

<sup>5</sup> Sul tema v. L.S. Rossi, *En cas de non ratification. Le destin périlleux du «Traité-Constitution»*, *Rev. trim. de droit européen*, 2004/4, 621 ss.

ipotesi, lo Stato membro che decide di recedere notifica tale intenzione al Consiglio europeo e quest'ultimo formula degli orientamenti, alla luce dei quali l'Unione negozia e conclude con tale Stato un accordo volto a definire le modalità del recesso e le future relazioni fra tale Stato e l'Unione. L'accordo, negoziato conformemente all'art. 218, comma 3 del TFUE, è concluso a nome dell'Unione dal Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata previa approvazione del Parlamento europeo. A decorrere dalla data di entrata in vigore dell'accordo di recesso, i trattati cessano di essere applicabili allo Stato interessato o, in mancanza di tale accordo, dopo due anni dalla notifica, salvo che il Consiglio europeo, d'intesa con lo Stato membro interessato, decida all'unanimità di prorogare tale termine.

Va rilevato che in caso lo Stato che ha receduto dall'Unione "si pente" e chieda successivamente di aderirvi nuovamente, tale richiesta sarà oggetto della procedura di adesione, con la possibilità per ogni Stato membro (e di ogni Parlamento nazionale) di porre il veto.

Non è invece previsto alcun meccanismo di "espulsione" di uno Stato membro che violi le regole comuni: esso può, infatti, tutt'al più venire sospeso dai diritti (incluso quello di voto), rimanendo sottoposto agli obblighi previsti dai Trattati, secondo la procedura, sin qui mai utilizzata, di cui all'art. 7 TUE o il meccanismo più soft messo a punto sotto la presidenza italiana, ma anch'esso tuttora inutilizzato<sup>6</sup>. Proprio l'impossibilità di trovare un consenso sull'applicazione di tale meccanismo all'Ungheria, ha recentemente determinato un'iniziativa dei cittadini europei (ICE) per sollecitare la Commissione a promuovere un'azione contro detto Stato per violazione dei diritti fondamentali<sup>7</sup>.

La previsione formale della possibilità di recedere dall'UE, assieme alla menzione dell'*ever closer Union*, pone sul tavolo un'alternativa concreta per quegli Stati fortemente euroscettici e costantemente intenti a frenare appunto il processo di integrazione.

Tale possibilità ha offerto al Regno Unito, in cui l'idea dell'integrazione europea è più che mai in crisi e il Governo in carica è debole ed "assediato" da forze di opposizione euroscettiche, di annunciare un possibile recesso "a meno che" non vengano accolte alcune richieste formulate da tale Stato.

---

<sup>6</sup> L.S. Rossi, *Un nuovo soft instrument per garantire il rispetto della Rule of Law nell'Unione europea*, Sidiblog, [www.sidi-isil.org](http://www.sidi-isil.org).

<sup>7</sup> [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-6189\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6189_en.htm).

L'uscita dei britannici, il c.d. "Brexit", è un'ipotesi assai diversa da quella che fu definita "Grexit", vale a dire la possibilità, che fu, a seconda dei punti di vista, minacciata, temuta, ma anche in certi casi auspicata, che la Grecia, al culmine della crisi economica, uscisse dall'eurozona. Anche se l'uscita dall'euro non è in alcun modo prevista né dai Trattati né dai numerosi atti che regolano l'eurozona, non sembra plausibile che l'uscita dall'euro sia solamente possibile mediante il recesso dall'Unione nel suo complesso, perché vi sono diversi Stati membri dell'UE i quali non sono parti dell'eurozona.

Il Brexit è, invece, un'ipotesi di recesso vero e proprio, anche se al momento è solo una "bomba a scoppio ritardato", la cui miccia è stata accesa nel 2013 dal premier D. Cameron che ha annunciato un referendum sull'appartenenza all'UE, a meno che prima di tale data il Regno Unito non ottenesse sostanziali modifiche dei Trattati. Cameron ha comunque intrapreso un negoziato con gli altri Stati membri e con il Consiglio europeo per la modifica dei Trattati, facendo leva su un probabile risultato negativo del referendum. In realtà, per quanto probabile, un tale risultato non può essere dato per scontato, almeno per due ragioni. La prima è che già nel 1975, vale a dire dopo soli tre anni dall'adesione del Regno Unito alla CEE, si tenne un analogo referendum sulla continuazione della *membership* che ebbe esito positivo; e la seconda è che il recesso non pare affatto conveniente al Regno Unito da un punto di vista economico. Ciò almeno per quella parte dell'economia inglese basata sui servizi finanziari e sulla "vendita" della lingua inglese (istruzione, editoria, turismo linguistico), che sta diventando la prima lingua ufficiale dell'UE, sorpassando il francese che aveva un vantaggio storico di una *membership* di vent'anni più antica.

Prima di esaminare le richieste fatte da D. Cameron ai *partners*, occorre ricordare che già allo stato attuale l'Inghilterra gode di ampie deroghe rispetto alla normativa generale, deroghe per lo più abilmente negoziate in occasione dei vari Trattati di revisione, stabilite da appositi protocolli, ma anche in occasioni più ordinarie, come il famoso *rebate* sul finanziamento dell'Unione. Il Regno Unito è già fuori dall'euro, fuori dall'area Schengen, ha una facoltà di scegliere di volta in volta se aggregarsi o meno a quanto deciso nello spazio di libertà sicurezza e giustizia ed ha persino un preteso *opting out* sulla Carta dei diritti fondamentali, il cui reale contenuto

giuridico, già di per sé dubbio, è stato peraltro smentito dalla Corte di Giustizia<sup>8</sup>.

### 3. *La lettera di Cameron sulle “richieste inglesi” e la risposta di Tusk*

Le richieste inglesi sono state formalizzate in una lettera rivolta dal premier D. Cameron al Presidente del Consiglio europeo D. Tusk (e in cc ai Presidenti del Parlamento europeo e della Commissione e a tutti i Capi di Stato o di Governo degli Stati membri) il 10 novembre 2015 e consistono in quattro proposte di riforma del sistema attuale.

La prima riguarda la *governance economica*: il Regno Unito, facendosi portavoce anche di tutti gli Stati membri dell'UE che non fanno parte dell'euro per qualsiasi operazione a supporto dell'eurozona, chiede che il funzionamento di quest'ultima rispetti taluni principi, fra i quali la non discriminazione, l'integrità del mercato unico, il non coinvolgimento degli Stati e dei contribuenti non appartenenti all'eurozona. A queste richieste, sicuramente ragionevoli, si aggiunge però quella che le misure della zona euro che possano toccare tutti i Paesi dell'Unione siano discusse fra tutti. Si tratta di una richiesta molto generale ed ambigua: anche se qualunque misura adottata per completare l'euro potrebbe in linea di principio avere effetti indiretti per le economie dei Paesi non euro (si pensi alla tassa sulle transazioni finanziarie o all'adozione di un bilancio unico della zona euro), e si può concedere a questi ultimi una consultazione, ma non certo un diritto di veto.

La seconda concerne la competitività, e in particolare una nuova strategia commerciale, basata su “*massive trade deals*” con America, Cina, Giappone e Asean e, sul piano interno, l'alleggerimento del carico della regolamentazione europea sulle imprese. L'invito, per la verità non nuovo, a snellire i vincoli della normativa europea per le imprese, è da considerare con particolare cautela, in quanto questo potrebbe comportare, soprattutto alla luce che il Regno Unito richiede “*massive deals*” sul piano del commercio internazionale, un allentamento della tutela dei consumatori e dell'ambiente.

<sup>8</sup> CGUE, sentenze C-411/10 N.S., C-507/12 Saint Prix e C-395/13 Sähköalojen ammattiliitto.

Il terzo punto è relativo alla sovranità nazionale. Cameron vuole che sia formalmente chiarito che il Regno Unito è escluso dall'obbiettivo di perseguire un'Unione sempre più stretta. Al contempo vorrebbe rafforzare la possibilità dei Parlamenti nazionali (attualmente prevista in maniera blanda dai primi due protocolli allegati al Trattato di Lisbona) di poter bloccare la legislazione europea, rafforzando anche la regola della sussidiarietà<sup>9</sup>. Naturalmente si possono immaginare modi per rafforzare il ruolo dei Parlamenti nazionali, ad esempio abilitandoli a chiedere, con una certa percentuale di Camere nazionali favorevoli, alla Commissione di presentare proposte legislative, ma sarebbe necessaria una modifica dei Trattati. Il premier inglese ribadisce altresì l'eccezione britannica sulla partecipazione allo spazio di libertà sicurezza e giustizia.

La quarta – e più controversa – richiesta riguarda la riduzione dell'immigrazione intracomunitaria. In particolare per i cittadini degli Stati che in futuro aderiranno all'UE non dovrebbe essere consentita la libera circolazione, almeno sino a che l'economia di questi Stati si avvicini ad uno stretto livello di convergenza con quella degli altri Stati membri. Occorrerebbe inoltre prevenire gli abusi collegati alla circolazione di cittadini di altri Stati membri coniugati con extracomunitari e più in generale neutralizzare con adeguata normativa le sentenze della CGUE che hanno troppo allargato il campo di applicazione della libera circolazione delle persone. Ma soprattutto si chiede che i cittadini di altri Stati membri che si recano a lavorare in Inghilterra debbano contribuire al sistema sociale per quattro anni prima di avere titolo per usufruire dei benefici sociali, inclusa l'assistenza per l'abitazione e accesso alle case popolari. Si tratta di richieste che confliggono con il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità e con quello della libera circolazione dei lavoratori, come codificati dai Trattati, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e dalla legislazione derivata<sup>10</sup>.

Pur dichiarandosi disposto a negoziare, D. Cameron chiarisce che le richieste di cui sopra dovrebbero venire recepite in un atto di natura vincolante e irreversibile, dunque decisioni *sui generis*, Protocolli e, ma non semplici Dichiarazioni allegate ai Trattati. In cam-

---

<sup>9</sup> Il Regno Unito potrebbe in particolare invocare la possibile reversibilità delle competenze attribuite all'UE, prevista dall'48,2 TUE e dalla Dichiarazione n 18.

<sup>10</sup> V. per tutti la direttiva 2004/38.

bio il premier si impegna a sostenere “con tutto il cuore” la *membership* europea del Regno Unito.

Mentre alcune di tali modifiche potrebbero essere adottate con legislazione derivata (che richiederebbe comunque la non scontata approvazione da parte del parlamento europeo), o con decisioni del Consiglio europeo, alcune di esse richiederebbero invece la revisione degli attuali Trattati<sup>11</sup>, soprattutto per quel che concerne la *governance* dell'area euro. Inoltre, nonostante la Corte di Giustizia abbia recentemente adottato un approccio più restrittivo che in passato sui diritti dei cittadini di altri Stati membri ad usufruire di benefici sociali nel Paese ospitante<sup>12</sup>, le limitazioni richieste dal Regno Unito sembrano contrarie ai principi fondamentali del Trattato.

Va rilevato che lo stesso giorno dell'invio della lettera di cui sopra, il premier inglese ha dichiarato di voler dare concreta applicazione al protocollo anglo-polacco sulla Carta dei diritti fondamentali, sottolineando che i giudici inglesi non dovrebbero applicare quest'ultima, e ventilando il recesso del Regno Unito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la possibilità di introdurre un controllo nazionale su eventuali atti adottati dall'Unione *ultra vires*, come affermato dalla Corte costituzionale tedesca.

Il 7 dicembre 2015 il Presidente del Consiglio europeo D. Tusk ha risposto alla lettera del premier britannico, chiarendo che, nonostante la generale volontà degli Stati membri di trovare delle soluzioni, le questioni sollevate dal premier inglese sono difficili.

Sulla questione dei rapporti fra l'eurozona e gli Stati che di essa non fanno parte, si potrebbero cercare soluzioni che evitino, nei futuri sviluppi dell'eurozona, di creare discriminazioni, consultando gli Stati *out* ma senza riconoscere a questi ultimi alcun potere di veto. Sulla questione competitività, apparentemente nessuno Stato al momento si dichiara contrario, anche se poi occorrerà vedere come declinare il concetto di competitività.

Sulle questioni di sovranità infine, la risposta ai timori sulla *ever closer Union* non può essere che un'integrazione differenziata. Il ruolo dei Parlamenti nazionali è riconosciuto importante ma solo ai fini del controllo di sussidiarietà, come già attualmente previsto

---

<sup>11</sup> Per un'analisi dettagliata v. S. Peers, *Cameron's Chatham House speech: Full speed ahead for the renegotiation of the UK's EU membership?*, *EU Law Analysis* 10 November 2015.

<sup>12</sup> CGUE, C-333/13 *Dano* e C-67/14 *Alimanovic*.

dai trattati. Sull'ultimo punto, pur essendovi un generale accordo sulla necessità di evitare abusi (derivanti ad esempio da matrimoni di convenienza), non vi è consenso sull'obbligo per i lavoratori di altri Stati membri di versare contributi per quattro anni prima di accedere ai benefici sociali nel Regno Unito, che, come si è detto, comporterebbe un salto indietro notevole rispetto alle norme vigenti. Va rilevato che contro quest'ultima richiesta di D. Cameron si sono schierati anche i Paesi del gruppo di Visegrad (Ungheria, Polonia, Repubblica Ceca), tradizionalmente alleati con il Regno Unito in chiave euroscettica. Più recentemente il Presidente della Commissione Juncker ha dichiarato che è inutile illudersi che difficoltà non nascano da tutte e quattro le richieste inglesi.

La diplomazia inglese, nei confronti dell'Unione europea, ha una lunga e vincente tradizione di negoziati spericolati, e apertamente basati su logiche di scambio (che taluno definisce ricattatorie). Tuttavia non è facile capire sino a che punto la strategia di Cameron si basi su un *bluff* o su una sua reale capacità di evitare o influire sul referendum inglese. Gli altri Stati membri si dichiarano ufficialmente propensi a trovare un compromesso, ma il margine negoziale di ciò che essi sono realmente disposti ad accettare appare molto ristretto. Si può immaginare un'Unione senza gli inglesi, che da un lato appare sicuramente monca di una componente geostrategica importante (soprattutto nel campo della difesa), ma dall'altro sembra anche alleggerita di un freno che ne ha sistematicamente e dichiaratamente ostacolato l'integrazione politica.

In realtà in questo momento le maggiori preoccupazioni dei Paesi membri dell'Unione non riguardano il Brexit, ma le crisi di cui si è detto all'inizio e le condizioni che D. Cameron vorrebbe imporre sembrano per diversi aspetti rendere ancora più difficile trovare soluzioni per queste crisi.

#### 4. *Scenari possibili: disgregazione, maggiore integrazione, integrazioni differenziate*

Le richieste inglesi potrebbero fornire una ragione per una revisione del Trattato che comunque, almeno teoricamente, sarebbe prevista nel 2017 per incorporare il *Fiscal Compact*<sup>13</sup>. Questo po-

<sup>13</sup> Sul tema v. per tutti P.A. Mengozzi, *La crisi dell'area euro e il perseguimento di un equilibrio tra stabilità, democrazia e diritti fondamentali*, *Studi sull'integrazione eu-*

trebbe essere un fatto positivo perché, per effetto del sommarsi delle crisi di cui si è detto, l'integrazione europea è in questo momento in una pericolosa fase di stallo. Naturalmente la revisione è di per sé un processo faticoso e rischioso, in quanto ciascun Parlamento nazionale deve ratificarla.

Se dunque da un lato gli Stati membri cercheranno probabilmente di mantenere in vita il più a lungo possibile il Trattato di Lisbona, dall'altro si possono immaginare tre scenari.

Il primo riguarda l'uscita del Regno Unito, l'involuzione democratica in taluni Stati attualmente considerati nella sfera di influenza di quest'ultimo (Paesi Visegrad) e forse anche ulteriori recessi dall'Unione. A questo punto l'Unione in quanto tale attraverserebbe una turbolenza generale, cui potrebbe porre rimedio unicamente una fase costituente guidata, con una visione assai diversa da quella mostrata dalla *leadership* attuale, dalla Germania.

Il secondo, che si dà per impossibile ma forse non lo è, potrebbe verificarsi ove, con o senza le modifiche richieste da D. Cameron, il referendum inglese alla fine scelga l'appartenenza all'Unione europea, non tanto per scelta ideologica, quanto, pragmaticamente, per convenienza. Infatti, come si è detto sopra, il Brexit rischia di essere molto dannoso per l'economia inglese e non è affatto detto che gli altri Stati membri siano disposti a negoziare accordi che salvino per il Regno Unito solo quelle parti del mercato interno che a quest'ultimo più interessano (circolazione dei capitali e dei servizi). Questo scenario rafforzerebbe l'Unione nel suo assetto attuale e restituirebbe al Regno Unito il suo ruolo di attore politico di prima grandezza nel consesso degli Stati membri, ruolo oggi offuscato dalle ombre del Brexit.

Il terzo scenario riguarda per così dire un "divorzio consensuale" e l'accentuarsi dell'integrazione differenziata attorno alla zona euro, con la creazione di un bilancio unico, meccanismi di solidarietà ed una migliore *governance*. A fronte di tale prospettiva più integrata, gli Stati dell'eurozona potrebbero facilitare la formazione da un lato di un nucleo più integrato e dall'altro del Regno Unito e di quanti altri Stati non desiderino procedere verso la *ever closer Union*, e con i quali gli Stati del primo gruppo potrebbero

---

ropea, 2015 p-1-51 e L.S. Rossi, "Fiscal Compact" e Trattato sul Meccanismo di Stabilità: aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'UE, *Il dir. dell'UE* 2/2012, 293-309.

condividere il mercato interno e altre politiche. Il modello potrebbe essere quello dei rapporti fra l'UE e gli Stati EFTA, con le dovute correzioni, in quanto si tratterebbe in questo caso di un gruppo di Stati *ex* membri dell'UE, i quali hanno per lungo tempo recepito e contribuito a sviluppare *l'acquis*. Si tratterebbe di un'ipotesi già ventilata nelle Conclusioni del Consiglio europeo del giugno 2014.

Va peraltro rilevato che sia il secondo che il terzo scenario richiedono una volontà politica di procedere verso un'integrazione più stretta che gli attuali Governi dei Paesi dell'UE non sembrano mostrare. Forse solo il timore di ricadere nel primo scenario potrà convincerli.

### *Abstract*

The article analyzes the crisis that the EU currently faces, focusing, in particular, on the possibility of an exit of Britain from the Union. Considering the so-called Brexit the author shows up three different scenarios for future development of the ever closer Union among the peoples of Europe.

L'articolo analizza le crisi che l'UE deve attualmente affrontare, soffermandosi, in particolare, sull'ipotesi di una uscita della Gran Bretagna. Considerando il c.d. Brexit evidenzia tre diversi scenari possibili per uno sviluppo futuro dell'Unione sempre più stretta tra i popoli europei.

DOMINIQUE ROUSSEAU

## LA CRISE EN EUROPE: UN DÉFAUT DE POLITIQUE

SOMMARIO: I. La constitution, fondement de l'autonomie politique de l'Europe. –  
II. La constitution, fondation de la communauté des citoyens européens.

L'Europe est en crise par défaut de politique. Et parce que le politique fait défaut, les marchés gouvernent. Et ils gouvernent n'importe comment: un jour ils dénoncent les déficits publics et imposent des plans de rigueur, le lendemain ils s'alarment des plans d'austérité portugais, espagnols ou britanniques qui pourraient empêcher la croissance de prospérer et les actionnaires de toucher leurs bénéfices. N'importe comment donc mais pas pour n'importe qui. Si l'électorat du politique c'est les citoyens, l'électorat du marché c'est les actionnaires. Quand le premier gouverne il impose ses règles au marché, quand le second commande il impose sa logique aux citoyens. Ce qui est le cas aujourd'hui en Europe. Partout, «on» retire de l'argent – blocage des salaires, suppression d'allocations sociales, du remboursement de médicaments, ... – et des droits – la retraite à 60 ans – aux revenus moyens, modestes et bas et, avec le bouclier fiscal, «on» protège les hauts revenus.

Et apeurés par les millions d'euros qui tourbillonnent et les discours catastrophiques, les citoyens, sans force politique, manifestent, protestent mais plient. Ou s'égarent. Les italiens du Nord ne veulent plus payer pour ceux du Sud qui, pour eux, commence à Rome! Les Catalans voudraient ne plus avoir à subir le poids de l'Andalousie. Les Pays-Bas, pays où le commerce et Spinoza ont fait de la tolérance une vertu constitutionnelle, font du parti d'extrême droite la troisième force du paysage politique néerlandais. Les Flamands ne veulent plus être solidaires des Wallons, les Ecossais des Anglais, les Allemands des Grecs, ...

Et pourtant! La «crise» des finances publiques en Europe n'est pas aussi sévère que les marchés veulent le faire croire. En

tout cas, moins sévère qu'ailleurs. Le déficit moyen annuel de la zone euro représente 6,5% du produit intérieur brut mais 10% du PIB des Etats-Unis et 9% de celui du Japon; et, pour la dette, toujours en points du PIB, celle de la zone euro représente 84, celle des Etats-Unis 92 et celle du Japon 197! Et l'explosion des déficits publics en Europe a en partie pour cause un allègement de la fiscalité des entreprises et des hauts revenus.

Dans cette situation européenne, moins dégradée qu'il est quotidiennement répété, le politique doit affirmer l'intérêt des citoyens européens. Depuis Maastricht, il existe un fédéralisme monétaire appuyé sur la seule Banque centrale européenne. Il faut maintenant un fédéralisme politique qui doit s'exprimer par un fédéralisme budgétaire. Dans l'histoire de toutes les démocraties parlementaires, le premier droit politique revendiqué par les citoyens a été celui de consentir à l'impôt et d'en contrôler l'usage par les gouvernants: les Etats-Généraux de 1789 ont d'abord été convoqués pour cela. Dès lors que seize Etats partagent la même monnaie, aucun ne peut élaborer seul sa politique budgétaire car ce qu'un Etat décide a, par la force des choses, des conséquences chez les Etats voisins. Il faut donc, comme le dit le prix Nobel d'économie Joseph Stiglitz, une solidarité budgétaire européenne; il faut que, lorsqu'un Etat de la zone est en difficulté, tous les autres se sentent solidaires: la «crise» grecque n'est pas une crise d'un Etat étranger, c'est une crise d'une partie du territoire européen, une crise du «nous européen».

L'Europe s'est construite par le marché, l'argent et la technocratie. Elle n'existera pas en tant que puissance si elle ne se refonde pas aujourd'hui sur la citoyenneté, le social et la démocratie. Et, pour passer de l'une à l'autre, il faut prendre le «risque» de la constitution européenne. Car il ne suffit pas d'en appeler à l'Europe politique contre l'Europe technocratique, à l'Europe sociale contre l'Europe des financiers; il n'y aura d'Europe sociale que s'il y a une Europe politique et il n'y aura une Europe politique que si l'Europe se dote d'une constitution.

Dans la bataille de construction de la légitimité d'un pouvoir politique démocratique, la constitution reste, en effet, un enjeu central. A Louis XVI qui leur demandait, à l'ouverture des états généraux, d'où ils «parlaient» pour s'opposer à ses volontés, les révolutionnaires ont répondu par la rédaction de la Déclaration des

droits de l'homme et de citoyens et d'une constitution qui nommaient le peuple français nouveau titulaire de la souveraineté. Aujourd'hui, face à la banque centrale européenne, face aux pouvoirs économiques organisés au niveau européen, face aux lobbies qui travaillent à Bruxelles, rien d'autre que l'opinion publique. Pour transformer cette opinion publique en collectivité de citoyens, il n'est d'autre chemin que celui de la constitution européenne qui, en la nommant, lui donnera la légitimité politique nécessaire pour faire reconnaître et prévaloir sa volonté. Le moment constituant est toujours un formidable moment de discussions, de débats, de confrontations entre tous les acteurs sociaux pour définir l'ordre politique désirable, un formidable moment où une société prend conscience d'elle-même en s'interrogeant sur son imaginaire. La constitution qui en ressort est seulement la mise en forme juridique, institutionnalisée de cet imaginaire; elle est la conclusion juridique du débat politique, conclusion au demeurant toujours provisoire dans la mesure où le débat continue et avec lui la possibilité de révisions constitutionnelles puisque aucune génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures. Tel est bien, au fond, le vrai problème politique européen: accepter un simple pouvoir d'influence de l'opinion publique ou construire la légitimité démocratique d'un véritable pouvoir de décision politique européen. Refuser l'idée de constitution européenne, c'est choisir, implicitement ou explicitement, le premier terme de l'alternative; pire peut-être, c'est penser le second irréalisable et faire ainsi le deuil de l'utopie européenne.

L'enjeu est donc important et le moment d'oser le choix de la voie constituante ne peut plus longtemps être différé. Car la situation actuelle n'est pas satisfaisante: les Etats ont transféré nombre de leurs compétences mais gardé la légitimité démocratique; l'Europe a reçu des compétences mais n'a pas de légitimité démocratique. Dès lors, de quelque manière que l'on tourne les choses, ou bien il faut remettre les compétences où se trouve la légitimité, ou bien il faut porter la légitimité où se trouvent les compétences. Chacune des deux réponses possède sa logique et sa cohérence propres; il est temps d'assumer un choix clair et radical sans se perdre dans un consensuel «bon petit mélange» des deux positions. Et, si on choisit la seconde – ce qui est mon cas – ouvrir maintenant le processus d'une constitution européenne.

## I. *La constitution, fondement de l'autonomie politique de l'Europe*

1. L'Europe du charbon et de l'acier, l'Europe de l'agriculture, l'Europe de la monnaie unique, l'Europe financière, l'Europe s'est construite d'abord comme Europe économique. L'Europe politique n'était certainement pas absente de l'esprit des Pères fondateurs mais ils considéraient qu'elle viendrait «après», que l'Europe politique serait la conséquence logique et nécessaire de l'Europe économique. Ces grands libéraux et démocrates-chrétiens des années 1950 avaient, surprise, une conception marxiste de la construction européenne: l'infrastructure socio-économique devait naturellement produire sa superstructure politique!

L'histoire ne s'est pas déroulée ainsi, en tout cas pas complètement ainsi. L'Europe s'est effectivement construite fonction par fonction – le charbon, l'acier, l'agriculture... – et chaque fois par un trait spécifique. Et aujourd'hui, avec les derniers traits posés par le marché unique – l'euro et l'indépendance de la Banque centrale européenne – les fondations et les règles de fonctionnement de l'Europe économique existent. Mais le politique n'a pas suivi; la politique étrangère, la défense commune, la légitimité démocratique propre des instances européennes de décision, l'énoncé des droits fondamentaux et les mécanismes de leur protection n'ont pas progressé au même rythme, voire sont restés, pour la plupart, dans un état embryonnaire. De sorte qu'un écart sans cesse croissant s'est formé entre le géant *Europe économique* et le nain *Europe politique*. Ecart d'autant plus dangereux pour la solidité de l'édifice européen qu'il se double d'un écart au sein même des Etats membres qui deviennent, photographie renversée de l'Europe, des nains économiques et des géants politiques. En effet, chaque traité opérant un nouveau transfert de compétences économiques vers Bruxelles, les Etats membres ont progressivement perdu la maîtrise et la direction réelles de leurs politiques publiques dans les secteurs transférés; en revanche, les débats publics, la compétition politique, les élections continuent toujours à se dérouler dans les espaces nationaux, mais ce jeu démocratique national «tourne à vide» puisque les Etats membres se sont, par les traités, «vidés» eux-mêmes des sujets qui sont les enjeux traditionnels des confrontations électorales et sur lesquels les citoyens peuvent, par leur vote, peser. En d'autres termes, l'intégration économique, financière et administrative s'est

réalisée au niveau européen mais non l'intégration politique et démocratique qui est restée, pour l'essentiel, au niveau national. Et pour être plus bref encore, le libéralisme économique n'a pas produit automatiquement la démocratie politique

Ce décalage, et plus exactement la réduction de ce décalage est un des enjeux politiques majeurs de la période présente. Car il existe au moins deux modes de réduction du fossé démocratique: soit la remise des compétences là où se trouve la légitimité démocratique, c'est-à-dire, dans les Etats et/ou dans une instance intergouvernementale, position défendue par ceux qu'il est convenu d'appeler les «souverainistes»; soit la construction de la légitimité démocratique là où sont aujourd'hui les compétences, c'est-à-dire dans l'Union européenne, position défendue par ceux qu'il est convenu d'appeler les «européistes». Et, même si chacune de ces deux positions supporte des nuances infinies, au centre de cet enjeu se trouve, précisément, la question de la Constitution européenne.

2. Si l'intégration économique européenne n'a pas produit automatiquement l'intégration politique comme l'avaient pensé les «fonctionnalistes», elle a cependant conduit à faire émerger la question du pouvoir politique européen, d'un pouvoir disposant de la légitimité démocratique nécessaire pour définir, notamment, les politiques fiscale, économique et sociale sans lesquelles, par exemple, l'euro n'aurait ni force ni signification. La monnaie unique, en effet, ne peut être une fin en soi; elle est un moyen au service d'une vision politique ou d'une représentation de la société que seul un pouvoir démocratique est légitime à proposer. La stabilité d'une monnaie, quelle qu'elle soit, ne dépend jamais des seuls indicateurs économiques et financiers mais aussi de la solidité du pouvoir politique qu'elle symbolise.

Et, dans le moment même où l'Europe économique s'achevait avec l'établissement de l'euro et de la Banque centrale européenne, elle changeait de visage et de géographie obligeant chacun à admettre que les règles d'organisation et de fonctionnement conçues pour six puis douze Etats ne pouvaient plus convenir pour un ensemble de vingt-cinq ou vingt-sept Etats. Plus profondément encore, ces mutations économiques et géographiques ont provoqué des interrogations multiples non seulement sur l'identité de l'Eu-

rope – ce que démontre le débat sur l’adhésion de la Turquie – mais aussi sur l’identité des Etats-Nations dont les éléments constitutifs – le territoire, la souveraineté, le peuple – se trouvaient affaiblis par le développement continu de la construction européenne.

Dans cette conjoncture incertaine, il était logique que la question constitutionnelle, que la question d’une Constitution européenne, latente depuis 1945, soit posée à la fin des années 1990 avec une force renouvelée et s’impose, même en France, comme alternative positive aux traités.

Qu’est-ce, en effet, qu’une Constitution? Un acte fondateur, qui expose les principes et les valeurs sur lesquels des femmes et des hommes s’entendent à un moment donne pour s’associer, pour vivre ensemble, pour, au sens premier du terme, constituer une société. Un acte organisateur, qui détermine les différents niveaux et organes de pouvoir, règle la répartition horizontale et verticale des pouvoirs et définit les relations de pouvoir entre les différentes institutions. Un acte écrit enfin, qui rend publiques les valeurs et les règles d’organisation choisies, et offre ainsi aux citoyens les moyens de comparer les actes des pouvoirs publics à ces valeurs et règles, et, le cas échéant, d’en demander le respect. Or, ces trois éléments sont précisément ceux dont l’Europe a besoin pour répondre – si elle veut répondre – positivement à la question de son existence politique. Quelles que soient les mutations que l’Europe peut faire subir à la notion de Constitution, celle-ci reste, symboliquement et pratiquement, l’instrument qui fonde et construit la légitimité d’un pouvoir politique démocratique, l’instrument juridique qui fait advenir le projet politique d’Europe politique, qui empêche ce projet de rester à l’état de slogan.

Sans ériger l’histoire constitutionnelle française en modèle, il faut se souvenir que pour s’opposer aux volontés de Louis XVI, au moment de l’ouverture des «états généraux», les révolutionnaires ont rédigé la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen puis, sur ces principes, il ont élaboré une Constitution qui nommait le peuple français nouveau titulaire de la souveraineté. Ainsi de la Constitution européenne qui transformera le visage de l’Europe. Sur le continent européen, elle permettra de se rassembler sous une règle de vie commune et, sans faire des critères économiques et financiers les seuls éléments d’appartenance à l’Europe, elle facilitera les convergences des politiques. Aux citoyens euro-

péens «désenchantés», elle offrira l'instrument d'une reconstruction identitaire qui puisera ses racines et sa force dans l'adhésion partagée à un ensemble de valeurs communes. Surtout, une Constitution donnera, comme elle seule peut le faire, un pouvoir politique à l'Europe disposant de la légitimité et de l'autorité nécessaire à l'accomplissement de ses missions et, en particulier, celle de réguler par le droit et selon une vision d'ensemble les différents secteurs d'activité.

Et en fondant ainsi l'autonomie du pouvoir politique, la Constitution européenne donnera forme à la communauté des citoyens européens.

## II. *La constitution, fondation de la communauté des citoyens européens*

1. Au regard de la qualité des individus, l'Europe «saisie» par une Constitution ne sera pas l'Europe «saisie» par les traités; la rupture l'emportera sur la continuité. D'abord parce que, dans le vocabulaire du droit, traité et Constitution sont deux objets différents répondant à des définitions propres. Par exemple, le traité est un acte relevant de l'ordre international quand la Constitution relève de l'ordre interne; le traité est un accord de volontés quand la Constitution est un acte unilatéral; le traité est «fait» par les Etats quand la Constitution est «faite» par le peuple; le traité est l'aboutissement de négociations plus ou moins secrètes quand la Constitution est le produit de délibérations publiques et d'une approbation électorale etc. Traités et Constitution sont ainsi deux catégories juridiques dont les éléments constitutifs engagent des logiques suffisamment distinctes pour que le passage de l'une à l'autre pour réorganiser le système européen ne puisse être considéré comme anecdotique. Mais surtout, parce que ces catégories ne mettent pas seulement en jeu des questions de technologie juridique; elles sont aussi des catégories de perception qui appellent des représentations différentes.

Concevoir l'avenir de l'Europe par et sous la geste constitutionnelle présuppose et implique une rupture dans la représentation de l'Europe produite par les traités. Alors que ces derniers, par l'effet de leurs propriétés, la font percevoir comme un espace géographique d'Etats étrangers les uns aux autres, liés seulement et au-

tant qu'ils le veulent bien par leur accord, une Constitution, également par le jeu de ses qualités, fait devenir et voir l'Europe comme un espace de peuples intégrés qui font société et qui décident souverainement d'énoncer les valeurs qui les font s'assembler et de poser les institutions qui les font vivre. Passer du traité à la Constitution est donc, au regard de la force instituant du droit, un acte révolutionnaire en ce qu'il engage une manière de voir l'Europe radicalement différente. Sous l'empire des traités, les allemands, les italiens, les espagnols, se voient comme des étrangers appartenant à des Etats différents qui marquent leur identité et qui concluent entre eux des accords; sous l'empire d'une Constitution, ils se voient comme des «parents» aux histoires différentes sans doute mais réunis sous une même loi. Sous l'empire des traités, peut se manifester, au mieux, une opinion publique européenne qui exercera un pouvoir d'influence plus ou moins efficace; avec une Constitution, l'opinion publique européenne est transformée en communauté de citoyens européens et le pouvoir d'influence en pouvoir de décision politique. Sous l'empire des traités, les individus sont pris comme des personnes ou des consommateurs; sous l'empire d'une Constitution, ils acquièrent la qualité de citoyen, c'est-à-dire, d'acteurs politiques.

2. Si le «moment» Constitution pose une rupture avec le «moment» traité, le passage de l'un à l'autre n'est pas nécessairement brutal; il se fait, il se prépare, il se travaille sous l'empire des traités par l'émergence progressive et le développement d'un «moment», qui est le «moment» actuel, celui du patrimoine constitutionnel européen. Des maintenant, en effet, il ressort des droits constitutionnels propres à chaque Etat européen un ensemble de principes politiques portagés, de «traditions constitutionnelles communes» qui œuvrent à la construction d'une communauté de citoyens européens.

Le premier de ces principes est celui d'élections libres, pluralistes et organisées à intervalles réguliers. Le pouvoir de suffrage est clairement affirmé dans toutes les constitutions nationales comme seule origine légitime du pouvoir; le pouvoir de décider des règles de la vie sociale n'appartient ni aux églises, ni à un homme, ni à un parti guide de la société, mais à la collectivité des citoyens qui, au moyen d'élections démocratiques, choisit librement ses gouver-

nants. La généralisation de ce principe favorise, par ailleurs, la convergence du fonctionnement pratique des systèmes politiques nationaux; régime parlementaire ou régime semi-présidentiel, quelles que soient les modalités de la séparation des pouvoirs inscrites dans les constitutions nationales, l'unité du pouvoir se reconstitue partout sur l'exécutif par la grâce de la logique électorale qui attribue au camp victorieux et à son chef la maîtrise du pouvoir normatif. La prééminence de l'exécutif n'est ni un phénomène spécifiquement français ni un effet du seul régime semi-présidentiel. En France comme en Allemagne, en Grande-Bretagne comme au Portugal, en Hongrie comme en Grèce ou en Roumanie, c'est l'exécutif qui gouverne et son titulaire, qu'il se nomme président de la République, premier ministre, chancelier ou président du gouvernement, est désigné par le suffrage universel. En conséquence, tous les systèmes politiques de l'Europe fonctionnent sur un même mode pratique de séparation constitutionnelle entre un pouvoir majoritaire qui gouverne et légifère et un pouvoir d'opposition qui contrôle, interpelle, propose et se prépare à devenir, à la prochaine échéance électorale, pouvoir majoritaire, faisant ainsi du principe de l'alternance démocratique un élément fondamental du patrimoine constitutionnel européen.

Le second principe est celui de la protection des droits fondamentaux. Depuis la chute des dictatures en Espagne, en Grèce et au Portugal au milieu des années 1970, et celle des régimes soviétiques à la fin des années 1980, toutes les Constitutions européennes consacrent, et souvent dans des rédactions voisines, les mêmes droits. D'un bout à l'autre de l'Europe, les Constitutions reconnaissent à la fois le droit de propriété, la liberté d'entreprendre et le droit des travailleurs à bénéficier d'une protection sociale, adhérer à un syndicat, à faire grève ou à participer à la détermination de leurs conditions de travail. D'un bout à l'autre de l'Europe, elles affirment également le pluralisme de la presse, la liberté d'opinion, y compris religieuse, la liberté d'aller et venir, le respect de la vie privée, la dignité de la personne humaine... Et partout, les Constitutions mettent en place des protections juridictionnelles qui, quelles que soient les modalités concrètes du système judiciaire, permettent à chacun d'accéder à un juge et convergent pour assurer le respect par tous les pouvoirs, législateur compris, des droits constitutionnels.

Ces deux principes préparent la Constitution européenne en ce qu'ils expriment un patrimoine de valeurs partagées, des pratiques communes, une culture constitutionnelle commune, un «patriotisme constitutionnel» dirait J. Habermas, qui favorise la socialisation des citoyens d'Europe, leur apprend à vivre ensemble leurs histoires particulières et leur donne une identité nouvelle.

*Abstract*

Europe is built by the market, money, and the technocracy. It does not exist as a sovereign power as it is not founded on social citizenship and democracy. Real changes can be achieved only by adopting a European Constitution which is a very risky operation. Therefore it is not enough to appeal to political Europe against the technocratic Europe, to a social Europe against a financial Europe. There can not be a social Europe if there is no political Europe and there can be a political Europe only if Europe will have a Constitution.

L'attuale Europa è costruito sul mercato, sulla moneta unica e sulla tecnocrazia e non esiste ancora come forza politica indipendente dato che non si basa sulla cittadinanza sociale e su un sistema democratico proprio. Per cambiare direzione dell'Europa bisogna adottare una Costituzione europea, e questo è una operazione non privo di rischio. Pertanto non è sufficiente rivendicare un'Europa politica in contrapposizione ad un'Europa tecnocratica, un'Europa sociale in contrapposizione ad un'Europa finanziaria. Non ci sarà mai un'Europa sociale senza Europa politica e l'Europa politica potrà esserci solamente se ci sarà una Costituzione europea.

EDOARDO C. RAFFIOTTA

## PER UN GOVERNO DELL'ECONOMIA NELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Mercato comune ed economia europea. – 2. Alle origini della “costituzione economica” dell’Ue. – 3. L’occasione mancata: il Trattato di Lisbona. – 4. Dal (tentato) governo dell’economia al (mancato) governo della crisi economico-finanziaria. – 5. I primi passi della nuova *governance* economica dell’Eurozona. – 6. Per un governo dell’economia dell’Unione europea.

### 1. *Mercato comune ed economia europea*

I Trattati istitutivi delle Comunità economiche europee non contemplavano, come noto, il fine di giungere a un’unione politica tra gli Stati fondatori, piuttosto, miravano alla realizzazione di un Mercato comune. Tuttavia, è difficile sostenere che sin dalle origini, per le Comunità e per i governi fondatori, il Mercato fosse solo uno scopo, e non, anche, un mezzo per andare oltre la semplice integrazione delle economie nazionali<sup>1</sup>.

Certo le Istituzioni comunitarie che lentamente si andavano costituendo non avevano strumenti e competenze politiche, ma è altrettanto vero che i principii su cui si fondarono le Comunità erano talmente “ampi e generici”<sup>2</sup> da consentire una significativa sovrapposizione sulle politiche fissate negli ordinamenti nazionali, al fine di – art. 2 del Trattato di Roma – “promuovere, mediante l’instaurazione di un Mercato comune e il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, uno sviluppo armonioso

---

<sup>1</sup> Così P. Bilancia, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996, 137. Per una più ampia e generale riflessione, se si vuole, E.C. Raffiotta, *Il Governo multi-livello dell’economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, Bologna, 2013.

<sup>2</sup> Come sostenuto da M.A. Cabiddu, *Costituzione europea e Carta dei diritti fondamentali*, in A. Quadro Curzio (a cura di), *Profili della Costituzione economica europea*, Bologna, 2001, 177 s.

delle attività economiche nell'insieme della Comunità, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati". Un obiettivo dunque ambizioso e non solo meramente economico. Non a caso l'azione delle Comunità economiche nel governo dell'economia europea fu favorita, soprattutto, per mezzo degli strumenti pensati per realizzare il Mercato comune (elencati, tra gli altri, nell'art. 3 del Trattato di Roma): la libertà di circolazione (di merci, persone, servizi e capitali); la disciplina della concorrenza; la limitazione degli aiuti di Stato alle imprese.

Attraverso tali strumenti, gradualmente – ma sin dall'inizio – non solo si concretizzò l'apertura dei mercati nazionali e la formazione di un mercato europeo transnazionale, ma si sovrapposero e intersecarono le politiche europee (non solo economiche)<sup>3</sup>.

Già il trattato di Roma, infatti, nel prevedere "politiche comuni", finiva per insistere su fattispecie e discipline tradizionalmente riservate alle costituzioni economiche nazionali. Seppur in estrema sintesi, basti ricordare la proprietà e l'impresa. Si intersecano con tali istituti – appartenenti tradizionalmente alle normative nazionali – discipline comunitarie come la tutela della concorrenza o la materia degli "aiuti di Stato" (artt. 85-94)<sup>4</sup>. Gli effetti sono molteplici, solo per ricordare qualche esempio, si rafforza – soprattutto in alcuni ordinamenti come quello italiano – la libertà d'impresa, si riducono i monopoli, in particolare quelli pubblici, si deregolamenta la disciplina d'impresa, insomma, si trasforma il mercato non solo in uno spazio comune, ma libero<sup>5</sup>.

Sono previsioni come la libera circolazione (delle merci, dei servizi, dei capitali e dei lavoratori, artt. 48-73 del Trattato di Roma), su impulso europeo, che spingono le legislazioni nazionali e le connesse politiche a convergere verso il Mercato comune, il quale non sarebbe sopravvissuto senza tale coordinamento e omogeneità<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Sino alla garanzia di diritti fondamentali, per cui si veda L. Azzena, *L'integrazione attraverso i diritti*, Torino, 1998, 68 s.

<sup>4</sup> Con riferimento alla libertà di concorrenza si veda L. Mezzetti, *Costituzione economica e libertà? di concorrenza in Italia*, in L. Mezzetti (a cura di), *Costituzione economica e libertà? di concorrenza*, Torino, 1994, 193 s.

<sup>5</sup> G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, 1 ss.

<sup>6</sup> M. Maduro, *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, 1998, 150 s.

## 2. *Alle origini della “costituzione economica” dell’Ue*

Pensando al processo in corso di trasformazione della c.d. *governance* europea, c'è un dato che, più di altri, occorre segnalare: nella ricostruzione delle regole dell'economia nell'ordinamento europeo, tali regole non sono il risultato repentino di una, o più, crisi economiche, o singoli “casuali” processi di trasformazione, esse sono il risultato di un lungo andamento graduale di trasformazione che nei fatti, nelle prassi, più che a seguito delle disposizioni, si è realizzato, sin dalle prime disposizioni dei Trattati istitutivi e del diritto derivato.

In questo processo evolutivo il Trattato sull'Ue siglato a Maastricht il 7 febbraio 1992 sembra rappresentare una tappa centrale. È questa l'occasione per superare l'ambigua distinzione tra fini economici e fini politici dell'ordinamento europeo, aprendo le competenze dell'Unione, in particolare, ampliando la sfera delle politiche. Non è un caso, infatti, che dopo il Trattato di Maastricht si potesse affermare che la nozione di “costituzione economica” non fosse più enucleabile, solo, guardando le normative costituzionali degli Stati membri: la sovranità statale in materia economica aveva ormai perso la sua connotazione originaria, essendo l'assetto economico riferibile a un ambito europeo<sup>7</sup>. Maastricht da un canto continua l'azione iniziata con i Trattati istitutivi, ma dall'altro fonde irreversibilmente i destini economici degli Stati membri<sup>8</sup>.

Il Trattato sull'Ue non si limita a indirizzare e orientare i governi delle economie nazionali. Esso realizza una prima concreta struttura istituzionale e giuridica per un governo europeo dell'economia, in particolare, attraverso: un primo coordinamento delle politiche economiche e l'istituzione (seppur per fasi successive) di una moneta unica governata da una Banca centrale. Il tutto sullo sfondo di un sistema multilivello caratterizzato dal principio di sussidiarietà, per la prima volta espressamente menzionato e che sembra caratterizzare il riparto delle competenze. Tali innovazioni sembrano descrivere i primi evidenti sintomi di una “costituzione economica” europea che si inverte<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Cfr. T.E. Frosini, E.C. Raffiotta, *Stato costituzionale e governo dell'economia*, in *Rassegna parlamentare*, n. 4, 2014, 779 ss.

<sup>8</sup> J.H.H. Weiler, *L'Unione e gli Stati membri: competenze e sovranità*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, 12 s.

<sup>9</sup> Sulla più generale (e discussa) nozione di “costituzione europea” si rinvia a G. de Vergottini, *Costituzione europea*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Annali I, 2007, 445 ss.

L'unione monetaria si concretizza, come noto, attraverso l'attribuzione della politica monetaria alla competenza esclusiva della Comunità, la quale opera attraverso l'apparato istituzionale del Sistema europeo delle banche centrali (SEBC), governato dalla Banca centrale europea, organo dal "volto ambiguo", che ai sensi dell'art. 105 ha il primario obiettivo di assicurare "il mantenimento della stabilità dei prezzi" nonché "sostenere le politiche economiche generali della Comunità". La sottrazione della politica monetaria alla competenza degli Stati determina ovviamente una significativa limitazione della sovranità economica nazionale, facendo venir meno il potere di emettere moneta e definire il costo del denaro, escludendo dunque la possibilità di ricorrere all'inflazione, in alcuni casi del passato, strumento per sostenere l'economia nazionale<sup>10</sup>.

Per raggiungere tali obiettivi, e dunque sostenere la realizzazione della moneta unica e dell'economia comune, gli Stati a Maastricht decisero di integrare l'art. 121 del Trattato di Roma, convenendo e impegnandosi a rispettare alcuni vincoli che ancora oggi (vigenti) sono noti come, appunto, i parametri di Maastricht, limiti all'indebitamento degli Stati e, di conseguenza, di contenimento della spesa pubblica<sup>11</sup>. La moneta comune e l'economia europea devono apparire solide e non ostaggio del ricorso al debito (e di conseguenza dei mercati). Essendo le politiche economiche, fiscali e di bilancio, rimesse alla competenza esclusiva degli Stati, era indispensabile che tali competenze trovassero un freno in vincoli e parametri assai stringenti – all'interno dei quali già al momento della sigla, alcuni Stati (tra cui l'Italia) non rientravano – che comportavano l'ulteriore impegno ad adottare forti correzioni alla spesa e pertanto, più in generale, alle economie domestiche allora (come ora) eccessivamente onerose.

Tuttavia, anche se il Trattato sull'UE disegna una prima "costituzione economica", essa, però, in concreto, restò in buona parte inattuata, in un difficile equilibrio tra sovranità statale e compe-

<sup>10</sup> Più ampiamente E.C. Raffiotta, *Il volto ambiguo della banca centrale europea*, in A. Morrone (a cura di), *La Costituzione finanziaria*, Torino, 2015, 215 ss.

<sup>11</sup> Tra i vincoli basti ricordare: il limite al disavanzo pari o inferiore al 3% del prodotto interno lordo (a specifica del limite ai disavanzi pubblici eccessivi previsto dall'art. 104 C); il rapporto tra debito pubblico e PIL inferiore al 60%; un tasso di inflazione non superiore a 1,5 punti percentuali rispetto a quello medio dei tre Stati membri a più bassa inflazione; tassi d'interesse a lungo termine non superiori di oltre 2 punti percentuali rispetto alla media dei tre Stati membri a più bassa inflazione.

tenze comunitarie nonché, altresì, non secondariamente, in una faticosa armonia tra le esigenze politiche domestiche e il rispetto di regole economiche, con una particolare attenzione alle reazioni dei mercati economici globali<sup>12</sup>. In questo quadro pur completandosi il processo di costruzione della moneta unica, la mancanza di un “governo europeo” sembrava sempre più produrre un sistema “strabico” in cui la sovranità monetaria era scissa da quella economica, in cui le “leve” dell'economia restavano comunque nella piena disponibilità degli Stati.

Il mancato coordinamento tra Unione e Governi nazionali, nella definizione delle scelte politiche e di spesa, comportò presto l'incapacità da parte degli Stati di mantenere gli impegni assunti e rispettare i parametri di Maastricht – nel 1997 nelle more dell'entrata in vigore dell'euro, nuova valuta legale per la maggior parte dei Paesi membri<sup>13</sup> – veniva siglato il cosiddetto “Patto di stabilità e crescita” (PSC)<sup>14</sup> volto ad irrigidire e tentare di far applicare tali parametri. Patto, tuttavia, per molto tempo non rispettato e successivamente modificato (2005) per evitare l'attivazione di una procedura per *deficit* eccessivo nei confronti della Francia e della Germania<sup>15</sup>.

### 3. *L'occasione mancata: il Trattato di Lisbona*

La sopra descritta evoluzione dell'integrazione europea dimostra come già il Trattato sull'Ue avesse determinato un governo europeo dell'economia, talmente complesso da non poter non presupporre una “costituzione economica” europea<sup>16</sup>. Come altresì osservato, però, tale sistema ha fatto molta fatica a concretizzarsi perché incompleto. Le resistenze degli Stati non hanno consentito di completare il disegno istituzionale, assegnando all'Unione quella struttura democratica e, di conseguenza, attribuire alle sue Istitu-

<sup>12</sup> Cfr. C. Pinelli, *Cittadini responsabilità politica, mercati globali*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1997, 43 ss.

<sup>13</sup> In origine 11 Paesi su 15 componenti l'UE.

<sup>14</sup> Cfr. Risoluzione del Consiglio europeo relativa al Patto di stabilità e di crescita siglato ad Amsterdam il 16 e 17 giugno 1997, in *Gazzetta ufficiale* C 236 del 2 agosto 1997.

<sup>15</sup> Sul punto G. della Cananea, *La pseudo-riforma del patto di stabilità e crescita*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, 668 ss.

<sup>16</sup> G. di Plinio, *La Costituzione economica nel processo costituente europeo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, 1780 s.

zioni quelle competenze politiche (non solo economiche) per governare l'Europa, il suo mercato e la sua economia, nel contesto economico globale.

Dopo l'iniziale *impasse* derivante dalla mancata approvazione del "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa" nel 2004, il Trattato di Lisbona del 2007 ha sicuramente rappresentato un momento importante per superare lo stallo in cui era entrato il processo di integrazione europeo. Tuttavia, le resistenze e le opposizioni che hanno preceduto la sigla di tale Trattato hanno comportato innovazioni più formali, che sostanziali, alla generale struttura dell'UE, non superando definitivamente quelle criticità che da più parti erano state rilevate.

In tal senso, le regole del governo europeo dell'economia, o meglio, la loro inefficacia, descrivono un esempio emblematico. Anzitutto, va ribadito che Lisbona non altera, anzi conferma, quei principi e quelle regole sin qui descritti, già raggiunti in occasione dei Trattati Maastricht e Amsterdam e che possono essere definiti come la "costituzione economica" europea. Il Trattato di Lisbona, però, non rimedia a quelle criticità per cui non si era sino ad allora realizzato un reale governo europeo dell'economia, mancando una concreta integrazione politica.

Il sentore più forte è dato, in particolare, dal Titolo VIII del TFUE, il quale, nel prevedere la "politica economica" dell'Unione, conferma il già criticato modello accolto dal Trattato del '92: per cui, sostanzialmente, le politiche economiche restano nell'esclusiva competenza degli Stati membri. Già l'art. 120 dichiara che gli "Stati membri attuano la loro politica economica allo scopo di contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione". Le Istituzioni europee possono solo dare indirizzi tutt'altro che vincolanti, infatti, "il Consiglio, su raccomandazione della Commissione, elabora un progetto di indirizzi di massima per le politiche economiche degli Stati membri e dell'Unione". Resta dunque il già analizzato sistema "ibrido" per cui la moneta è solo formalmente e non anche sostanzialmente connessa all'economia nazionale/europea. Così come i vincoli di bilancio e di spesa sono lontani da un reale coordinamento e limitazione – come dimostrerà presto la crisi economico-finanziaria – restando in vigore il PSC – come riformato nel 2005 – a cui si aggiungono solo generali richiami come il divieto di "disavanzi pubblici eccessivi" (art. 126), in cui si inserisce, altresì, una

più dettagliata disciplina volta ad evitare che i debiti di uno Stato debbano essere sostenuti dall'Unione o dai Paesi membri (ad esempio l'art. 125 TFUE e clausola del “no bailout”).

#### 4. *Dal (tentato) governo dell'economia al (mancato) governo della crisi economico-finanziaria*

L'inadeguatezza del Trattato di Lisbona, più di altre considerazioni, è stata presto dimostrata, nei fatti, dall'incapacità di affrontare e superare la crisi economico-finanziaria, che, a partire dal 2007, si andava sempre più acuendo. Pare evidente come l'assenza di un governo europeo (non solo dell'economia), coordinato con quello degli Stati nazionali, abbia rappresentato l'ostacolo principale nel definire una strategia e un'azione (politica) volta ad arginare la crisi globale.

Come noto le origini della crisi – nel contesto economico globale – derivano dal fenomeno dei prestiti *subprime* ovvero tutte quelle aperture di credito eseguite all'interno del mercato finanziario degli Stati Uniti d'America, così denominati perché concessi a debitori privi di quelle garanzie usualmente richieste per: accendere un mutuo, assegnare una carta di credito, o qualsiasi altro strumento finanziario a credito. Tuttavia, all'apice di tale crisi pare esservi una responsabilità generale degli Stati conseguente all'incapacità (impossibilità) di interagire con un'economia globale che è divenuta, o, probabilmente, non è stata mai sotto controllo: dalla quale, però, gli stessi Stati hanno sempre più dipeso. Non è un caso, infatti, che immediatamente dopo l'accentuarsi della crisi bancaria si sia avverata la preannunciata crisi dei debiti degli Stati sovrani<sup>17</sup>. La naturale sfiducia sui mercati, derivata dalla crisi, ha, infatti, determinato una tendenziale difficoltà dei Governi nazionali a finanziare altra spesa pubblica, in particolare, tra i membri dell'Eurozona la crisi del debito ha interessato Grecia, Irlanda, Italia, Spagna e Portogallo, ma non solo, la difficoltà a reperire creditori sul mercato internazionale – e dunque collocare titoli di Stato a interessi ragionevoli – è stata comune a tutti Paesi con un alto indebitamento ed un contestuale basso livello del prodotto interno lordo. Di con-

---

<sup>17</sup> Già l'11 dicembre 2006 la Banca centrale europea nel periodico *Financial Stability Review*, considerava il sistema finanziario dell'area dell'euro potenzialmente vulnerabile. Si veda [www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2006/html/pr061211.en.html](http://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2006/html/pr061211.en.html).

sequenza, quella del fallimento dello Stato sovrano, che in passato era un'ipotesi poco frequente, ha rischiato di trasformarsi in una patologia diffusa anche tra i Paesi del "vecchio Continente"<sup>18</sup>.

Per rispondere alla crisi l'Unione e i Governi nazionali (in particolare quelli dell'Eurozona) hanno nell'emergenza avviato – nel minor tempo possibile – “meccanismi” di sostegno finanziario ai Paesi in difficoltà, in parte aggirando i summenzionati divieti di *bailout* previsti dal Trattato di Lisbona. Si ricordi: il *Greek loan facility*, nel 2010, immediatamente avviato per aiutare la Grecia; poi, quasi contestualmente (maggio 2010) l'*European Financial Stabilization Mechanism* (EFSM), che in particolare supportò le crisi di Irlanda e Portogallo. Ma ancora, nel giugno 2010, dunque a meno di un mese dall'EFSM, l'Ecofin assume la decisione di istituire l'*European Financial Stability Facility* (EFSF). Una vera e propria società di diritto privato con sede in Lussemburgo, costituita, per mezzo di un accordo intergovernativo, e garantita da impegni finanziari diretti degli Stati dell'area euro, con lo scopo di raccogliere fondi e fornire assistenza finanziaria agli stessi Stati nel quadro di un macro-economico programma di aggiustamento. A partire dal maggio 2010, da quando i meccanismi integrati di salvataggio sono stati istituiti per rispondere all'emergenza della crisi dei debiti sovrani, numerosi prestiti sono stati erogati, al fine di scongiurarne il possibile fallimento di alcuni Paesi. Il meccanismo è stato attivato: per la Grecia in più interventi con un sostegno complessivo di circa 300 miliardi di euro<sup>19</sup>; per l'Irlanda<sup>20</sup> nel novembre 2010, per un importo massimo di 22,5 miliardi di euro, e per il Portogallo, in nell'aprile 2011 per un massimo di 26 miliardi di euro<sup>21</sup>.

In tutti questi casi – non solo in quello della Grecia che sicuramente si distingue per l'ammontare del prestito – le decisioni, con cui vengono concessi gli aiuti finanziari agli Stati membri, definiscono nel dettaglio le condizioni, in altre parole, tutta una serie di

<sup>18</sup> Negli ultimi anni i fallimenti statali si sono verificati per lo più nel Continente sudamericano. Si veda lo studio su [www.economist.com/blogs/dailychart/2011/06/sovereign-defaults-and-gdp](http://www.economist.com/blogs/dailychart/2011/06/sovereign-defaults-and-gdp).

<sup>19</sup> Oltre ai 52,9 miliardi di euro erogati nel maggio 2010 dal *Greek loan facility*, il 14 marzo 2012, cfr. [www.ec.europa.eu/economy\\_finance/assistance\\_eu\\_ms/greek\\_loan\\_facility/index\\_en.htm](http://www.ec.europa.eu/economy_finance/assistance_eu_ms/greek_loan_facility/index_en.htm).

<sup>20</sup> Cfr. [www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/ecofin/117898.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/117898.pdf).

<sup>21</sup> Cfr. [www.europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-11-227\\_en.htm](http://www.europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-227_en.htm).

politiche economiche e vere e proprie riforme istituzionali, impegni sui quali – sino a quando il credito (con i relativi interessi) non verrà onorato – i Paesi debitori avranno assai limitati margini di intervento discrezionale<sup>22</sup>.

Come detto i summenzionati interventi di sostegno finanziario adottati immediatamente dopo l'acuirsi della crisi economico-finanziaria sono stati provvedimenti emergenziali e temporanei volti a rispondere all'emergenza (e per questo programmati per un'attività limitata nel tempo). La loro creazione del resto, come anticipato, risultava in parte stridente con le norme del Trattato di Lisbona che vietavano gli aiuti finanziari ai singoli Governi nazionali, se non nell'ipotesi di particolare emergenza (artt. 122-125 TFUE).

Per tale ragione il Consiglio (in data 17 dicembre 2010) ha stabilito la necessità di istituire un meccanismo di stabilità “permanente”. Poiché tale provvedimento è stato politicamente contestato da alcuni governi (in particolare va ricordata la forte opposizione del Regno Unito) si è deciso di prevedere tale meccanismo di sostegno finanziario operante per i soli Stati membri dell'Eurozona attraverso una modifica dell'art. 136 del Trattato di Lisbona<sup>23</sup>, la quale, pochi mesi dopo, è stata adottata con la decisione del Consiglio 2011/199/UE del 25 marzo 2011. A seguito di tale modifica oggi l'art. 136, par. 3, del TFUE dispone: “gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la solidità della zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria, necessaria nell'ambito del meccanismo, sarà soggetta ad una rigorosa condizionalità”. Conseguentemente i governi dell'area euro hanno proceduto nell'aprile 2011 a concludere il Trattato internazionale istitutivo dell'*European Stability Mechanism* (ESM): Ente molto simile al FMI per struttura e per funzioni, che progressivamente avrebbe sostituito i precedenti *EFSF* e *MESF* includendone molte delle funzioni.

##### 5. *I primi passi della nuova governance economica dell'Eurozona*

I fondi e i meccanismi di soccorso finanziario hanno rappresentato la prima e immediata reazione alla crisi economico-finanzia-

---

<sup>22</sup> Tempo non breve per Portogallo e Irlanda (12 anni e sei mesi), cfr., rispettivamente, decisioni (2011/683/UE) (2011/682/UE).

<sup>23</sup> Per mezzo della procedura semplificata prevista dall'art. 48, par. 6, TFUE.

ria. Tuttavia, tamponata l'“emorragia” dei debiti sovrani, pochi mesi dopo, al fine di favorire l'uscita dalla (perdurante) crisi dell'area euro, si è acquisita la consapevolezza che l'incompleto sistema – nel quale la politica monetaria restava separata da quella economico-finanziaria – non potesse rimanere il medesimo. Si avvia così un processo di riforma, risultato della volontà comune degli Stati dell'Eurozona, ma, va ricordato, su determinante spinta dei Governi tedesco e francese (in particolare, a partire dall'incontro bilaterale dell'estate 2011<sup>24</sup>), i quali hanno subordinato l'attivazione dei meccanismi di sostegno finanziario a una riforma generale della *governance* europea volta, anzitutto, a dare nuova efficacia ai vincoli di Maastricht.

La prima novità sembra individuabile nell'istituzione – nell'ottobre del 2011 – degli *Eurosummit*<sup>25</sup>. Si tratta dell'istituzionalizzazione della riunione semestrale tra i Capi di Stato e di Governo degli Stati membri della zona euro (con l'aggiunta del Presidente Consiglio europeo), nei quali, con cadenza periodica, vengono pianificate e coordinate le azioni volte a: migliorare la disciplina di bilancio, rafforzare la convergenza economica, definire gli orientamenti strategici sulle politiche economiche tra i Paesi della zona euro, anche, promuovendo la realizzazione di riforme strutturali atte a favorire la crescita economica. Per funzioni e fini l'*Eurosummit* sembra determinare un regime speciale del Consiglio, escludendo i Paesi non aderenti all'euro. Tuttavia, attraverso tali incontri, si concretizza l'auspicato e necessario coordinamento dell'azione economica tra gli Stati e l'Eurozona.

Tale primo rafforzamento nel coordinamento delle politiche, però, seppur necessario, non è parso sufficiente. Servivano, altresì, maggiori strumenti di vigilanza e nuovi vincoli all'indebitamento ed al potere di spesa statale. Tra tutte, in questa sede, si ricordi il c.d.

---

<sup>24</sup> Si veda le *Conference de presse conjointe de M. Le Président de la République et de Mme Angela Merkel Chancelière de la République Fédérale d'Allemagne, Palais de l'Élysée, Mardi 16 août 2011 in www.elysee.fr*. In particolare la concessione degli aiuti finanziari e del “fondo salva stati” sarebbe stata subordinata a nuovi limiti sui bilanci degli stati che successivamente sarebbero stati tradotti nel *Fiscal compact*.

<sup>25</sup> L'*Eurosummit* si afferma in un primo momento nella prassi: la necessità di un coordinamento era già emersa contestualmente all'acuirsi della crisi economica del 2008. Successivamente, viene istituzionalizzato e regolato nel Consiglio europeo del 23 ottobre 2011 (EUCO 52/11, par. I.7); verrà ulteriormente precisato e rafforzato attraverso la previsione della sua disciplina all'interno del cosiddetto *Fiscal compact* (art. 12).

“*six-pack*” (al quale è seguito il collegato *two-pack*)<sup>26</sup>. “Il pacchetto dei sei”: cinque regolamenti più una direttiva in materia economico-finanziaria. Tre regolamenti<sup>27</sup> modificano il Patto di stabilità e crescita<sup>28</sup>; gli altri due regolamenti<sup>29</sup>, invece, definiscono la nuova procedura di sorveglianza multilaterale; la direttiva infine fissa i requisiti e i criteri per i quadri di bilancio degli Stati membri<sup>30</sup>. Il “pacchetto legislativo” europeo, dunque, nel complesso incide sensibilmente sulla *governance* economica, consentendo un netto rafforzamento della sorveglianza e del coordinamento, necessari per garantire la sostenibilità delle finanze pubbliche ed evitare l’accumulo di squilibri eccessivi tra le economie nazionali e di conseguenza nell’Eurozona.

All’interno di tale strategia, finalizzato al coordinamento delle politiche economiche, va menzionato altresì il Patto *Euro Plus*<sup>31</sup>. Adottato con una dichiarazione dei Capi di Stato e di Governo l’11 marzo 2011, il “patto” impegna – oltre agli Stati dell’area euro, Bulgaria, Danimarca, Lettonia, Lituania, Polonia e Romania – a: “consolidare il pilastro economico dell’unione monetaria, fare un salto di qualità nel coordinamento delle politiche economiche, migliorare la competitività e, quindi, aumentare il livello di convergenza”. La vera novità del Patto è data dalle materie oggetto dell’accordo, le quali rientrano nella sfera di competenza degli Stati membri. Infatti, gli Stati partecipanti si sono impegnati ad adottare tutte le misure necessarie per realizzare l’obiettivo di: stimolare la competitività; favorire l’occupazione; concorrere ulteriormente alla sostenibilità delle finanze pubbliche; rafforzare la stabilità finanziaria; anche at-

---

<sup>26</sup> Per una dettagliata ricostruzione si veda A. Viterbo, R. Cisotta, *La crisi della Grecia, l’attacco speculativo all’euro e le risposte dell’Ue*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2010, 961 ss.

<sup>27</sup> Regolamenti (UE): n. 1175/2011 del 16 novembre 2011; n. 1177/2011 dell’8 novembre 2011; n. 1173/2011 del 16 novembre 2011.

<sup>28</sup> Come noto disciplinata dai Regolamenti (CE) n. 1466/97 e n. 1467/97 che pertanto vengono nuovamente (dopo il 2005) modificati.

<sup>29</sup> Regolamenti (UE): n. 1174/2011 del 16 novembre 2011 sulle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi nell’area euro; n. 1176/2011 del 16 novembre 2011 sulla prevenzione e a correzione degli squilibri macroeconomici.

<sup>30</sup> Direttiva 2011/85/UE del Consiglio dell’8 novembre 2011, relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri, GUUE L 306 del 23 novembre 2011.

<sup>31</sup> Consultabile su [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/presdata/it/ec/120304.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/presdata/it/ec/120304.pdf).

traverso l'obbligo annuale per ciascun capo di Stato o di governo di definire e assumere impegni concreti per il proprio Paese da raggiungere in ciascun ambito economico.

La frammentaria e, a tratti, disordinata riforma della *governance* economica europea, sin qui ricostruita, ha senza dubbio interessato quasi tutti i settori del governo europeo dell'economia con risvolti concreti sul governo delle economie nazionali. Ma la veste giuridica di tali innovazioni non sembrava consentire un'efficace recepimento all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali, visto che molte di queste discipline – più che in passato – insistevano sui principi di molte Costituzioni economiche<sup>32</sup>.

È così che il 2 marzo 2012 si è giunti alla sottoscrizione del “Trattato sulla stabilità, coordinamento e governance nell'unione economica e monetaria” (TSCG), meglio noto come *Fiscal compact*<sup>33</sup>. Il Trattato è stato firmato da 26 Paesi dell'UE, dunque, tutti, meno il Regno Unito e la Repubblica ceca, da sempre restii a interventi che possano limitare ulteriormente la loro sovranità<sup>34</sup>. Il TSCG ha comunque suscitato – almeno in parte dell'Accademia<sup>35</sup> – dubbi sulla sua compatibilità con gli ordinamenti costituzionali nazionali, poiché in concreto ha imposto stringenti vincoli sotto tutti i fronti della politica economica e di bilancio degli Stati firmatari, impegnando gli Stati ad adottare riforme, in alcuni casi, strutturali, anche di rango costituzionale. Tuttavia, il *Fiscal compact* non assume la veste di riforma definitiva della *governance* economica europea, piuttosto, rappresenta un accordo che segna una trasformazione dei rapporti in materia economico-finanziaria tra gli Stati e l'Ue (o meglio parte di essa), imponendo riforme interne agli ordinamenti nazionali, ma non risolve definitivamente il problema del governo europeo dell'economia, ovvero non attribuisce all'Unione o, quanto meno all'Eurozona, competenze economiche<sup>36</sup>. Le leve dell'economia, infatti, restano sempre nelle mani degli Stati, tuttavia, è inne-

<sup>32</sup> Basti pensare ai vincoli di spesa e di bilancio.

<sup>33</sup> Approvato l'8-9 dicembre 2011.

<sup>34</sup> L'art. 1 c. 2 specifica “il presente trattato si applica integralmente alle parti contraenti la cui moneta è l'euro. Esso si applica anche alle altre parti contraenti nella misura e alle condizioni previste all'articolo 14”.

<sup>35</sup> Per tutti G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi*, Napoli, 2012, 114 ss.

<sup>36</sup> P. Bilancia, *La nuova governance dell'Eurozona e i “riflessi” sugli ordinamenti nazionali*, su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 5 dicembre 2012.

gabile il salto in avanti che il Trattato compie nella direzione dell'Unione politica.

Tra le altre, la previsione principale del Trattato è quella, appunto, del “patto di bilancio”. Tale accordo può essere letto come la rivalutazione, con nuova e maggiore forza di alcuni dei vincoli imposti dal diritto europeo con il PSC, ma che non avevano alcun aggancio costituzionale negli ordinamenti nazionali (salvo le riforme costituzionali tedesche del 2006 e del 2009). Il Patto, infatti, impone a ciascuno Stato (contraente) di mantenere il bilancio della propria pubblica amministrazione in pareggio o in avanzo (art. 3 p. 1 l. a). Tale impegno rappresenta un ulteriore vincolo per lo Stato (dall'interno) al rispetto dei parametri europei. Infatti, la stessa disposizione (art. 3 p. 2) specifica che “le regole enunciate al paragrafo 1 producono effetti sul diritto nazionale delle parti contraenti al più tardi un anno dopo l'entrata in vigore del presente trattato tramite disposizioni vincolanti e di natura permanente – preferibilmente costituzionale – o il cui rispetto fedele sia in altro modo rigorosamente garantito lungo tutto il corso del processo nazionale di bilancio”. Dunque, impongono agli Stati, non solo – come in passato – di rispettare tali vincoli, perché derivanti dal diritto europeo, bensì di farli propri – possibilmente – costituzionalizzandoli.

Il TSGC, però, non si preoccupa solo di arginare per il futuro eccessivi disavanzi, o assicurare un ricorso al debito sostenibile, per ciascuna economia nazionale. Tale accordo – e in questo senso si può leggere una diretta connessione con la disciplina del c.d. “fondo salva Stati” – prevede procedure di riduzione del *deficit* e rientro dal debito (immediatamente efficaci). In tal senso, il Trattato, richiamando espressamente il PSC – come aggiornato dal *six pack* – impone agli Stati – il cui rapporto tra il debito pubblico e il prodotto interno lordo superi il valore di riferimento del 60% – una riduzione a “ritmo medio di un ventesimo all'anno” (art. 4).

Al di là dei limiti però, in positivo, il *fiscal compact* conferma il tentativo di avviare un governo europeo dell'economia (pur a TUE e TFUE invariati): sembra confermarlo la lettura dei Titoli IV<sup>37</sup> e V<sup>38</sup> dedicati espressamente a tal fine. Se il primo, dei due Titoli, di-

---

<sup>37</sup> “Coordinamento delle politiche economiche e convergenza”, articoli artt. 9-11.

<sup>38</sup> “Governance della zona euro”, artt. 12 e 13.

sponde generiche dichiarazioni di coordinamento delle politiche economiche nazionali ed europee, il secondo, istituzionalizza – e, quindi, conferisce nuovo valore giuridico – i già ricordati *Eurosummit*, così individuando la sede formale nella quale, a cadenze periodiche (non meno di due volte all'anno), i Capi di Stato o di governo (della Eurozona), il Presidente della Commissione europea e il Presidente della BCE, coordinano e definiscono la “*governance* nell’Unione economica e monetaria”.

#### 6. *Per un governo dell'economia dell'Unione europea*

Pur valutando nel complesso positivamente i passi avanti nella riforma della *governance* economica europea, è chiaro che tali riforme non sono state sufficienti. Al di là di qualsiasi giudizio di merito, l'inefficacia delle riforme sin qui descritte pare dimostrata dalle più recenti vicende che hanno in particolare interessato la Grecia (che nel mese di luglio 2015 ha rischiato il definitivo *default*)<sup>39</sup>. Una crisi che ovviamente non riguarda solo il popolo ellenico e la sua economia, invero, mettendo in dubbio il futuro della stessa Ue, oltre che dell'Eurozona più direttamente coinvolta.

Come avvertito, tutte le riforme adottate erano necessarie, però, è mancata quella preliminare, fondamentale e ovviamente più complessa, come detto: la necessità di dotare l'Ue – o quanto meno l'Eurozona – di competenze politiche, non solo economiche.

Al momento l'Europa non dispone di – generali e incisive – politiche economiche comuni: il sopra descritto coordinamento europeo dell'economia risulta fortemente limitato dalle politiche dei singoli Stati, le quali sono solo indirizzate dai vincoli al debito e alla spesa nazionale. Ciò – pur avendo rappresentato un passo avanti – ha mantenuto un sistema irrazionale, non solo, in alcuni casi, per le sostanziali differenze e le potenzialità di sviluppo tra uno Stato e l'altro, ma, soprattutto, perché, spesso, le singole economie nazionali si trovano, tra loro, in una “controproducente” competizione. In tal senso emblematico esempio è la frequenza con cui le imprese trasferiscono le proprie sedi da uno Stato membro all'altro, alla ricerca – quando va bene – di un miglior regime fiscale, o di un minore costo del lavoro.

<sup>39</sup> <http://www.ilpost.it/2015/07/01/situazione-grecia/>.

Certo, si potrà dire che la situazione generale dell'Eurozona sia migliorata, e che dunque sia per gran parte responsabilità della Grecia, se il Paese non abbia superato le difficoltà economico-finanziarie. Questa affermazione, però, sembra risultare solo in parte corretta. Senz'altro la Grecia, ha la responsabilità diretta di non aver realizzato buona parte delle riforme necessarie per ridurre le inefficienze causa dell'elevata spesa e debito pubblico. Del resto, non a caso, gli altri Paesi che hanno avuto accesso ai meccanismi di sostegno finanziario (Irlanda, Portogallo, Spagna), sono riusciti a portare molte delle riforme e dunque a superare il particolare stato di difficoltà (anche se indubbiamente le condizioni di partenza della Grecia in termini di rapporto *deficit/pil*, non erano paragonabili a quelle di nessun altro Paese dell'Eurozona). Tuttavia, è altrettanto vero che la responsabilità è anche, forse, soprattutto, dell'Ue, o meglio, degli Stati membri, in particolare quelli dell'Eurozona. Se, infatti, la situazione generale di stabilità economico finanziaria (ovviamente Grecia esclusa) è sensibilmente migliorata, tale esito sembra essere solo in piccola parte merito delle riforme adottate dall'Unione e dai Parlamenti nazionali, essendo piuttosto in gran parte dovuta alle misure decise ed assunte in questi anni – specialmente negli ultimi mesi – dalla Banca centrale europea. Come noto all'apice della crisi – per evitare il fallimento di molti paesi dell'Eurozona – parallelamente ai summenzionati fondi di sostegno, la Bce ha adottato una serie di misure molto incisive per allentare la pressione finanziaria. Dalla riduzione del tasso di riferimento dell'euro – nel 2007, all'inizio della crisi, pari al 3,75 per cento, è sempre più gradualmente sceso sino a rasentare lo 0, o meglio lo 0,05 per cento, fissato nell'ultima decisione del 4 settembre 2014 – sino alle più incisive misure di “allentamento monetario” (c.d. *quantitative easing*), volte ad iniettare liquidità.

Seppur con misure limitate nell'ammontare e nel tempo, come noto, la Banca centrale è intervenuta già in passato in soccorso delle economie nazionali e della moneta unica. Risale al maggio 2011 il primo piano di acquisti “indiretto” di titoli di Stato delle economie nazionali a rischio insolvenza (stressati dalla speculazione finanziaria) denominato *long term refinancing operation* (Ltro). Tale programma è stato definito “indiretto”, perché realizzato attraverso un prestito alle banche richiedenti di media durata (3 anni), attraverso il quale la Bce ha rilevato dagli istituti di credito nazionali i titoli di

Stato di scarso o, di fatto, di nessun valore (come quelli in passato emessi dalla Grecia).

A tale primo “indiretto” sostegno finanziario, successivamente, è seguita la decisione della Bce – del 6 settembre 2012 – di assistere direttamente i debiti sovrani in crisi attraverso l'*outright monetary transactions* (Omt). Un programma di acquisto diretto da parte dell'Istituto di Francoforte di titoli di Stato a breve termine, emessi sul mercato secondario, volti a sorreggere i Paesi in difficoltà macroeconomica grave e conclamata. Come noto tale programma è stato oggetto della decisione del *Bundesverfassungsgericht* (BverfG, 2BvR 2728/13) con la quale si è richiesto alla Corte di giustizia di verificare la compatibilità di tale decisione della Bce, in particolare, con gli artt. 119, 123, 125, 127 del Tfu. Seppur i titoli siano acquistati sul mercato secondario, tale competenza, è stata assunta dalla stessa Bce in via interpretativa, non essendo esplicitamente prevista dai Trattati, anzi, sembrerebbe violare il c.d. divieto di *bailout* espresso come principio generale, in particolare, all'interno dell'art. 123 Tfu.

Tuttavia il 22 gennaio 2015<sup>40</sup> il Governatore Draghi ha comunque avviato un nuovo piano dai numeri impressionanti se si considera che la sua conclusione è prevista per settembre 2016. Acquisti, dunque, duraturi e sistematici, che giungono a conclusione di un lungo periodo di interventi di politica monetaria, volti sempre più gradualmente a sostenere l'economia dell'Eurozona, in particolare, dall'inizio del mandato di Mario Draghi, passo dopo passo, estendendo in via interpretativa le competenze delineate dai Trattati e dallo statuto della Bce<sup>41</sup>.

Tuttavia, nonostante il particolare rilievo assunto dalle misure, nessuna economia, né nazionale, né tantomeno quella europea, può riprendersi solo con interventi finanziari “artificiali” come quelli della Bce, senza, contestualmente, l'avvio di riforme strutturali e, nel caso dell'Eurozona, comuni, nei settori nevralgici dell'economia, come negli esempi già menzionati, nel mercato del lavoro o in quello fiscale. Queste competenze non possono più restare ancora nella piena e totale determinazione dei singoli Paesi (semplicemente

---

<sup>40</sup> Pochi mesi dopo, 16 giugno 2015, C-62/14, sarebbe giunto anche l'avvallo della Corte di giustizia.

<sup>41</sup> Cfr. E.C. Raffiotta, *Il volto ambiguo della banca centrale europea*, in A. Morone (a cura di), *La Costituzione finanziaria*, cit.

coordinate all'interno degli *Eurosummit*). Piuttosto gli Stati, se non quelli dell'Ue, quelli dell'Eurozona, dovranno al più presto porre rimedio, cedendo parte della loro sovranità in favore di un governo europeo dell'economia. È questa la strada segnata e inevitabile, in caso contrario, l'unica alternativa possibile sembrerebbe – purtroppo non più ipotetica – il fallimento del progetto eurounitario.

### *Abstract*

The economic and financial crisis has hit Europe some years ago, but its impact on the slow development of national economies and, consequently, of the European Union, do not appear to be overcome yet. This is shown, especially by the repeated interventions of financial support from the European Central Bank: monetary policy measures, that are not attended by common political reforms. This paper analyzes how this situation is a result from the failure to establish a full European government of policies (not only) economic, from which, in general, seems to depend on the future of the European project.

Ormai molti anni sono trascorsi dall'apice della crisi economico-finanziaria che ha investito l'Europa, eppure le sue ripercussioni sul lento sviluppo delle economie nazionali e, di conseguenza, di quella dell'Unione europea, non sembrano ancora essere superate. Tra i molti sentori lo dimostrano, soprattutto, i ripetuti interventi di sostegno finanziario della Banca centrale europea: misure di politica monetaria, non accompagnate però da riforme politiche comuni. Il presente scritto intende enfatizzare come tale condizione scaturisca dalla mancata istituzione di un pieno governo europeo delle politiche (non solo) economiche, dal quale, più in generale, pare dipendere il futuro stesso del progetto eurounitario.



ENRIQUE DE MIGUEL CANUTO

## ESPACIO COMPETENCIAL PARA LA ACTUACION DEL BANCO CENTRAL EUROPEO

SOMMARIO: 1. Introducción temática. – 2. Sistema de gobierno. – 3. Secuenciación procesal. – 4. Efectos prejudiciales. – 5. *Prohibition of monetary financing*. – 6. Competencia monetaria. – 7. Competencias cambiarias. – 8. Medida monetaria. – 9. Programas de ajuste. – 10. Análisis motivado. – 11. Adecuación de la medida. – 12. Medida proporcionada.

### 1. *Introducción temática*

La actual crisis que afecta a las instituciones europeas, enmarcada en el interrogante acerca de cuál es el horizonte político social y económico de los europeos, también atañe a determinadas actuaciones del B.C.E. cuyo fundamento competencial ha sido puesto en cuestión.

La unicidad de la moneda con pluralidad de organizaciones económicas supone una solución monetarista del gobierno de la economía que invierte el orden lógico porque el cuidado de la unidad de medida precede al cuidado del objeto medido: la dinámica de la economía real.

La unidad monetaria hasta el presente no ha dado los frutos que de ella se esperaban, y su principal responsable en el nivel político, el B.C.E., se ha visto interrogado desde el punto de vista jurídico acerca de si su actuación se ha desenvuelto dentro de los márgenes señalados por los Tratados.

La ausencia de competencia sustentadora de la actuación de esta institución, caso de ser constatada, no solo privaría de su primacía a las actuaciones a que es inherente sino que implicaría un vicio de validez de la propia actuación.

El presente estudio se propone profundizar en las competencias propias del B.C.E. para poder analizar si sus actuaciones se han movido dentro de su esfera competencia y ello poniendo en el cen-

tro de nuestro análisis las precisiones efectuadas por el Tribunal de la Unión.

La instauración del B.C.E. no es solo el fruto de una transferencia de competencias sino también el de una renuncia a las competencias. No es solo un proceso de transferencia sino también de desestructuración financiera de los Estados implicados. De la autarquía a la dependencia.

## 2. *Sistema de gobierno*

Como primer paso debe reseñarse lo esencial del sistema de gobierno de la Política monetaria en la Unión, donde encontramos el Sistema europeo de Bancos centrales, el Euro-sistema y, como núcleo, el B.C.E.

El Euro-sistema está formado por el Banco central europeo y solamente los Bancos centrales de los Estados de la Euro-zona. El Sistema europeo de Bancos centrales (S.E.B.C.) está formado por el Banco central europeo y los Bancos centrales de todos los Estados de la Unión.

El conjunto de Estados se integra y actúa pues solo conforme a las reglas de un mercado único (Unión económica). Un subconjunto forman la Unión monetaria<sup>1</sup>, los Estados que tienen la misma moneda. Además encontramos los Estados que forman parte del Mecanismo de tipo de cambio, MTC II del Sistema monetario europeo, que son como una propedéutica del euro. Diversidad de reglas propician actuaciones diversas.

En la actualidad en la Unión europea se produce la paradoja de que la Política económica, que nuclearmente está al servicio de la Política de moneda única, es configurada con la participación de Estados cuya política monetaria es distinta y cuya Política económica estatal en consecuencia tampoco puede en ningún caso ser la misma.

Desde las nociones de la teoría económica, en la Unión monetaria se considera que el euro funciona como una economía abierta con tipo de cambio fijo *ad intra*, entre los Estados de la Euro-zona y como una moneda con tipo de cambio flexible *ad extra*, en relación con el resto del mundo. El Tratado distinguirá, en armonía con

---

<sup>1</sup> C. Tamarit Escalona y M.A. Camarero Olivas, “La Unión monetaria europea”, en *Economía de la Unión europea* (Jordán Galduf coord.), Madrid, 2013.

ello, entre Política monetaria y Política cambiaria, como después veremos.

### 3. *Secuenciación procesal*

El *Bundesverfassungsgericht* (BVG) eleva cuestión prejudicial ante el Tribunal de la Unión<sup>2</sup> contra el acto del Consejo de Gobierno del Banco Central europeo de 5 y 6 de septiembre de 2012 que aprueba un programa a realizar de operaciones monetarias de compra (O.M.T.) en el mercado secundario, de deuda soberana de los Estados de la Euro-zona, que estén cumpliendo con un programa de ajuste macro-económico dependiente del M.E.D.E.<sup>3</sup>.

El caso *Gauweiler* encuentra su génesis en que ante el Tribunal constitucional fue presentado un recurso de inconstitucionalidad contra el acto del B.C.E. y un conflicto constitucional de competencias en relación con dicho acto que implicaba al Bundestag y al propio Gobierno alemán.

El Tribunal constitucional eleva cuestión prejudicial de validez respecto al Acto del Consejo de Gobierno del Banco Central europeo de 2012 y, subsidiariamente, una cuestión prejudicial interpretativa de las funciones (art. 127 de T.F.U.E.) y las operaciones propias de la Política monetaria (art. 17 a 24 de los Estatutos) del Banco Central en el Tratado.

En esta ocasión – frente a ocasiones anteriores en que el BVG efectuó por su cuenta el contraste entre un acto del Derecho de la Unión y la Constitución alemana – por vez primera, el Tribunal constitucional alemán plantea cuestión prejudicial<sup>4</sup> ante el Tribunal de la Unión antes de resolver, preguntando por la validez del acto del B.C.E. y la interpretación de los Tratados.

Desde el canon constitucional, El BVG entiende, como desarrolla en el caso *Maastricht*<sup>5</sup>, en sentencia de 12 de octubre de 1993,

<sup>2</sup> Sentencia del T.J.U.E. de 16 de junio de 2015, caso *Gauweiler*, causa C-62/14.

<sup>3</sup> *Ut infra*.

<sup>4</sup> G. de Vergottini, “El diálogo entre tribunales”, *Teoría y realidad constitucional* n.º 28, 2011, y *Más allá del diálogo entre tribunales: comparación y relación entre jurisdicciones*, Madrid, 2011; P.J. Tenorio Sanchez, “Tribunal constitucional y cuestión prejudicial ante el T.J.U.E.”, *La Ley* n. 7520, 2010 y “Diálogo entre tribunales y protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo”, *Rev. Gen. Der. Eur.* n. 31, 2013.

<sup>5</sup> En *Rev. Inst. Eur.* n. 3, 1993, 975.

que es competente para decidir sobre la aplicabilidad en Alemania de las disposiciones comunitarias. En el origen de esta posición está la *Ewigkeitsgarantie*, en que subyace la voluntad de evitar que el orden constitucional sea suprimido en su sustancia. Si el acto de la Unión excede de las competencias atribuidas con base en la Ley Fundamental de Bonn, entonces su primacía queda sin fundamento. En cuanto exceda de las competencias atribuidas con base en la Constitución el acto resulta contrario a la Constitución.

La pregunta en el caso *Gauweiler* tiene como centro la competencia del B.C.E. y razona que si el B.C.E. se hubiera excedido de sus competencias (*ultra vires*) entonces, a la luz de la Ley Fundamental de Bonn, se produciría el desconocimiento del principio democrático, vulnerándose la identidad constitucional alemana, por lo que el Tribunal alemán debería estimar los recursos presentados ante él.

#### 4. *Efectos prejudiciales*

De contrario se argumentó que el Tribunal de la Unión no puede examinar una petición prejudicial en que el juez remitente no reconocería un valor definitivo y vinculante a la respuesta que el Tribunal pueda dar, como ocurre en este caso en que el juez remitente, el BVG, considera que es a él a quien le corresponde la responsabilidad última de pronunciarse sobre la validez del acto de la Unión, teniendo en cuenta las condiciones y los límites que establece la Constitución alemana.

Si bien es cierto que, en su sentencia *Kleinwort Benson*, el Tribunal de la Unión se había declarado incompetente para pronunciarse cuando el juez remitente formule una pregunta cuya respuesta tenga un efecto meramente consultivo (ap. n° 12) las circunstancias del caso *Gauweiler* son diferentes, ya que la petición se refiere a la interpretación y a la aplicación del Derecho de la Unión, como lo es un acto del B.C.E., lo que implica que la sentencia tiene consecuencias concretas para la solución del proceso ante el Tribunal constitucional.

La cuestión prejudicial instaura un procedimiento de cooperación directa entre el Tribunal de la Unión y los tribunales nacionales. Este procedimiento está basado en una clara separación de las funciones entre el uno y los otros. Es competencia del juez nacional

toda apreciación de los hechos del caso, apreciar la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia y apreciar la pertinencia de las cuestiones que son planteadas. Mientras que el Tribunal de la Unión solamente está habilitado para pronunciarse sobre la interpretación o la validez de una norma de la Unión a partir de los hechos que le proporcione el juez nacional.

Ahora bien, la realidad es que la primacía del Derecho de la Unión, si es señalado como el aplicable, en cuanto desplaza a la norma interna contraria a él, lleva a que el pronunciamiento comunitario ocupe un lugar clave en el proceso. De manera que el juego de los hechos y su calificación a la postre resultará consecencial al pronunciamiento del Tribunal de la Unión y no al revés.

Según reiterada jurisprudencia – rubrica el Tribunal – una sentencia dictada con carácter prejudicial por el Tribunal de la Unión produce un efecto vinculante sobre el juez nacional para la solución del proceso principal, en cuanto a la validez o la interpretación de los actos de las instituciones de la Unión de que se trate<sup>6</sup>, en este caso del Banco Central que es una de esas instituciones. Una sentencia sin efectos vinculantes no supondría ejercicio de potestad jurisdiccional.

Si bien el Tribunal constitucional alemán se reserva la última palabra sobre la aplicación en Alemania de los actos de la Unión, como férreo guardián de la Constitución, hasta la fecha en ningún momento ha negado el carácter vinculante de un pronunciamiento prejudicial del Tribunal de la Unión.

##### 5. *Prohibition of monetary financing*

Uno de los motivos de impugnación elevados por el Tribunal constitucional, en la cuestión prejudicial, consiste en la pregunta por la vulneración de la prohibición de asistencia financiera del B.C.E. a los Estados miembros, recogida en el conocido artículo 123 del T.F.U.E., según el cual el Banco central no puede conceder crédito, ni efectuar una “adquisición directa” de instrumentos de deuda a los Gobiernos nacionales.

---

<sup>6</sup> Sentencia del T.J.U.E. del caso Fazenda Pública, causa C-446/98, EU:C:2000:691, ap. n° 49, y sentencia del caso Elchinov, causa C-173/09, EU:C:2010:581, ap. n° 29.

El acto impugnado es un programa para la adquisición en el mercado secundario de deuda pública de Estados miembros, sin límite de volumen, sin particulares exigencias de calidad, sin dejar pasar un tiempo desde la emisión, pudiendo mantener la deuda hasta su vencimiento y aceptando el comprador ser equiparado a un tenedor privado.

Cabría pensar que la prohibición de asistencia financiera como tal no es una exigencia inherente a la moneda única porque la unicidad de la moneda no prejuzga las reglas sobre asistencia entre los Estados que la emplean, pero la realidad es que si los Estados que unifican su moneda descuidan su Política financiera entonces el devenir de sus variables macro-económicas puede hacer inviable el mantenimiento de la comunidad monetaria.

Ante la prohibición del artículo 123 del Tratado se halla el artículo 18 de los Estatutos del Banco central, según el cual, el B.C.E. y los Bancos centrales de la Eurozona pueden efectuar operaciones de mercado abierto, comprando y vendiendo valores y otros instrumentos de deuda negociables, sea en euros sea en otras monedas, en los mercados financieros. ¿Cuál es pues el campo de juego que tiene el Banco central?

Por una parte, el objetivo de la prohibición de asistencia financiera, según se deduce de sus antecedentes normativos, es incitar a los Estados a una Política presupuestaria sana, con evitación de déficits excesivos y evitación de un endeudamiento excesivo, lo que, por lo demás, está en la lógica de las exigencias de una moneda única.

El Tribunal subraya que el programa solo prevé la adquisición de bonos en la medida necesaria para salvaguardar el Mecanismo de transmisión de la Política monetaria y la unidad de la Política monetaria y que las adquisiciones finalizarán tan pronto como sean alcanzados estos objetivos. Señala también que la adopción y aplicación del programa no dan pie a una Política presupuestaria que pueda prescindir de que el Estado está desprotegido ante las consecuencias de los desequilibrios macro-económicos y que, en caso de déficit, deberá buscar financiación en los mercados.

Argumenta el Tribunal que la condición del respeto a los programas de ajuste estructural por los Estados beneficiarios excluye que el anuncio de compra incite a renunciar a sanear las finanzas. Porque el requisito no es solamente que esté en curso un programa

de ajuste estructural sino que, además, el Estado esté cumpliendo con el programa de ajuste.

El Tribunal también argumenta que la previsión de adquisición en el mercado secundario supone, por su propia dinámica, excluir a los Estados cuya situación financiera sea de tal deterioro que no puedan obtener financiación en el mercado. No hay habilitación para comprar bonos a extramuros del mercado financiero.

Para evitar, por otra parte, que la intervención del BCE pueda producir un efecto equivalente a la adquisición de deuda pública en el mercado primario están previstas concretas garantías, como lo son la previsión de respetar un plazo mínimo entre la emisión del título en el mercado primario y su recompra en el mercado secundario y la previsión de evitar anunciar por adelantado la decisión de proceder a las compras de títulos. Así se desprende de los proyectos de decisión y directrices aportados al proceso junto a las explicaciones dadas en el desarrollo del mismo.

Por último, el riesgo de que se puedan producir pérdidas para el Banco central en relación a la deuda, esgrimido por los recurrentes, no pone en cuestión las garantías y razones enunciadas, en primer lugar, porque las garantías para evitar una actuación contraria a una Política presupuestaria sana a su vez son también garantías para evitar el riesgo de pérdidas, segundo, porque el Estatuto del Banco prevé reglas para el reparto de las pérdidas, y no lo subordina a la limitación de la asunción de riesgos, y, tercero, porque la ausencia de privilegios en el cobro a favor del Banco es la condición ordinaria de los operadores en el mercado.

No se produce pues colisión con la prohibición de asistencia financiera o prohibición de financiación monetaria del artículo 123 del T.F.U.E. en la compra de deuda pública en el mercado secundario en las condiciones programadas.

## 6. *Competencias monetarias*

En la metodología seguida por el Tribunal de la Unión podemos señalar tres pasos o niveles en el análisis de la validez del acto. La constatación de la concurrencia de competencia pertenece al primer nivel del análisis. El segundo, más estrecho, si la medida en cuestión es o no monetaria. El tercero, consiste en el examen de la proporcionalidad de la medida.

Los recurrentes argumentan que si el acto impugnado excediera de la competencia atribuida al Banco Central europeo entonces esa actuación ultra-competencial (*ultra vires*) estaría usurpando la competencia a los Estados miembros, a quienes corresponde la competencia residual según el Tratado.

Las competencias siguen el principio de atribución. La Unión tiene competencia exclusiva sobre la Política monetaria de los Estados cuya moneda es el euro. Los Estados cuya moneda es otra mantienen sus competencias en el ámbito monetario (art. 282). La dirección de la Política monetaria corresponde al B.C.E. y los Bancos centrales de los Estados integrados en el Euro-sistema.

El Tratado distingue entre Política monetaria y Política económica y no da una definición de qué entiende exactamente por Política monetaria. Además, como después veremos, deslinda la Política monetaria de la Política cambiaria. El Tratado lo que enuncia son los objetivos de la Política monetaria y los medios para su ejecución.

Mantener la *estabilidad de precios*, esto es, combatir la inflación, es el objetivo principal de la Política monetaria<sup>7</sup>. Sin desconocer que, como ha indicado el profesor Blanchard<sup>8</sup>, la tasa de inflación no puede ser controlada directamente por el Banco central. Lo que nos sitúa en la toma de conciencia del alcance limitado de sus decisiones<sup>9</sup>.

El objetivo secundario de la política monetaria es apoyar las *Políticas económicas generales* de la Unión. Se interpreta que tales son, básicamente, las dirigidas a la evitación del déficit excesivo, la evitación de la deuda excesiva, la supervisión multilateral – que tiene como centro los programas de estabilidad – y, podemos añadir, los programas de ajuste macro-económico.

El Reglamento 1.024/2013, recientemente, ha atribuido al B.C.E. competencias en materia de supervisión prudencial de las entidades de crédito, tanto en el nivel micro-prudencial como en el

---

<sup>7</sup> La inestabilidad de la actividad económica real es respondida con medidas monetarias, lo que supone que no se corrigen los defectos de la actividad económica real con medidas inmanentes a ella, sino que solo se modifican los factores con influencia en su medición monetaria.

<sup>8</sup> O. Blanchard, *Macroeconomía*, 2012.

<sup>9</sup> Desde hace años me pregunto si la tesis de que la inflación es un fenómeno monetario no es ejemplo de un clamoroso hacer supuesto de la cuestión, una tesis que prejuzga el tratamiento antes de clarificar hasta el final la cuestión.

nivel macro-prudencial o sistémico<sup>10</sup>, lo que suscita la intuición de que su ejercicio pueda ser un complemento que añada elementos de juicio para el ejercicio de las tareas propias de la Política monetaria, atendido que el Mecanismo de transmisión de la Política monetaria se sustenta, en buena medida, en la intermediación bancaria.

Por su parte, la Política económica se sustenta en el principio basilar de una economía de mercado abierta en libre competencia de las empresas, que tiene como principios informadores los precios estables, balanzas de pagos estables, Finanzas públicas sólidas e incluso moneda sólida.

En sede competencial se enuncia que los Estados coordinaran sus Políticas económicas en el seno de la Unión. Este enunciado competencial no está comprendido entre las competencias exclusivas, ni tampoco entre las competencias compartidas. En consecuencia la Unión no puede actuar desplazando la norma nacional y así “ocupar el terreno”<sup>11</sup> reconocido al Estado.

¿Qué relación existe entre la Política general cuyo apoyo es objetivo de la Política monetaria del Banco Central europeo y la coordinación de las Políticas económicas de los Estados, como espacio competencial de la Unión?

Se desprende del artículo 5 del T.F.U.E. que las Orientaciones generales del Consejo de ministros expresan la coordinación de la Política económica, siendo el ámbito actual de Política general y que ello juega con las disposiciones particulares de los Estados del euro, que pueden adoptar políticas particulares sin desconocer la coordinación.

Podemos preguntarnos si es posible una lectura prospectiva, en el sentido de que en una primera etapa, estaría la coordinación de las Políticas de los Estados y, en una segunda etapa, como meta a la que se aspira a llegar, la Política económica “general” como Política de la Unión que desplace las Políticas de los Estados.

---

<sup>10</sup> J. Rodríguez Pellitero, “La Unión bancaria en el contexto de la Unión europea”, R.D.U.E. n. 27, 2014, y 28, 2015; A. Pisaneschi, “La regolazione comunitaria del crédito tra E.B.A. e B.C.E.: prime osservazioni sul Single Supervisory Mechanism”, *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, t. II, Padova, 2015, 2283 y sgtes.

<sup>11</sup> Ver A. Mangas Martín y D. Liñan Nogueras, *Instituciones y Derecho de la Unión europea*, Madrid, 2010 y J. Martín y Pérez de Nanchlares, “La delimitación de competencias entre la Unión europea y los Estados miembros”, *Rev. Der. Com. Eur.* n. 12, 2002.

## 7. *Competencias cambiarias*

Si bien debe ser unitaria la Política monetaria y la Política de tipos de cambio, se hace una mención separada de ellas dos en el artículo 119.2 del Tratado. También en los Estatutos del Banco se efectúa una mención por separado en el artículo 31, relativo a los activos exteriores.

Los objetivos de la Política de tipos de cambio son los mismos que los objetivos de la Política monetaria, como es lógico, porque el tipo de cambio es la medida de la relación entre dos monedas. La razón de la separación está en la distinta estructura competencial diseñada en el Tratado.

En primer lugar, el Consejo de ministros tiene competencia para formular orientaciones generales sobre las políticas de los tipos de cambio del euro en relación con las monedas de Estados terceros, en armonía con el objetivo de estabilidad de precios asignado al Banco central. En segundo lugar, el Consejo tiene competencia para celebrar acuerdos internacionales sobre el sistema de tipos de cambio para el euro en relación con las monedas de Estados terceros. En tercer lugar, ante Instituciones financieras internacionales y en Conferencias internacionales, el Consejo puede adoptar una decisión en que se determinen posiciones comunes sobre cuestiones de especial interés para la unión monetaria, con vistas a garantizar la posición del euro en el sistema monetario internacional (art. 138).

Por otra parte, respecto a los activos exteriores de reserva los Bancos centrales nacionales deben aportarlos al B.C.E. hasta lo equivalente a 50 mil millones de euros. El B.C.E. tiene derecho a poseer gestionar y utilizar las reservas transferidas. Para sobrepasar el límite el B.C.E. necesita la aprobación del Consejo de ministros. Si bien el Consejo puede habilitar al B.C.E. a dictar reglamentos en los puntos en que así lo decida (art. 132 de T.F.U.E.).

Los Bancos centrales pueden realizar transacciones en relación con los activos exteriores, en cumplimiento de las obligaciones con organizaciones internacionales (art. 31 de los Estatutos). Además, los Gobiernos de los Estados detentan la posesión y gestión de fondos de maniobra en divisas (art. 127.III Tratado).

Es necesaria la aprobación del B.C.E. para todas las operaciones con activos exteriores de reserva que permanezcan en poder de los Bancos centrales nacionales y también por encima de determinados límites para las transacciones de los Estados relativas a sus

fondos de maniobra. El señalamiento de los límites es competencia del Consejo de Gobierno que establecerá directrices con la finalidad de garantizar la coherencia con la Política monetaria y la Política de los tipos de cambio

Las operaciones exteriores que pueden efectuar el B.C.E. y los Bancos centrales de los Estados son: 1. poseer y gestionar activos en moneda extranjera 2. adquirir y vender activos en moneda extranjera 3. efectuar transacciones bancarias en relación con Estados terceros y organizaciones internacionales 4. establecer relaciones con Bancos centrales e instituciones financieras de otros Estados. Las operaciones con divisas del Banco central deben ser coherentes con las competencias del Consejo de ministros relativas a Acuerdos internacionales y a Orientaciones generales (art. 127.2 del TFUE).

## 8. *Medida monetaria*

El segundo nivel de análisis en la sentencia del caso *Gauweiler* consiste en examinar si la medida tiene naturaleza monetaria. Para saber si una medida está comprendida en el ámbito de la Política monetaria dice el Tribunal que debemos atender a los objetivos de la medida y también a los medios para alcanzarlos.

Según el Acuerdo del Consejo de Gobierno del B.C.E. cuestionado en el recurso la intervención del B.C.E. está supeditada a la existencia de perturbaciones en relación con los objetivos de salvaguardar el *mecanismo de transmisión* de la Política monetaria y la *unidad* de la Política monetaria.

El “mecanismo de transmisión” de la Política monetaria, esto es, cuánto afecta y cuánto tarda el tipo de cambio en afectar a la inflación, se sustenta en buena medida en la intermediación bancaria<sup>12</sup>. Con todo, no debemos desconocer que, en opinión de algunos economistas<sup>13</sup>, los datos empíricos de los que se dispone sobre el proceso de transmisión de la política monetaria en la Eurozona aun no son suficientemente fiables.

Argumentará el Tribunal que el funcionamiento defectuoso del mecanismo de transmisión de la Política monetaria en relación a los

<sup>12</sup> V. Jaime Pastor y R. Hernandez Carrion, “La Política monetaria de la Unión europea”, en *Un nuevo raptó de Europa. Las encrucijadas del Tratado de Lisboa* (Colomer Viadel coord.) Valencia, 2012.

<sup>13</sup> En tal sentido O. Blanchard, *Macroeconomía*, 2012.

impulsos lanzados a los sectores de la economía afectaría a la capacidad del S.E.B.C. para garantizar la estabilidad de precios. También que el funcionamiento defectuoso de tal mecanismo de transmisión podría hacer ineficaces las decisiones del S.E.B.C. para la Eurozona y poner en peligro la unidad de la Política monetaria.

Respecto a los medios para alcanzar los objetivos según el artículo 18 de los Estatutos el B.C.E. y los Bancos centrales de los Estados pueden operar en los mercados financieros comprando y vendiendo directamente instrumentos negociables en euros. Este es un instrumento de Política monetaria previsto en el Tratado.

A la crítica sobre el carácter selectivo de las medidas responde el Tribunal que ninguna disposición del Tratado obliga al B.C.E. a intervenir en los mercados financieros adoptando medidas generales, aplicables a todos los Estados de la Eurozona. La teoría económica enuncia que puede haber perturbaciones asimétricas y también perturbaciones idiosincráticas, que no afectan a todos o que afectan de distinta manera, sin que el Tratado prejuzgue la respuesta que quepa dar ante ellas.

### 9. *Programas de ajuste*

El adelgazamiento competencial de los Estados en la actual estructura de gobierno ha dado lugar, como efecto de la Crisis financiera, a la aparición del M.E.D.E.<sup>14</sup>, organización financiera internacional, que no es una institución de la Unión europea y ocupa en el campo financiero un lugar que el B.C.E. no puede ocupar.

El programa impugnado en el caso *Gauweiler* exige la condición de que el Estado beneficiario esté cumpliendo con un programa de ajuste macro-económico o un programa precautorio<sup>15</sup> dependiente del M.E.D.E. – o del precedente Fondo europeo de estabilidad financiera – siempre que incluya la posibilidad de que el M.E.D.E. efectúe compras en el mercado primario.

La medida monetaria no ofrece ocasión para desviarse del programa de ajuste porque es condición de aplicación de la medida monetaria precisamente el respeto al programa de ajuste macroeconómico. Si bien el Programa de ajuste es condición necesaria pero no

---

<sup>14</sup> E. de Miguel Canuto, “Mecanismo europeo de Estabilidad: escrutinio jurisprudencial”, *Crónica presupuestaria* n. 2, 2014.

<sup>15</sup> *Enhanced condition credit line*.

suficiente para la intervención del B.C.E. porque se requiere, además, la concurrencia de perturbaciones en el mecanismo de transmisión de la Política monetaria o en la unidad de la Política monetaria.

La exigencia de respeto al programa de ajuste macro-económico puede reforzar los objetivos de Política económica propios del programa, pero ello no es contrario al Tratado, sino que es conforme al objetivo complementario del B.C.E. de apoyar las Políticas económicas generales de la Unión (ap. n° 59), por lo que no se desnaturaliza la condición de la medida adoptada.

Al tiempo que el artículo 119.1 del T.F.U.E. refiere al deber del Estado de cuidar la solidez de las finanzas públicas que, como criterio interpretativo, excluye que el programa de ajuste macro-económico pueda ser entendido al margen de las exigencias de Política monetaria en el Derecho primario.

La actuación del B.C.E. no entrará en colisión con la actuación del M.E.D.E. en los supuestos en que la inestabilidad de los precios en los mercados de bienes y servicios o factores de la producción de la Euro-zona concorra junto a la inestabilidad de los mercados financieros en la Zona del euro, sino que, mas bien, su acción combinada podrá coadyuvar al logro de los objetivos de ambas organizaciones.

El Tribunal de la Unión marcará la diferencia<sup>16</sup> entre el M.E.D.E., cuyo objetivo es velar por la estabilidad de la zona euro y el S.E.B.C. cuyo objetivo es velar por la estabilidad de los precios, lo que da lugar a que la adquisición de bonos soberanos en el mercado secundario pueda tener la consideración de medida de Política económica a los efectos del M.E.D.E., mientras que, a los efectos del B.C.E., tiene la consideración de medida de Política monetaria. El M.E.D.E. es una organización internacional y no ejerce competencia monetaria ninguna de la Unión.

## 10. *Análisis motivado*

El último nivel de análisis de la validez de la medida supone el control judicial de que la medida monetaria está proporcionada<sup>17</sup> a

<sup>16</sup> Apartados n° 63 a 65 de la sentencia del caso *Gauweiler*.

<sup>17</sup> Puede verse, recientemente, M. D'Amico, "La lunga strada della parità fra fatti, norme e principi giurisprudenziali", *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, t. II, Padova, 2015, 1735 y sgts.

los objetivos de la Política monetaria perseguidos. El test de proporcionalidad exige verificar la idoneidad o adecuación de la medida al objetivo y constatar que se trata de una medida que guarda la debida proporción con él. Según el Tribunal previamente deben examinarse las garantías de procedimiento.

Para la elaboración de un programa de operaciones de mercado abierto debe reconocerse una amplia facultad de apreciación en cuanto supone elaborar previsiones y efectuar apreciaciones complejas con vistas a proceder a elecciones de carácter técnico. En estas condiciones resulta relevante el respeto de las garantías de procedimiento como lo son las exigencias propias de un análisis motivado.

En primer término encontramos la obligación de examinar y analizar minuciosa e imparcialmente todas las circunstancias pertinentes de la situación con la máxima diligencia y precisión, que permita excluir el error manifiesto en la apreciación de quien decide.

En el caso *Gauweiler* se efectuó el análisis de la situación económica de la Euro-zona donde en aquellas fechas se presentaba una gran volatilidad o variabilidad y abultadas divergencias en los tipos de interés de los bonos soberanos, que tenían su origen en parte en primas de riesgo excesivas en determinados Estados, en relación con el temor de estallido de la Zona euro, circunstancias que no resultaban solamente de diferencias macro-económicas.

Efectuado el análisis de las circunstancias concurrentes, deben, además, cumplirse las exigencias de motivación, según prevé el artículo 296 del T.F.U.E., de manera que se revele el razonamiento seguido y que se dé a conocer la justificación de la medida adoptada. Para apreciar el cumplimiento de esta garantía adicional de procedimiento hay que atender al acto en su contexto y el conjunto de normas puesto en juego para adoptar el acto.

En el caso *Gauweiler* aun cuando no se trataba de una decisión de compra formalmente adoptada, el acto en sí y los proyectos de actos examinados en la reunión celebrada por el B.C.E. permiten conocer las circunstancias centrales que estando a la base del mismo explican las razones del acuerdo o programa.

## 11. *Adecuación de la medida*

El examen del principio de proporcionalidad está recorrido por la respuesta que se vaya dando a la pregunta acerca de si con-

curre una extralimitación en el ejercicio de la facultad de apreciación en el sujeto decisor, sea en la indagación del supuesto sea en la determinación y alcance de la consecuencia anudada.

Del análisis de la situación económica con diligencia y precisión caracterizada por la elevación excesiva de las primas de riesgo de determinados Estados deriva la consecuencia de que se *fragilizó* el mecanismo de transmisión de la Política monetaria, con la fragmentación de las condiciones de financiación de los bancos y el coste del crédito, lo que limitó los efectos para la actividad económica de los impulsos enviados por la Política monetaria. Ello exigía reducir o eliminar la excesividad de las primas, para poder evitar que el nivel y volatilidad de ellas obstaculizase el Mecanismo de transmisión de la Política monetaria.

El Tribunal razona en este punto: “así, se reconoce comúnmente que los tipos de interés de los bonos soberanos de un Estado dado desempeñan un papel decisivo en la determinación de los tipos de interés aplicables a los diferentes actores económicos de dicho Estado, en la valoración de las carteras de valores de las instituciones financieras que poseen esos bonos y en la capacidad de tales instituciones para obtener liquidez” (ap. n° 78). La teoría económica trasluce en la base del razonamiento.

En suma el Tribunal de la Unión entiende que el acuerdo tomado por el B.C.E. es adecuado al propósito perseguido atendidas las circunstancias concurrentes.

## 12. *Medida proporcionada*

Razonada la adecuación de la medida al objetivo se ultima el examen de si la medida va más allá de lo imprescindible para lograr su consecución.

Razonó el Tribunal la ausencia de arbitrariedad en la decisión sobre los Estados que podían ser beneficiarios del programa de compras de deuda atendido que está basada en criterios relacionados con los objetivos perseguidos, corregir las perturbaciones de la Política monetaria generadas por la situación específica de los bonos emitidos por determinados Estados. Es un programa que se concentra en las partes de la Euro-zona particularmente afectadas, evitando así incrementar la amplitud del programa más allá de lo necesario para alcanzar esos objetivos o reducir la eficacia del mismo.

Subrayó el Tribunal que la potencialidad del programa está limitada porque refiere a deuda de concretas condiciones emitida por determinados Estados, porque se exige que la situación haya ya justificado la previa intervención del M.E.D.E., se exige el cumplimiento de un programa de ajuste macro-económico, porque el plazo de vencimiento del título no puede sobrepasar los tres años y porque los títulos pueden ser revendidos en cualquier momento.

La previsión del B.C.E. es adquirir bonos en la medida en que sea necesario para los objetivos del mecanismo de transmisión de la Política monetaria o la unidad de la Política monetaria, finalizando las adquisiciones cuando se haya alcanzado el objetivo. En el futuro su valoración se prevé estará supeditada a la apreciación en profundidad de las exigencias de la Política monetaria.

Por todo ello resume el Tribunal “que el S.E.B.C. ponderó los diferentes intereses en juego con objeto de evitar que, al aplicar el programa de que se trata, pudieran producirse inconvenientes manifiestamente desproporcionados a los objetivos perseguidos por éste”. En suma “un programa como el que se anunció no viola el principio de proporcionalidad”<sup>\*\* \*\*</sup>.

### *Abstract*

ECB also affects the current crisis in the European institutions. What are the exact powers of the ECB? The powers concerning monetary policy and powers relating to the exchange rate policy are examined. Analysis method followed by the ECJ is identified.

L'attuale crisi delle istituzioni europee ha colpito anche la BCE. Quali sono le esatte poteri della BCE? In questo studio vengono analizzati i poteri in materia di politica monetaria e i poteri in materia di tassi di cambio delle valute. Si approfondisce il metodo di esame seguito al riguardo dalla Corte di giustizia europea.

---

\* El trabajo toma como punto de partida la ponencia presentada al Congreso internacional *European union economic governance and fiscal integration*, publicada en la revista *La Ley. Unión europea*, si bien profundiza un peldaño más.

\*\* Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto Prometeo 2013/054 “La globalización del fenómeno tributario: construcción metodológica, criminalización y derechos humanos”.

ULRIKE HAIDER-QUERCIA

ATTORI EUROPEI IN RITARDO:  
I PARLAMENTI NAZIONALI  
IN RICERCA DEL LORO RUOLO EUROPEO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Deparlamentarizzazione, (re-)parlamentarizzazione e cambiamento delle funzioni parlamentari. – 3. Dal collegamento diretto con il Parlamento europeo alla legittimazione duale: il graduale inserimento dei Parlamenti nazionali nei processi decisionali europei. – 4. La funzione europea dei Parlamenti: difficile classificazione e applicazioni asimmetriche. – 5. Conclusioni: I poteri europei e la loro (predominate) dimensione nazionale.

1. *Introduzione*

Gli ultimi anni hanno visto una serie di interventi legislativi e giurisprudenziali per aumentare il ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea. Se è vero che i Parlamenti nazionali sono emersi relativamente tardi nei meccanismi per l'integrazione, non c'è dubbio che oggi esercitano un controllo più efficace sui rispettivi Governi nelle questioni europee rispetto al passato.

Tuttavia, i numerosi studi sul tema evidenziano i limiti concettuali nonché la ristretta efficienza pratica dei “poteri europei” dei Parlamenti nazionali, non senza sottolineare, tuttavia, la necessità di sviluppare un adeguato processo di “europeizzazione” delle Assemblee nazionali.

Quale potrà essere, pertanto, il ruolo politico che i Parlamenti nazionali possono svolgere in sistemi di governo non-statali come quello dell'Unione europea? Le nostre Assemblee elettive sono davvero in grado di dettare (o bloccare) l'agenda del dibattito costituzionale europeo?

2. *Deparlamentarizzazione, (re-)parlamentarizzazione e cambiamento delle funzioni parlamentari*

Il Parlamento è l'organo costituzionale che, come nessun'altra istituzione, ha subito una modificazione rilevante per quanto ri-

guarda l'importanza e funzioni, che nella dottrina europea viene discussa come "crisi del Parlamento". Uno dei fattori per tale situazione di crisi dell'istituzione più importante nel processo di definizione delle decisioni politiche e del luogo in cui la sovranità di un popolo è istituzionalizzata viene individuato nell'integrazione europea, attraverso la quale le tradizionali funzioni legislative e politiche dei Parlamenti sono state erose (gradualmente e consapevolmente)<sup>1</sup>. È ampiamente noto e studiato come l'integrazione europea ha portato ad un rinforzo progressivo del potere esecutivo<sup>2</sup>, al quale sono stati trasferiti diritti di sovranità che all'interno degli Stati nazionali tradizionalmente spettavano al Parlamento<sup>3</sup>. Questo fenomeno è stato definito come deparlamentarizzazione<sup>4</sup>. Attraverso il meccanismo decisionale attuato a livello europeo, dove le principali decisioni vengono adottate dal Consiglio che rappresenta i Governi degli Stati membri, il processo decisionale di tipo deliberativo viene gradualmente sostituito da un procedimento di carattere negoziale<sup>5</sup>. Sono soprattutto i Governi a negoziare nelle sedi europee, mentre i Parlamenti entrano in gioco solo per ratificare i risultati delle trattative svolte da parte dei Governi nonché per l'attuazione delle direttive (i cui testi spesso risultano essere già assai dettagliati). In tal modo, nel processo legislativo europeo, i Parlamenti nazionali dispongono di competenze solamente "indirette", dato che il potere di influenza consentito dalla ratifica o dall'attuazione del diritto se-

<sup>1</sup> Cfr. tra i tanti P. Bilancia, *The dynamics of the EU integration and the impact on the national Constitutional Law*, Milano, 2012, 87.

<sup>2</sup> Cfr. M. Olivetti, *Parlamenti nazionali nell'Unione europea, Digesto delle discipline pubblicistiche. Aggiornamento V*, Torino, 2012, 485 ss. e C. Morviducci, *Parlamenti nazionali (ruolo nell'UE)*, *Enciclopedia del diritto. Annali VII*, Milano, 2013, 593 ss.

<sup>3</sup> Altre competenze come la formazione del Governo e i controlli sull'Esecutivo non sono, invece, stati interessati dal trasferimento di competenze.

<sup>4</sup> Cfr. T.A. Börzel, *Europäisierung und innerstaatlicher Wandel: Zentralisierung und Entparlamentarisierung*, *Politische Vierteljahresschrift*, 2/2000, 225 ss.; D. Grimm, *Die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union*, intervento tenuto il 12 maggio 2015 al convegno sul tema "Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello", Relazione al Convegno "Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello", Roma, Camera dei deputati, 12-13 maggio 2015, 1. Considerando l'erosione della funzione legislativa ha condotto a considerare i Parlamenti nazionali come i perdenti dell'integrazione europea. Così ad esempio A. Maurer, W. Wessels (cura), *National Parliaments on their Ways to Europe. Losers or Latecomers?*, Baden-Baden, 2001.

<sup>5</sup> Cfr. D. Grimm, *op. cit.*, 2.

condario non è lo stesso che permette l'esercizio della piena potestà legislativa, dato che il contenuto delle decisioni sottoposte alla valutazione parlamentare è già stabilito e può essere solo accettato in blocco o rifiutato<sup>6</sup>. Le decisioni politiche europee continuano, pertanto, ad essere determinate in larga misura da parte del Consiglio dei ministri a Bruxelles, e il monopolio dell'iniziativa legislativa riconosciuto in capo alla Commissione europea (art. 12, 2° c. TUE) non riduce di certo tale fenomeno. La dottrina ha più volte evidenziato che queste modifiche dei meccanismi legislativi hanno messo in crisi la teoria classica della divisione dei poteri, relativamente alla quale le dinamiche ed implicazioni derivanti dalle politiche europee ad oggi non risultano ancora essere adeguatamente sistematizzate<sup>7</sup>.

Il Trattato di Lisbona e i Protocolli ad esso connessi hanno rafforzato la posizione non solo del Parlamento europeo, ma anche dei Parlamenti nazionali, fino a farne gli interlocutori diretti delle istituzioni dell'Unione, superando così la tradizionale intermediazione dei rispettivi Governi nel rapporto con esse<sup>8</sup>. In questo modo, si è avviato un processo che la dottrina ha caratterizzato come "parlamentarizzazione" dell'assetto istituzionale dell'UE<sup>9</sup>, teso sostanzialmente ad attenuare, attraverso un maggiore coinvolgimento dei

---

<sup>6</sup> Cfr. M. Mayer, *Die Europafunktion der nationalen Parlamente in der Europäischen Union*, Tübingen, 2012, 34.

<sup>7</sup> Cfr. ad esempio C. Möllers, *Die drei Gewalten. Legitimation der Gewaltenteilung in Verfassungsstaat, Europäischer Integration und Internationalisierung*, Weilerswist, 2008.

<sup>8</sup> Cfr. tra i tanti L. Gianniti, *Il ruolo dei parlamenti nazionali*, in F. Bassanini, G. Tiberi (a cura), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, il Mulino, 2010, 171; P. Bilancia, *The role and power of European and National Parliaments in the dynamics of integration*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2/2009, 276 ss.; A. Esposito, *Il Trattato di Lisbona e il nuovo ruolo costituzionale dei Parlamenti nazionali: le prospettive per il Parlamento italiano*, in *Rassegna parlamentare*, 2009, 1144 ss. e C. Fasone, *Gli effetti del Trattato di Lisbona sulla funzione di controllo parlamentare*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2, 2011, 353 ss.; C. Morviducci, *op. cit.*, 593 ss.

<sup>9</sup> Cfr. P. Ridola, *The parliamentarisation of the institutional structure of the European Union between representative democracy and participatory democracy*, in *Governing Europe under a Constitution*, a cura di H. Blanke, S. Mangiameli, Berlin, 2006, 415 ss. e Idem, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione europea fra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in Idem, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 325 ss.

Parlamenti nazionali nelle questioni europee, il problema di legittimazione democratica dell'UE<sup>10</sup>.

A norma dell'art. 12 TUE, la partecipazione dei Parlamenti nazionali deve essere attiva e contribuire al buon funzionamento dell'UE, affermazione nella quale la dottrina ha individuato le basi di un percorso teso al consolidamento di un sistema parlamentare a più livelli<sup>11</sup> che richiede una generale interferenza del parlamentarismo nazionale (con la sua intrinseca politicità) non solo su questioni settoriali ma sull'intero funzionamento dell'Unione<sup>12</sup>.

Se a lungo il dibattito scientifico si era principalmente concentrato sulla concettualizzazione in termini giuridici di un "parlamentarismo multilivello", il dibattito degli ultimi anni, per contro, sembra spostarsi (anche) verso l'europeizzazione dei Parlamenti<sup>13</sup>, e quindi l'adattamento procedurale ed istituzionale dei meccanismi di lavoro parlamentare a causa dell'impatto che l'integrazione europea svolge sui processi politici interni<sup>14</sup>. In questa accezione viene esaminato se dal ruolo che i Parlamenti nazionali rivestono nell'UE e dai loro poteri di controllo e di partecipazione può derivare una nuova e propria funzione parlamentare, la funzione europea<sup>15</sup>. In tale ottica è stato proposto che sul ruolo dei Parlamenti nazionali bisogna riflettere, considerando la forma di governo dell'UE<sup>16</sup>, nel cui quadro

<sup>10</sup> Sulla questione del deficit democratico dell'Unione si rinvia a P. Bilancia, *The role and power of European and National Parliaments in the dynamics of integration*, cit., 276 ss. C. Pinelli, *Il deficit democratico europeo e le risposte del Trattato di Lisbona*, in *Rassegna parlamentare*, 4, 2008, 925 ss.; M. Olivetti, *op. cit.*, 510 ss.

<sup>11</sup> Cfr. M. Olivetti, *op. cit.*, 510 ss.; A. Manzella, *La funzione di controllo*, in *Il Parlamento*, A.I.C., *Annuario 2000*, Padova, 2001, 216 ss.; I. Pernice, *The Treaty of Lisbon*, in *Columbia Journal of European Law*, vol. 5, n. 3/2009, 349 ss.; C. Casalena, C. Fasone, N. Lupo, *Protocol (No. 1) on the role of National Parliaments in the European Union*, in H. Blanke, S. Mangiameli (cura), *Commentary to Treaty of Lisbon*, Heidelberg, 2012.

<sup>12</sup> Cfr. A. Manzella, *Parlamento europeo e Parlamenti nazionali come sistema*, in *Rivista AIC*, n. 1/2015, 2.

<sup>13</sup> Cfr. C. Callies, T. Beichelt, *Die Europäisierung des Parlaments, Die europapolitische Rolle von Bundestag und Bundesrat*, Gütersloh, 2015.

<sup>14</sup> Si tratta di un "Top-down process of domestic change deriving from the EU". Cfr. C.M. Radealli, *Europeanization: solution or problem?*, in A. Bourne, M. Cini (cura), *Palgrave Advances in European Studies*, 56 ss.

<sup>15</sup> Cfr. M. Mayer, *op. cit.*

<sup>16</sup> Per questa si rinvia a G. de Vergottini, *La forma di governo dell'Unione*, in *www.treccani.it*, 2009.

le funzioni delle Istituzioni rappresentative degli Stati membri subiscono in parte una limitazione (specie nell'ambito legislativo) ed in parte una ridefinizione, soprattutto per quanto riguarda i poteri di controllo e di partecipazione nella fase ascendente del procedimento legislativo europeo<sup>17</sup>.

3. *Dal collegamento diretto con il Parlamento europeo alla legittimazione duale: il graduale inserimento dei Parlamenti nazionali nei processi decisionali europei*

La ragione per il rafforzamento dei poteri europei probabilmente scaturisce dall'intenzione di compensare i Parlamenti nazionali per competenze perdute dall'integrazione europea<sup>18</sup> o dalla riduzione del rischio di rigetto da parte delle opinioni pubbliche nazionali<sup>19</sup>, pertanto oggi la gamma di poteri attivabili da parte dei Parlamenti nazionali nei confronti dei processi decisionali dell'UE appare piuttosto ampia ed eterogenea<sup>20</sup>. Si può osservare come l'adattamento delle strutture organizzative e dei meccanismi di funzionamento dei Parlamenti nazionali alle sfide del processo di integrazione europea si è svolto in varie fasi, nelle quali i Parlamenti nazionali hanno acquisito relativamente tardi la consapevolezza di un loro ruolo indispensabile su scala europea.

La prima fase durò fino agli anni '70 e si caratterizza dal fatto che nei Paesi fondatori delle Comunità europee alcuni deputati dei Parlamenti nazionali disponevano di un doppio mandato – nazionale ed europeo – ed erano così direttamente responsabili anche degli affari europei. In questo modo esistevano rapporti stretti e di-

<sup>17</sup> Questo è ad esempio l'approccio proposto nel volume di: A. Manzella, N. Lupo, *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, Torino, 2014.

<sup>18</sup> Cfr. C. Callies, T. Beichelt, *op. cit.*, 37.

<sup>19</sup> Tale rischio era emerso con il referendum francese e olandese sul Trattato costituzionale svoltosi nel 2005.

Cfr. N. Lupo, *I poteri europei dei Parlamenti nazionali: questioni terminologiche, classificazioni e primi effetti*, in A. Manzella, Idem (cura), *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, Torino, 2015, 102.

<sup>20</sup> L'ampio margine di interpretazione per il "ruolo europeo" dei Parlamenti nazionali si evince già dal carattere meramente collaborativo che emerge dalla previsione dell'art. 12 TUE: I Parlamenti nazionali *contribuiscono* attivamente al buon funzionamento dell'Unione. Cfr. P. Caretti, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali prima e dopo il Trattato di Lisbona*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2010, 7 s.

retti dei Parlamenti nazionali con l'istituzione europea attraverso un continuo scambio di informazioni<sup>21</sup>. Tuttavia, nei primi decenni di esistenza delle Comunità europee i Parlamenti nazionali non hanno svolto un ruolo particolare a livello comunitario<sup>22</sup>, in quanto il Parlamento europeo veniva concepito come “luogo naturale” per trattare le questioni di rilevanza europea. Il motivo di ciò può essere individuato anche nel rispetto da parte dei Parlamenti nazionali per la divisione dei poteri tra esecutivo e legislativo costituzionalmente garantita: la partecipazione alle Comunità economiche europee e le politiche collegate venivano considerate parte della politica estera e quindi di esclusiva competenza dei Governi<sup>23</sup>. Questa assegnazione interna delle competenze è stata accettata e per alcuni anni non più messa in discussione. Nelle fasi iniziali dell'integrazione, non sono state messe nemmeno in discussione le strutture decisionali del Consiglio gestito dall'esecutivo, le quali hanno portato ad un importante trasferimento di poteri originariamente parlamentari ai Governi nazionali. Questo accrescimento di funzioni del Consiglio si è svolto lentamente negli anni (e in maniera poco visibile all'inizio), per cui a lungo non è stata avvertita la necessità di dotare i Parlamenti nazionali di competenze che andavano oltre la ratifica dei Trattati o l'attuazione delle direttive comunitarie.

Con le prime elezioni dirette del Parlamento europeo del 1979, nelle quali si eleggevano per la prima volta i rappresentanti per l'Assemblea europea non più designati tra i deputati delle Camere nazionali, è stato interrotto lo stretto collegamento che precedentemente esisteva tra i Parlamenti a livello nazionale e quello europeo grazie al mandato doppio (nazionale-europeo). Avendo perduto così il contatto diretto con il livello europeo, le Assemblee nazionali dovevano, pertanto, individuare vie diverse per mantenere contatti ed acquisire informazioni dal livello europeo. In questa seconda fase, in alcuni Parlamenti dei Paesi fondatori, venivano istituite commissioni parlamentari per gli affari europei, mentre i Paesi di

---

<sup>21</sup> M. Mayer, *op. cit.*, 3.

<sup>22</sup> Dei sei Paesi fondatori solamente la Germania aveva previsto delle disposizioni secondo le quali competeva al Governo federale l'obbligo di informare il *Bundestag* ed il *Bundesrat*. Vedi Art. 2 della legge sui Trattati del 25 marzo 1957 che istituiscono la Comunità economica europea e la Comunità europea dell'energia atomica del 27 luglio 1975.

<sup>23</sup> Cfr. M. Mayer, *op. cit.*, 3.

nuova adesione (Danimarca e Gran Bretagna) avevano provveduto prima dell'adesione alle Comunità europee, all'istituzione di meccanismi di collegamento parlamentare con le attività europee, del Governo<sup>24</sup>; anche la fondazione della *Conférence des Organes Spécialisés dans les Affaires Communautaires* (COSAC) risale a tale periodo<sup>25</sup>.

L'adozione del Trattato di Maastricht segna la terza – e probabilmente più importante – fase dell'adattamento dei Parlamenti nazionali all'europeizzazione. Con tale riforma dell'assetto dell'UE, il trasferimento di diritti di sovranità aveva raggiunto una dimensione tale da fare emergere il problema della legittimazione democratica delle attività intraprese da parte dell'esecutivo a livello europeo. I Parlamenti nazionali, non a caso considerati dalla dottrina come i “ritardatari” dell'integrazione europea<sup>26</sup>, dovevano trovare risposte alle striscianti perdite di partecipazione e di controllo, ed iniziavano, in questa fase, a rivendicare maggiori poteri sulle questioni europee nei confronti dei rispettivi Governi. Con questa rinnovata consapevolezza relativamente alle modifiche delle funzioni parlamentari si è avviato lentamente il processo di adattamento delle strutture parlamentari alle dinamiche dell'integrazione europea<sup>27</sup>.

Tale rinnovata apertura dei lavori parlamentari anche alle questioni europee è stata rinforzata dall'istituzione di una procedura di dialogo politico diretto fra la Commissione ed i Parlamenti nazionali, a seguito del risultato negativo dei referendum francese ed olandese sul Trattato costituzionale. Istituito nel 2006 attraverso diverse comunicazioni da parte della Commissione, tale “dialogo politico” costituisce una modalità di informazione e di partecipazione diretta dei Parlamenti già a partire dalla fase pre-legislativa, costituendo un coinvolgimento in forma cooperativa e non-antitetica rispetto alle istituzioni europee coinvolte<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> Cfr. M. Mayer, *op. cit.*, 151 ss.

<sup>25</sup> Cfr. D.A. Capuano, C. Fasone, *La Conferenza degli organi specializzati negli affari europei (COSAC). Evoluzioni e prospettive*, Roma, 2010, 9 ss.

<sup>26</sup> Cfr. A. Maurer e W. Wessels, *op. cit.*

<sup>27</sup> Cfr. C. Callies, T. Beichelt, *op. cit.*, 97.

<sup>28</sup> Cfr. M. Olivetti, *op. cit.*, 485 ss.

La quarta fase della “partecipazione attiva” dei Parlamenti prende l’avvio alla Convenzione costituzionale che aveva istituito uno specifico gruppo di lavoro sui Parlamenti nazionali. Ed è ad opera di tale gruppo di lavoro che nella Costituzione dell’Europa (prima) e nel Trattato di Lisbona (successivamente) i Parlamenti nazionali vengono menzionati in vari importanti paragrafi<sup>29</sup>, formulando strumenti di partecipazione in vari ambiti decisionali europei.

La dottrina, nell’accogliere favorevolmente le novità introdotte per gli effetti in termini di legittimazione dell’UE<sup>30</sup>, ha evidenziato che, prevedendo particolari diritti parlamentari di partecipazione e di controllo, il principio democratico, ed in particolare la democrazia rappresentativa (o parlamentare), sul quale si fonda la democrazia europea, si manifesta attraverso un duplice canale: sia attraverso il Parlamento europeo, sia attraverso i Parlamenti nazionali<sup>31</sup>.

Ciò sembra trovare conferma anche nelle posizioni del Parlamento europeo che già molto presto si è espresso con netto favore per una duplice e contestuale valorizzazione del ruolo dei Parlamenti nazionali e dello stesso Parlamento europeo. Così viene affermato, ad esempio, nella risoluzione 2001/2023 che “Il Parlamento europeo e i Parlamenti nazionali, in quanto eletti direttamente dai cittadini, sono egualmente rappresentativi dei popoli in seno all’Unione” e che in questo modo la parlamentarizzazione dell’UE “deve percorrere una via originale, facendo leva su due pilastri, quello del Parlamento europeo e dei Parlamenti nazionali.” Tale prospettiva si riflette anche nel principio base della legittimazione duale della politica europea come stabilito dall’art. 10, 2° comma TUE, il quale richiede un obbligatorio (ed essenziale) coinvolgimento dei Parlamenti nazionali nelle procedure legislative europee, riconducendo la legittimazione democratica dell’UE in via diretta al Parlamento europeo eletto a suffragio universale e in via indiretta, mediante la responsabilità dei Governi e dei Capi di Stato e di Governo, davanti ai Parlamenti e ai popoli degli Stati<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> C. Callies, T. Beichelt, *op. cit.*, 97.

<sup>30</sup> Cfr. P. Caretti, *op. cit.*, 5.

<sup>31</sup> Cfr. A. Manzella, *Parlamento europeo e Parlamenti nazionali come sistema*, cit., 2; P. Ridola, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell’Unione europea fra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, cit., 325 s.

<sup>32</sup> Cfr. A. von Bogdandy, *I principi fondamentali dell’Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, 2011, 20.

#### 4. *La funzione europea dei Parlamenti: difficile classificazione e applicazioni asimmetriche*

Ai Parlamenti nazionali sono riconosciuti poteri, di cui il nucleo fondamentale è recato dall'art. 12 del Trattato sull'Unione europea (TUE) – collocato nel titolo del Trattato dedicato ai principi democratici nell'UE – che consentono loro di influenzare la formazione degli atti europei non solo per il tramite dei loro Governi ma anche direttamente<sup>33</sup>. Restano al di fuori del catalogo proposto dall'art. 12 TUE alcuni poteri attribuiti in altre parti del Trattato nonché indicati nei due Protocolli n. 1 (Protocollo sulla partecipazione dei Parlamenti) e n. 2. (Protocollo sul controllo dell'applicabilità del principio di sussidiarietà e della proporzionalità). Tra questi, in particolare, il diritto ad essere informati circa l'attività dei comitati permanenti del Consiglio sulla cooperazione in materia di sicurezza interna (art. 71 TFUE) e il potere di veto sull'applicazione della clausola “passarella” in materia di diritto di famiglia (art. 81, 3° c. TFUE). Altri poteri si sono aggiunti più di recente con i regolamenti (UE) nn. 1175/2011 e 473/2013, l'art. 30, 5° c. Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità e l'art. 13 del Fiscal Compact<sup>34</sup>.

L'eterogeneità di questi poteri europei<sup>35</sup> consente di operare varie classificazioni: con riferimento al soggetto e alle modalità di esercizio del potere si può operare una sorta di schematizzazione che fa emergere il carattere innovativo dei poteri europei, in quanto attribuiti in forma individuale che collettiva ai Parlamenti nazionali<sup>36</sup>. In base a questo criterio si ricava che alcuni poteri sono attribuiti alla singola Camera; altri ancora al singolo Parlamento nazionale, richiedendo perciò un doppio assenso in caso di Parlamenti bicamerali; altri ad un insieme di Camere a condizione che raggiungano una determinata soglia; infine, alcuni poteri sono attri-

<sup>33</sup> Cfr. P. Carretti, *op. cit.*

<sup>34</sup> Su questi nuovi strumenti parlamentari vedi tra i tanti A. Sciortino, *Governance economica europea e parlamenti nazionali*, Relazione al Convegno “Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello”, Roma, Camera dei deputati, 12-13 maggio 2015.

<sup>35</sup> A sottolineare il carattere eterogeneo in particolare E. Cannizzaro, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali nel processo di intergrazione europea: in margine ad uno scritto di L. Elia*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2009, 462 ss.

<sup>36</sup> Cfr. N. Lupo, *I Parlamenti nazionali e le istituzioni europee*, in G. Amato, R. Gualtieri (cura), *Prove di Europa unita. Le istituzioni europee di fronte alla crisi*, Firenze, 2013, 340.

buiti collettivamente comprendendo anche il Parlamento europeo (ed in particolare i poteri riconducibili alle forme di Convenzioni per le revisioni dei Trattati e alla cooperazione interparlamentare).

Alle singole Camere sono attribuiti i diritti di informazione e i poteri di controllo nei confronti dei Governi nazionali, il potere di esprimere pareri “motivati” alla Commissione nell’ambito del “dialogo politico” e il potere di impugnare un atto davanti alla Corte europea di Giustizia per violazione del principio di sussidiarietà. Al singolo Parlamento sono attribuiti poteri di veto sulle clausole “passerella”, mentre ai “gruppi di Camere” sono attribuiti poteri connessi al rispetto del principio di sussidiarietà, che si attivano al raggiungimento di una determinata soglia (la verifica del rispetto del principio di sussidiarietà è esercitabile individualmente da ciascuna Camera, ma richiede un consenso abbastanza ampio al fine di far scattare il “cartellino giallo” o il “cartellino arancione”, e produrre così effetti giuridici di un certo rilievo).

Se, invece, si prende a riferimento lo scopo in base al quale il potere è stato previsto, si distinguono da un lato i poteri diretti a proteggere le prerogative nazionali e, dall’altro, quelli corrispondenti al “classico” controllo parlamentare; nella prima categoria si sono collocati la verifica del rispetto del principio di sussidiarietà, ma anche i poteri di veto e la partecipazione alla revisioni dei trattati; nella seconda categoria, invece, hanno trovato posto i poteri di controllo relativi all’area di libertà, sicurezza e giustizia e quelli sulla politica estera e di sicurezza comune, oltre a quelli concernenti la *governance* economica<sup>37</sup>.

Alcuni di questi poteri si esauriscono in un mero diritto ad essere informati<sup>38</sup>, mentre altri consentono una partecipazione più attiva dei Parlamenti nazionali.

<sup>37</sup> Cfr. N. Lupo, *I poteri europei dei Parlamenti nazionali: questioni terminologiche, classificazioni e primi effetti*, cit., 110.

<sup>38</sup> Così ad esempio per ciò che attiene alla partecipazione alle procedure di revisione dei Trattati, laddove l’art. 48 TUE prevede, nel quadro della procedura ordinaria, la semplice notifica ai Parlamenti nazionali delle proposte di modifica avanzate al Consiglio da parte di uno Stato membro, dal Parlamento europeo o dalla Commissione, senza che nel successivo procedimento i Parlamenti abbiano alcuna voce in capitolo. Per contro, nel quadro delle procedure semplificate (che attengono a decisioni relative al passaggio dalla regola dell’unanimità a quella della maggioranza qualificata), il parere contrario anche di un solo Parlamento nazionale ne impedisce l’adozione. Configura un mero diritto di informazione anche il coinvolgimento dei Parlamenti in ordine alle domande di adesione all’Unione da parte di nuovi Stati, secondo quanto disposto dall’art.

Funzioni più attive che consentono di svolgere un ruolo politico più espansivo sono, ad esempio, quelle relativamente alla partecipazione di rappresentanti dei Parlamenti nazionali alle Convenzioni per le revisioni dei trattati, alla cooperazione interparlamentare o al c.d. “dialogo politico” con le istituzioni europee. Effetti particolarmente rilevanti possono avere i poteri di tipo negativo, come i poteri di veto sulle clausole “passerella” o il meccanismo di verifica di rispetto del principio di sussidiarietà<sup>39</sup>.

Le funzioni più rilevanti che sono state riconosciute ai Parlamenti nazionali sono indubbiamente quelle attinenti alla partecipazione alla creazione del diritto europeo. Particolarmente significativa – per i riflessi che sono in grado di produrre a livello di un rafforzamento del peso dei Parlamenti nazionali direttamente nella fase ascendente di formazione del diritto europeo – è la funzione di controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà, prevista dall’art. 12, 1° c. lett. *b* TUE e dal Protocollo sull’applicazione del principio di sussidiarietà e proporzionalità. Il controllo di sussidiarietà rappresenta una delle maggiori novità introdotte dal Trattato di Lisbona e costituisce una funzione conferita direttamente dal diritto europeo ai Parlamenti nazionali che questi ultimi possono svolgere in modo diretto con le istituzioni europee ed in particolare con la Commissione europea, la quale rimane – pur con le limitazioni apportate dal Trattato di Lisbona – la principale detentrica del potere di iniziativa legislativa<sup>40</sup>.

La scelta di individuare nei Parlamenti nazionali i *watchdogs* della sussidiarietà attraverso uno scrutinio *ex ante* (c.d. *early warning systems*)<sup>41</sup> implica una forte politicità del controllo, che coin-

49. Stesso discorso vale per l’associazione dei Parlamenti ai meccanismi di valutazione dell’Unione sull’attuazione da parte degli Stati membri delle politiche dell’Unione nell’ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, laddove l’art. 70 TFUE prevede che i Parlamenti nazionali vengano informati dei risultati di tale valutazione.

<sup>39</sup> Cfr. N. Lupo, *I poteri europei dei Parlamenti nazionali: questioni terminologiche, classificazioni e primi effetti*, cit., 109.

<sup>40</sup> Cfr. Vedi P. Ponzano, C. Hermanin, D. Corona, *The Power of Initiative of the European Commission: A Progressive Erosion*, [www.notreeurope.eu/media/commission\\_power\\_of\\_initiative\\_ne\\_feb2012.pdf?pdf=ok](http://www.notreeurope.eu/media/commission_power_of_initiative_ne_feb2012.pdf?pdf=ok).

<sup>41</sup> Il diritto primario declina il controllo di sussidiarietà secondo una duplice prospettiva, che comprende anche un controllo *ex post*, di tipo giuridico, affidato alla Corte di giustizia e attivabile da ciascun Stato membro. Cfr. Art. 8 Protocollo sul controllo sull’applicazione del principio di sussidiarietà e proporzionalità.

volge tutti i progetti di atti legislativi a prescindere dall'istituzione proponente<sup>42</sup>. Condizione per questo controllo politico *ex ante* è la conoscenza e l'informazione tempestiva di tutti i progetti di atto legislativo che le istituzioni proponenti hanno l'obbligo di trasmettere alle Camere nazionali. Entro un termine di otto settimane dalla trasmissione, i Parlamenti possono trasmettere ai Presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, pareri motivati in ordine alla loro contrarietà all'adozione dell'atto, che accertino l'eventuale violazione del principio di sussidiarietà, tutelando l'interesse nazionale e l'esigenza di assumere le decisioni rilevanti per la comunità al livello più prossimo al cittadino<sup>43</sup>. Se il diritto di trasmettere pareri motivati compete ad ogni Camera, l'obbligo di rivedere la proposta legislativa scatta solamente qualora siano raggiunte le soglie previste dal Trattato<sup>44</sup>. Ed è questa forza "semi-interdittiva" che differenzia l'attuale *early warning system* dal c.d. "dialogo politico", procedura collaborativa introdotta dieci anni fa dalla Commissione Barroso<sup>45</sup>, attraverso la quale la Commissione prende in considerazione tutti i contributi dei Parlamenti nazionali anche a prescindere dal rispetto del principio di sussidiarietà e dal numero delle Camere proponenti<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Cfr. P. Bilancia, *L'early warning system nella prassi dello spazio pubblico europeo*, Relazione al Convegno "Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello", Roma, Camera dei deputati, 12-13 maggio 2015.

<sup>43</sup> Cfr. P. Bilancia, *L'early warning system nella prassi dello spazio pubblico europeo*, cit.

<sup>44</sup> Cfr. il Protocollo sul controllo di sussidiarietà e di proporzionalità che, come noto, fa scattare la c.d. procedura del "cartellino giallo" al raggiungimento di un terzo dell'ammontare dei voti riconosciuti ai Parlamenti nazionali (ad ogni Parlamento spettano due voti; nei sistemi bicamerali ogni Camera ha un voto mentre le assemblee rappresentative regionali non vengono considerate). A seguito della ricezione dei pareri motivati, l'istituzione che ha esercitato l'iniziativa può scegliere se mantenere, modificare o ritirare il progetto. Peraltro, la procedura può sfociare in un "cartellino arancione", qualora si sia espressa la maggioranza semplice dei voti attribuiti ai Parlamenti nazionali. In quest'ipotesi il progetto legislativo deve essere trasmesso al Consiglio ed al Parlamento che affrontano preliminarmente la questione del rispetto o meno dei principi di sussidiarietà e se ritengono (deliberando il Consiglio a maggioranza del 55% dei suoi membri, il Parlamento a maggioranza dei voti espressi) che la proposta costituisca una violazione del principio di sussidiarietà la procedura si arresta.

<sup>45</sup> Cfr. tra gli altri M. Olivetti, *op. cit.*, 529 ss.

<sup>46</sup> La Commissione, con una comunicazione importante del 2005, ha affermato l'impegno "a trasmettere tutte le sue proposte e i suoi documenti di consultazione direttamente ai Parlamenti nazionali, invitandoli a reagire allo scopo di migliorare il processo di elaborazione delle politiche comunitarie". Cfr. Comunicazione della Commis-

La prassi applicativa del *early warnings system*, in atto fino ad ora, fa emergere, tuttavia, che è proprio il carattere collettivo del controllo preventivo che rende problematica l'incisività dello strumento di controllo parlamentare. A tale proposito è stato affermato che i Parlamenti nazionali, allo stato attuale e per via delle loro tradizioni costituzionali eterogenee e a causa anche della carenza di modelli organici di cooperazione<sup>47</sup>, non riescano ad istituire uno spazio istituzionale omogeneo<sup>48</sup>. Ciò è reso evidente anche dalla recente prassi dei pareri motivati. Non mancano i pareri motivati (su proposte fra l'altro sempre molto diversificate), anche se rispetto agli anni precedenti si sta verificando una drastica diminuzione, considerando il numero di 21 pareri motivati presentati alla Commissione europea rispetto agli 88 pareri nel 2013<sup>49</sup>. Nonostante questa attività dei Parlamenti di esprimere i loro pareri in merito alla loro contrarietà ad alcune proposte di atti legislativi europei, in sole due occasioni i Parlamenti nazionali hanno raggiunto le soglie fissate per il "cartellino giallo" dal Protocollo sull'applicazione del principio della sussidiarietà e proporzionalità: con la proposta di regolamento avente ad oggetto l'istituzione della Procura europea<sup>50</sup> (che la Commissione ha deciso di mantenere, nonostante l'intervento dei Parlamenti) e con la proposta di regolazione dell'esercizio di diritto di sciopero (c.d. Monti II)<sup>51</sup>.

---

sione "Un progetto per i cittadini: produrre i risultati per l'Europa" COM 2006/211. Già a partire da quello stesso anno, la Commissione ha dato seguito a tale impegno, istituendo al suo interno, in via di prassi, una speciale procedura dedicata alla presa in considerazione delle osservazioni ricevute dai Parlamenti nazionali.

<sup>47</sup> Cfr. N. Lupo, *I poteri europei dei Parlamenti nazionali: questioni terminologiche, classificazioni e primi effetti*, cit., 101 e 114.

<sup>48</sup> Cfr. P. Bilancia, *L'early warning system nella prassi dello spazio pubblico europeo*, cit., 11.

<sup>49</sup> Cfr. Relazione annuale 2014 in materia di sussidiarietà e proporzionalità, a cura della Commissione europea, COM (2015) 315 final, 4.

<sup>50</sup> I Paesi che hanno approvato parere motivato sono 11 (Cipro, Ungheria, Romania, Gran Bretagna, Francia, Olanda, Irlanda, Malta, Slovenia, Repubblica Ceca) ed hanno accolto un totale di 18 voti.

<sup>51</sup> Un altro dato interessante è che i pareri motivati ricevuti nel 2014 costituiscono una percentuale notevolmente inferiore (4%) al numero complessivo di pareri ricevuti nel medesimo anno dalla Commissione nel contesto del dialogo politico (Il totale dei pareri ricevuti dalla Commissione ammonta a 506), il quale sembra costituire, pertanto, la via di accesso privilegiato delle istituzioni rappresentative degli Stati membri per avanzare richieste di revisioni dei progetti legislativi a livello europeo. Cfr. Relazione annuale 2014 in materia di sussidiarietà e proporzionalità, a cura della Commissione europea, COM (2015) 315 final, 4.

Anche se i Parlamenti nazionali sono stati individuati come i guardiani (“*watchdogs*”) della sussidiarietà<sup>52</sup>, l’art. 6, 1° comma del Protocollo sul controllo della sussidiarietà non prevede alcun obbligo di fornire pareri. Il meccanismo di controllo preventivo si basa sulla discrezionalità e sull’iniziativa propria di ogni Camera parlamentare degli Stati membri, che può impiegare questi poteri di controllo, che altrimenti marcerebbero a vuoto<sup>53</sup>.

In considerazione del fatto che la gran parte dei pareri motivati si riferisce ad argomenti molto diversi e solo raramente alle stesse proposte di atti legislativi, e che in essi vengono portati una pluralità di argomenti poco coordinati tra i vari Parlamenti per sostenere la contrarietà all’atto proposto, è stato messo in evidenza che allo stato attuale sono ancora carenti un efficace dialogo e un coordinamento istituzionalizzato che consentano di produrre in tempi piuttosto rapidi posizioni congiunte dei Parlamenti nei confronti delle istituzioni europee; emerge per lo più la tendenza dei singoli Parlamenti nazionali a muoversi in modo autonomo, confrontandosi in primo luogo non con le istituzioni omologhe degli altri Stati membri, ma con le posizioni espresse dai propri Esecutivi sulle singole proposte di atto legislativo dell’UE<sup>54</sup>. I pareri motivati presentati alle istituzioni europee spesso sono manifestazioni degli indirizzi politico-parlamentari sui governi nazionali<sup>55</sup>.

Una certa pressione politica sulla Commissione non può essere negata quando un numero non irrilevante di pareri negativi vengono consegnati da parte dei Parlamenti nazionali, in particolare se

---

<sup>52</sup> Secondo l’espressione di I. Cooper, *The Watchdogs of Subsidiarity: National Parliaments and the Logic of Arguing in the EU*, in *Journal of Common Market Studies*, 44 (2), 2006, 281 ss.

<sup>53</sup> I Parlamenti devono, pertanto, adattare le strutture interne e lo svolgimento dei lavori parlamentari in modo da poter attivare efficacemente la loro funzione di controllo europeo. Per l’attuazione del meccanismo di controllo preventivo nel diritto interno, la gran parte dei Parlamenti e delle Camere prevede la partecipazione della commissione parlamentare incaricata delle questioni europee, in parte in collaborazione con le commissioni specializzate, ed in parte con l’assemblea plenaria. Una descrizione dei procedimenti nelle singole Camere si trova in COSAC, Report on the Results of COSAC’s Subsidiarity and Proportionality Check on the Commission Proposal for a Regulation on the Applicable Law and Jurisdiction in Divorce Matters, 5 ss.

<sup>54</sup> Cfr. N. Lupo, *Parlamento europeo, Parlamenti nazionali nella Costituzione “composita” dell’UE. Le diverse letture possibili*, in A. Ciancio (a cura), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l’integrazione politica in Europa*, Roma, 2014, 387.

<sup>55</sup> Cfr. P. Bilancia, *L’early warning system nella prassi dello spazio pubblico europeo*, cit., 7.

si presume che i commenti e le opinioni in essi espressi siano stati concordati preliminarmente con i rispettivi Governi<sup>56</sup>.

Se il meccanismo di controllo di sussidiarietà viene concepito a livello nazionale come diritto attivabile da parte della maggioranza parlamentare (e non anche della minoranza), un parere motivato parlamentare pronunciato anche contro la volontà del Governo diventa pressoché impensabile. Per questo motivo non si può nemmeno escludere che la Commissione, date certe condizioni, decida di riesaminare un disegno legislativo anche se la soglia non venga raggiunta, o, come nel caso del parere sul diritto di sciopero, non sussista una violazione del principio di sussidiarietà. In tale ottica non si può escludere che i Governi nazionali – attraverso la maggioranza parlamentare da essi dominata – potrebbero essere tentati di abusare del sistema di allarme preventivo per i propri scopi. Ad esempio, i pareri parlamentari possono essere avviati e decisi dalla maggioranza parlamentare per il solo scopo di sostenere il Governo nei negoziati del Consiglio. I poteri, originariamente progettati per rafforzare i Parlamenti, paradossalmente, potrebbero contribuire ad aumentare la sfera di intervento del potere esecutivo, se i Parlamenti nazionali continuassero ad utilizzarli in maniera piuttosto passiva e senza consapevolezza (o visione propria) del loro ruolo nei meccanismi legislativi dell'UE.

La dimensione della politica nazionale continua, pertanto, ad essere quella che maggiormente determina il comportamento dei Parlamenti a livello europeo, e ciò non soltanto per via delle dinamiche tipiche che intercorrono nelle forme di governo dei singoli Stati membri (che sono particolarmente strette e coordinate nei sistemi parlamentari dove Parlamento e Governo sono collegati dal rapporto di fiducia), ma anche per altri due motivi di carattere più procedurale. Il primo riguarda la complessità e pluralità sia degli atti sui quali i Parlamenti possono proporre pareri motivati, sia delle procedure che, in parziale sovrapposizione, possono essere attivate dalle istituzioni rappresentative nazionali. In effetti, le procedure che possono essere attivate dalle singole Camere su ciascuna propo-

---

<sup>56</sup> E questo effettivamente era il caso dell'unica proposta che la Commissione ha ritenuto di ritirare a seguito delle censure avanzate da un gruppo coordinato di Parlamenti nazionali; la Commissione, in tale circostanza, ha deciso di non confermare la proposta di disciplina (ed era il caso del diritto di sciopero) in primo luogo per ragioni di convenienza politica ma anche dal timore di non ottenere il sostegno sufficiente da parte del Consiglio (oltre che dal Parlamento europeo).

sta di legge sono ben tre<sup>57</sup>, e l'esame sotto il profilo della sussidiarietà (attivabile solamente relativamente a materie in cui l'UE non disponga di competenze esclusive) costituisce solo una delle possibilità di far valere le proprie osservazioni in merito alla contrarietà dell'atto proposto. Una seconda procedura attivabile è quella che s'inscrive nel c.d. "dialogo politico", nell'ambito del quale ciascuna Camera può indirizzare – in maniera collaborativa – contributi alla Commissione ed alle altre istituzioni dell'UE sul merito di una proposta; infine, – ed è questo il meccanismo fino ad ora più rilevante – ciascuna Camera può rivolgersi al proprio Governo al fine di indirizzare l'attività che il Governo medesimo porrà in essere, su quella proposta in seno al Consiglio e attraverso i canali più diversi del processo decisionale europeo, riconducibile al *general scrutiny* parlamentare sulla politica europea del Governo ai sensi dell'art. 12, c. 1, lett. a) TUE. Chiaramente, ciascuna di queste procedure è basata su caratteri diversi in merito all'oggetto di esame parlamentare, ai parametri in base ai quali svolgere l'esame, ai destinatari delle osservazioni che usciranno dall'esame medesimo ed, infine, all'arco temporale disponibile per effettuare l'esame dell'atto<sup>58</sup>. Questo quadro piuttosto articolato e complesso richiede una elaborazione procedurale a livello del diritto parlamentare degli Stati membri altrettanto sofisticata, in quanto deve instaurare un collegamento continuo tra il livello europeo e quello nazionale (compreso quello regionale), nel quale deve essere integrata anche la prassi del dialogo sulle questioni europee con gli altri Parlamenti nazionali<sup>59</sup>, e quindi procedure che consentono alle singole Istituzioni di rappresentanza nazionale a diventare "*multilevel players*". Solo in questo modo i diritti di partecipazione relativamente al diritto primario e secondario dell'UE possono essere esercitati in maniera effettiva<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Cfr. N. Lupo, *I poteri europei dei Parlamenti nazionali: Questioni terminologiche, classificazioni e primi effetti*, cit., 117.

<sup>58</sup> Cfr. N. Lupo, *I poteri europei dei Parlamenti nazionali: Questioni terminologiche, classificazioni e primi effetti*, cit., 117.

<sup>59</sup> Nella maggior parte degli Stati membri sono stati introdotti (o rinforzati) strumenti come apposite commissioni parlamentari, sistemi di informazione tra Governo e Parlamento per le questioni europee nonché la possibilità di formulare pareri e risoluzioni relativamente ai documenti europei o addirittura la sottoposizione dei negoziati governativi in sede di Consiglio ad un previo mandato parlamentare.

<sup>60</sup> Sulla carenza di procedure e competenze adeguate per un efficace svolgimento delle funzioni europee della gran parte dei Parlamenti nazionali, vedi l'analisi comparativa svolta da M. Mayer, *op. cit.*, specialmente 559 ss.

La parte più significativa della componente di controllo della funzione europea risiede, tuttavia, nel rapporto tra Parlamento e Governo. È il *general scrutiny* sulle posizioni che i Governi terranno in sede di Consiglio europeo (e di Consiglio dell'Unione europea) che consente ai Parlamenti di incidere con più efficacia sui meccanismi di produzione del diritto europeo.

Tali poteri di partecipazione e di controllo costituiscono funzioni europee indirette delle Camere parlamentari, in quanto, pur trovando origine a livello europeo, è solo attraverso il filtro della normativa nazionale che essi vengono elevati a funzione parlamentare. Ogni Parlamento (o meglio ogni Camera<sup>61</sup>) degli Stati membri ha impostato un individuale procedimento di controllo dell'operato del proprio esecutivo a livello europeo con fonti costituzionali, legislative e con gli stessi regolamenti parlamentari<sup>62</sup>. La concreta disciplina nazionale del *general scrutiny* è determinata dal contesto costituzionale in cui operano i Parlamenti nazionali, inserendosi direttamente nelle dinamiche istituzionali caratterizzanti la forma di governo vigente in ciascun ordinamento nazionale<sup>63</sup>.

Da un'analisi comparata, sembra potersi dire che, nonostante tutte le differenze nelle formulazioni legislative, la struttura generale appare essere simile in tutti gli ordinamenti degli Stati europei: i Governi, in alcuni casi insieme al Capo di Stato dotato di competenze per le politiche europee, devono concedere ai loro Parlamenti la possibilità di controllo sia preventivo che successivo del loro operato in ambito europeo. Nell'effettività della politica europea dei Parlamenti, le maggioranze parlamentari possono avvalersi, di fatto, di poteri attraverso i quali riescono a legare i propri Governi in larga misura alle loro opinioni. Il modello esemplare per molte delle

---

<sup>61</sup> Nell'Unione europea a 28 Stati membri, vi sono 41 Camere (13 Parlamenti bicamerali e 15 monocamerali) titolari dei poteri europei. Cfr. N. Lupo, *I poteri europei dei Parlamenti nazionali: Questioni terminologiche, classificazioni e primi effetti*, cit., 101.

<sup>62</sup> Cfr., per tutti, C. Fasone, *Quale è la fonte più idonea a recepire le novità di Lisbona del Trattato di Lisbona sui Parlamenti nazionali?*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 3/2010 e R. Bifulco, *La Costituzione italiana dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, n. 1, 1 ss. Per il quadro normativo dei poteri europei in Italia vedi G. Piccirilli, *Il Parlamento italiano: le procedure europee nella legge n. 234 del 2012*, in A. Manzella, N. Lupo, *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, Torino, 2014, 204 ss.

<sup>63</sup> Cfr. C. Calliess, T. Beichelt, *op. cit.*, 387 s.

riforme istituzionali verso l'uropeizzazione delle Camere è stato il meccanismo di "mandato negoziale" previsto per il *Folketing* danese che partecipa al governo delle politiche europee, legando il Governo danese ad un mandato conferitogli prima dei negoziati intergovernativi<sup>64</sup>.

La funzione di controllo assume un carattere particolarmente significativo nelle forme di governo parlamentari, per il necessario rapporto di fiducia che lega gli esecutivi alle istituzioni rappresentative. Condizione indispensabile per un efficace sistema di partecipazione parlamentare nelle questioni europee è la posizione forte del Parlamento all'interno dei rapporti istituzionali tra potere esecutivo e legislativo. In tali sistemi, le Camere nazionali accrescono la propria influenza nel processo decisionale europeo con il c.d. "mandato negoziale", disciplinato da alcuni Stati membri (ad esempio in Danimarca ed in Austria), che vincola il Governo ad attenersi alle direttive parlamentari in sede di negoziato presso il Consiglio.

Tuttavia, l'evoluzione dei poteri di controllo – avvenuta, a livello degli ordinamenti dei singoli Stati membri, autonomamente ed in anticipo rispetto alle analoghe tendenze sostenute e alimentate direttamente dalle istituzioni europee<sup>65</sup> – non si pone in contrasto con le tradizioni costituzionali nazionali e, di conseguenza, non comporta modifiche essenziali di tipo "rivoluzionario" delle relazioni tra gli organi che compongono il sistema politico nazionale.

Il problema di base della gran parte dei sistemi di partecipazione e di controllo (l'eccezione sembra essere la Danimarca dove il susseguirsi di Governi sostenuti da una minoranza parlamentare crea dinamiche politiche diverse) si trova, in realtà, in una incompatibilità strutturale di essi con la tradizionale unità politica tra Governo e maggioranza parlamentare, tipica dei sistemi parlamentari caratterizzati da forti dinamiche partitiche. L'"alleanza" con il Governo impedisce alla maggioranza parlamentare di bloccare o limitare, con mandati o pareri, gli spazi decisionali del proprio Esecutivo nella gestione delle questioni a livello europeo<sup>66</sup>.

La generale percezione del ruolo europeo è quindi caratterizzata da un meccanismo di autolimitazione, per cui l'influenza delle

---

<sup>64</sup> Cfr. C. Calliess, T. Beichelt, *op. cit.*, 346.

<sup>65</sup> Cfr. M. Mayer, *op. cit.*, 177 ss.

<sup>66</sup> Cfr. M. Mayer, *op. cit.*, 497.

rappresentanze popolari agli affari europei continua ad essere debole e non certo di indirizzo, nonostante la costante crescita delle normative che delimitano tali funzioni. In considerazione di ciò, non sembra che ci sia un rischio troppo elevato che i Parlamenti nazionali, attraverso un impiego in maniera “autonoma” dei loro poteri europei, potessero ostacolare o frenare il processo di integrazione europea, come pure sostenuto da parte della dottrina<sup>67</sup>.

Questa analisi ha trovato conferma anche nel ruolo svolto dai Parlamenti (sia quelli nazionali che quello europeo) nella *governance* economica e finanziaria, che è stato più partecipativo che legislativo, “più reattivo che attivo e più di controllo che di indirizzo”<sup>68</sup>, anche per via del fatto che le principali misure in materia economico-finanziaria sono state adottate al di fuori del sistema del diritto europeo attraverso l’adozione di veri e propri trattati internazionali<sup>69</sup>. In tale contesto di estrema “prova” dei poteri parlamentari europei, in linea generale, i Parlamenti nazionali hanno dimostrato una partecipazione in forma cooperativa, e quindi prevalentemente di legittimazione dei risultati ottenuti da parte dei loro Governi a livello europeo, assurgendo in questo modo non a controllori ma a “collaboratori intergovernativi”<sup>70</sup>.

##### 5. *Conclusioni: I poteri europei e la loro (predominate) dimensione nazionale*

Alla luce delle osservazioni concernenti gli aspetti giuridici ed applicativi della funzione europea dei Parlamenti nazionali, possiamo concludere che ad oggi – nonostante il rafforzamento del

---

<sup>67</sup> L’avvio per il coinvolgimento dei Parlamenti nazionali nelle questioni europee può farsi risalire al Trattato di Amsterdam del 1997; due dichiarazioni annesse a questo Trattato erano espressamente dedicate a questo tema.

<sup>68</sup> Cfr. M. Mayer, *op. cit.*, 132 ss.

<sup>69</sup> Un rischio evidenziato ad esempio da J. Ziller, *Il nuovo trattato europeo*, Bologna, Il Mulino, 2007, 105; R. Mastroianni, *Procedimento legislativo comunitario e ruolo dei Parlamenti nazionali: è davvero un passo avanti?*, in C. De Caro, N. Lupo (cura), *op. cit.*, 343; E. Cannizzaro, *op. cit.*, 460 ss. e cfr. P. Caretti, *op. cit.*, 9.

<sup>70</sup> Cfr. J. Luther, *I Parlamenti come memoria di sovranità e generatori di solidarietà*, Relazione al Convegno “Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello”, Roma, Camera dei deputati, 12-13 maggio 2015. Per l’analisi dell’atteggiamento collaborativo e non di indirizzo o di blocco nell’adozione delle misure per la gestione della crisi dei debiti a livello europeo vedi C. Calliess, T. Beichelt, *op. cit.*

quadro giuridico ad opera del Trattato di Lisbona e dei successivi interventi normativi a livello nazionale – non esiste un modello unico ed omogeneo in cui si articolano i diritti di partecipazione e di controllo dei Parlamenti nazionali.

In maniera asincronica sembra svilupparsi anche la concreta attivazione dei poteri europei da parte dei singoli Parlamenti, dato che alcune Camere sono dotate di poteri più forti esercitati anche con maggiore ambizione (questo è il caso, ad esempio, del *Folketing* danese) e Camere il cui ruolo europeo, sebbene formalmente rinforzato dal Trattato di Lisbona, rimane sul piano piuttosto simbolico.

L'omogeneità delle discipline e dell'attivazione concreta dei poteri europei sarebbe, in verità, un risultato troppo ambizioso, se si considera che le nuove dinamiche scaturenti dalla funzione europea delle Istituzioni di rappresentanza nazionale, per forza di cose, devono (e dovranno) articolarsi in larga prevalenza intorno alla dimensione nazionale, inserendosi – ad oggi – prevalentemente nei rapporti tra legislativo ed esecutivo nazionale. In tale ottica, il livello di indagine rimane in primo luogo quello di ciascun Parlamento, e di conseguenza della forma di governo vigente nel rispettivo ordinamento nazionale, dove la dialettica europea assume caratteri diversi, interferendo in maniera più significativa nelle forme di governo parlamentari (per il necessario rapporto di fiducia che lega gli esecutivi alle istituzioni rappresentative), e con meno impatto politico nelle forme semipresidenziali (soprattutto nei sistemi dotati di Capi di Stato con delega per la politica estera ed europea).

In linea generale si può notare che fino ad oggi i Parlamenti tendono a dare maggiore importanza alle funzioni di controllo sui loro rispettivi Governi rispetto alle altre funzioni di partecipazione alle questioni europee, ed in particolare rispetto agli strumenti con cui i Parlamenti entrano in un rapporto diretto con le istituzioni europee. Molto dipende pur sempre dalle basi politico-culturali dei singoli Paesi e se i Governi gestiscono la politica europea nell'ambito della politica estera o se – in conformità alla realizzazione di un

---

<sup>71</sup> Cfr. P. Bilancia, *La nuova governance dell'Eurozona*, in F. Angelini, M. Benvenuti (cura), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Napoli, 2012, 19 ss.

<sup>72</sup> Cfr. C. Calliess, T. Beichelt, *op. cit.*, 287 ss.

modello sovranazionale – concepiscono l'integrazione europea come parte della politica interna europeizzata.

Nell'attuale costruzione della partecipazione dei Parlamenti nazionali nelle questioni europee rimane, pertanto, improbabile che i Parlamenti nazionali potranno diventare attori europei forti. Se da un verso esiste il "problema" che i Parlamenti nazionali riescono a svolgere le loro funzioni europee prevalentemente all'interno della peculiare dimensione nazionale in cui essi sono inseriti, dall'altro va anche considerato che le funzioni europee esulano in termini istituzionali e procedurali dalle tradizionali funzioni di sovranità parlamentare. Se si intende rinforzare veramente il ruolo dei Parlamenti nazionali servirebbero modifiche, all'interno dei Trattati dell'UE, dei poteri europei che comprendano anche l'iniziativa legislativa parlamentare. Ipotizzabile (ma difficilmente praticabile) sarebbe un meccanismo, sempre collettivo, che preveda che un determinato numero di Parlamenti possa presentare una proposta per un atto legislativo alla Commissione che la prenda in considerazione. Tuttavia, già l'esperienza dei pareri motivati del controllo preventivo dimostra che è difficile mettere sullo stesso piano i Parlamenti nazionali, i quali si muovono (o non si muovono) in maniera autonoma e, pertanto, in gran parte, in maniera asincronica tra loro.

La carente legittimazione originaria dell'Unione europea non potrà, quindi, essere superata attraverso procedimenti legislativi sempre più complessi e con sempre più gruppi da coinvolgere (tra istituzioni nazionali e quelle europee), ma solo attraverso una riforma strutturale dei Trattati in cui si avrà una visione unita e con meccanismi decisionali snelli ed efficaci nei quali si sapranno cogliere le peculiarità e i punti di forza di un ordinamento costituzionale fondato sulla cooperazione tra Stati nazionali europeizzati. Ma questo è un processo politicamente faticoso e rischioso, e che richiede al suo termine la ratifica di ciascun Parlamento nazionale.

### *Abstract*

The article analyses the legal and political aspects of the participation of European Parliaments in the legislative process of the European Union. It points out that the powers of control and participation are still highly determined by the dynamics between the legislative and executive

powers at the national level and that the powers recognized by the European Treaties are modifying the traditional parliamentary functions.

L'articolo delinea i profili giuridici e politici della partecipazione dei Parlamenti europei alla procedura di creazione del diritto europeo, mettendo in evidenza che i poteri di controllo e di partecipazione sono tuttora determinati dalle dinamiche tra legislativo ed esecutivo a livello nazionale e che i poteri riconosciuti dai Trattati europei stanno modificando le tradizionali funzioni parlamentari.

GIULIANA GIUSEPPINA CARBONI

## REFERENDUM E RAPPRESENTANZA NELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Il referendum e la crisi dell'Unione europea. – 2. La democrazia rappresentativa europea. – 2.1. Le funzioni della rappresentanza europea. – 3. I referendum sui temi dell'Unione. – 3.1. La specialità della democrazia referendaria europea. – 3.2. Gli effetti del referendum sul processo di integrazione. – 4. Riflessioni sul ruolo del referendum per il futuro dell'Unione.

### 1. *Il referendum e la crisi dell'Unione europea*

L'Unione europea è alla ricerca della stabilità economica e istituzionale. La prima è stata messa in pericolo dalla grave crisi economico-finanziaria che ha preso avvio nel 2008; la seconda si è incrinata dopo il fallimento del processo di ratifica del Trattato per la Costituzione d'Europa, dovuto ai risultati negativi dei referendum olandese e francese del 2005. È pur vero che l'approvazione del Trattato di Lisbona ha portato a compimento, almeno in parte<sup>1</sup>, il processo di modifica interrotto dal voto popolare. Tuttavia, anche questo Trattato ha richiesto un doppio referendum per superare le resistenze irlandesi, confermando le difficoltà del processo d'integrazione<sup>2</sup>. La doppia crisi che affligge l'Unione non è stata ancora superata e si riflette sul funzionamento e l'efficacia dei processi decisionali<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Il Trattato di Lisbona accoglie in larga parte i contenuti del Trattato costituzionale. M. Dougan, *The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds Not Hearts*, in *Common Market Law Review*, 2008, 45, 617 ss.

<sup>2</sup> Dopo un primo referendum negativo tenutosi nel giugno del 2008, l'Irlanda ha indetto, sotto la pressione dei partner europei, un secondo referendum nell'autunno del 2009. G. De Burca, *If at First You Don't Succeed: Vote, Vote Again: Analyzing the Second Referendum Phenomenon in Eu Treaty Change*, in *Fordham Int. Law J.*, 2010, 33, 1472 ss.

<sup>3</sup> N. Scicluna, *Politicization without democratization: How the Eurozone crisis is transforming EU law and politics*, in *Int J. Const. Law*, 2014, 12, 545 ss.

Un primo sintomo dell'imperfetto funzionamento dei meccanismi decisionali è la fuga dai Trattati e dal diritto dell'UE, che negli ultimi anni ha caratterizzato alcune misure adottate dagli Stati membri per fronteggiare la crisi. L'adozione di procedure extra-UE comporta l'aggiramento del principio rappresentativo, che si pone, per espressa previsione del TUE, alla base del funzionamento della democrazia europea.

Un secondo sintomo è il ruolo assunto dal referendum nel processo d'integrazione. L'adozione diffusa del referendum, per determinare o confermare le scelte dei governi riguardo al processo d'integrazione, può essere considerato una forma di supplenza dei meccanismi rappresentativi e dei processi decisionali euro-nazionali, nonostante questo istituto non venga in alcun modo previsto dai Trattati e dal diritto derivato.

Negli ultimi anni il referendum ha conosciuto una straordinaria fortuna; in diverse aree del mondo l'istituto ha accompagnato la nascita di nuovi Stati, il cambiamento radicale di alcune Costituzioni, il processo di decentramento e regionalizzazione<sup>4</sup>. L'oggetto delle consultazioni e le tipologie referendarie hanno travalicato la casistica offerta da paesi noti per la singolare presenza dell'istituto referendario accanto e a integrazione delle istituzioni rappresentative, quali Svizzera, Stati Uniti e Italia.

In questo scenario, i referendum europei costituiscono una parte rilevante della recente esperienza referendaria e meritano un'attenzione particolare. Il tema del rapporto tra referendum e Unione europea è emerso come questione autonoma e distinta dal rapporto tra democrazia rappresentativa e referendum, che è stato oggetto di un ampio dibattito lungo tutto il XX secolo<sup>5</sup>. La letteratura più recente ha avvertito la necessità di superare il binomio tradizionale referendum/rappresentanza, che ha dominato gli studi sul tema, e di considerare l'interazione tra una specifica tipologia refe-

---

<sup>4</sup> S. Tierney, *Constitutional Referendum: A Theoretical Enquiry*, in *Modern Law Review*, 2009, 72, 360 ss.

<sup>5</sup> D. Butler, A. Ranney, *Referendums around the World*, London, MacMillan, 1994; M. Caciagli, P.V. Uleri, *Democrazie e referendum*, Roma, Laterza, 1994; M. Qvortrup, *A Comparative Study of Referendums Government by the People*, Manchester University Press, 2005; M. Setälä, *Referendums in Western Europe-A Wave of Direct democracy*, in *Scandinavian Political Studies*, 1999, 22, 327 ss.; S. Tierney, *Constitutional Referendum. The Theory and Practice of Republican Deliberation*, Oxford, OUP, 2012.

rendaria e un determinato sistema rappresentativo<sup>6</sup>. In questa cornice, va segnalato il crescente interesse degli studiosi per i referendum sui temi europei<sup>7</sup>.

Questo scritto si propone di analizzare l'incidenza del referendum sulla democrazia rappresentativa europea. A tal fine il lavoro sarà articolato in tre parti: la prima analizzerà la democrazia rappresentativa europea, come si è venuta configurando dopo Lisbona; la seconda considererà l'istituto del referendum sui temi europei; la terza indagherà gli effetti del referendum sui processi decisionali dell'Unione; in conclusione si cercherà di formulare alcune riflessioni sugli effetti del referendum per il futuro del processo europeo di integrazione.

## 2. *La democrazia rappresentativa europea*

L'art. 10, par. 1, TUE definisce l'Unione europea una "democrazia rappresentativa"<sup>8</sup>. Il principio rappresentativo è l'unico su cui "si fonda il funzionamento dell'Unione". Per altro, ad assicurare la vita democratica dell'Unione, concorrono anche il principio di partecipazione, la trasparenza dell'azione pubblica, le previsioni sul dialogo sociale e sul ruolo dei partiti, le forme di democrazia diretta, quali il diritto di petizione e d'iniziativa<sup>9</sup>.

Tra le forme di partecipazione democratica non è previsto il re-

<sup>6</sup> S. Hug, *Some Thought about Referendum, Representative Democracy, and Separation of Power*, in *Const. Pol. Econ.*, 2009, 20, 251 ss.

<sup>7</sup> S. Hug, *Voices of Europe: Citizens, Referendums, and European Integration*, Lanham, Md., Rowman & Littlefield Publisher, 2002; S. Hobolt, *Direct Democracy and European Integration*, in *J. of Eur. Public Policy*, 2006, 13, 153 ss.; S. Tierney, *The People Last Sigh? Referendums and European Integration*, in *European Public Law*, 2012, 18, 691 ss.

<sup>8</sup> Espressione che equivale secondo alcuni a "democrazia parlamentare". A. Manzella, *Sui principi democratici dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013; N. Lupo, *Parlamento europeo e Parlamenti nazionali nella Costituzione "composita" nell'UE: le diverse letture possibili*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2014; N. Lupo, *Il controllo parlamentare sui Governi degli Stati membri dell'Unione europea, tra trasparenza e privacy*, in *Federalismi.it* n. 3 del 2015.

<sup>9</sup> C. Pinelli, *Rappresentanza e democrazia nel Trattato costituzionale e nella recente esperienza dell'Unione*, in L. Chieffi (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*, Torino, Giappichelli, 2006, 110 ss.; P. Ridola, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione europea fra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, 325 ss.; M. Mezzanotte, *La democrazia diretta nei Trattati dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2015.

ferendum ma ciò non può meravigliare, ove si consideri che per i primi decenni il processo di integrazione europea si è retto su processi di decisione non-maggioritari, che prescindono dal legame elettori-parlamento-istituzioni di governo per la legittimità delle decisioni<sup>10</sup>. La Comunità europea, la cui organizzazione era stata pensata per un numero di Stati e di compiti limitati, era nata su basi non propriamente democratiche<sup>11</sup>. Gli eccessi della democrazia parlamentare d'inizio secolo avevano reso diffidenti i costituenti europei nei confronti delle assemblee rappresentative. Il compito di realizzare l'integrazione europea venne affidato al diritto comunitario, che conquistò il primato sul diritto interno degli Stati grazie al fondamentale contributo della giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>12</sup>. Il predominio del diritto sulla politica ha conferito alla democrazia europea un carattere assai diverso da quello delle democrazie nazionali, che è stato definito "funzionalista" perché basato sulla capacità delle istituzioni di decidere nell'interesse dei cittadini più che sulla capacità di rispondere ai loro desideri e aspettative.

I caratteri iniziali della Comunità europea hanno inciso sugli sviluppi successivi, che, per quel che riguarda l'affermazione della rappresentanza possono essere ricondotti a tre momenti fondamentali: l'istituzione, nel 1979, di un Parlamento europeo elettivo; il tentativo del Trattato costituzionale di rafforzare la democrazia dell'Unione ridefinendo le sue istituzioni e incorporando la Carta dei diritti<sup>13</sup>, l'approvazione del Trattato di Lisbona, contenente una se-

<sup>10</sup> G. Majone, *Deficit democratico, istituzioni non-maggioritarie ed il paradosso dell'integrazione europea*, in *Stato e mercato*, 2003, 67, 6 ss.

<sup>11</sup> Una parte della dottrina italiana ha considerato incompatibile l'assetto dell'Unione con i principi democratici del nostro ordinamento. G. Guarino, *Euro. Venti anni di depressione (1992-2012)*, in *Nomos*, 2012, 71 ss.; di diverso avviso G. Della Canea, *Lex fiscalis europea*, in *Quad. cost.*, 2014, 10 ss.; sul punto si veda anche A. Morrone, *Crisi economica e integrazione politica in Europa*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2014. Strenuo difensore dell'assetto non maggioritario dell'Europa, prima e dopo la crisi, A. Moravcsik, *The Myth of Europe's "Democratic Deficit"*, in *Intereconomics*, 2008, 331 ss.; *Europe after the Crisis: How to Sustain a Common Currency*, in *Foreign Affairs*, 2012, 54 ss.

<sup>12</sup> R.D. Kelemen, *Eurolegalism and Democracy*, in *J. of Common Market Studies*, 2012, 50, 55 ss.; N. Scicluna, *Politicization without democratization: How the Eurozone crisis is transforming EU law and politics*, cit., 545 ss.

<sup>13</sup> R. Bin, *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2014, 3 ss., secondo il quale l'Unione non può essere legittimata dai risultati, tanto meno in tema di diritti; F. Balaguer Callajón, *Crisi economica e crisi costituzionale in Europa*, in B. Andò, F. Vecchio (a cura di), *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea*, Padova, Cedam, 2012, 333 ss.

rie di disposizioni riguardanti i principi democratici, tra le quali l'art. 10 TUE<sup>14</sup>.

Grazie a questa disposizione, la rappresentanza assurge a elemento essenziale della democrazia europea, realizzando una forma originale di organizzazione pluralistica, che trascende la democrazia rappresentativa statale<sup>15</sup>. La rappresentanza nazionale scaturisce dall'esigenza di esprimere e tutelare gli interessi finanziari dei cittadini, attraverso istituzioni collettive in grado di incidere sull'azione dei governi<sup>16</sup>. Su queste basi la rappresentanza ha progressivamente conquistato una molteplicità di funzioni: dall'originario compito di esprimere il consenso della comunità interessata ai tributi e alle spese, alla rappresentazione degli interessi in Parlamento, dall'approvazione con legge del bilancio, fino al controllo democratico delle decisioni economico-finanziarie.

La rappresentanza europea è nata, invece, come risposta al c.d. deficit democratico dell'Unione, la quale, paradossalmente, nel frattempo si è appropriata di una parte significativa dei poteri relativi al governo della finanza pubblica<sup>17</sup>. Ma l'Unione europea, è questo il punto che merita di essere sottolineato, agendo entro una diversa cornice di principi e poteri, ricorre a processi non necessariamente basati sulla tradizione costituzionale della rappresentanza (e sulla legge) per la selezione degli interessi, la legittimazione delle decisioni, la verifica della responsabilità.

### 2.1. *Le funzioni della rappresentanza europea*

Per quanto riguarda il tema della rappresentazione degli interessi<sup>18</sup>, la questione va affrontata partendo dalla considerazione che

<sup>14</sup> A. Manzella, *Sui principi democratici dell'Unione europea*, cit., *passim*; P. Ridola, *Il principio democratico tra stati nazionali e Unione europea*, in P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., 305 ss.

<sup>15</sup> F. Pizzolato, *Rappresentanza politica e Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 372.

<sup>16</sup> Il legame, condensato nel principio *no taxation without representation*, appartiene alle tradizioni costituzionali comuni dei Paesi membri dell'Unione. Così G. Della Cananea, *Lex fiscalis europea*, cit., 12.

<sup>17</sup> G. Pitruzzella, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, in *Quad. cost.*, 2012, 9 ss.; A. Giovanelli, *Vincoli europei e decisioni di bilancio*, in *Quad. cost.*, 2013, 933 ss.; P. Bilancia, *La nuova governance dell'eurozona e i "riflessi" sugli ordinamenti nazionali*, in *Federalismi.it*, n. 23 del 2012.

<sup>18</sup> Sull'importanza degli interessi rappresentati per comprendere le funzioni

questi interessi ricevono una prima sintesi a livello nazionale, e devono poi essere declinati a livello europeo. Gli interessi europei e quelli nazionali non sono necessariamente coincidenti ma ciò che più rileva è la differenza dei processi rappresentativi.

La rappresentanza nazionale nasce per garantire il passaggio dalla molteplicità all'unità del soggetto collettivo, sulla base di un processo elettivo di autorizzazione che rende autonomo il rappresentante (grazie al mandato libero) e istituisce un rapporto fiduciario con il rappresentato<sup>19</sup>. Benché la rappresentanza nazionale abbia visto indebolirsi la propria capacità di far emergere l'interesse generale dalla miriade di interessi particolari, essa continua a dare forma democratica all'esercizio del potere<sup>20</sup>.

La rappresentanza europea ha un carattere plurale, non solo elettivo, e il suo ruolo è di garantire la coesistenza di realtà collettive. Il conflitto tra interessi non sfocia in una sintesi, frutto del confronto tra maggioranza e minoranze, ma viene eluso e convertito in conflitto tra interessi europei e interessi nazionali<sup>21</sup>. Il livello del conflitto è stato contenuto fino a quando le decisioni della Comunità europea non interferivano con interessi nazionali rilevanti. Con l'istituzione dell'Unione economica monetaria, estesa a un numero notevole di Stati, gli interessi nazionali si sono notevolmente diversificare tra loro e con quelli europei. Come trasformare la molteplici-

---

della rappresentanza A. Barbera, *La rappresentanza politica; un mito in declino?*, in *Quad. cost.*, 2008, 855 ss.

<sup>19</sup> L. Cedroni, *La rappresentanza politica*, Milano, Franco Angeli, 2004, 55 ss.

<sup>20</sup> G. Duso, *La rappresentanza politica: genesi e crisi del concetto*, Milano, Franco Angeli, 2007, 10 ss.; G. Azzariti, *Cittadini, partiti e gruppi parlamentari. Esiste ancora il divieto di mandato imperativo?* in *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione: atti del XXIII Convegno annuale*, Alessandria, 17-18 ottobre 2008 / Associazione italiana dei costituzionalisti, Napoli, Jovene, 2009, 224; A. Mangia, *La rappresentanza politica e la sua crisi. Un secolo dopo la prolusione pisana di Santi Romano*, in *Dir. soc.*, 2012, 461 ss.

<sup>21</sup> L. Cedroni, *La rappresentanza politica*, cit., 201; G. Majone, *Deficit democratico, istituzioni non-maggioritarie ed il paradosso dell'integrazione europea*, cit., 18 ss.; F. Balaguer Callejón, *Il modello europeo di integrazione e la sua incidenza sulle Corti costituzionali e sui Parlamenti nazionali*, Relazione al Convegno "Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello", Roma, Camera dei deputati, 12-13 maggio 2015; F. Pizzolato, *Rappresentanza politica e Unione europea*, cit., 385 ss.; per il quale l'unità europea non nasce dal contratto tra individui per garantire la libertà, ma dalla cooperazione tra Stati per creare un'istituzione. Secondo G. Duso, *Ripensare la rappresentanza alla luce della teologia politica*, in *Quaderni fiorentini*, 2012, 39 ss., la rappresentanza potrebbe essere considerata dalla prospettiva dell'organizzazione di governo, e non della legittimazione del potere.

cità degli interessi in decisione è il dilemma democratico dell'Unione, che ricorre per questo a un'organizzazione originale.

Infatti, la democrazia europea "si fonda su un duplice canale di rappresentanza politica: da un lato, quello facente capo al Parlamento europeo; dall'altro, quello che fa leva sulle forme di governo degli Stati membri, e quindi sulla legittimazione popolare e, più spesso, parlamentare dei Governi nazionali"<sup>22</sup>. Questo doppio canale è ulteriormente articolato al suo interno.

Dalla lettura sistematica dell'art. 10 TUE emerge come la rappresentanza nell'Unione contempli diverse situazioni rappresentative e diversi rapporti<sup>23</sup>. La rappresentanza dei popoli europei, che presuppone la cittadinanza e implica la sovra-nazionalità, è affidata al Parlamento che, rispetto alle istituzioni dell'Unione, ha carattere di rappresentanza generale<sup>24</sup>. La rappresentanza degli Stati viene attribuita essenzialmente al Consiglio europeo, composto dai rispettivi capi di Stato e di Governo, e dal Consiglio, in cui siedono i rappresentanti dei governi (art. 16.2 TUE). Infine, la rappresentanza della Commissione, non prevista dall'art. 10 TUE, ma dall'art. 17 TUE, che attribuisce all'organo il compito di tutelare l'interesse generale dell'Unione.

Alla pluralità dei soggetti e degli interessi non corrisponde un unico processo di composizione, come quello che è svolto negli Stati dalla legge, perché l'Unione fa ricorso a diversi circuiti decisionali, a seconda che a prevalere siano gli interessi degli Stati, espressi dal Consiglio e dal Consiglio europeo, o l'interesse euro-unitario, di cui sono portatori Parlamento e Commissione.

La validità e l'efficacia di questi canali rappresentativi sono

---

<sup>22</sup> N. Lupo, *Parlamento europeo e Parlamenti nazionali nella Costituzione "composita" nell'UE: le diverse letture possibili*, cit., 3. Nello stesso senso A. Manzella, *Parlamento europeo e Parlamenti nazionali come sistema*, in *Rivista AIC*, n. 1 del 2015.

<sup>23</sup> Il TUE, all'art. 10, afferma che il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa; i cittadini sono direttamente rappresentati a livello dell'Unione, nel Parlamento europeo; gli Stati sono rappresentati nel Consiglio europeo dai capi di Stato e di Governo, e nel Consiglio dai rispettivi Governi, a loro volta democraticamente responsabili verso i loro Parlamenti o nei confronti dei cittadini.

<sup>24</sup> La natura sovranazionale del Parlamento deriva dalla composizione inclusiva e dalla "tradizionale indifferenza" del Parlamento europeo rispetto all'integrazione differenziata. C. Fasone, *Il Parlamento europeo nell'Unione asimmetrica*, in A. Manzella, N. Lupo (a cura di), *Il sistema parlamentare euronazionale*, Torino, Giappichelli, 2014, 51 ss.; A. Manzella, *Il parlamentarismo europeo al tempo della globalizzazione*, in *Federalismi.it* n. 4 del 2015.

state messe a dura prova dalla crisi finanziaria, nel corso della quale, accanto a misure di assistenza e di contrasto alla crisi adottate nell'ambito dei Trattati, sono state introdotte misure eccezionali, non previste dai Trattati. Inoltre, per adeguare la struttura istituzionale alle esigenze dell'Unione, si è fatto luogo alla modifica dei Trattati e del diritto derivato, che hanno disegnato un nuovo governo della finanza pubblica europea<sup>25</sup>.

Non è il caso, in questa sede, di ricostruire più nel dettaglio i passaggi che hanno segnato questo sviluppo nell'arco degli ultimi sette anni. Preme considerare che, in questo periodo, il progresso della rappresentanza parlamentare è stato assai limitato, mentre una parte importante dei compiti di politica economica è stata affidata ad organi costituiti ad hoc. La nascita di una sorta di governo ristretto (*summiting*) dell'economia europea legato all'eurozona (Vertice Euro, Eurogruppo ristretto alla zona euro) è scaturito da accordi internazionali, come il *Fiscal Compact*<sup>26</sup>, che hanno sottratto al metodo intergovernativo e al passaggio parlamentare i provvedimenti di *crisis management*. Inoltre, sono stati attivati altri circuiti decisionali non-maggioritari e tecnocratici, come la supervisione bancaria, a scapito dell'incremento dei meccanismi politici o del rafforzamento del ruolo di regolazione del Consiglio<sup>27</sup>.

Il ricorso al metodo intergovernativo e l'attribuzione ad organi tecnico-amministrativi di compiti di *governance* segnano un cedimento dei canali democratici *di governo*, e vedono frustrate le capacità degli elettori di incidere sui circuiti rappresentativi e decisionali ai diversi livelli. Infatti, anche i processi decisionali nazionali risultano indeboliti e svuotati di significato, a causa della per-

---

<sup>25</sup> Il metodo comunitario è stato parzialmente sostituito da quello intergovernativo, le fonti comunitarie sono state affiancate da fonti esterne, lo scopo dell'Unione rivisto per fronteggiare la nuova situazione. E. Chiti, P.G. Teixeira, *The constitutional implications of the european responses to the financial and public debt crisis*, in *Com. Market Law Rev.*, 2013, 683 ss.

<sup>26</sup> Il "Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* nell'Unione economica e monetaria" è stato firmato in occasione del Consiglio europeo dell'1-2 marzo 2012 da tutti gli Stati membri dell'UE ad eccezione di Regno Unito e Repubblica ceca. Una procedura differenziata è stata utilizzata per la costituzione del FESF e del MES. M. Codinanzi, *L'Unione europea tra integrazione e differenziazione*, in *Federalismi.it* n. 5 del 2015.

<sup>27</sup> R.D. Keleman, *Eurolegalism and Democracy*, cit., 59; N. Scicluna, *Politicization without democratization: How the Eurozone crisis is transforming EU law and politics*, cit., 545 ss.

dita di competenze a favore delle istituzioni europee non rappresentative<sup>28</sup>.

È parso a un certo punto che la rappresentanza nazionale potesse integrare la funzione di legittimazione svolta dalla rappresentanza europea, quando il Tribunale federale tedesco ha indicato nei Parlamenti degli Stati il *trait d'union* indispensabile alla legittimazione dei cittadini nei confronti dell'UE<sup>29</sup>. Questa spinta non si è tradotta in un sistema di parlamenti euro-nazionali in grado di recitare un ruolo d'indirizzo, e solo in alcuni casi le assemblee rappresentative degli Stati hanno potuto e saputo incidere sul governo dell'Unione<sup>30</sup>.

Altre differenze che allontanano la rappresentanza europea da quella nazionale riguardano il controllo e la conseguente verifica delle responsabilità del governo.

Quanto alle funzioni di controllo del Parlamento europeo, esse sono limitate ad alcuni atti, e non possono certo riguardare l'attività dell'esecutivo, la cui principale caratteristica è di essere frammentato in tanti organi e indipendente da ogni responsabilità<sup>31</sup>. Una caratteristica accentuata dalla crisi, che ha sancito il rafforzamento del Consiglio e del Consiglio dei ministri finanziari (e i loro corrispondenti dell'area euro: Vertice ed Eurogruppo)<sup>32</sup>, e l'indebolimento

<sup>28</sup> Si veda, con riferimento all'Italia, G. Rivosecchi, *Il Parlamento*, in F. Angelini, M. Benvenuti, *Il diritto costituzionale alla prova della crisi finanziaria*, Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012, Napoli, Jovene, 2012, 228 ss.

<sup>29</sup> Decisione BVerfG, 2BvE 2/08 del 30 giugno 2009. Per i riferimenti bibliografici a questa pronuncia e alle decisioni del Tribunale federale tedesco relative ai rapporti con la UE, P.L. Geti, *Il contributo della Giurisprudenza costituzionale tedesca nella determinazione dei rapporti con l'Unione europea*, Relazione al Convegno "Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello, tenutosi a Roma, Camera dei deputati, 12-13 maggio 2015, il cui testo è reperibile sul sito di *Nomos. Le attualità del diritto*, <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>.

<sup>30</sup> N. Lupo, *Parlamento europeo e Parlamenti nazionali nella Costituzione "composita" nell'UE: le diverse letture possibili*, cit., 8 ss.; A. Manzella, *Parlamento europeo e Parlamenti nazionali come sistema*, cit. Un possibile spostamento di poteri dal PE ai parlamenti nazionali, che dipende dall'affermazione del metodo intergovernativo, è rilevato da C. Pinelli, *La giurisprudenza costituzionale tedesca e le nuove asimmetrie fra i poteri dei parlamenti nazionali dell'eurozona*, in *Costituzionalismo.it* n. 1 del 2014

<sup>31</sup> N. Lupo, *Il controllo parlamentare sui Governi degli Stati membri dell'Unione europea, tra trasparenza e privacy*, cit., 7 ss.; D. Curtin, *Challenging Executive Dominance in European Democracy*, in *The Modern Law Review*, 2014, 4 ss. il quale osserva come il potere di governo venga distribuito tra diverse istituzioni, tra organi di vertice come la Commissione e il Consiglio, e organi di sottogoverno come Comitati e Agenzie.

<sup>32</sup> Il Consiglio ha avuto un ruolo decisivo nella riforma della governance economica europea. G. Pitruzzella, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?* cit., 23 ss.

del Parlamento europeo. Quest'ultimo, infatti, è stato coinvolto nelle procedure di riforma quando queste hanno riguardato il diritto dell'Unione, ma è stato escluso dalla definizione delle priorità strategiche dell'Unione nell'ambito del semestre europeo<sup>33</sup>. L'esclusione del Parlamento europeo dalle decisioni politiche rilevanti per il governo economico dell'Unione segna una netta inversione di tendenza rispetto al rafforzamento dei parlamenti voluto dal Trattato di Lisbona e alle successive previsioni del diritto derivato che prevedono forme di raccordo con altre istituzioni<sup>34</sup>.

Venendo ai parlamenti nazionali, i meccanismi di controllo sono resi inefficaci dalla mancanza di raccordi con le istituzioni di governo sovranazionale e dall'asimmetria che interessa le istituzioni nazionali<sup>35</sup>. Il riferimento non è solo ai parlamenti ma anche ai governi e alle corti supreme, come dimostra da un lato il ruolo

---

O. Hoing, *Differentiation of Parliamentary Powers. The German Constitutional Court and the German Bundestag within the Financial Crisis*, in M. Cartabia, N. Lupo, A. Simoncini (a cura di), *Democracy and Subsidiarity in the EU*, Bologna, Il Mulino, 2013, 259 ss.

<sup>33</sup> Lo stesso può dirsi delle raccomandazioni destinate ai singoli Stati, come rileva F. Nugnes, *I riflessi della nuova governance economica europea sul ruolo del parlamento europeo e del parlamento italiano*, Relazione al Convegno "Parlamenti nazionali e Unione europea nella *governance* multilivello", cit.

<sup>34</sup> Il Trattato di Lisbona ha esteso la procedura di co-decisione, ora procedura legislativa ordinaria, a nuove importanti politiche (art. 289 TFUE). Inoltre sono stati rafforzati i compiti nell'ambito dell'approvazione del bilancio (artt. 314 ss. TFUE), dei Trattati internazionali, nella nomina del Presidente della Commissione (art. 14 TUE). L'art. 13 del Fiscal Compact, ha istituito la Conferenza parlamentare per la stabilità, il coordinamento e la *governance* economica (SECG) e prevede la partecipazione congiunta dei Parlamenti nazionali e del PE alla Conferenza sulla governante economico e finanziaria dell'UE. Nel diritto derivato si fa riferimento in particolare al reg. UE n. 1175/2011, che ha disciplinato c.d. dialogo economico, tra Parlamento, BCE, Presidente della Commissione e Presidente del Vertice euro. C. Morviducci, *Parlamenti nazionali (Ruolo nell'Unione europea)*, in *Enc. dir.*, Ann. VII, Milano, 2013, 593 ss.; E. Cannizzaro, *Il ruolo dei parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea: in margine ad uno scritto di Leopoldo Elia*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, 2, 457 ss.; P. Ridola, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione europea fra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, cit., 325 ss. C. Pinelli, *The Provisions on Democratic Principles in the EU Treaties. The Decision Making Process*, in M. Cartabia, N. Lupo, A. Simoncini (a cura di), *Democracy and Subsidiarity in the Eu*, cit., 33 ss.

<sup>35</sup> P. Lindseth, *Power and Legitimacy: Reconciling Europe and the Nation-State*, Oxford, OUP, 2010, 225 ss. C. Pinelli, *The Provisions on Democratic Principles in the EU Treaties. The Decision Making Process*, cit., 31 ss. Un'interpretazione meno pessimistica del ruolo dei parlamenti è offerta da A. Manzella, *Parlamento europeo e Parlamenti nazionali come sistema*, cit.

assunto dal Tribunale federale tedesco a tutela del Bundestag, e che nessun'altra corte suprema è riuscita a garantire; dall'altro, il fatto che i governi dei paesi debitori siano in condizione ben diversa da quelli dei governi creditori e siano stati sottoposti ad un meccanismo di responsabilità aggiuntivo, costituito dai mercati finanziari e dai paesi creditori<sup>36</sup>. La flessibilità e la differenziazione tra Stati consentono all'Unione di proseguire nel processo d'integrazione, nonostante la crisi abbia esaltato la diversa condizione economica e istituzionale, e dunque i diversi interessi, dei ventotto Stati membri.

In conclusione, a livello europeo le molteplici funzioni della rappresentanza sono distribuite tra diversi organi, secondo un ordine che non rispetta la divisione dei poteri statali, né la gerarchia sottesa alla rappresentanza politica. I rapporti e gli equilibri tra le istituzioni europee da un lato, e tra istituzioni europee e nazionali dall'altro lato, si articolano lungo una pluralità di meccanismi, non omogenea e differenziata a seconda degli Stati. In questo scambio e reciproca influenza si coglie un effetto dispersivo delle funzioni della rappresentanza.

### 3. *I referendum sui temi europei*

Il referendum è estraneo ai Trattati e al diritto derivato dell'Unione. Esso è stato escluso dal disegno originario sulla Comunità europea, oltre che per le ragioni legate alla specificità delle sue istituzioni, e di cui si è detto all'inizio, per la diffidenza dei politici e degli studiosi verso l'istituto referendario. Questa diffidenza affonda le sue radici nel dibattito costituzionale che agli inizi del XX secolo aveva accompagnato l'inserimento del referendum negli Stati europei<sup>37</sup>, ponendo al centro di quel dibattito il problema della

<sup>36</sup> G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, ESI, 2012; F. Donati, *Trattato di Lisbona e democrazia nell'UE*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2014; con riferimento particolare al ruolo del Tribunale federale tedesco. Sul punto cfr. C. Pinelli, *Le Corti europee (nella crisi dell'Unione)*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), nonché C. Pinelli, *La giurisprudenza costituzionale tedesca e le nuove asimmetrie tra i poteri dei parlamenti nazionali dell'eurozona*, in *Costituzionalismo.it* n. 1 del 2014; O. Hoing, *Differentiation of parliamentary Powers. The German Constitutional Court and the German Bundestag within the Financial Crisis*, cit., 281 ss.

<sup>37</sup> Sulle origini del referendum G.M. Salerno, *Referendum*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, 249 ss.; A. Auer, *L'esperienza del referendum in Svizzera e negli Stati Uniti*, in

compatibilità dell'istituto con il parlamentarismo<sup>38</sup>. La polemica antiparlamentare e il timore per la deriva plebiscitaria hanno dato vita a contrapposizioni profonde, che hanno condizionato il dibattito anche negli anni a venire.

Le questioni attorno alle quali si è sviluppato il dilemma referendario sono riconducibili essenzialmente a tre punti: il deficit di competenza e di rappresentatività (*deliberative deficit*), la soggezione al controllo delle élites (*elite control syndrome*) il rischio di strumentalizzazioni a vantaggio della maggioranza e a danno delle minoranze (*majoritarian danger*)<sup>39</sup>. A sostegno del referendum s'invocano le sue virtù democratiche: la partecipazione popolare alle decisioni, la possibilità di correggere gli eccessi del parlamentarismo e di far valere la responsabilità dei decisori, la particolare legittimazione alla decisione che deriva dal voto<sup>40</sup>.

Le riflessioni più mature sulla democrazia hanno creato uno spazio per il referendum. Si è riconosciuto che all'interno della cornice istituzionale della rappresentanza, il referendum svolge una pluralità di funzioni: stimolo, correzione, sostegno al sistema, legittimazione di importanti innovazioni costituzionali<sup>41</sup>. Si è preso atto che rappresentanza e referendum sono entrambe forme di democrazia mediata, da partiti, gruppi, media e che il referendum nasce quando si affermano le assemblee rappresentative, i cui componenti

---

M. Luciani, M. Volpi (a cura di), *Referendum: problemi teorici ed esperienze costituzionali*, Roma-Bari, Laterza, 1992, 66 ss.

<sup>38</sup> M.R. Carré De Maleberg, *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du referendum avec le parlementarisme*, in *Rev. dir. pub.*, 1931, 256 ss.; M.B. Mirkiné Guettzevitch, *Le referendum e le parlementarisme dans les nouvelles constitutions européennes*, in *Rev. Dir. pub.*, 1931, 285 ss.; G. Burdeau, *Le régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après guerre*, Paris 1932. Diversamente si poneva la questione per i sistemi presidenziali e il regime direttoriale della Svizzera, dove l'istituto aveva avuto una notevole diffusione, sia a livello costituzionale che legislativo.

<sup>39</sup> Tra le autorevoli voci critiche G. Sartori, *Democrazia. Cosa è?*, Milano, 1993, 20 ss.; A. Lijphart, *Le democrazie contemporanee*, Bologna, Il Mulino, 1988, 214 ss.; G. Smith, *The Functional Properties of the Referendum*, in *Eur. J. Pol. Res.*, 1976, 4, 1 ss.

<sup>40</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, in *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1984, 81; G. Burdeau, *Il regime parlamentare*, cit., 296; J. Habermas, *A Constitution for Europe?*, in *New Left Review*, 2001, 11, 5 ss.; M. Mezzanotte, *La democrazia diretta nei Trattati dell'Unione europea*, cit., spec. 11 ss. e 161 ss.

<sup>41</sup> Il referendum non ha la capacità di organizzare l'autorità politica e di assicurare la continuità d'azione del potere. E.W. Bockenforde, *Democrazia e rappresentanza*, in *Quad. cost.*, 1985, 227 ss.

hanno bisogno di un'indicazione dei rappresentati (dai quali tornano, ad referendum)<sup>42</sup>.

Lo sviluppo del referendum in età moderna ha dato luogo a una tipologia assai diversificata di istituti, che si differenziano a seconda del soggetto che ha l'iniziativa, degli atti su cui opera (legislativi o amministrativi), dell'ambito territoriale (federale, regionale, locale), del tempo di svolgimento (preventivo o successivo), della obbligatorietà o facoltatività, dei limiti di contenuto o temporali, delle modalità di voto e relative procedure (soglia di sbarramento, campagna d'informazione), degli effetti<sup>43</sup>.

Una particolare attenzione è stata dedicata alla distinzione tra consultazioni indette su iniziativa dei cittadini e votazioni richieste dagli organi di vertice, alla quale consegue una diversa funzione del voto, partecipativa o di conferma delle decisioni di governo. In entrambi i casi non sono mancati esempi di un uso distortivo del referendum, laddove il sistema politico rappresentativo era debole, come dimostra il caso italiano (di referendum dal basso)<sup>44</sup>, o si è prodotto un uso plebiscitario del voto, come nel caso francese (di referendum dall'alto)<sup>45</sup>.

Nonostante queste degenerazioni continuino a suscitare l'avversione di politici e studiosi, l'ondata referendaria che ha interessato le democrazie a cavallo tra il vecchio e il nuovo millennio sembra confermare il notevole sviluppo dell'istituto entro i diversi sistemi di governo. Uno dei fattori che ha contribuito alla riscoperta del referendum è, appunto, il processo di integrazione europea.

<sup>42</sup> M. Luciani, *Il referendum. Questioni teoriche e dell'esperienza italiana*, in *Revista catalana de dret públic*, núm. 37, 2008, 157 ss.

<sup>43</sup> La letteratura comparata ha indagato a fondo i tipi di referendum. M. Caciagli, P.V. Uleri, *Una prospettiva comparata per valutare le consultazioni referendarie*, in M. Caciagli, P.V. Uleri (a cura di), *Democrazie e referendum*, cit., 3 ss. Secondo F. Delpérée, *Referendum e ordinamenti costituzionali*, in M. Luciani, M. Volpi (a cura di), *Referendum: problemi teorici ed esperienze costituzionali*, cit., 45 ss., l'originalità del referendum è di offrire una molteplicità di tecniche e procedure, che si differenziano per contesto politico, funzioni e intensità degli effetti, attraverso le quali il corpo referendario può esprimersi in prima persona.

<sup>44</sup> In Italia il referendum ha spesso contribuito a radicalizzare il conflitto. G. Sartori, *Tecniche decisionali e sistema dei comitati*, in *Riv. It. Sc. Pol.* 1974, 5 s; A. Di Giovine, *Referendum e sistema rappresentativo: una difficile convivenza*, in *Foro it.* 1979, V, 156. Tuttavia, l'esperienza rivela una storia complessa dell'istituto. A. Barbera, A. Morrone, *La Repubblica dei referendum*, Bologna, Il Mulino, 2003; M. Luciani, *Il referendum. Questioni teoriche e dell'esperienza italiana*, cit., 157 ss.

<sup>45</sup> F. Hamon, *La crise du système référendaire*, in *Droits*, 2006, 43, 91 ss.

Il legame tra l'UE e il referendum si è fatto sempre più stretto. Dal 1972 a oggi sui temi europei si sono svolte cinquantaquattro consultazioni referendarie<sup>46</sup>, l'ultima delle quali si è tenuta il 6 giugno 2015 e ha riguardato la Grecia, un paese che fino a quel momento non aveva mai fatto ricorso al referendum previsto dall'art. 44 della Costituzione<sup>47</sup>. Tra i fattori che hanno avuto un'influenza sulla diffusione dei "referendum europei" assume un ruolo di rilievo la crescente pressione dei cittadini nei confronti dei governi affinché tengano conto delle opinioni e delle aspettative dei governati nell'assumere le decisioni nazionali e sovranazionali; la perdita di efficacia delle istituzioni rappresentative; e non ultimo un effetto contagio che si è avuto in occasione di tornate referendarie ravvicinate<sup>48</sup>.

Le consultazioni referendarie sono regolate dalle normative nazionali, talvolta sono state introdotte con provvedimenti ad hoc<sup>49</sup>. Il referendum ha riguardato nella maggior parte dei casi l'adesione (*Membership referendum*) e la ratifica di Trattati (*Treaty Ratification referendum*). A questi due tipi occorre aggiungere un terzo gruppo di referendum europei, riguardanti decisioni legate a specifiche politiche dell'Unione, quali ad esempio l'adozione della moneta unica (*Policy referendum*)<sup>50</sup>.

Il referendum è divenuto un passaggio quasi obbligato per gli Stati che intendono aderire alla UE<sup>51</sup>. Quanto al processo di ratifica

<sup>46</sup> Il dato è quello riportato da F. Mendez, M. Mendez, V. Triga, *Referendums and the European Union*, Cambridge University Press, 2014, 25, che considerano 53 referendum svolti fino al 2012. A questi va aggiunto il referendum greco del 5 luglio 2015.

<sup>47</sup> Il referendum "governativo" è proclamato con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Consiglio dei Ministri e in seguito all'approvazione della maggioranza della Camera. Deve avere ad oggetto una questione di rilevanza nazionale ed ha carattere consultivo. G. Aravantinou Leonidi, *La sfida di Atene all'Europa dell'austerità: il referendum del 5 luglio 2015*, in *Federalismi* n. 14 del 2015.

<sup>48</sup> S. Tierney, *The People Last Sigh? Referendums and European Integration*, cit., 684 ss.

<sup>49</sup> Solo tre ordinamenti dei ventotto che compongono l'Unione non hanno mai tenuto un referendum. Essi non coincidono con gli ordinamenti che non prevedono referendum, e che pure lo hanno indetto. Sono Germania, Belgio e Bulgaria.

<sup>50</sup> F. Mendez, M. Mendez, V. Triga, *Referendums and the European Union*, cit., 22 ss. M. Shu, *Referendums and the Political Constitutionalization of the EU*, in *European Law J.*, 2008, 14, 423 ss.

<sup>51</sup> S. Tierney, *The People Last Sigh? Referendums and European Integration*, cit., 683.

dei Trattati, vi è stato un periodo di euforica applicazione del referendum in occasione della firma del Trattato di Roma del 2004, al quale ha fatto seguito una fase di sfiducia nei confronti delle consultazioni popolari. Nel processo di ratifica del Trattato di Lisbona i *leaders* europei, memori di quanto accaduto con il Trattato costituzionale, hanno evitato il ricorso al referendum<sup>52</sup>.

Gli effetti giuridici della consultazione sono stabiliti dai singoli ordinamenti, e sono legati alla natura vincolante o consultiva del voto, ma gli effetti politici sono difficilmente controllabili dai governi, che tendono ad assecondare l'esito della consultazione. D'altra parte, non può ignorarsi il fatto che in alcune circostanze il responso popolare, anche dove è sancita la sua obbligatorietà, sia stato considerato superabile da una seconda votazione nel caso che l'esito non fosse gradito agli altri Stati e ai vertici dell'Unione. Un fenomeno sul quale torneremo più ampiamente in seguito e che ha riguardato fino ad ora Stati di piccole dimensioni e di minore peso nell'Unione.

### 3.1. *La specialità della democrazia referendaria europea*

Nonostante la rilevanza del numero e degli effetti delle consultazioni referendarie sui temi europei, gli studi sul rapporto tra il referendum e l'Unione hanno trascurato di analizzare l'interazione dell'istituto con il particolare sistema euro-nazionale della rappresentanza<sup>53</sup>. La specificità dei referendum europei è stata ben evidenziata da alcuni recenti studi sul tema.

La prima specificità del referendum sui temi europei è quella di essere usato per incidere non su un ordinario processo legislativo ma su un processo di rilievo costituzionale. Secondo questa ricostruzione ogni qual volta s'indica una consultazione per decidere l'adesione all'Unione europea, la ratifica di un Trattato o l'attuazione di una politica europea (monetaria o di altra natura), si sta in-

---

<sup>52</sup> In occasione della ratifica del Trattato sulla Costituzione dell'Unione, dieci Stati hanno annunciato di voler indire un referendum (Repubblica Ceca, Danimarca, Francia, Irlanda, Lussemburgo, Olanda, Polonia, Portogallo, Spagna, Regno Unito) e molti altri hanno discusso se tenerlo. S. Seeger, *From Referendum Euphoria to Referendum Phobia - Framing the Ratification Question*, in *Eur. J. Law Reform*, 2008, 5 ss.

<sup>53</sup> Con eccezioni significative. F. Mendez, M. Mendez, V. Triga, *Referendums and the European Union*, cit., *passim*.

fatti decidendo sul trasferimento di poteri dallo Stato nel quale si tiene il referendum a un'organizzazione internazionale<sup>54</sup>.

La particolarità del referendum costituzionale è di coinvolgere temi che riguardano materie di particolare importanza per la sovranità e che coinvolgono l'identità costituzionale di un popolo<sup>55</sup>. La storia europea dell'ultimo decennio sembra indicare che il voto sui Trattati che prevedono una maggiore integrazione o l'allargamento dell'UE ad altri paesi viene percepito, in effetti, come un voto sull'identità e il futuro della comunità europea<sup>56</sup>.

Sostenere la natura costituzionale dei referendum europei ha una serie di conseguenze teoriche di rilievo. In primo luogo la teoria è stata utilizzata per superare le tradizionali obiezioni al referendum basate sul *deliberative deficit* e l'*elite control syndrome*<sup>57</sup>. Quando ai cittadini viene richiesto di votare su un quesito che è espressione dell'identità costituzionale o coinvolge una materia percepita come essenziale per la sovranità dello Stato, sembra poco convincente chiamare in causa la mancanza di competenza. Questo equivarrebbe a negare che il corpo votante possa esprimersi sull'identità del proprio Stato. Infatti, i quesiti che riguardano l'ade-

<sup>54</sup> In tal senso S. Tierney, *Constitutional Referendum: A Theoretical Enquiry*, cit., 360 ss.; S. Tierney, *The People Last Sigh? Referendums and European Integration*, cit., 684 ss. Diversamente D.E. Tosi, *Il ricorso al referendum nel processo di integrazione europea*, in *Dir. pubbl. comparato e eur.*, 2014, 1591 ss., per il quale la differenza di oggetto, soggetti ed effetti referendari è tale da consentire di ricondurre a unità i referendum europei, di cui solo alcuni sarebbero di tipo costituzionale.

<sup>55</sup> A differenza dei referendum legislativi, che incidono sul modo di esercizio della funzione legislativa e agiscono entro la cornice della rappresentanza, i referendum costituzionali riguardano l'attribuzione e distribuzione del potere sovrano (*ultimate lawful authority*) all'interno di un sistema di governo e incidono sulla relazione tra governati e governanti. I referendum costituzionali possono innovare il rapporto tra potere costituente e forma costituzionale, sostituendo il popolo nel ruolo rappresentativo tradizionalmente svolto dalla costituzione democratica. S. Tierney, *Constitutional Referendum: A Theoretical Enquiry*, cit., 361.

<sup>56</sup> Sul ruolo determinante delle identità nazionali per il processo di integrazione europea, e sulla insufficienza dell'approccio funzionalista, L. Hooghe, G. Marks, *A postfunctionalist Theory of European Integration: From Permissive Consensus to Constraining Consensus*, in *B. J. Pol. Sc.*, 2009, 39, 1 ss.; S. Tierney, *The People Last Sigh? Referendums and European Integration*, cit., 684 ss.

<sup>57</sup> Critico sull'uso del referendum per la ratifica dei Trattati R. Dehousse, *The Unmaking of a Constitution: Lessons from the European Referenda*, in *Constellations*, 2006, 13, 151 ss. Più in generale, sul deficit di competenza, A. Moravcsik, *The European Constitutional Settlement*, in *The World Economy*, 2008, 31, 158 ss.; L. Hooghe, G. Marks, *A postfunctionalist Theory of European Integration: From Permissive Consensus to Constraining Consensus*, cit., 1 ss.

sione alla UE e la ratifica di un Trattato (più complesso è il caso di una *policy* europea) sottopongono al voto una decisione già assunta o prospettano un'alternativa che non lascia spazio a fraintendimenti.

In secondo luogo, dalla natura costituzionale del referendum consegue un ruolo decisivo dell'istituto nel processo di revisione costituzionale nazionale necessario per rendere compatibile l'integrazione con le Costituzioni degli Stati<sup>58</sup>.

Questo ruolo varia considerevolmente, a seconda che il referendum sia previsto in Costituzione e sia considerato obbligatorio. Nel caso sia previsto in Costituzione può accadere che la scelta di indire il referendum provochi una decisione della Corte costituzionale, che può favorire o limitare il ricorso al voto. La prima ipotesi si è verificata nella giurisprudenza della Corte suprema irlandese ad esempio<sup>59</sup>, mentre in altri casi le Corti di vertice hanno preferito distinguere tra trasferimento di poteri e ridefinizione dei poteri trasferiti, evitando così che si dovesse ricorrere al referendum per ogni modifica dei Trattati<sup>60</sup>. La decisione di indire il referendum, ove manchi una previsione costituzionale, è rimessa ad una scelta politica. Anche laddove non era previsto o necessario, è accaduto che una questione sia stata ritenuta di rilievo costituzionale e sottoposta a referendum<sup>61</sup>. In altri casi si è proceduto a modificare la Costitu-

---

<sup>58</sup> Per questo il referendum non può essere escluso dal processo costituzionale sul futuro assetto dell'Unione. M. Shu, *Referendum and the Political Constitutionalization of the EU*, cit., 440 ss.

<sup>59</sup> La natura obbligatoria dei referendum europei è stata affermata nel caso Crotty, si veda G. Hogan, *The Lisbon Treaty and the Irish Referendum*, *European Public Law*, 2009, 15, 163 ss.

<sup>60</sup> È quanto avvenuto, ad esempio, in Danimarca, paese nel quale dopo l'approvazione del Trattato di Lisbona, alcuni cittadini hanno impugnato la legge di ratifica assumendo che questa avrebbe dovuto essere sottoposta a referendum ai sensi dell'art. 20 della Costituzione, che regola i casi di cessione di sovranità ad organizzazioni sovranazionali (una procedura ancor più rigida è prevista per la modifica della costituzione). La Suprema Corte, che aveva risolto una questione simile dopo l'approvazione del Trattato di Maastricht, ha deciso con sentenza del 20 febbraio 2013, che, secondo l'interpretazione e la prassi costituzionale, i cambiamenti nella struttura istituzionale della UE non determinano necessariamente una nuova cessione di sovranità. In effetti l'art. 20 è stato applicato solo 4 volte, uno con esito negativo, e in un caso non si è fatto luogo a referendum a causa dell'esito negativo dei referendum francese e olandese del 2005. P. Biering, S. Lehrer, *To Hold a Referendum or Not?*, in *European Public Law* 2015, 21, 169 ss.

<sup>61</sup> L.F.M. Besselink, *Constitutional Referenda in the Netherlands: A Debate in the Margin*, in *Electronic J. Comp. Law*, 2007, 11. 1 ss.

zione e a introdurre il referendum in alternativa o in aggiunta all'approvazione parlamentare per le cessioni di sovranità ad organizzazioni internazionali<sup>62</sup>.

La seconda specificità del referendum su temi europei è di prendere parte a un duplice processo di costituzionalizzazione: nazionale ed europeo, e quindi a una sovrapposizione di processi politici<sup>63</sup>. Una critica specifica che viene mossa ai referendum europei è di essere condizionati dalla loro appartenenza nazionale, per cui gli elettori voterebbero sulle questioni europee seguendo motivazioni e appartenenza nazionale (il c.d. *second order vote*). Tuttavia, la crisi e i suoi effetti sulle economie e le politiche nazionali, ha in parte invertito il rapporto, e l'Europa è divenuta essa stessa *cleavage* per la competizione nazionale<sup>64</sup>.

Infine, la stessa Unione europea ha preso parte, e in più di un'occasione, alla battaglia referendaria. Ad esempio, è accaduto che prima del Trattato di Maastricht la Comunità europea abbia esercitato pressioni sugli Stati più "euro-entusiasti" perché questi tenessero prima di altri le consultazioni per l'ingresso nella CE, così da trainare gli altri. In occasione del recentissimo voto greco la stessa Unione, attraverso i suoi massimi organi, è intervenuta per evitare il referendum proposto dal Capo del governo Tsipras, non riuscendo peraltro nel suo intento, come invece era avvenuto nel 2011 con Papandreou<sup>65</sup>.

La componente europea e quella nazionale del voto referendario hanno un peso specifico diverso a seconda del quesito. La componente europea è particolarmente rilevante nel caso di referendum di ratifica; la componente nazionale domina i referendum sulla

<sup>62</sup> Ciò ha riguardato in particolare gli Stati dell'Est, ultimi arrivati: Estonia, Lituania e Lettonia, ma anche Polonia e Ungheria. F. Mendez, M. Mendez, V. Triga, *Referendums and the European Union*, cit., 30 ss.

<sup>63</sup> L'Unione europea e gli Stati membri hanno diversi livelli di divisione politica, ma entrambi interagiscono nel processo di revisione costituzionale e di modifica dei Trattati. Da un lato le modifiche costituzionali si rendono necessarie mano a mano che il processo di integrazione diventa più profondo; dall'altro lato il processo di integrazione risente e si basa sulle procedure nazionali di decisione e ratifica. M. Shu, *Referendums and the Political Constitutionalization of the EU*, cit., 423 ss.

<sup>64</sup> G. Majone, *Rethinking European Integration after the Debt Crisis*, UCL working paper, 3/2012.

<sup>65</sup> Per una cronaca degli avvenimenti G. Aravantinou Leonidi, *La sfida di Atene all'Europa dell'austerità: il referendum del 5 luglio 2015*, cit.

*membership*; i referendum su singole decisioni possono collocarsi tra i livelli nazionale e europeo<sup>66</sup>.

A questo riguardo, vale forse la pena di rilevare come la doppia valenza del voto non sia una caratteristica del referendum, ma del processo decisionale europeo. Entrambe le forme di democrazia, rappresentativa e referendaria, risentono del vincolo nazionale sulle scelte politiche dei cittadini, della tensione identitaria, della preoccupazione di difendere la sovranità<sup>67</sup>. Perciò, le motivazioni di voto e le attitudini del corpo referendario sono oggi meno prevedibili e non necessariamente legate agli assetti politici interni<sup>68</sup>.

### 3.2. *Gli effetti del referendum sul processo d'integrazione*

Per capire gli effetti del referendum sul processo d'integrazione europeo, occorre considerare i cambiamenti intervenuti nell'organizzazione costituzionale della UE. Fino a che è prevalsa la concezione legalista della democrazia europea il referendum ha avuto poco spazio. La situazione è cambiata quando l'UE ha dovuto affrontare un processo di legittimazione costituzionale, che ha conosciuto il suo momento più importante con l'approvazione del Trattato costituzionale<sup>69</sup>. A quel punto, sono emersi i limiti del processo di democratizzazione europeo, che, pur avendo una pluralità di fonti di legittimazione, basati sulle diverse forme della rappre-

<sup>66</sup> A questi tre tipi corrisponde una diversa mobilitazione non solo dei cittadini, ma anche dei governi nazionali e delle istituzioni europee. I governi cercano di controllare il voto a proprio vantaggio, le istituzioni europee di rafforzare l'Unione, i cittadini di difendere lo specifico interesse politico, sia esso la sovranità nazionale o una specifica posizione pro/contro la UE. Quest'ultima tipologia di voto consente di gestire il processo di integrazione in modo flessibile, consentendo che, ad esempio, alcuni Stati non partecipino ad una politica europea, o che sia garantito il rispetto di alcuni vincoli costituzionali interni. M. Shu, *Referendums and the Political Constitutionalization of the EU*, cit., 431.

<sup>67</sup> Sul ruolo determinante delle identità nazionali per il processo di integrazione europea, e sulla insufficienza dell'approccio funzionalista, L. Hooghe, G. Marks, *A postfunctionalist Theory of European Integration: From Permissive Consensus to Constraining Consensus*, cit., 6 ss.

<sup>68</sup> S. Tierney, *The People Last Sigh? Referendums and European Integration*, cit., 695 s. Sulla complessità delle motivazioni di voto e sulla eccessiva semplificazione che caratterizza le spiegazioni del *second order vote*, M. Qvortrup, *Rebels without a Cause? The Irish Referendum on the Lisbon Treaty*, in *The Political Quarterly*, 2009, 80, 59 ss.

<sup>69</sup> G. Harpaz, *European Integration in the Aftermath of the Ratification of the Treaty of Lisbon: Quo Vadis?* in *European Public Law*, 2011, 17, 73 ss.; M. Shu, *Referendums and the Political Constitutionalization of the EU*, cit., 423 ss.

sentanza e su altri meccanismi partecipativi, è priva di un canale rappresentativo in grado di esprimere l'unità politica europea<sup>70</sup>.

Il Trattato costituzionale si poneva un obiettivo molto ambizioso, che non riguardava solo la riforma istituzionale, ma intendeva definire il volto e l'identità dell'Europa, attraverso i principi sulla vita democratica dell'Unione, le nuove politiche sociali, la Carta dei diritti.

Rispetto agli obiettivi, ambiziosi, gli strumenti erano assai deboli: pur avendo introdotto il metodo della Convenzione nella fase di avvio, il processo decisionale che ha condotto alla firma del Trattato di Roma non prevedeva la partecipazione dei cittadini degli Stati interessati all'approvazione di quella che aspirava ad essere la loro Costituzione. Inoltre, il procedimento di approvazione restava ancorato al meccanismo dell'unanimità, sia in fase di approvazione che di ratifica.

Date queste premesse ben si comprende come il referendum possa avere avuto un ruolo decisivo nel processo di approvazione e ratifica del Trattato costituzionale. La debolezza del contesto politico e istituzionale, priva di un soggetto politico costituente, e la rigidità del processo decisionale europeo, che richiede l'unanimità (unanimità dei voti dei paesi membri, unanimità nell'esito dei processi di ratifica nazionali) per la modifica dei trattati e l'adesione di nuovi Stati (artt. 48 e 49 TUE) ha consentito ai referendum nazionali di esercitare un veto nei confronti del processo d'integrazione. In virtù degli effetti "extraterritoriali"<sup>71</sup> del voto popolare una risicata minoranza dei cittadini europei può opporsi a una decisione assunta dai capi di Stato e di governo degli Stati membri, e dunque con il consenso dei rispettivi organi di governo. Il caso irlandese sembra dar ragione a quanti ritengono che il processo d'integrazione soffra, oltre che di un deficit democratico, che si concretizza nella lontananza tra leaders e cittadini, per la distanza che si è venuta a creare tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> V. A. Schmidt, *Re-Envisioning the European Union: Identity, Democracy, Economy*, in *J. Common Market Studies*, 2009, 47, 19 ss.

<sup>71</sup> F. Mendez, M. Mendez, V. Triga, *Referendums and the European Union*, cit., 111 ss.

<sup>72</sup> G. Harpaz, *European Integration in the Aftermath of the Ratification of the Treaty of Lisbon: Quo Vadis?* cit., 73 ss. G. De Burca, *If at First You Don't Succeed: Vote, Vote Again: Analyzing the Second Referendum Phenomenon in Eu Treaty Change*,

Il potere di veto viene attribuito solo ai cittadini degli Stati membri, perché se fosse uno Stato non appartenente all'Unione a votare, ad esempio per sancire l'adesione, l'esito della consultazione avrebbe un effetto primario interno e, in secondo ordine, un effetto secondario sull'Unione.

Il principale effetto di un referendum che si tiene in uno Stato membro è, invece, di consentire o precludere una modifica del processo d'integrazione già decisa dagli Stati membri. Alcuni studiosi hanno giudicato i referendum di questo tipo discriminatori, perché impongono un vincolo considerevole, agiscono come un veto sullo sviluppo costituzionale deciso dalle istituzioni europee in risposta ai cambiamenti avvenuti nella società<sup>73</sup>.

Dopo i primi esiti negativi delle consultazioni popolari, l'Unione ha iniziato a modificare il metodo d'azione per contrastare il pericolo referendario. In primo luogo, ha fatto ricorso alle rassicurazioni, sotto forma di dichiarazioni ufficiali rese dal Consiglio, per garantire gli Stati rispetto a una questione ritenuta fondamentale per i suoi cittadini e quindi in grado di determinare l'esito del voto<sup>74</sup>. Un altro strumento per disinnescare gli effetti negativi del referendum sul processo d'integrazione, è stato l'adozione di misure preventive o successive che consentono di soddisfare le richieste di un singolo Stato sulle questioni più controverse<sup>75</sup>. Rientra in questo metodo la proposta recentemente formulata dal Presidente del Consiglio Tusk, teso a riformare i rapporti tra il Regno Unito e l'UE in materia di Competitività, Benefici sociali, Sovranità e Governance economica, per evitare il voto negativo dei britannici sul referendum promesso per il 2017 dal Premier Cameron<sup>76</sup>.

---

cit., 1477, il quale osserva che, mentre una decisione parlamentare o una sentenza di un tribunale costituzionale non vengono facilmente superate, il voto popolare può essere bypassato da un secondo voto, quando vi siano le condizioni per ottenere il risultato voluto

<sup>73</sup> R. Rose, G. Borz, *What Determines Demand for European Union Referendums?* in *J. of European Integration*, 2013, 35, 619 ss.

<sup>74</sup> D.E. Tosi, *Il ricorso al referendum nel processo di integrazione europea*, cit., 1602.

<sup>75</sup> Dopo il primo No irlandese al Trattato di Lisbona ad esempio.

<sup>76</sup> Per un primo commento C. Curti Gialdino, *'To be or not to be together...'* *Il compromesso di Tusk per mantenere il Regno Unito nell'UE: una prospettiva ragionevole per l'integrazione europea?* in *Federalismi.it* n. 3 del 2016. La proposta è stata esaminata dal Consiglio europeo del 18 e 19 febbraio 2016. Le Conclusioni sono reperibili nel sito [www.consilium.europa.eu](http://www.consilium.europa.eu).

Anche la prassi di tenere un secondo referendum, che ha interessato l'Irlanda e la Danimarca dopo l'esito negativo del primo referendum per la ratifica dei Trattati, è una risposta all'eccessiva rigidità della procedura di modifica<sup>77</sup>. Per altro, ciò è stato possibile quando il referendum riguardava paesi di piccole dimensioni come Danimarca e Irlanda, non quando ha interessato paesi come Francia e Olanda<sup>78</sup>. Difficilmente potrebbe essere impiegato in caso di esito negativo del referendum inglese.

L'ombra del referendum ha sicuramente contribuito alla proliferazione di Trattati extra-UE sottoscritti da Stati membri per contrastare la crisi economica che ha colpito in modo particolare alcuni paesi membri.

A questo scopo sono stati adottati una serie di strumenti esterni al diritto dell'UE, anche se ad esso collegati: dal pacchetto per la Grecia approvato dal Consiglio nel 2010 al *European Financial Stabilisation Mechanism* (UE) e *European Financial Stability Facility* (non UE, a causa del limitato budget dell'UE), fino al recente *European Stability Mechanism*. Quest'accordo ha, di fatto, neutralizzato i pericoli di un veto referendario, perché lo stesso è entrato in vigore con la ratifica del 90% degli Stati che vi hanno impegnato risorse. Infatti, in poche settimane tutti gli Stati hanno approvato il Trattato, senza che in nessun caso si sia proposto un referendum<sup>79</sup>.

Una procedura semplificata è stata usata anche per il *Fiscal Compact*, che prevede per la sua entrata in vigore la ratifica di dodici su venticinque Stati. Anche in questo caso il referendum è stato neutralizzato. Da marzo 2013, l'accesso Meccanismo europeo di Stabilità è stato sottoposto alla condizione che uno Stato avesse sottoscritto il *Fiscal Compact*, rendendo improbabile che uno Stato con problemi di debito pubblico scegliesse di non aderire (e così è stato, anche se l'Irlanda ha comunque tenuto un referendum sul FC).

---

<sup>77</sup> G. De Burca, *If at First You Don't Succeed: Vote, Vote Again: Analyzing the Second Referendum Phenomenon in EU Treaty Change*, cit., 1476.

<sup>78</sup> E.O. Atıkan, *The Puzzle of Double referendum in the European Union*, in *J. of Com. Market St.*, 2015, 53, 937 ss.

<sup>79</sup> Il fondo ESM è stato infine connesso alla UE, che ha alcuni poteri su di esso, assieme alla BCE, come la preparazione e l'attuazione delle misure condizionali. Questa scelta è stata contestata in alcuni paesi, come l'Irlanda, dove vi è stato un ricorso alla Corte di Giustizia.

Nella storia referendaria europea si colloca il referendum indetto nell'estate del 2015 dal premier Tsipras sulla proposta dei creditori, formulata il 25 giugno 2015, e già superata al momento del voto<sup>80</sup>. Si è trattato di un referendum su una specifica *policy*, promosso dal Governo, con il chiaro obiettivo di schivare la responsabilità politica della decisione, che si poneva in contrasto con il programma politico fino a quel momento sostenuto davanti agli elettori<sup>81</sup>. Sebbene il referendum non avesse effetti extraterritoriali, esso ha comunque posto in evidenza i limiti del processo decisionale europeo, rispetto alla legittimazione delle decisioni finanziarie europee<sup>82</sup>.

I governi degli Stati hanno cercato una soluzione esterna alla crisi finanziaria, in considerazione della rigidità delle clausole di modifica, della necessità di differenziare e rendere flessibili le soluzioni normative ai problemi di ventotto Stati, nonché, secondo alcuni osservatori, di evitare gli interventi della Commissione, della Corte di giustizia e del Parlamento<sup>83</sup>. E, aggiungiamo noi, del referendum.

#### 4. *Riflessioni sul ruolo del referendum per il futuro dell'Unione*

Quale contributo può dare il referendum alla democrazia rappresentativa europea? Benché non sia previsto un referendum eu-

<sup>80</sup> In occasione della richiesta di un terzo salvataggio attraverso l'ESM, il capo del governo Tsipras, dopo la vittoria elettorale, ha indetto il referendum, per sottoporre ai cittadini l'accettazione dell'accordo, per altro non definitivo e superato al momento del voto, con i creditori. L'esito, che pure è quello da lui auspicato, non lo ha preservato da un percorso di commissariamento, che lo hanno spinto ad accettare le condizioni dell'Unione e a indire, subito dopo, le elezioni politiche. G. Aravantinou Leonidi, *La sfida di Atene all'Europa dell'austerità: il referendum del 5 luglio 2015*, cit.

<sup>81</sup> G. Grasso, *Il referendum greco e la questione democratica nella (ri)costruzione del soggetto politico europeo*, in *Rivista AIC, Osservatorio costituzionale*, luglio 2015; N. Scicluna, *The Greek Crisis. A Symptom of the EU's Constitutional Malaise*, in <http://www.icconnectblog.com/2015/07/the-greek-crisis-a-symptom-of-the-eus-constitutional-malaise>, 2 luglio 2015.

<sup>82</sup> Altra questione, che qui non può essere esaminata, è se il referendum greco fosse incostituzionale, come sostenuto da una parte dei commentatori, per come è stato indetto e organizzato. X. Contiadas, A Fotiadou, *The Greek Referendum: Unconstitutional and Undemocratic*, in <http://constitutional-change.com/the-greek-referendum-unconstitutional-and-undemocratic/>.

<sup>83</sup> M. Codinanzi, *L'Unione europea tra integrazione e differenziazione*, cit.; L.F.M. Besselink, *Double Dutch: The Referendum on the European Constitution*, in *European Public Law*, 2006, 12, 3, 345 ss.; G. De Burca, *The Lisbon Treaty No-Vote: An Irish Problem or a European Problem?*, cit.

ropeo in senso stretto, non si può ignorare che esista una relazione tra i referendum nazionali e la rappresentanza europea. I due livelli non sono separabili, perché le consultazioni, che si svolgono a livello statale, possono allargare o frenare il processo d'integrazione.

L'interazione tra processi nazionali ed europei ha esiti affatto scontati per il progresso della democrazia rappresentativa europea<sup>84</sup>, e induce a interrogarsi sul modo in cui il referendum può incidere sulle funzioni della rappresentanza europea. All'inizio dello scritto si è detto che quest'ultima ha caratteri peculiari, nello svolgere le funzioni di rappresentazione, di legittimazione e di responsabilità.

Iniziamo dalla rappresentazione degli interessi dei cittadini europei; la rappresentanza europea, è priva di un apparato politico e di partiti in grado di esprimere gli interessi generali e l'identità politica del popolo europeo<sup>85</sup>. La politicizzazione dell'Unione ha provocato una nuova contrapposizione politica all'interno degli Stati e il forte antagonismo tra interessi nazionali, che ricercano canali di espressione in Europa. Il referendum s'inserisce nel conflitto rappresentando gli interessi delle forze politiche maggioritarie nello Stato, come ha dimostrato il voto della Grecia, dove interessi nazionali e interessi dell'Unione erano nettamente contrapposti. In questo contesto non sorprende che gli euroscettici cerchino di usare il referendum a loro vantaggio, mentre i partiti europeisti cercano di evitarlo.

Il tema della legittimazione delle decisioni europee è quello per il quale vengono maggiormente invocate le virtù del referendum. Prescindendo per il momento dalle differenze tra gli ordinamenti degli Stati membri, riguardo alla possibilità di svolgimento e alla obbligatorietà del voto, l'esperienza del Trattato costituzionale ha dimostrato che il referendum può costituire uno strumento di partecipazione e legittimazione, ma può anche determinare un effetto delegittimante.

---

<sup>84</sup> Il risultato è alquanto deludente per quanti ritengono che, alla crescente espansione delle competenze dell'unione e alla sua inarrestabile politicizzazione debba corrispondere un rafforzamento degli strumenti di legittimazione. S. Gambino, *Sfide e smacchi del processo di costituzionalizzazione comunitaria, dopo i recenti referendum, fra esigenze teorico-dogmatiche e realismo politico*, in *federalismi.it* n. 11 del 2005.

<sup>85</sup> G. Duso, *Parti o partiti? Sul partito politico nella democrazia rappresentativa*, in *Filosofia politica*, 2015, 1, 35; A. Barbera, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, cit., 859 ss.

L'Unione europea ha cercato di evitare l'uno e l'altro effetto. La crisi ha imposto modelli deliberativi decisionisti, nei quali vengono bypassate sia la rappresentanza che i referendum nazionali. A mano a mano che il governo della finanza pubblica ha perso il generale consenso, anche questo genere di decisioni sono state attratte nell'arena referendaria. Ma la risposta dei governi degli Stati è stata quella di sottrarre al metodo comunitario, e quindi al referendum, ove possibile, le decisioni.

L'ultima funzione della democrazia rappresentativa è quella di garantire la responsabilità dei governi. La democrazia rappresentativa europea non ha un meccanismo in grado di assicurare la rispondenza delle scelte dei governanti nei confronti dei governati. Sotto questo profilo il contributo del referendum può consistere nel far emergere una responsabilità diffusa a livello europeo<sup>86</sup>. Pur avendo una dimensione nazionale il voto della o delle consultazioni popolari, può servire ad esprimere la distanza tra le aspettative dei cittadini e le decisioni delle istituzioni europee. Questo effetto può scaturire più facilmente quando il referendum viene richiesto dai cittadini o comunque dal basso. Ma lo stesso può accadere nel caso che il referendum sia indetto da un governo o dal capo dello Stato. D'altra parte, come dimostra l'esperienza comparata, le condizioni politiche possono spingere un governo o una forza politica a ricercare una soluzione in caso di difficoltà contingenti o nell'ipotesi in cui la decisione "europea" sia difficile da gestire di fronte all'elettorato<sup>87</sup>. Ma al di là di quelle che sono le motivazioni interne, il voto ha effetti esterni, non solo politici, come dimostrano i referendum extraterritoriali.

Resta da chiedersi se, in prospettiva, si possa valorizzare il principio rappresentativo e il referendum, inserendoli in un rinnovato meccanismo di integrazione.

---

<sup>86</sup> Sulla responsabilità diffusa che scaturisce dal referendum, con riferimento al caso italiano, A. Di Giovine, *Referendum e responsabilità politica*, in *Dir. pubbl. comparato e eur.*, 2005, 1214 ss.

<sup>87</sup> A. Torre, *Il referendum nel Regno Unito. Radici sparse, pianta rigogliosa*, in A. Torre (a cura di), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Maggioli, 2012, 51 ss. Celebre l'*agreement to differ* escogitato da Wilson per il partito laburista al governo al momento di decidere cosa votare al referendum per la permanenza del 1975. J. Frosini, G. Tagiuri, *Il referendum del 1975: quando i Britannici decisero di rimanere nella Comunità economica europea*, in A. Torre (a cura di), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Maggioli, 2012, 159 ss.

Appaiono ormai superate dagli eventi le soluzioni proposte in passato, che vorrebbero ridare forza al progetto europeo attraverso un referendum paneuropeo<sup>88</sup> o la rivalutazione del principio rappresentativo, che consentirebbe la costruzione di un circuito democratico europeo simile a quello statale, con una maggioranza, un potere legislativo ed esecutivo che esprimano in Europa la gerarchia dei poteri tipica dello Stato liberaldemocratico<sup>89</sup>. Si fa strada l'idea, anch'essa autorevolmente rappresentata, che propende per trovare altre forme di democratizzazione, che conservino le peculiarità della costruzione europea, ma procedano al riequilibrio delle componenti politiche e tecniche<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> Per il dibattito europeo si veda B. Donnelly, M. Wagner, *Voting for Europe: Citizens, Elections and Referendum*, in *The Federal Trust. Referendum on the European Constitution: Adoption, Ratification and Entry into Force Procedure*, Secretariat, European Convention, Contribution Submitted by Several Members, Alternate Members and Observers, Annex, No. CONV 658/03 (Mar. 31, 2003); A. Peters, *Referendums on the Constitutional Treaty 2004: A Citizens' Voice*, in D. Curtin, A.E. Kellermann, S. Blockmans (ed.), *The EU Constitution: the best way forward?*, The Hague, 2005, 39 ss. In passato l'ipotesi di un referendum europeo unico, e di paralleli referendum nazionali, è stata esaminata anche per l'Italia. M.E. Gennusa, *Verso un referendum europeo*, in *Quad. cost.*, 2007, 405 ss.; T.E. Frosini, *Un referendum per la Costituzione europea*, in *Federalismi.it* n. 14 del 2004; M. Mezzanotte, *La democrazia diretta nei Trattati dell'Unione europea*, cit., 177 ss., che guarda al referendum come all'unico istituto di democrazia diretta in grado di formare una coscienza e un patriottismo europei.

<sup>89</sup> V. Bogdanor, *Legitimacy, Accountability and Democracy in the European Union*, London, Federal Trust Report, 2007. Le elezioni del Parlamento europeo del 2014 hanno avuto effetti limitati sulla capacità dei partiti nazionali di unirsi in una politica comune. C. Curti Gialdino, *Elezioni europee del 2014 e scelta del candidato alla presidenza della Commissione europea: i primi passi della procedura*, in *Federalismi.it* n. 11 del 2014; A. Poggi, *Elezioni europee 2014*, in *Federalismi.it* n. 11 del 2014. Di cambiamento parla invece M. Cartabia, *Elezioni europee 2014: questa volta è diverso*, in *Quad. cost.*, 2014, 715 ss.; S. Andò, *L'identità europea tra crisi economica, declino dello Stato sociale e questione mediterranea*, in B. Andò, F. Vecchio (a cura di), *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea*, cit., 306 ss. Contro la torsione maggioritaria del governo dell'Unione F.W. Scharpf, *After the Crash: a perspective on Multilevel European Democracy*, in *European Law J.*, 2015, 21, 384 ss.; S. Pinon, *Le déficit démocratique de l'Union européenne: mais quel déficit?*, Relazione al Convegno "Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello", tenutosi a Roma, Camera dei deputati, 12-13 maggio 2015, cit.

<sup>90</sup> In uno scritto recente D. Grimm è arrivato a postulare un costo democratico del costituzionalismo, quando questo spinge all'eccesso il principio di legittimazione, che se applicato all'Unione europea porterebbe erroneamente a un incremento dei poteri del Parlamento europeo. La particolarità dell'organizzazione europea, che egli definisce over-constitutionalized, esige altre soluzioni istituzionali che puntino decostituzionalizzare alcune materie, a ri-politicizzare i processi decisionali affidandone la responsabilità congiunta al Consiglio e al Parlamento. D. Grimm, *The Democratic Costs*

Dietro le opposte visioni sullo sviluppo dell'Unione vi sono diverse concezioni della democrazia, del popolo e della rappresentanza, del modo di conciliare gli interessi in conflitto<sup>91</sup>. Quel conflitto che dal livello statale si sta spostando a livello europeo, dove Stati e popoli esprimono una diversità che necessita secondo alcuni di soluzioni risolutive del conflitto, e secondo altri di pratiche cooperative, o comunque di ridurre l'incidenza dei meccanismi anti-maggioritari<sup>92</sup>.

In questo scenario s'inserisce la questione della legittimazione del popolo o dei popoli europei<sup>93</sup>, recentemente riproposta anche dal Primo Ministro italiano come base per riformulare l'architettura del governo dell'Unione.

Le soluzioni giuridiche che danno concretezza a questa ipotesi non sono ancora emerse, ma è evidente che questo dibattito preparano le future riforme dei Trattati, le quali non potranno essere semplicemente una correzione in senso maggioritario degli assetti attuali. Se l'Unione deve colmare il deficit di democrazia e di efficienza<sup>94</sup>, deve integrare e armonizzare i processi decisionali maggio-

---

*of Constitutionalisation: The European Case*, in *European Law J.*, 2015, 21, 460 ss. In senso opposto P. Haberlee ritiene che la costituzionalizzazione debba procedere, sulle basi di una doppia sovranità, quella dei cittadini europei e dei popoli dell'Unione, per costruire una democrazia transazionale, nella quale i poteri del Parlamento vanno estesi. P. Haberlee, *Democracy in Europe: Why the Development of the EU into a Transnational Democracy is Necessary and How is Possible*, in *European Law J.*, 2015, 21, 536 ss. In Italia C. Pinelli, *Rappresentanza e democrazia nel Trattato costituzionale e nella recente esperienza dell'Unione*, cit., 91 ss.; F. Donati, *Trattato di Lisbona e democrazia nell'UE*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2014.

<sup>91</sup> Visioni che si confrontano da 20 anni. D. Grimm, *Does Europe Need a Constitution?*; J. Habermas, *Remarks on Dieter Grimm's Does Europe Need a Constitution?*, entrambi apparsi su *European Law J.*, 1995, 1, 282 ss.

<sup>92</sup> S. Pinon, *Le déficit démocratique de l'Union européenne: mais quel déficit?*, cit., ritiene che vi sia un eccessivo sbilanciamento a favore delle tecniche antimaggioritarie. Soluzioni consociative che sono state adottate dall'inizio del processo di integrazione. Contro la torsione maggioritaria del governo dell'Unione F.W. Scharpf, *After the Crash: a perspective on Multilevel European Democracy*, cit., 384 ss.

<sup>93</sup> K. Nicoladis, *European Democracy and Its Crisis*, in *J. Common Market Studies*, 2013, 51, 351 ss.

<sup>94</sup> Per colmare il deficit di efficienza, e non di democrazia, l'Unione ha risposto alla crisi con il mix di accordi intergovernativi, con l'azione della BCE, con un nuovo soggetto politico dell'Eurovertice. Per colmare il deficit di democrazia, oltre alle disposizioni dei Trattati, è stato introdotta nel Trattato siglato a Bruxelles, la previsione della cooperazione interparlamentare nella discussione delle politiche di bilancio. A. Manzella, *Verso un governo parlamentare euro-unitario?* in A. Manzella, N. Lupo (a cura di), *Il sistema parlamentare euronazionale*, cit., 2 ss., che vi aggiunge anche un

ritari e tecnocratici. Come assicurare maggiore partecipazione ed effettività è il problema dell'Unione, ed è un problema che coinvolge tanto la rappresentanza quanto il referendum.

Nel momento attuale, di debolezza dei processi e dei fini dell'Unione, l'espressione di un voto democratico contrario alle decisioni assunte dai vertici europei rappresenta molto più di una correzione del sistema decisionale, è la negazione della sua stessa legittimità.

### *Abstract*

The article analyses the interaction between referendum and representative democracy in the European Union. The growth of the referendum in relation to EU processes offers an interesting view of the relationship between constitutional referendums and democracy in Europe today. As referendum is used increasingly to supplement and in some situations to supplant representative democracy in treaty making, it seems that the integration process has become more and more linked to referendum for further progress.

L'articolo esamina la relazione tra referendum e rappresentanza nell'Unione europea. Lo sviluppo del referendum sui temi europei offre una prospettiva di analisi del ruolo dei referendum costituzionali nella democrazia. Dal momento che il referendum viene usato sempre più spesso per integrare o supplire le funzioni della rappresentanza nella modifica dei Trattati europei, esso sembra condizionare sempre più spesso gli esiti del processo d'integrazione.

---

deficit di connessione tra istituzioni, che determina la mancanza di un indirizzo strutturato e di *accountability*.

FEDERICO SAVASTANO

## ALLARGAMENTO E CONFINI DELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. L'identità della *casa europea*. – 2. Come si entra nell'UE. 3. I criteri politici come prerequisito per la candidatura. – 4. I criteri economici e il libero mercato. – 5. *L'acquis communautaire*. – 6. I confini dell'Unione europea.

### 1. *L'identità della casa europea*

È sempre più frequente per tutte le discipline la necessità di confrontarsi con l'Europa. Assai ricco nel mondo giuridico è il dibattito su quale strada l'UE debba intraprendere per chiudere il processo di federalizzazione, ovvero per adeguarsi alle sfide – sempre più gravose – che si trova ad affrontare<sup>1</sup>.

Molti studi sono stati condotti sui diversi aspetti che riguardano l'integrazione europea: temi base del diritto costituzionale quali le fonti del diritto, la forma di stato e di governo, i diritti e temi specifici relativi a singoli settori, come ambiente, agricoltura, servizi pubblici, banche, mercati finanziari, e così via<sup>2</sup>.

Il dibattito principale riguarda l'interrogativo sul futuro dell'Unione: come rinnovare le istituzioni, aumentare il livello di partecipazione e consapevolezza dei cittadini, trovare un equilibrio nel rapporto tra sovranità statale e ordinamento sovranazionale<sup>3</sup>.

Questi temi sono legati ad una questione di fondo: la visione dell'Europa che si ha e dalla quale si parte nel formulare le varie ipo-

---

<sup>1</sup> Si veda B. Caravita, *La grande sfida dell'Unione europea tra prospettive di rilancio e ombre di declino in federalismi*, n. 1/2012 e più in generale B. Caravita, *Trasformazioni costituzionali nel federalizing process europeo*, Napoli, 2012.

<sup>2</sup> Nel 2012 la Rivista *federalismi* ha dedicato una serie di editoriali al tema della dimensione europea di diversi settori giuridici, a firma di S. Staiano, L. Violini, U. Triulzi, G.M. Roberti, G. Napolitano, T.E. Frosini, M. De Poli, A. Sciaudone, A. Poggi, F. Cintioli, A. Celotto e M. Cecchetti.

<sup>3</sup> V. T.E. Frosini, *La dimensione europea della forma di stato e di governo*, in *federalismi*, n. 5/2012.

tesi di sviluppo politico, istituzionale e sociale. *Quale Europa* – quale modello di Europa – perseguire è la scelta da operare aprioristicamente, dalla quale poi conseguono tutti i costrutti istituzionali che possono derivare dall'una o dall'altra visione dell'integrazione<sup>4</sup>.

Non si tratta più però, come in passato, di scegliere *Europa degli Stati* o *Europa dei popoli*, quanto piuttosto di capire in quale modo dotare un ordinamento – che appare sempre di più *necessario* – di strumenti che gli consentano di agire con efficacia sia nei confronti delle sue componenti interne sia nel contesto esterno del panorama internazionale, sia a livello economico e finanziario sia politico e diplomatico.

Cosa fare dell'Europa è dunque il problema di fondo, che non può essere risolto con più o meno fantasiosi progetti di architettura istituzionale che non tengano conto di ciò che l'Europa è e di come sia diventata ciò che è.

È necessario a tal proposito comprendere la natura dell'*identità europea*, studiarne approfonditamente le caratteristiche e da questo studio evincerne quelli che sono i suoi fondamenti innanzitutto culturali, quindi giuridici, istituzionali e sociali.

L'identità dell'Europa è un'identità non unitaria ma plurale, costituitasi in una dialettica senza soluzione di continuità tra fattori diversi entrati in relazione tra loro, sia dal punto di vista cronologico – armonizzazione tra esperienze e idee dell'Antico ed eventi e concetti del Moderno – sia dal punto di vista culturale, con particolare riferimento all'interazione con mondi *diversi ed esterni* che si sono nel corso della storia affacciati ai confini – sia geografici che, appunto, culturali – del Vecchio Continente.

Questa identità composita ha dato forma a una storia fatta di momenti di unità e comunanza di valori molto stretti.

Bisogna dunque leggere la storia del continente europeo come un alternarsi di momenti di unità e frammentazione<sup>5</sup>, che si sono susseguiti in una dialettica continua, lasciando ognuno un'eredità che è andata ad arricchire quel tessuto plurale che è la matrice dell'Europa quale oggi la si conosce<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> V. S. Fabbrini, *Which European Union. Europe after the Euro Crisis*, Cambridge, 2015, xvii.

<sup>5</sup> Si vedano gli interventi tenuti al Convegno *Unità e frammentazione nella storia europea*, 10 maggio 2013, Napoli in occasione del decennale della Rivista *federalismi*; tra i relatori G. Galasso, P. Grossi, F. Gui, G.M. Salerno, M. Scudiero, S. Staiano.

<sup>6</sup> Si veda P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007.

Una matrice che ha creato un sistema di valori che accomuna tutti gli Stati membri e che oggi è il principale strumento per distinguere ciò che è Europa da ciò che Europa non è. L'idea stessa di Europa nasce infatti per contrasto nei confronti di ciò che era al di fuori e di ciò che era diverso: Greci e Persiani, Romani e Barbari, Occidentali e Orientali, Cristiani e Musulmani<sup>7</sup>.

Allo stesso modo oggi i confini dell'Europa sono sempre meno confini geografici e sempre più confini che delimitano un'area di condivisione di valori costituzionali comuni e democrazia.

La loro individuazione equivale ad individuare quali sono i caratteri dell'integrazione europea. L'UE infatti è stata capace, soprattutto negli ultimi trenta anni, di proporsi come raccoglitore, catalizzatore e creatore di un sistema di diritti e di valori uniforme ereditato e riproposto con una veste nuova agli Stati membri che la compongono<sup>8</sup>.

Gli Stati che oggi vogliono entrare nell'Unione si trovano a dover sposare questo sistema di valori: pertanto lo studio dei requisiti che essi devono soddisfare per aderire riflette ciò che i Paesi già membri e le istituzioni europee considerano fondamentale per l'ordinamento europeo, e consente di comprendere appieno la natura e i contenuti di tali valori<sup>9</sup>.

A dieci anni dallo storico allargamento ad est del 2004 il tema dell'apertura delle porte dell'Europa a nuovi Paesi desiderosi di entrarvi a far parte resta centrale per la crescita e lo sviluppo politico dell'Unione.

Se l'ingresso di Bulgaria e Romania del 2007 rappresentò la coda della grande ondata di tre anni prima, quello della Croazia del 2013 potrebbe essere stato il primo di una nuova serie, comprendente Paesi concentrati nell'area dei Balcani occidentali<sup>10</sup>.

Si tratta di Stati attratti non solo dal mercato europeo, ma an-

---

<sup>7</sup> Sul tema resta insuperabile F. Chabod, *Storia dell'idea d'Europa*, 8<sup>a</sup> ed., Bari, 2010.

<sup>8</sup> V. G. De Vergottini, *Tradizioni costituzionali comuni e costituzione europea*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

<sup>9</sup> V. L. Cappuccio, *Le condizioni costituzionali di adesione all'Unione europea*, relazione al Convegno annuale del "Gruppo di Pisa" *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Capri, 3-4 giugno 2005, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

<sup>10</sup> V. Commissione Ue, *Dichiarazioni del Commissario Füle per il 10° anniversario dell'allargamento*, Bruxelles, 30 aprile 2014.

che dall'Europa come concetto di appartenenza, in quanto loro casa culturale e loro imprescindibile punto di riferimento.

L'Unione europea preparò con grande attenzione il grande allargamento del 2004, elaborando un processo di avvicinamento graduale tra gli stati interessati all'ingresso e l'Unione stessa. L'obiettivo non era quello di limitare o rendere più difficile l'ingresso, bensì quello di trasformarlo in una vera e propria *adesione* non solo ad un sistema di valori ma anche e soprattutto ad un patrimonio giuridico la cui condivisione è considerata imprescindibile.

Ciò che l'Europa ha voluto chiarire è che l'Unione non si *allarga*, ma tiene spalancate le proprie porte a tutti quegli Stati che appartengono al contesto culturale europeo e che decidono di *aderire* ad un comune sistema di valori, come è possibile evincere dalla lettura combinata degli articoli 2 e 49 del Trattato sull'Unione europea (TUE), e come ribadito spesso dalla Commissione<sup>11</sup>.

L'*allargamento ad est* del 2004 ha comportato un ampliamento proprio di questa sfera di valori: i nuovi Stati hanno rafforzato lo Stato di diritto, garantito un'ampia sfera di diritti e libertà ai propri cittadini, realizzato riforme dell'amministrazione e della giustizia e aderito al mercato comune, o meglio sono diventati parte del mercato interno, rendendosi *europei* nel modo di vivere nella società oltre che culturalmente.

L'art. 49 del TUE chiarisce come «*Ogni Stato europeo che rispetti i valori di cui all'articolo 2 e si impegni a promuoverli può domandare di diventare membro dell'Unione*» e costituisce la base giuridica per la possibilità di accogliere nuovi membri. La Commissione cura con attenzione questo aspetto dal 1967, quando ha istituito la figura del Commissario per l'allargamento, ritenendo che *la politica di allargamento dell'UE contribuisce alla sicurezza e stabilità dell'Europa; ci consente di diventare più forti e di promuovere i nostri valori e permette all'Europa di svolgere il suo ruolo di protagonista sulla scena mondiale*, dando la misura di quanto il tema sia importante non solo per gli Stati che entreranno, ma anche per i membri e per l'Unione in generale<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> V intervista all'ex Commissario all'allargamento Verheugen in D. Denti, *Verheugen: allargamento e vicinato devono andare avanti*, in *East Journal*, 3 giugno 2014. Si veda anche Commissione Ue, *Le politiche dell'Unione europea: allargamento*, Lussemburgo, 2014, 3.

<sup>12</sup> Dal 1999 al 2007 il livello degli scambi tra i «vecchi» Stati dell'UE (15 paesi)

## 2. *Come si entra nell'UE*

Fino al Trattato di Amsterdam non esisteva alcuna previsione nei Trattati in merito alle condizioni da soddisfare per poter entrare nell'Unione europea.

Il Trattato di Maastricht aveva enunciato i principi sui quali l'Unione si fonda e pertanto, attraverso un'interpretazione estensiva di quello che era l'art. F., potevano fare domanda gli Stati che a quei principi si ispiravano nei loro ordinamenti interni.

Originariamente dunque la CEE non aveva predisposto alcuna norma in merito all'adesione, se non la previsione dell'*ex art.* 237 del Trattato CEE che sanciva l'unico requisito di essere uno *Stato europeo*.

Questa mancata previsione aveva una ragione ben precisa e ha avuto delle conseguenze importanti: la CEE è nata ispirandosi all'applicazione del metodo funzionalista, in virtù del quale l'integrazione deve essere progressiva e settoriale, e non può aversi tutta in una volta secondo un unico progetto generale<sup>13</sup>. È dunque comprensibile l'intenzione dei padri fondatori di glissare sui metodi di adesione, evitando di formalizzare le procedure di integrazione.

La conseguenza, come si vedrà, è stata quella di accentuare il carattere politico delle decisioni in merito al processo di adesione fino alla previsione di specifici criteri giuridici.

I requisiti si sono andati formando nel corso del tempo. Già in occasione del primo allargamento, quando le uniche condizioni da soddisfare erano l'essere uno Stato europeo e il concludere un accordo di modifica formale ai trattati, si chiarì come l'ampliamento non avrebbe dovuto corrispondere ad un depotenziamento della Comunità<sup>14</sup>.

Con il *Mediterranean Enlargement Round* degli anni Ottanta la Comunità iniziò a subordinare le relazioni con i candidati al rispetto dei diritti umani, dato che i Paesi coinvolti – Spagna, Grecia e Portogallo – erano reduci da dittature: la Commissione non si concentrò troppo sul grado di implementazione dei diritti, pun-

---

e i «nuovi» è passato da 175 mld di euro del 1999 a 500 nel 2007. Nel contempo gli scambi tra i «nuovi» Stati nello stesso periodo di tempo sono passati da 15 a 77 mld.

<sup>13</sup> V. dichiarazione di Schuman sulla CECA in G. Mammarella, P. Cacace, *Storia e politica dell'Unione europea*, Roma-Bari, 1998, 39.

<sup>14</sup> V. F. Granell, *Les périodes transitoires des différents élargissements de la Communauté Européenne*, in *Revue du marché commun*, 294, 1986, 95 e ss.

tando sul fatto che la stessa adesione sarebbe stata fattore di stabilizzazione e di democratizzazione negli Stati in entrata<sup>15</sup>.

Un passo verso la formalizzazione dei criteri lo si compie alla fine degli anni '80 con l'analisi del rifiuto opposto dalla Commissione al governo turco grazie al quale fu possibile ricavare *a contrario* i requisiti d'ingresso. La Commissione infatti basò il proprio parere su tre elementi: l'impatto sul processo di integrazione, la situazione economica ed il contesto politico.

Sempre in questo decennio, per la prima volta, la Commissione utilizza anche il criterio della *non europeicità* di uno Stato per opporre il rifiuto alla storica domanda di adesione alla Comunità presentata dal Marocco<sup>16</sup>.

Il progressivo emergere di criteri di adesione fu accantonato in occasione dell'allargamento del 1995, quando Svezia, Finlandia e Austria furono valutate esclusivamente per i loro parametri economici, senza tenere in conto l'ordinamento dello Stato.

Parallelamente la definizione dei criteri stava vivendo uno slancio decisivo con il dibattito sull'adesione di Cipro, che aveva presentato domanda nel 1990. La Commissione si mostrò molto attenta alla situazione politica dell'isola e colse l'occasione per fornire una definizione di *Stato europeo*, facendo riferimento al fatto che Cipro lo fosse in virtù della sua situazione geografica e dei vincoli storici che la legano alla cultura e alla civiltà europee, con la quale condivide i valori e l'organizzazione della vita culturale, politica, economica e sociale.

In questo contesto interviene il Consiglio europeo di Copenaghen del 1993, in cui i capi di Stato e di Governo dell'UE proceduralizzano l'adesione. La ragione storica di questa svolta nell'approccio ai paesi terzi sta nell'inizio del processo di adesione dei PECO, che avrebbe portato al grande *allargamento ad est* del 2004. Si trattava infatti di paesi *ex sovietici* nei confronti dei quali l'attenzione per il funzionamento dello stato di diritto e della democrazia e per l'effettiva godibilità dei diritti umani meritava di essere più elevata.

---

<sup>15</sup> V. G. Pridham, *Encouraging Democracy. The International Context of regime transition in Southern Europe*, Leicester, 1991, 1 e ss.

<sup>16</sup> Nel 1987 il Marocco fece domanda di adesione alla CEE. Gli venne opposto rifiuto perché non si trattava di uno Stato europeo. Le istituzioni europee non colsero l'occasione per fornire una definizione di Stato europeo, ma usarono una motivazione geografica di appartenenza all'area del Maghreb e dell'Africa da parte del Marocco.

Il Consiglio individuò tre macro-aree – politica, economica e giuridica – nelle quali i candidati dovevano dimostrare di essere in linea con gli *standard* europei, che assumeranno il nome di *criteri di Copenaghen*<sup>17</sup>.

La procedimentalizzazione operata fu una formalizzazione dei criteri che erano emersi negli anni precedenti<sup>18</sup>. Come detto essi furono elaborati prima dell'introduzione dell'art. 49 del Trattato di Amsterdam e non vennero utilizzati per l'allargamento del 1995.

Essi vennero poi specificati ed integrati dal Consiglio europeo di Madrid del 1995, che chiarì come anche le strutture amministrative degli Stati avrebbero dovuto essere adeguate in modo da permettere una sistematica e snella ricezione delle norme europee: serviva dunque non solo un formale recepimento ma anche un'effettiva attuazione a livello amministrativo<sup>19</sup>.

I criteri saranno poi definitivamente integrati dai Consigli europei di Helsinki e Colonia del 1999, che inseriranno i requisiti delle politiche di buon vicinato e la valutazione della sicurezza nucleare.

Per gli Stati balcanici è stata poi inserita una voce speciale che fa riferimento alla collaborazione con gli organi di giustizia internazionale, in particolare con il Tribunale speciale per l'ex Jugoslavia<sup>20</sup>.

Riuscire a soddisfare i criteri di Copenaghen non è cosa banale: l'UE ha tal fine ha sviluppato una prassi di assistenza sia politica che finanziaria tesa ad accompagnare i candidati e i potenziali candidati a mettere in atto le riforme necessarie per il soddisfacimento dei requisiti.

Ogni adesione parte infatti con una *Strategia di preadesione* che definisce gli *step* che il candidato dovrà compiere a medio-lungo termine e gli strumenti che si utilizzeranno nel processo.

<sup>17</sup> V. Conclusioni del Consiglio europeo di Copenaghen 21-22 giugno 1993, §7, iii) (SN/180/1/93).

<sup>18</sup> V. P.D. Kats, *Les Critères de Copenhague*, in *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, 440, 2000, 483 e ss.; Sui criteri di Copenaghen v. A. Lang, *Le procedure per l'allargamento dell'Unione europea: anno 2008*, in DPCE, 2009, 122 e *La politica di allargamento dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, 477-491; T. Marktler, *The Power of the Copenhagen Criteria*, in *CYELP*, 2006, 346 ss.; T. Cerruti, *L'Unione europea alla ricerca dei propri confini. I criteri politici di adesione e il ruolo dei nuovi stati membri*, Torino, 2010.

<sup>19</sup> V. Conclusioni del Consiglio europeo di Madrid del 15-16 dicembre 1995, § III.A.

<sup>20</sup> Il criterio è stato utilizzato anche con la Croazia. V. T. Cerruti, *Il rinvio dell'apertura dei negoziati di adesione della Croazia. Un precedente insolito per il nuovo peso dato ai criteri politici*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

Il primo di questi è costituito dagli accordi bilaterali: si tratta dei cosiddetti trattati di associazione – che per i paesi dei Balcani occidentali hanno assunto il nome di *Trattati di stabilizzazione e associazione* – e servono da quadro per la gestione delle trattative.

La seconda fase è quella dei *dialoghi politico-economici*, che consiste in una assistenza tecnica molto specifica e molto concreta fornita agli Stati nelle loro riforme istituzionali e nella stabilizzazione del sistema economico.

Vi è poi la possibilità di sviluppare dei *partenariati per l'adesione* su singole materie dell'*acquis* nelle quali gli Stati devono fare uno sforzo più significativo in termini di riforme o infrastrutture.

A fronte di questi strumenti messi a disposizione dalle istituzioni europee, ogni Paese propone un *Programma nazionale per l'adozione dell'acquis (NPAA)*, nel quale presenta un calendario con le priorità e le azioni che intende seguire nei vari settori oggetto della valutazione.

L'assistenza da parte di Bruxelles non si limita al sostegno tecnico e politico: ben consapevole dei costi che comportano le riforme, l'Unione predispone anche strumenti di *Assistenza finanziaria di preadesione*. In occasione dell'allargamento del 2004 è stato usato il noto programma PHARE; nel periodo 2007-2013 il più flessibile IAP (strumento di assistenza preadesione), che è stato rinnovato per il periodo 2014-2020 per un ammontare complessivo di circa 13 miliardi.

La Commissione fornisce ogni anno i propri *Progress Report* che consistono in un monitoraggio dettagliato dei progressi degli Stati candidati. Grazie a questi *screening* gli Stati sanno se stanno operando nella giusta direzione e vengono redarguiti nei casi di inerzia o di allontanamento dalle norme europee. Il monitoraggio riguarda ogni singolo aspetto dei criteri politici, economici e giuridici.

Una volta soddisfatti i criteri, il Consiglio adotta una posizione comune che consente la chiusura dei negoziati e sviluppa un progetto di trattato di adesione.

Previa consultazione con la Commissione e approvazione del Parlamento europeo il Trattato viene firmato e ratificato dallo Stato candidato e da tutti i singoli Stati membri dell'UE.

Tra la firma e la ratifica, lo Stato candidato accede al godimento di taluni privilegi provvisori (osservatore attivo in molti

organi UE), che diventano definitivi quando l'ultimo Stato membro ratifica il trattato.

### 3. *I criteri politici come prerequisito per la candidatura*

L'art. 49 TUE fa esplicito riferimento al rispetto dei valori contenuti nell'art. 2 TUE come condizione necessaria per diventare membro dell'UE. Questo articolo, non a caso posto in apertura del Trattato, stabilisce che l'Unione *si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani* e prosegue chiarendo come si tratti di valori comuni a tutti i membri, caratterizzati a loro volta da una società basata sul pluralismo, la non discriminazione, la tolleranza, la giustizia, la solidarietà e la parità di genere.

Le disposizioni citate erano state inserite nel TUE dal Trattato di Amsterdam del 1999 e costituivano il primo comma dell'art. 6. Con Lisbona gli Stati europei hanno deciso di dare maggiore enfasi ai valori fondanti dell'Unione trasformando, ampliando e specificando il primo comma dell'art. 6 in un nuovo articolo posto all'inizio del Trattato.

Le modifiche sono intervenute dopo il Consiglio del 1992, e quindi dopo la formulazione dei criteri di Copenaghen. L'art. 2 sembra recepirne i parametri politici: in questo senso si può parlare da una parte di una loro "costituzionalizzazione"<sup>21</sup>, dall'altra della dimostrazione del fatto che essi costituiscono la parte principale di quelli che il Trattato definisce *valori comuni*.

Tali parametri sono di ampia portata e molto generici, tanto che la Commissione è intervenuta nel corso del tempo – attraverso i monitoraggi dei progressi compiuti dagli Stati candidati – a specificarli e dar loro una maggiore concretezza<sup>22</sup>, in particolare per l'attuazione di concetti quali *democrazia* o *stato di diritto*<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> V. T. Cerruti, *L'allargamento dell'Unione europea alla luce dei parametri politici imposti ai nuovi stati membri per l'adesione*, in *Centro Studi sul federalismo*, aprile 2007, 8.

<sup>22</sup> *Ibid.*, 1.

<sup>23</sup> Sulla definizione di "rule of law" v. G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, 8<sup>a</sup> ed., Padova, 2011, 368-372; L. Heuschling, *Rechtsstaat, Rule of Law, état de droit*, Parigi, 2002; F. Sorrentino, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2007. In relazione all'inserimento di tale principio tra i parametri politici di Copenaghen si veda M. Maresceau, *The EU Pre-Accession Strategies: a political and legal analysis*, in

Il primo che si tiene in considerazione nel monitoraggio dei progressi dei candidati consiste in *democrazia e stato di diritto*: nella valutazione la Commissione analizza la Costituzione dello Stato; le modalità di svolgimento delle elezioni, sia nazionali che locali; il funzionamento del Parlamento e dell'esecutivo; la trasparenza e l'efficienza della pubblica amministrazione; la presenza di un'istituzione che funga da *ombudsman*; le forze di pubblica sicurezza e la garanzia che esse siano controllate dal potere civile; il grado di partecipazione e coinvolgimento della società civile; l'indipendenza del sistema giudiziario, la lotta alla corruzione e alla criminalità organizzata.

Ben si comprende come l'ampiezza della definizione sia stata sfruttata dalla Commissione per entrare nello specifico di questioni fondamentali che riguardano il funzionamento politico-istituzionale di uno Stato che aspira all'ingresso nell'Unione.

Il secondo punto è intitolato *Diritti umani e protezione delle minoranze* e si occupa di valutare innanzitutto il rapporto tra i candidati e la Corte EDU. In particolare la Commissione procede ad un controllo del livello di compatibilità dell'ordinamento nazionale con le previsioni della Convenzione e del livello di attuazione delle sentenze della Corte di cui lo Stato è destinatario. Un tema cui la Commissione ha sempre posto attenzione nei *report* è quello del *gender* e della tutela di LGTBI. Per il resto essa ha proceduto concentrandosi sulle questioni peculiari di ogni candidato, a seconda della più o meno significativa presenza di minoranze all'interno del suo territorio: per ognuna ha valutato le misure adottate dai governi per garantirne la partecipazione politica e la situazione politico-sociale in cui versa.

Il terzo paragrafo in cui si articolano i criteri politici riguarda le *questioni regionali e gli obblighi internazionali*. In questo campo la Commissione valuta il comportamento dei candidati nel loro contesto regionale, in particolare la loro disponibilità alla cooperazione con gli Stati limitrofi ovvero appartenenti allo stesso contesto, nonché la capacità di risolvere pacificamente le controversie transfrontaliere. È chiaro come anche in questo caso l'analisi si articoli e differenzi in funzione dello Stato monitorato: per la Turchia, ad esempio, sono presi in considerazione i rapporti con Cipro e Grecia, mentre

---

M. Maresceau, E. Lannon (a cura di), *The EU's Enlargement and Mediterranean Strategies. A comparative analysis*, Houndmills, 2001, 15.

per gli Stati balcanici si è fatta attenzione alla cooperazione nell'area balcanica e soprattutto alla collaborazione mostrata con il Tribunale speciale per i crimini commessi nei conflitti in *ex* Jugoslavia.

Il rispetto dei parametri di politici di Copenaghen è un requisito essenziale anche solo per presentare la domanda di adesione. L'art. 49 TUE infatti subordina al rispetto dell'art. 2 la possibilità di *domandare di diventare membro*. In base a tale condivisa interpretazione tutti gli Stati che hanno ottenuto lo *status* di candidato sono in linea con i criteri politici e con l'art. 2 del Trattato. Ciononostante la Commissione continua a monitorare il rispetto dei parametri politici per tutto il processo di adesione, in virtù del fatto che – come accaduto ad esempio in Turchia – possono esserci dei passi indietro da parte degli Stati.

Non è tuttavia mancato chi ha sottolineato come il Consiglio abbia talvolta forzato il parametro politico, indebolendolo e piegandolo agli obiettivi di politica estera dell'Unione<sup>24</sup>.

#### 4. *I criteri economici e il libero mercato*

La *membership* europea richiede anche il rispetto di parametri economici, quali la *esistenza di un'economia di mercato funzionante* e la *capacità di far fronte alle pressioni concorrenziali e alle forze del mercato all'interno dell'Unione*.

Anche in questo caso la Commissione ha specificato il contenuto dei parametri nel corso dei monitoraggi.

Le prime due voci in tema di *economia di mercato funzionante* consistono nel rispetto dei c.d. *parametri di Maastricht* contenuti nell'art. 140 TFUE, in forza dei quali ogni membro deve assicurare:

– raggiungimento di un alto grado di stabilità dei prezzi, e quindi stabilità del tasso di inflazione;

– sostenibilità della situazione di finanza pubblica, e quindi il rispetto dei parametri in tema di disavanzo pubblico (rapporto deficit/PIL non superiore al 3%) e debito pubblico (non deve superare il 60% del PIL e se lo fa deve essere ridotto costantemente anno per anno);

– rispetto dei margini normali di fluttuazione previsti dal meccanismo di cambio dello SME;

---

<sup>24</sup> V. T. Cerruti, *L'apertura dei negoziati di adesione all'Unione europea della Turchia e della Croazia*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2007, 93.

– stabilità dei tassi di interesse a lungo termine, che non devono superare di più del 2% quelli degli Stati membri che hanno ottenuto i migliori risultati inflattivi.

I parametri di Maastricht sono raccolti in due voci che fanno riferimento alle basi essenziali di politica economica e alla stabilità macroeconomica.

Nell'analisi di quest'ultimo elemento la Commissione studia lo storico e le prospettive di crescita di ogni Stato, la composizione del PIL e tutti gli interventi operati (e non) dai governi in vista del miglioramento della situazione macroeconomica, nonché la loro possibilità di integrarsi con la *governance* economica europea<sup>25</sup>.

Gli altri aspetti in cui si articola il primo punto dei parametri economici riguardano l'interazione delle forze del mercato (ad es. livello dei consumi e ruolo dello Stato); la facilità e le possibilità di entrata ed uscita dal mercato; il quadro giuridico entro cui il sistema si muove; lo sviluppo del settore finanziario.

Il secondo dei parametri economici tiene invece in considerazione le possibilità delle imprese nazionali di relazionarsi quelle europee, e di riuscire ad integrarsi nel mercato comune. In primo luogo la Commissione concentra la sua analisi sul capitale fisico e umano presente in uno Stato, quindi passa all'esame della struttura settoriale dell'economia e della struttura delle imprese. Un aspetto particolarmente rilevante, e spesso problematico, riguarda l'influenza che esercita lo stato nel mercato, e quindi il recepimento della normativa europea in tema di aiuti di Stato, cui tradizionalmente la Commissione pone molta attenzione.

L'ultimo aspetto riguarda l'integrazione economica con l'UE, e quindi l'apertura dell'economia interna a quella degli Stati già membri e i flussi di percentuali di PIL derivanti da importazioni ed esportazioni con i membri dell'UE.

## 5. *L'acquis communautaire*

Il terzo dei parametri stabiliti a Copenaghen è il cosiddetto *criterio giuridico*, che consiste nella *capacità di assumersi gli obblighi derivanti dalla membership*. Ciò significa recepire l'*acquis commu-*

---

<sup>25</sup> Sul tema R. Dickmann, *Governance economica europea e misure nazionali per l'equilibrio dei bilanci pubblici*, Napoli, 2013.

*nautaire*, inteso come complesso di norme e principi ricavabili dai Trattati, dalla prassi delle istituzioni, dalla giurisprudenza della Corte e da tutte le norme emanate in ambito europeo sulla base dei Trattati<sup>26</sup>.

Il termine era usato inizialmente per far riferimento al diritto comunitario nel suo complesso, e si compone praticamente di tutti gli atti adottati in ambito europeo – da qui il nome *acquis*, che sta per *diritto acquisito*:

- principi, obiettivi politici e dispositivo dei trattati;
- legislazione adottata in applicazione dei trattati e giurisprudenza della Corte di giustizia;
- dichiarazioni e risoluzioni adottate nell'ambito dell'UE;
- atti che rientrano nella PESC;
- atti che rientrano nel GAI;
- accordi internazionali conclusi dalla Comunità e quelli conclusi dagli Stati membri tra essi nei settori di competenza dell'Unione.

Dopo Copenaghen e dopo il progressivo ampliarsi delle competenze dell'UE, in vista dell'allargamento del 2004, l'*acquis* è stato articolato in 31 capitoli (ora 35), che fanno riferimento ai più svariati ambiti della vita associata, partendo dalle quattro libertà e specificando temi già ricompresi nei criteri politici ed economici.

La vasta gamma dei capitoli dell'*acquis*<sup>27</sup> è la dimostrazione di quanto ampia sia l'azione dell'UE e di quanto forte sia la sua presenza all'interno della vita degli Stati membri<sup>28</sup>.

La CE intavola dunque dei negoziati con i candidati per pianificare insieme il soddisfacimento di tutti gli *standard* previsti dall'*acquis* per ogni capitolo. Essa inizia la propria azione attraverso uno *screening* della situazione normativa ed amministrativa dello Stato candidato in ogni settore, dopo di che fissa dei *benchmark*, ossia degli obiettivi che lo Stato deve gradualmente soddisfare – e la Commissione monitorare – anno per anno. Una volta fissati gli obiettivi e una volta condivisi con il candidato, si aprono i capitoli negoziali.

<sup>26</sup> V. R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, 46.

<sup>27</sup> A quanto già citato si devono aggiungere pesca, agricoltura, diritto societario, energia, ricerca, cultura, tutela dei consumatori, ambiente, statistiche, solo per citarne alcuni.

<sup>28</sup> V. B. Caravita, *Il federalizing...*, op. cit.

L'apertura di un capitolo significa che lo Stato è pronto a mettere in atto a breve-medio termine le azioni normative ed amministrative necessarie per l'adeguamento. Come sottolineato, ogni anno la Commissione valuta lo stato di avanzamento dei lavori in ogni capitolo. Il Consiglio europeo di Madrid del 1995 ha chiarito come anche le strutture amministrative degli Stati avrebbero dovuto essere adeguate in modo da permettere una effettiva attuazione del diritto europeo.

In virtù delle Conclusioni del Consiglio europeo di Madrid la Commissione dunque non si limita ad analizzare gli atti normativi approvati in uno Stato ma si spinge fin nel dettaglio a valutare l'efficacia dei provvedimenti amministrativi adottati in vista dell'attuazione di tali normative.

Quando lo Stato candidato raggiunge quanto previsto dai suoi *benchmark* si arriva alla chiusura del capitolo. La chiusura del singolo capitolo non è però mai definitiva: si avrà formalmente solo quando tutti e trentacinque i capitoli negoziati saranno chiusi, e pertanto gli stessi possono essere soggetti a riapertura fino alla fine del processo di adesione.

## 6. *I confini dell'Unione europea*

L'obiettivo oggi più concreto in termini di allargamento riguarda i Paesi dei Balcani occidentali. L'ingresso di questa area all'interno dell'UE può dirsi iniziato con l'adesione della Croazia del 2013.

Nei Balcani occidentali oggi ci sono ben quattro dei sei candidati ufficiali: Serbia, Montenegro, FYROM e Albania. Stanno inoltre lavorando per ottenere lo *status* di candidato anche Bosnia Erzegovina e Kosovo.

Gli altri Stati che hanno ottenuto lo *status* di candidato appartengono ad aree geografiche diverse e lontane tra loro, ma hanno vissuto o stanno vivendo un processo di adesione travagliato. Si tratta dell'Islanda, che il 12 marzo 2015 ha ritirato sembra definitivamente la propria domanda di adesione, e della Turchia, la cui situazione interna e i cui rapporti con Bruxelles destano più di qualche perplessità circa le possibilità di giungere davvero all'adesione.

Sono inoltre legati all'UE da Accordi bilaterali di libero scambio la Norvegia (i cui cittadini in due occasioni hanno bocciato l'adesione con referendum) e la Svizzera.

Prospettive interessanti ci sono anche nel Caucaso: l'Azerbaijan e la Georgia sono interessati alla firma di Trattati di Stabilizzazione e Associazione, così come lo era l'Armenia prima che rientrasse nella sfera di influenza russa.

Ad est mancano poi ancora due tasselli. Non certo la Bielorussia, lontana anni luce dall'Occidente, pure confinando ormai con l'Unione, ma la Repubblica Moldova e l'Ucraina.

La prima dovrebbe affrontare un lungo percorso di riforme, ma può contare sull'amicizia quasi identitaria che la lega alla Romania, suo possibile sponsor nell'ambito delle istituzioni europee.

L'Ucraina sta invece affrontando un periodo difficile, cui ha contribuito anche la mancata firma dell'Accordo di Stabilizzazione e Associazione, che ha dato via al cosiddetto *Euromaidan*.

Dopo l'allargamento del 2004 e viste le future possibili adesioni è importante chiedersi fin dove può spingersi il processo di integrazione, e quindi andare a capire quali siano i potenziali confini di massima espansione dell'Unione.

Se si pensa alla previsione per cui solo uno *Stato europeo* può aspirare ad entrare nell'Unione, allora i limiti sono eminentemente geografici, ma non mancherebbero i problemi: quali sono i confini orientali e sudorientali dell'Europa?<sup>29</sup> È lecito prendere in considerazione il Caucaso? Stesso dubbio sorgerebbe in merito alla Turchia, dato che la gran parte del suo territorio è localizzato in una zona tradizionalmente associata all'Asia.

La Chiesa cattolica – in particolare con Benedetto XVI – ha evidenziato l'opportunità di sottolineare le *radici cristiane* dell'Europa anche nei Trattati<sup>30</sup>. L'accoglimento di tale tesi avrebbe potuto

---

<sup>29</sup> Si veda A. Zotti, *I confini orientali dell'Europa: effetti inattesi di una storia antica*, in *ISPI Commentary*, 29 settembre 2014.

<sup>30</sup> Il tema è stato introdotto da Giovanni Paolo II (v. il discorso all'Angelus del 16 febbraio 2003), e poi ribadito da Benedetto XVI sia in encicliche (*Spe Salvi*, 2007), sia in interventi, tra i quali quello dell'allora Cardinale Ratzinger a Berlino nel 2000 e la storica *Lectio magistralis* "Fede, ragione e università. Ricordi e riflessioni", tenuta all'Università di Ratisbona il 12 settembre 2006; Papa Francesco ha trattato il tema nel suo intervento al Parlamento europeo del 25 novembre 2014. *Contra* v. J.F. Schaub, *L'Europe a-t-elle une histoire?*, Parigi, 2008, 190.

significare la coincidenza – di richiamo vagamente medievale – tra “Europa” e “Cristianità”. In questo caso Stati oggi in dialogo per l’ingresso nell’Unione come Turchia, Bosnia Erzegovina e Albania sarebbero rimasti fuori. In realtà la questione non ha mai avuto particolare rilevanza per due motivi fondamentali: da una parte le istituzioni europee rifiutarono il principio delle *radici cristiane* appellandosi a quello di laicità, dall’altra l’intento della Chiesa non voleva certo essere quello di escludere le popolazioni con un credo diverso ma semplicemente quello di veder riconosciuta una sorta di matrice storico-culturale.

L’approccio della Commissione è stato finora quello di non porre limiti chiarendo come l’Europa sia di volta in volta ciò che decide di essere, e che ogni Paese ha il diritto di presentare domanda di adesione, purché sia disposto a recepire l’*acquis* e – in prospettiva – ad adottare l’Euro.

La posizione della Commissione è dunque abbastanza chiara: *l’aggettivo europeo ingloba una serie di fattori geografici, storici e culturali che contribuiscono tutti insieme alla costruzione dell’identità europea. La condivisione di idee e di valori e l’esperienza comune di interazione storica non possono essere condensate in una formula immutabile, ma devono essere sottoposte all’esame di ogni nuova generazione*<sup>31</sup>.

### *Abstract*

This article analyzes the accession process for a new member State of the EU as it has emerged over the years, putting the historical phenomenon of enlargement in the context of the Union’s values dissemination. The aim is to understand which are the boundaries of European enlargement and which is the role of the enlargement in EU’s future developments.

L’articolo analizza la procedura di adesione all’Unione europea così come si è delineata nel corso degli anni, inserendo il fenomeno storico dell’allargamento nel quadro dei valori identitari dell’Unione e cercando di intuire quali siano i confini dell’espansione europea e quale ruolo tale espansione possa avere negli sviluppi futuri dell’Unione.

---

<sup>31</sup> V. Comunicazione della CE al PE e al Consiglio, *Strategia di allargamento e sfide principali per il periodo 2006-07 comprendente una relazione sulla capacità dell’UE di accogliere nuovi membri*, Bruxelles, 8/11/2006, Doc. n. COM(2006)649 def.

GASPARE FIENGO

LE MISSIONI DI PACE DELL'UNIONE EUROPEA  
NEL QUADRO DELLA POLITICA DI SICUREZZA  
E DIFESA COMUNE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Cenni sulla cooperazione strutturata permanente. – 3. Le missioni di politica di sicurezza e difesa comune. – 4. I mezzi civili e militari. – 5. La gestione della missione: il ruolo del Consiglio e dell'Alto Rappresentante.

1. *Introduzione*

La Politica di Sicurezza e Difesa Comune (PSDC) che sostituisce la precedente Politica europea di sicurezza e di difesa trova collocazione, in seguito alle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, in una propria specifica sezione del Titolo V, quasi a volerne rimarcare la specificità, pur se essa costituisce parte integrante della Politica Estera e di Sicurezza Comune (art. 42.1 TUE).

L'art. 42 individua ulteriori e significativi aspetti della c.d. difesa comune, fermo restando che, allo stato, ancora non sussiste una competenza espressa in capo all'Unione europea in tale settore<sup>1</sup>. Ciò è precisato attraverso il rinvio ad una eventuale, ulteriore decisione del Consiglio europeo che, deliberando all'unanimità, raccomanda agli Stati membri, secondo le rispettive norme costituzionali, di “ratificare” tale decisione.

Nondimeno, le accelerazioni e i progressi registrati nell'ambito della politica di sicurezza e di difesa superano di gran lunga quelli riguardanti la politica estera, essendo stato privilegiato il rafforzamento delle capacità militari, rispetto alla ricerca di una convergenza intorno all'individuazione di precisi obiettivi politici da conseguire<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> In questo senso, R. Adam, A. Tizzano, *Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, 830 ss.

<sup>2</sup> Cfr. S. Izzo, *Unione europea e costruzione della pace: l'azione di peacebuilding dopo il Trattato di Lisbona*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli, 2014,

Sebbene la politica di difesa abbia conservato un carattere sostanzialmente intergovernativo, anche a seguito dell'abolizione dei pilastri operata con il Trattato di Lisbona, rilevanti competenze sono state attribuite alle istituzioni dell'Unione europea, segnatamente al Consiglio europeo, al Consiglio, all'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, all'Agenzia europea per la difesa, mentre Parlamento, Commissione e Corte di giustizia hanno un ruolo limitato, se si eccettua per quest'ultima la possibilità che essa sia chiamata a pronunciarsi «sui ricorsi, proposti secondo le condizioni di cui all'art. 263, quarto comma, del presente trattato, riguardanti il controllo di legittimità delle decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche e giuridiche adottate dal Consiglio in base al titolo V, capo 2 del Trattato sull'Unione europea»<sup>3</sup>. Si è rafforzata la concezione di una politica di sicurezza e di difesa comune “a geometria variabile”, il cui asse portante è costituito dalla concreta capacità di uno Stato membro di contribuire in maniera significativa alla realizzazione di tale politica<sup>4</sup>. Secondo la disposizione dell'art. 42, infatti, la Politica di Sicurezza e Difesa Comune presuppone che l'Unione disponga di una capacità operativa ricorrendo a mezzi civili e militari forniti dagli Stati membri, di cui avvalersi in missioni al suo esterno per garantire il mantenimento della pace, la prevenzione dei conflitti e il

---

1977 ss.; U. Villani, *Gli sviluppi del Trattato di Lisbona in materia di politica estera e di sicurezza comune*, in *St. integr. eur.*, 2011, 11 ss.; S. Izzo, P. De Pasquale, *La politica di sicurezza e di difesa dopo il Trattato di Lisbona tra Unione europea e Stati membri*, in N. Parisi, M. Fumagalli Meraviglia, D. Rinoldi (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, 187 ss.; A. Mignolli, *L'azione esterna dell'Unione europea e il principio della coerenza*, Napoli, 2009; A. Bassu, *Il mantenimento della pace nel diritto dell'Unione europea*, Milano 2007, 61 ss.; F. Graziani, *Lo spazio di sicurezza europeo. L'Unione europea e i suoi rapporti con la NATO e con l'OCSE*, Napoli, 2006.

<sup>3</sup> Corte di giust., sentenza 24 giugno 2014, causa C-658/11, *Parlamento c. Consiglio*, non ancora pubblicata in *Racc.*, punto 69 ss.; Trib., ordinanza 10 luglio 2014, causa T-271/10, *H contro Consiglio dell'Unione europea, Commissione europea e Mission de police de l'Union européenne (MPUE) en Bosnie-Herzégovine*, punti 34 ss., non ancora pubblicata in *Racc.*; Trib., ordinanza 18 novembre 2005, causa T-299/04, *Selmani contro Consiglio e Commissione*, punti 54 ss., in *Racc.*, II-20 ss.; Corte di giust., sentenza 20 maggio 2008, causa C-91/05, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, I-3651 ss.; Corte di giust., sentenza 11 ottobre 2007, causa C-117/06, *Möllendorf et Möllendorf - Niebuus*, in *Racc.*, I-8361.

<sup>4</sup> Cfr. A. Mignolli, *L'azione esterna dell'Unione europea e il principio della coerenza*, cit., 266 ss.

rafforzamento della sicurezza internazionale, conformemente ai principi della Carta delle Nazioni Unite<sup>5</sup>.

Nello specifico, spetta al Consiglio adottare le decisioni in materia di difesa e di politica comune, esclusivamente all'unanimità (che, chiaramente, non implica il voto favorevole della Danimarca e dei Paesi neutrali), su proposta dell'Alto rappresentante o su iniziativa di uno Stato membro. Esso può pure, adottando una decisione, affidare una missione ad un gruppo di Stati membri «allo scopo di preservare i valori dell'Unione e di servirne gli interessi», stabilendone l'obiettivo, la portata e le modalità generali; nonché istituire una cooperazione strutturata permanente.

## 2. *Cenni sulla cooperazione strutturata permanente*

Dal Trattato di Lisbona vengono dunque individuate e potenziate forme di flessibilità operativa, tra le quali spicca la c.d. cooperazione strutturata permanente. In base all'art. 42.6 TUE, questa può essere instaurata tra gli Stati membri «che rispondono a criteri più elevati in termini di capacità militari e che hanno sottoscritto impegni più vincolanti in materia ai fini delle missioni più impegnative». I criteri e gli impegni cui si è fatto appena cenno vengono richiamati nel Protocollo n. 10 allegato al Trattato sull'Unione europea. Riguardo ai criteri, essi «saranno stabiliti, tra l'altro, sulla base dell'art. 2» dello stesso Protocollo. Quanto agli impegni, essi si concretano in un intenso sviluppo delle capacità di difesa – soprattutto attraverso la partecipazione a forze multinazionali e alle principali attività dell'Agenzia europea per la difesa (art. 1.a) –; nella possibilità di fornire unità di combattimento mirate alle missioni entro un arco temporale relativamente breve (art. 1.b); nel perseguimento di obiettivi concernenti il livello delle spese per gli investimenti in materia di equipaggiamenti per la difesa (art. 2.a); nel ravvicinamento dei rispettivi strumenti di difesa, promuovendo, tra l'altro, la cooperazione nei settori della formazione e della logistica (art. 2.b); nell'adozione di misure concrete per rafforzare, ad esempio, la disponibilità e la schierabilità delle forze (art. 2.c). Un ruolo importante è riconosciuto alla suddetta Agenzia, chiamata a valu-

---

<sup>5</sup> Cfr. S. Izzo, *Art. 42 TUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, 302 ss.

tare i contributi degli Stati membri in materia di capacità e a riferire in materia almeno una volta l'anno (art. 3). Su tale valutazione potrà basarsi il Consiglio dell'Unione quando deve adottare raccomandazioni o decisioni riguardanti la partecipazione degli Stati membri alla cooperazione in esame ai sensi dell'art. 46 TUE. La partecipazione alla cooperazione strutturata può anche essere sospesa, proprio mediante una decisione del Consiglio, qualora lo Stato membro partecipante non soddisfi più i criteri o dimostri di non poter più assolvere gli impegni di cui agli artt. 1 e 2 del Protocollo n. 10 (art. 46.4 TUE). Ancora, uno Stato membro può decidere di ritirarsi dalla cooperazione.

Va innanzitutto segnalato che tale forma di cooperazione rappresenta un'autentica innovazione, dal momento che si tratta, in sostanza, di una sorta di cooperazione rafforzata finora esclusa in materia di politica di difesa e di sicurezza. Tuttavia, a differenza della cooperazione rafforzata, essa riveste caratteri di permanenza nel tempo e non prevede un numero minimo di Stati partecipanti. Ma al di là di una sua specificità rispetto ad altre modalità di cooperazione differenziata, la cooperazione strutturata permanente permette altresì di cogliere agevolmente la direzione verso cui si sta orientando l'Unione europea nella costruzione di una più matura identità nel campo della difesa, vale a dire lo sviluppo di una struttura militare composta dalle forze di quegli Stati membri in grado di offrire elevate capacità militari e, soprattutto, disposti ad utilizzare tali capacità. In verità, le disposizioni fin qui prese in esame formalizzano una prassi consolidata che ha visto l'Unione europea assumere un ruolo sempre più rilevante nel campo del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. Le capacità e l'affidabilità mostrate nell'invio di numerose missioni per la gestione di crisi internazionali hanno ricevuto, del resto, un autorevole riconoscimento da parte dell'ONU, come si evince da alcune risoluzioni del Consiglio di sicurezza, ove viene messo in luce l'indiscusso impegno dell'Unione europea come *peace-keeper* regionale<sup>6</sup>. Occorre tuttavia precisare che i pur notevolissimi progressi registrati nel settore in esame non hanno portato alla creazione di un esercito europeo, inteso come struttura operativa autonoma dell'Unione euro-

---

<sup>6</sup> In tal senso, cfr. L. Paladini, *Alcune considerazioni sulla prassi delle missioni di pace dell'Unione europea nel quadro del sistema di sicurezza collettivo delle Nazioni Unite*, in *DUE*, 2008, 321 ss.

pea, capace, in sostanza, di intraprendere azioni condotte da istituzioni e organi della stessa Unione. Rileva infatti una politica di difesa comune, ossia realizzata dagli Stati membri, e non una vera e propria difesa comune posta in essere dall'organizzazione. Peraltro, l'art. 42.2 TUE sancisce che «la politica di sicurezza e di difesa comune comprende la graduale definizione di una politica di difesa comune. Questa condurrà a una difesa comune quando il Consiglio europeo, deliberando all'unanimità, avrà così deciso». Al riguardo non ci si può esimere dal formulare talune osservazioni.

In primo luogo, la previsione di una cooperazione differenziata tra alcuni Stati membri, in possesso di capacità operative particolarmente sviluppate e che per questo rappresentano il nocciolo duro della politica di difesa, rende abbastanza remota l'eventualità di riuscire ad attuare un'autentica difesa comune nel senso appena inteso, almeno in un arco temporale relativamente breve.

In secondo luogo, lo stesso art. 42.2.2 TUE stabilisce che «la politica dell'Unione a norma della presente sezione non pregiudica il carattere specifico della politica di sicurezza e di difesa di taluni Stati membri, rispetta gli obblighi di alcuni Stati membri, i quali ritengono che la loro difesa comune si realizzi tramite l'Organizzazione del trattato del Nordatlantico (NATO)». Tale clausola di compatibilità è chiaramente volta non solo a salvaguardare gli obblighi connessi allo *status* degli Stati neutralizzati e quelli derivanti dall'appartenenza alla NATO, ma anche, e in via generale, ad enfatizzare la piena autonomia degli Stati membri in materia.

In terzo luogo, la cooperazione “a più velocità” da attuarsi nella politica di sicurezza e di difesa dell'Unione europea rileva pure nelle previsioni contenute, rispettivamente, negli artt. 42.3 e 44.1 TUE. Ai sensi della prima disposizione, gli Stati membri che tra loro costituiscono forze multinazionali «possono mettere anche tali forze a disposizione della politica di sicurezza e di difesa comune»; in base alla seconda, il Consiglio può affidare a un gruppo di Stati membri in possesso delle necessarie capacità la realizzazione di una missione «nel quadro delle decisioni adottate in conformità dell'articolo 43», concernente le c.d. missioni Petersberg, che dal Trattato di Lisbona vengono meglio specificate<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Cfr. D. Thym, *The Intergovernmental Constitution of the EU's Foreign, Security & Defense Executive*, in *Eur. Const. L. Rev.*, 2011, 453 ss.

### 3. *Le missioni di politica di sicurezza e difesa comune*

L'art. 43 TUE, introdotto dal Trattato di Lisbona, rispetto alla previgente disposizione dell'art. 17, par. 2 TUE, amplia il novero delle missioni nelle quali l'Unione può ricorrere a mezzi militari e civili. Nella prospettiva di meglio specificare la natura degli strumenti e della "capacità operativa" di cui si avvale la PSDC, esso mira a determinare nel dettaglio il contenuto delle "missioni fuori dei confini dell'Unione". Le differenti tipologie di missioni enumerate dalla disposizione dell'art. 43.1, per un verso, riconducono inevitabilmente ai c.d. compiti Petersberg, ossia a quelle operazioni inizialmente concepite fuori dell'ordinamento dell'Unione europea e, più precisamente nel quadro dell'UEO, poi incorporate con il Trattato di Amsterdam all'interno dell'ordinamento dell'UE; per altro verso, registrano la volontà del Trattato di Lisbona di procedere alla codificazione di una prassi consolidatasi nel corso degli anni che aveva messo in luce nuove e differenti modalità di intervento per la gestione delle crisi<sup>8</sup>. Si trattava, evidentemente, di operazioni che, precedentemente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, trovavano un fondamento giuridico nell'accezione piuttosto ampia del significato "mantenimento della pace", comprensiva tanto delle azioni in materia di disarmo quanto delle missioni di consulenza e assistenza militare<sup>9</sup>. Invero, le nuove tipologie di missioni introdotte dal Trattato di Lisbona – le azioni congiunte in materia di disarmo, le missioni di consulenza e assistenza in materia militare, le missioni di prevenzione dei conflitti e le operazioni di stabilizzazione al termine dei conflitti e che vengono ad affiancarsi ai già istituzionalizzati compiti Petersberg, ossia le missioni umanitarie e di soccorso, le attività di mantenimento della pace e le missioni di unità di combattimento nella gestione delle crisi, comprese le missioni tese al ristabilimento della pace –, riproducono (e testimoniano) fedelmente l'evoluzione che tali operazioni hanno subito "sul campo" nel corso dell'ultimo decennio e che hanno visto l'Unione europea assumere un ruolo sempre più rilevante nel campo del mantenimento della pace e della

---

<sup>8</sup> Cfr. B. Sardella, *Art. 43 TUE*, in C. Curti Gialdino (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, 386 ss.

<sup>9</sup> In tal senso, G. Grevi, *Verso la soglia critica: il bilancio delle missioni PSDC, in La difesa comune europea dopo il Trattato di Lisbona*, in R. Gualtieri, J.L. Rhi Sausi (a cura di), *La difesa comune europea dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, 2011, 107 ss.

sicurezza internazionale. Di sicuro rilievo è, inoltre, la precisazione contenuta all'art. 43.1, in cui si specifica che tutte le missioni possono contribuire alla lotta contro il terrorismo e che essa può estendersi fino al sostegno a Paesi terzi per combattere tale fenomeno nel loro territorio.

#### 4. *I mezzi civili e militari*

Le missioni e le operazioni dell'UE sono l'espressione tangibile della politica di sicurezza e difesa comune in azione. L'impegno operativo dell'Unione tramite la PSDC costituisce un contributo significativo alla promozione e al mantenimento della pace e della stabilità, testimoniando la capacità globale dell'UE di far fronte alle sfide inerenti la sicurezza mediante strumenti di gestione delle crisi civili e militari. In tale prospettiva, l'art. 43 TUE, così come pure l'art 42.1 TUE, precisa che la PSDC disponga di una propria capacità operativa ricorrendo a mezzi civili e militari nell'assolvimento di tali missioni, le quali possono essere condotte tanto da un gruppo di Stati "volenterosi", quanto nell'ambito della cooperazione strutturata permanente. Nello specifico dei mezzi militari, dando seguito ad una sua precedente risoluzione adottata a Colonia il 3 giugno 1999, con la quale si intendeva fornire all'Unione gli strumenti necessari e le capacità per assumersi la responsabilità di una politica di sicurezza e difesa europea comune, il Consiglio europeo di Helsinki del dicembre 1999 ha varato il c.d. *Helsinki Headline Goal*, un meccanismo che stabilisce un traguardo di carattere quantitativo, ai sensi del quale l'Unione europea doveva essere dotata dei mezzi necessari per poter schierare, entro 60 giorni, un contingente d'intervento (fino a 60.000 uomini) in grado di svolgere una missione rientrante nei "compiti di Petersberg" per un periodo di almeno un anno. Tali capacità militari – che rappresentano una riserva di unità nazionali (forza di reazione rapida) cui il Consiglio può fare ricorso in caso di crisi, solo previa decisione sovrana di ogni singolo Stato assunta secondo disposizioni interne nazionali – sono state ulteriormente sviluppate sulla base della successiva *Headline Goal 2010*, approvata dal Consiglio Affari generali e relazioni esterne nel maggio 2004, che pone, invece, al centro degli sforzi programmatici, elementi di carattere qualitativo, ossia il miglior utilizzo delle risorse disponibili attraverso la condivisione delle

capacità militari degli Stati membri dell'Unione europea e il potenziamento della forza di reazione rapida attraverso l'introduzione dei *battlegroups*, ossia gruppi di combattimento rapidamente dispiegabili composti da unità mobili di almeno 1.500 uomini, in grado di essere schierati in dieci giorni, con l'obiettivo di preparare il terreno per operazioni più ampie. Altrettanto può dirsi sul versante dei mezzi civili, ove si sono avvicinate le Civilian Headline Goal del 2008 e del 2010, entrambe focalizzate al rafforzamento delle capacità di gestione delle crisi civili.

Nel corso degli ultimi dieci anni, l'UE ha visto schierate numerosissime missioni di carattere militare e civile in ambito PSDC, ove se ne è potuto sperimentare l'impatto concreto realizzato in loco, nonché il notevole contributo fornito nell'eliminazione delle zone franche per le attività criminali e terroristiche internazionali.

Nel settore della gestione delle crisi vanno sicuramente segnalate: la missione in Bosnia-Erzegovina (EUFOR-Althea)<sup>10</sup>, la missione navale EUNAVFOR-Atalanta<sup>11</sup>, la missione militare in Somalia (EUTM Somalia)<sup>12</sup>, la missione militare di formazione (EUTM

---

<sup>10</sup> La missione EUFOR-Althea in Bosnia-Erzegovina è stata istituita con l'azione comune 2004/570/PESC del 12 luglio 2004 e lanciata il 2 dicembre 2004. Rilevando che la situazione in Bosnia-Erzegovina, sotto il profilo della sicurezza, si è positivamente evoluta, l'Unione europea ha provveduto a successive riconfigurazioni della missione, riducendo le dimensioni del contingente EUFOR alle attuali 600 unità circa. Obiettivi della missione sono il sostegno agli sforzi di Bosnia ed Erzegovina a garantire un ambiente sicuro; formazione e *capacity-building* per ministero della difesa e forze armate.

<sup>11</sup> La missione navale EUNAVFOR-Atalanta è stata istituita con l'azione comune 2008/851/PESC del 10 novembre 2008 per contrastare le azioni di pirateria al largo della costa somala, a sostegno delle risoluzioni 1814 (2008), 1816 (2008) e 1838 (2008) del Consiglio di sicurezza. La missione è chiamata a proteggere le navi noleggate dal Programma alimentare mondiale – anche con la presenza di elementi armati a bordo delle navi interessate, in particolare quando incrociano nelle acque territoriali della Somalia – nonché le navi mercantili sulla base di una valutazione di necessità effettuata caso per caso. Il Consiglio del 21 novembre 2014 ha esteso il mandato della missione fino al 31 dicembre 2016.

<sup>12</sup> La missione militare (EUTM Somalia) è volta a contribuire alla formazione delle forze di sicurezza somale istituita con decisione 2010/197/PESC. L'obiettivo è realizzato attraverso il rafforzamento del Governo federale di transizione e di favorire lo sviluppo sostenibile del settore di sicurezza somalo. La missione ha sede in Uganda – dove le forze somale vengono addestrate – anche per facilitare il coordinamento delle azioni UE con la missione dell'Unione Africana in Somalia (AMISOM). La missione è condotta in stretto coordinamento con gli altri partner, inclusi il Governo di transizione somalo, l'Uganda, le Nazioni Unite e gli USA. Il 22 gennaio 2013 il Consiglio ha prorogato la missione fino al 31 dicembre 2016 ed esteso il mandato anche alla fornitura di consulenza strategica e politica alle autorità somale nel settore della difesa.

Mali)<sup>13</sup>. Mentre, tra le missioni civili, vanno ricordate: la missione EULEX Kosovo; la missione di controllo della frontiera EU BAM Moldavia e Ucraina; la missione EUJUST Lex, per la formazione di magistrati e funzionari di polizia iracheni al di fuori dall'Iraq, la missione di polizia per i territori palestinesi (Eupol Copps); la missione di controllo di frontiera al valico di Rafah, tra Gaza e l'Egitto (EU BAM Rafah); la missione di sostegno alla riforma del settore della sicurezza nella Repubblica democratica del Congo (EUSEC Congo); la missione di polizia EUPOL Afghanistan; la missione di vigilanza dell'Unione europea in Georgia (EUMM Georgia); la missione EUCAP SAHEL Niger (il cui obiettivo è sostenere le autorità nigerine nello sviluppo di capacità proprie di lotta alla criminalità organizzata e al terrorismo nel Sahel); la missione EUAVSEC Sud Sudan, che si inserisce nell'ambito dell'approccio globale dell'UE e si pone l'obiettivo di rendere il Sud Sudan – che è senza sbocco sul mare e fortemente dipendente dal traffico aereo – uno Stato stabile e prospero; la missione EUCAP Nestore, volta a rafforzare la capacità degli Stati della regione del Corno d'Africa e dell'Oceano indiano occidentale a gestire efficacemente le loro acque territoriali.

Merita di essere sottolineato, per quel che attiene all'espletamento di missioni all'esterno, come ciò debba avvenire «conforme ai principi della Carta delle Nazioni Unite», la qual cosa comporta che nel caso in cui l'operazione richieda l'uso della forza armata sarà necessaria la preventiva autorizzazione da parte del Consiglio di Sicurezza. Un'altra questione fortemente dibattuta in dottrina concerne la responsabilità internazionale, ossia se essa debba ricadere sulla sola UE oppure esclusivamente sugli Stati membri, o, piuttosto, come appare più convincente, se sussista, un regime di responsabilità solidale tra gli Stati membri e l'UE<sup>14</sup>. Per

---

<sup>13</sup> La missione militare di formazione (EUTM Mali) è stata istituita dall'UE su espressa richiesta del Mali ed in linea con le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, il 18 febbraio 2013, il cui obiettivo è quello di fornire, nel sud del Mali, formazione e consulenza militare alle forze armate maliane (FAM) che operano sotto il controllo delle legittime autorità civili, per consentire loro di condurre operazioni militari volte a ripristinare l'integrità territoriale maliana e ridurre la minaccia rappresentata dai gruppi terroristici. La missione, costituita da circa 500 unità e con un mandato iniziale di 15 mesi, rientra nell'ambito dell'approccio globale dell'UE alle crisi nella regione del Sahel. Nel marzo 2011, l'UE ha inaugurato infatti una strategia per la sicurezza e lo sviluppo del Sahel, basata sull'assunto che sviluppo e sicurezza sono strettamente interconnessi e che la complessa crisi del Sahel richiede una risposta regionale.

<sup>14</sup> Sul punto, cfr. A. Sari, R.A. Wessel, *International Responsibility for EU Mili-*

quanto riguarda più nello specifico le missioni aventi carattere militare, si deve segnalare come queste possano essere attuate anche con forze e capacità della Nato, secondo quanto previsto, nell'ambito del partenariato strategico tra le due organizzazioni, dalle "Disposizioni Berlino plus". In questo contesto, è previsto che l'Unione possa avvalersi delle risorse della Nato per quanto riguarda sia la pianificazione sia l'attuazione dell'operazione.

Il Consiglio, nella composizione "Affari esteri", è l'istituzione che adotta, all'unanimità, le decisioni riguardanti i compiti di cui al par. 1 dell'art. 43 TUE<sup>15</sup>. Tali decisioni sono parte di un procedimento complesso che coinvolge diversi organi posti sotto il controllo del Consiglio, primo fra tutti il Comitato Politico e di Sicurezza (CPS), il quale predispone, per la definizione di una politica di gestione della crisi, pareri e documenti preparatori che illustrano gli interessi politici dell'Unione, lo scopo ultimo della missione e le principali opzioni strategiche<sup>16</sup>.

L'art 43.2 TUE offre alcune indicazioni sul contenuto delle decisioni dei ministri degli esteri per quanto concerne i compiti Petersberg. Esse definiranno "i loro obiettivi, lo scopo e le condizioni generali per la loro attuazione".

Il procedimento inizia con la definizione di un concetto di gestione della crisi che descrive interessi politici dell'Unione, lo scopo ultimo della missione e le principali opzioni strategiche. Il documento è predisposto dal Comitato Politico di Sicurezza conformemente all'art. 38 TUE<sup>17</sup>. Durante l'operazione il CPS riferisce regolarmente al Consiglio e propone possibili modifiche alla missione.

---

*tary Operations: Finding the EU's Place in the Global Accountability Regime*, in B. Van Vooren, S. Blockmans, J. Wouters (Eds.), *The Legal Dimension of Global Governance: What Role for the EU?*, Oxford, 2012.

<sup>15</sup> V. a titolo esemplificativo, la dec. 2012/173/PESC del Consiglio del 23 marzo 2012, in *GUUE* L 89, 66.

<sup>16</sup> In tal senso, cfr. F. Terpan, *Art. 43 TEU*, in H.J. Blanke, S. Mangiameli (a cura di), *European Commentary on the Treaty of Lisbon*, Heidelberg, 2013.

<sup>17</sup> Cfr. G. Fiengo, *Art. 38 TEU*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, 288 ss. In estrema sintesi, relativamente ai compiti assegnati al Comitato Politico di Sicurezza, l'art. 38 TUE precisa che esso assiste il Consiglio e l'Alto Rappresentante. In particolare, il Comitato formula pareri, su richiesta del Consiglio, dell'Alto Rappresentante o di propria iniziativa in ordine a qualsiasi questione di politica estera e sicurezza comune discussa dal Consiglio in sede di «Affari Generali», redige proposte di decisioni che definiscono un'azione o una posizione dell'Unione, fornisce analisi sulla situazione politica internazionale al fine di coadiuvare il

Per quanto concerne le missioni civili PSDC, la Pianificazione Civile e la Capacità di Condotta è la struttura permanente responsabile della gestione autonoma delle operazioni della PSDC civile. Essa assicura la pianificazione effettiva e la gestione delle operazioni di gestione delle crisi PSDC civili così come l'attuazione dei relativi compiti. Essa opera sotto il controllo politico e la direzione strategica del CSP e l'autorità generale dell'Alto Rappresentante.

Sulla base dell'art. 43, par. 2, TUE, l'Alto rappresentante assicura il coordinamento degli aspetti civili e militari dei compiti Petersberg. Anche in considerazione del nuovo ruolo assegnatogli dal Trattato di Lisbona nell'ambito della PESC, non stupisce che l'Alto rappresentante ricopra una posizione così rilevante nello specifico ambito delle operazioni PSDC che ben si inquadra nella fondamentale esigenza di assicurare la coerenza dell'azione esterna dell'Unione. L'art. 43, par. 2, TUE, tuttavia, chiarisce che l'Alto rappresentante non agisce come organo indipendente, ma, nel dare attuazione ai compiti Petersberg, opera sotto l'autorità del Consiglio ed in stretto e costante contatto con il Comitato Politico e di Sicurezza.

##### 5. *La gestione della missione: il ruolo del Consiglio e dell'Alto rappresentante*

La disposizione dell'art. 44 TUE disciplina lo svolgimento di missioni che il Consiglio può affidare, al di fuori della cooperazione strutturata permanente, ad un gruppo di Stati membri allo scopo di

---

Consiglio e l'Alto Rappresentante nelle decisioni concernenti l'attuazione della politica estera europea, coordina e controlla i lavori svolti dai gruppi di lavoro in materia PESC, supervisiona le decisioni che il Consiglio adotta in ambito PESC/PSDC. Accanto ai tradizionali compiti in materia PESC, il Comitato ricopre attualmente un ruolo cardine anche nella PSDC. Il secondo e terzo comma dell'art. 38 TUE descrivono infatti le funzioni del Comitato nell'ambito della PSDC, segnatamente nelle situazioni di crisi. Al Comitato, quale organo privilegiato nel favorire il dialogo in ambito di PSDC, sono affidate la direzione politica dello sviluppo delle capacità militari dell'UE, peculiari e rilevanti funzioni attinenti alla gestione di crisi di cui all'art. 43 TUE, nonché una verifica sulla risposta dell'Unione a specifiche situazioni di crisi. In tale qualità, il Comitato anzitutto dispone, previa autorizzazione del Consiglio, di un proprio potere decisionale avente ad oggetto le operazioni di gestione delle crisi. Ad esso spetta inoltre proporre al Consiglio gli obiettivi politici che l'Unione deve perseguire e raccomandare le opzioni tese a contribuire alla soluzione delle specifiche crisi. L'eventuale operazione militare per fronteggiare la crisi sarà avviata con una azione comune emanata dal Consiglio su raccomandazione del Comitato Politico di Sicurezza.

preservare i valori dell'Unione e di servirne gli interessi. Si tratta, come appare evidente, di una nuova, ulteriore, forma di cooperazione differenziata nell'ambito della PSDC. Rispetto alla cooperazione strutturata permanente, definita in ogni suo dettaglio nel Protocollo 10 allegato al TUE, che rappresenta una forma istituzionalizzata di cooperazione circoscritta a quegli Stati membri le cui capacità militari rispondono a determinati requisiti e che si vincolano in maniera permanente, la forma di intervento di cui all'art. 44 TUE sembra concepita in maniera ancor più flessibile, prefigurando il coinvolgimento di un gruppo di Stati per lo svolgimento di una missione specifica, nell'ambito del mandato assegnato *ad hoc* dal Consiglio che ne definisce i termini di attuazione. Sebbene l'art. 44 TUE sia una disposizione introdotta *ex novo* dal Trattato di Lisbona, in realtà, essa codifica una pratica consolidata che ha riconosciuto in passato ad un gruppo di Stati membri la possibilità di espletare una missione in un paese terzo. È il caso, ad esempio, dell'operazione Artemide, nella Repubblica democratica del Congo, alla quale soltanto alcuni Stati membri decisero di parteciparvi con l'invio di propri contingenti militari.

L'art. 44 TUE stabilisce che la gestione dei compiti da parte di un ristretto gruppo di Stati membri deve aver luogo nell'ambito delle decisioni adottate in ottemperanza all'art. 43 TUE. Ciò rende subito chiaro che l'art. 44 TUE viene a porsi quale nuova modalità per realizzare i compiti Petersberg, ma al tempo stesso circoscrive la possibilità per gli Stati membri di agire al di fuori del perimetro dei compiti Petersberg stessi, così come definiti nell'art. 43 TUE. Lo spazio di operatività lasciato al gruppo di Stati incaricato dipende in larga parte dal grado di specificazione delle condizioni definite nella decisione adottata dal Consiglio all'unanimità.

A differenza della cooperazione rafforzata, lo strumento prefigurato dall'art. 44 TUE si presenta ancora più flessibile, in quanto, per la realizzazione di un compito specifico, può essere delegato un gruppo di Stati, senza che ne sia predeterminato un numero minimo. Per quanto concerne la partecipazione ad una missione, sulla base dell'art. 44 TUE devono essere soddisfatti due criteri: la volontà degli Stati membri e la loro capacità di realizzare tale missione. Ciò significa, nel primo caso, che il contributo degli Stati membri è sempre volontario, in ossequio al metodo puramente intergovernativo; nel secondo caso, che la partecipazione è flessibile

perché i mezzi di cui dispongono gli Stati membri dell'Unione differiscono notevolmente. L'art. 44 TUE, pur non essendo formalmente collegato all'art. 46 TUE, sottintende che gli Stati membri partecipanti ad una cooperazione strutturata permanente, nella misura in cui rispondono ai relativi criteri in termini di capacità militari, soddisferanno senz'altro pure le condizioni richieste dall'art. 44 TUE. Del resto, rispetto alla cooperazione strutturata permanente, proprio al fine di ampliare il novero degli Stati che possono partecipare al "gruppo di missione", i requisiti sulle capacità di cui all'art. 44 TUE non collimano con quelli imposti dall'art. 46 TUE.

L'Alto Rappresentante è associato agli Stati membri nella gestione della missione con lo specifico compito di garantire il necessario coordinamento tra essi e le istituzioni dell'Unione<sup>18</sup>.

Alcune garanzie sono stabilite nell'art. 44 TUE, al fine di evitare qualsiasi discrepanza di posizione tra il ristretto gruppo di Stati coinvolti e tutti gli altri Stati membri relativamente alla gestione dell'operazione. In primo luogo, gli Stati membri partecipanti, di propria iniziativa, sono tenuti ad informare il Consiglio periodicamente. Nel caso in cui le informazioni non siano reputate sufficienti o tempestive, l'art. 44 TUE riconosce agli altri Stati membri il diritto di richiederle. In secondo luogo, l'art. 44 TUE contiene una clausola di salvaguardia che può attivarsi qualora l'espletamento della missione comporti conseguenze di ampia portata oppure laddove si imponga una modifica dell'obiettivo, della portata e delle condizioni preventivamente fissate per la missione. Infatti, qualora il mandato conferito dal Consiglio agli Stati partecipanti dovesse rivelarsi inadeguato a causa di un cambiamento nella situazione contingente, il gruppo di Stati non potrebbe procedere di propria iniziativa, ma sarebbe tenuto ad informare immediatamente il Consiglio e ad attendere nuove decisioni al riguardo, sebbene ciò nella pratica potrebbe rivelarsi non del tutto agevole, in particolar modo per quelle situazioni che richiedono una tempestiva presa di posizione<sup>19</sup>.

Da quanto posto finora in evidenza emerge, da un canto, il carattere altamente flessibile della politica di sicurezza e di difesa europea così concepita, fondata cioè su una piena diversificazione de-

---

<sup>18</sup> Cfr. B. Sardella, *Art. 44 TUE*, in C. Curti Gialdino (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, 388 ss.

<sup>19</sup> In tal senso, cfr. F. Terpan, *Art. 44 TEU*, in H.J. Blanke, S. Mangiameli (a cura di), *European Commentary on the Treaty of Lisbon*, Heidelberg, 2013.

gli impegni assunti dagli Stati membri; dall'altro, la circostanza che sono i mezzi, le capacità e le risorse di determinati Stati membri a consentire all'Unione europea di affermarsi quale attore di primo piano nel campo del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, sempre più in grado di agire in modo autonomo nelle operazioni di gestione delle crisi accanto ad altre organizzazioni.

Proprio con riferimento ai rapporti con queste ultime, dal Trattato di Lisbona risultano valorizzati i legami sia con l'ONU sia con la NATO.

È stato già rimarcato il notevole contributo fornito dalle missioni di pace intraprese dall'Unione europea al buon funzionamento del sistema di sicurezza collettivo facente capo all'ONU. Si deve aggiungere che, al di là del costante richiamo, in diverse disposizioni del Titolo V TUE, ai principi della Carta delle Nazioni Unite, pure in un *considerando* del già menzionato Protocollo n. 10 sulla cooperazione strutturata permanente si riconosce che «l'Organizzazione delle Nazioni Unite può chiedere l'assistenza dell'Unione per attuare d'urgenza missioni avviate ai sensi dei capi VI e VII della Carta delle Nazioni Unite». Al riguardo va appena notato che, se solitamente il Consiglio di sicurezza adotta risoluzioni rivolte non direttamente a specifiche organizzazioni regionali, ma a Stati membri, operanti singolarmente o «mediante la loro azione nelle organizzazioni internazionali competenti di cui siano membri», nondimeno, dal mancato riferimento, nel suddetto *considerando*, al capo VIII della Carta ONU riguardante i rapporti tra ONU e organizzazioni regionali, emerge con maggiore nitidezza la concezione di una politica di sicurezza e di difesa affidata sostanzialmente agli Stati membri, pur realizzata nell'alveo giuridico dell'Unione europea.

Sempre in ordine alle relazioni tra Unione europea e Nazioni Unite, l'art. 1.b del Protocollo n. 10 stabilisce che la cooperazione strutturata permanente è aperta a ogni Stato membro che s'impegni a fornire unità di combattimento «in particolare per rispondere a richieste dell'Organizzazione delle Nazioni Unite». Trova dunque conferma una dimensione della sicurezza e della difesa europea intensamente orientata verso il sistema ONU di sicurezza collettiva, addirittura da renderla potenzialmente «a servizio dell'ONU», come suggerito in dottrina<sup>20</sup>. Relativamente al legame con la NATO,

---

<sup>20</sup> U. Leanza, *Il nuovo multilateralismo nel mantenimento della pace: Nazioni Unite ed Unione europea*, in *C. Int.*, 2007, 51 ss.

è stato in precedenza sottolineato che, in diverse disposizioni del Trattato UE, viene ribadito il rispetto degli obblighi derivanti dal Trattato del Nord-atlantico, nonché la compatibilità della politica di sicurezza e di difesa dell'Unione europea con quella adottata nel contesto NATO. Peraltro, dal Trattato di Lisbona è stata introdotta una novità di sicuro interesse, all'art. 42.7 TUE, avente ad oggetto la reciproca difesa tra Stati membri dell'Unione europea e che potrebbe lasciar pensare, almeno *prima facie*, ad una sorta di "duplicazione" della legittima difesa esercitabile dagli Stati che siano, allo stesso tempo, membri dell'UE e della NATO.

Quanto alla prassi più recente, occorre rilevare che, purtroppo, diverse sono state le occasioni mancate che hanno impedito di segnare passi significativi nell'ambito della PSDC: in Libano e Libia, ad esempio, sono falliti i tentativi di avviare le operazioni, mentre nel Mali hanno registrato pesantissimi ritardi. Di conseguenza, non sono stati schierati i *battlegroups* dell'UE, né sono state istituite le sedi permanenti per le operazioni dell'UE.

Del resto, più in generale, il deterioramento della situazione della sicurezza, soprattutto dopo gli attentati di Parigi, hanno determinato uno scetticismo dilagante nei confronti dei più recenti passaggi realizzati nell'ambito della PSDC<sup>21</sup>.

### *Abstract*

This paper analyses the most important provisions of the Treaty of Lisbon about EU peace keeping operations in the field of the Common security and defense policy, starting with an attempt to classify the different kinds of operations: military and civilian.

Questo articolo analizza le principali disposizioni del Trattato di Lisbona relativamente alle missioni di pace dell'Unione europea nell'ambito della politica di sicurezza e difesa comune, partendo dalla differente tipologia di operazioni: militari e civili.

---

<sup>21</sup> In particolare, la relazione congiunta Alto Rappresentante/Commissione concernente l'impatto dei cambiamenti nel contesto globale e le sfide e le opportunità emergenti per l'Unione: «L'UE in un contesto globale in evoluzione»; la proposta congiunta Alto Rappresentante/Commissione per una strategia che contribuisca a consolidare la capacità dei paesi partner e delle organizzazioni regionali; una comunicazione congiunta Alto Rappresentante/Commissione dal titolo «Potenziare le capacità per promuovere la sicurezza e lo sviluppo - Consentire ai partner di prevenire e gestire le crisi» (28 aprile 2015).



RAFFAELE CHIARELLI

BREVI NOTE SUL CONTRIBUTO DELLE POLITICHE  
DELL'IMMIGRAZIONE ALLA FRAGILITÀ  
DELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. L'Unione europea di fronte al recente incremento del flusso di immigrati e rifugiati. – 2. Le immigrazioni e gli esodi provocati dalle guerre di fronte alle remore del percorso unitario europeo. – 3. L'immigrazione e la rinuncia ad un pilastro della costruzione europea. – 4. Le politiche dell'immigrazione e la crisi della cittadinanza europea.

1. *L'Unione europea di fronte al recente incremento del flusso di immigrati e rifugiati*

L'accorata e tradizionale rappresentazione mediatica dell'immigrazione come espressione del contrasto tra il mondo della fame e dell'oppressione e le aree dove si realizzerebbe la concentrazione della ricchezza<sup>1</sup>, anche se è stata largamente contrastata dagli esiti problematici di alcuni approfondimenti relativi alla connotazione sociale e culturale dei migranti e al costo del trasporto verso la società di accoglienza e dell'inserimento in essa<sup>2</sup>, ha alimentato a lungo una lettura del percorso migratorio come fuga salvifica, che, in Europa e particolarmente in Italia, ha potuto costantemente coniugarsi con un profuso impegno politico e morale a superare ogni preoccupazione per il continuo incremento dei flussi di rifugiati e immigrati, che non ha impedito il diffondersi un po' dovunque di

---

<sup>1</sup> Che rifletterebbe la planetaria inclusione dei flussi migratori internazionali nelle dinamiche dell'economia transnazionale, che S. Sassen, *Globalizzati e scontenti. Il destino delle minoranze nel nuovo ordine mondiale*, trad. it. G. Negro, Milano, 2002, 40 ss., ha chiaramente contrapposto alle analisi delle migrazioni come risultato di un complesso di scelte individuali.

<sup>2</sup> Che precluderebbe l'emigrazione ai settori più economicamente e socialmente svantaggiati. P. Collier, *Exodus. I tabù dell'immigrazione*, trad. it. L. Cespa, Roma-Bari, 2013, 7 ss., ha illustrato alcuni significativi percorsi di predeterminazione dei giudizi morali delle analisi delle migrazioni.

sempre più consistenti consensi per le forze politiche orientate a contrastare o a contenere l'immigrazione.

Oggi, quando l'afflusso migratorio è prevalentemente considerato un pericolo e in modo sempre più convinto si tentano di costruire muraglie cinesi alle frontiere, l'insistenza sull'attualità della questione dei limiti alla libera circolazione in Europa, che da anni era indicata come conseguenza inevitabile della crescita dell'immigrazione extra UE<sup>3</sup>, sembra assorbire e paradossalmente contribuire a lasciare in ombra il problema delle barriere difensive dal flusso di immigrati e rifugiati.

Anche se i toni rituali dell'evocazione di interventi risolutivi, delle istituzioni europee e dell'ONU, sembrano assumere la grave, e in qualche misura tranquillizzante, serietà delle litanie, non sembra potersi facilmente escludere che la drammatizzazione dell'immigrazione possa non risultare unicamente funzionale a costituire il contorno incentivante di nuovi e accettabili argomenti di legittimazione di apparati di governo o di *governance* bisognevoli di acquisire minime credibilità, ma riflettere una certa allarmata consapevolezza delle nuove e cospicue difficoltà di porre in essere qualche significativa forma di controllo di un fenomeno sempre più frequentemente considerato epocale.

Se, nel recente passato, la rappresentazione opaca e spesso deformata dei flussi di immigrati e rifugiati pareva riflettere l'imperativo di lasciare avvolto in un mistero quasi impenetrabile quanto accadeva in una vasta parte del mondo, ancora oggi, nonostante l'attenzione per il continuo aggravarsi del conflitto che insanguina tutto il Medio Oriente, resta ancora piuttosto incerta la morfologia delle masse che si incamminano verso l'Europa, che vengono semplicemente rappresentate come collettività che fuggono la morte e che, rischiandola, cercano la sopravvivenza.

L'insicurezza provocata dalla tumultuosa pressione dell'afflusso di rifugiati e immigrati parrebbe essere spesso vissuta come una sensazione di timore per un mutamento incontrollabile e misterioso, per un pericolo che insidia l'identità e l'unità delle nazioni, come una minaccia all'ordine e agli equilibri sociali che le sorreg-

---

<sup>3</sup> Cfr. R. Turatto e M. Volpe, *Il governo dell'immigrazione e l'integrazione europea*, in *Cittadinanza europea e extracomunitari. Il fenomeno dell'immigrazione nel processo di integrazione europea*, a cura di A. Bedeschi e G. Landucci, Padova, 1995, 310.

gono, ma soprattutto come minaccia alla vita, alle proprietà, alla sicurezza dei singoli.

Sono preoccupazioni che non inducono unicamente, come suggeriva Jürgen Habermas, a rivendicare, come incluso nel diritto all'autodeterminazione, anche il diritto a "conservare integra la propria forma di vita politico-culturale" anche nei confronti degli immigrati che eventualmente la minacciassero<sup>4</sup>, ma che impongono riflessioni sul complessivo assetto delle istituzioni che risulterebbero destinate a difendere, non tanto l'integrità, inevitabilmente esposta alle continue e inevitabili contaminazioni della globalizzazione, quanto la stessa sopravvivenza di tale forma di vita.

Oggi non alcune istituzioni, ma la stessa credibilità dell'Unione europea sembra essere minacciata in modo non meno preoccupante che dal terrorismo, da un'immigrazione sempre più incontrollata e incontrollabile che, prima dei problemi dell'integrazione degli immigrati, mette in luce questioni assai più vitali di quelle attinenti alla ricorrente disapplicazione delle direttive in materia di controllo dei flussi migratori e della sostanziale assenza di normative e di valutazioni comuni che possano consentire una convergente politica migratoria europea, dell'asilo politico e umanitario, del trattamento dei rifugiati etc.

Da sola, la comune preoccupazione di arrestare l'afflusso di rifugiati e immigrati non sembra aprire la strada a valutazioni comunemente accettate e ad orientamenti condivisi.

Le carenze della politica migratoria europea evidenziano in modo particolare le radicali conflittualità degli indirizzi nel controllo dei confini, della regolazione delle cittadinanze e delle modalità dei loro accessi, più della difficoltà di immettere consistenti presenze di lavoratori extraeuropei nel tormentato percorso, largamente giurisprudenziale, del complesso circuito europeo della solidarietà, centrato sulla connessione tra il diritto di circolare liberamente nel territorio della UE e l'apertura ai migranti cittadini degli Stati membri del *welfare* dei singoli Stati<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> J. Habermas, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto*, in J. Habermas e C. Taylor, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, trad. it. L. Ceppa, Milano, 1998, 98.

<sup>5</sup> Che, si è frequentemente riconosciuto, avrebbe comportato l'attivazione di un processo di esclusione dalla solidarietà degli immigrati extra-UE. Cfr. D. Kostakopoulou, *European Union Citizenship. Explaining Institutional Change*, in *Modern Law Review*, 2005, 634.

Complessivamente la mappa delle tensioni interne all'UE parrebbero riflettere la contrapposizione tra l'estrema flessibilità nell'applicazione dei trattati, che seguita a caratterizzare i rapporti tra gli Stati europei, all'interno e all'esterno dell'area dell'euro, e le esigenze di fermezza e di rispetto delle regole che tanto l'attiva partecipazione al conflitto mediorientale, quanto l'afflusso degli immigrati sembrano imporre.

Sono contrasti che non registrano unicamente le differenti impostazioni, spesso radicate nel passato, dei rapporti degli Europei con i loro governi, ma che, attivando non previste oscillazioni dei meccanismi di sussidiarietà, finiscono per rendere variabili e incerte le ripartizioni delle competenze tra l'Unione europea e i singoli Stati.

## 2. *Le immigrazioni e gli esodi provocati dalle guerre di fronte alle remore del percorso unitario europeo*

Le differenti e spesso conflittuali politiche migratorie possono facilmente connettersi alle differenti strumentalizzazioni delle masse migranti secondo contrapposte strategie internazionali che costantemente si innestano nella ragnatela dei conflitti mediorientali e nordafricani. I rubinetti degli esodi possono infatti aprirsi attraverso bombardamenti indiscriminati delle città, ma possono anche essere facilmente dosati, senza necessità di un consistente impegno militare, nel Vicino Oriente come in Europa, attraverso il trattamento dei rifugiati.

Sono proprio le divergenze nella politica migratoria che riflettono come, nonostante le rituali unanimità delle ferme condanne del terrorismo e delle sentite dichiarazioni di solidarietà con le sue vittime, i governi europei, perseguendo non solo differenti scelte di politica economica e soprattutto energetica, ma differenti disegni complessivi di politica internazionale, anche ove pervengano a formulare generici indirizzi comuni, ben difficilmente siano in grado di darvi attuazione<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> È comunemente rilevata la persistente difficoltà, solo di "valutare, nonostante la presenza di un organo monocratico come l'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, quanto l'azione di coordinamento tra le varie anime dell'azione esterna e tra Unione e Stati membri possa incidere sul formarsi di una politica estera dell'Unione autonoma e comune." Cfr. P. Mariani, *Profili istituzionali della PESC*, in *La politica estera dell'Unione europea. Inquadramento giuridico e prassi applicativa*, Torino, 2014, 26.

Non siamo di fronte alle semplici conseguenze dell'essersi configurato, il governo dell'UE esclusivamente come "governo delle regole" e non come governo "delle scelte"<sup>7</sup>. Al contrario, sono proprio le scelte a rendere sempre più difficile ogni riferimento alle regole.

Assumendo differenziati comportamenti militari e concludendo accordi con alleati diversamente schierati, i governi europei sembrano annaspere nelle reti che essi stessi hanno contribuito a tessere e assomigliare sempre più ad appendici manovrabili o manovrate da più o meno abili burattinai degli schieramenti politici internazionali. Sono schieramenti la cui mutevole composizione parrebbe risultare sempre meno controllabile dall'Unione europea.

La prospettiva, costantemente accreditata dalle dichiarazioni ufficiali, di una grande coalizione antiterrorista destinata a imporre la pace dalla Libia all'Afghanistan, senza mettere in alcun modo in discussione la continuità con le precedenti scelte recentemente compiute nella regione, riflette la consapevole decisione, compiuta in nome di un machiavellico realismo politico, orientato ad un così esteso allargamento dell'alleanza, da renderla esplicitamente aperta agli alleati dei nemici, in un contesto in cui, se l'incrinarsi o la frantumazione della coalizione rafforzerebbe l'ISIS, la tenuta delle alleanze potrebbe facilmente comportare una progressiva estensione del generale coinvolgimento nei conflitti degli alleati<sup>8</sup>.

Si profila uno scenario la cui complessità non impedisce tuttavia di rilevare quanto le implicazioni contraddittorie delle alleanze relativamente alle differenti dinamiche della lotta per l'autodeterminazione curda, ai movimenti di liberazione dalla tirannide in Siria, ai perduranti confronti intertribali in Libia, alla guerra in Iraq e complessivamente al conflitto che oppone il regime teocratico sciita e le forze da esso controllate alla costellazione del radicalismo sunnita, nonché agli equilibri ed ai confronti interni ad esso, difficilmente non potranno correlarsi anche alle insicure ed altalenanti scelte di politica dell'immigrazione che si compiono in Europa e non potranno non risultare in certa misura necessariamente condizionati da esse.

<sup>7</sup> Come ha sostenuto J.-P. Fitoussi, *Il dittatore benevolo. Saggio sul governo dell'Europa*, trad. it. F. Saraceno, Bologna, 2003, 7.

<sup>8</sup> Come sembra auspicare, relativamente alla guerra in Yemen, il ministro degli esteri iraniano Mohammad Javad Zarif, *L'Iran e l'Europa*, *Repubblica*, 6 febbraio 2016.

Alla nitida politica dell'immigrazione del Califfato, funzionale alla ricerca di consenso al proprio regime teocratico, attraverso la selezione dall'Europa, dal Nord Africa e dal Medio Oriente di un flusso migratorio combattente, onde poter assicurare una forma di governo del territorio rigidamente centrata sulla puntigliosa difesa di un'omogeneità religiosa e culturale e conseguentemente sulla più radicale intolleranza, l'Unione europea, nonostante le dichiarate limitazioni imposte alla sovranità degli Stati anche nel controllo delle proprie frontiere<sup>9</sup>, non sembra in grado di contrapporre una propria politica dell'immigrazione e neppure una generica convergenza di indirizzi<sup>10</sup>.

È una incapacità che evidentemente non riflette la semplice conseguenza di qualche incertezza nel coniugare la politica migratoria con non collimanti obiettivi di libertà e di tolleranza, ma che, se ha avuto occasione di manifestarsi negli estenuanti negoziati per la ripartizione degli oneri dei nuovi flussi migratori, tenderà facilmente ad accentuarsi in progressione dell'incremento delle differenze di approccio ad un conflitto che tende ad allargarsi e che già sembra alimentare progettuali sistemazioni di territori e popoli.

Anche se presentata come risolutiva delle attuali complessive difficoltà dell'UE nel misurarsi con la questione dell'immigrazione, la negoziata attribuzione al governo turco del controllo del più consistente flusso di immigrati e rifugiati attualmente indirizzato verso l'Europa, apparentemente funzionale a raggiungere il difficile obiettivo del contenimento degli accessi in Germania, risulta destinata ad esplicitare l'organico collegamento dei possibili indirizzi della politica migratoria europea agli andamenti delle guerre nell'area mediorientale.

Come nella Grande Guerra, non solo il controllo, ma tutte le

---

<sup>9</sup> Come nel caso degli artt. 7 e 13 della direttiva 2008/115/CE. Sull'argomento cfr. G. Cellamare, *Lezioni su la disciplina dell'immigrazione irregolare nell'Unione europea*, Torino, 2011, 25 s.

<sup>10</sup> Anche senza ridursi a configurare una periferia del Medio Oriente come nell'Alto Medio Evo, quando, nell'accreditata lettura storica di H. Pirenne, in *Maometto e Carlo Magno*, e nella *Storia d'Europa dalle invasioni al XVI secolo*, trad. it. C.M. Carbone, Roma, 1991, 80 ss., il controllo delle coste del Mediterraneo avrebbe quasi assicurato agli invasori islamici il monopolio del commercio con l'Oriente, mentre la dispersione delle popolazioni e la debolezza del tessuto urbano avrebbero largamente contribuito ad impedire il consolidamento del tentativo di restaurazione dell'Impero romano, posto in essere da Carlo Magno. Cfr. G. Martinez-Groz, *Brève hisoire des empires*, Paris, 2014, 39 s.

forme di orientamento degli esodi e delle migrazioni divengono elementi e strumenti del conflitto.

Se probabilmente le divergenze dei governi europei impediranno un completo allineamento con gli indirizzi del governo di Ankara, difficilmente si potrà evitare l'ancoraggio al preventivo accordo con il governo di Ankara della costruzione di ogni nuovo filtro all'immigrazione verso l'Europa sulla sponda meridionale del Mediterraneo.

Anche se spesso camuffate, le implicazioni delle problematiche relative alle misure di controllo dei flussi non riguarderanno esclusivamente la politica migratoria.

Attualmente le lacune e le oscurità dei messaggi mediatici non sembrano circoscriversi alle questioni dell'immigrazione, ma sembrano riflettere, nello scenario di una sempre minore incisività dei parlamenti nazionali, oltre al tentativo di mascherare istanze di difesa del modo di essere e di funzionare del governo effettivo dell'Unione europea, che parrebbe sempre più necessitare della tutela dei propri *arcana imperii et dominationis* attraverso l'invenzione o l'accreditamento di sempre nuovi e spesso meno credibili sistemi di *governance*<sup>11</sup>, soprattutto la scelta di lasciare in ombra radicali contrasti di indirizzi, come parrebbe accadere per le divergenze sui modelli di *welfare*, nascoste dai fumosi dibattiti sull'incidenza delle politiche economiche più o meno keynesiane.

Le difficoltà dell'introduzione in Europa di un *burden sharing* centrato sulle finalità umanitarie dell'asilo politico<sup>12</sup>, oltre che riflettere le contrastanti diversità tra gli istituti giuridici e anche tra le differenti politiche di integrazione dei rifugiati e degli immigrati<sup>13</sup>, e l'abile sostanziale riduzione, da parte della Corte di Strasburgo, del disegno di un compiuto sistema europeo di asilo del regolamento Dublino II, alla *potestas decidendi* degli Stati<sup>14</sup>, parrebbero larga-

<sup>11</sup> Cfr. A. Giovannelli, *La governance economica europea. Un cantiere aperto*, in *Aspetti della governance economica nell'UE e in alcuni Stati dell'Unione*, a cura di A. Giovannelli, Torino, 2014, 60 ss.

<sup>12</sup> Rilevate da F. Rescigno, *Il diritto d'asilo*, Roma, 2011, 241 ss.

<sup>13</sup> Che J. Puente Egido, *El asilo en la convencion europea de los derechos del Hombre y el derecho comunitario europeo*, in *Il diritto d'asilo in Europa: problemi e prospettive*, a cura di D. Castellano, Napoli, 2008, 42, considera un riflesso del vasto consenso che riscuote ancora oggi la teoria del *ius peregrinandi* di Francisco de Vitoria.

<sup>14</sup> Come illustrato da M. Benvenuti, *La protezione internazionale degli stranieri tra polarità vecchie e nuove*, in *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, Napoli, 2011, 61 ss.

mente derivare da irrisolte questioni attinenti ai rapporti tra gli Stati membri e l'U.E., che la programmata opacità dell'informazione non verrebbe a nascondere.

### 3. *L'immigrazione e la rinuncia ad un pilastro della costruzione europea*

Anche se i problemi dell'immigrazione sembrano oggi costituire un formidabile detonatore della sua esplosione, la crisi dell'Europa non può essere considerata la semplice espressione della sua incapacità di misurarsi con la vastità dei mutamenti in atto su scala globale<sup>15</sup> e neppure il riflesso di qualche difficoltà di apertura verso l'esterno o di accettare impreviste modalità della propria potenziale crescita demografica.

Rilevare la gravità delle carenze della politica dell'immigrazione può divenire occasione per legittimare, dietro le riflessioni sulle paure per l'estraneità culturale degli immigrati<sup>16</sup>, il rifiuto di approfondire l'analisi delle dinamiche intrinseche del percorso di integrazione europeo che hanno impedito quella che è stata definita la formazione di "un'immaginazione dialogica"<sup>17</sup>, cioè di assicurare la possibilità di narrazioni comuni di confronti ideali e sociali che riguardino l'Europa e coinvolgano gli Europei.

Non trascurabili implicazioni dei problemi dell'attuale afflusso di rifugiati e immigrati inducono oggi a considerare il mancato avvio di un costruttivo dibattito sull'immigrazione in Europa come una presumibile conseguenza del persistente distacco degli Europei di fronte ad ogni riflessione sul complessivo futuro dell'Europa, che avrebbe contribuito ad ostacolare ogni "pensare europeo".

Le questioni proposte dall'immigrazione, relative alle sfere della solidarietà e della libertà di locomozione, nel loro rapporto con la cittadinanza, ineriscono direttamente al disegno ed al percorso costitutivi dell'Unione europea e del tessuto dei suoi rapporti con i popoli e con gli Stati europei.

Seguita ad essere oggetto di riflessione critica l'ibrida scelta di una costruzione dell'Europa all'insegna dell'artificialità di un ordi-

<sup>15</sup> Come ha rilevato P. Rossi, *L'identità dell'Europa*, Bologna, 2007, 167.

<sup>16</sup> Trattaggiate efficacemente da F. Sciacca, *Multiculturalismo. Una questione difficile*, in *Multiculturalismo e Unione europea*, a cura di M. Marletta e N. Parisi, Torino, 2008, 33 s.

<sup>17</sup> U. Beck, *La crisi dell'Europa*, trad. it. P. Rumore, Bologna, 2012, 110 ss.

namento costituzionale senza Stato<sup>18</sup>, ma fondata sull' emotiva continuità dell'appartenenza ai vari Stati nazionali. Il loro tessuto dei principi e dei valori costituzionali<sup>19</sup> e le strumentazioni delle loro interne solidarietà sono rimasti così a lungo ancorati ai confini nazionali<sup>20</sup>, pur divenendo riferimento obbligato del rapporto tra l'Europa e gli Europei, in modo da consentire di archiviare definitivamente ogni prospettiva di sviluppo di una "solidarietà tra estranei", che, si è sostenuto, avrebbe potuto sostituire le solidarietà interne agli Stati, analogamente a come in passato la coscienza locale e dinastica si sarebbe evoluta in coscienza nazionale<sup>21</sup>.

Se sono emersi ormai da tempo<sup>22</sup> i limiti dell'originalità della costruzione costituzionale della UE, basata su un mitico contratto sociale creativo di un popolo costituente<sup>23</sup>, sembra tuttavia anche arrestarsi quella che è stata considerata la marcia trionfale dell'unità europea, aiutata dal plusvalore politico nato dalla cooperazione degli Stati nazionali<sup>24</sup>. Lo dimostra chiaramente l'odierno attacco di un numero sempre maggiore di governi europei alla libera circolazione delle persone, certamente provocato dalle preoccupazioni per l'attuale afflusso incontrollato di rifugiati e immigrati.

<sup>18</sup> Che, derivando da un mitico contratto sociale, secondo I. Pernice e F. Mayer, *La Costituzione integrata dell'Europa*, in *Diritti e Costituzione dell'Unione europea*, a cura di G. Zagrebelsky, Roma-Bari, 2003, 46, avrebbe legittimato e ad un tempo limitato i poteri conferiti alle istituzioni della comunità che avrebbe fondato.

<sup>19</sup> Nonostante le coltivate speranze di vedere in qualche testo dei trattati, riferimenti ai valori della società europea. Cfr. R. Bin e P. Caretti, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna, 2005, 145.

<sup>20</sup> Cfr. J. Halfmann, *Welfare State and Territory*, in *Immigration and Welfare: Challenging the Borders of the Welfare State*, London, 2000, 41; M. La Torre, *Cittadinanza e ordine politico. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, Torino, 2004, 233; S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012, 12 s. Secondo A. von Bogdandy, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, trad. it. A. Zei, Napoli, 2011, 134, "L'autonomia degli Stati membri riguardo all'organizzazione, alla tipologia e al livello delle prestazioni assistenziali dei loro sistemi di sicurezza sociale, in quanto importante strumento funzionale all'unità dello Stato, resta decisamente intatta".

<sup>21</sup> Come auspicava J. Habermas, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, trad. it. L. Ceppa, Milano, 2000, 121.

<sup>22</sup> Per una contestazione del ricorso al paradigma contrattuale per legittimare la Costituzione senza Stato cfr. S. Dellavalle, *Una Costituzione senza popolo? la Costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come "potere costituente"*, Milano, 2002, 279.

<sup>23</sup> Cfr. I. Pernice e F. Mayer, *La Costituzione integrata dell'Europa*, cit., 44 ss.

<sup>24</sup> U. Beck, *Lo sguardo cosmopolita*, trad. it. C. Sandrelli, Roma, 2005, 227.

È un attacco rivolto contro quello che, dopo il trattato di Maastricht, divenendo un diritto del cittadino europeo in quanto tale<sup>25</sup>, è stato considerato il “cardine”, la “base su cui poggiano e possono svilupparsi tutti gli altri diritti del cittadino europeo”<sup>26</sup>, il “nucleo essenziale”<sup>27</sup> della cittadinanza europea, ma anche il “pilastro della costruzione europea”<sup>28</sup>.

#### 4. *Le politiche dell'immigrazione e la crisi della cittadinanza europea*

Non siamo unicamente di fronte alla manifestazione di una radicata diffidenza nei confronti delle modalità e dell'efficacia con cui vengono difesi i confini centromeridionali e sudorientali dell'Europa.

Le allarmate dichiarazioni dei governanti europei che in questi giorni si susseguono non esprimono semplicemente sedimentate preoccupazioni per un possibile allargamento giurisprudenziale dei diritti connessi alla cittadinanza europea e particolarmente per la prospettazione di una cittadinanza fondata “sulla residenza e sull'inserimento della persona in una comunità nazionale di uno Stato in cui non è cittadino”<sup>29</sup>, costruita appositamente per estendersi agli immigrati extraeuropei<sup>30</sup>.

La contestazione della libertà di circolazione e di soggiorno, nella sua connotazione di una libertà che trascenderebbe la sfera economica<sup>31</sup>, essenzialmente in quanto attribuita non più solo al

<sup>25</sup> R. Adam, *Prime riflessioni sulla cittadinanza dell'Unione*, in *Riv. dir. intern.*, 1992, 637.

<sup>26</sup> V. Lippolis, *La cittadinanza europea*, Bologna, 1994, 111 s.

<sup>27</sup> C. Morviducci, *Un nuovo diritto di soggiorno per il cittadino europeo*, in *Libera circolazione e diritti dei cittadini europei*, a cura di M.C. Baruffi e I. Quadranti, Napoli, 2012, 2.

<sup>28</sup> Cfr. M. Orlandi, *Cittadinanza europea e libera circolazione delle persone*, Napoli, 1996, 39.

<sup>29</sup> B. Nascimbene, *Cittadinanza dell'Unione europea e cittadinanza di residenza. Recenti profili*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 1307.

<sup>30</sup> Come auspicato da P. Carrozza, *Noi e Gli altri. Per una cittadinanza fondata sulla residenza e sull'adesione ai doveri costituzionali*, in *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, a cura di E. Rossi, F. Biondi Dal Monte e M. Vrenna, Bologna, 2013, 55.

<sup>31</sup> P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 141.

lavoratore, ma anche al cittadino inattivo, non incide unicamente su un diritto considerato fondamentale, di rilievo costituzionale, fin dalle prime concretizzazioni del disegno di integrazione del Vecchio Continente<sup>32</sup>, ma, riducendo decisamente la sfera dei diritti ad essa connessi, colpisce al cuore la cittadinanza europea nella sua, spesso celebrata, essenza ibrida, connettiva del rapporto con l'Unione alle cittadinanze nazionali, appiattendola notevolmente su di esse.

Senza la libertà di circolazione e di soggiorno sembra necessariamente interrompersi la continua crescita dei diritti del cittadino europeo<sup>33</sup> considerata, se non funzionale alla formazione di un *demos* europeo, almeno indicativa della vitalità di un processo di integrazione sopranazionale.

Con la vanificazione della cittadinanza europea, verrebbe a cadere una importante connessione dell'Unione europea con gli Stati nazionali, che avrebbe dovuto rifletterne la natura di unione di Stati e di popoli.

Ritenuta, o non ritenuta, espressione di un particolare *status civitatis*<sup>34</sup>, la cittadinanza europea, sotto il profilo esclusivamente sociale, avrebbe comunque consentito di assicurare “uno spazio idealmente comune di diritto” che avrebbe permesso l'integrazione delle persone “e non solo degli ordinamenti normativi degli Stati”<sup>35</sup>.

La vanificazione della cittadinanza europea non può non evidenziare una radicata divaricazione tra le diversità delle appartenenze agli Stati nazionali, espresse e disegnate oggi anche dal differente rapportarsi degli immigrati con i cittadini nazionali, che sembra resistere agli elaborati disegni aggregativi basati sulle principali

---

<sup>32</sup> Cfr. A. Manzella, *Sui principi democratici dell'Unione europea*, Napoli, 2013, 81.

<sup>33</sup> La previsione della crescita e del rafforzamento dei diritti connessi alla cittadinanza è stata illustrata da V. Lippolis, *La cittadinanza europea*, cit., 52.

<sup>34</sup> Come secondo A. Di Stasi, *Cittadinanza e altri status personali nello spazio europeo di diritti fondamentali: a proposito dell'implementazione della direttiva 2003/109 relativa ai cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo*, in *Libera circolazione e diritti dei cittadini europei*, a cura di M.C. Baruffi e I. Quadranti, Napoli, 2012, 63.

<sup>35</sup> Secondo L. Castorina, *Cittadinanza europea come fattore d'integrazione sociale nell'Unione multiculturale*, in *Multiculturalismo e Unione europea*, cit., 16 s., che contesta la configurazione di uno *status* europeo di cittadinanza sulla base dell'assenza nei trattati, della previsione di obblighi di fedeltà o di solidarietà, propri dello *status civitatis*, nei confronti dell'UE.

mitologie costituzionali, che fino ad oggi avevano legittimato o contribuito a legittimare le istituzioni dell'Europa unita.

È una divaricazione che non si esaurisce nella polemica sul contenimento dell'invasione, sulla stabilità dei confini territoriali e culturali, sulla maggiore o minore alterità degli immigrati, ma che sembra accentuarsi nella regolazione, e complessivamente in quella che viene indicata come la *governance* dell'immigrazione, cioè nel complesso dei riferimenti tecnici e filosofici a cui si ispirano le politiche migratorie.

Gli sviluppi della problematica della determinazione dello *status* di soggiornante di lungo periodo, che comporterebbe l'obbligo per i cittadini dei paesi terzi di soddisfare "le condizioni di integrazione alla legislazione nazionale"<sup>36</sup> hanno connesso il lungo soggiorno con l'inclusione nella comunità nazionale e non europea, e quindi tendenzialmente in quello che è tradizionalmente considerato, l'elemento personale dello Stato, con l'acquisizione di un "patrimonio di diritti e doveri" sempre meno distinguibile da quelli del cittadino<sup>37</sup>.

La declinazione dei doveri è partita, nelle legislazioni di alcuni Stati europei, dai doveri costituzionali, con la conseguente imposizione agli immigrati di lungo soggiorno di adesioni a valori costituzionali, a lealtà di sentimento, a fedeltà, che, concretando inevitabilmente un percorso di integrazione tra valori costituzionali imposti dalla società di accoglienza e quelli ereditati dalla società di origine, non potrebbero inevitabilmente non accentuare la divaricazione degli ideali e delle lealtà dei nuovi cittadini europei, e conseguentemente delle differenti forme di laicità degli ordinamenti.

Le esposte brevi considerazioni non intendono illustrare le conseguenze della rinuncia dell'unificazione europea alla creazione di uno Stato, ma segnalare alcune delle non trascurabili difficoltà evidenziate ed accentuate dall'immigrazione, che il percorso verso l'unità "marcatamente pluralistico"<sup>38</sup> sembra destinato ad incontrare.

<sup>36</sup> Cfr. A. Adinolfi, "Diversità culturale" e politica dell'immigrazione dell'unione europea, in *Multiculturalismo e Unione europea*, cit., 95.

<sup>37</sup> P. Carrozza, *Noi e gli altri. Per una cittadinanza fondata sulla residenza e sull'adesione ai doveri costituzionali*, cit., 55 ss.

<sup>38</sup> Secondo quanto sostenuto da A. von Bogdandy, *L'uropeizzazione dell'ordinamento giuridico come minaccia per il consenso sociale?*, in *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, cit., 238.

*Abstract*

One of the current problems is the detachment of Europeans from the reflections on the overall future of the European Union, and this circumstance prevents, consequently, from the establishment of a constructive debate on immigration in Europe. The author's considerations are not intended to illustrate the consequences of renounces of the creation of an European State, but he tries to point out some of the major difficulties highlighted and accentuated by immigration, that the path to a "markedly pluralistic" unity needs to face.

Uno degli attuali problemi è il distacco degli europei dalle riflessioni sul complessivo futuro dell'Unione europea, e questa circostanza impedisce, di conseguenza, anche l'avvio di un costruttivo dibattito sull'immigrazione in Europa. Le considerazioni svolte dall'autore non intendono illustrare le conseguenze della rinuncia dell'unificazione europea alla creazione di uno Stato, ma cercano di segnalare alcune delle non trascurabili difficoltà evidenziate ed accentuate dall'immigrazione, che il percorso verso l'unità "marcatamente pluralistico" sembra destinato ad incontrare.



## THE CURRENT CHALLENGES OF EUROPE IN THE VIEW OF THE EUROPEAN PARLIAMENT

Interview to Mr. Paulo RANGEL  
Vice Chairman of the Constitutional Affairs Committee  
of the European Parliament\*

SUMMARY: *a)* The big challenges of Europe: democratic deficit, mistrust and euroscepticism. – *b)* The economic crisis. – *c)* Demographic change facing migration. – *d)* Energy supply.

*a) The big challenges of Europe: democratic deficit, mistrust and euroscepticism*

Since Charles de Gaulle gave his speech in the courtyard of the castle of Ludwigsburg in 1962, the global situation has fundamentally changed. As European citizens we face comprehensive problems such as climate change, the economic crisis and demographic change. The member states of the European Union are more interconnected than ever, also due to the multiple political, economic and social challenges which have created dependencies and can only be tackled successfully by working together. However, this implies that more and more decisions are made as a necessity by governments and citizens are excluded from decision-making (democratic deficit). The public is aware of the fact that established democratic procedures are no longer adequate and instead demand more involvement and more opportunities for political participation. These are the questions that concern the citizens of Europe.

1) *What is your point of view related to this main challenges?*

The main challenges of the European Union are the economic crisis and the demographic change that is going to produce a new Europe image completely different from the old one that we knew.

---

\* L'intervista a cura di Francesca Traldi, collaboratrice scientifica della Konrad Adenauer Foundation, Roma.

But let us start from the beginning. From my point of view the economic crisis is even more challenging than the demographic change although I know it is hard to admit because both issues are very important nowadays. To prospect a new European Union we need to complete the economic Union and the banking union process first, while the democratic deficit is more related to errors in terms of communication rather than to a real political problem. Of course political participation is and still remains a very important issue for the future, but we have to encourage and enforce it through the route of national parliaments. At national level we can support European political participation quite well for a very simple reason, because the European citizens contribute directly to the election of the national parliament. The prime minister too responds directly to the national parliament in a democratic system. So at national level citizens can control, influence and even drive the political choices by the European commission. That is why we have to encourage political participation at national level. Second, we cannot forget that the European parliament is elected directly by the European citizens and that it also has a veto power, so saying that the European Union is not a democratic system is completely wrong. I insist on this because we have to be very clear: there is a true democratic system at European level. So what is really important is the economic crisis and the demographic change more than a constitutional reform path at European level.

*2) Do you still consider valid the current institutional structure of the Union (the balance between representative bodies of governments, on the one hand, and expression of integration bodies (Commission, Court, EP), on the other?)*

Well yes it is! The European Union is not a mix of different powers but it is a very complex construction made up of different bodies: European Parliament, Commission, Ecofin, ... where the political roadmap is now centered at European council level. Within this large construction the guidelines are expressed mainly by two bodies of legislation and one commission. Probably we have to transform the European council into a second chamber and we can do that in several ways.

Surely we can bring more equality into the European council and more equilibrium means more democracy. For example 1 large

State means 1 vote while small State can be represented by 3 votes. The best way to reach a balanced system at European level is though a federal constitutional arrangement. The federal approach is from my point of view the best way to respect autonomy and at the same time ensure the common interests of the European people. More federal procedures and institutions for instance will also stop the Eurosceptic trend. Let us talk about the role of national parliament: Do you really think we need to give more power to national parliaments?

No! What we really need is for national parliaments to constantly hold the government at European level accountable. National parliaments should control the follow up of decisions taken at EU Level.

They should control but not interfere directly with the European institutions. We have to avoid so called “constitutional schizophrenia”. The Commission has to do its own work which is different and must remain different from that of the national institutions and vice versa. This kind of constant interference is mainly the consequence of nationalism and we have to stop this process because it is very dangerous. Finally the European parliament is very active in terms of check and balance of power: it has conquered the veto power.

*b) The economic crisis*

For more than three years now, the European debt crisis has preoccupied the European public and the responsible politicians. Terms like EFSF or ESM are frequently used and austerity packages are constantly adopted, which makes it hard for the citizens and political representatives of Europe to understand the situation (e.g Greece’s crisis). The pressure of the markets seems to require immediate action, but the democratic decision-making process continues to be slow.

1) *How can the economic crisis be permanently solved in your opinion?*

2) *What extent can financial solidarity go to between the Member States of the European Union? Is this an element of realignment*

*that is comparable to the fiscal equalisation schemes common in federal States?*

Well it is more a question of fiscal policy integration:

While euro area monetary policy is federal, fiscal policy is national. The fiscal system operates according to 'rules' that are not based on full federalization which as I have already pointed out needs to be implemented. The institutional leap towards a banking union still has to be accomplished.

We have a balance of payments crisis, not a fiscal crisis. A Common bank resolution framework, a Pan-European deposit guarantee scheme and EU-level supervision must necessarily be part of a medium-term roadmap. However, they require strong institutional changes towards a Federal structure in Europe, where greater parts of the decision-making will be transferred from national Governments to EU Institutions. In the short term, the ECB should keep on acting as a provider of liquidity until European banks and peripheral countries regain access to international capital markets. In a monetary union characterized by competitiveness differentials, liquidity-constrained current account imbalances are deadly within a system where: 1) there is no monetary financing by the ECB; 2) there are no fiscal transfers across States (no co-responsibility of debt), and in which 3) the bank-sovereign loop is active. In the long run the EU must become the economic and political power it deserves to be.

We have to achieve better levels of competitiveness, but must also secure social justice. We can only overcome this crisis with fiscal solidity. Fiscal solidity in itself does not create growth. Structural changes are also needed. If money is not spent for structures, growth cannot be sustainable.

The still uncompleted internal market undoubtedly is a source of competitiveness between the national economies of the Member States within the European Union and the international context. However, all the economies of the Member States have largely benefited even from an internal market that is still incomplete. This makes the need for further steps towards a true single market evident, especially in the area of services. A common social security scheme and a common pension system are policies that cannot be implemented immediately. However, differences are becoming

smaller and smaller over the years and a gradual integration is evident. Protectionism of uncompetitive national industries is not a solution, but instead a part of the problem. Therefore, Member States must stop acting contrary to the principles of the single market legislation. A better implementation of the relevant laws from the side of the Member States is needed. A more federalized model in Europe is needed in order to achieve a true change.

So we need first to complete the banking union reform, second to achieve a budget union.

And let me stress a very important point: achieving a budget union does not mean losing a national budget power. In order to preserve the budget power it is necessary to anticipate at national parliament level the discussion on the budget before decisions are taken in Brussels, as several Nordic countries already do in a very successful way. It is possible! It is smart. By anticipating the discussion at national level they can control the process and the procedures adopted by the European Commission.

We have also to admit that there are 2 different realities. On one hand the single currency members, like the UK, on the other the internal market members that reflect two different models of perceiving the future of EU: being a member of Eurozone or being member of the Economic internal market but not participating in other decisions. So there are at least two speeds: one more integrated speed which is going towards a federal system and one belonging to the EU but not integrated into the system.

*c) Demographic change facing migration*

Societies in Europe are growing old, in countries like Poland, Hungary and Germany, people aged over 60 years could soon represent the majority of the population. In France, Great Britain and the Scandinavian countries, the problem is less urgent because they have a comparatively high birth rate. Shrinking societies are faced with various challenges. The impact of a skills shortage on the economic dynamics of a country and the question of long-term financing of pension schemes, which are mainly based on the contributions of the working population, are just two examples. The countries affected especially hard by demographic change will be forced to conduct, among other things, an active migration policy to assure

the future prospects of their societies in the long term. On the other hand, the number of asylum seekers is rising sharply across the European Union.

3) *Given the EU's ageing population, is a return to selective immigration inevitable?*

Well the migration issue is such a huge issue. The creation of a so called "European Coastal Guard" is crucial and this defense capacity must be increased at EU level and supported by European funds. Italy and Greece cannot be left alone to solve the migration challenge. This issue cannot be solved at national level. Apart from increasing the capacity to protect our borders we have to set up refugee camps and make a distinction between migrants and refugees: Refugees coming first of course! They need help! That is why it is so important to support the diplomacy channel in Turkey and moreover support countries like Italy that are in the forefront in facing to this huge problem with EU funds.

d) *Energy supply*

Let me conclude this interview with a couple of words on the energy deficit. The solution to the energy deficit is diversification. We have to create different sources of energy.

Our challenge is increase more infrastructures to support the energy diversification.

# OSSERVATORIO



KONATSU NISHIGAI

## REPRESENTATION WITHOUT INTERPRETER<sup>1</sup>

TABLE OF CONTENTS: 1. Representation without the people *sui generis*. – 2. Representation without the representative. – 3. Representation without the interpreter. – 4. Representation without re-presentation. – 5. Conclusion.

### 1. *Representation without the people sui generis*

Hobbes's theory of representation tells us that the 'people', *i.e.* that which is being represented, does not exist *sui generis*. He explains this phenomenon of representation in terms of the representative and imagination. According to Monica Brito Vieira, Hobbes focused not only on governmental representation, employing the now famous (or infamous) authorization theory, but also, or rather instead, on general representation, including aesthetic representation<sup>2</sup>. Hobbes argued that objects outside us induce imagination within us. Instead of searching for the substance or essence itself, as in the philosophy of Aristotle, Hobbes sought to identify that which evokes our imagination. The state, for example, is for Hobbes the byproduct of our imagination, and he searches for the cause of our imagining the state. Thus he constructed his famous thesis: what makes the multitude the people is a decision of the representative, and the multitude has become one *ex nihilo* since the people have authorized this representative; and hence his famous phrase, 'it is the *Unity* of the Representer, not the *Unity* of the Represented, that maketh the Person *One*'<sup>3</sup>. In other words, the repre-

---

<sup>1</sup> This work was supported by Jsp's Kakenhi Grant Number 26780016. I am deeply grateful to Associate Professor Nicholas Henck without whose insightful comments and persistent help this paper would not have been possible.

<sup>2</sup> For a long time, Hobbes's theory of representation was thought to be a strictly political one, approaching representation from only one angle. See especially, Hanna Fenichel Pitkin, *The Concept of Representation*, University of California Press, 1967, 37.

<sup>3</sup> Thomas Hobbes, *Leviathan*, edited by Richard Tuck, Cambridge University Press, 1996, 114.

sentative makes the represented appear *ex nihilo* through representation.

Denied its literal existence in representation theory, the people, as an entity, is faced with an ontological problem in that, in ‘representative democracies’, it is not the representative but the people (Greek *demos*) – regardless of the fact that the entity that is the people does not exist until it is represented – that rules (*krateo*); indeed, Hanna Pitkin concluded that democracy and representation do not, after all, go hand in hand<sup>4</sup>. She insisted that representation and democracy differ completely in origin and that it is impossible to combine them to form ‘representative democracy’<sup>5</sup>. This is concerned with the famous ‘paradox of representation’ as explained by Pitkin: ‘something is made present in some manner or other... [b]ut of course it must not be made literally present; then it would simply be “present” rather than “represented”’<sup>6</sup>. In terms of democracy, the authorization approach which is ascribed to Hobbes is criticized because it leads to despotism; according to the authorization view, a representative, who has been authorized to act, ‘has been given a right to act...while the represented has become responsible for the consequences of that action as if he had done it himself’<sup>7</sup>. As Pitkin pointed out, ‘[i]t is a view strongly skewed in favor of the representative’<sup>8</sup>.

## 2. *Representation without the representative*

Concerning the theory of representative democracy, the problem until recently had been how to relativize the position of the representative in relation to the citizens. Recent prominent studies in the UK have resolved this issue by re-interpreting Hobbes’s texts. For example, Vieira has noted that ‘[Hobbes’]s interest in images is governed by a more fundamental concern with *representation*, or the intricate processes of production, dissemination and re-

---

<sup>4</sup> Hanna Fenichel Pitkin, *Representation and Democracy: Uneasy Alliance*, in *Scandinavian Political Studies*, vol. 27, no. 3, 2004, 335-42, at 336.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Hanna Fenichel Pitkin, *The Paradox Representation*, in J. Roland Pennock and John W. Chapman eds., *Representation*, Transaction Publishers, 2006, 38-42, at 41.

<sup>7</sup> Hanna Fenichel Pitkin, *Representation*, 38-39.

<sup>8</sup> *Ibid.*, 39.

ception which make representation so dynamic...powerful and potentially unstable...'<sup>9</sup>. In other words, based on what Hobbes termed 'first philosophy' we may be able to relativize the political philosophy of Hobbes himself.

With attention having been paid to this aspect, recent trends in political philosophy, including Vieira's study, have begun to destroy the common conception (Pitkin was the first to give it a theoretical account) that deemed Hobbes's representation theory as being an antidemocratic one; they do so by strengthening the position of the interpreters of representation (*i.e.* audiences) in relation to the representatives, and placing the citizens not only in the position of being represented but also of being interpreters (audiences). David Runciman, separating out representation from authorization, attempts to show that 'a disparate collection of individuals can still pass judgment over what governments do in the state's name, either through the ballot box or through over vehicles of public opinion, such as pressure groups and opinion polls'<sup>10</sup>. In this model, authorization is not a once-and-for-all event as in the Hobbesian model, but an ongoing process, and the people can pass judgments on the representatives' actions<sup>11</sup>. In order to show this, Runciman presents the model of an interactive triangle comprising three components, *i.e.* the government, the state and the citizens, or to use the wording employed in this paper, the representative, the represented, and the interpreter. According to Runciman, Hobbes was correct in adopting this triangle model of representation, but not in adopting the authorization model; in other words, Runciman detached this basic notion of a triangle, which, he emphasizes, is adaptable to modern democratic societies, from Hobbesian authorization theory.

Runciman's schematic proposes a balance between the independent actions of the representative and each individual's judgment on the actions of the representative, the latter he considers to be essential for democratic societies; however, he does not address how the interpreters would be able to judge whether the actions of

---

<sup>9</sup> Mónica Brito Vieira, *The Elements of Representation in Hobbes*, Brill, 2009, 16.

<sup>10</sup> David Runciman, *Hobbes's theory of representation: anti-democratic or proto-democratic?*, in *Political Representation*, eds., Ian Shapiro et al., Cambridge University Press, 2009, 15-34, nt. 28.

<sup>11</sup> *Ibid.*, 26.

the representative properly represent the represented (state). What then is the precise relationship between citizens and the represented? Judging the actions of the representative seems to presuppose that citizens can judge matters related to the represented without representation by a representative taking place. Although Runciman does not clarify this point, he suggests that representatives can be constrained by the 'implied presence' of the represented, *i.e.* 'by the need to keep up appearances'<sup>12</sup>.

Runciman gets us to this point, but unfortunately no further, and beyond it lies the very problem that I would like to examine in this paper; that is, if it is possible for the represented to enjoy some sort of presence even without the representative, how exactly would it be able to do so? The most likely explanation would appear to be that the represented is presumed to exist in the head/brain of each individual. If this is so, the represented seems to be almost in the hands of the interpreters, not of the representatives; each individual can judge the representative according to their mental images of the represented. If each individual has in his/her mind mental images of the represented, the necessary condition of representation seems to be that every individual has precisely the same mental image of the represented.

However, we might not be able to assume this, not only because if all the interpreters have the same mental image of the represented then individuals need not object to the representative, but also because that the members constituting the interpreters should all share the same mental image of the represented is almost impossible in the first place for the following reasons. First, the problem of precisely what the 'state' is has proven too intricate a question for even specialists to answer; for example, it is doubtful one could find much degree of consensus on the subject between political scientists and constitutional lawyers, or even simply among the latter<sup>13</sup>. It would surely prove impossible to expect people who are not experts to have a perfect mental image of the state, or even for

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, 23.

<sup>13</sup> See especially, Ulrich Häfelin, *Die Rechtspersönlichkeit des Staates*, I. Teil; *Dogmengeschichtliche Darstellung*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1956; Hans J. Wolff, *Organschaft und juristische Person*; Bd. 1; *Juristische Person und Staatsperson*, Scientia Verlag Aalen, 1968; Henning Uhlenbrock, *Der Staat als juristische Person*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.

their images to exhibit shared or common traits. Secondly, and related to the first point, is the fact that the meaning of the 'state' cannot be defined in a single word. As Alf Ross has shown<sup>14</sup>, because of the vanity of even attempting at arriving at a generally accepted meaning of the *word* 'state', we must instead always start from the meaning of the *statement* in which the word 'state' appears. However, statements containing the phrase 'the state' come to take on a certain meaning when they are placed within the general context of legal or political theory. A similar phenomenon is at play regarding the word 'representation' or 'representative' as it appears in Hobbes's theory, because these words appear within the context of an entire theory of law and the state which has itself been developed by others in addition to Hobbes. It thus proves an almost impossible task to arrive at a meaning or definition of the words representation or representative without the context in which they are included, and the same is true when we try to ascertain the meaning or essence of the word 'state'. Given that theories of law or of political science are constantly changing and being modified, and that one minor change within the theory could affect the word 'state', the merit of picking up on this single word, and identifying its image, or even of presupposing that everyone shares the same mental image of it, appears doubtful. In sum, a theory which presupposes shared identical mental images appears to have poor prospects.

Supposing that we discard this theory which presupposes identical shared mental images and, instead, admit that mental images of the represented could differ among individuals, then, another problem arises: if each interpreter harbours a unique mental image that is different from those of others, how should we go about deciding which interpreter's mental image should prevail? Democracy is indeed an ongoing process that allows today's minorities to become tomorrow's majority, but it does not let us leave the question unresolved as to who the majority is as of today. In the modified Hobbesian model proposed by Runciman, it seems that the citizens, in playing the role of interpreters (audiences) of representation, are conceived of as constituting a group. Runciman

---

<sup>14</sup> Alf Ross, *On the Concepts "State" and "State Organs" in Constitutional Law*, in *Scandinavian Studies in Law*, vol. 5, 1961, 113-29.

points out that different kinds of groups ‘can acquire a collective identity in a variety of different ways’<sup>15</sup>.

In the viewpoint of nominalism, however, abstract universal notions need to be represented by a representative, or some other *media*, e.g. signs, sounds, and words. If one presupposes that interpreters have a group personality, which is itself an abstract universal notion, then there should be a representative or some other *media* to represent this group. (Hobbes himself would have said that there should be a representative absolutely authorized to interpret on behalf of the citizens.)

In short, if we adopt a nominalist approach while also adopting Runciman’s approach and presuppose that the interpreters constitute a group but one which can only be represented through a *medium*, one ends up going round in circles: in the nominalist approach some media are needed to represent abstract universal notions, and the interpreters of representation constitute a group, which itself is an abstract universal notion, which in turn needs a medium to represent it; however, in Runciman’s approach only if the interpreters understand that the medium represents the abstract universal notion, *i.e.* the group, is the medium deemed to represent it; and, in the view of nominalism, only if the medium represents the group, can the interpreters understand the group; thus, one can ponder endlessly which came first, the medium of the represented or the each interpreter’s understanding of the represented as conceived in his or her own mind.

On the other hand, if we reject this nominalist approach and suppose that, without a representative, interpreters can nonetheless conceive of the represented, the problem concerning the sharing of the same mental image among individuals that I mentioned above will arise. However, we cannot adopt this view, as I explained above. Given this, in order to understand Runciman’s model, we might suppose there to be some way other than the triangle of representation for interpreters to converge into a group.

The reason for the recurrence I mentioned above is that not only the Hobbesian model but also Runciman’s presupposes the triangle model of representation. In contrast to Aristotelian philoso-

---

<sup>15</sup> *Ibid.*, 29. He cites Pettit’s arguments here. See Philip Pettit, *Groups with Minds of Their Own*, in *Socializing Metaphysics*, ed. Frederick F. Schmitt, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2003, 167-93.

phy, Hobbes exposed the non-obvious nature of the things represented, and instead relied on the existence of the representative to explain the phenomenon of representation. In contrast, Runciman – and, offering a theoretical basis in *The Elements of Representation in Hobbes*, Vieira – dismantle the *representative*, introduces the citizens as an active party, which is able to judge and say yes or no to the representative. In contrast to the Authoritarianist approach of Hobbes, Runciman analyzes the representation process and shows that the representative is no longer the absolute starting point of representation but changes by turns through the process of representation. Thus, in the Hobbesian model, the starting point of representation is the representative, whereas in Runciman's, it is the citizens as a group.

### 3. *Representation without the Interpreter*

Based on the above analysis of Runciman's model, I would like to propose two things: first, the identification of the process which is distinct from the representation triangle but that enables interpreters to form a group; second, a discarding of the representation triangle and the redefining of representation in democratic societies as the former process. I would like to explain the former in this section, and the latter in the next section.

If individuals harbour different mental images, and yet can simultaneously act as if they constitute a group and conceive of themselves as represented, that seems to imply that representation is a co-operative action that takes place among individuals and not a pure mental action such as possessing the same image; citizens discover through this co-operative action how they are to react to the representative. For many individuals, collective action is often a problem of co-ordination. Partisanship represents one common type of co-ordination problem – to use the definition of Michel Chwe, one 'in which each person wants to participate in group action but only if others also participate'<sup>16</sup>. Very few people are brave enough to undertake political action based purely on their own faith and disregarding any cost to themselves. Instead, the majority of people will not participate in opposing a system which is based

---

<sup>16</sup> Michael Suk-Young Chwe, *Rational Ritual; Culture, Coordination, and Common Knowledge*, Princeton University Press, 2001, 3.

on the constitution unless they already know that a sufficient number of people will participate in successfully carrying out a revolution (*i.e.* that it will not fail and result merely in a riot). Neither will the majority of people dare to participate in supporting a certain party unless many other people support the same party; some will perhaps not even go to vote unless they already know from political pundits in the media, or from their own experience, that the party they support will gather sufficient votes to win the election or, at least, to be an influential opposition party in the Congress<sup>17</sup>.

In order to solve this co-ordination problem, simply receiving a message itself is not enough: what is needed is for people to know that everyone will participate<sup>18</sup>. For this to take place, people should be ‘aware that other people also receive the message. In other words, it is not just about people’s knowledge of the message; it is also about people knowing that other people know about it, *i.e.* the “metaknowledge” of the message’<sup>19</sup>. In this paper, I will term this set of knowledge ‘common-knowledge and the meta-knowledge attached to it’, or in places, for the sake of brevity, ‘knowledge that “we all know”’<sup>20</sup>.

The representative’s representation is one of the traditional means of sharing certain common-knowledge and the meta-knowledge attached to it. However, the means by which to share it is not limited to the representative’s representation. Chwe points out that ‘public rituals’, such as public ceremonies, rallies and media events are typical social processes generating common-knowledge and the meta-knowledge attached to it, *i.e.* the knowledge that ‘we all

---

<sup>17</sup> On voting as collective action, see Richard Tuck, *Free Riding*, Harvard University Press, 2008, chapter 2, ‘Voting and Other Thresholds’.

<sup>18</sup> Mancur Olson has admitted that the critical issue is not group size, but is ‘whether the individual actions of any one or more members in a group are noticeable to any other individuals in the group’. *The Logic of Collective Action*, Harvard University Press, 1965; on this point, see also Tuck, *Free Riding*, 5-6.

<sup>19</sup> Chwe, *Rational Ritual*, 9.

<sup>20</sup> Let us take, as an example, a case whereby I would desire to attend a gathering only on the condition that everybody else comes; thus, the question of whether to go to the gathering is a co-ordination problem for me. To solve this co-ordination problem, I have to know that everyone will come through my obtaining the meta-knowledge that everyone knows that everyone else is going to the gathering. This meta-knowledge could easily be obtained in a situation where the organizer invited everyone in front of everyone in a room and asks for a show of hands to indicate who will attend.

know'<sup>21</sup>. These measures are important to groups, including states, because they enable individuals to act collectively. In other words, the representative's representation and public rituals *etc.* function as signs of common-information or meta-information for the interpreters, that is, the individuals, the audiences of representation.

Vieira and Runciman have recently shown that representation by the media is created by, or derives from, a sense of self-identification on the part of audiences<sup>22</sup>. This identification is produced based on a shared experience, and also by shared notions of race, nationality, gender, and so on. According to them, this theory helps to explain the case of the mass media. Unfortunately, however, if we adopt such an approach, we soon come to realize that it does not perfectly resolve the problem, because self-identification explains the relationship between the representative and each interpreter, but does not explain why the accumulation of these single relationships is to be considered *a* representation, and not uncountable representations.

Many people who think of partisanship as a problem of co-ordination<sup>23</sup> obtain through these media the knowledge that 'we all know' and participate in partisanship expecting that a sufficient number of people will participate based on that knowledge. Here, self-identification alone cannot place the media in a position to create the knowledge that 'we all know', for there needs to be meta-knowledge in order to solve the co-ordination problem and make people take collective action. No matter how many acts of self-identification take place on the part of individuals, the meta-knowledge that we mutually know that each of us is self-identifying through certain media will not be created from the accumulation of a single self-identification; in order to create meta-knowledge, a special situation that allows everyone mutually to be aware of each member's awareness of common-knowledge should be established.

Moreover, as Hobbes reformulated the Aristotelian theory of representation by explaining the origin of the word *person*, his theory of representation is very general and its range extremely broad. As Runciman explains, '[t]o be a person is to be capable of speech

---

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> Mónica Brito Vieira and David Runciman, *Representation*, Polity, 2008, 80-83.

<sup>23</sup> Anna L. Harvey, *Partisanship as a Social Convention*, in *Rationality and Society*, no. 13, 2001, 462-504.

and action' and '[w]hen a person speaks and acts for himself, he is called a "natural person"'<sup>24</sup>. In other words, representation theory includes the individual's self-representation<sup>25</sup>. However, given the recent media explosion brought about by the spread of SNS services through the Internet, it is not self-evident why only certain media are deemed to be the spokespersons of the citizens, *i.e.* the representative, since each individual blogger or user of twitter represents at least him/herself.

In addition to (not instead of) self-identification theory, therefore, further elaboration is needed if we wish to describe the phenomenon of the *mass* media in terms of representation. Typically, when we talk of the media as the spokesperson of the people, what is often meant by the 'media' is the traditional media, *e.g.* TV, the radio and newspapers. For historical reasons, these media are often in a good position to disseminate information to the entire nation at the same time, and therefore to create common-knowledge and the meta-knowledge attached to it, *i.e.* the knowledge that 'we all know' among each citizen; this results in creating a collective action that takes place on a nationwide scale. Calling the media who have this potential a representative seems to be concordant with our tendency of labelling some media the 'representative' of the people.

We can say that the procedure which the constitution stipulates for making the will of the state is one of the creators of the knowledge that 'we all know'. The constitutional procedures – including the election system, and the legislative and constitutional revision processes – that unite the citizens' movement into a single entity are events which create the knowledge that 'we all know' and ultimately may bring about co-ordinated actions (such as to wait and see as to whether to accept a situation, or to move toward changing the regime in the next election, or revision of the constitution in accordance with any revision clauses, or subversion of the constitutional system itself)<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> David Runciman, *What Kind of Person is Hobbes's State? A Reply to Skinner*, in *The Journal of Political Philosophy*, vol. 8, no. 2, 2000, 268-78, at 268 and 269.

<sup>25</sup> Hobbes, *op. cit.*, 111.

<sup>26</sup> Russel Hardin points out that constitutionalism can act as a device for coordination in two aspects; 'that the choice of the content of the constitution was itself a matter of coordination or that the constitution works by successfully coordinating actions under it'. *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*, Oxford University Press, 1999, 103.

#### 4. *Representation without re-presentation*

Through the process of sharing the knowledge that ‘we all know’, which I explained above, the citizens successfully take co-ordinated action. Concerning the representatives, these are not representatives in their own right; they are in a position to create common-knowledge and the meta-knowledge attached to it, which are essential for creating co-ordinated actions. Concerning the interpreter, this has the appearance of a group simply because individuals take co-ordinated actions. Here, that which is represented, for example ‘the state’, seems to be shared among the individuals purely on account of their co-ordinated actions. If this is in fact the case, it is the sharing of the knowledge that ‘we all know’, and not the representation triangle, that explains the phenomenon of ‘representation’; or we can say that Hobbes’s triangle of representation is a byproduct of the sharing of this knowledge. Instead, however, I would like to define representation to be the very process of making co-ordinated actions in sharing common-knowledge and the meta-knowledge attached to it. In contrast, the triangle model of representation will raise endless representation aiming at an impossible attempt to share the same image of represented among a number of interpreters.

The best way would be to abandon the triangle model of representation. Although we may call this process of making co-ordinated actions representation, this is much different from the triangle model of representation; given that there occurs only co-ordinated actions among citizens and some media to share the knowledge that is needed in order to produce co-ordination, that which is represented simply becomes redundant. Without having the same mental image people purely know how other people react to certain information with the help of the meta-information that we all know that particular information and that everyone will participate<sup>27</sup>. As a matter of fact, we can understand that the three factors entailed in representation – *i.e.* the representatives, the things represented and even the interpreter (audience) itself – are themselves created in the dynamic process of making co-ordinated actions.

---

<sup>27</sup> On the wording ‘information’, see Luciano Floridi, *Is Semantic Information Meaningful Data?*, in *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 70, no. 2, 2005.

Some points, however, should be noted here. I have explained the phenomenon of representation as being one of collective action, but to what extent this representation is deemed 'democratic' is left open to interpretation depending on how one defines 'democracy'. As to constitutional procedure, in a sense, it prohibits citizens from instantly co-ordinating in a spontaneous manner, thereby encumbering those citizens who might not have wanted to co-operate according to constitutional procedure. Concerning the media, we might view those co-ordinated actions that the mass media makes appear through the sharing of a set of knowledge that 'we all know' as somehow inauthentic if we reject the Schmittian form of democracy in which people can just acclaim their leader<sup>28</sup>, and instead, prefer parliamentary democracy, which lays emphasis on reason and deliberation. This is because, in the same way that in Hobbe's theory the people are created out of nothing by the very act of representation and so therefore cannot naysay the representative, if in the case of the media the co-ordinated action is made to appear *ex nihilo* through the mass media then the people cannot naysay the media.

Nevertheless, if we can suppose that co-ordinated action takes place also at the level of the perception of several facts on which political action is based – in other words, if we find that co-ordinated action occurs at the level of creating common knowledge and the meta-knowledge attached to it, which are again a presupposition of co-ordinated action – then it can be said that the new model of representation that I set out above (see section 3) describes well deliberative democracies. When we say that 'the media represents' somebody's opinion, such an abstract conception as opinion, of course, does not exist *sui generis*; rather, it is created out of the interaction taking place between the media and the audience, in which each individual identifies his/herself with the media. This is true not only of opinion but also of the 'facts' themselves which, in the context of constitutional debate concerning freedom of the media, seem to be something that are *created* through this interactive process. For this reason, the mass media is deemed to play this creative (not reflective) role in a democratic process, as Andrew Graham and Gavyn Davies indicate:

---

<sup>28</sup> Carl Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 9th ed., Duncker & Humblot, 1996.

in modern societies the media is one major way in which common knowledge is *created*. It is also more important than it might seem because almost all solutions to problems require the *extension* of common knowledge. In order to be *agreed*, solutions have to be based on a common understanding of the situation. Common knowledge is therefore a *pre-condition* of many coordination problems in democratic societies<sup>29</sup>.

Here we can conceive of an entirely new triangle, *i.e.* an alternative one to the triangle composed of the represented, the representative and the interpreter. In this new triangle, which I tentatively propose, there are three components: the interpreters, the *media*, and a network of information. The interpreters obtain this network of information through the *media*, which I take to include not only the mass media but also constitutional procedures *etc.* as I explained in section 3. This network of information would include common-knowledge and the meta-knowledge attached to it, which would afford the interpreters the possibility of co-ordinating, and becoming a group.

## 5. Conclusion

In the preceding pages I have attempted to show the following. The recent prominent studies that have tried to adapt Hobbes's theory of representation to democratic societies are correct in that they dismantle the 'representative', whose position in representation, according to them, depends on the action of the interpreters (audiences) of representation. However, because their model seems to presuppose that citizens can conceive of the represented without the representative, endless debate recurs. In order to prevent this recurrence, we also need to dismantle the 'interpreters' (audiences) as a group and to take as our fundamental starting point something other than the group level, looking instead at individuals, for whom the problem of whether they should participate in political actions is often a co-ordination problem. The issue of participation includes not only partisanship but also acceptance of the constitutional system itself (including electoral procedures, legislation and

---

<sup>29</sup> Andrew Graham and Gavyn Davies, *Broadcasting, Society and Policy in the Multimedia Age*, University of Luton Press, 1997, 32.

revision of constitutional procedures etc.). We can perhaps best understand the phenomenon of collective representation as the process of sharing the knowledge that 'we all know', wherein lies the key to solving the co-ordination problem. In this understanding, I give the term representation a more general scope than it has traditionally enjoyed, since it turns out to be that in the latter interpretation neither the represented, as Hobbes showed, nor even the representatives and interpreters (audiences), form the absolute starting point in our thinking. Rather, the representation triangle which is composed of the represented, the decision of the authorized representative, and the interpretation of citizens as audiences, is again a byproduct of the phenomenon of representation that takes place among us through the sharing of the knowledge that 'we all know'. Instead of this triangle then, I have proposed a new triangle, one which is composed of the interpreters, the media, and a network of information.

### *Abstract*

Importanti Studi recenti che cercano di applicare la teoria di Hobbes alle democrazie rappresentative sembrano voler evitare il ricorrente dilemma (fino ad ora apparentemente irrisolvibile) come, in assenza di un rappresentante assoluto hobbesiano, i cittadini in quanto interpreti della rappresentazione compongono il rappresentato e convergono in un gruppo. In questo lavoro, nel tentativo di risolvere questa problematica, propongo di concepire la rappresentazione come il processo di condivisione di una rete di informazioni tra gli individui.

Recent prominent studies which seek to apply Hobbes's theory to representative democracies seem to avoid confronting head-on the recurring (and until now seemingly unresolvable) dilemma concerning how, in the absence of a Hobbesian absolute representative, the citizens as interpreters of representation make up the represented and converge into a group. In this paper, in an attempt to resolve this longstanding and continually re-emerging problematic, I propose conceiving of representation as the process of sharing a network of information among individuals.

CATERINA DRIGO

## LE MÉCÉNAT CULTUREL DANS LE SYSTÈME CONSTITUTIONNEL ITALIEN

SOMMAIRE: 1. Remarques préliminaires. – 2. Le difficile processus du mécénat culturel en Italie. – 3. La réforme de 2014. – 4. Un premier bilan, partiel.

### 1. *Remarques préliminaires*

La sauvegarde des biens culturels a toujours été centrale dans l'histoire italienne. Ce n'est pas par hasard, probablement, que la première loi connue remonte à 1571, approuvée dans le Granducato di Toscana<sup>1</sup>, patrie des mécénats, dont on est débiteurs pour le patrimoine artistique et historique qui nous est resté au cours des siècles.

A la différence de la démarche statique qui avait caractérisée la loi Bottai de 1939<sup>2</sup>, dans laquelle la protection du bien culturel concernait uniquement sa conservation, l'art. 9 de la Constitution

---

Article évalué par *blind referees* et basé sur le discours soumis dans le 4ème Séminaire franco-italienne - intitulé *L'art dans tous les Etats*, qui a eu lieu à l'Université de Bologne, École de loi, le 7 et 8 mai à 2015.

Pour la traduction de ce texte j'ai eu la collaboration et les conseils précieux de Chiara Sorbello, candidate au doctorat à l'Université de Bologne, et de Marc Buisson.

<sup>1</sup>Loi du Granducato di Toscana de 1571 intitulée "*Legge contro chi rimuovesse o violasse Armi, Inscritzioni o Memorie esistenti apparentemente negli edifici così pubblici come privati*", ainsi cité in A. Bertolini, (voix) *Beni culturali (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VI, 2013, 93 ss.

Pour une reconstruction des précédents historiques sur la protection des "*choses culturelles*" voir: M. Ainis, M. Fiorillo, *I beni culturali e ambientali*, in S. Cassese (ed.), *Trattato di diritto amministrativo, diritto amministrativo speciale*, II, Giuffrè, Milano, 2003, spec. 1451 ss.

Essentielle est l'étude de l'œuvre de M. Grisolia [*La tutela delle cose d'arte*, Società editrice del Foro Italiano, Roma, 1952] dans laquelle apparaît pour la première fois l'expression «*patrimoine culturel*».

<sup>2</sup>Loi 1<sup>er</sup> juin 1939, n. 1089, *Tutela delle cose di interesse artistico e storico*. Sur la loi Bottai voir, *ex multis*: S. Cassese, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in *Rassegna degli Archivi di Stato*, 1975, 116 ss.

italienne de 1948, en accueillant un idéal illuministe, a enrichi le rôle de la protection des biens culturels, en lui donnant une signification centrale pour la croissance de la société, à travers la possibilité d'utiliser publiquement la valeur culturelle historique-artistique des biens<sup>3</sup>. Autrement dit, l'art. 9 de la Constitution représente la base juridique, le cadre constitutionnel, pour la naissance et la consolidation d'un appareil public préposé à la tutelle des biens culturels, dans un contexte réglementaire déjà caractérisé par la présence d'une législation spéciale, d'époque monarchique, préposé à la protection de ces biens.

Cependant, la loi Bottai, restée en vigueur pour des décennies, en raison de son approche «statique» a montré progressivement une inaptitude à répondre d'une façon efficace aux nécessités culturelles de la collectivité.

En effet, la coexistence des différents facteurs a montré l'insuffisance du modèle traditionnel.

En premier lieu, le progrès économique et social a abouti à une «demande de culture» de la population.

En deuxième lieu, l'Etat a montré son inadéquation à faire front aux diverses exigences et nécessités culturelles de la société contemporaine en comprenant, par conséquence, la nécessité de l'implication du secteur privé dans la valorisation et, dans certaines limites, de la gestion des biens culturels.

En troisième lieu, le progrès technologique a élargi les synergies possibles entre les opérateurs publics et privés, en comportant

---

<sup>3</sup> L'article. 9 de la Constitution Italienne prévoit que: «*La République encourage le développement de la culture et la recherche scientifique et technique. Elle protège le paysage et le patrimoine historique et artistique de la Nation*» (notre traduction).

Sur cet article et sur la connexion entre la notion de «culture» et la notion de «patrimoine culturel» voir, *ex multis*: M. Cecchetti, *Art. 9*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (ed.), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, 217 ss.; F. Merusi, *Significato e portata dell'art. 9 della Costituzione*, in AA.VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di C. Mortati*, III, Giuffrè, Milano, 1977, 806 ss.; Id., *Sub art. 9*, in G. Branca (ed.), *Commentario della Costituzione - I, Principi fondamentali art. 1-12*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975, 434 ss.; F. Santoro Passarelli, *I beni della cultura secondo la Costituzione*, in AA.VV., *Studi in memoria di C. Esposito*, III, Cedam, Padova, 1973, 1421 ss. Voir aussi, en général: R. Chiarelli, *Profili costituzionali del patrimonio culturale*, Giappichelli, Torino, 2010; M. Ainis, M. Fiorillo, *L'ordinamento della cultura. Manuale di legislazione dei beni culturali*, Giuffrè, Milano, 2012; T.S. Musumeci, *Beni culturali e partenariato pubblico privato: nuovi orizzonti*, in Id. (ed.), *La cultura ai privati*, Cedam, Padova, 2012.

de nouvelles formes d'utilisation et de consommation des biens culturels, d'une façon innovante par rapport au passé<sup>4</sup>.

En outre, au cours des années, la nécessité de consentir le processus d'intégration entre les opérateurs du secteur (publics ou privés) des différents Pays a augmenté<sup>5</sup>.

## 2. *Le difficile processus du mécénat culturel en Italie*

En abordant plus spécifiquement le sujet de ce travail, on observe que l'Italie a été, depuis des siècles, un Pays de mécènes<sup>6</sup>: ces mécènes qui à l'époque de la Renaissance ont contribué à créer un patrimoine historique artistique conservé, protégé et valorisé par l'art. 9 de la Constitution et par la législation en vigueur<sup>7</sup>.

L'évolution de la société et les instruments prévus au niveau législatif nous obligent à réfléchir sur le rôle du «bienfaiteur» moderne. Dit autrement, il faut s'interroger sur l'évolution actuelle du mécénat culturel, qui se trouve à intervenir dans un secteur, celui des biens culturels, potentiellement central pour l'économie natio-

<sup>4</sup> Sur ce dernier point voir largement M. Comporti, *Per una diversa lettura dell'art. 1153 a tutela dei beni culturali*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1995, 395 ss., spec. 412 ss.

<sup>5</sup> Voir T.S. Musumeci, *Beni culturali e partenariato pubblico privato: nuovi orizzonti*, cit., 10 et les références citées.

<sup>6</sup> Voir *supra*, note n. 1.

<sup>7</sup> Voir *in primis*, le *Codice dei beni culturali e del paesaggio* - D.lgs. 22 janvier 2004, n. 28. et modifications suivantes.

Aujourd'hui, sont «biens culturels» les éléments énumérés à l'art. 2, par. 2 du Code cité, c'est-à-dire, "... les biens mobiliers et immobiliers qui, en vertu des articles 10 et 11, ont un intérêt artistique, historique, archéologique, ethno-anthropologique, archivistiques et bibliographique et les autres biens identifiés par la loi ou qui en vertu de la loi sont témoignages ayant une valeur de civilisation ..." (notre traduction).

Sur la notion de patrimoine culturel et sur les questions liées, dans le *Codice dei beni culturali*, voir, *ex multis*: G. Severini, *I principi del codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 469 ss., A.L. Tarasco, *Beni, patrimonio e attività culturali. Attori privati ed autonomie territoriali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004. Voir aussi: M.A. Sandulli (ed.), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè, Milano, 2012; G. Leone, A.L. Tarasco (ed.), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Cedam, Padova, 2006; M. Cammelli (ed.), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, il Mulino, Bologna, 2004; W. Cortese, *Il patrimonio culturale. Profili normativi*, III ed., Cedam, Padova, 2007; M. Ainis, M. Fiorillo, *L'ordinamento della cultura*, cit.; A. Giuffrida, *Contributo allo studio della circolazione dei beni culturali nell'ambito nazionale*, Giuffrè, Milano, 2008; G. Alpa (ed.), *I beni culturali nel diritto: problemi e prospettive*, ESI, Napoli, 2010; A. Crosetti, D. Vaiano, *Beni culturali e paesaggistici*, Giappichelli, Torino, 2011.

nale<sup>8</sup>, mais en difficulté dans les faits, en raison des ressources financières insuffisantes et pour l'application des modèles de gestion pas toujours efficaces.

En faisant un bilan de la contribution du mécénat culturel dans la protection du patrimoine historique artistique de la Nation et, en général, de sa valeur, il faut rappeler une intervention de l'ex-Directeur général pour la valorisation du patrimoine culturel du Ministère des biens culturels et de l'environnement. En 2012, il a déclaré que «en Italie c'est un désastre: à l'étranger, grâce à la défiscalisation ils font des choses incroyables. Chez nous les privés ne peuvent rien faire. Et vu que l'Etat seul ne peut gérer le patrimoine culturel, il se détruit»<sup>9</sup>. En effet, en Italie, l'impact du parrainage et des donations a été vraiment minimal<sup>10</sup>.

On peut affirmer, aujourd'hui plus que jamais, que pour sauvegarder le patrimoine culturel il est nécessaire d'augmenter les contributions des privés dans le processus de la protection, aussi bien que dans la valorisation et la gestion des biens culturels<sup>11</sup>, en

<sup>8</sup> «il a été calculé que le ministère du Patrimoine et de la Culture en collaboration avec d'autres ministères (mais très peu) ou d'autres personnes morales, possède un patrimoine culturel qui avec seulement les biens mobiliers dépasse seize et demi milliards d'euros, sans compter les plus importantes propriétés immobilières, comptabilisées de manière partielle dans le budget de l'Etat italien»: il s'exprime ainsi A.L. Tarasco, *Diritto ed economia nella gestione del patrimonio culturale*, in T.S. Musumeci (a cura di), *La cultura ai privati*, cit., 145 (notre traduction).

<sup>9</sup> M. Resca, *Nell'Italia dei burocrati far fruttare i beni culturali significa avere tutti contro*, il Giornale, 25 luglio 2012, 31 (notre traduction).

<sup>10</sup> Sur ce point, pour une évaluation de ce phénomène, voir: T.S. Musumeci, *Beni culturali e partenariato pubblico privato: nuovi orizzonti*, cit., 25.

Il faut rappeler, cependant, dans le *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, la participation des entités privées, individus et associations, à la promotion du patrimoine culturel – favorisée et soutenue par la République (art 6, par. 3) – est considéré comme «activité socialement utile» ayant «le but de la solidarité sociale» (art. 111, par. 4), conformément à l'art. 2 (notre traduction).

<sup>11</sup> Sur la différenciation entre les concepts de protection, valorisation et gestion du patrimoine culturel, public ou privé, voir: artt. 3, 6-7, 111-114 e 115 du *Codice dei beni culturali e del paesaggio*.

Sur la valorisation, voir, *ex multis*: G. Severini, *sub. Art 6-7*, in M.A. Sandulli (ed.), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 50 ss.; D. Vaiano, *La valorizzazione dei beni culturali*, Giappichelli, Torino, 2011; P. Bilancia (ed.), *La valorizzazione dei beni culturali. Modelli giuridici di gestione integrata*, Franco Angeli, Milano, 2006; P. Stella Riecherer, E. Scotti, *Lo statuto dei beni culturali tra conservazione e valorizzazione*, in A. Catelani, S. Cattaneo (ed.), *I beni e le attività culturali*, Cedam, Padova, 2002, 385 ss.; L. Casini, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2001, 651 ss. Voir aussi, *supra*, les *Commentari au Codice dei beni culturali e del paesaggio* cité à la note n. 7.

les rendant éventuellement responsables d'initiatives culturelles<sup>12</sup>.

Si l'aide des privés pour soutenir les biens culturels, est un thème toujours actuel il l'est particulièrement dans les périodes où les donations publiques diminuent, à cause de la crise profonde qui influence la gestion du «*res publica*»<sup>13</sup>.

Les entreprises seront enclines à investir dans le secteur culturel seulement si l'Etat permet des possibilités de rendement (comme dans le cas du *projet financing*<sup>14</sup>) ou seulement avec un retour d'image réel (comme dans le cas du parrainage<sup>15</sup>).

Il a été démontré que les instruments utilisés pour encourager les donations libérales n'ont pas donné de résultats; et seront de

Pour une évaluation de la manière dont les activités culturelles sont importantes pour le développement économique ainsi qu'enrichissantes du point de vue humain et social, voir: Intesa San Paolo, *La gestione del patrimonio artistico e culturale in Italia: la relazione fra tutela e valorizzazione, ottobre 2011* - in [http://host.uniroma3.it/facolta/economia/db/materiali/insegnamenti/646\\_5764.pdf](http://host.uniroma3.it/facolta/economia/db/materiali/insegnamenti/646_5764.pdf).

Sur le rôle des fondations bancaires dans la valorisation du patrimoine culturel national, voir, *ex multis*: L. Leoni, *Fondazioni bancarie e valorizzazione dei beni culturali*, in *Economia della cultura*, 1, 2013, 63 ss.; C. Lenardini, G. Rossi (ed.), *Fondazioni bancarie e cultura*, Franco Angeli, Milano, 2010; M. Cammelli, *Fondazioni di origine bancaria e imprese strumentali nel settore dei beni e delle attività culturali*, in *www.Aedon.it*, 1/2009; G. Endrici, *Le fondazioni di origine bancaria a sostegno di arte e cultura. Modelli e strumenti operativi*, in *www.Aedon.it*, 1/2001. Voir aussi le *Diciannovesimo rapporto sulle Fondazioni di origine bancaria - Anno 2013*, in <http://www.acri.it>.

<sup>12</sup> Voir: E. Cabasino, *Risorse private per la cultura. Le forme di sostegno possibili*, in *www.Ufficiostudi.beniculturali.it*; G. Piperata, *Natura e funzione dei servizi aggiuntivi nei luoghi di cultura*, in *www.Aedon.it*, 1/2010.

<sup>13</sup> Sur ce point voir: C. Fuortes, L. Argano, *Banche e cultura. Un rapporto da costruire*, in *Economia della Cultura*, 1/2011, 29 ss. Voir aussi: T.S. Musumeci, *Investire in cultura per uscire dalla crisi*, in Id. (a cura di), *La cultura ai privati*, cit., 199 ss.

<sup>14</sup> Pour plus de détails, voir: A. Cardella, M. Elodie Musumeci, *Il project financing nei beni culturali*, in T.S. Musumeci, *La cultura ai privati*, cit., 95 ss.; M. Veronelli, *Il project financing nei beni culturali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 7, 2008, 761 ss.; F. Perrini, E. Teti, *Il project financing per l'arte e la cultura*, McGraw Hill Education, 2004.

<sup>15</sup> Le parrainage est assimilable à une opération publicitaire pour l'entreprise. Il s'agit d'un échange de nature commerciale puisqu'il associe une entreprise à une initiative qui veut directement l'utiliser à des fins de bénéfice d'image. Donc ce qui distingue les termes de mécénat et de parrainage, c'est la notion de contrepartie, parce que le mécénat consiste en une libéralité sans contrepartie directe ou indirecte.

Sur le parrainage en Italie voir, *ex multis*: P. Carpentieri, *Sponsorizzazioni e mecenatismo nei beni culturali*, in *Giustamm.it*, 2014, spec. 3 ss.; M. Mattalia, *Il contratto di sponsorizzazione*, in T.S. Musumeci, *La cultura ai privati*, cit., 51 ss.; S. Cavaliere, *Le sponsorizzazioni e la tutela del patrimonio culturale*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 2012; M. Cammelli, *Le sponsorizzazioni tra evidenza pubblica ed erogazione*, in *www.Aedon.it*, 1/2010.

plus en plus rares, à moins que l'État ne réussisse à prévoir un système des primes adéquats.

La nouvelle normative sur le mécénat culturel irait dans cette direction.

Comme on le sait, le mécénat se réalise grâce aux donations libérales (de l'argent surtout) de privés ou entreprises vers des organismes (qui doivent les utiliser pour d'importantes finalités sociales), sans que l'organisme destinataire du financement s'engage à faire la promotion de ces personnes ou de ces entreprises.

En se référant au secteur des biens culturels, il faut souligner que, si les versements des libéralités représentent une forme de financement particulièrement utilisée à l'étranger, notre Pays connaît des procédures extrêmement complexes et peu encourageantes du point de vue fiscal.

Dans les autres Pays européennes, l'adoption des normes *ad hoc* finalisées à favoriser le mécénat culturel, a eu un retour plus que positif. Le cas de la France est emblématique<sup>16</sup>, mais on peut aussi rappeler le cas de l'Allemagne<sup>17</sup>, du Royaume-Uni<sup>18</sup> et de l'Espagne. Dans ce dernier Pays, soit au niveau d'État national<sup>19</sup>, soit au niveau de la communauté autonome<sup>20</sup> est prévu un régime de primes fiscales extrêmement avantageux pour les entreprises ou

---

<sup>16</sup> La loi «sur le développement du mécénat» du 23 juillet 87 était le cadre général. Le mécénat relève du régime spécifique des libéralités fiscalement déductibles dans le cadre des dispositions de l'article 238-*bis* du CGI.

Plus récemment voir la *Loi n° 2003-709 du 1er août 2003 relative au mécénat, aux associations et aux fondations*, qui s'articule autour de quatre axes: a) développer le mécénat des particuliers, par un renforcement substantiel des incitations fiscales; b) favoriser le mécénat des entreprises, par un doublement de l'encouragement fiscal; c) alléger la fiscalité des fondations; d) accélérer et simplifier la reconnaissance d'utilité publique. Voir aussi: <http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/financement/mecenat.htm>; A.C. 2426 - *Le misure in favore del mecenatismo culturale in Francia e Germania Note informative sintetiche N° 13/I - 17 giugno 2014*, in <http://documenti.camera.it/leg17/dossier/Pdf/NIS17013I.pdf>.

<sup>17</sup> Voir: A.C. 2426 - *Le misure in favore del mecenatismo culturale in Francia e Germania Note informative sintetiche N° 13/I - 17 giugno 2014*, cit.

<sup>18</sup> Voir: A.C. 2426 - *Le misure in favore del mecenatismo culturale nel Regno Unito e in Spagna Note informative sintetiche N° 13 /II - 17 giugno 2014*, in <http://documenti.camera.it/leg17/dossier/Pdf/NIS17013II.pdf>.

<sup>19</sup> Ley 49/2002, spec. artt. 16 ss.

<sup>20</sup> Dans la Communauté autonome de Navarre – *Ley foral 8/2014, Reguladora del Mecenazgo cultural y de sus incentivos fiscales en la Comunidad foral de Navarra* – in <http://www.lexnavarra.navarra.es/detalle.asp?r=33853>.

pour les sujets privés, qui veulent contribuer à la protection du patrimoine historique et artistique.

Dans notre Pays, par contre, avant la nouvelle loi de 2014, les versements des libéralités des privés en faveur de la protection du patrimoine historique et artistique ont été découragés en raison des faibles primes de la normative fiscale (spécialement si comparée avec la normative en vigueur à l'étranger), et de la rigidité de la loi du budget d'état, aussi bien que du «dogme» (par ailleurs caractérisé de raisons justificatives solides) de l'interdiction à constituer gestion hors budget ou à ouvrir des comptabilités spéciales et gestion de caisse autonome pour les offices et les instituts d'état<sup>21</sup>.

La convergence de ces aspects a grandement conditionné les privés qui désiraient investir dans le secteur des biens culturels, accordant des donations en faveur des musées spécifiques ou espaces archéologiques, qui n'ont jamais été des centres juridique autonomes, mais plutôt des émanations ministérielles sans autonomie<sup>22</sup>. En effet, jusqu'à 2014, seulement des offices ministérielles spécifiques périphériques spéciaux – ceux dotés d'une autonomie spéciale (prévus dans l'art. 15 du règlement de réorganisation n. 233 du 2007, c'est à dire les musées de Naples, Rome, Florence et Venise et deux superintendances de Rome e Pompei) disposaient d'autonomie comptable<sup>23</sup>: une propre caisse, une banque trésorière, à travers laquelle encaisser et dépenser directement les revenus du ticket et des services adjonctifs (et aussi biens des donations).

Tout cela signifie que les donations modales, directement liées à la réalisation d'une intervention spécifique de restauration, étaient aisément réalisables seulement dans les susdits cas mentionnés parce que les mécènes peuvent verser les sommes souhaitées directement à l'office doté d'une autonomie spéciale. Dans les autres cas la procédure bureaucratique était plus compliquée. Chaque musée, par exemple, ne pouvait pas recevoir directement les fonds, mais tous versements des libéralités devaient être versés dans un compte du Trésor et réassignés à des lignes budgétaires centrales du minis-

<sup>21</sup> Sur ce point voir diffusément, P. Carpentieri, *Sponsorizzazioni e mecenatismo nei beni culturali*, cit., spec. 5 ss., voir aussi E. Brunelli, G. Moro Visconti, *Imprese e beni culturali*, in *Impresa*, 7-8, 2007, spec. 1007.

<sup>22</sup> Le problème ne se pose pas, cependant, par rapport aux donations disposés en faveur des collectivités locales.

<sup>23</sup> Voir: D.P.R. 29 mai 2003, n. 240.

tère, qui devait réassigner la partie de ces recettes à l'office périphérique doté d'une compétence à investir les fonds<sup>24</sup>.

En 2013, avec le d.l. «Valore Cultura» 8 août 2013, n. 91, converti avec modification dans la loi du 17 octobre 2013, n. 112, il avait essayé d'introduire des prévisions destinées à simplifier les donations de valeur modique, jusqu'à 10.000 Euro, en prévoyant que dans les 90 jours depuis l'entrée en vigueur de la loi de conversion, un décret du Ministère des biens et des activités culturelles et du tourisme, en concertation avec le Ministère de l'économie et de la finance, aurait introduit les modalités d'acquisition des donations destinées aux biens et aux activités culturelles (art. 12, co. 1). Dans le dernier alinéa de l'art. 12 était prévu, en outre, que «au 31 octobre 2013 le Ministère du bien et des affaires culturelles et du tourisme prévoyait, en cohérence avec l'art. 9 de la Constitution, sur la base de la législation en vigueur et en raison des indications de la Commission d'étude constituée au Ministère, formes de participation des privés dans la valorisation et gestion des biens culturels, avec référence aux biens indiqués par le décret du même Ministère».

Cependant cette prévision n'a pas été appliquée et en raison de la non exécution des administrations, elle a été abrogée par l'art. 1, par. 6, du d.l. du 3 mai 2014 n. 83, qui a demandé au règlement de réorganisation du Ministère l'individuation des structures opportunes destinées au *fundraising*<sup>25</sup>.

### 3. La réforme de 2014

L'approbation du règlement ci-dessus, avec le DPCM du 29 août 2014, n. 171, ainsi que l'entrée en vigueur du d.l. du 31 mai 2014, n. 83, converti avec modification dans la loi du 29 juillet 2014 n. 106, ont contribué de manière significative à augmenter le mécénat culturel en Italie.

En effet, d'un côté, avoir conféré autonomie de comptabilité et de gestion aux nombreux musées nationaux, élevés à offices du rang dirigeants<sup>26</sup>, devrait simplifier les procédures inhérentes aux donations, en effaçant les rigidités du passé, en rendant plus transparente la destination des donations effectuées des sujets privés<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Généralement la direction régionale territorialement compétente.

<sup>25</sup> Voir: Art. 1 d.l. 83, par. 6.

<sup>26</sup> Voir: Art. 30 du D.P.C.M. 29 août 2014, n. 171.

<sup>27</sup> Voir les dispositions normatives du règlement 171/2014, art. 23.

D'un autre point de vue, avec l'approbation du d.l. n. 83 de 2014 a été introduit, dans le cadre des dispositions urgentes pour la protection du patrimoine culturel, le développement de la culture et la relance du tourisme, l'*Art bonus*: c'est-à-dire un crédit d'impôt spécifique pour favoriser les versements des libéralités en soutien à la culture.

L'art. 1 du dit d.l. a introduit, en effet, un régime fiscal facilité, sous forme de crédit d'impôt, initialement temporaire et déroga-toire à l'égard des prévisions du *Testo Unico delle imposte sui red-diti*, qui restent en vigueur<sup>28</sup>.

Le nouveau d.l., ayant le but de favoriser et d'améliorer le sou-tien du mécénat et des libéralités au fondamental devoir de la Ré-publique de protéger et valoriser le patrimoine culturel, dispose que «pour les dépenses dictées par la générosité en monnaie effec-tuées dans les trois périodes d'impôts successives à celui en cours au 31 décembre 2013 (...) il appartient un crédit d'impôt en la me-sure de:

a) 65% des dons effectués dans chacune des deux périodes d'impôt successif à celui en cours au 31 décembre 2013<sup>29</sup>;

b) 50% des dons effectués dans les périodes d'impôt successif à celui en cours le 31 décembre 2015.

L'art. 1 du d.l. 83 spécifie ainsi que pour utiliser le crédit d'im-pôt les versements des libéralités doivent être effectuées exclusive-ment en argent et seulement pour obtenir les finalités suivantes:

– pour des interventions de maintenance, protection et restau-ration des biens culturels publiq<sup>30</sup>;

<sup>28</sup> L'*Art Bonus* est une alternative au régime fiscal ordinaire: en effet, en respec-tant les nouvelles prévisions normatives «*les dispositions des articles 15, c. 1 lettere h), e i), e 100, comma 2, lettere f) e g) du Testo unico sur les impôts sur les revenus approuvé par décret du Presidente de la Repubblica le 22 dicembre 1986, n. 971*» (c.d. TUIR) *sont suspendus*». En tous cas, les bienfaiteurs peuvent choisir de recourir au régime ordi-naire.

<sup>29</sup> C'est à dire, dans les années 2014 et 2015.

<sup>30</sup> C'est à dire biens immobiliers et mobiliers ayant un intérêt artistique, histo-rique, archéologique ou ethno-anthropologique, de propriété de l'Etat, des Régions, des autres organismes territoriaux publics, ainsi qu'à tous autres organismes et institut publics et à des personnes morales privées à but non lucratif.

Dans tous les cas, s'ils appartiennent à des sujets publics, on doit considérer aussi a) les collections du musées, pinacothèques, galeries et autres centres d'exposi-tion; b) les archives et les documents; c) les collections de livres des bibliothèques.

- soutien aux instituts et lieux de culture d'appartenance publique (musées, bibliothèques, monuments<sup>31</sup>;
- réalisation de structures nouvelles, restauration et renforcement de structures existantes, de fondations lyriques-symphoniques ou organismes et institutions publiques qui, sans but lucratif, exercent exclusivement des activités dans le domaine du spectacle.

Le crédit d'impôt est reconnu même si les versements des libéralités sont destinés aux sujets concessionnaires des biens objets des interventions.

Enfin, dans la loi de stabilité financière pour 2015, en raison des nombreuses demandes et du grand succès obtenu par la mesure de l'ArtBonus dans tout le Pays, il a été décidé de rendre permanent l'avantage fiscal en faveur des dons pour soutenir la culture, en approchant, donc, l'Italie à ces pays qui depuis des années sont très sensibles à la valorisation du patrimoine culturel à travers la participation des capitaux privés<sup>32</sup>.

#### 4. *Un premier bilan, partiel*

En effectuant quelques réflexions conclusives, s'il est tôt pour faire un bilan général de l'impact de la nouvelle normative sur le mécénat culturel<sup>33</sup>, il est sûrement intéressant de souligner au moins la tentative de réorganiser et implémenter les instruments destinés à la valorisation du patrimoine public.

---

<sup>31</sup> Voir Art. 101 du *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, d.lgs. 22 janvier 2004, n. 42.

<sup>32</sup> Loi 28 décembre 2015, n. 208, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato* (legge di stabilità 2016), où à l'article 1, paragraphe 308, il est prévu que "Dans le paragraphe 1 de l'article I du décret-loi du 31 mai 2014, n. 83, converti avec des modifications par la loi 29 Juillet 2014, n. 106 (tel que modifié), sont modifiées comme suit: *a*) dans la première période, le mot: «trois» est supprimé; *b*) les mots: «dans la mesure de: "sont remplacés par le texte suivant: "dans la mesure de 65 pour cent des dons faits» et les lettres *a*) et *b*) sont abrogés." (notre traduction).

<sup>33</sup> Pour le moment, cependant, les données détenues par le ministère du Patrimoine et des Activités Culturelles et du tourisme sont plus qu'encourageants. En fait, dans tout juste un an ont été donnés presque 34.000.000 Euro pour le patrimoine culturel national, par 790 mécènes. Le 22 octobre 2015, le Ministre Franceschini, commentant sur ces données, en les appelant «encore provisoires et en croissance», les considère comme «extraordinaire parce obtenu à un stade expérimental et sans une campagne promotionnelle». Voir: <http://www.beniculturali.it/>.

La Loi n. 160 de 2014 représente une étape importante, mais ce n'est qu'une façon pour relancer le patrimoine historique et artistique de la Nation.

La nécessité de réaliser une politique qui donne importance à l'économie des biens culturels en exploitant le vrai patrimoine et la vraie richesse du Pays est soutenue par plusieurs parties en doctrine, entre les opérateurs du secteur et dans la même Administration publique qui le considère un véritable défi pour le futur: en raison d'un manque d'investissements publics, il s'agit de «réaliser une plus correcte et efficace capacité de dépense, et de rendre plus attractifs les investissements étrangers dans la culture et augmenter la participation économique avec une contribution des privés»<sup>34</sup>.

La réponse aux «demandes» de culture et les processus d'amélioration du patrimoine historique et artistique sont encore très différenciés dans notre Pays, avec un bilan désavantageux pour le sud<sup>35</sup>.

Il est sûrement opportun de continuer à développer les formes de participation public-privé existantes, lesquelles, dans le cadre des instruments du Code des biens culturels et du paysage (à travers la procédure complexe prévue par les articles 112 et 115 du Code) ont une potentialité expansive qui dépasse la seule activité de valorisation, bien qu'elle soit la seule qui – *ex art. 111 e ss.* – pourrait être extériorisée de l'Etat<sup>36</sup>.

Normalement les privés sont exclus de la gestion des biens culturels et, même si uniquement concernés, ils sont courtisés comme sujets investisseurs, capables de faire confluer dans la caisse de l'Etat des sommes qui devraient compenser (au moins en partie) les carences (sous le profil économique) de l'intervention publique.

Il est rare, cependant, qu'ils soient impliqués comme sujets "actifs", vraiment apporteurs de nouvelles idées et de projets; qu'ils soient considérés comme des titulaires légitimes du patrimoine cul-

---

<sup>34</sup> Dans ce sens: le procureur général de la Cour des comptes in *Memoria del Procuratore generale della Corte dei Conti, resa in sede di giudizio sul Rendiconto generale dello stato per l'esercizio 2011*, 28 juin 2012, in [www.cortedeiconti.it](http://www.cortedeiconti.it), spec. 315.

<sup>35</sup> Pour un aperçu, voir: E. Beretta, A. Migliarsi, *Le attività culturali e lo sviluppo economico: un esame a livello territoriale*, 2012, in [http://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/qef/2012-0126/QEF\\_126.pdf](http://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/qef/2012-0126/QEF_126.pdf).

<sup>36</sup> Voir A.L. Tarasco, *Diritto ed economia nella gestione del patrimonio culturale*, cit., 155-156.

turel, appelés à le faire revivre comme des participants actifs dans les processus de décisions politiques dans ce secteur.

Le rôle des privés est considéré en terme réductif, dégradé aux sujets financiers: ils ne sont pas considérés comme de vrais mécénats capables de contribuer à la promotion et à la «gestion» du phénomène culturel<sup>37</sup>.

On ne veut pas soutenir que les privés devraient être protagonistes des interventions antagonistes, alternatifs ou substitutifs par rapport à la fondamentale fonction d'État de protection et de valorisation du patrimoine culturel<sup>38</sup>, au contraire, le mécénat et les autres formes d'interventions des privés en soutien du patrimoine historique et artistique de la Nation devraient être réellement l'expression du principe de subsidiarité horizontal prévu par l'art. 118 de la Constitution afin d'atteindre l'objectif d'une bonne et prudente gestion du patrimoine culturel qui se dégage de l'exégèse de la discipline constitutionnelle et législative.

### *Abstract*

This work aims to analyze the difficult trajectory that characterized the cultural patronage in our country. Despite being one of the richest areas of historical, artistic and cultural tradition, Italy suffers difficulties of regulatory and fiscal nature, which for decades have made inefficient the management of the *res publica*. With the recent Law no. 106/2014, that converted the urgency-decree, May 31, 2014, n. 83, the Italian legal order, by placing the reform in a broader requalification project of the cultural heritage, shows to follow the example of other European countries that for years have been at the forefront and that distinguished for the effectiveness of the normative measures approved.

Il presente lavoro si prefigge di analizzare la difficile traiettoria che ha caratterizzato il mecenatismo culturale nel nostro Paese. Nonostante si uno dei territori più ricchi di beni storico-artistici e culturali, l'Italia sconta difficoltà, di ordine normativo e fiscale, che per decenni hanno reso poco efficiente la gestione della *res publica*. Con la recente legge n. 106/2014, di conversione del d.l. 31 maggio 2014, n. 83, il nostro ordinamento, collocando la riforma in un più ampio progetto di riqualificazione del patrimonio culturale, mostra di seguire l'esempio di altri Paesi europei che da anni sono in prima linea e si segnalano per l'efficacia delle misure in essere.

<sup>37</sup> Voir A.L. Tarasco, *ult. op. cit.*, 165 ss.

<sup>38</sup> Voir P. Carpentieri, *Sponsorizzazioni e mecenatismo nei beni culturali*, cit., p. 1.

ALESSANDRO MARTINUZZI

## UN'ANALISI COMPARATA SULL'USO DEL PRECEDENTE DI FRONTE ALLE CORTI COSTITUZIONALI

SOMMARIO: I. Introduzione. – II. Il valore dei precedenti nel processo costituzionale italiano. – III. Il precedente costituzionale come limite processuale in prospettiva comparata. – IV. Conclusioni: la rinascita processuale di uno strumento esiliato.

### I. *Introduzione*

La costante espansione del ruolo del giudice è dovuta, secondo Mauro Cappelletti<sup>1</sup>, a due ragioni principali. La prima è costituita dall'incredibile aumento dell'attività parlamentare – prevalentemente legislativa – della nostra epoca. Per quanto possa sembrare paradossale, l'espansione della legislazione ha condotto ad un parallelo sviluppo del diritto giurisprudenziale.

Dal momento che anche la migliore stesura di un testo normativo lascia lacune da colmare, così come ambiguità ed incertezze da risolvere in sede interpretativa, la tendenza alla “bulimia” legislativa ha inevitabilmente condotto al costante incremento dell'area nella quale la giurisprudenza è chiamata ad operare.

La seconda causa che, secondo l'Autore, ha contribuito ad espandere lo scopo della giurisprudenza è costituita dalla tendenza, diffusa in diversi paesi, verso l'adozione e l'attuazione giudiziaria di dichiarazioni dei diritti fondamentali. Indubbiamente, una carta dei diritti giudizialmente applicabile consegna ai giudici un potente strumento per sviluppare la propria creatività. In effetti, la costante espansione del ruolo delle corti è strettamente correlata all'aumento travolgente della domanda di giustizia; nuove generazioni di diritti e la grave incertezza legislativa hanno come conseguenza la multi-

---

<sup>1</sup> Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, (Oxford: Clarendon Press, 1989), 10-16; vedi anche Giovanni Bognetti, *Sistemi Giuridici Comparati*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, (Roma: Treccani, 1998), VIII, 44-56.

plicazione delle istanze individuali di accertamento della dimensione costituzionale e sociale dei cittadini ed il precedente giurisprudenziale finisce per costituire un saldo punto di riferimento in un deflagrato sistema delle fonti.

In quest'ottica devono essere inquadrati i tentativi delle giurisdizioni costituzionali di recuperare in maniera organica il ruolo ed il significato dei precedenti in ambito processuale. Come si vedrà, il potere di orientamento di questo strumento è stato ritenuto dal legislatore o dalle stesse corti idoneo a discriminare una determinata categoria di istanze individuali da altre ritenute non sufficientemente meritevoli da impegnare le risorse dell'organo di giustizia costituzionale.

Più in particolare, la conformità ai precedenti di una determinata ricostruzione ermeneutica del diritto viene assunta nel processo costituzionale come sintomo attendibile della correttezza di tale ipotesi interpretativa. La ricostruzione e la messa a sistema di tali forme di presunzione giuridica consente di riportare lo studio sul valore del precedente giudiziario su di un piano concreto-processuale da uno più astratto e filosofico.

Inoltre, l'apertura dell'orizzonte comparato consente di intravedere alcune linee di tendenza comuni in contesti costituzionali diversi.

## II. *Il valore dei precedenti nel processo costituzionale italiano*

Con riferimento alla Corte costituzionale italiana, il concetto di precedente giurisprudenziale ha finito per costituire uno strumento chiave con una duplice funzione: da un lato, l'elaborazione della c.d. dottrina del diritto vivente ha consentito di limitare l'obbligo di interpretazione conforme in capo ai giudici comuni al fine di preservare la funzione costituzionale di nomofilachia propria della Corte di cassazione, mentre, dall'altro lato, la conformità ai precedenti è stata assunta come criterio per respingere le questioni di costituzionalità non meritevoli di esame in maniera non dissimile dai meccanismi di "filtro" previsti per accedere alla Corte di Giustizia Europea.

### a) *La dottrina del diritto vivente e l'obbligo di interpretazione conforme*

La dottrina del diritto vivente nasce nella giurisprudenza costituzionale, all'esito di una contrastata e difficile evoluzione nel corso

della quale il giudice delle leggi ha avuto occasione di misurarsi con l'esistenza di una *communis opinio* giurisprudenziale. Si è parlato di “guerra tra le due Corti” per indicare il contrasto ideologico tra la definitività dell'interpretazione del diritto offerta dalla Cassazione e il monopolio interpretativo della Carta Costituzionale spettante alla Consulta<sup>2</sup>.

In estrema sintesi, tale contrasto ha condotto ad una precisa declinazione dell'obbligo in capo al giudice comune di tentare un'interpretazione costituzionalmente conforme delle norme sospette di illegittimità in relazione alla sussistenza o meno di un diritto vivente. «[I]n presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato», hanno affermato i giudici costituzionali nella sent. n. 242/2014, «il giudice a quo – se è pur libero di non uniformarvisi e di proporre una sua diversa esegesi, essendo la “vivenza” della norma una vicenda per definizione aperta, ancor più quando si tratti di adeguarne il significato a precetti costituzionali – ha alternativamente la facoltà di assumere l'interpretazione censurata in termini di “diritto vivente” e di richiederne su tale presupposto il controllo di compatibilità con parametri costituzionali [...]»<sup>3</sup>.

Tuttavia, giova ribadirlo, tali opzioni si configurano per il giudice comune solo allorquando sussista un diritto vivente riconoscibile dal momento che, come è stato ricordato nella recente sentenza n. 11/2015 in materia di assegno divorzile, qualora la giurisprudenza sia contraddittoria o del tutto assente, l'obbligo di tentare un'interpretazione conforme resta «ineludibile»<sup>4</sup>.

Da quanto osservato si comprende come il potere ermeneutico dei giudici comuni sul testo legislativo di per sé non escluda che la Corte costituzionale possa esercitare un analogo potere nel giudizio incidentale. A differenza di quanto avviene nel giudizio in via principale, però, l'autonomia interpretativa del Giudice delle leggi si di-

<sup>2</sup> Cfr., tra tutte, Corte cost. sentt. n. 120 del 1984, cons. in dir. n. 3; n. 242 del 2008, cons. in dir. n. 4; n. 41 del 2006, cons. in dir. n. 21. Vedi inoltre Andrea Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*. *Genesis, uso, implicazioni*, (Milano: Giuffrè, 1994), 368 e ss.

<sup>3</sup> Corte cost. sent. 22 ottobre 2014, n. 242, 2° considerato in diritto; cfr. sullo stesso passaggio anche Corte cost. sent. nn. 91/2004, 258 e 117/2012, 191/2013, 11/2015, 14/2015 ed inoltre cfr. anche Corte cost. ord. n. 201/2015. Sul punto si veda inoltre Giusi Sorrenti, *La “Costituzione sottintesa”*, Seminario annuale svoltosi a Roma - Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, *cortecostituzionale.it*, 10 e Roberto Romboli, *Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico*, cit.

<sup>4</sup> Corte cost. sent. 9 febbraio 2015, n. 11, 3° considerato in diritto.

mostra non assoluta, bensì correlata all'interpretazione adottata dal giudice *a quo* ed alle altre interpretazioni presenti nella giurisprudenza comune. La regolazione dell'esercizio del potere interpretativo della Corte rispetto a quello dei giudici comuni è, infatti, affidata al dialogo tra la giurisprudenza costituzionale e quella ordinaria, e, in definitiva, a un patto istituzionale (inespresso) tra il Giudice delle leggi e la Magistratura<sup>5</sup>.

In base a tale patto, la Corte costituzionale rinuncia a (re-) interpretare la disposizione legislativa (potendo solo, se necessario, annullarla) quando, riguardo ad essa, esista una interpretazione consolidata nella giurisprudenza della Suprema Corte. In tal caso, «(...) *la norma vive ormai nell'ordinamento in modo così radicato che è difficilmente ipotizzabile una modifica del sistema senza l'intervento del legislatore [o] di questa Corte*»<sup>6</sup>.

Circa la nozione di “diritto vivente”, peraltro, la Consulta ha avuto modo di precisare che alcune pronunce adottate in sede di merito non sono idonee ad integrarlo in quanto non connotate dall'ordinamento come affidabili riferimenti per assicurare l'unità del diritto nazionale (cfr. sent. 78/2012); diversamente, una interpretazione costituisce regola di diritto vivente quando è enunciata dalle Sezioni Unite nell'esercizio della propria funzione nomofilattica e viene, in seguito, costantemente ribadita (cfr. sent. n. 117/2012; sent. nn. 107 e 291/2013)<sup>7</sup>. Si tratta, quindi, di una particolare tipologia di precedenti caratterizzata da due forme di legittimazione funzionale, ovvero sia: *a*) l'estrinsecarsi di una particolare funzione interpretativa costituzionalmente attribuita ad uno specifico organo giurisdizionale, e *b*) la coerente ripetizione nel tempo.

L'interpretazione che risulti ampiamente condivisa dalla generalità dei giudici e fatta propria dalla Cassazione viene, pertanto, assunta come significato “obiettivo” della legge<sup>8</sup>, diventando imper-

<sup>5</sup> Roberto Romboli, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, (6.6.07), tratto da [www.associazionedeicostituzionalisti.it: http://archivio.rivistaaic.it/doctrina/fontidiritto/romboli/interpretazionelegge.html](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it: http://archivio.rivistaaic.it/doctrina/fontidiritto/romboli/interpretazionelegge.html).

<sup>6</sup> Così la sentenza n. 350 del 1997; cfr. anche Corte cost. 364/88, punti 21 e 22, ove la Corte già constatava l'impossibilità per il giudice comune di accedere ad una interpretazione della legge conforme a Costituzione in presenza di un “diritto vivente” contrastante.

<sup>7</sup> Cfr. sul punto Roberto Romboli, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (2011-2013), (Torino: Giappichelli, 2014), 86 e ss.

<sup>8</sup> Cfr. Guastini, (1987) cit.

meabile al potere interpretativo della Corte costituzionale. In questo senso si comprende come la dottrina del diritto vivente abbia elevato la dignità del precedente giurisprudenziale a limite del potere ermeneutico nel sindacato di legittimità costituzionale.

*b) La conformità al precedente come “filtro” del giudizio di costituzionalità*

La seconda funzione che la Corte costituzionale ha attribuito al precedente giurisprudenziale si fonda sulla ben nota esigenza di sgravare il lavoro dei Giudici delle questioni ripetitive ovvero dei quesiti che sono stati in via di principio già risolti in precedenti pronunce. Infatti, l'art. 26, 2° c., della l. 11 marzo 1953 n. 87 e l'art. 9 delle successive norme integrative approvate il 16 marzo 1956 hanno previsto un procedimento per convocazione in camera di consiglio idoneo a definire rapidamente il giudizio di costituzionalità qualora il Presidente «ravvisi che possa ricorrere il caso di manifesta infondatezza». La Corte ha successivamente esteso, in via interpretativa, tale procedimento privo dell'udienza pubblica anche al caso di “manifesta inammissibilità” ritenendo che la mancanza dei presupposti dell'incidente di costituzionalità non dovesse impegnare il collegio più di quanto non richieda un caso manifestamente infondato<sup>9</sup>.

È interessante notare come la Corte abbia considerato la sussistenza di un precedente valido ed idoneo a risolvere la questione di costituzionalità quale criterio sufficiente ad integrare un'ipotesi “tipica” di manifesta infondatezza. Un chiaro esempio di questa impostazione è rintracciabile nella recente ordinanza n. 232 del 2015 ove la Corte ha rigettato la questione ritenendola manifestamente infondata in quanto «il rimettente non ha prospettato, nel merito, profili od argomentazioni diversi rispetto a quelli già esaminati da [lla] Corte con [altra] sentenza o comunque idonei ad indurre ad una differente pronuncia sulla sollevata questione di legittimità costituzionale». L'oggetto del sindacato riguardava gli artt. 160 e 182-ter del regio decreto 16 marzo 1942 n. 267 (Disciplina del falli-

---

<sup>9</sup> Cfr. in riferimento al tema della manifesta inammissibilità anche le recentissime ordinanze n. 4 e n. 19 del 2016, ove in applicazione dell'art. 26, 2° c., l. n. 87/53 e dell'art. 9 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, sono stati ritenuti manifestamente inammissibili due casi diversi in cui le medesime questioni erano state già risolte con precedenti dichiarazioni di illegittimità.

mento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa) nella parte in cui, secondo il diritto vivente, stabiliscono che la proposta di concordato, con riguardo all'imposta sul valore aggiunto, possa prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento e non anche la riduzione, come previsto rispetto alla generalità della massa debitoria. In conseguenza veniva addotta una presunta violazione degli artt. 3 e 97 Cost. in quanto, da un lato, si derogava alla *par condicio creditorum* in sede di domanda di concordato a prescindere dal grado di privilegio, e, dall'altro lato, si impediva che le pretese dell'erario potessero essere soddisfatte seppur parzialmente invece che del tutto disattese in conseguenza di una procedura di fallimento.

La Corte dimostra sostanzialmente di accogliere le osservazioni svolte dall'Avvocatura di Stato per la Presidenza del Consiglio dei Ministri laddove riconosce che «la questione di legittimità costituzionale è stata sollevata con riguardo alle medesime disposizioni – nel testo risultante dalle stesse modifiche legislative e dalla stessa interpretazione giurisprudenziale, ritenuta costituire “diritto vivente” – in riferimento ai medesimi parametri costituzionali e sulla base dei medesimi argomenti, valutati da questa Corte con la sentenza n. 225 del 2014, che ha dichiarato non fondata la questione». Pertanto, non avendo il rimettente offerto alcun elemento per indurre la Corte a mutare il proprio orientamento, i giudici costituzionali concludono che «la sollevata questione deve essere dichiarata manifestamente infondata», senza ulteriori motivazioni. Pare indubbio il richiamo implicito delle ben più ampie motivazioni svolte nella sentenza n. 225 del 2014 ove il particolare regime riservato ai debiti IVA veniva giustificato sostanzialmente sulla base della natura comunitaria di tale imposta. Tale richiamo viene ritenuto, quindi, sufficiente ad integrare la succinta motivazione imposta dall'art. 18, 4° c., l. n. 87 del 1953 per le ordinanze di manifesta infondatezza. Va sottolineato, peraltro, che la Corte costituzionale è ricorsa all'applicazione di questo meccanismo incentrato sul precedente in altre occasioni ed, in particolare, vengono esplicitamente richiamate «ex plurimis» le ordinanze n. 280, n. 240, n. 180 e n. 113 del 2014, ove i richiami *per relationem* di altre più estese argomentazioni contenute in precedenti risultano meno sintetici rispetto all'ordinanza in parola.

Non sfugge come un siffatto meccanismo ponga un problema rispetto alla validità delle motivazioni *per relationem* delle sentenze.

Al di là delle peculiarità del giudizio sulle leggi, la questione resta ancora oggi oggetto di discussione. La dottrina processualistica e la giurisprudenza di Cassazione tendono ad ammettere, in via di principio, la motivazione *per relationem* in ambito endo-procedimentale ovvero al fine di giustificare il richiamo ad argomenti contenuti in altri atti dello stesso processo o finanche in atti dei gradi inferiori del giudizio nel contesto di impugnazioni<sup>10</sup>. Tuttavia la legittimità della motivazione implicita è generalmente soggetta alla condizione che il provvedimento che contiene le argomentazioni richiamate sia conosciuto o conoscibile dal soggetto destinatario del giudizio implicitamente motivato<sup>11</sup>. Inoltre, il giudice non deve limitarsi a un mero rinvio, bensì è tenuto a richiamare gli argomenti addotti in modo da far emergere che essi siano stati criticamente valutati e recepiti al fine di scongiurare qualsiasi automatismo astratto. È evidentemente la funzione legittimante della motivazione che si intende preservare nei confronti dei soggetti che sono destinatari dei provvedimenti sottoposti all'obbligo generalizzato di cui al comma 6° dell'art. 111 Cost. Tale funzione legittimante si estrinseca, infatti, sotto due profili, ovvero: *a)* sotto il profilo della garanzia effettiva del diritto di difesa<sup>12</sup>, e *b)* in relazione alla funzione di controllo democratico da parte della pubblica opinione sulle sentenze pronunciate "in nome del popolo". In questo senso si comprende come la dottrina prevalente tenda a considerare invalida la motivazione di una sentenza che richiami quella di un provvedimento adottato da giudici diversi, che nulla hanno a che fare con la controversia del soggetto interessato<sup>13</sup> in quanto si finirebbe per presumere una identità delle valutazioni di merito.

Un diverso discorso deve essere fatto con riferimento al giudizio di Cassazione e a quello costituzionale. Si tratta in questo caso

---

<sup>10</sup> Si veda sul punto C. Cass. SS.UU. civili, sentenza 16 gennaio 2015, n. 642; cfr. anche Aniello Nappi, *Il controllo della Corte di Cassazione sul ragionamento probatorio del giudice del merito*, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura (2013) reperibile su [http://www.csm.it/quaderni/quad\\_98/qu\\_98\\_13.pdf](http://www.csm.it/quaderni/quad_98/qu_98_13.pdf). Vedi inoltre, Gianfranco Antico, *La motivazione per relationem. Il vaglio della Cassazione*, in "il fisco" n. 7/2008, fascicolo n. 1, 1196.

<sup>11</sup> C. Cass. Pen., sez. I, 23 febbraio 1994; C. Cass. Pen., sez. I, 7 febbraio 1995.

<sup>12</sup> Stefano Evangelista, *Motivazione della sentenza civile*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano 1977, 146 e s.

<sup>13</sup> Ennio Amodio, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano 1977, 231.

di giurisdizioni dedicate non tanto alla risoluzione delle controversie, quanto alla verifica della corretta applicazione delle norme giuridiche. A ben vedere le peculiari funzioni che l'ordinamento costituzionale attribuisce alla Suprema Corte e alla Consulta connotano i rispettivi giudizi e ne rendono le pronunce – sebbene attraverso modalità del tutto diverse – atti “integrativi” dell'ordinamento giuridico. Pertanto, se si è arrivati a non ammettere la scusabilità dell'ignoranza di questi atti nella condotta processuale<sup>14</sup> – al di là delle ipotesi di ignoranza inevitabile –, è legittimo concludere che si tratti in entrambi i casi di atti imprescindibili, oltre ché per le parti destinatarie, anche per l'intera comunità dei consociati. Con particolare riferimento alla Corte costituzionale, a fianco del valore *erga omnes* riconosciuto alle sentenze di incostituzionalità, va dato opportuno rilievo alla portata delle sentenze interpretative di rigetto in relazione alla peculiare combinazione summenzionata tra obbligo di interpretazione conforme e limiti derivanti dal diritto vivente. In questo modo si comprende come il precedente costituzionale possa essere legittimamente richiamato al fine di motivare *per relationem* una pronuncia.

In altre parole, si può ritenere che la sussistenza di un precedente in cui la Corte abbia già svolto ampie argomentazioni per risolvere la stessa questione di legittimità costituzionale giustifichi *ex se* il ricorso alla procedura di cui all'art. 26, 2° c., l. n. 87 del 1953 risparmiando ai giudici l'onere di riargomentare la propria decisione.

### III. *Il precedente costituzionale come limite processuale in prospettiva comparata*

La tendenza alla valorizzazione del precedente nelle giurisdizioni costituzionali non rappresenta un connotato tipico dell'ordinamento italiano. Infatti, diversi altri ordinamenti sia di *civil law* che di *common law* prevedono meccanismi volti a sgravare il carico di lavoro delle corti attraverso una verifica di conformità rispetto ai precedenti. In questa sede si darà conto di alcuni degli esempi più importanti al fine di far apprezzare la portata della tendenza di cui si è detto.

---

<sup>14</sup> Cfr. Trib. di Padova, II sez., sent. del 10 marzo 2015.

a) *Il valore del precedente nel processo costituzionale spagnolo*

Un meccanismo di filtro basato sulla conformità ai precedenti ha caratterizzato per un certo periodo il Tribunale Costituzionale spagnolo<sup>15</sup>. Tuttavia, il passato è d'obbligo in questo caso in quanto successive riforme del regolamento di procedura del Tribunale hanno inteso irrobustire ancora di più il filtro attraverso un meccanismo decisamente più discrezionale. A ben vedere, però, la valorizzazione del precedente giurisprudenziale continua a caratterizzare l'ordinamento spagnolo più di quanto la odierna disciplina del suo *Tribunal Constitucional* lasci intendere.

Infatti, già nel 1838 un Regio Decreto consentì gli appelli in annullamento davanti alla Corte suprema spagnola non solo per violazioni della legge ma anche per deviazione dalla c.d. *doctrina legal*, ovvero dalla «dottrina consolidata dai tribunali» come l'ha ridefinita il Codice di Procedura Civile del 1855<sup>16</sup>. La Corte suprema interpretò poi questa terminologia per intendere regole elaborate attraverso almeno due diverse decisioni coerenti pronunciate dalla giurisdizione di vertice e non, quindi, da giudici inferiori.

Dal momento che il diritto civile spagnolo non venne codificato prima del 1889, questa regola venne accettata di buon grado dalla comunità dei giuristi in quanto fornì uno strumento per il perseguimento della certezza giuridica attraverso le consuetudini in mancanza di un intervento organico del legislatore<sup>17</sup>.

Successivamente, con l'introduzione del nuovo Codice, vennero riconosciute all'art. 6 soltanto tre fonti del 'diritto': il diritto scritto (*ley*), gli usi (*costumbres*) e i principi generali del diritto. Le decisioni giudiziali non erano enumerate in questo elenco.

Il quesito circa la misura in cui le nozioni di «principi generali del diritto» e di «*doctrina legal*» coincidessero o, piuttosto, confliggesse, ha dato adito ad affascinanti dibattiti dottrinali. Gli studiosi del diritto spagnoli hanno sempre trovato difficile riconciliare

<sup>15</sup> Enrique Guillen Lopez, *Judicial Review in Spain: The Constitutional Court*, 41 *Loy. L.A. L. Rev.*, 529 (2008). Reperibile all'indirizzo: <http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol41/iss2/3>.

<sup>16</sup> Rudolph Schlesinger et al., *Comparative Law. Cases-Text-Materials, University Casebook Series*, 6<sup>th</sup> ed. (New York: Foundation Press, 1998), 668.

<sup>17</sup> Antonio Serrano, *Die "Doctrina legal" des spanischen "Tribunal Supremo" in der rechtshistorischen Analyse des Justizbegriffs*, 16 *Ius Commune* 219, 219-20, 241 (1989).

il concetto di dottrina legale con la teoria generale delle fonti giuridiche contenuta nei codici.

Nel 1974, l'intero titolo preliminare del Codice Civile fu oggetto di revisione e la formulazione del vecchio art. 6 – rinumerato come art. 1 – venne considerevolmente ampliata. La nuova versione menziona la *doctrina* (ossia «la dottrina che la Corte suprema stabilisce in maniera reiterata»), ma non la riconosce come una delle fonti del diritto. La precisa natura e lo status della *doctrina legal* (ora *doctrina jurisprudencial* nel Codice di Procedura Civile e *doctrina* nel Codice Civile) rimane, pertanto, incerta.

Sebbene il legislatore spagnolo abbia tentato di delineare una soluzione pratica al problema del valore della fonte giurisprudenziale, si è dimostrato evidentemente ancora troppo immerso nell'ortodossia positivista per ammettere apertamente un nuovo ruolo del precedente. Oggi, l'art. 1 § 6 del Codice Civile spagnolo prevede che la *jurisprudencia* «complementará» (o integra) l'ordinamento giuridico «con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

In assoluta coerenza con questa impostazione si è posta la originaria disciplina del Tribunale Costituzionale introdotta con la Ley Orgànica del 3 ottobre 1979 n. 3 (BOE 5.10, 23186) ove all'art. 50, comma 2, lett. c) si consentiva ai giudici costituzionali di respingere per inammissibilità le questioni di costituzionalità o i *recursos de amparo* nel caso in cui vi fossero già precedenti con caratteristiche sostanzialmente analoghe che avevano respinto la questione. In base a questa regola, quindi, la pronuncia di rigetto si trasformava in una sorta di certificazione di costituzionalità in modo non dissimile da quanto si verifica ancora oggi, come si vedrà, in Germania.

Successivamente, la revisione del Codice di Procedura Civile del 1984 sostituì il termine *doctrina legal* con quello di *jurisprudencia* come presupposto per le impugnazioni davanti alla Corte suprema<sup>18</sup>. Tuttavia, Manuel Serra Dominguez<sup>19</sup> ha fortemente criticato questa sostituzione di un «termine genuinamente spagnolo» dal momento che il concetto di «*doctrina*» meglio rappresentava,

<sup>18</sup> Cfr. Articolo 1692(5) del Codice di Procedura Civile. *Si veda anche* Valentin Cortes (ed.), *Comentarios a la Reforma del ley de Enjuiciamiento Civil*, 828, 852 (Madrid: Tecnos, 1985).

<sup>19</sup> *Id.*

nell'opinione dell'autore, il principio di diritto retrostante la decisione di cassazione, evitando di riconoscere una funzione pseudo-normativa della Corte. In altre parole, la *doctrina legal* si presumeva rappresentasse un sistema di principî giuridici riconosciuti e sistematicamente applicati dalla Corte di vertice, mentre la *jurisprudencia* rappresentava inequivocabilmente un insieme di pronunciamenti giudiziari<sup>20</sup>.

In seguito, il dibattito sul valore dei precedenti e sui meccanismi di selezione dei ricorsi al Tribunale Costituzionale non cessò e, anzi, si inasprì ulteriormente. Lo strumento che avrebbe dovuto essere di supporto e di semplificazione per la classe dei giuristi fu oggetto di una eterogenesi dei fini da parte di una certa dottrina e il carattere tendenzialmente apodittico delle ordinanze di inammissibilità del *Tribunàl Constitucionàl* non solo non contribuì a legittimarne la funzione, ma risultò anche del tutto insufficiente a sgravarne il carico di lavoro<sup>21</sup>.

In conseguenza, con la Ley Orgànica del 9 giugno 1988 n. 6 venne modificato l'art. 50 summenzionato, esplicitando che se una sezione della Corte (composta di tre giudici) avesse ritenuto unanimemente che esisteva un precedente sulla cui base l'impugnazione avrebbe potuto essere rigettata, l'ordinanza avrebbe dovuto «citare espressamente la sentenza o le sentenze sulle quali il rigetto si basava»<sup>22</sup>. In altre parole, con questo intervento riformatore si tentò, più che di limitare ulteriormente l'accesso alla piena cognizione del Tribunale, di migliorare piuttosto la funzione legittimante della motivazione specie laddove questa era per sua natura sintetica e *per*

<sup>20</sup> Cfr. Joaquìn Francisco Pacheco, *Comentario al Decreto de 4 Noviembre de 1838 sobre recursos de nulidad*, 2ª ed., (Madrid: Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipogràfica, 1845), 28-29; cfr. anche Marta Lorente Sariñena, *La doctrina legal y el silenciamiento de los juristas en una España sin Código*, in *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, *Quaderni fiorentini* per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 40, tomo I, (Milano: Giuffrè, 2011), 135 e ss.

<sup>21</sup> Cfr. Juan Sempere y Guarinos, *Historia del derecho Español*, 2ª ed., (Madrid: Imprenta de la Sociedad literaria y tipogràfica, 1844), 350.

<sup>22</sup> V. Ley orgànica 6/1988, de 9 de junio, par la que se modifican los artículos 50 y 86 de la ley orgànica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. (BOE núm. 140, de 11 de junio) ove si legge tra i presupposti per pronunciare l'inammissibilità indicati all'articolo 50, c. 1, lett. d): "Que el Tribunal Constitucional hubiera ya desestimado en el fondo un recurso o cuestión de inconstitucionalidad o un recurso de amparo en supuesto substancialmente igual, señalando expresamente en la providencia la resolución o resoluciones desestimatorias."

*relationem*. Inoltre, con la Ley n. 1/2000 sul Enjuiciamiento Civil, si intese porre un argine ai contrasti dottrinali sul valore del precedente attraverso l'adozione del termine di compromesso "*doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*".

Seguendo la medesima impostazione della Legge Organica sul Tribunale Costituzionale e del Codice di Procedura Civile, la nuova formulazione dell'art. 885 della Legge Processuale Penale spagnola conferì alla Corte Suprema il potere di rigettare, in sede di impugnativa, quei ricorsi che fossero risultati manifestamente infondati e quelli sostanzialmente uguali ad altri già rigettati.

Restava, tuttavia, il problema di gestire in qualche modo la sempre crescente massa di *recursos de amparo* dato che la verifica della conformità ai precedenti di rigetto si era rivelata insufficiente a prevenire l'ingolfamento del *Tribunál*. Così nel 2007 il legislatore spagnolo è ritornato ancora una volta sulla Legge Organica di disciplina del giudizio di costituzionalità per modificarne i criteri di accesso<sup>23</sup> con il dichiarato fine di "dar respuesta a los problemas y exigencias que se derivan de la realidad práctica del funcionamiento y organización del Tribunal Constitucional". La novella introduce una configurazione del procedimento di *amparo* che, tra le altre cose, elimina la verifica necessaria di eventuali precedenti negativi ed impone ai ricorrenti, come requisito di ammissibilità, di allegare le ragioni di "especial trascendencia constitucional" che giustificerebbero una pronuncia del Tribunale<sup>24</sup>. La verifica della "speciale trascendenza costituzionale" che deve connotare la questione si estrinseca, come esplicitamente indicato dalla nuova disposizione, in una valutazione di importanza del quesito in relazione all'interpretazione della Costituzione, alla sua applicazione od efficacia generale, e alla determinazione del contenuto e della portata dei diritti fondamentali. Attraverso questa modifica dell'art. 50 si è, quindi, invertito il giudizio di ammissibilità passando dalla prova dell'assenza di precedenti negativi alla verifica della sussistenza di una "relevancia constitucional" del *recurso*. Non ci si deve illudere, tuttavia, che il ruolo dei precedenti costituzionali esca da questa riforma svilito o comunque ridimensionato. L'importanza di

---

<sup>23</sup> V. Ley Orgánica del 27 maggio 2007 n. 6 di modifica della Ley Orgánica n. 2/1979.

<sup>24</sup> V. articolo 50, comma 1°, lett. b) della Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

una data questione costituzionale non di rado deriva dalla difficoltà di ricondurre fattispecie nuove alla *doctrina jurisprudencial* consolidata. Tale criterio di valutazione della “trascendencia” finisce per apparire come uno dei più oggettivi nel contesto di una valutazione di ammissibilità fortemente connotata da un elevato grado di discrezionalità dei giudici del *Tribunál*.

*b) Il valore del precedente nel processo costituzionale tedesco*

I poteri giurisdizionali della Corte costituzionale Federale sono definiti dalla Legge Fondamentale (*Grundgesetz*) all'art. 93, e sono elencati tassativamente al § 13 del BVerfGG.

Esistono sedici differenti procedure e nella maggioranza di esse il Tribunale Costituzionale non ha alcun potere di selezionare i casi da decidere. Un'autorizzazione speciale è, però, richiesta nel caso dei ricorsi che possono essere presentati da tutti i cittadini (*Jedermann*)<sup>25</sup> per violazione dei diritti garantiti dalla Legge Fondamentale. In tal caso, il ricorso viene ammesso se: *a*) presenta una questione di particolare importanza per il diritto costituzionale, o *b*) quando l'esame della questione è indicato per dare pronta attuazione allo specifico diritto fondamentale quale, per esempio, può essere il caso in cui il ricorrente rischi di subire grave danno dal diniego del giudizio<sup>26</sup>.

Questo modello di accesso alla giustizia costituzionale dà al Tribunale un considerevole potere di selezionare i casi da decidere in modo sostanzialmente analogo a quanto si è visto con riferimento al *Tribunál Constitucional* spagnolo nei procedimenti di *amparo*. D'altra parte la giurisprudenza sui diritti ha per lungo tempo assorbito gran parte dell'attività del Tribunale Federale<sup>27</sup>, incidendo sulla pubblica percezione di quest'organo giurisdizionale ed, al tempo stesso, formando una certa consapevolezza negli stessi giudici. Il ruolo di “paladino” dei diritti ha, quindi, favorito un certo grado di affidamento dei cittadini nell'organo di giustizia costituzionale incentivando l'aumento dei ricorsi individuali. Nel 1966, i commenta-

<sup>25</sup> Cfr. § 90(1) BVerfGG.

<sup>26</sup> Si veda § 93a BVerfGG.

<sup>27</sup> Secondo dati ufficiali si tratta di circa il 95% del carico di lavoro del Bundesverfassungsgerichtshof; cfr. Nigel G. Foster & Satish Sule, *German Legal System and Laws*, (Oxford/New York: Oxford University Press, 2010), 221 e ss.

tori del quindicesimo anniversario del Tribunale osservarono che la funzione di guardiani dei diritti fondamentali svolta dai giudici costituzionali era ormai penetrata nella coscienza popolare<sup>28</sup>. Sebbene fosse sentita, non solo dai giudici, una certa preoccupazione per la crescente mole di lavoro<sup>29</sup>, la causa principale di tale aumento – ovvero il ricorso individuale di costituzionalità – era comunemente considerata intoccabile<sup>30</sup>.

Al di là della considerazione di cui gode questo strumento di tutela dei diritti fondamentali, è però sufficientemente condivisa l'idea che la maggior parte dei ricorsi presentati al *Bundesverfassungsgericht* non siano meritevoli di esame. Fino al 1956, l'unico strumento a disposizione del Tribunale per respingere rapidamente i ricorsi infondati o inammissibili era la procedura sommaria generica prevista dalla § 24 della Legge sul Tribunale Costituzionale (BVerfGG)<sup>31</sup>. Tale procedura – per certi versi molto simile a quella prevista dall'art. 26 della Legge n. 87/1953 per la Corte costituzionale italiana – prevede soltanto che l'ordinanza di rigetto non debba essere ulteriormente motivata se i ricorrenti sono stati previamente informati delle cause di inammissibilità/infondatezza.

Il primo tentativo di dotare il Tribunale di uno strumento specifico per gestire il flusso di ricorsi è costituito dalla § 91a BVerfGG che, tuttavia, venne formalmente abrogata già nel 1963<sup>32</sup>. Tale meccanismo prevedeva un esame preliminare (*Vorprüfungsverfahren*) da parte di un collegio composto da tre giudici (*Dreierausschuss*) facenti parte del *Senat* competente a giudicare sul ricorso. La que-

<sup>28</sup> Si veda, per esempio, 'Das Verfassungsgericht besthet 15 Jahre' *Die Welt* (27 settembre 1966) 3; 'Fünfzehn Jahre Bundesverfassungsgericht' *Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung* (7 settembre 1966), 927.

<sup>29</sup> Si veda, per esempio, 'Verfassungsgericht überlastet', *Frankfurter Rundschau* (29 dicembre 1961); "Verfassungsbeschwerden" nehmen überhand' *FAZ* (20 febbraio 1963) 6; 'Die Karlsruher Richter Überlastet' *Stuttgarter Zeitung* (20 aprile 1963); HJ Rick, 'Überlastete Richter' *Echo der Zeit* (5 maggio 1963); 'Bundesverfassungsgericht: zu spät' *Der Spiegel* (17 giugno 1968) 52.

<sup>30</sup> Justin Collings, *Democracy's Guardians. A History of the German federal Constitutional Court 1951-2001*, (Oxford/New York: Oxford University Press, 2015), 106 e ss.

<sup>31</sup> Legge sul Tribunale Costituzionale Federale 11 marzo 1951 reperibile su *bundesverfassungsgericht.de*.

<sup>32</sup> Michael Singer, *The Constitutional Court of the German Federal Republic: Jurisdiction over Individual Complaints*, *The International and Comparative Law Quarterly* 31.2 (1982), 331-356.

stione poteva essere rigettata in quanto inammissibile solo su voto unanime del collegio. Il vantaggio sostanziale derivante da questo meccanismo era che il lavoro prima svolto dall'intero *Senat* secondo la procedura di cui alla § 24 poteva essere svolto da soli tre giudici. Al di là della più efficiente distribuzione del carico di lavoro, non sfugge come questo meccanismo comportasse anche gran parte degli svantaggi che avevano caratterizzato le *chambres de requêtes* della Cassazione francese, ovverosia la moltiplicazione delle procedure di esame.

Quel che in questa sede pare interessante rilevare è che nella formulazione originaria della § 91a era esplicitamente previsto che un ricorso dovesse essere rigettato in quanto non meritevole di esame «qualora una pronuncia non avesse potuto contribuire a chiarire una questione costituzionale irrisolta né ad alleviare il ricorrente da un grave pregiudizio altrimenti inevitabile». Si intravedono già, quindi, i presupposti di meritevolezza che si ritrovano oggi nella § 93a BVerfGG. Ad ogni buon conto tra il 1956 e il 1963 le ordinanze di inammissibilità pronunciate ai sensi della § 24 furono del tutto marginali e difficilmente superarono la decina per anno<sup>33</sup>.

Successivamente, con la decisione BVerfGE 9, 120, il Tribunale Costituzionale Federale chiarì che il criterio “oggettivo” di meritevolezza – ovverosia l'opportunità di definire una questione costituzionale irrisolta – non aveva nulla a che fare con l'interesse del ricorrente, bensì riguardava esclusivamente la circostanza che il diritto fosse o meno consolidato. Al fine di questa verifica, si comprende come svolgano un ruolo strategico i precedenti giurisprudenziali. La chiarezza e l'attualità di un precedente o di un insieme di precedenti costituiscono, infatti, il maggior sintomo che il diritto si è consolidato in quel particolare ambito.

Secondo la nuova procedura introdotta con la § 93a, non è più il collegio ristretto a valutare i presupposti di meritevolezza/importanza, ma il *Senat* nel suo complesso. Va detto, però, che non è più richiesto il voto unanime di tutti i giudici, potendo oggi almeno due voti dissenzienti comportare il rinvio alla cognizione piena del *Senat*.

Si può, quindi, concludere che anche in Germania, così come si è visto con riferimento al *Tribunal Constitucional* spagnolo, il cri-

---

<sup>33</sup> Singer (1982), cit., 336.

terio di meritevolezza/importanza della questione quale presupposto di ammissibilità al giudizio costituzionale conferisce al *Bundesverfassungsgericht* un significativo margine di discrezionalità nel selezionare i casi da esaminare, l'arbitrarietà del quale è limitata soltanto dal riferimento ai precedenti.

c) *Il valore del precedente nel processo costituzionale francese*

Per quanto riguarda il nuovo modello di giustizia costituzionale francese che si è configurato a seguito dell'introduzione di un'eccezione di costituzionalità<sup>4</sup>, a fianco del giudizio in via d'azione, pare interessante rilevare come un'attenta ponderazione della portata del nuovo strumento di garanzia rispetto alle evidenti esigenze di sostenibilità fosse già contenuta nel Rapporto presentato dal *Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup> République*, noto anche come *Comité Balladur*<sup>5</sup>.

Con riferimento alle modalità di sollevazione della questione di costituzionalità, l'attenzione alla garanzia dei diritti sembrerebbe ricevere enfasi dalla legge organica di attuazione della riforma, che rende necessaria in ogni caso una istanza di parte<sup>6</sup>.

Tuttavia, l'esigenza di prevenire il sovraccarico del *Conseil Constitutionnel* senza mortificare la finalità del nuovo strumento di garanzia ha indotto il legislatore francese a prevedere che la questione di costituzionalità sia sì suscettibile di essere sollevata davanti a qualsiasi autorità giudiziaria<sup>7</sup>, ma altresì che possa arrivare all'esame del Conseil solo se trasmessa da parte o del Conseil d'État o della Cour de cassation.

<sup>4</sup> Per una disamina puntuale dei vari aspetti della riforma, si limita qui il rinvio a M. Guillaume, *La question prioritaire de constitutionnalité*, in *Just. et cass.*, 2010, 1 e ss. ([www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)) (Marc Guillaume è il Segretario Generale del Conseil Constitutionnel). Per ulteriori indicazioni bibliografiche, v. i contributi raccolti in D. Rousseau (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, 2010.

<sup>5</sup> Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup> République, *Une V<sup>e</sup> République plus démocratique*, Paris, 2007 ([www.ladocumentationfrancaise.fr](http://www.ladocumentationfrancaise.fr)).

<sup>6</sup> Art. 23-1, 1° comma, legge organica 10 dicembre 2009, n. 1523 «relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution».

<sup>7</sup> Con la sola eccezione delle Corti d'assise: restrizione che risponde da una parte alle insufficienti garanzie di adeguatezza di questo giudice, in ragione della sua composizione, a svolgere il primo «filtro» sull'ammissibilità della questione, dall'altra alla preoccupazione di un utilizzo dell'eccezione di costituzionalità a fini dilatori.

Più in dettaglio, si richiede che il giudice davanti al quale è proposta la questione verifichi la sussistenza di tre presupposti: *a*) la disposizione è applicabile al giudizio o alla procedura in corso, o costituisce il fondamento dell'azione (i.e. rilevanza); *b*) la disposizione non è già stata dichiarata conforme a Costituzione nelle motivazioni o nel dispositivo di una precedente decisione del *Conseil Constitutionnel*, salvo un cambiamento delle circostanze (i.e. assenza di un precedente ostativo); *iii*) la questione non è priva di carattere serio (i.e. importanza).

Tuttavia, il giudice di grado inferiore avanti al quale viene sollevata la questione non può, dopo il positivo riscontro dei requisiti menzionati, sottoporla direttamente al *Conseil constitutionnel*, bensì deve rinviarla agli organi di vertice della giurisdizione di appartenenza, ai quali soli spetta decidere se è effettivamente opportuno, anche in funzione della novità della questione, rimettere la causa al giudice costituzionale<sup>38</sup>.

Gli sviluppi del nuovo modello di accesso al *Conseil Constitutionnel* sono resi d'altro canto ancora più complessi, com'è intuibile, dalla commistione tra controllo preventivo e controllo successivo<sup>39</sup>. Come ha opportunamente rilevato Claudia Amodio, l'applicazione del divieto di rinvio pregiudiziale nei casi in cui la legge contestata abbia superato il vaglio del sindacato preventivo e astratto tende a lasciare alcune zone "franche" nell'ordinamento, nonostante l'attuazione dovuta all'inciso «salvo cambiamento di circostanze»<sup>40</sup>.

Al riguardo, non sono mancati gli autori francesi che, accogliendo una prospettiva sostanzialmente crisafulliana, hanno sostenuto che «una disposizione già controllata non significhi necessariamente "norma" già controllata», se non altro in quanto «la disposizione può contenere molteplici norme»<sup>41</sup>. In questo senso, il

<sup>38</sup> Cfr. rispettivamente artt. 23-2 e 23-4, legge organica 10 dicembre 2009, 1523 e relative notazioni di Guillaume, *La question prioritaire de constitutionnalité*, (2010) cit., 12 e ss. e 22 e ss.

<sup>39</sup> Claudia Amodio, *Au nom de la loi. L'esperienza giuridica francese nel contesto europeo*, (Torino: Giappichelli, 2012), 139 e ss.

<sup>40</sup> Id., 140; cfr. anche Bruno Genevois, *Le contrôle a priori de constitutionnalité au service du contrôle a posteriori*, in *Rev. fr. dr. adm.*, 2010, 1 e ss.

<sup>41</sup> Si veda fra tutti Laureline Fontaine, *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France*, Colloque de 16 février 2009 ([www.unicaen.fr](http://www.unicaen.fr)); cfr. altresì Riccardo Guastini, *In tema di "conoscenza del diritto"*, in *Foro it.*, 1987, V, 376-386; Benjamin N. Cardozo, *The Growth of the Law* (New Haven: Yale University Press, 1924),

limite costituito dal secondo presupposto di ammissibilità sembrerebbe meno stringente del previsto. Tuttavia, nel caso in cui il sindacato preventivo abbia avuto ad oggetto la norma come emergente dalla *jurisprudence constant*, l'eventuale "certificazione" di conformità costituzionale precluderebbe l'accesso al *Conseil*. Si comprende, quindi, come il valore dei precedenti finisca anche nel contesto francese per incidere sull'accesso al giudizio di costituzionalità.

Non sembra di poco conto, a questo riguardo, che, il *Conseil constitutionnel* si sia già espresso chiarendo che in sede di controllo successivo ciò che valuterà non è un'astratta disposizione legislativa, bensì la «portata effettiva» ad essa conferita da «un'interpretazione giurisprudenziale costante», affermando altresì che diversamente si giungerebbe ad attribuire «un'impunità costituzionale all'interpretazione della legge» e a privare il nuovo sistema di giustizia costituzionale «di una parte della sua portata»<sup>42</sup>. Pare si possa concludere, quindi, che anche nel sistema francese, così come si è visto per quello italiano, il rapporto tra la funzione interpretativa espressa dalla *jurisprudence constant* delle supreme magistrature e il monopolio interpretativo del *Conseil Constitutionnel* è affidato ad un delicato dialogo interistituzionale che prevede una differenziazione del valore dei precedenti in relazione alla funzione di cui sono espressione.

#### IV. *Conclusioni: la rinascita processuale di uno strumento esiliato*

Dalle considerazioni svolte emerge una tendenza comune degli organi di giustizia costituzionale alla valorizzazione processuale del precedente giurisprudenziale ai fini del perseguimento della sicurezza giuridica e dell'efficientamento del servizio giustizia. Tale fenomeno sembra doversi riconnettere alla crescente difficoltà di bilanciare le garanzie di accesso al giudizio di costituzionalità per la tutela dei diritti fondamentali con le inevitabili esigenze di sosteni-

27; Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, (Monaco/Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1913); Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, (Parigi: Cujas, 1921).

<sup>42</sup> Cons. const., 6 ottobre 2010, n. 39 e Cons. const. 14 ottobre 2010, n. 52 riunite entrambe sotto la rubrica dal titolo QPC et interprétation de la loi, in [www.conseilconstitutionnel.fr](http://www.conseilconstitutionnel.fr).

bilità del lavoro svolto dai giudici. Sia che si tratti di una presunzione di correttezza dell'opzione ermeneutica adottata, sia nel caso si configuri una valutazione di importanza/meritevolezza della questione posta, la conformità ai precedenti finisce per costituire uno strumento oggettivo di declinazione dei presupposti di ammissibilità al giudizio costituzionale.

Dall'esame dei diversi ordinamenti presi in considerazione emerge la netta prevalenza di un utilizzo dei precedenti volto a definire un criterio di ammissibilità basato sull'importanza/meritevolezza della questione, al fine di ridurre drasticamente il numero dei casi cui dedicare una cognizione piena. Anche in Spagna, ove in precedenza vigeva un criterio incentrato sulla presunzione di costituzionalità della questione già precedentemente rigettata, si è optato nel 2007 per conferire ai giudici un maggiore margine di discrezionalità al fine di deflazionare ulteriormente l'attività del *Tribunal Constitucional*.

In Italia, le norme sulla Corte costituzionale, sebbene caratterizzate da un'astrattezza analoga a quella della § 24 del BVerfGG, hanno finora consentito alla Consulta di rigettare in via sommaria le questioni rimesse alla sua attenzione in relazione all'inadempimento dell'obbligo di interpretazione conforme o per la presenza di un precedente che abbia già risolto il dubbio di costituzionalità. Sembra, però, si debba anche ritenere che un certo margine di discrezionalità venga esercitato in relazione alla importanza della questione attraverso una strategica calendarizzazione delle udienze di discussione, in maniera non dissimile da quanto si verifica anche avanti la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>43</sup>.

In estrema sintesi, si è costretti a constatare l'emersione di un ruolo estremamente duttile dei precedenti al quale si tende a fare riferimento nella legge o nella prassi con sempre maggiore frequenza nonostante la fitta schiera di obiezioni mosse, non solo in dottrina, dagli ortodossi della normazione legalista basata sulla *stufenbau* kelseniana. A ben vedere, le avanguardie del neocostituzionalismo si dimostrano vecchi avamposti di certa dottrina processualistica che ha sempre dimostrato meno imbarazzo ad affrontare il tema del valore in concreto del precedente giurisprudenziale. Le conseguenze

---

<sup>43</sup> Si veda al riguardo *ELI Statement on Case-Overload at the European Court of Human Rights*, (Vienna, 6 luglio 2012).

che l'ordinamento fa discendere dall'inosservanza del precedente nel giudizio costituzionale non consentono più di relegare il fenomeno giurisprudenziale nella sfera della persuasività insieme alla dottrina o, quantomeno, impongono di abbandonare certi approcci scettici e di definire una nuova forma di persuasività rafforzata.

### *Abstract*

The advent of the Constitutional State contributed to the proliferation of claims for assessing the legal and social dimension of citizens. As a consequence, the functionality of Courts has been put in jeopardy. In order to preserve the authority and consistency of judgments, the organs of constitutional justice were provided with mechanisms for increasing the value of the relative precedents and, hence, deflating the caseload. In this regard, the analysis takes into consideration and confronts the development of these mechanisms in the context of some of the most representative Constitutional Court of Europe: the Italian *Consulta*, the Spanish *Tribunal Constitucional*, the German *Bundesverfassungsgericht*, and the French *Conseil Constitutionnel*.

Con l'avvento dello Stato di diritto costituzionale, la moltiplicazione delle richieste di accertamento della dimensione giuridica e sociale dei cittadini ha contribuito a mettere a repentaglio la funzionalità delle Corti. Al fine di preservare l'autorevolezza e la coerenza dei giudizi, gli organi di giustizia costituzionale sono stati dotati di meccanismi volti ad incrementare il valore dei relativi precedenti e, correlativamente, a deflazionare il carico di lavoro. A questo riguardo, ci si è proposti di mettere a confronto l'evoluzione di questi meccanismi in alcune delle corti costituzionali più rappresentative d'Europa: la Consulta italiana, il *Tribunal Constitucional* spagnolo, il *Bundesverfassungsgericht* tedesco e il *Conseil Constitutionnel* francese.

# PASSATO E PRESENTE



PAUL LABAND

## LE TRASFORMAZIONI DELLA COSTITUZIONE TEDESCA\*

Le costituzioni sono leggi cui viene attribuita, in base alla concezione generale del diritto, una solidità e una stabilità particolari, che non costituiscono una caratteristica della legislazione occasionale. Esse rappresentano la codificazione delle basi dell'ordinamento statale e giuridico e, di regola, risultano il prodotto di grandi trasformazioni politiche; costituiscono spesso le conclusioni pacifiche di lotte tra partiti portate avanti nel passato nonché festose attestazioni di nuove conquiste, e vengono circondate, in quanto tali, con una particolare difesa contro i cambiamenti. In materia di modifiche costituzionali sussistono, dappertutto, esigenze che si sostanziano in limitazioni rispetto alle modifiche delle altre leggi e che costituiscono la garanzia ai fini della stabilità delle costituzioni. Ma ancor più che con queste forme giuridiche finalizzate alla protezione delle costituzioni da stravolgimenti non soppesati ed affrettati, esse trovano un'efficace protezione nella coscienza giuridica del popolo, che vede nella costituzione la legge fondamentale della libertà e della sicurezza giuridica e per la quale, pertanto, una violazione della costituzione si pone come una rottura particolarmente severa del diritto.

Tutto questo vale anche per le costituzioni tedesche, tanto per quelle dei singoli stati che per quella dell'impero. Le prime costituiscono la contrapposizione dei moderni stati costituzionali nei confronti delle monarchie assolute, l'inserimento della rappresentanza popolare nell'organismo statale, il riconoscimento dei diritti individuali di libertà nei confronti dello strapotere della polizia; e quanto maggiore è stata la paura dei popoli di fronte ad un ritorno nelle precedenti condizioni dell'assolutismo, nell'oppressione e

---

\* Conferenza tenuta nella fondazione Gehe in Dresda il 16 marzo 1895, traduzione italiana a cura di Clemente Forte.

nello sfruttamento feudali nonché nell'arbitrio delle burocrazie, tanto più è stata vista come un fatto considerevole la conquista di una costituzione e tanto più l'amor patrio si è fuso con l'elevata considerazione e la stima del valore della carta fondamentale. La costituzione dell'impero è perciò la pietra miliare della liberazione del popolo tedesco dalla dispersione e dall'impotenza; essa è l'espressione della riunificazione delle genti tedesche in una unità politica; costituisce la delimitazione tra la competenza della totalità e l'ambito di potere rimasto ai singoli stati, ed è tanto più cara al sentimento del popolo quanto più costituisce il prezzo della vittoria di battaglie difficili e gloriose, prezzo che doveva essere pagato con la morte eroica di innumerevoli uomini tedeschi. Non sorprende dunque che la costituzione dell'impero tedesco venga considerata come qualcosa di sacro e che l'idea che qualcuno potrebbe violarla o abrogarla sia in grado di evocare una santa ira ed una profonda irritazione nell'animo del popolo.

Ma se ci si vuol procurare una conoscenza più precisa del contenuto delle costituzioni, ci si deve convincere che se, da una parte, esse contengono numerose disposizioni di significato subordinato o provvisorio, nei cui confronti difficilmente il popolo può trarre un interesse rilevante, d'altra parte la condizione effettiva del diritto di uno stato può sperimentare le modifiche più invasive e cariche di significato senza che ciò venga ad espressione nella carta costituzionale. Perché tra l'effettiva condizione costituzionale di uno stato e le regole formulate nella carta costituzionale esiste, spesso, una differenza così grande che la prima può fare esperienza delle maggiori trasformazioni senza che sia necessario che venga modificata la lettera della legge fondamentale.

Se oggi chiedo la vostra attenzione in ordine ad una riflessione circa le modifiche che la costituzione dell'impero ha sperimentato a partire dalla sua approvazione, non si tratta qui del conteggio delle leggi, proporzionalmente meno numerose, che hanno cambiato la lettera della costituzione, ma si tratta delle importanti modifiche alla condizione in cui versa la costituzione dell'impero quali non hanno trovato una chiara espressione nella costituzione, nonché della contrapposizione tra la condizione in cui versa la costituzione e la legge fondamentale. Come le fondamenta e la facciata di un edificio possono rimanere immutate mentre all'interno si realizzano ristrutturazioni essenziali, anche la costruzione costituzionale

dell'impero mostra in effetti, ad una considerazione superficiale, le stesse linee e le stesse forme architettoniche dell'epoca della sua edificazione; ma chi si spinge all'interno, vede che non è più lo stesso rispetto all'inizio, che è stato ristrutturato e costruito tenendo conto di altre esigenze e modi di vedere, e che è venuto fuori qualcosa che non si adatta al piano originario e che non è neanche totalmente armonico al proprio interno<sup>1</sup>.

Anche alla costituzione dell'impero si addice il fatto che – se da un lato contiene un gran numero di disposizioni di significato subordinato o provvisorio – d'altro lato fornisce un quadro molto imperfetto della vera condizione dell'impero. Sulla relativa organizzazione burocratica essa non dice nulla; la posizione del cancelliere come ministro dell'imperatore viene solo accennata con poche parole, ma non risulta regolata; sul rapporto tra governo e gabinetto prussiano si passa sopra in silenzio; l'accoglimento dell'Alsazia-Lorena nella confederazione dell'impero e la particolare relazione dei *Länder* con l'impero non hanno trovato espressione nella costituzione imperiale, così come l'ingresso di Amburgo e Brema nella comunità doganale e fiscale e quello degli stati della Germania del sud nella comune regolamentazione fiscale dei prodotti alcolici; la regolamentazione del diritto finanziario tedesco è incompleta e risulta a tratti; la corte dei conti non viene citata; non si parla neanche dell'acquisto e della perdita della cittadinanza; per la stragrande maggioranza degli affari che sono stati assegnati alla competenza dell'impero, la costituzione si accontenta di riconoscere questa competenza. Tutte queste importanti materie, e molte altre ancora, sono state regolamentate con una legge dell'impero, che si pone al di là del quadro tracciato dalla costituzione. A proposito di questa caratteristica, sul piano formale, della costituzione dell'impero, si può ben capire come il perfezionamento e la trasformazione della condizione in cui versa la costituzione si siano potuti attuare senza una modifica dei testi della costituzione stessa e come essi siano desumibili solo dal contenuto delle leggi. In questo senso, quasi ogni legge contiene una modifica dello stato della costituzione nel momento in cui dà attuazione alla competenza assegnata all'impero, crea istituti in vista della realizzazione dei compiti politici dell'impero, pone nuove regole con cui le sfere del diritto e della libertà

---

<sup>1</sup> Preuss, *Reichs- und Landesfinanzen*, Berlino, 1894, 29.

del singolo vengono determinate di fronte alla forza dello stato ovvero quelle relative ai componenti della confederazione di fronte all'impero.

Naturalmente, si può solo accennare qui agli sviluppi e al contenuto di questa legislazione, che riempie quasi 30 estesi volumi in quarto della gazzetta ufficiale e che ogni anno aumenta ancor di più; mi devo limitare alle modifiche che l'edificio della costituzione dell'impero ha sperimentato nel senso più stretto del termine e, anche all'interno di questi limiti, ai punti più rilevanti. D'altro canto, è necessario però assumere la fondazione della confederazione della Germania del nord come punto d'inizio, perché la costituzione dell'impero, a prescindere dai diritti particolari della Baviera e del Wüttemberg, è quasi identica alla costituzione della confederazione della Germania del nord, e comunque la segue strettamente.

Ora, si può ben dire che la costituzione della confederazione della Germania del nord, già nel momento in cui è entrata in vigore, non è stata l'espressione completa e totalmente appropriata del diritto costituzionale; e che essa è stata superata, negli sviluppi di fatto della politica, già prima di essere entrata in vigore. E questo vale naturalmente a livello ancora più elevato per i primi 4-5 anni della nuova costituzione.

La costituzione della confederazione della Germania del nord è venuta fuori da un progetto che era opera personale del principe Bismark, nelle sue parti politicamente più significative; il principe Bismark, nel suo sforzo verso una riforma dell'antica costituzione della confederazione, aveva preso le mosse dal saggio principio di limitarsi a ciò che è indispensabile sul piano pratico e di realizzare, nella situazione storicamente data, solo quelle modifiche che erano state assolutamente richieste da indubbie esigenze di carattere politico. La possibilità di raggiungere l'obiettivo senza guerre e senza costrizioni sussisteva solo all'interno di questa delimitazione, con la libera adesione degli stati tedeschi e senza interventi dall'esterno. Questo programma politico, quale il principe Bismark ha perseguito nella questione costituzionale tedesca, ha ottenuto una chiara ed autonoma formulazione nelle condizioni che egli, nel febbraio del 1865, presentò al duca Federico dello Schleswig-Holstein ed il cui riconoscimento egli fece dipendere dalla relativa accettazione. Tali condizioni furono illustrate in un dispaccio prussiano del 22

febbraio 1865 agli inviati prussiani a Vienna con una modalità davvero classica<sup>2</sup>.

La Prussia chiedeva al neoformato stato una confederazione solida e non scioglibile. La Prussia doveva e voleva accollarsi la sua protezione e difesa, ma chiedeva per questo che le forze di difesa dello Schleswig-Holstein fossero annesse a quella prussiana, fossero poste in collegamento organico con quella prussiana e fosse garantito il loro addestramento con la stessa efficienza e completezza come per l'armata prussiana. Per la marina di guerra del ducato fu posta come obiettivo la fusione organica con quella prussiana. Era ovvio che, con la protezione militare e con l'organico collegamento con le forze armate, anche la rappresentanza diplomatica del ducato dovesse passare necessariamente alla Prussia. Per contro, l'autonomia interna del nuovo stato e della sua amministrazione doveva rimanere illimitata, nella misura in cui la leva militare non rendeva necessario un adattamento alle istituzioni prussiane. Inoltre, lo Schleswig-Holstein doveva entrare nell'unione doganale e concedere alcune competenze alla Prussia riguardo al canale nordorientale e al sistema delle poste e telegrafi. Non era presa dunque in considerazione l'unificazione della Prussia e del ducato dell'Elba dal punto di vista di un qualsivoglia carattere statale, ma un'egemonia della Prussia nelle relazioni militari, diplomatiche e degli affari della politica. Era all'interno dell'opera di costruzione di un tale rapporto che si sarebbe dovuta porre una soluzione non solo alla questione dello Schleswig-Holstein, ma al contempo, in via di principio, al problema della riforma della confederazione. Perché i piccoli stati del nord si trovavano nella stessa situazione del ducato dell'Elba; la loro autonomia militare, diplomatica e commerciale era solo una vuota apparenza, un'illusione priva di sostanza. La Prussia doveva assumere nel proprio interesse la loro protezione e la loro rappresentanza e poteva a ragione richiedere di conseguenza che essi partecipassero ai relativi oneri e si ponessero sotto la guida della Prussia. Se una volta si fosse iniziato con lo Schleswig-Holstein, anche con molti di questi piccoli stati si sarebbero conclusi accordi utilizzando lo stesso modello, e con il tempo si sarebbe forse riusciti, con una politica orientata ed abile, anche a smuovere

---

<sup>2</sup> Il dispaccio è stampato in L. Hahn, *Zwei Jahrepreuss-deutscher Politik*, Berlino 1868, 4 e s.

l'uno o l'altro degli stati di medie dimensioni a collegarsi ad una stretta alleanza con la Prussia ed a pervenire così all'obiettivo che si credette di poter raggiungere nel 1849 con la costituzione del Parlamento<sup>3</sup> di Erfurt. Da qui anche la violenta resistenza dell'Austria e degli stati medi contro l'accoglimento delle condizioni di febbraio<sup>4</sup> da parte del duca di Augustenburg.

Nel 1866 il governo prussiano andò ben al di là della linea tracciata dalle condizioni di febbraio, ma tenne fermo il principio di base di una egemonia della Prussia sugli stati del nord. Al re di Prussia vengono essenzialmente riconosciuti, nel progetto costituzionale prussiano, solo quei diritti che sono stati richiesti nelle condizioni di febbraio: rappresentanza diplomatica della confederazione, con il diritto di accreditare gli inviati e di nominare i capi dei consolati, comando supremo sull'armata in guerra e pace, con l'autorizzazione ad adottare quelle disposizioni che garantiscano l'organizzazione unitaria, il riarmo e la formazione; comando ed amministrazione della marina, gestione del sistema postale e telegrafico. A ciò si è aggiunto il diritto di nominare gli inviati della presidenza del *Bundesrat*.

Caratteristica del progetto è l'assenza di un'amministrazione confederale propria, di un'autonoma politica finanziaria e di una giurisdizione confederale.

Nella stragrande maggioranza delle questioni per le quali doveva essere competente la confederazione, quest'ultima era limitata alla legislazione e al controllo sulla sua osservanza; la stessa amministrazione doveva rimanere ai singoli stati fino all'istanza più elevata. Il sistema realizzato nella precedente unione doganale non fu mantenuto solo per quello doganale e fiscale, ma fu esteso a tutto l'ambito della competenza confederale, e solo il modo in cui doveva essere controllata l'osservanza delle leggi confederali nei singoli stati da parte di un presidio federale fu lasciato indeterminato per gli altri settori, con l'eccezione dell'esercito. Ma per le poche questioni per le quali doveva essere introdotta un'amministrazione unitaria ovvero una sua versione sintetica, esse dovevano andare alla Prussia. La marina di guerra viene espressamente sottoposta al co-

<sup>3</sup> [Alleanza tra Prussia, Hannover e Sassonia per una nuova costituzione federale a guida prussiana - n.d.T.].

<sup>4</sup> [Programma minimale prussiano sottoposto all'Austria da Bismark per un autonomo stato dello Schleswing-Holstein - n.d.T.].

mando supremo prussiano e la relativa organizzazione e composizione trasferita al re di Prussia; anche in tema di rappresentanza diplomatica e di consolati, così come per il sistema delle poste e telegrafi, le competenze amministrative dovevano appartenere al re di Prussia in quanto presidenza confederale; in base al progetto di costituzione, non c'era alcuna necessità, anzi neanche l'intento, che il ministero degli esteri, il ministero della marina e l'amministrazione delle poste e telegrafi cessassero di essere autorità prussiane.

Non dovendo essere assegnata alla confederazione un'amministrazione propria, essa non aveva bisogno di propri organi amministrativi; bastavano istituzioni per la legislazione comune e per il controllo della relativa osservanza. Il progetto prussiano di costituzione confederale non reca citazioni pertanto a proposito di un ministero federale; tanto meno il progetto presentato al Reichstag in sede costituente da parte dei governi uniti. Del cancelliere federale il progetto prussiano non dice altro se non che:

“La presidenza nomina il cancelliere federale, è titolare della presidenza nel *Bundesrat* e gestisce le questioni”

e

“Il cancelliere federale può lasciarsi rappresentare, nella gestione delle questioni, da ogni altro componente del *Bundesrat* in virtù di una sostituzione scritta”.

Il cancelliere confederale doveva pertanto essere solo l'inviato della presidenza resuscitata dal precedente *Bundestag* tedesco; egli non doveva avere nessun'altra funzione se non la presidenza e la gestione delle questioni del *Bundesrat*. Egli non era pensato come ministro federale, ma solo come un commissario del ministero prussiano degli affari esteri, in modo da ricevere istruzioni da quest'ultimo. Il principe Bismark non aveva perciò affatto l'intento di assumere questo posto, per il quale, piuttosto, era stato preso in considerazione l'allora inviato del *Bundestag* prussiano (v. Savigny), ma voleva, in quanto presidente del consiglio prussiano e ministro degli affari esteri, esercitare i diritti di egemonia della Prussia, cioè le competenze della presidenza confederale.

Rispetto a questo quadro di diritto pubblico, nel senso di un'egemonia militare e diplomatica della Prussia sugli stati al nord del Meno, risultava a mala pena coerente un'istituzione su cui il prin-

cipe Bismark aveva posto, nei suoi sforzi in senso riformistico, la maggior enfasi e che egli ripetutamente aveva riconosciuto come la premessa più importante e indispensabile per ogni opportuno perfezionamento, cioè un *Reichstag* che provenisse da elezioni generali in quanto rappresentanza dell'intera popolazione della confederazione della Germania del nord. Certo, secondo il progetto costituzionale, i diritti del *Reichstag* dovevano essere contenuti verso l'esterno ed essere essenzialmente limitati ad una partecipazione alla legislazione generale, nel momento in cui determinazioni concordanti delle maggioranze del *Bundesrat* e del *Reichstag* dovevano prendere il posto della unanimità richiesta, nel diritto della vecchia confederazione, per le disposizioni utili per il bene comune. Una rappresentanza generale eletta dalla popolazione è però, per sua natura, espressione di una sintesi statale, di una fusione politica in vista di un bene comune. Il *Reichstag*, sulla base dell'intento ripetutamente espresso da Bismark, era necessariamente destinato a porsi in contrapposizione ad un'assemblea di delegati dei parlamenti dei *Länder*; in esso l'unità del popolo doveva necessariamente trovare un'espressione di diritto pubblico; esso non doveva essere un organo comune dei singoli stati uniti, bensì un organo unitario del complessivo ordinamento politico, tale da comprenderli tutti; esso era destinato a costituire politicamente il contrappeso alle tendenze particolaristiche dei singoli governi. Il *Reichstag* portava, in base alla sua idea di fondo, ad una caratterizzazione in senso statalistico della confederazione, e fu intorno a questa istituzione, che non si adattava all'egemonia prussiana nel quadro di una confederazione di stati, che naufragò la costruzione che era negli intenti del progetto prussiano.

Alla rappresentanza popolare della confederazione doveva necessariamente contrapporsi un governo della confederazione, ed il *Reichstag* non si poteva accontentare del fatto di decidere le leggi senza potersi preoccupare del se e del come esse venissero attuate e chi ne fosse responsabile. All'annessione degli stati del nord sarebbe corrisposto l'ampliamento del *Landtag* prussiano con l'ingresso di deputati da altri stati, per quanto concerne le questioni comuni, così come il *Reichstag* della confederazione del nord si era ampliato con l'ingresso di deputati del sud per il consesso doganale. Ad un *Reichstag* per contro, che risultava costruito in maniera del tutto indipendente dal *Landtag* prussiano in base a principi del

tutto contrapposti, corrispondeva solo un governo confederale indipendente, formalmente diverso dal governo prussiano. Nel *Reichstag* emerse dunque la richiesta di un ministero confederale, cioè di un'amministrazione confederale propria e responsabile nei confronti del *Reichstag* medesimo. Ciò si poneva, però, in forte contrapposizione con l'idea di base del progetto prussiano, e il principe Bismark avversò con la massima risolutezza la proposta; alla fine però egli aderì ad un emendamento – e forse non malvolentieri – che rivoltava totalmente, in forma nascosta, la caratteristica di fondo del progetto prussiano.

Sulle competenze della presidenza il progetto conteneva (art. 19) il principio:

“Alla presidenza spetta la preparazione e la pubblicazione delle leggi confederali ed il controllo della relativa attuazione”.

Ciò corrispondeva all'idea dell'egemonia; perché la presidenza era il re della Prussia; la pubblicazione delle leggi confederali ed il controllo della loro attuazione erano diritti che il re di Prussia doveva esercitare per tutti gli stati della confederazione e per far questo egli si sarebbe potuto servire – e, in assenza di un ministero confederale, si sarebbe dovuto avvalere – del ministero prussiano. I rappresentanti dei governi del nord riuniti a Berlino per la discussione del progetto prussiano aggiunsero però un supplemento, grazie al quale gli stati confederali furono resi partecipi di questo diritto. Esso suonava:

“Le prescrizioni provenienti dalla presidenza vengono quindi emanate in nome della confederazione e controfirmate dal cancelliere federale”.

Il diritto della presidenza veniva con ciò caratterizzato come tale da spettare principalmente alla confederazione e da essere delegato dalla confederazione; il re di Prussia doveva sì esercitarlo, ma in nome della confederazione, e quindi come diritto che per contenuto apparteneva alla confederazione. E le determinazioni dovevano essere sottoscritte dai presidenti del *Bundesrat* – perché altro non era il cancelliere federale, secondo il progetto – e quindi non potevano essere emanate senza controfirma né essere sottoscritte da un ministro prussiano. Il *Bundesrat* fu in tal modo formalmente

reso partecipe del diritto della presidenza; quanto meno fu costruito un legame esterno tra il potere di emanazione della presidenza ed il *Bundesrat*<sup>5</sup>. Tuttavia, la controfirma delle leggi e delle disposizioni risultava dipendere da uno dei ministri prussiani degli affari esteri e l'incaricato d'affari diplomatico a lui subordinato, senza una propria responsabilità, risultava in contraddizione con i principi costituzionali generalmente in vigore. L'aggiunta decisa dai commissari del governo fu un mezzo passo; il *Reichstag* lo fece tutto.

Il *Reichstag* diede al principio la formulazione alla fine accettata dai governi e passata nella costituzione:

“Le prescrizioni e le disposizioni della presidenza federale vengono emanate in nome della confederazione e necessitano per la loro validità della controfirma del cancelliere federale, che ne assume con ciò la responsabilità”.

Con questa determinazione al cancelliere federale, accanto alla funzione di plenipotenziario prussiano e presidente del *Bundesrat*, viene aggiunta la posizione di ministro confederale responsabile.

Pur essendosi omesso di caratterizzare sul piano giuridico la responsabilità, le sue premesse, la sua estensione, il modo di precisare la sua entrata in vigore, non c'era dubbio, però, che la responsabilità era intesa nel senso del diritto pubblico di stampo costituzionale, nel senso cioè di dover sussistere di fronte al *Bundesrat* e al *Reichstag*, e di conseguenza proveniva dal fatto di far da chiusura (*Umschliessung*) del diritto pubblico tedesco<sup>6</sup>.

In questa breve clausola dell'art. 17 della costituzione sta il nocciolo da cui si è determinata tutta l'amministrazione della confederazione e dell'impero; con tale clausola ha preso forma la posizione egemonica della Prussia all'interno di uno stato confederale, tale da porsi al di sopra di tutti gli altri stati, anche al di sopra della Prussia, con una propria amministrazione; con essa è stata modificata ed elevata non solo la posizione del cancelliere confederale, ma anche quella della presidenza confederale<sup>7</sup>. Il principe Bismark disse, in uno dei suoi più famosi discorsi al *Reichstag* il 5 marzo 1878: “in

<sup>5</sup> Cfr. Hänel, *Studien*, II, 19.

<sup>6</sup> Cfr. Hänel, *op. cit.*, 20.

<sup>7</sup> Cfr. Hänel, 21.

base al progetto prussiano, il cancelliere era semplicemente ciò che a Francoforte si chiamava – nel quotidiano (*bundestäglich*) per la confederazione – un inviato della presidenza, tale da dover ricevere istruzioni dal ministro prussiano degli affari esteri e che inoltre aveva la presidenza nel *Bundesrat*. Improvvisamente, con l'art. 17, il significato del cancelliere confederale fu elevato a quello di un ministro che controfirma e, tenuto conto della posizione complessiva, non più a quello di sottosegretario di stato per gli affari tedeschi all'interno del ministero prussiano degli esteri, come si credeva originariamente, ma a quello di un ministro-guida dell'impero”.

Tuttavia, questo fondamentale cambiamento nel testo della costituzione confederale non ha trovato realizzazione, e numerose sue disposizioni rappresentano, tenuto conto della formulazione, rudimenti della originaria tendenza. Ma gli sviluppi effettivi hanno tirato in lungo e in largo tutte le conseguenze del programma di fondo modificato. Anzitutto, la conseguenza evidente è stata che il principe Bismark ha assunto il ruolo di cancelliere federale e, con la denominazione di “ufficio del cancelliere federale”, è stato istituito un ufficio dell'amministrazione che non è un ufficio prussiano, ma un ufficio proprio della confederazione.

Questo è stato il passaggio decisivo, il principale rovesciamento dal pensiero di base del progetto prussiano, l'emancipazione dell'amministrazione confederale dall'amministrazione statale prussiana.

La costituzione confederale, ed altrettanto la costituzione dell'impero, creano dunque un gabinetto confederale, ma un gabinetto che costituisce la punta dell'intera amministrazione confederale e che è responsabile di tutti i suoi rami; c'era pertanto solo un ufficio del cancelliere confederale, i cui affari comprendevano tutte le questioni della confederazione. Il ministero degli affari esteri e il ministero della marina rimanevano però, in coerenza con l'originaria tendenza del progetto prussiano, uffici prussiani ed entrambe le amministrazioni rimanevano dipartimenti prussiani, e dapprima nel 1870 il ministero degli esteri e persino, nel 1872, il ministero della marina furono trasformati in uffici dell'impero e sottoposti al comando del cancelliere dell'impero.

L'ufficio del cancelliere confederale aveva all'inizio tre strutture: il cosiddetto dipartimento centrale, l'ufficio postale generale e la direzione generale dei telegrafi. A questo si aggiunse, dopo il ri-

levamento del *Land*, un dipartimento per l'Alsazia-Lorena e, dal 1° gennaio 1875, un nuovo dipartimento chiamato "ufficio della giustizia dell'impero".

Con i successivi sviluppi della legislazione imperiale si aggiunsero sempre nuovi compiti e i dipartimenti esistenti ampliarono il loro raggio d'azione, sicché l'ufficio del cancelliere dell'impero – come si chiamò a partire dal 1870 – iniziò ad assumere una dimensione informale e indefinibile. Vennero creati pertanto uffici autonomi per nuovi dipartimenti che si aggiungevano e si finiva con il liquidare l'ufficio del cancelliere dell'impero nel momento in cui dai suoi dipartimenti si creavano uffici centrali autonomi. Con questi sviluppi l'organismo amministrativo dell'impero ha ricevuto una forma completamente diversa. Da un profilo incerto di un cancelliere che controfirma le disposizioni della presidenza confederale si è determinato un sistema articolato di uffici amministrativi dell'impero. Questi uffici dipartimentali di rango elevato, totalmente distinti l'uno dall'altro, ciascuno dei quali tale da avere un responsabile particolare, corrispondono, per quanto riguarda gli atti d'ufficio, ai ministeri degli altri stati e si differenziano da essi solo per il fatto di essere tutti sottoposti al cancelliere in qualità di primo ministro. Quei ministeri che erano stati combattuti così duramente nell'accordo di cui alla costituzione confederale, sono venuti fuori sul loro terreno e l'attuale organizzazione imperiale fornisce un quadro di una costituzione statale che mostra a mala pena una somiglianza con la situazione delineata nella legge costituzionale.

Ma gli sviluppi hanno avuto l'ulteriore conseguenza di portare ad una totale trasformazione della posizione del cancelliere. Anche qui la situazione normata dalla costituzione alla lunga è andata persa.

La costituzione imperiale contempla, come prima menzionato, solo un ministro responsabile dell'imperatore; solo con la sua firma le disposizioni dell'imperatore acquistano validità; ed egli solo è responsabile e a questa responsabilità corrisponde il diritto alla guida suprema, alla decisione definitiva. Perché solo per ciò che si può ordinare ovvero vietare si può portare la responsabilità. Ma ciò era del tutto irrealizzabile nell'immane estensione dell'amministrazione vera e propria dell'impero e all'interno della grande differenziazione tra i singoli dipartimenti; la guida suprema e la responsabilità personale di un singolo uomo – foss'anche il più grande uomo di

stato di tutti i secoli – era totalmente illusoria e solamente nominale. Era appena possibile seguire che tutte le amministrazioni fossero *in toto* pervase dallo spirito della politica generale dell'impero, e fossero stati nominati gli uomini più adatti al vertice degli uffici di rango più elevato; non si poteva parlare neanche della supervisione sui dettagli delle questioni e di una possibilità di esercitare un influsso su di essi da parte del cancelliere. Sul piano effettivo, la guida dei singoli rami dell'amministrazione e la responsabilità politica del cancelliere passavano ai titolari dei singoli uffici dell'impero. Ma sul piano costituzionale egli rimaneva responsabile, e l'espreso principio della costituzione, secondo cui le disposizioni dell'imperatore acquistavano validità solo attraverso la controfirma del cancelliere, doveva necessariamente apparire come insufficiente, almeno come in dubbio, se la controfirma poteva avere efficacia per mezzo di un rappresentante del cancelliere dell'impero. Con la legge imperiale del 17 marzo 1878 fu rotto il principio della costituzione e, a parte un rappresentante generale che può essere nominato per l'intera estensione delle questioni e degli obblighi del cancelliere, si consentì che i responsabili dei singoli uffici imperiali superiori subordinati al cancelliere per i rami dell'amministrazione situati nell'amministrazione imperiale fossero ammessi come rappresentanti responsabili del cancelliere. Questa era una modifica essenziale della costituzione dell'impero. Ma la prassi andò subito al di là della linea quale risultava ancora tratteggiata ad opera della legge del 1878. La nomina del rappresentante è facoltativa, secondo questa legge; essa deve aver luogo solo in caso di impedimento del cancelliere e solo su sua richiesta, e per il cancelliere è mantenuta la competenza ad interessarsi ad ogni affare amministrativo anche durante la durata della rappresentanza e quindi di entrare in ogni ufficio a piacere. Queste limitazioni, che corrispondevano all'inclinazione autocratica dell'allora cancelliere, non sono rimaste senza significato pratico. I capi degli uffici qui in considerazione sono stati sempre nominati, senza eccezione, quali rappresentanti del cancelliere, il cui permanente impedimento in ordine alla cura di tutti questi uffici notoriamente è rimasto e rimane come fatto stabile, ed in effetti non si verifica più l'irruzione del cancelliere nei singoli atti d'ufficio delle amministrazioni centrali. La guida diretta di tutta l'amministrazione dell'impero attraverso il cancelliere, così come corrispondente alla costituzione, è stata soppressa; il cancelliere è stato diviso dai sin-

goli dipartimenti, da essi staccato ed innalzato ad una posizione più elevata, in ordine alla quale egli si è organizzato un altro ufficio centrale, con il nome di “cancelleria dell'impero”.

Pur tuttavia la legge del 1878 lasciava sussistere una formale subordinazione dei sottosegretari di stato rispetto al cancelliere, e in questo almeno ancora rimaneva la validità di un residuo del principio costituzionale secondo cui esiste solo un ministro dell'imperatore. Ma già l'anno successivo anche questo principio costituzionale è andato perduto. Perché con la legge del 4 luglio 1879 nell'amministrazione dell'Alsazia-Lorena è subentrato il governatore al posto del cancelliere, ma non, come i sottosegretari di stato, in quanto luogotenente subordinato, ma come successore autorizzato. La competenza del cancelliere è stata suddivisa in due settori, con la legge del 1879; il principio costituzionale per cui esiste solo un ministro dell'Impero, che formalmente non può essere soppresso, non vale più sul piano effettivo; perché ce ne sono piuttosto due di essi. Il governatore è il cancelliere per l'Alsazia-Lorena; la competenza per gli affari del *Land* è sottratta al cancelliere e questi non è autorizzato ad occuparsi di affari d'ufficio che appartengano a quell'ambito di attività. L'amministrazione del *Land* dell'Alsazia-Lorena, che in senso costituzionale è un ramo dell'amministrazione imperiale e che fino al 1879 è anche apparso come tale, è stata in tal modo staccata dalla restante amministrazione; le conseguenze che nascevano dalla posizione dell'Alsazia-Lorena come di un *Land* in via diretta, sono state con ciò praticamente indebolite e si è raggiunta l'equiparazione dell'Alsazia-Lorena agli stati confederali su un punto particolarmente importante.

Tra le molte conseguenze che lo sviluppo di un'amministrazione federale autonoma ha comportato, si può far riferimento qui solo ad una di esse.

Secondo la costituzione, l'imperatore in quanto tale – in coerenza con la tendenza di cui al progetto prussiano – non ha il diritto di formulare proposte nel *Bundesrat* o nel *Bundestag*, di fare cioè proposte di legge; egli non ha il cosiddetto diritto di iniziativa. Ma a che scopo? Nel *Bundesrat* ogni membro può porre questioni, quindi anche il re di Prussia. Come le istanze avanzate dall'Austria sono state caratterizzate nel *Bundestag* a Francoforte s.M. come istanze della presidenza, così le istanze della Prussia nel *Bundesrat* erano proposte della presidenza; ma è impossibile, secondo la co-

stituzione confederale ed imperiale, trovare una qualche differenza tra le questioni prussiane e quelle della presidenza. Se il cancelliere federale fosse rimasto ciò che egli doveva essere sulla base del progetto prussiano, cioè nient'altro che il portavoce plenipotenziario nel *Bundesrat* della Prussia, che riceveva dal ministero prussiano istruzioni e proposte, era del tutto escluso che nel *Bundesrat* fosse posta una istanza della presidenza, cioè fosse presentato un progetto di legge che non fosse stato preparato, elaborato e deciso nel competente dipartimento ministeriale prussiano. Ciò ha subito una modifica però con la divisione tra l'amministrazione dell'impero e l'amministrazione dello stato prussiano. Come poteva, ad opera del governo prussiano, essere preparata una istanza nelle questioni della marina, dei consolati, delle poste e telegrafi, o nelle questioni dell'Alsazia-Lorena e via dicendo, non essendoci affatto un'amministrazione prussiana per questi affari, non essendo competente in esse ed esperto alcun ministero? Tanto meno il bilancio dell'impero, in particolare, può essere elaborato nel ministero prussiano come in un altro stato della confederazione. C'erano pertanto numerose iniziative che venivano fatte emergere, elaborate e fissate non nel ministero prussiano, ma in un superiore ufficio imperiale e che nel *Bundesrat* venivano qualificate non come iniziative prussiane, ma dell'impero. Molto presto le ultime sorpassarono in numero e significato le prime<sup>8</sup>. Ai fini della trattazione nel *Bundesrat* questa differenza era però solo nominale; perché tutte le iniziative dell'impero sono, sulla base della costituzione imperiale, sempre richieste prussiane. Mentre però tutti i voti non prussiani possono essere dati, a seguito di una verifica autonoma, pro o contro da parte dei singoli governi, proprio sulla base del fatto che le iniziative prussiane sono quelle dell'impero, è impossibile che i voti prussiani siano contrari. Ne deriva l'alternativa: o il governo prussiano è posto peggio in tutti gli affari dell'impero rispetto a tutti gli altri governi dei *Länder*; esso deve semplicemente aderire alla decisione del cancelliere; la difesa dei particolari interessi prussiani è affidata non al ministero prussiano responsabile, ma agli uffici imperiali incaricati di curare gli interessi generali dell'impero e responsabili al riguardo. Oppure i lavori e le decisioni degli uffici imperiali vengono sottoposti alla competenza autorizzatoria del ministero prussiano; il

---

<sup>8</sup> Cfr. Fischer, *Das Recht des deutschen Reiches*, Berlino, 1895, 148 ss.

ministero prussiano è l'istanza che decide anche negli affari dell'impero; esso ha un veto nei confronti delle proposte del cancelliere. Ciò che nelle questioni relative all'impero il cancelliere in quanto ministro dell'impero consiglia all'imperatore, il ministero prussiano può sconsigliare al re della Prussia. Finché il principe Bismarck ha completamente dominato tanto il governo imperiale quanto il governo prussiano e la sua volontà è stata determinante in entrambe le sfere, queste difficoltà sono rimaste latenti; ma con il suo successore esse sono emerse ed hanno lasciato apparire come irrealizzabile sul piano dell'effettività la divisione – totalmente ammissibile in base alla costituzione imperiale – delle funzioni del cancelliere dell'impero da quelle del presidente del gabinetto prussiano. È evidente però che un legame puramente esteriore tra i due uffici nella stessa persona non è in grado di superare le difficoltà che si determinano oggettivamente a seguito della divisione dell'amministrazione imperiale da quella prussiana, né è in grado di costituire un argine di fronte al pericolo di conflitti.

\* \* \*

Così come l'organizzazione amministrativa, anche gli sviluppi della finanza pubblica dell'impero hanno portato ad una modifica essenziale della relativa condizione prevista dalla costituzione.

Il progetto prussiano presentava la vistosa peculiarità di non contenere affatto il passo riguardante le finanze della confederazione. Non erano solo – come si è pensato<sup>9</sup> – le cupe rimembranze del conflitto costituzionale prussiano ad aver determinato il principe Bismarck a tener lontano, nei limiti del possibile, il diritto del bilancio prussiano dalla costituzione confederale; ma l'idea di fondo secondo cui la confederazione degli stati del nord doveva essere modellata come la Prussia, dominò anche la costruzione del sistema finanziario, quale era negli intenti. La confederazione doveva avere entrate comuni nelle dogane, e nelle imposte di consumo e nell'avanzo delle poste, e questi dovevano servire alla copertura delle spese comuni per il “sistema militare, della marina e dei consolati” (progetto art. 48).

Per la marina doveva essere concordato un bilancio normale (*Normaletat*) con il *Reichstag*, sicché una sua fissazione annuale sa-

<sup>9</sup> Preuss, *op. cit.*

rebbe stata necessaria solo per gli aumenti di spesa e per le spese *una tantum*; il re della Prussia era chiamato ad amministrare la marina in base a questo bilancio normale (prog. art. 51, comma 4).

Per la struttura dell'esercito ogni anno dovevano essere posti a disposizione del comandante supremo, cioè del re della Prussia, 225 talleri a persona per le forze di pace, a valere sulle entrate generali; se questo importo non poteva essere coperto con queste entrate, esso doveva essere procurato attraverso i contributi matricolari degli stati confederali, quali vengono iscritti dalla presidenza in base alle esigenze. La presentazione del bilancio militare ai fini della sua fissazione nelle forme di una legge non era stata presa in considerazione, eccetto che venissero richiesti incrementi; doveva essere rendicontato al *Bundesrat* e al *Reichstag* solo l'utilizzo dell'importo posto a disposizione della presidenza (prog. art. 59).

I costi degli affari esteri e delle missioni diplomatiche non erano affatto considerati nel progetto; la rappresentanza internazionale doveva anzi rimanere prussiana e quindi essere portata anche a carico della Prussia, ciò che è effettivamente avvenuto fino al 1870.

Altrettanto i costi del cancelliere confederale in quanto inviato presidenziale prussiano sono visti come spese della Prussia, così come ogni stato deve sostenere i costi dei propri delegati nel *Bundesrat*. Non era preso in considerazione, nel progetto prussiano, un ufficio del cancelliere confederale.

In ordine all'autorizzazione e alla determinazione del bilancio rimanevano quindi fuori, oltre ai costi del *Bundestag* e del *Reichstag*, solo le spese politicamente prive di significato dell'amministrazione delle poste e telegrafi e dei consolati, così come le spese che diventavano necessarie, per esempio, occasionalmente, una volta sola.

L'idea di base del progetto prussiano era che alla generalità delle entrate doganali e delle eccedenze delle poste doveva essere contrapposta quella delle spese dei militari, della marina e dei consolati, e che la finanza pubblica della confederazione si dovesse limitare ad una regolamentazione contabile tra la Prussia e gli altri stati confederali, secondo il cui risultato si doveva distribuire agli stessi una qualche eccedenza e si doveva far fronte ad una carenza di stanziamenti sulla base di addizionali sugli stati confederali, tenuto conto della loro popolazione (c.d. contributi matricolari).

I rappresentanti degli stati del nord aderirono volentieri a questa normazione del sistema della finanza; solo fu inserito, nella pro-

posta fatta al *Reichstag* in sede costituente, un comma concernente il sistema finanziario, tale da condurre a chiarezza evidente questi princìpi di fondo. Il bilancio per l'esercito e per la marina doveva essere sottratto all'approvazione; le altre spese generali dovevano essere fissate con le modalità della legislazione confederale e in effetti, nella misura in cui non riguardavano uscite *una tantum*, per la durata della legislatura, quindi per tre anni.

Fu solo aggiunto che, circa l'utilizzo delle entrate generali, dovesse essere dato conto, da parte della presidenza, quindi del re della Prussia, al *Bundesrat* e al *Reichstag*.

Quindi non si parla di imposte confederali, di debiti confederali, di un diritto del bilancio, di un'amministrazione confederale della finanza; gli istituti doganali e i contributi matricolari dell'antica confederazione dovevano essere portati all'interno nella nuova confederazione posta sotto la guida della Prussia.

Anche in questo il *Reichstag* in sede costituente ha riconosciuto l'idea di stato confederale<sup>10</sup>. Si poneva al primo posto il principio per cui, ogni anno, tutte le entrate e tutte le spese debbono essere portate in bilancio e il bilancio deve essere fissato con una legge prima dell'inizio dell'anno finanziario. Si è inoltre deliberato che le eccedenze occasionali di un anno non vengano distribuite, ma debbano essere utilizzate per la copertura delle spese. Si è aggiunta poi la clausola per cui i contributi matricolari debbono essere oggetto di esazione ai fini della copertura delle spese "finché non vengano introdotte imposte confederali" e in tal modo si conferisce alla confederazione il diritto di introdurre tutti i tipi di imposte, dirette e indirette. Si è inoltre aperta, per la confederazione, la possibilità di accendere prestiti e di accollarsi garanzie per gli oneri della stessa confederazione. Si è infine deciso che la presidenza debba annualmente rendicontare al *Bundesrat* e al *Reichstag* ai fini del discarico [di responsabilità].

Il baricentro di queste disposizioni stava, da un lato, nella garanzia del diritto del bilancio del *Reichstag* e, dall'altro lato, nella totale suddivisione del sistema della finanza della confederazione da quella dei singoli stati, nella creazione, dunque, di una finanza pubblica autonoma confederale al posto di una pura regolazione contabile tra la Prussia e gli altri stati confederali. Anche se possono es-

---

<sup>10</sup> Preuss, 31 ss.

sere riconosciuti, in molti articoli della costituzione confederale, residui dell'istituzione originariamente presa qui considerata, nel momento in cui si parla di contributi, partecipazioni, entrate e spese generali degli stati confederali, queste tracce di configurazione societaria sarebbero dovute subito sparire dal momento che i singoli stati partecipavano alle entrate e alle spese nella stessa proporzione, quindi le compartecipazioni si compensavano. I contributi matricolari sono stati visti come un'equiparazione solo temporanea ed essi sarebbero venuti a cadere da sé con un aumento delle imposte esistenti o con l'introduzione di una nuova imposta.

Il diritto finanziario della confederazione si è velocemente sviluppato sul fondamento presente in costituzione; è comparso un autonomo fisco confederale, un'autonoma proprietà della confederazione, un autonomo debito confederale; le spese si sono moltiplicate con l'estensione dell'amministrazione confederale ed imperiale, il bilancio dell'impero si è gonfiato ad una elevatezza non considerata; è divenuto indispensabile un ministero finanziario confederale *ad hoc*, l'ufficio del tesoro della confederazione.

Nell'opera di fondazione della confederazione è rimasto offuscato il chiaro e facile sistema finanziario della confederazione del nord, dal momento che gli stati del sud si sono tratti per sé le eccedenze della loro gestione delle poste e telegrafi, nonché i proventi delle loro imposte sulla birra e sugli alcolici, e hanno per questo pagato i cosiddetti riversamenti (*Aversen*) alle casse dell'impero, contestualmente al fatto che la Baviera, in conseguenza dei propri numerosi diritti particolari, non ha preso parte a certe spese d'amministrazione. Anche l'Alsazia-Lorena ha assunto in alcuni punti una posizione particolare. Con ciò si è impedita la scomparsa dei rapporti di regolazione contabile tra l'impero e i singoli stati; è diventato, al contrario, molto complicato e per ogni stato si sono dovute fissare annualmente le partecipazioni alle diverse generalità di entrate e spese secondo le regole della contabilità delle società. In linea di principio sono state mantenute, però, la suddivisione della finanza pubblica dell'impero da quella dei singoli stati nonché l'autonomia delle entrate imperiali dai dazi e dalle imposte di consumo, e per gli stati della precedente confederazione del nord la suddivisione della finanza pubblica dei *Länder* e quella dell'impero sarebbe stata totale se, dopo il risarcimento francese dei costi di guerra, i contributi matricolari non fossero cresciuti fino ad un im-

porto elevato, anziché scomparire, in conseguenza delle spese militari fortemente aumentate.

Alle accresciute necessità dell'impero si poteva far fronte, alla lunga, solo aumentando le imposte. A questo scopo erano a disposizione due diverse strade: o mantenere il sistema dei contributi matricolari ed aumentare le entrate dei *Länder* ai fini del loro reperimento – oppure smantellare i contributi matricolari e sostituirli con imposte dell'impero. La legislazione dell'impero ha battuto però una terza via: ha incrementato i dazi imperiali e ha introdotto nuove imposte, ma non solo ha mantenuto, nonostante ciò, i contributi matricolari, ma ne ha fatto il baricentro dell'intera finanza pubblica dell'impero.

Quando nel 1879 il governo ha proposto un forte aumento dei dazi e delle imposte sul tabacco, la maggioranza del *Reichstag* ha fatto dipendere la relativa autorizzazione dal fatto che nella legge fosse accolta la seguente determinazione:

“L'entrata da dazi e dall'imposta sui tabacchi che eccede la somma di 130 milioni di marchi in un anno, viene trasferita ai singoli stati in proporzione alla popolazione in base a cui essi hanno partecipato ai contributi matricolari”.

L'accoglimento nella legge di questa determinazione poggiava su una richiesta che è stata chiamata, nelle discussioni, di Frankenstein; questa determinazione di legge si chiama pertanto clausola di Frankenstein.

La stessa determinazione è stata poi accolta nella legge sull'imposta sui francobolli del 1° luglio 1881 e del 27 aprile 1894, nonché nella legge sull'imposta sulle bevande alcoliche del 24 giugno 1887.

L'effetto diretto di queste determinazioni sta nel fatto che le entrate generali dei dazi, dell'imposta sui tabacchi, dell'imposta sui francobolli e dell'imposta sulle bevande alcoliche affluiscono, sì, nella casse dell'impero, ma di esse solo 130 milioni sono a disposizione del finanziamento delle spese dell'impero stesso; l'intero maggior importo, per contro, viene suddiviso tra i singoli stati in proporzione alla popolazione e la restituzione del contributo necessario per la copertura delle spese dell'impero viene di nuovo reclamata da essi in base allo stesso criterio del cosiddetto contributo matricolare.

Un'analisi delle relazioni all'interno dell'impero tra i singoli stati e l'impero medesimo fornisce poi le seguenti procedure:

Anzitutto, i singoli stati impongono i dazi e le imposte in conto dell'impero ed detengono quindi il danaro nelle loro casse; successivamente, essi debbono trasferire questi importi, dopo la deduzione ad essi dovuta per il rimborso dell'esazione, alle casse dell'impero; il complessivo importo, dopo la deduzione di 130 miliardi di marchi, viene poi distribuito dall'ufficio del tesoro dell'impero ai singoli stati in proporzione alle loro popolazioni e alla cassa di ogni *Land* viene assegnato l'importo ad esso spettante; quindi, la cassa di ogni *Land* restituisce di nuovo a quella dell'impero il contributo matricolare che essa deve pagare a proprio carico e, alla fine, agli stati che gestiscono a carico dell'impero un'amministrazione, cioè una propria amministrazione militare, vengono di nuovo restituiti i contributi necessari dalla cassa dell'impero.

Naturalmente, questi invii di qua e di là di danaro non avvengono effettivamente, ma l'intero procedimento trova attuazione attraverso scritture contabili. Si pone però la questione della base su cui si è introdotto un procedimento così articolato; cosa si è inteso raggiungere con la clausola di Frankenstein?

Il suo scopo era triplice:

Anzitutto, doveva essere rafforzato il carattere federalistico dell'impero. I singoli stati raccolgono, secondo questo sistema, come nella precedente unione doganale, i dazi e le imposte per il loro conto generale e se lo distribuiscono. L'impero è a questo riguardo solo un altro nome per l'unione doganale, la legge sui dazi e sulle imposte dell'impero è solo un'altra modalità delle precedenti decisioni relative all'unione doganale, l'ufficio del tesoro imperiale svolge la funzione del precedente ufficio contabile dell'unione doganale. La cassa dell'impero però viene rifornita non con entrate proprie, ma con i contributi sociali dei singoli stati; essa è solo la cassa comune dei singoli stati per le spese generali.

In secondo luogo, la clausola di Frankenstein dovrebbe promuovere interessi particolaristici. Nella misura in cui le entrate dell'impero, così fortemente incrementate, non sono state consumate con le spese di quest'ultimo, esse non dovevano rimanere a disposizione dell'impero, ma tornare a profitto dei singoli stati. Nei fatti, per molti anni le entrate sono state di molto superiori alle necessità dell'impero e quest'ultimo era costretto a trasferire grosse somme ai singoli stati e versava su di loro una vera e propria pioggia di danaro. Non si lasciò all'impero l'eccedenza, ma la si volle raccogliere

nei singoli stati ed utilizzarla nei *Länder*. La dotazione dell'impero con mezzi finanziari ai fini degli interessi generali nazionali doveva essere posposta alla dotazione della cassa dei *Länder* al fine di promuovere gli interessi particolari dei *Länder* medesimi ovvero per la riduzione delle imposte previste dalle leggi sempre dei *Länder*.

Il terzo scopo era il rafforzamento del potere politico del *Reichstag*. I dazi e le imposte vengono autorizzati in via permanente, la legge sui dazi e sulle imposte continua ad avere effetto anno per anno e porta al governo danaro nelle casse pubbliche senza che il *Reichstag* lo possa impedire. I contributi matricolari, per contro, vengono autorizzati nella legge di bilancio; l'autorizzazione vale solo per un anno; il cancelliere può riscuotere gli importi solo nella misura prevista dal bilancio. Sono stati quindi tolti i proventi dei dazi e delle imposte dalla cassa dell'impero e per legge essi sono stati assegnati ai singoli stati, ed il governo dell'impero è stato destinatario, al posto loro, dei contributi matricolari; esso deve così annualmente rivolgere una richiesta al *Reichstag* per la relativa autorizzazione e la maggioranza nel *Reichstag* ha in proprio potere quanto vuole autorizzare e a quali condizioni. In caso di conflitti tra il governo e il *Reichstag*, la posizione del secondo risulta quindi rafforzata con la clausola di Frankenstein.

Se questi obiettivi vengono realmente raggiunti con la clausola di Frankenstein e come essa abbia realmente funzionato finora, non lo discuterò. La questione è stata di recente così di frequente ed in modo penetrante trattata in lavori scientifici<sup>11</sup>, nella stampa quotidiana e nelle discussioni parlamentari, sicché io posso solo ripetere ciò che è stato detto ed è conosciuto; mi limito a constatare che essa è considerevolmente diminuita nella generale valutazione circa il suo valore. Vorrei solo mettere brevemente in luce il rapporto tra la clausola di Frankenstein e la costituzione dell'impero nonché la conseguente trasformazione che ha sperimentato la situazione di quest'ultimo, dal punto di vista costituzionale.

Sulla base dell'art. 38 della costituzione, il provento dei dazi e delle imposte sottostanti alla legislazione dell'impero fluisce, dopo la deduzione dei costi di esazione e di amministrazione, da rimborsare ai singoli stati, nella cassa dell'impero, quindi non nelle casse dei *Länder*. Ma, secondo la clausola di Frankenstein, esso fluisce sì anche

<sup>11</sup> Cfr. cioè l'appropriata critica nello scritto richiamato di Preuss, così come di Kittel, *Die Frankenstein'sche klausel und die deutsche Finanzreform*, Würzburg, 1894.

nella cassa dell'impero, ma rifluisce subito, dopo aver lasciato un deposito di 130 milioni, fuori da tale cassa e ritorna nelle casse dei *Länder*. Esso non passa nelle casse dell'impero, ma al massimo attraverso tale cassa. Rappresenta un'illusione di carattere sofisticato sostenere che l'articolo 38 della costituzione non è violato, nel momento in cui si denominano l'intero provento dei dazi e delle imposte come entrata dell'impero nonché il ritorno dello stesso ai singoli stati come spese dell'impero e come tale da affluire al bilancio. In realtà, i proventi dei dazi (con la deduzione dei 130 miliardi di marchi) e quelli delle imposte gravate con la clausola di Frankenstein non costituiscono entrate e l'assegnazione ai singoli stati non rappresenta spese dell'impero, bensì entrate dei singoli stati. La clausola di Frankenstein ha capovolto il principio costituzionale dell'art. 38.

Secondo l'art. 70, comma 1, della costituzione, le entrate generali che affluiscono dai dazi e dalle imposte generali sul consumo debbono servire per il finanziamento delle spese comuni. La clausola di Frankenstein ha messo da parte anche questo principio costituzionale; i proventi dei dazi e delle imposte di consumo generali, su cui essa trova applicazione, servono non per il finanziamento delle spese dell'impero, ma per rimpinguare le casse dei *Länder*.

Secondo l'art. 70, comma 2, la differenza tra le spese e le entrate generali deve essere reperita con i contributi matricolari, "finché non sono introdotte imposte dell'impero". I contributi matricolari sono dunque costituzionalmente solo un aiuto temporaneo; con l'introduzione delle imposte dell'impero essi dovrebbero cadere. La clausola di Frankenstein ha rigirato nel suo opposto questo principio costituzionale; sono introdotte imposte dell'impero e in effetti al di là delle esigenze di allora dell'impero stesso, ma i contributi matricolari non vengono meno, ma anzi sono stati fatti diventare un istituto permanente, come il più importante mezzo di copertura delle esigenze dell'impero.

La costituzione – nel prevedere la sostituzione dei contributi matricolari con imposte dell'impero – era indirizzata al fatto che la finanza pubblica imperiale fosse totalmente separata da quella dei singoli stati e che tanto l'impero quanto il singolo stato avessero entrate proprie per la copertura delle proprie spese. La clausola di Frankenstein ha posto la finanza pubblica dell'impero e del singolo stato nella connessione più profonda ed ha reso del tutto dipendenti i singoli stati dall'impero, dal punto di vista finanziario, nel

momento in cui, in base al risultato della finanza pubblica imperiale, i singoli stati sono posti in difficoltà ora con maggiori afflussi di trasferimenti ora con la richiesta di addizionali matricolari.

La clausola di Frankenstein è stata quindi una profondissima modificazione della costituzione, sebbene essa lasciasse inalterata la formulazione letterale di quest'ultima. Essa non era imposta da una qualche esigenza pratica e non aveva rimediato ad un inconveniente provocato dalla costituzione; essa è una cattiva testimonianza della fedeltà costituzionale del suo autore.

\* \* \*

Una impressione più gradevole la fa una terza trasformazione del diritto costituzionale della Germania, che per importanza pratica ben supera tutte le altre.

Nei tentativi volti alla riforma dell'antica costituzione confederale, l'amministrazione della giustizia è rimasta del tutto non considerata; si riteneva evidente che essa rimanesse tutta agli stati. La costituzione della confederazione del nord conteneva solo poche determinazioni tratte dal diritto dell'antica confederazione tedesca in ordine alla composizione delle polemiche tra i numerosi stati confederali e delle controversie costituzionali all'interno dei singoli stati, così come sui rimedi nei confronti dei reclami in ordine al diniego di giustizia. Queste determinazioni hanno un significato pratico molto limitato. Alla confederazione non fu assegnata una giurisdizione propria. La costituzione confederale tace a proposito di un tribunale confederale e riconosce che la giurisdizione debba rimanere totalmente ai singoli stati. Perché non c'è dubbio che ai singoli stati sono rimasti i diritti di sovranità, che non sono stati loro sottratti dalla costituzione. Alla confederazione era stata solo concessa, nella costituzione, la competenza alla legislazione sui procedimenti giudiziari, così come sulla reciproca esecuzione delle sentenze nelle questioni civili ed in ordine all'effettuazione delle requisizioni. La conformazione del sistema giudiziario nella confederazione del nord poggiava sullo stesso principio di base come per l'amministrazione: i singoli stati detengono l'esercizio del potere giudiziario, la confederazione è autorizzata a porre le regole generali per questo esercizio e a controllarne l'osservanza.

Le determinazioni della costituzione della confederazione del nord sono passate del tutto alla lettera nella costituzione dell'im-

pero; all'atto della fondazione dell'impero, però, l'effettiva condizione della costituzione era già considerevolmente trasformata. La confederazione del nord aveva già modificato il rapporto circa le competenze tra la confederazione e i singoli stati, senza che ciò fosse venuto ad espressione nella lettera della costituzione.

Per assicurare l'unità e l'uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del codice di commercio e nell'ordinamento dei traffici fu deciso, con la legge confederale del 12 giugno 1869, l'istituzione dell'alta corte del commercio a Lipsia. Ma il significato di questa misura andò al di là di questo scopo pratico. L'alta corte confederale del commercio non era un tribunale generale degli stati tedeschi, così come le alte corti d'appello a Jena, Lubeca e Rostock erano tribunali comuni degli stati partecipanti, ma era un ufficio della confederazione e risp. dell'impero. I membri non erano nominati dai singoli stati, ma erano di nomina imperiale; essa pronunciava i propri giudizi non in nome di quel sovrano del *Land* nel cui territorio si era determinata la lite, ma in nome dell'impero; non esercitava la sovranità dello stato nei singoli stati, ma quella imperiale che stava al di sopra dei singoli stati. La subordinazione dei singoli stati all'impero, che risultava limitata, dalla costituzione, alla legislazione e al controllo, fu estesa alla stessa conduzione dell'amministrazione della giustizia. Fin dove si estendeva la competenza dell'alta corte del commercio, la giurisdizione nei singoli stati non era completa e conclusiva; essa trovava ora il proprio completamento ed attuazione nella giurisdizione dell'impero, cui era subordinata. Tuttavia, la competenza del tribunale confederale era limitata alle questioni commerciali e relative ai traffici; ma ciò aveva un significato secondario. Con numerose leggi imperiali la competenza dell'alta corte del commercio fu ampliata in via permanente, sino a quando infine, nel 1879, al suo posto subentrò il tribunale dell'impero con competenza su tutte le controversie giuridiche civili e nelle cause penali. A prescindere dalla particolare posizione che occupa la Baviera anche a questo riguardo, come in così tanti altri ambiti, e a prescindere dalle regole processuali che fanno dipendere l'istanza al tribunale dell'impero da certe premesse, i tribunali dei singoli stati non possono più prendere incondizionatamente decisioni giuridicamente vincolanti e conclusive. Perché queste decisioni diventano giuridicamente efficaci solo a condizione che le parti siano acquiescenti al riguardo, omettendo di presentare ricorso.

Con la legge del 12 giugno 1869, che fu dichiarata legge dell'impero all'atto della fondazione di quest'ultimo, uno dei più importanti diritti di sovranità è passato dai singoli stati all'impero medesimo. La legge sulla istituzione dell'alta corte del commercio fu la più importante modificazione che la costituzione abbia sperimentato sin dall'epoca della confederazione del nord; ma poiché questa modifica non è venuta ad espressione né nella costituzione confederale né nella costituzione dell'impero, si può dire che sul punto quest'ultima già era superata, all'atto della sua introduzione, dal diritto costituzionale materiale dell'impero.

Ma già incombeva una modifica ancor più penetrante, quale si realizzò con l'introduzione delle leggi in materia di giustizia. La forza giuridica di un giudizio costituisce un portato della sovranità statale, della forza dello stato e perciò, così come la forza dello stato è del tutto delimitata territorialmente, essa non si estende al di là dei confini dello stato cui appartiene il tribunale. Anche quando più stati hanno un cosiddetto accordo di aiuto giuridico, il giudicato che ha avuto luogo in uno stato ottiene nell'altro forza di diritto pubblico, cioè forza esecutiva, se il tribunale interno lo dichiara esecutivo. L'accordo di aiuto giuridico dà fondamento, sì, ad un reciproco obbligo al riconoscimento dei giudizi, ma la forza giuridica e l'esecutività del giudizio straniero all'interno poggiano sempre sul comando della forza statale interna. Questo rapporto sussisteva anche tra gli stati tedeschi ed era stato mantenuto con la costituzione della confederazione del nord e dell'impero, anche se alla confederazione e all'impero era stata riconosciuta la competenza alla legislazione in ordine alla esecutività dei giudizi di diritto civile e sulla esecuzione delle requisizioni. A partire dall'introduzione della nuova costituzione in materia di tribunali e delle disposizioni processuali, questa relazione è stata però totalmente capovolta. La forza giuridica di diritto pubblico delle decisioni e dei giudizi finali dei tribunali ordinari, gli effetti giuridici delle litispendenze intervenute in un tribunale e la forza vincolante delle disposizioni giudiziali si estendono lungo l'intero territorio dell'impero. Ogni singolo stato esercita attraverso i propri tribunali del *Land* una giustizia, quindi una forza pubblica, una sovranità sull'intero territorio dell'impero e su tutte le persone che dimorano in esso. Questa forza non può essere dedotta da quella statuale dei singoli stati; la Prussia non può conferire ad un tribunale un potere di supremazia sulla Sassonia e il contrario. La

vera fonte di questa forza giudiziale unitaria, tale da racchiudere l'intero impero, può essere solo propriamente la forza di quest'ultimo. Anche se i tribunali vengono costruiti, posseduti e gestiti dagli stati, essi esercitano però un diritto di sovranità sul terreno della giurisdizione ordinaria quale si radica nella forza dell'impero e il cui più alto soggetto è rappresentato da quest'ultimo. Il correlato di questa estensione della giurisdizione di tutti i tribunali dei *Länder* al territorio dell'impero è però una regolamentazione unitaria delle norme sulla competenza, poiché altrimenti i poteri dei tribunali dei vari stati entrerebbero in collisione l'uno con l'altro, così come una regolamentazione unitaria del procedimento e una garanzia in ordine all'uniforme interpretazione ed applicazione delle prescrizioni essenziali del processo. Non basta che tutti gli stati tedeschi abbiano una eguale struttura giudiziaria e concordi ordinamenti processuali; essi debbono essere sottoposti in queste questioni ad un ordinamento unitario, ad essi prescritto da un potere più elevato.

L'amministrazione della giustizia di tutti gli stati confederali deve essere legata ad un sistema unitario, internamente armonizzato, in cui i singoli stati non possono intervenire discrezionalmente con la loro legislazione e con la loro amministrazione. Nei fatti in nessun settore la concatenazione federale dei singoli stati e il relativo inserimento nell'organismo complessivo imperiale risultano più completamente realizzati rispetto al settore della ordinaria giurisdizione litigiosa<sup>12</sup>, mentre, secondo la carta costituzionale, proprio in questo rapporto sembra essere meno toccata l'indipendenza degli stati.

\* \* \*

Questi rivolgimenti sul terreno dell'amministrazione, del sistema finanziario e del sistema giudiziario non sono affatto le uniche modificazioni che la costituzione dell'impero ha sperimentato. Accenno solo, a mò di esempio, alla grande contrapposizione che è stata creata tra l'ordinamento conforme a costituzione del sistema militare e la situazione effettivamente esistente per la massima parte della Germania, attraverso le convenzioni militari; poi, alla principale opposizione tra la posizione di *Land* e quella di componente

<sup>12</sup> Allo stesso modo della ordinaria giurisdizione litigiosa, anche al settore del sistema industriale è stata estesa l'effettività delle concessioni e delle abilitazioni all'esercizio sull'intero territorio dell'impero, ma il suo conferimento è stato vincolato alle norme giuridiche dell'impero.

della confederazione, nonché alla modifica della costituzione dell'impero in tal modo provocata; all'ingresso degli stati del sud nella comunità fiscale sulle bevande alcoliche e relative conseguenze finanziarie e di diritto pubblico; all'allungamento della durata della legislatura del *Reichstag* e via dicendo.

D'altro canto, la costituzione in alcuni punti attende ancora di essere perfezionata. La responsabilità del cancelliere e del suo rappresentante, così come del governatore dell'Alsazia-Lorena, non è ancora formalizzata come istituto dell'impero, ma funziona solo come principio: il diritto del bilancio e i controlli contabili non sono neanche normati dal punto di vista della legge imperiale, ma vengono assunti, per così dire, in prestito anno per anno dalla Prussia; la relazione tra l'impero e i singoli stati in riferimento al sistema ferroviario è regolata lacunosamente e si basa più su un *modus vivendi* tra gli stati considerati, che non su principi fissati in base ad una legge dell'impero; la modificazione unitaria del diritto civile si trova ancora in uno stadio preparatorio.

Nuove esigenze porranno nuovi compiti, e la costituzione creata nel 1867, e ampliata nel 1871, non sfuggirà al destino di tutte le istituzioni umane e un giorno cadrà nella polvere del tempo.

Questa costituzione non è solo l'opera del grande uomo di Stato, il cui 80esimo compleanno il popolo tedesco si accinge a festeggiare proprio come giorno di festa nazionale, con sicuro ringraziamento e sicuro omaggio; ma rappresenta al contempo la creazione di un idealismo politico che ha riempito e nobilitato lo spirito tedesco, che ha elevato quest'ultimo al di sopra degli interessi in conflitto delle classi economiche ed al di sopra dei litigi e delle ostilità dei partiti. Questo slancio patriottico della nazione, che è continuato ancora un decennio dopo la fondazione dell'impero, sembra oggi essere paralizzato; le questioni politiche sono state spinte sullo sfondo dalla lotta di classe economica; la coscienza complessiva della nazione viene messa in pericolo dall'odio confessionale, dall'ostinazione particolaristica e dalle basse passioni dell'egoismo. Ma l'instimabile tesoro della fedeltà pronta al sacrificio, dell'amore fervido per la patria e del senso del diritto e della equità, quali il carattere tedesco porta con sé, non andrà perso, e su di esso si basa la ragionevole speranza che anche in futuro troverà attuazione il perfezionamento del diritto costituzionale tedesco in vista del benessere e della fortuna della patria, nonché della buona sorte dei suoi abitanti.

CLEMENTE FORTE

## POSTFAZIONE

*L'incipit* dello contributo di P. Laband costituisce una delle più chiare ed efficaci rappresentazioni della forza intrinseca del concetto di costituzione nel diritto pubblico contemporaneo.

Con un' enfasi anche ammantata di una qualche vena retorica, del tutto spiegabile tenuto conto del contesto del discorso e della natura stessa del testo (si tratta di un conferenza), viene posto in tutta evidenza il carattere sacro della costituzione, come garanzia suprema della "libertà e della sicurezza giuridica". Il che giustifica il suo radicamento "nella coscienza giuridica del popolo" e una percezione della sua relativa violazione come qualcosa tale da "evocare una santa ira ed una profonda irritazione nell'animo del popolo".

Già allora però (l'epoca è quella della Germania guglielmina del 1895), questo carattere sacro illanguidiva nella realtà delle cose. Già allora, infatti, altro era la costituzione formale, altro era quella materiale: la messa in luce di questa distanza è il nocciolo della conferenza, che dimostra con una serie di esempi come – pur senza modifiche al testo della carta – ne fossero già stati stravolti alcuni assi portanti mediante semplici leggi ordinarie.

Qui sta anche la freschezza del testo, probabilmente di carattere dirompente a quell'epoca, quando cioè vi erano tutte le condizioni – almeno è da presumere – perché, al contrario, prevalesse un discorso, o almeno una sensazione, di una forte organicità e coerenza dei vari istituti di diritto positivo rispetto alla legge fondamentale. Una coerenza che, nonostante la distonia tra leggi e costituzione, continuò ad essere percepita fino a quando la funzione omogeneizzante era stata svolta, in via di fatto, dalla figura del cancelliere Bismark, una volta venuta meno la quale sarebbero emerse le contraddizioni.

Si apriva con ciò il campo della differenza tra costituzione formale e diritto materiale.

L'attualità della conferenza, almeno per il contesto di oggi del nostro paese, sta tutta nel fatto di indurre a riflettere sulla profonda modifica in atto circa il significato della costituzione e delle relative trasformazioni, ben lontane ormai dal trovare il proprio retroterra nel maturare della coscienza più profonda di un popolo.

Che le costituzioni, oggi, in linea generale, siano sottoposte a torsioni, ovvero a modifiche di significato, la scienza costituzionalistica contemporanea da tempo lo ha messo in luce in maniera abbastanza netta. Di recente E. Cheli<sup>1</sup>, nell'interrogarsi sul futuro delle costituzioni, ha ricordato in senso dubitativo il fattore dell'indebolimento della forza degli Stati nazionali, nonché delle nozioni classiche ad esso sottostanti (sovranità, popolo, territorio), anche se alla fine il messaggio è di segno positivo, nel senso che le costituzioni comunque continuano a svolgere un ruolo, sia pur diverso, in termini di "cornice unitaria agli interessi, individuali e sociali, che entrano in gioco al fine di risolvere attraverso forme non violente i conflitti sociali": ne deriverebbe che "funzione essenziale di una Costituzione – qualunque Costituzione, quali che siano le caratteristiche del tessuto sociale e politico sottostante – è dunque quella di tenere unito questo tessuto".

Ora, il nostro paese sta sperimentando in questa legislatura una riforma non secondaria della costituzione, in tema di revisione del bicameralismo paritario e dello stesso federalismo di cui al titolo V. E la conferenza di Laband può aiutare a mettere in luce la profonda differenza di significato tra il senso ideale e teorico di una costituzione (e delle relative modifiche, ovviamente), ed il contesto e la funzione che oggi caratterizzano le finalità del processo di revisione costituzionale in atto nel nostro paese<sup>2</sup>.

Naturalmente, il presupposto delle riflessioni che seguono è che una costituzione debba continuare a trovare fondamento in quanto espressione delle basi di un patto fondante che tenga insieme una comunità, come appare ragionevole credere al di là di ogni dubbio e come in fin dei conti Laband ribadisce in termini abbastanza chiari nel già richiamato *incipit*: tutta la conferenza è d'altra parte intesa a mettere in luce il progressivo distacco dell'ordina-

---

<sup>1</sup> Cfr. *Vi saranno ancora le Costituzioni?*, il Mulino, novembre-dicembre 2015.

<sup>2</sup> Si prescinde qui dalla distinzione tra attività costituente e processo di revisione costituzionale.

mento materiale dai sacri principi costituzionali, che quindi diventano di fatto via via meno significativi.

A proposito della dimensione completamente nuova in cui sta venendo a calarsi oggi l'esigenza di adeguare la legge fondamentale di un paese come il nostro, una prima caratteristica è l'effetto sempre più evidente della sovranazionalità, nel senso del progressivo inserimento del diritto nazionale in quello europeo (almeno). Si tratta di un tema antico, ormai, ben presente da tempo anche nella stessa giurisprudenza costituzionale e che trova premessa e suggello nella stessa evoluzione del diritto eurounitario.

Un inequivoco esempio si è avuto (ma altrettanto è accaduto in altri Stati europei) con la riforma della Costituzione finanziaria del 2012, volta ad introdurre (tra l'altro) il doppio vincolo dell'equilibrio di bilancio delle pubbliche amministrazioni e della sostenibilità del debito pubblico, nel tentativo di respingere l'effetto di una crisi dapprima finanziaria e poi politica, il cui superamento sarebbe dovuto avvenire dimostrando la volontà di impegnarsi per una finanza pubblica meno squilibrata e suggellando tale impegno *in primis* in costituzione, a garanzia di serietà.

Dal punto di vista del metodo, si è avuto un adeguamento ad un ordinamento sovranazionale: evoluzione inevitabile se il nuovo riferimento è alla coscienza della comunità europea (almeno).

Questo implica però che, man mano che si modifica il contesto sovranazionale e le scelte di merito che ne costituiscono la premessa, l'alternativa è, quindi, adeguare di continuo l'ordinamento, anche costituzionale: ovvero portare di fatto ad una situazione di evidente indebolimento della forza effettiva di quest'ultimo, come Laband mette in luce.

La vicenda costituzionale del 2012 può essere un caso di scuola sotto quest'ultimo versante.

Si era infatti partiti – con il c.d. *Fiscal Compact* (ma non solo), poi costituzionalizzato in alcuni Stati, tra cui l'Italia – da un'idea di governo della finanza pubblica incentrata sul miglioramento delle condizioni dell'offerta, uno dei cui cardini era costituito appunto dall'equilibrio delle pubbliche finanze all'interno di un progressivo ridimensionamento della domanda di risorse finanziarie espressa dall'operatore pubblico, il che avrebbe comportato uno sviluppo più sano trainato dalla componente privata dell'economia: in questo contesto il pareggio del bilancio ed una riduzione del debito

pubblico sarebbero stati i passaggi obbligati per convogliare risorse al settore privato.

Per una serie di motivi, non ultimo dei quali un evidente errore *ex post* di sottovalutazione dell'effetto depressivo dei vari percorsi verso il pareggio di bilancio, si sta passando all'introduzione progressiva di margini di flessibilità nell'interpretazione delle condizioni di pareggio. Si fa strada così un orientamento incentrato anche sul sostegno diretto del settore pubblico alla domanda aggregata (consumi ed investimenti), con ciò almeno affiancando allo schema originario basato sul miglioramento delle condizioni dell'offerta, uno schema di ritorno in campo attivo da parte dell'operatore pubblico.

È in atto dunque una rilevante modifica di senso del complesso normativo in vigore in questo settore, a tutti i livelli, attraverso interpretazioni e nuovi significati. Il che sottopone inevitabilmente a torsione gli istituti approvati non solo al di fuori dell'ordinamento domestico, ma anche, ed inevitabilmente, al suo interno, a partire dal livello costituzionale, modificandone la portata e le implicazioni, a parità di testo, attraverso acquisizioni di significato di carattere evolutivo, ancorché consentite con decisioni formali.

Il testo di Laband è doppiamente utile al riguardo: far capire, da un lato, la distanza dell'*ethos* di una norma costituzionale dell'oggi rispetto al suo dover essere, e, dall'altro, l'ampiezza della divaricazione tra la forma della costituzione e l'ordinamento concreto quale si sviluppa a livello sub-costituzionale ed attuativo, proprio perché si modifica lo scenario sovranazionale di partenza che ha originato la revisione costituzionale.

Per intanto, la conseguenza è che le nuove norme costituzionali del 2012 si trovano di fatto in via di desuetudine e difficilmente possono assurgere a parametro di legittimità.

Ma il riferimento non è solo a queste modifiche costituzionali. Torsioni e cambi di paradigma – destinati tra l'altro a porre sotto pressione un coscienzioso esercizio della funzione giurisdizionale – sono ben visibili anche nella riforma costituzionale in corso d'approvazione.

La *ratio* di questa riforma è andata progressivamente modificandosi, infatti, per inserirsi anch'essa, da ultimo, in uno degli aspetti dell'evoluzione in atto del quadro normativo eurounitario nelle materie della finanza pubblica.

Lo scenario di fondo è quello già descritto: si intende rendere possibile nell'immediato un allentamento dei vincoli finanziari, in vista di un quadro rafforzato nel medio periodo che garantisca su basi più solide il rispetto dei medesimi vincoli finanziari, attraverso un incremento della domanda (sostenuta anche dal settore pubblico) ed un conseguenziale aumento del prodotto.

Il tema delle riforme strutturali è oggi parte integrante di questo modello di scambio tra costi o riforme di breve periodo e (dichiarati) effetti di crescita di medio-lungo periodo. Infatti, alcuni tipi di riforme sono finalizzati proprio ad aumentare il potenziale di crescita sostenibile, con un impatto positivo persino quantificabile sulla sostenibilità a lungo termine delle finanze pubbliche, attraverso appunto l'aumento del prodotto.

Tra di essi vi sono anche le riforme costituzionali in atto, come dimostrano i documenti ufficiali, esplicitamente intese (anche) a consentire margini di flessibilità nella gestione della politica finanziaria in termini di deviazioni temporanee dall'obiettivo di bilancio a medio termine, posto come pareggio strutturale nel caso italiano. Nei documenti ufficiali sono state anche proposte quantificazioni degli effetti di queste riforme sull'incremento del prodotto interno lordo.

In sintesi, si modifica la Costituzione (anche) per avere margini di flessibilità di bilancio.

\* \* \*

Traendo le fila del discorso, si è in presenza dunque di un modo profondamente nuovo d'intendere il senso di una norma costituzionale: il (tutto sommato fisiologico) passaggio dal sentire di una comunità nazionale a quello di una comunità sovranazionale – se si fa parte di una contesto più ampio che non può non implicare una progressiva cessione di sovranità – si sta accompagnando alla progressiva modifica di senso sia di disposizioni di tal rango già in vigore (riforme del 2012), sia dei processi *in itinere*, che cambiano man mano significato.

Le norme costituzionali continuano ad avvicinarsi all'attualità, con ciò venendo meno la loro ragion d'essere, in quanto vertice della gerarchia delle fonti, man mano che il relativo contenuto non

è più espressione di stabilità, di durata. La differenza tra diritto e legge ha colto e coglierebbe ancora questa duplicità di piano.

Laband ce lo ricorda in questa conferenza (e non solo, naturalmente), nel momento in cui rimarca con forza il carattere surrettizio delle profonde modifiche alla costituzione guglielmina ad opera di semplici leggi ordinarie, lontane rispetto all'essenza di passaggi cruciali di quella carta fondamentale e comunque non sempre frutto del sentire più profondo di una comunità.

Ed anche oggi è ragionevole sostenere che il patto su cui si fonda qualsivoglia comunità si muove necessariamente sul piano della durata lunga e non può essere chiamato quindi a rincorrere gli avvenimenti e ad inseguire le fisiologiche evoluzioni della decisione immediata: sono le elezioni periodiche a rappresentare il momento del giudizio del breve-medio periodo. Le costituzioni sono altro.

Non è un caso che il modello di norma costituzionale ebbe origine dall'idea delle c.d. "clausole eterne" di cui alla Dichiarazione dei diritti del 1789 in Francia, cui si riconduce solitamente l'avvio del costituzionalismo continentale europeo.

\* \* \*

Un'ultima annotazione di carattere più tecnico, per gli aspetti del diritto contabile vivente, può essere ricondotta all'istituto del c.d. bilancio normale (*Normaletat*), che, ricorda sempre Laband, implica per le amministrazioni che fungono da asse portante di uno stato (come le forze armate, all'epoca), che i relativi stati di previsione di bilancio non vengano approvati dalla rappresentanza, con la riserva che solo gli incrementi delle dotazioni lo siano. Ciò – presumibilmente – per evitare sia il rischio di una dilazione (ovvero di un rifiuto) dell'approvazione (i cui devastanti esiti furono ben visibili all'epoca del grande conflitto tra governo e parlamento nel 1866 in Prussia), con conseguente messa in pericolo della *salus rei publicae*, sia la ripetitività di una riapprovazione di un consolidato già suggellato nel passato, che poi è stato a lungo il motivo per cui non si è approvato con legge (sia pure formale) il conto del patrimonio dello stato.

Una lettura di tali principi da un'altra angolazione mette in luce la genesi e la stessa *ratio* della suddivisione tra legislazione vigente (suggello dell'esistente) e legislazione variata (nuova deci-

sione). Non si tratta peraltro di istituti di carattere solo storico: essi risultano ben incardinati nel nostro ordinamento contabile di oggi, non solo sulla base della Costituzione in vigore fino al 2012 (precedente terzo comma dell'art. 81), ma anche in quanto riproposti dalla legge di natura rinforzata che ha dato attuazione al nuovo art. 81, distinguendo, nella legge di bilancio, una sezione a legislazione variata (con modifiche normative dell'ordinamento di diritto sostanziale in vigore) e una sezione a legislazione vigente (quale riflesso in bilancio degli effetti contabili del medesimo diritto sostanziale in vigore).

Per cui, anche da questo secondo punto di vista, la conferenza di Laband fornisce, nonostante i 120 anni trascorsi, un contributo di chiarezza sulla *ratio* di istituti pienamente vigente, oggi, nel nostro ordinamento.



RICORDO



ANTONIN SCALIA  
(1936-2016)

*La scomparsa di Antonin Scalia, avvenuta il 13 febbraio scorso, priva la Corte Suprema degli Usa di un suo giudice autorevole e originale. E priva altresì la comunità internazionale dei giuristi, specialmente dei costituzionalisti, di uno studioso che con grande coerenza ha sempre difeso le sue teorie originaliste, che hanno sempre suscitato grandi e appassionati dibattiti. Ci sarà tempo e modo per studiare con attenzione la dottrina Scalia, anche alla luce delle sue dissenting opinions, che sono più numerose delle concurring, per cogliere a fondo e in pieno il senso e il significato dello "originalismo" (ovvero "testualismo") costituzionale. In un'intervista rilasciata a Diletta Tega per Quaderni costituzionali (n. 3, 2013), così disse: «Quello che cerco è il significato originario [non l'intento originario]; in altre parole, il significato della disposizione di volta in volta in oggetto, così come compreso al momento in cui essa fu ratificata». Contestando altresì le tecniche della giustizia costituzionale fondate sul c.d. bilanciamento, che consentono ai giudici di riscrivere la Costituzione sulla base di quello che essi considerano essere giusto e vero, per assurgere ad arbitri morali del mondo. La sua repulsione all'attivismo giudiziale, ha fatto dire a qualcuno che Scalia è uno dei pochi che è voluto diventare giudice per diminuire il potere dei giudici. E sul diritto costituzionale globale, oggi tanto à la page, pensava che fosse la cosa più antidemocratica che avesse mai sentito, e comunque filosofia non certo diritto.*

*Uno studioso da studiare e con cui confrontarsi: Scalia ha scritto molti articoli e libri, uno degli ultimi, insieme a Garner, Reading Law: The Interpretation of Legal Texts (2012); altrimenti A Matter of Interpretation (1997) con un suo saggio molto acuto, che provocò una serie di commenti (tutti pubblicati nel libro) di Wood, Tribe, Glendon e Dworkin ai quali lui replicò. Su questa Rivista, ci è parso giusto ricordarlo, sia pure brevemente, anche se contiamo di ospitare uno studio dedicato alla sua dottrina, perché volle consegnarci, per la pubblicazione, il suo speech, che tenne all'Istituto Bruno Leoni nel*

*maggio del 2013, dedicato a Democracy, Judicial Activism and Free Markets (in questa Rivista, n. 2-3, 2013, 220 ss.). Un articolo che merita di essere letto e meditato con attenzione; e che può essere compreso altresì come una sorta di manifesto della dottrina Scalia. Dottrina che non deve essere vissuta in maniera dividente, come capita nella periferia dell'impero al di là dell'Atlantico: infatti, non è un derby tra conservatori e progressisti, tra sostenitori dell'interpretazione letterale vs. evolutiva. Così si fa torto a Scalia e più in generale alla scienza giuridica, che deve essere, proprio in quanto scienza, sine ira ac studio. Bisogna semmai essere grati a chi mette in circolo nuove idee e nuove teorie, che dispiegano il pluralismo delle opinioni, il free market ideas, fondamentale in una società aperta. Come ha saputo fare Antonin Scalia.*

(T.E.F.)

Hanno collaborato a questo fascicolo

GIULIANA GIUSEPPINA CARBONI

*Professore associato di diritto pubblico comparato nell'Università di Sassari*

RAFFAELE CHIARELLI

*Professore straordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università G. Marconi di Roma*

ENRIQUE DE MIGUEL CANUTO

*Professore di diritto tributario nell'Università di Valencia (Spagna)*

GIUSEPPE DE VERGOTTINI

*Professore emerito di diritto costituzionale nell'Università di Bologna*

CATERINA DRIGO

*Ricercatore di Diritto costituzionale nell'Università di Bologna*

GASPARE FIENGO

*Ricercatore di diritto internazionale nell'Università degli studi "Suor Orsola Benincasa" di Napoli*

CLEMENTE FORTE

*Consigliere della Corte dei Conti, già Direttore del Senato della Repubblica*

TOMMASO EDOARDO FROSINI

*Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli*

GIUSEPPE GUARINO

*Professore emerito di diritto amministrativo nell'Università Sapienza di Roma*

PETER HÄBERLE

*Professore emerito di Diritto pubblico nell'Università di Bayreuth (Germania)*

ULRIKE HAIDER-QUERCIA

*Professore associato di diritto pubblico comparato nell'Università G. Marconi di Roma*

ALESSANDRO MARTINUZZI

*Dottorando di ricerca in diritto costituzionale nell'Università di Bologna*

LUIGI MELICA

*Professore ordinario di diritto costituzionale comparato ed europeo nell'Università del Salento*

KONATSU NISHIGAI

*Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università di Tokyo (Giappone)*

EDOARDO CARLO RAFFIOTTA

*Ricercatore di Diritto costituzionale nell'Università di Bologna*

PAULO RANGEL

*Vice Presidente della Commissione affari costituzionali del Parlamento europeo e Presidente del European Ideas Network*

LUCIA SERENA ROSSI

*Professore ordinario di diritto internazionale nell'Università di Bologna*

DOMINIQUE ROUSSEAU

*Professore ordinario di diritto pubblico nell'Università la Sorbona di Parigi*

FEDERICO SAVASTANO

*Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate nell'Università di Roma La Sapienza*