



# Percorsi costituzionali

**Tommaso Edoardo Frosini**  
I percorsi costituzionali  
di Beniamino Caravita  
di Toritto

**Giuseppe Morbidelli**  
Il molteplice  
e rilevante contributo  
di Croce  
al processo  
costituente

**Giuseppe de Vergottini**  
Il costituzionalismo  
nel pensiero  
di Nicola Matteucci

**Augusto Sinagra**  
La compatibilità  
costituzionale del "sistema"  
dell'Unione europea

**Ylenia Maria Citino**  
Borrowing Constitutional  
Provisions Regarding  
Parliamentary Opposition?  
An Introductory  
Comparative Note

**Michael Dunne**  
'The Long Road  
to Racial Justice':  
Congressional Compromise  
and Judicial Absolutism  
in American History

**Maria Alessandra Stefanelli**  
PMI, Europa,  
Industry 5.0.  
Osservazioni giuridiche  
in ordine alla nuova  
sovranità digitale

**Beatrice Bertarini**  
The Importance  
of the Right to Health  
in the European  
Legal Framework  
and the Health  
in all Policies Approach

**Philipp Zorn**  
Il diritto pubblico  
dell'impero tedesco

fMC

Fondazione Magna Carta

# Percorsi costituzionali

## 1.2021



**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  
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.

Finito di stampare nel marzo 2022 - Print Sprint - Napoli.

**ISSN 1974-1928.**

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

# INDICE

1.2021

## SAGGI

TOMMASO EDOARDO FROSINI, <i>I percorsi costituzionali di Beniamino Caravita di Toritto</i> .....	p.	3
GIUSEPPE MORBIDELLI, <i>Il molteplici e rilevante contributo di Croce al processo costituente</i> .....	»	7
GIUSEPPE DE VERGOTTINI, <i>Il costituzionalismo nel pensiero di Nicola Matteucci</i> .....	»	35
AUGUSTO SINAGRA, <i>La compatibilità costituzionale del “sistema” dell’Unione europea</i> .....	»	45
YLENIA MARIA CITINO, <i>Borrowing Constitutional Provisions Regarding Parliamentary Opposition? An Introductory Comparative Note</i> .....	»	73
MICHAEL DUNNE, <i>‘The Long Road to Racial Justice’: Congressional Compromise and Judicial Absolutism in American History</i> .....	»	95
MARIA ALESSANDRA STEFANELLI, <i>PMI, Europa, Industry 5.0. Osservazioni giuridiche in ordine alla nuova sovranità digitale</i> .....	»	115
BEATRICE BERTARINI, <i>The Importance of the Right to Health in the European Legal Framework and the Health in all Policies Approach</i> .....	»	137

## PASSATO E PRESENTE

PHILIPP ZORN, <i>Il diritto pubblico dell’impero tedesco</i> (traduzione a cura di Clemente Forte) .....	»	153
<i>Postfazione</i> di Clemente Forte .....	»	185
<i>Elenco collaboratori</i> .....	»	189



# SAGGI



TOMMASO EDOARDO FROSINI

I *PERCORSI COSTITUZIONALI*  
DI BENIAMINO CARAVITA DI TORITTO

Tutti noi che lo conoscevamo, avevamo una profonda ammirazione per Beniamino Caravita di Toritto, specialmente quelli della mia generazione. Studioso brillante e autorevole, avvocato di successo, uomo delle istituzioni e grande organizzatore culturale e scientifico. Era, per certi versi, una personalità alla quale ispirarsi con la speranza di riuscire a imitarlo un po'. C'era poi il Beniamino privato, che era un amico sincero e affettuoso, sempre pronto a coinvolgere, soprattutto i giovani, nelle sue iniziative, come quella, davvero eccezionale, di *Federalismi.it*. C'era, purtroppo, perché il 25 novembre del 2021 ci ha lasciato, dopo avere combattuto fino all'ultimo un male incurabile.

In questa *Rivista* – di cui Lui fu tra i fondatori insieme a un gruppo di costituzionalisti, all'epoca (circa quindici anni fa) riuniti nel cenacolo della Fondazione “Magna Carta”, e poi componente del comitato scientifico – ci piace ricordare lo studioso e soprattutto l'uomo. Dello studioso rimangono i libri e in generale gli scritti. Nel caso di Beniamino ne restano molti, sia i primi che i secondi. L'esordio è con un volume “coraggioso”, specialmente per un giovane che all'epoca aveva trent'anni. Infatti, discutere *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione* (1984), voleva dire impegnarsi su uno degli argomenti fondanti il diritto costituzionale, sul quale però la dottrina non si era mai manifestata, lasciando cioè “grezzo” il secondo comma dell'art. 3. Fin tanto che ci ha provato e ci è riuscito Beniamino, ragionando intorno alle possibilità di utilizzazione della disposizione costituzionale, in punto di efficacia giuridica come principio fondamentale e anche sul versante giurisprudenziale attraverso il criterio della ragionevolezza. Passa solo un anno e Beniamino pubblica un altro libro, di argomento completamente diverso, nuovo e di non facile elaborazione. Perché indaga sulla *Corte “giudice a quo” e introdu-*



zione del giudizio sulle leggi. *La Corte costituzionale austriaca* (1985), su suggerimento di Aldo M. Sandulli, Maestro di Beniamino, che lo indirizza a studiare il tema a seguito dell'ordinanza n. 95 del 1980, con la quale la Corte aveva, per la prima volta, sollevato la questione di legittimità costituzionale di fronte a sé stessa. Beniamino scrive un libro di diritto comparato – materia peraltro sulla quale aveva svolto la tesi di laurea sotto la guida di Gino Gorla – perché analizza la vicenda della giurisprudenza costituzionale austriaca con continui e precisi riferimenti a quella italiana, francese e spagnola. Il volume porta l'indicazione di un numero I, al quale, evidentemente, avrebbe dovuto fare seguito un numero II, che si sarebbe concentrato maggiormente sulla vicenda italiana. Sebbene non pubblicato sotto forma di volume, il tema però è stato più volte trattato da Beniamino sia come studioso (da ultimo, il volume da Lui curato su *Un riaccentramento del giudizio costituzionale?* edito nel 2021) che come avvocato patrocinante in numerosi giudizi davanti alla Corte costituzionale.

Molti altri libri portano la firma di Beniamino, sia come autore che come curatore. E negli anni la firma si completa con “di Toritto”, rivendicando così un giusto orgoglio familiare. Non mi è possibile qui prendere in esame tutte le opere, tra cui un fortunato manuale di diritto dell'ambiente e un'importante silloge di scritti raccolti nel volume *Tra crisi e riforme* (1993); senza dimenticare i numerosi lavori sul titolo quinto della Costituzione e più in generale il *federalizing process*. A me piace ricordare uno degli ultimi suoi scritti, su un tema di frontiera e trattato da studioso senza frontiere: *Principi costituzionali e intelligenza artificiale* (2020), che invito alla lettura per i tanti acuti e originali spunti su un argomento diventato *a la page* ma che pochi, come Beniamino, hanno saputo trattare come si deve.

Il riferimento al tema della tecnologia, sia pure nella versione dell'intelligenza artificiale, mi consente di chiudere questo breve intervento con un ricordo personale. Beniamino era un grande appassionato di tecnologia e possedeva sempre l'ultimo ritrovato tecnologico, fosse uno *smartphone* o un *tablet*. Anche io, confesso, ho questo “peccato”. E allora, ci incontravamo, spesso casualmente talvolta preavvertendoci con un *sms*, in un piccolo negozio di prodotti tecnologici, che si trova a Roma in Piazza Euclide. Ci confrontavamo sulle nostre comuni passioni tecnologiche, sulla oppor-

tunità o meno di acquistare l'ultimo modello, ma poi, inevitabilmente, iniziavamo a colloquiare di diritto e di politica, di accademia e dintorni. Ricordo con nostalgia quelle conversazioni, in un contesto scevro di sovrastrutture e quindi aperto a un franco e libero colloquio. Che mi hanno arricchito molto, di più di quanto avrebbero potuto fare un seminario o una conferenza. Uno studioso è un grande studioso quando riesce a trasmettere il sapere prescindendo dai contesti ambientali. Questo era Beniamino Caravita di Toritto.



GIUSEPPE MORBIDELLI

## IL MOLTEPLICE E RILEVANTE CONTRIBUTO DI CROCE AL PROCESSO COSTITUENTE

SOMMARIO: 1. Il processo costituente “informale”. – 2. Il ruolo di Croce nel processo costituente informale e le relative ragioni. – 3. I tre principali versanti dell’azione di Croce e della sua “diplomazia personale”. – 4. La questione istituzionale. – 5. La “svolta” di Salerno. – 6. Croce nel secondo Governo Badoglio e nel Governo Bonomi. – 7. La partecipazione alla Consulta e le polemiche con Parri e con Togliatti. – 8. L’Unione Democratica Nazionale. – 9. Croce in Assemblea Costituente: il discorso contrario alla ratifica del Trattato di pace. – 10. (*Segue*) Il discorso sull’impianto complessivo della Costituzione. – 11. Quello che resta del contributo di Croce alla Costituente.

### 1. *Il processo costituente “informale”*

Le costituzioni nascono attraverso un processo costituente, nel quale l’approvazione formale del testo costituzionale è solo la fase finale. Il potere costituente infatti nasce prima del procedimento formale di canonizzazione del documento (anzi è sempre immanente nella storia dei popoli, tanto che è stato assimilato a “il fuoco che cova sotto le ceneri”), e si esplica attraverso una serie di atti formali e informali talvolta anche violenti, non definibili *a priori* in quanto – come scriveva Carl Schmitt<sup>1</sup> – trattasi di una decisione politica istitutiva e fondante in cui non si conoscono né giudici né legge<sup>2</sup>. Tutto questo attraverso modi, tempi e forme variegatissime (e più volte passate in rassegna dalla dottrina<sup>3</sup>) che conducono alla istituzione di un nuovo ordine costituzionale per il tramite di uno speciale incari-

---

<sup>1</sup> V. *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, 109 ss.

<sup>2</sup> V. nel senso che il potere costituente non possiede forme predeterminate per manifestarsi già E.J. Sieyes, *Che cos’è il terzo stato? (Qu’est-ce-que le tiers Etat? 1789)* in *Opere e testimonianze politiche*, a cura di G. Troisi Spagnoli, tomo I, vol. I, Giuffrè, Milano, 1993, cap. V, spec. 256 ss.

<sup>3</sup> V. per tutti C. Mortati, *La Costituzione*, Darsena, Roma, 1945 e più di recente P.G. Grasso, *Potere costituente*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, 642 ss.

cato (in genere una Assemblea Costituente) cui viene demandata l'elaborazione e la formulazione della decisione politica<sup>4</sup>.

Fatto è che in Italia la Costituzione del 1948 ha i suoi germi costituenti sin dalla caduta del fascismo e che vanno a radicarsi nella istituzione dei Comitati di Liberazione Nazionale (CLN), nel dibattito e successive determinazioni in ordine alla c.d. questione istituzionale, e dunque nel "Patto" o "svolta" di Salerno, nei decreti luogotenenziali 25 giugno 1944 n. 151 (c.d. "Costituzione provvisoria") e 16 marzo 1946 n. 98, nelle interlocuzioni con le autorità alleate e con la stessa monarchia, nella Resistenza e nella partecipazione di forze armate italiane allo sforzo bellico degli alleati, nell'accordo firmato tra gli Alleati ed il CLNAI (Comitato di Liberazione dell'Alta Italia) il 7 dicembre 1944<sup>5</sup>, nonché nelle variegate e molteplici prese di posizione in scritti, discorsi e altri documenti da parte di esponenti politici o di soggetti dotati di particolare autorevolezza culturale e morale<sup>6</sup>.

## 2. *Il ruolo di Croce nel processo costituente informale e le relative ragioni*

Di questo processo Benedetto Croce è stato uno degli attori principali (non per nulla a cura del Senato della Repubblica si è tenuto nel 2002 un convegno dal titolo "*Benedetto Croce e la nascita della Repubblica*" onde appunto mettere in luce il ruolo maieutico assunto dal filosofo ai fini della formazione del nuovo assetto istituzionale). Il ruolo di Croce muoveva da ragioni convergenti: la statura e l'autorevolezza di intellettuale riconosciute anche a livello internazionale<sup>7</sup> oltre che dai comandi alleati, stante del resto il suo

<sup>4</sup> V. ancora C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, cit., 130.

<sup>5</sup> L'accordo tra Governo italiano e CLNAI infatti comportava il riconoscimento da parte del Governo italiano del CLNAI quale organo dei partiti antifascisti nel territorio occupato dal nemico cui seguiva la delega da parte del Governo a rappresentarlo nella lotta di liberazione.

<sup>6</sup> Si tratta di un periodo ampiamente studiato da storici e giuristi: tra i primi v. per tutti E. Di Nolfo, *Il contesto politico militare*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti, La nascita delle costituzioni europee del secondo dopoguerra*, Torino, 25-26 ottobre 1996, Cedam, Padova, 2000, 13 ss.; tra i secondi rinvio a v. E. Cheli (a cura di), *La fondazione della Repubblica. Dalla costituzione provvisoria all'Assemblea Costituente*, Il Mulino, Bologna, 1979.

<sup>7</sup> Basti dire – a conferma – che quando Croce inviò una lettera al Presidente Roosevelt in data 29 ottobre 1944 di presentazione di Raffaele Mattioli e Quinto Quin-

passato di avversione al fascismo attraverso il noto Manifesto degli intellettuali del 1925 da lui ideato e promosso<sup>8</sup>; la sua presenza nel secondo Governo Badoglio e nel primo Governo Bonomi, la sua attiva partecipazione al CLN, l'influenza esercitata nella progettazione della restaurazione del sistema democratico anche attraverso il Partito Liberale Italiano di cui fu rifondatore subito dopo l'8 settembre e presidente fino al novembre 1947. Infine e soprattutto vanno menzionate le sue tante prese di posizione attraverso articoli di stampa, interviste, dichiarazioni, discorsi, nonché interlocuzioni a vari livelli (da Togliatti a Vyshinsky<sup>9</sup>, da Badoglio a Orlando, da De Nicola a Tarchiani, da Sforza a Bonomi, da Macmillan a Porzio, da Acquarone a Falcone Lucifero, dal Principe ereditario a Nenni, da personaggi dell'*Office of Strategic Services* statunitense a diplomatici sovietici di primo livello, quali Michail Kostylev, Rappresentante del Governo dell'URSS presso il Governo d'Italia e Alexander Bogomolov, ambasciatore e ministro plenipotenziario<sup>10</sup>, e con

---

tieri, incaricati dal nostro governo per trattare di rapporti economici tra gli Stati Uniti e l'Italia, ricevette una cortese risposta firmata dallo stesso Roosevelt nella quale si scriveva testualmente "Dr. Mattioli and Baron Quintieri were doubly welcome here as friends of yours": v. *Dall'Italia tagliata in due all'Assemblea costituente. Documenti e testimonianza dai carteggi di Benedetto Croce*, a cura di M. Griffo, prefazione di Gennaro Sasso, Il Mulino, Bologna, 1998, rispettivamente 214 e 226.

<sup>8</sup> Va altresì ricordato che in Senato Croce votò contro le leggi che sopprimevano la libertà di associazione e di stampa, contro il Tribunale speciale, la pena di morte e la nuova riforma elettorale, costituendo con Ruffini, Fortunato e pochi altri un piccolo drappello di oppositori in Senato. Ed infatti è stato definito "nume tutelare dell'antifascismo e assai ascoltato all'estero": così S. Cingari, *Dietro l'autonarrazione, Benedetto Croce tra Stato liberale e Stato democratico*, Mimesis, Milano-Udine, 2019, 232.

<sup>9</sup> Con il quale non si peritò a manifestare la sua ideologia anticomunista tanto che ebbe a donargli un suo scritto sul comunismo: "è venuto poi l'altro commissario, quello russo, Andrea Vyschinsky, e a me e allo Sforza, che poco dopo è sopraggiunto, ha fatto le stesse domande [l'abdicazione del re, ndr], alle quali abbiamo risposto in modo esauriente. Non c'è voluto molto a dimostrarli che l'abdicazione del re, invece di svogliare l'esercito e la marina dal combattere, li invoglierebbe. Non so che cosa abbia in mente questo russo, che è, da parte nostra, imperscrutabile. Gli ho donato un mio opuscolo sul comunismo e la sua storia". B. Croce, *Taccuini di guerra 1943-1945*, a cura di C. Cassani, con un saggio di P. Craveri, Adelphi, Milano, 2004, 73, alla data 11 gennaio 1944.

<sup>10</sup> Valga ricordare come a seguito del colloquio con i diplomatici russi, così osservò "Si è discorso di politica italiana e non italiana e io ad essi ho spiegato, rischiando di passare per molto ingenuo, che cosa è veramente il liberalismo, e ho detto che so bene che essi non l'ammettono, ma che presto o tardi dovranno anche in Russia, se si ristabilirà pace e civiltà, ricorrere a quell'unico metodo". Cfr. *Taccuini di guerra 1943-1945*, cit., 124, alla data 19 aprile 1944.

essi una vera e propria folla di giornalisti e diplomatici italiani e stranieri, politici, alti ufficiali<sup>11</sup>. L'attivismo di Croce, malgrado l'età avanzata e soprattutto le malferme condizioni di salute, e che va dal 25 luglio 1943 fino al termine dei lavori dell'Assemblea Costituente, si spiega con il largo credito di cui godeva presso l'opinione pubblica, le forze politiche e gli stessi alleati talché i loro appelli e i loro inviti ad adoperarsi per orientare e guidare il percorso di ristabilimento delle istituzioni non potevano lasciarlo indifferente<sup>12</sup>, considerato per di più il suo "credo" liberale, che del resto gli aveva fatto predisporre il già ricordato Manifesto del 1925 e, il suo senso di devozione alla patria<sup>13</sup>, come emerge dai suoi tanti richiami al come "rifare l'Italia". Come ha scritto Sartori, il problema dello Stato in Croce fu sempre sentito in funzione dell'identificazione "Stato-patria" e il suo senso dello Stato fu, ad un tempo, amor di patria<sup>14</sup>. D'altra parte *"la fuoriuscita dal regime fascista, la riconquista della libertà, il passaggio alla Repubblica non costituiscono per Croce solo un nodo storiografico. Essi avviluppano anche un nodo filosofico che stringe il suo stesso sistema teorico, quello dei rapporti fra la filosofia dello spirito e la storia, fra il liberalismo filosofico e le vicende politiche"*<sup>15</sup>. In altri termini *"gli interventi politici di Croce non corrispondono solo all'adempimento di un dovere civico, ma sono un modo specifico di comunicare il proprio messaggio filosofico... la filosofia è educazione alla realtà come dispiegamento della libertà ed è educa-*

<sup>11</sup> V. su questo andirivieni di personaggi a Villa Tritone quanto scrive R. Ducci, *Croce, Longanesi e Togliatti e le donne pettegole*, in Id., *I Capintesta*, Rusconi, Milano, 1982, 100-112, in particolare, 103-104.

<sup>12</sup> *"Mi sono state fatte richieste e rammentati obblighi ai quali non ho ritenuto di dover sottrarmi"*. Il 27 ottobre 1946, in un discorso tenuto a Torino, Benedetto Croce, sintetizzando la sua esperienza di quegli anni, si definiva *"un politico di occasione"* che *"si augura sempre che passi l'occasione che lo ha costretto a fare politica attiva: simile a chi non essendo vigile del fuoco, in un incendio apporta o trascina anch'egli una secchia d'acqua per estinguerlo, augurandosi di uno trovarsi più in mezzo agli incendi e di tornare al suo lavoro consueto"*: v. *Saluto alla città di Torino*, in *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, 2 voll., Bibliopolis, Napoli, vol. II, 321.

<sup>13</sup> *"Come ogni buon cittadino, io credo che il dovere verso la patria primeggi"*, così nella lettera di Croce al Direttore del "Risorgimento", Sorrento, 18 luglio 1944, 198, ora in *Dall'«Italia tagliata in due»*, cit., 198. Cfr. B. Croce, *Taccuini di guerra*, cit., 185, alla data 19 luglio 1944.

<sup>14</sup> V. G. Sartori, *Stato e politica nel pensiero di Benedetto Croce*, Morano, Napoli, 1996, 1.

<sup>15</sup> Così M. Pera, *Introduzione*, in *Benedetto Croce e la nascita della Repubblica*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003, VII ss.

zione delle classi dirigenti, intese non come gruppo sociale, ma come la determinazione storica, continuamente aperta e in movimento, di quell'equilibrio che, di volta in volta, gli uomini raggiungono durante il cammino della libertà<sup>16</sup>.

Non per nulla all'indomani del 25 luglio il suo pensiero dominante fu quello della "sorte dell'Italia": "il fascismo mi appare già un passato, un ciclo chiuso, e io non assaporo il piacere della vendetta; ma l'Italia è un presente doloroso"<sup>17</sup>.

Di lì a poco con una lettera aperta, dal titolo *La libertà innanzi tutto e sopra tutto*, al «Giornale d'Italia» formulava un appello all'unità nazionale "nella libertà": "Uniamo, dunque, tutti, di tutti i partiti, formati o in formazione, le nostre forze per dar forza al comune nostro fondamento: la libertà; e stiamo vigili contro le deviazioni che possono essere prodotte dai nostri particolari affetti, i quali, per troppo desiderio di attuarsi prontamente, finirebbero col distruggere, insieme con essa, sé medesimi. La libertà deve essere negli animi una religione, col sublime delle religioni, col loro rigore e i loro scrupoli; e se questa religione, per effetto dell'oppressione sofferta, metterà in Italia più larghe e più profonde radici che non avesse in passato, anche quell'oppressione non sarà stata invano"<sup>18</sup>.

Nel contempo, Croce operò per ricostruire il Partito Liberale Italiano (PLI) e, a far sì che questi aderisse alla coalizione dei partiti antifascisti che si erano costituiti nel Comitato di Liberazione Nazionale (CLN). In altri termini – come è stato scritto – il crollo del fascismo e la liberazione proiettarono «Croce al centro della scena politica e culturale italiana»<sup>19</sup>; sì da dar luogo ad una sua "diplomazia personale"<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> M. Pera, *Presentazione*, in *Benedetto Croce. Discorsi parlamentari*, Il Mulino, Bologna, 2002, 10.

<sup>17</sup> B. Croce, *Taccuini di guerra 1943-1945*, cit., 14 alla data 27 luglio 1943.

<sup>18</sup> *La libertà innanzi tutto e sopra tutto!*, ora in B. Croce, *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, cit., 11-12.

<sup>19</sup> S. Cingari, *Dietro l'autonarrazione, Benedetto Croce tra Stato liberale e Stato democratico*, cit., 279.

<sup>20</sup> Così E. Di Rienzo, *Benedetto Croce. Gli anni dello scontento 1943-1948*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2019, 13: "dal settembre del 1943 al giugno 1944 ... Villa Tritone, nei pressi di Sorrento, dove Croce si era rifugiato nel dicembre 1942 ... divenne l'altra capitale morale si ma anche politica ... dell'Italia postfascista e antifascista che si contrappose alla capitale istituzionale di Brindisi ... fu dallo Stato libero di Villa Tritone, infatti che il direttore de *La Critica*, accanto ma non senza contrasti con Enrico De Nicola e il 'principe dei fuoriusciti', Carlo Sforza, andò sviluppando il disegno di una sua diplomazia personale".



### 3. *I tre principali versanti dell'azione di Croce e della sua "diplomazia personale"*

Senza procedere oltre nella ricostruzione completa ed accurata delle iniziative di cui Croce fu instancabile promotore, spesso in collaborazione con alcuni esponenti dell'*Office of Strategic Services* statunitense, è essenziale dar conto dei tre principali versanti lungo i quali si sviluppò la sua azione da inquadrare tra le componenti del processo costituente. In primo luogo, fu tra i promotori della costituzione di gruppi di combattimento italiani del tutto autonomi dai residui del regio esercito "che non facciano dimostrazioni né monarchiche né antimonarchiche, e pensino unicamente a cacciare i tedeschi e a farsi onore"<sup>21</sup> e destinati ad essere affiancati agli eserciti alleati. In secondo luogo, Croce pose subito in evidenza la necessità di affrontare e risolvere la questione istituzionale per la ragione che il Re si era irrimediabilmente compromesso con il ventennio fascista. Più volte infatti ribadì come Vittorio Emanuele III, ma anche l'erede al trono Umberto, avessero perduto ogni credibilità, talché soltanto attraverso la loro dismissione da ogni ruolo istituzionale poteva essere possibile una azione di recupero della tradizione monarchica, tradizione che nel pensiero di Croce si intrecciava e si saldava con il processo risorgimentale e l'esperienza liberale. Infine, terzo punto, il filosofo auspicava una rinascita nazionale attraverso la ripresa della vita politica di cui i partiti antifascisti non potevano essere né esclusi né ridotti al ruolo di invitati di pietra a vantaggio della monarchia.

Fu appunto lungo queste tre coordinate che si è delineata quella che abbiamo ricordato essere stata definita la *diplomazia personale* di Croce.

### 4. *La questione istituzionale*

Il primo dei suoi intendimenti, espresso già nel *Manifesto per la chiamata dei volontari affisso in Napoli il 10 ottobre 1943*, che propugnava la guerra legale contro i tedeschi sia per ricostituire l'onore, la dignità e l'avvenire della patria sia perché è una questione della politica «dell'unico governo, che legalmente esiste[va] ora in

---

<sup>21</sup> *Taccuini di guerra 1943-1945*, cit., 29-30 alla data 6 ottobre 1943.

Italia, che [era] quello che [aveva] concluso l'armistizio con gli Alleati»<sup>22</sup> trovò esito nell'accordo raggiunto a Brindisi con Badoglio a seguito di una difficile trattativa, non dopo aver ottenuto il sostegno angloamericano a favore della formazione di corpi combattenti con bandiera italiana<sup>23</sup> cui però non seguirono risultati concreti di rilievo<sup>24</sup>.

Il centro della sua attenzione fu peraltro la questione istituzionale largamente anticipata nella lettera a Walter Lippmann, nella quale il filosofo ribadiva le violazioni dello Statuto da parte del sovrano sottolineando la debolezza della posizione in cui la monarchia si era venuta a trovare<sup>25</sup>. Ed infatti l'abdicazione del sovrano costituì l'argomento principale del discorso pronunciato all'Università di Napoli il 28 novembre 1943, nel quale fece presente i pericoli di rinviare la soluzione della "questione istituzionale" dopo la liberazione del territorio nazionale<sup>26</sup>. Sull'argomento il filosofo ri-

<sup>22</sup> Così in *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, cit., vol. I, 12.

<sup>23</sup> B. Croce, *Taccuini di guerra 1943-1945*, cit., alla data 8 ottobre 1943, 30.

<sup>24</sup> Per la precisione: il 22 settembre 1943, conversando con il capo dell'O.S.S. William Donovan, Croce aveva chiesto l'autorizzazione per formare gruppi di combattimento italiani costituiti da volontari per combattere i tedeschi confidando nel sostegno alleato. Per parte sua Donovan suggerì lo stanziamento di fondi e materiali nonché l'impiego di istruttori alleati per finanziare ed addestrare i volontari italiani affidandoli alla guida del generale Giuseppe Pavone. Dopo la costituzione del Fronte nazionale della liberazione (24 settembre), Croce, Raimondo Craveri il generale Pavone e Alberto Tarchiani decisero di inviare una missione per raggiungere un accordo con il Governo Badoglio. L'incontro di Brindisi del 4 ottobre, come si evince dal verbale, non fu esente da fraintendimenti e incomprensioni. Ciononostante Badoglio non si oppose in via di principio riconoscendo l'autonomia dell'iniziativa dall'esecutivo e dal sovrano e promettendo di non interferire. Pochi giorni dopo anche il comando anglo-americano concesse il *placet*. In realtà l'iniziativa non decollò mai, in parte perché Badoglio temeva che l'iniziativa potesse compromettere la rinascita dell'esercito italiano ma anche perché il comando anglo-americano si lamentò per l'inerzia dimostrata dal generale Pavone. Alla fine di ottobre Croce annotava nel diario che con molta probabilità i gruppi di volontari sarebbero stati sciolti e i suoi membri destinati ad altre operazioni, sempre d'intesa con gli anglo-americani. Cfr. B. Croce, *Taccuini di guerra 1943-1945*, cit., 19, 20, 22-4, 27, 30, 39, alle date 13, 14, 22, 24-25, 30 settembre, 1°, 7-8, 30 ottobre 1943; *Relazione e proposte del generale Donovan, Salerno, September 23, 1943*; *Capri, nella dimora del Senatore Croce, 24 settembre 1943*; *Visita a Badoglio, Brindisi, 4 ottobre 1943*, ora in *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, cit., 325-326, 327, 328-335.

<sup>25</sup> B. Croce, *Lettera a W. Lippmann*, ora in *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, cit., vol. I, 24-9.

<sup>26</sup> «Aspettare di risolversi all'abdicazione quando l'Italia sarà libera dall'invasore significa non vedere o assai ritardare quel giorno o raggiungerlo in condizioni miserande:

tornò più volte, ad esempio, nel “*Discorso per l’abdicazione*”<sup>27</sup>, nella *Risposta al maresciallo Badoglio*, pubblicata sul «Risorgimento» il 15 dicembre<sup>28</sup>, nel discorso che avrebbe dovuto leggere in occasione del primo congresso dei Comitati di liberazione dell’Italia meridionale convocato per il 20 dicembre 1943 a Napoli (congresso che poi non ebbe luogo per il divieto frapposto dagli alleati). Per quell’occasione Croce, dopo l’iniziale appello all’unità nazionale e alla leale collaborazione in vista della comune missione, rievocò lo spirito e il clima degli anni del regime, gli anni della “perduta libertà”. Ma al centro di tutto pose ancora la questione istituzionale con ulteriori argomenti: “*Perché se il re riuscisse a far trionfare nel campo dei fatti materiali la sua tesi – che, cioè, egli si sia comportato con perfetta coerenza costituzionale e con scrupolosa osservanza del patto giurato nell’acceptare e convalidare il regime fascistico [...] – se trionfasse nel campo esterno questa tesi che è in flagrante contrasto con la verità storica... si tornerebbe a impiantare la vita pubblica italiana sopra una menzogna, che rinnoverebbe in noi il tormento che abbiamo descritto*”<sup>29</sup>.

Che queste parole fossero dolorose per Croce e per la sua fede monarchica, ma dettate dal senso del dovere morale intimamente percepito, risulta con evidenza dalla lettera inviata il 9 dicembre al colonnello Tanferna: “*Sono stato sempre monarchico, e reputo che uno dei maggiori delitti del fascismo sia stato l’aver scosso o addirittura distrutto la sapiente opera dei nostri padri che avevano congiunto la monarchia dei Savoia con la libertà. Ma il male è fatto ed è irreparabile: nessuno potrà rialzare il re e il figlio, che non era un fanciullo e che perciò ha partecipato alla responsabilità del padre. Unico modo*

---

*e questa sarebbe tale responsabilità che ognuno, e più di tutti il re che per oltre venti anni aveva tenuto fede allo Statuto e si era fatto rispettare ed amare come il re “democratico”, tremerà di assumere», ora in *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, cit., vol. I, 34.*

<sup>27</sup> 28 novembre 1943 in *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, cit., vol. I, 30.

<sup>28</sup> Ora in *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, cit., vol. I, 34-6. In questo scritto il filosofo considerava il Re il principale responsabile del fascismo per una serie di colpe che risalivano già alla mancata firma dello stato di assedio proposto dal Governo Facta nell’ottobre 1922: addossava al Re “*una responsabilità maggiore di quella del Mussolini, che era un povero diavolo, corto d’intelligenza, e ubriacato da facili successi demagogici, laddove egli (il Re: n.d.r.) era stato accuratamente educato e aveva governato un’Italia libera e civile*”, *ivi*, vol. I, 35.

<sup>29</sup> B. Croce, *Per il congresso dei Comitati di liberazione dell’Italia meridionale*, ora in *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, cit., vol. I, 42, ma v. anche *Appello ai popoli delle nazioni alleate*, ora in *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, cit., vol. I, 48-9.

*di tentare di salvare la monarchia è la reggenza per il Principe di Napoli” [...] <sup>30</sup>.*

La questione istituzionale fu poi riproposta nel suo intervento al congresso di Bari nel gennaio 1944 dei sei partiti uniti nei Comitati di liberazione (c.d. esarchia). In esso mise in luce il rapporto osmotico o anzi di causa ed effetto tra la soluzione della questione istituzionale attraverso l’allontanamento del trono sia di Vittorio Emanuele III sia del principe ereditario con il risanamento e la rinascita dell’Italia, la quale doveva mettere da parte coloro che avevano contribuito al disastro<sup>31</sup>. Del resto, aveva scritto “*Pretendere che l’Italia conservi il presente Re, è come pretendere che un redivivo resti abbracciato ad un cadavere*”<sup>32</sup>. Mise altresì in luce il legame che si era andato stringendo tra l’Italia e le potenze alleate “*un legame diverso e superiore a quello dei trattati politici, degli armistizi e delle rese, perché è in una promessa di carattere morale e religioso, da noi religiosamente accolta. [...] Questa volta la nostra sorte è saldamente congiunta alle sorti del mondo tutto e dell’umana civiltà*”<sup>33</sup>.

La conclusione cui giunse costituiva un vibrante appello affinché all’Italia fosse consentito di rimettersi al lavoro e addirittura che essa fosse “rispettata ed ascoltata” perché il contributo italiano alla “civiltà del mondo” non poteva essere negato o minimizzato, nonostante la ventennale dittatura fascista: “*L’Italia è la prima terra di Europa che viene ad essere liberata dal fascismo-nazismo e dagli invasori tedeschi: e all’assetto che essa prenderà col favore delle nazioni alleate i popoli degli altri paesi europei guarderanno come a saggio della loro nuova vita. [...] Restituendo un’Italia, un’Europa, più consapevole e accortamente liberale che non fosse del passato, anche i popoli che formalmente non hanno mai perduto i fondamentali istituti liberali, purificheranno e rinsalderanno la loro fede in essi, della qual cosa c’è oggi gran bisogno nel mondo, per la salute del mondo*”<sup>34</sup>. Diversamente, ammoniva Croce, ci sarebbe stato il rischio di “disgregamento del governo politico e dell’amministrazione” ossia l’a-

<sup>30</sup> Croce a Tanferna, Sorrento, 9 dicembre 1943, in Dall’«Italia tagliata in due» all’Assemblea costituente, cit., 103.

<sup>31</sup> B. Croce, *Taccuini di guerra*, cit., 58.

<sup>32</sup> V. Appello ai popoli delle nazioni alleate, 20 dicembre 1943, in *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, cit., vol. I, 49.

<sup>33</sup> B. Croce, *La libertà italiana nella libertà del mondo*, ora in *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, cit., vol. I, 57.

<sup>34</sup> *Ivi*, vol. I, 61-62.

narchia e lo sbocco rivoluzionario, citando espressamente l'esempio russo e la conseguente *bolscevizzazione*<sup>35</sup>.

## 5. La "svolta" di Salerno

La questione istituzionale continuò ad essere al centro del pensiero e delle iniziative di Croce, anche perché da essa dipendeva la formazione di un Governo politicamente rappresentativo e non già di un Governo del Re<sup>36</sup>. Malgrado la opposizione di Churchill<sup>37</sup>, nel febbraio 1944 la resistenza del Re iniziò a vacillare, nel senso che si rese disponibile in un colloquio con Enrico De Nicola a passare la mano instaurando la luogotenenza per il figlio Umberto<sup>38</sup>. Questa soluzione non bastava però a Croce in quanto – come già osservato – aveva ravvisato gravi colpe anche a carico del principe ereditario. Senonché, nel frattempo vi era stato il riconoscimento del Regno d'Italia del Sud da parte dell'Unione Sovietica, il rientro in Italia di

<sup>35</sup> *Ivi*, 60.

<sup>36</sup> Cfr. *Croce e Sforza a Cordell Hull, Eden, Molotoff, Naples, January 31, 1944; La Giunta esecutiva a Eden, Cordell Hull e Molotoff. Naples, January 31, 1944; Croce e Sforza a Cordell Hull, Secret Confidential Naples, February 10, 1944*, ora in *Dall'«Italia tagliata in due»*, cit., 133-5, 139-42; B. Croce, *Taccuini di guerra*, cit., 83-4 (30 gennaio); 85 (3 febbraio); 87-9 (9-10 febbraio).

<sup>37</sup> Il Primo Ministro inglese Winston Churchill, parlando alla Camera dei Comuni il 22 febbraio 1944 accennò alle difficoltà di ottenere un mutamento della compagine governativa italiana in considerazione dell'andamento delle operazioni belliche nel teatro operativo mediterraneo ricorrendo alla metafora della caffettiera: "*quando occorre tenere in mano una caffettiera bollente, è meglio non rompere il manico finché non si è sicuri di averne un altro ugualmente comodo e pratico o comunque finché non si abbia a portata di mano uno strofinaccio. I rappresentanti dei vari partiti italiani, che si sono riuniti due settimane fa a Bari, sono naturalmente ansiosi di diventare il governo d'Italia. Essi certamente non avranno nessuna autorità elettorale o costituzionale fintantoché o l'attuale re abdichi, ovvero egli o il suo successore li inviti ad assumere il potere. Non è affatto sicuro che essi avrebbero un'effettiva autorità sulle forze armate italiane che attualmente combattono al nostro fianco*". W.S. Churchill, *War and International Situation*, Hansard, House of Commons, Debate 22 February 1944, vol. 397, cc. 663-795, ora in <https://api.parliament.uk/historic-hansard/commons/1944/feb/22/war-and-international-situation> (ultimo accesso 30 gennaio 2022). Una parziale traduzione italiana è stata pubblicata in *Dalla Monarchia alla Repubblica*, a cura di Enzo Santarelli, Editori Roma, Riuniti, 1974, 100-3.

<sup>38</sup> V. B. Croce, *Taccuini di guerra 1943-1945*, cit., 91 ss. In *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, cit., vol. I, 76, nota 2, Croce così ebbe a scrivere "*Il colloquio del De Nicola col re e la risoluzione presa dal re ebbero luogo in Ravello il 19-20 febbraio e il De Nicola ci informò della conclusione il 22 febbraio. Ne furono in pari tempo informati gli Alleati*".

Togliatti, la missione di Vyshinsky e con tutto questo una sorta di *appeasement* tra Partito Comunista Italiano e Governo Badoglio, che alla fine dette luogo al Patto di Salerno. Questo – come noto – prevedeva il ritiro “definitivo” e “irrevocabile” dalla vita pubblica del Re che contestualmente nominava il figlio Luogotenente generale, con effetto dal giorno in cui gli alleati sarebbero entrati in Roma<sup>39</sup>.

Era una soluzione provvisoria come fu precisato dall’art. 1 del d.leg. lgt. 25 giugno 1944 n. 151 che demandava alla Costituente la determinazione sulla forma di Stato. Si trattava di una soluzione ingegnosa dovuta all’arte giuridica di Enrico De Nicola quanto incoerente. Anzitutto perché istituiva una luogotenenza atipica, non contemplata dallo Statuto Albertino: in quanto prevedeva un Re che si ritira irrevocabilmente a vita privata e pertanto da un lato rimane formalmente Re, ma dall’altro è impedito dall’esercitare i suoi poteri, ovvero come rilevato dalla dottrina<sup>40</sup> si era di fronte ad “una sorta di incapacità morale ad esplicare il complesso delle proprie prerogative”. Ed infatti Croce osservò che si trattava di una soluzione per l’istituto monarchico peggiore dell’abdicazione<sup>41</sup>. E se di fatto non è più Re non può esservi un luogotenente che ovviamente presuppone l’esercizio vicario di funzioni di cui l’altro soggetto rimane titolare. Tanto che Croce ebbe a scrivere “*Dunque, di chi il luogotenente sarà luogotenente? di un re che non è più re?*”<sup>42</sup>.

Nel contempo, Croce si rese subito conto del ruolo preminente assunto da Togliatti ed infatti nei *Taccuini di guerra* (2 aprile, p. 109), così scriveva: “*è venuto il Morelli a informarmi di un improvviso cambiamento di scena politica, perché un comunista italiano, giunto dalla Russia, che ha il nome convenzionale di Ercoli, ma è un Togliatti, ha convocato i comunisti, ha esortato essi e gli altri partiti a*

<sup>39</sup> V. in dettaglio il proclama di Vittorio Emanuele III letto a Radio Bari nel pomeriggio del 12 aprile 1944.

<sup>40</sup> V. I. Faso, *Luogotenenza*, in *Enc. dir.*, XXV, Giuffrè, Milano, 1975, 98.

<sup>41</sup> V. B. Croce, ora in *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, cit., vol. I, 220, alla data 30 dicembre 1943.

<sup>42</sup> B. Croce, *Quando l’Italia era tagliata in due*, cit., ora in *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, cit., vol. I, 281, alla data 13 aprile 1944, osservazione tanto pertinente che venne richiamata da P. Calamandrei, *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori*, in *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, diretta da P. Calamandrei e A. Levi, Firenze, Barbera, 1950, CI, tanto vero che poi l’art. 4 del d.lgs. 151/1944 adottò la terminologia “luogotenente generale del Regno” (e non del Re), istituto peraltro anche questo non previsto dallo Statuto.

*collaborare col governo Badoglio, saltando la questione dell'abdicazione del re, per intendere unicamente alla guerra contro i tedeschi, e ha dichiarato che i comunisti avrebbero senz'altro collaborato. È certamente un abile colpo della Repubblica dei Soviet vibrato agli Anglo-americani, perché, sotto colore d'intensificare la guerra contro i tedeschi, introduce i comunisti nel governo, facendoli iniziatori di nuova politica sopra o contro gli altri partiti, che si troveranno costretti a seguirli, senza che quelli provino alcun imbarazzo del patto col quale si erano stretti agli altri partiti nel Comitato di liberazione, e senza tener conto neppure dell'altro più particolare col quale nel recentissimo comizio si erano uniti ai socialisti e a quelli del partito d'azione per protestare contro Churchill, domandando l'abdicazione del re, l'esclusione di tutti i Savoia, e la repubblica!... e se i comunisti si mettono a collaborare con il Badoglio e col re, che cosa faranno gli altri partiti, e particolarmente il democratico-cristiano, che anch'esso ha le sue 'masse' e non vorrà tenerle fuori dal governo, abbandonando il campo ai comunisti?»<sup>43</sup>.*

L'iniziativa comunista costrinse pertanto Croce e i liberali a rendere pubbliche le trattative riservate che erano approdate alla luogotenenza proprio per togliere ai seguaci di Stalin e Togliatti ogni primogenitura<sup>44</sup>. Ciò condusse il 6 aprile alla riunione della

---

<sup>43</sup> Che l'iniziativa di Togliatti verso un Governo di unità nazionale presieduto da Badoglio abbia conseguito il duplice effetto di porre fino alla situazione di stallo determinatasi dal contrasto tra Monarchia e CLN e insieme di inserire il PCI al centro del confronto politico italiano è opinione largamente condivisa tra gli storici: v. per tutti F. Barbagallo, *La formazione dell'Italia democratica*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, I, Einaudi, Torino, 1994, 34 ss.

<sup>44</sup> «Abbiamo dunque accelerato quello che già avevamo risoluto, che è di rendere pubblico il passo fatto, d'accordo con noi liberali, dal De Nicola, e l'impegno preso dal re». B. Croce, *Taccuini di guerra 1943-1945*, cit., 109, alla data 2 aprile 1944. Il punto dei rapporti tra Croce e De Nicola, e in genere tra i liberali e De Nicola in ordine ai rapporti con il Re ai fini della questione istituzionale non è del tutto chiaro. In proposito, M. Griffo, *Introduzione a Dall'«Italia tagliata in due»*, cit. ha posto in luce le discrepanze fra gli scritti crociani e quanto emerge dall'archivio del filosofo, parzialmente riprodotto nel volume in questione. Griffo scrive: «Se Sforza resterà l'interlocutore e il collaboratore privilegiato per Croce, come mostra ampiamente la corrispondenza qui pubblicata, un ruolo di rilievo svolgerà anche Enrico De Nicola. Stando al diario di Croce, l'incontro con De Nicola avviene alla fine di dicembre per il tramite di Morelli. Da una lettera di Sforza a Croce del 25 novembre si evince, invece, che un contatto era stato preso circa un mese prima e che quindi la collaborazione Croce, Sforza, De Nicola non matura improvvisamente, ma si prepara nel tempo. Tant'è vero che il primo giudizio di Croce su De Nicola è cauto se non negativo, quando in una postilla alla lettera di Sforza

Giunta esecutiva, proprio nello studio del filosofo a Villa Tritone<sup>45</sup>,

dopo aver detto che durante il fascismo si era ritirato “dalla vita politica”, osserva che egli al momento “fa disegni a favore di re Vitt. Eman. III”. Nei mesi tra novembre ed aprile, quando arriva alla costituzione del secondo ministero Badoglio, i partiti riuniti nel comitato di liberazione nazionale si adoperano per diventare interlocutori politici a pieno titolo rispetto agli alleati. [...] In una fase successiva, quando la questione monarchica era stata definita con la luogotenenza del principe Umberto e la decisione doveva essere resa pubblica e ratificata dalla giunta dei partiti del comitato di liberazione, è interessante registrare la sorpresa e la diffidenza di Croce nei confronti di Togliatti”. (pp. 40-41). D'altra natura, invece, il rapporto con De Nicola. Molto legato alle tradizioni della vecchia Italia liberale, ma poco interessato alle manovre politiche (e semmai preoccupato di ritagliarsi un ruolo di garante istituzionale *super partes*, prudente, attento alle forme. De Nicola – come si coglie molto bene dai diari crociani ma quasi per nulla dalle corrispondenze qui raccolte, dove risulta semmai il suo cauto riserbo – è in questi anni un interlocutore costante di Croce. D'altronde lo stesso Croce esercita spesso nei confronti di De Nicola un ruolo di consigliere e di mediatore, capace di temperare l'ombrosa suscettibilità dell'amico. (pp. 45-46).

Quindi, in assenza di altre prove documentarie, abbiamo un'unica fonte, il diario crociano, dal quale è difficile precisare se De Nicola agiva in contatto con i liberali oppure se trattava con il sovrano sulla base di un organico piano di intesa con Croce. Anche perché nei *Taccuini di Guerra 1943-1945* vi sono indicazioni contrastanti. Ad esempio, il 30 dicembre 1943 Croce scrive: “Il De Nicola si è dichiarato pienamente d'accordo con noi sui punti che il re e il principe di Piemonte debbano, in un modo o in un altro, ritirarsi; ma affaccia dubbî sulla Reggenza da noi proposta ...”. (p. 62). E aggiunge: “Quel che mi è risultato dal colloquio con lui è che egli è quanto noi contrario alla permanenza del re, e anche del principe; e che è una diceria sparsa da gente che non lo conosce quella dei giorni scorsi: che egli sia a capo di un Partito monarchico italiano ...”. (p. 63). Ancora il 9 gennaio 1944: “... il De Nicola si è sdegnato e ha dichiarato che avrebbe mandato tutto a monte e si sarebbe ritirato di nuovo nella sua solitudine. Questo sarebbe stato di sommo danno e discredito, addossandoci la taccia di avere spinto, per la nostra eccessiva intransigenza, il De Nicola ... a separarsi da noi, e a non immischiarsi della nostra azione politica”. (p. 72). E più avanti: “Lo Sforza ... ha riconosciuto subito la giustezza delle mie considerazioni, e mi ha dato facoltà d'intendermi col De Nicola e di accettare anche in caso estremo l'eventuale luogotenenza affidata al principe di Piemonte ...”. (p. 72). Infine, 10 gennaio 1944: “Di poi, col Morelli, sono andato a prendere il De Nicola a casa sua e l'ho condotto in quella del Morelli, dove ha parlato con lo Sforza cordialmente e abbiamo chiarito la faccenda e ci siamo messi d'accordo. Nel caso che, nel colloquio, il re metta fuori quella per me poco verisimile idea di affidare la luogotenenza al figlio, converrà fargli notare il danno che ne verrebbe alla causa monarchica dall'abbassamento del figlio a luogotenente, quando, col ritiro del padre, dovrebbe succedere al trono; ma poi, se è necessario, accettare la proposta, soggiungendo che egli, De Nicola, ne avrebbe riferito a noi per la parte che ci riguarda, e allora, in questa sede, avremmo chiesto e preso le necessarie garanzie”. (p. 73). Sulla base di queste annotazioni è da ritenere che De Nicola abbia agito assieme ai liberali pur mantenendosi autonomo e fedele soltanto alle intese raggiunte con Croce.

<sup>45</sup> *Ivi*, 111-2, alla data 6 aprile 1944. Cfr. *Postille di Croce alla dichiarazione letta alla Giunta esecutiva del Congresso di Bari il 6 aprile 1944*, ora in *Dall'«Italia tagliata in due»*, cit., 161; *Dichiarazione letta alla Giunta esecutiva del Congresso di Bari il 6 aprile 1944*, ora in *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, cit., I, 75-8.



alla presenza anche di Togliatti con il quale ci fu anche uno scambio di ricordi di comuni frequentazioni torinesi<sup>46</sup>.

## 6. *Croce nel secondo Governo Badoglio e nel Governo Bonomi*

Resta il fatto che la luogotenenza sia per come strutturata sia per il suo radicamento anche nella iniziativa di Togliatti non fu certo accolta con entusiasmo da Croce. Tuttavia, essa dette esito alla sua missione a favore della unità dei partiti antifascisti: «*Se i partiti che voi rappresentate manterranno salda e leale unione, potremo arrivare a un Governo che abbia autorità morale sufficiente per salvare il paese*»<sup>47</sup>. Infatti, il Patto di Salerno determinò la formazione, il 22 aprile, di un nuovo Governo Badoglio, nel quale entrarono a far parte oltre a Croce, Carlo Sforza, Pietro Mancini, Giulio Rodinò e Palmiro Togliatti. In tal maniera appunto dando corpo al doppio sforzo di mutua legittimazione che il PCI e Badoglio avevano intensamente cercato<sup>48</sup>.

Croce commentò nei seguenti termini l'ingresso dei 'politici' nel secondo Governo Badoglio: «*Così finalmente è stata assicurata la formazione di questo primo ministero democratico, dopo la caduta del fascismo, formazione che se non si fosse potuta fare, grande discredito ne sarebbe venuto all'Italia*»<sup>49</sup>. Ed anzi, Croce considererà sempre la formazione del secondo ministro Badoglio il proprio maggiore successo politico. Una serie di documenti, e in particolare la corrispondenza con Badoglio, confermano il peso determinante ch'egli ebbe nella composizione del ministero, che viene concertato d'intesa con Badoglio circa l'attribuzione dei singoli dicasteri; e del resto in un appunto datato 8 maggio, Croce rivendica a sé il merito di aver sostenuto la presidenza del consiglio di Badoglio e osserva

---

<sup>46</sup> Da Taccuini di guerra, cit., 6 aprile 1944, «*Nel pomeriggio, nella mia stanza da studio, si è riunita la Giunta nominata dal Congresso di Bari, con l'intervento dello Sforza, del Rodinò e del Togliatti, oltre che di me. Il Togliatti mi ha ricordato la Torino d'intorno il 1920, e il gruppo di giovani provenienti dall'Università al quale egli apparteneva e che io conoscevo, e i parecchi di essi che si volsero al comunismo o al filocomunismo, e il Gramsci che vi primeggiava, e il Gobetti, e una visita che io feci al loro giornale comunista, l'«Ordine nuovo», dove avevo appuntamento col Gobetti*».

<sup>47</sup> Dichiarazione letta alla Giunta esecutiva del Congresso di Bari il 6 aprile 1944, ora in *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, cit., vol. I, 76.

<sup>48</sup> Così Di Nolfo, *Il contesto politico militare*, cit., 33.

<sup>49</sup> B. Croce, *Taccuini di guerra 1943-1945*, cit., 127, alla data 20 aprile 1944.

che in questo modo «*si è formato dai partiti antifascistici un ministero tutto loro proprio e democratico che si è messo a lavorare col Badoglio, e finora in pieno e anzi in crescente accordo*»<sup>50</sup>.

Con la liberazione di Roma al Governo Badoglio subentrò il Governo Bonomi, composto da rappresentanti dei partiti e di esso ne faceva parte ancora Croce come Ministro senza portafoglio. Con l'avvento di un Governo politico e con la soluzione (seppure provvisoria e non ortodossa della questione istituzionale), il ruolo di Croce ebbe a ridimensionarsi e di questo Croce era ben consapevole, e non a caso volle pubblicare il suo Diario fino a quella data. Si dimise del resto dall'incarico governativo poco dopo sulla base di ragioni di salute e difficoltà di spostamento<sup>51</sup>, ma indubbiamente concorsero altre ragioni, *in primis*, la non armonia con altri componenti del Governo. Tuttavia assunse ancora ruoli di rilievo<sup>52</sup> e so-

<sup>50</sup> Postilla finale 8 maggio 1944, ora in *Dall'Italia tagliata in due*, cit., 137.

<sup>51</sup> V. lettera a Bonomi del 12 luglio 1944; più tardi con lettera al Direttore del *Risorgimento*, 18 luglio 1944, 198 scrisse che “*senza questa regolarità e continuità, non mi sento di poter esercitare in buona coscienza l'ufficio affidatomi*”.

<sup>52</sup> Si parlò di lui anche come Capo Provvisorio dello Stato, considerato che vi era una larga intesa per eleggere a questa carica un uomo politico meridionale e di sentimenti monarchici, quanto per rinsaldare l'unità del Paese, posto che la repubblica aveva avuto una netta affermazione nell'Italia centro-settentrionale, mentre aveva prevalso al sud e nelle isole. Tuttavia era considerato un avversario di comunisti e socialisti che Croce non mancava di accusare di condiscendenza verso il regime antidemocratico in vigore in URSS e, nello stesso tempo era considerato troppo laico dalla DC. Avvenne così che per spargliare la fila dell'ala conservatrice, in un primo momento le sinistre si dichiararono disponibili ad eleggere V. E. Orlando, dopodiché si giunse ad un compromesso su Enrico De Nicola: v. sul punto R. Colapietra, *Benedetto Croce, presidente del Partito Liberale Italiano 1944-1948*, [www.biblioteca.provinciale.foggia.it/capitanata/2003/2003pdf/2003\\_13\\_221-257.pdf](http://www.biblioteca.provinciale.foggia.it/capitanata/2003/2003pdf/2003_13_221-257.pdf), 221. Un invito a nome della direzione socialista formulato da Nenni il 24 giugno 1946 non si concretizzò mai in una proposta ufficiale. Era infatti previsto che la missiva dovesse essere consegnata a Croce da Sandro Pertini ma in realtà quest'ultimo, che avrebbe dovuto essere accompagnato da Ignazio Silone, non si recò dal filosofo dal momento che Nenni e verosimilmente la direzione socialista mutarono parere sicché nel giro di pochi giorni la sua “candidatura” sfumò. In ogni caso Croce aveva già scritto una lettera per declinare l'offerta: “*Io, com'Ella sa, ho speso la vita negli studi; e sebbene da tre anni in qua, per dovere di cittadino, abbia prestato opera nella politica, ho sempre badato a tenerla nei confini di quel che so e posso onestamente fare in relazione alla mia capacità e alle mie forze. Ma l'ufficio al quale mi si vorrebbe ora chiamare esce troppo da questi limiti e mi fa gravemente sentire l'inadeguatezza ad esercitarlo*”. Napoli 25 giugno '46, ora in *Dall'«Italia tagliata in due»*, cit., 266. Cfr. la lettera di Nenni, 22 giugno 1946, *ivi*, 265. Da ricordare altresì che in una postilla autografa del 25 giugno 1947 al telegramma di Terracini che convocava l'Assemblea Costituente per la elezione del Capo Provvisorio dello Stato, Croce così scriveva: “*Non vado perché non posso unirmi a coloro che vogliono forzare la*

prattutto non venne meno la sua influenza, non solo all'interno del PLI, ma nei confronti dei partiti e soprattutto dell'opinione pubblica, come pure non mancò la massima considerazione del suo operato a tutti i livelli<sup>53</sup>.

7. *La partecipazione alla Consulta e le polemiche con Parri e con Togliatti*

Croce andò poi a far parte della Consulta Nazionale istituita con decreto luogotenenziale 5 aprile 1945, n. 146: il quale prevedeva che ne facessero parte anche gli ex membri dei governi costituiti dopo la liberazione di Roma. La Consulta non ebbe un gran rilievo dal punto di vista costituzionale, ma ebbe una certa importanza nella vita del paese in quanto dopo tanti anni venne dato corpo ad una assemblea politica nella quale potevano essere dibattuti liberamente i maggiori argomenti della politica nazionale, discussi i vari aspetti della condotta governativa e approntati, sia pure nei limiti imposti dal suo carattere consultivo, disegni di legge di rilevanza costituzionale destinati a incidere profondamente sull'ordinamento del paese<sup>54</sup>.

In sede di Commissione Esteri della Consulta si fece latore della proposta, subito accolta da De Gasperi, affinché per cura del Ministero degli Esteri si provvedesse a raccogliere in un nitido e sobrio quadro, di carattere rigorosamente storico, la notizia di tutte le stragi e di tutte le distruzioni che i tedeschi hanno fatto nell'Italia dal 9 settembre 1943 all'aprile 1945 e ciò anche al fine di dimostrare al mondo con quanti dolori atroci, con quanti danni spaventosi e irreparabili, l'Italia abbia pagato la pena della stoltezza fascista, alla quale soggiacque (ovvero per confermare la tesi della "pa-

---

*votazione o i nervi del De Nicola; e poi non voglio mettermi al rischio di qualche colpo di una mia elezione a presidente nonostante il mio ripetuto rifiuto, sopraffaccendomi perché presente"*, *ivi*, 299.

<sup>53</sup> Ricordo solo la lettera inviagli da Sandro Pertini, in data 22 settembre 1944: *Ella ieri ha ben meritato della Patria. Con la forza del suo pensiero, con la passione del suo cuore d'italiano ella ha risollevato l'Italia dall'abisso, in cui è stata gettata dalla criminosa follia fascista, per porla decisamente in alto a fianco delle nazioni libere e che vogliono essere padrone del proprio destino. Ed ogni italiano deve essergliene grato*, v. *Dall'Italia taglia in due*, 212.

<sup>54</sup> Così C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia 1849-1948*, Laterza, Bari, 1974, 400.

rentesi”)<sup>55</sup>. Ben più nota, e del resto è stata ricordata anche molti anni dopo in un autorevole saggio giuridico<sup>56</sup>, la sua vibrata polemica verso il Presidente del Consiglio dei Ministri Ferruccio Parri che nella seduta del 26 settembre 1945 aveva affermato: “*non credo che si possano definire regimi democratici quelli che avevamo prima del fascismo ...*”. Di contro Croce tenne a mettere in luce come tale affermazione fosse «*in flagrante contrasto col fatto che l'Italia, dal 1860 al 1922, [era] stata uno dei Paesi più democratici del mondo e che il suo svolgimento fu una non interrotta e spesso accelerata ascesa nella democrazia*»<sup>57</sup>. Indi, rammentando a se stesso e agli altri consultori i progressi di cui era stato testimone nel corso della sua lunga esistenza, Croce concludeva che “*l'Italia del presente era da considerarsi debitrice verso quella appena passata, la stessa «Italia reale, l'Italia creata dai nostri padri del Risorgimento, che [era] sempre da venerare, quell'Italia nella quale avemmo a maestri di regola intellettuale e morale ed estetica un Francesco de Sanctis e un Giosuè Carducci*”<sup>58</sup>.

Al di là fraseologie e di richiami che oggi possono apparire retorici, sta il fatto che da esso emerge con estrema chiarezza come Croce considerasse il fascismo una parentesi<sup>59</sup>, e di rimando, auspicava che il nuovo ordinamento costituzionale si ricollegasse all'Italia del Risorgimento e dell'epoca giolittiana, a conferma del suo credo verso la continuità dello Stato, tanto radicato che è stato definito il primo artefice della continuità dello Stato<sup>60</sup>. Nello stesso

<sup>55</sup> V. La proposta in *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, cit., vol. I, 275.

<sup>56</sup> V. P. Barile, *Il caso italiano*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti, La nascita delle costituzioni europee del secondo dopoguerra*, Torino, 25-26 ottobre 1996, cit., 189, nota 22.

<sup>57</sup> B. Croce, *Sul discorso del Presidente del Consiglio (Consulta Nazionale, seduta del 27 settembre 1945)*, ora in Id., *Discorsi parlamentari*, con un saggio di Michele Maggi, Il Mulino, Bologna, 2002, 179. V. sul punto S. Satta, *Croce. Il liberalismo e l'Italia postfascista*, Bonacci, Roma, 1977, 106-107. V. anche la ricostruzione di tale episodio in P. Scoppola, *La repubblica dei partiti*, Bologna, Il Mulino, 1991, 46-47; e v. G.E. Rusconi, *Resistenza e postfascismo*, Bologna, Il Mulino, 1995.

<sup>58</sup> Nei *Taccuini di guerra 1943-1945*, cit., 343, Croce soggiunse: *i soli partiti che non avevano apprezzato il suo intervento erano stati quello comunista e quello d'azione mentre i socialisti, con Nenni e Pertini, riconobbero che aveva ragione e Parri torto. Con un poco di malizia Croce aggiunse: «(Il Parri è veramente ignorante di troppe cose e accoglie le saggessioni dei più faziosi azionisti)».*

<sup>59</sup> Ma ora v. la diversa lettura di E. Di Rienzo, *Benedetto Croce, gli anni dello scontento*, cit., 96 ss.

<sup>60</sup> P. Craveri, *L'eredità dell'Italia liberale nella formazione della Repubblica*, in *Benedetto Croce e la nascita della Repubblica*, cit., 29.

tempo la difesa della continuità si saldava con una critica verso i partiti estremisti in quanto vi ravvisava il proposito di dar luogo ad una massiccia infiltrazione del comunismo nell'apparato statale. Questa era una sua preoccupazione ricorrente e che dimostra una continua attenzione del filosofo anche verso le "ragion pratiche". In particolare, non esitava a ravvisare un uso distorto dell'istituto dell'epurazione tanto che in uno scritto del 1944, sostenne la necessità di non affidare l'epurazione dei fascisti nell'amministrazione a criteri rigidi, per evitare ingiustizie e punizioni spropositate<sup>61</sup> in quanto il ricorso a epurazioni indiscriminate consentiva "più largo spazio di manovra ai commissari comunisti, azionisti e socialisti e alle loro clientele e ai loro strumenti politici"<sup>62</sup>. E difatti con lettera a De Gasperi del 20 dicembre 1945, segnalava "l'intento dei partiti estremi di privare sempre più l'amministrazione italiana di uomini capaci, per sostituirli con i loro, per accrescerne il disordine e la debolezza, il che risponde ai loro fini"<sup>63</sup>. Come pure in una lettera a Parri scritta poco prima che questi assumesse la carica di Presidente del Consiglio, scriveva: «che l'idea di escludere dalla nuova formazione governativa quelli che furono iscritti, comunque, al partito fascista significava ignorare che tutti gli italiani per esercitare professioni erano costretti a iscriversi e che, dunque, questa adesione prese carattere formale e insignificante, per cui anche i più operosi oppositori e eversori del fascismo, compresi uomini del suo e di altri partiti estremi furono iscritti»<sup>64</sup>. Il principio di continuità veniva così a combinarsi con

<sup>61</sup> V. *Intorno ai criteri dell'epurazione*, in *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, vol. I, cit., 52.

<sup>62</sup> V. *Taccuini di guerra*, cit., 317.

<sup>63</sup> *Croce a De Gasperi Napoli, 20 dic. '45*, ora in *Dall'«Italia tagliata in due»*, cit., 252.

<sup>64</sup> *Croce a Parri, Roma, 18 Giugno 1945*, ora in *Dall'«Italia tagliata in due»*, cit., 231. Croce fu invece favorevole alla radiazione di Santi Romano dall'Accademia dei Lincei per la ragione che, come Presidente del Consiglio di Stato, aveva comunicato ai suoi dipendenti con una sua lettera i provvedimenti vergognosamente intimidatori del regime che includevano perfino la minaccia agli impiegati, se non obbedivano all'ordine di trasferirsi nell'alta Italia, di «rappresaglie contro le loro famiglie», e ciò malgrado la forte opposizione di Orlando (di cui Romano era stato allievo) che contrariatissimo abbandonò la riunione. In tale occasione Croce infatti, replicando a Orlando, per il quale Romano si sarebbe limitato a trasmettere ordini superiori, si espresse nei seguenti termini: "a parte che nessuno può essere costretto a cooperare per ragioni di ufficio, a cose ripugnanti alla elementare coscienza morale, e a parte che egli non trasmise senz'altro il testo della circolare ma lo fuse in una sua lettera e in altro modo venne ad appropriarselo, la conferma del Romano come socio dell'Accademia – ho osservato io, appoggiando la radiazione proposta dal Castelnuovo e dal Levi alleverebbe l'indignazione

l'avversione ai partiti marxisti e a quella che definiva la "bolscevizzazione" espressa o surrettizia, avversione per di più accentuata da talune polemiche con Togliatti. Era infatti avvenuto che quest'ultimo nel primo numero di *Rinascita* (ma in realtà fu solo l'inizio di una serie di attacchi personali talvolta asseritamente ironici) aveva accusato Croce di connivenza con il fascismo sulla base di un tacito accordo, nel senso che il filosofo avrebbe ricambiato la libertà concessagli con una serrata polemica anti-comunista e anti-marxista, di consistenza maggiore rispetto a quella anti-regime. Al che Croce decise che avrebbe fatto leggere in proposito una dichiarazione al consiglio dei ministri a Salerno, e dunque in presenza di Togliatti<sup>65</sup>. Questi prima replicò richiamandosi all'unità antifascista<sup>66</sup>, ma alcuni giorni dopo gli scrisse una lettera personale con l'obiettivo di scusarsi e di spiegare lo spirito di quell'articolo<sup>67</sup>. Nella propria dichiarazione Croce aveva infatti puntualizzato che la sua avversione al materialismo storico risultava già dai suoi scritti a fine XIX secolo<sup>68</sup>, e infatti da tempo aveva ricordato che "*il comunismo, non rientra nella serie degli ordinamenti ammessi dalla libertà, dato che, come tutti gli assolutismi, tutti i dispotismi, tutte le tirannie, esso non può in nessuna situazione storica, esprimere dal suo seno liberi istituti rappresentativi e libertà di conoscenza e di parola*"<sup>69</sup>.

---

*nella pubblica stampa, screditerebbe la da noi ricostituita Accademia dei Lincei e farebbe danno allo stesso Romano, il quale potrebbe anche in futuro in tempi calmi, essere riletto dall'Accademia nella pienezza sue facoltà, in considerazione dei suoi meriti scientifici a socio": v. Dall'Italia tagliata in due, cit., 355.*

<sup>65</sup> V. Taccuini di guerra 1943-1945, cit., 162 alla data 22 giugno 1944; *Dichiarazione letta dal senatore Croce nella riunione del Consiglio dei Ministri in Salerno il 22 giugno 1944*, ora in *ivi*, 402-4).

<sup>66</sup> V. Taccuini di guerra 1943-1945, cit., 163.

<sup>67</sup> V. Togliatti a Croce, 25 luglio 1944, ora in *Dall'«Italia tagliata in due»*, cit., 190-1, in cui contestualmente scrisse "*sono lieto di dichiararle che se alcune espressioni di quella recensione sembrano contraddire a questo spirito, esse sono senza dubbio andate al di là delle mie intenzioni e volontà. E ciò le dichiaro tanto più volentieri in quanto il mio partito ed io personalmente apprezziamo altamente l'opera che Ella ha svolto e continua a svolgere per aiutare il nostro paese a trovare quella via di uscita dalla tragica situazione presente che deve consentirgli di rinascere e riaffermarsi nella libertà, in conformità con i desideri e con le aspirazioni profonde della grande maggioranza degli italiani. La prego di gradire le espressioni della mia più alta considerazione*".

<sup>68</sup> V. vari saggi riuniti in *Materialismo storico ed economia marxista*, 1900, Laterza, Bari, 1941, 266 su cui lo studio *ad hoc* di E. Agazzi, *Croce e il marxismo*, Einaudi, Torino, 1962 nonché B. Troncarelli, *Diritto e filosofia della pratica in Benedetto Croce 1900-1952*, Giuffrè, Milano, 1995, 1 ss.

<sup>69</sup> B. Croce, *La storia come pensiero e come azione*, 240.

Invero Croce prese reiterate posizioni anche contro il Partito d'Azione, la cui ideologia improntata alla combinazione tra liberalismo e socialismo avversava attraverso la notissima metafora dell' "ircocervo". Del resto, il liberal-socialismo era oggettivamente anche una sfida teoretica al pensiero, oltre che alla posizione politica di Croce<sup>70</sup>. Tanto che si sorprese quando autorevoli esponenti del Partito d'Azione e per conto di quest'ultimo, come Raimondo, Omodeo e Tarchiani insistettero a che accettasse la presidenza del ministero, in luogo di Badoglio: *"Il Singolare è che l'offerta a me della corona presidenziale viene proprio dal Partito d'azione, al quale ho detto e scritto sempre il fatto suo e che mi ha ricambiato di avversione, sia pure tenuto in freno da rispetto verso la persona e che ora farnetica di ottenere da me cosa, a mio giudizio politicamente rovinosa all'Italia e a me disonorevole, dopo che il Badoglio si è fidato di me, che mi ero premunito del consenso del Tarchiani e dello Sforza, e con me ha per primo aperto i negoziati e io lealmente gli ho dato consiglio e presi impegni. Naturalmente, ho respinto l'offerta"*<sup>71</sup>.

#### 8. *L'Unione Democratica Nazionale*

Fu invero di maggior rilievo ai fini del processo costituente il manifesto politico dell'Unione Democratica Nazionale predisposto da Croce in prima persona e che recava altresì la firma di autorevolissimi rappresentanti del pensiero liberale quali Ivanoe Bonomi, Francesco Saverio Nitti, Vittorio Emanuele Orlando. Lo stesso Croce scriveva *"e restiamo anche d'intesa che i firmatari siamo solo noi quattro, perché ormai siamo i quattro vecchi per antonomasia, e non ci resterebbe che litigare tra noi di relativa giovinezza nel segno della tetradè!"*<sup>72</sup>. Il Manifesto conteneva difatti un forte richiamo a che la redigenda costituzione fosse improntata ai valori di libertà, richiamo cui è sottesa l'antitesi ad ogni forma di Stato in cui le libertà sono invece subordinate ad esigenza collettive. Nel Manifesto (risalente all'aprile 1946) leggiamo appunto: *"se alla consultazione popolare spetta la scelta della forma monarchica o repubblicana dello Stato, all'Assemblea costituente spetterà a sua volta di formare o*

<sup>70</sup> V. G. Galasso, *Croce e lo spirito nel suo tempo*, Laterza, Roma-Bari, 2005, 657.

<sup>71</sup> V. Taccuini di guerra 1943-1945, cit., 124 ss., alla data 18 aprile 1944.

<sup>72</sup> Croce a Bonomi, Nitti e Orlando Napoli 30 marzo 1946, in Dall'«Italia tagliata in due», cit., 260-261.

*riformare o ritoccare gli istituti dello Stato; e perciò, per il fatto stesso che presentano i candidati all'Assemblea, i partiti dovranno determinare quali istituti essi chiedano. E su questo problema si deve trasferire l'ardore di ricerca, di studio, di dibattito e di deliberazione e risoluta determinazione, che deve ragionevolmente placarsi nell'altro, semplificato com'è ormai dall'atteso responso popolare. E fra noi è avvenuto un accordo nelle linee generali su quello che sia da conservare o da innovare o da aggiungere nei particolari istituti, così nell'una come nell'altra delle opposte soluzioni che si dia alla questione della forma dello Stato, perché deduciamo tutte le conseguenze della premessa ben ferma che è nel nostro animo, di garantire nel modo più sicuro e vigoroso la libertà degli italiani [...] Noi non vogliamo per nessun conto togliere o scemare ad alcun la libertà, ma parimenti non soffriremo che venga tolta o scemata a noi.*

*È necessario garantire tutte le libertà ai cittadini, dalle libertà politiche alla libertà di coscienza e di culto. Lo Stato e la Chiesa conviveranno liberamente nella pace religiosa<sup>73</sup>.*

#### 9. *Croce in Assemblea Costituente: il discorso contrario alla ratifica del Trattato di pace*

Croce fu poi eletto dalla Costituente nel Collegio unico nazionale tra i deputati dell'Unione democratica nazionale. Non fu inserito nella Commissione dei 75 incaricata di redigere il testo base della Costituzione (come del resto non vi furono inseriti né Orlando né Nitti). Meditò anche di dimettersi per ragioni di salute e difficoltà di spostamento<sup>74</sup>.

Fatto è che i suoi interventi in sede di Costituente furono solo 5 tuttavia ebbero vasta risonanza. Del resto il pensiero di Croce ricorse sovente nei discorsi e nelle proposte dei costituenti tra cui valga ricordare quelli di La Pira (sui cui v. *infra*), di Calamandrei, di Paolo Rossi.

<sup>73</sup> V. L'Unione Democratica Nazionale, Roma, 31 marzo 1946, ora in *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, cit., vol. II, 285-6.

<sup>74</sup> *Croce ai deputati questori della Costituente Napoli 6 marzo 1947*, in *Dall'«Italia tagliata in due»*, cit., 290. Tra l'altro le giornate dedicate alla politica gli apparivano al tempo stesso «tumultuose e oziose» e quindi a lungo andare assolutamente incompatibili con le sue abitudini di «uomo naturalmente ordinato e laborioso»: v. annotazione del 3 marzo 1947, in *Taccuini di lavoro*, 6 voll., Napoli, Arte Tipografica, 1987, vol. VI, 107.



Tra gli interventi di Croce solo uno di essi riguardava però direttamente la redigenda costituzione questo perché ai sensi dell'art. 3 del d.l.lgt. 16 marzo 1946 n. 48, l'Assemblea costituente svolgeva sia una funzione di indirizzo e controllo verso il Governo (essendo quest'ultimo responsabile verso l'Assemblea Costituente), sia la funzione legislativa in materia elettorale e di approvazione di Trattati internazionali (il Governo inoltre poteva sottoporre all'Assemblea qualunque argomento per cui ritenesse opportuna l'approvazione da parte di questa). Sicché Croce intervenne sia su questioni di politica amministrativa (specie in ordine al nuovo ordinamento dei corpi consultivi del Ministero della pubblica istruzione)<sup>75</sup>, sia per mettere in luce la posizione liberale a seguito di comunicazioni del Governo: in particolare a nome del partito liberale in data 24 giugno 1947 prese la parola per dichiarare la fiducia al quarto Governo De Gasperi (quello centrista): in tale sede pronunciò la celebre frase per cui *“per i liberali, la libertà è un principio religioso”*<sup>76</sup> e ribadì anche la distinzione tra liberalismo principio morale e appunto religioso e *“il liberalismo economico, che è un metodo pratico, di grande e benefica efficacia ed estensione, ma che pure trova, secondo tempi e luoghi, i suoi limiti, e non può escludere in assoluto l'intervento statale”*<sup>77</sup>. Intervenne poi per contrastare la ratifica del Trattato di pace attraverso un accorato discorso che ebbe grande risalto<sup>78</sup>. Di tale intervento è notissimo l'*incipit* *“Io non pensavo che la sorte mi avrebbe, negli ultimi miei anni, riservato un così trafiggente dolore come questo che provo nel vedermi dinanzi il documento che siamo chiamati ad esaminare, e nell'essere stretto dal dovere di prendere la parola intorno ad esso. Ma il dolore affina e rende più penetrante l'intelletto che cerca nella verità la sola conciliazione dell'in-*

<sup>75</sup> V. B. Croce, *Discorsi parlamentari*, Il Mulino, Bologna, 2004, 193.

<sup>76</sup> B. Croce, *I liberali e il Governo*, in *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, cit., vol. II, 396.

<sup>77</sup> *Ivi*, 397. Già nell'agosto 1943 nel suo scritto *Ancora sulla teoria della libertà* Croce aveva precisato nitidamente questo concetto: *“La libertà non è un pane a cui si debba aggiungere un companatico. La libertà è un principio religioso, che rende forti i cuori e illumina le menti, e redime le genti e le fa capaci di difendere i loro legittimi interessi”*. B. Croce, *Ancora sulla teoria della libertà*, ora in *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, cit., vol. I, 102. Il testo era stato incluso nella raccolta *L'idea liberale contro le confusioni e gl'ibridismi*, Laterza, Bari, 1944.

<sup>78</sup> V. Assemblea Costituente, CC, seduta pomeridiana di giovedì 24 luglio 1947, Tipografia della Camera dei Deputati, Roma, 1947, 6169-72, ora in *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, cit., vol. II, 386-93.

*terno tumulto passionale*". Il motivo di fondo della sua opposizione fu dettato dall'assoluto non riconoscimento del concorso delle forze armate italiane all'ultima parte della guerra contro la Germania (concorso che Croce aveva sollecitato e anzi aveva insistito per un maggiore coinvolgimento delle stesse da parte degli alleati) e forse ancor più del non riconoscimento del fatto che "*l'Italia è tra i popoli che più hanno contribuito a formare la civiltà europea, e per oltre un secolo ha lottato per la libertà e l'indipendenza sua e, ottenuta, si era per molti decenni adoprata a serbare con le sue alleanze e intese difensive la pace in Europa*". Secondo Croce ragioni di dignità nazionale imponevano di non dare un avallo formale tramite approvazione al Trattato. È vero che "*i suoi dettami saranno messi in esecuzione anche senza l'approvazione dell'Italia*", ma l'approvazione significa condivisione e dunque corresponsabilità.

Si sa bene che la posizione di Croce rimase nettamente minoritaria. Riecheggiava in essa una lettura romantica del ruolo dell'Italia nel contesto della civiltà occidentale ma soprattutto la sua visione del fascismo come parentesi, il che da un lato consentiva di separare le colpe del regime dalle colpe della nazione, e dall'altro si saldava con il principio di continuità dello Stato, che per Croce era il *prius* del nuovo assetto costituzionale.

#### 10. (Segue) *Il discorso sull'impianto complessivo della Costituzione*

L'unico intervento di Croce dedicato espressamente al testo costituzionale ebbe carattere generale ovvero sui criteri di fondo della Costituzione così come predisposto dalla Commissione dei 75. A tal fine prese la parola nella seduta pomeridiana dell'11 marzo 1947, a seguito di due lunghi ed approfonditi interventi rispettivamente di La Pira e di Togliatti, entrambi pure dedicati alla impostazione generale della Costituzione. Tra l'altro La Pira non aveva mancato di richiamare il pensiero di Croce (quel "prezioso scritto") laddove aveva rilevato che "*gli uomini non potranno mai più non essere cristiani*". L'intervento di Croce investì tre questioni di fondo riguardanti: lo spirito compromissorio del testo costituzionale, la inclusione in esso dei Patti Lateranensi, la istituzione delle regioni.

In primo luogo, rilevò, come nel testo approvato dalla Commissione dei 75 fosse riscontrabile la presenza di una serie di disposizioni frutto dell'accordo per necessità compromissorio fra i tre

partiti maggiormente rappresentati ovvero DC, PCI e PSI. Sicché, attese le diverse e talvolta del tutto contrastanti ideologie e finalità di tali partiti, si era di fronte ad una “*mirabile concordia di parole e discordia di fatti*”. Ma – osservò Croce – norme di tal genere basate su “*un reciproco concedere ed ottenere*” sono per forza di cose suscettibili di interpretazioni divergenti e in tal maniera vanno così a conculcare “*la sicurezza del diritto e l’esercizio della libertà, che porta con sé come logica la sua conseguenza con la crescente civiltà e giustizia sociale che le si lega*”.

In secondo luogo, anche come prova del compromesso per forza di cose foriero di incertezze giuridiche Croce censurava la “*proposta d’includere nella costituzione i Patti Lateranensi e l’impegno contro una possibile legge di divorzio. E che cosa c’è di comune tra una costituzione statale e un trattato tra stato e stato; e come mai a questo trattato si può, in sede di costituzione, aggiungere l’irrevocabilità, cioè l’obbligo di non mai denunciarlo o (che vale lo stesso) di modificarlo solo con l’accordo dell’altra parte, mentre l’una delle due, cioè l’altro Stato non interviene e non può intervenire come contraente in quest’atto interno, e quell’obbligo resta unilaterale, ossia appartiene a uno di quei «monologhi» che, come argutamente è stato osservato dall’onorevole Calamandrei, nel testo presente si alternano coi «dialoghi»?*”. E concluse definendo la disposizione costituzionale che richiamava i patti lateranensi “*stridente errore logico e scandalo giuridico*”.

Infine, Croce enunciò la sua visione assolutamente critica dell’istituto regionale, avversando “*la tendenza a istituire le regioni, a moltiplicarne il numero, ad armarle di poteri legislativi e di altri di varia sorta*”. La tesi di Croce non si fondava solo sulla contrapposizione tra la presenza di Regioni con poteri legislativi e l’unità statale che era stata così faticosamente acquisita attraverso il Risorgimento e che il filosofo considerava la pietra angolare e morale della nostra patria, ma anche per il timore di un “*vertiginoso sconvolgimento del nostro ordinamento statale e amministrativo, andando incontro all’ignoto con complicate e inespérimentate istituzioni regionali*”.

Il tutto si concluse con un accorato richiamo alle coscienze individuali (attraverso il noto richiamo al *veni creatur spiritus*) contro l’egemonia dei partiti. Di talché “*la discussione che era si fa nell’Assemblea costituente è piuttosto figurativa che effettiva, perché i grossi partiti hanno, come che sia, transatto tra loro e si sono accordati at-*

*traverso i loro rappresentanti nella commissione di studio e di proposte*<sup>79</sup>.

### 11. *Quello che resta del contributo di Croce alla Costituente*

Potrebbe sembrare che le tesi di Croce siano rimaste tutte perdenti, come perdente la difesa, sempre pronunciata nel contesto del suo discorso, della flessibilità dello Statuto perché essa aveva consentito di tener conto del “*modificarsi dei pensieri, degli animi e dei costumi*” (ma questo per la verità determina effetti anche sulle costituzioni rigide in virtù delle modificazioni tacite per via interpretativa o di addizioni per via consuetudinaria o anche convenzionale o per effetto di inattuazioni).

In realtà la presenza di disposizioni costituzionali frutto di compromessi e come tali foriere di non poche incertezze interpretative e dunque di attentati alla sicurezza ovvero alla certezza del diritto è comune constatazione e lo dimostrano le divergenti letture ermeneutiche anche a livello della giurisprudenza costituzionale in ordine alle disposizioni sui rapporti economici (e non solo) dove da un lato si afferma la libertà di iniziativa economica e dall’altro si evocano pianificazioni e collettivizzazioni. Del resto si tratta di considerazioni che trovarono conferma in un famoso saggio di Calamandrei del 1955 intitolato appunto “*Il compromesso costituzionale*”<sup>80</sup> e nel quale, dopo avere premesso che la Costituzione fu la conclusione di un compromesso tra forze politiche contrastanti al punto che dietro a tante soluzioni vi erano vere e proprie “riserve mentali”, il giurista fiorentino mise in rilievo come tutto ciò avesse determinato non solo tante discussioni dottrinali e giuridiche come

---

<sup>79</sup> Sicché si avrebbe “*una sorta di Diktat, come quello che tanto ci offende e ci ribella, impostoci dalle tre potenze nel cosiddetto trattato di pace, al quale l’Italia cobelligerante non ha partecipato e non vi ha veduto accolta nessuna delle richieste*”. B. Croce, *Il disegno di una nuova Costituzione dello Stato italiano*, ora in *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, cit., vol. II, 356. Come è stato osservato da M. Maggi, *Croce filosofo politico*, in *Benedetto Croce. Discorsi politici*, cit., 38: “*in una questione così importante come la carta del nuovo patto sociale, era un richiamo alla vera gerarchia contro la sua distorsione attraverso il culto del partito, che dovrebbe invertire questa scala di valori e porre lo strumento di sopra allo spirito umano che deve adoprarlo, e collocare ciò che è ultimo al posto di ciò che è primo*”.

<sup>80</sup> V. ora in *Potere costituente e riforme costituzionali*, a cura di P. Pombeni, Il Mulino, Bologna, 1994, 290 ss.

quella ad esempio sulle norme precettive di attuazione immediata, norme precettive di attuazione differita e norme meramente programmatiche, ma anche la incompiutezza della struttura dell'apparato costituzionale<sup>81</sup>. Per quanto concerne i Patti Lateranensi resta indubbio che la costituzionalizzazione di un trattato tra Stati sia un *quid* di illogico se non un vero e proprio scandalo giuridico, per usare le parole di Croce. Il quale in realtà non contestava in sé la costituzionalizzazione dei Patti, come invero sostenne in sede di Assemblea Costituente con dovizie di argomenti Calamandrei. V. gli interventi di Calamandrei nelle sedute del 4 e 20 marzo 1947 dell'Assemblea Costituente<sup>82</sup> nonché parte della dottrina, ma mise in luce, oltre che la irritualità, la inefficacia della disposizione in questione perché lo Stato avrebbe comunque potuto assumere in materia ecclesiastica atteggiamenti non consoni a quella "pace religiosa" di cui era preoccupata larga parte dell'Assemblea Costituente<sup>83</sup>. Ed invero la incoerenza giuridica è comunque dimostrata per fatto concludente sia dall'ampio dibattito che ha suscitato, sia dalle tante tesi che sono state sostenute (dalla costituzionalizzazione dei Patti a quella del principio pattizio, ecc.), sia dalle polemiche innestate a più riprese in più tempi, a dimostrazione cioè di un testo tutt'altro che destinato a dare un assetto sicuro alla fondamentale questione dei rapporti tra Stato e Chiesa.

Infine, per quanto riguarda le Regioni (del resto avversate anche da Togliatti, che condivideva solo il riconoscimento di autonomia speciale a talune Regioni anche perché ormai fatto compiuto), indubbiamente le ragioni "risorgimentali" richiamate da Croce avevano perso di attualità. Rimane però centrale e tuttora attuale la censura a non fare delle Regioni lo strumento per uno sconvolgi-

---

<sup>81</sup> Calamandrei concludeva il suo saggio così scrivendo: "*La Costituzione del 1° gennaio 1948 è nata dunque portando in tutte le sue parti, non solo in quella ordinativa, ma anche in quella organizzativa, un peccato d'origine, lo spirito di rinvio; che (com'è noto anche fuor del campo politico, esposto più di ogni altro al mutar dei venti) rende malfidi ed incerti i contratti a esecuzione differita, nei quali può sempre accadere che uno dei contraenti, se son cambiate nel frattempo le condizioni del mercato, s'accorga a un certo momento che l'affare non è più conveniente per lui e s'ingegni come meglio può per sottrarsi all'adempimento*".

<sup>82</sup> *Atti dell'Ass. cost.*, 1749 e ss., 2283 e ss. e, in particolare, 2258.

<sup>83</sup> "*Si dirà che la strana inclusione nella Costituzione vuol essere un'assicurazione verso l'avvenire; ma quando mai parole come quelle legano l'avvenire? Lo legano così poco quanto il famoso biglietto di impegno che Ninon de Lenclos fece a Le Chastre al-lorché partì per la guerra*".

mento totale del nostro ordinamento statale e amministrativo: tutto ciò in coerenza con il principio di continuità con lo stato pre-fascista che Croce aveva tante volte affermato e ribadito.

Se quindi non troviamo nel testo della Costituzione del 1948 proposizioni normative dovute direttamente a Croce, ne restano gli insegnamenti sottesi e gli ammonimenti tutti destinati a lasciare il segno nel dibattito costituzionale come del resto rilevò subito Calamandrei in una sua lettera allo stesso Croce del 14 marzo 1947 in cui ebbe a scrivere testualmente come “*il suo discorso suggellò, colla più alta parole che possa parlare in Italia, la discussione generale sul progetto di costituzione*”<sup>84</sup>.

Di talché i discorsi di Croce in sede di Costituente hanno indubbiamente un valore di lascito culturale che implicitamente o espressamente continua a riecheggiare: ad es., non è del tutto fuori luogo ritenere che la giurisprudenza della Corte Costituzionale prima in punto di interesse nazionale e poi, dopo la riforma del Titolo V, in punto di materie trasversali, abbia il proprio retroterra nel principio di unità ordinamentale così appassionatamente enunciato di Benedetto Croce. Ma soprattutto rimane nel testo costituzionale l'assolutezza del valore “libertà” che trasuda in tutta l'opera scientifica e politica di Croce. Libertà intesa sia come ripulsa e lotta verso ogni oppressione<sup>85</sup>, sia come libertà di coscienza che ha ricevuto una delle sue più alte espressioni nel discorso sulla ratifica del Trattato di pace attraverso il richiamo al *veni creatur spiritus*, e soprattutto libertà in tutte le sue declinazioni in quanto essenza stessa di ogni forma spirituale<sup>86</sup> e come tali, presupposto implicito e immanente della disciplina costituzionale dedicata ai diritti fondamentali in quanto non istituiti ma riconosciuti, perché espressione di un valore assoluto e indeclinabile. Del resto, a dimostrazione di una visione delle libertà in senso omologo a quello che emerge dalla nostra Costituzione e, in particolare, dalla macro norma di cui all'art. 3, comma 2, nel pensiero di Croce, la libertà era affatto intesa in

<sup>84</sup> Calamandrei a Croce, Roma 14 marzo 1947, ora in Dall'«Italia tagliata in due», cit., 291.

<sup>85</sup> Non dimentichiamo che secondo la interpretazione di N. Bobbio, *Benedetto Croce e liberalismo in Politica e cultura*, Einaudi, Torino, 1955, 250, per Croce la libertà si estrinseca nella resistenza all'oppressione.

<sup>86</sup> Come aveva scritto Croce in *Filosofia della pratica, Economia ed etica*, Bibliopolis, Napoli, 1996, 117.

sensu meramente individualistico. Anzi rifiutava quella libertà fondata su richieste che sono tese all'esclusiva "soddisfazione del libito individuale"<sup>87</sup> e che, "sotto nome o specie di libertà, ostacolano la libertà"<sup>88</sup>, tanto vero che la sua libertà, come ebbe a scrivere è quella "che mira a ben altro che alla cosiddetta felicità degli individui, s'indirizza al perfezionamento umano, e, insomma, non è edonistica ma etica"<sup>89</sup>.

Sicché si può sostenere che Croce è stato costituente a doppio titolo: come ascoltattissimo protagonista del processo costituente informale e come illuminatore del percorso di formazione della Costituzione formale del 1948.

### *Abstract*

L'articolo analizza il contributo del filosofo Benedetto Croce al processo di formazione della Costituzione italiana, mettendo in risalto gli svariati e significativi ruoli assunti per la formazione dell'attuale assetto ordinamentale.

The article analyzes the contribution of the philosopher Benedetto Croce to the Italian constitutional process and highlights the reasons for the significant role that Croce played in the formation of the post war constitutional order.

---

<sup>87</sup> B. Croce, *Liberismo e liberalismo*, in *Etica e politica*, IV ed., Laterza, Bari, 1954, 317.

<sup>88</sup> *Ivi*, 319.

<sup>89</sup> B. Croce, *Constant e Jellinek: intorno alla differenza tra libertà degli antichi e quella dei moderni*, 1928, in *Etica e politica*, IV ed., Laterza, Bari, 1954, 294.

GIUSEPPE DE VERGOTTINI

IL COSTITUZIONALISMO  
NEL PENSIERO DI NICOLA MATTEUCCI\*

Non è facile introdurre con poche parole un convegno dedicato a una personalità così ricca e complessa come quella di Nicola Matteucci.

Matteucci ha dato il suo contributo a una serie articolata di discipline: storico delle dottrine politiche, filosofo della politica, teorico del costituzionalismo liberale. Ma anche ha operato per anni come attento osservatore della realtà politica analizzando in coerenza con le sue opinioni e convinzioni il succedersi della storia della nostra società. La sua produzione scientifica è accompagnata da una vasta mole di commenti critici alla attualità politica e culturale italiana e internazionale che ha svolto tramite la sua collaborazione a organi di stampa quali il Resto del Carlino e il Giornale, impegnato nella lotta contro gli abusi e le deviazioni della politica contingente e interessato a polemizzare sui grandi temi di attualità, mai contro le persone.

Indicativa della sua sensibilità e del suo impegno civile è la partecipazione alla fondazione della rivista Il Mulino nel 1951, rivista di cui fu direttore nei periodi 1959-60, 1970-73, 1984-90, e dell'Istituto di ricerche Cattaneo di cui è stato presidente dal 1966 al 1969.

Ma non vi è stato solo il Mulino, di cui si è a più riprese parlato in occasione della Sua scomparsa e ha pubblicato un bel libro in cui sono contenuti una serie di saggi scritti da colleghi che hanno discusso della sua figura di uomo e di scienziato in occasione di un convegno svoltosi a Bologna il 6 dicembre 2006 (*“Il liberalismo di Nicola Matteucci”*, a cura di Tiziano Bonazzi e Saffo Testoni Binetti, Bologna, 2007).

---

\* Testo della relazione presentata al Convegno “Nicola Matteucci: il liberalismo concetti non parole” del 28 maggio 2021.



Insieme a Mario Delle Piane, Luigi Firpo e Salvo Mastellone ha fondato, nel 1968, la rivista “Il Pensiero politico”; nel 1987 ha dato vita alla rivista “Filosofia politica”, della quale è stato direttore. Nel 1984 è stato chiamato a far parte del Comitato direttivo della Enciclopedia delle scienze sociali, edita dall’Istituto dell’Enciclopedia Italiana.

In particolare, in questa sede, dobbiamo ricordare il suo ruolo di promotore di Società libera di cui è stato l’anima per molti anni e guida riconosciuta cui tutti noi abbiamo fatto riferimento. Della stessa ha svolto un ruolo attivo come presidente del Comitato Scientifico dal 1999 al 2006.

Della sua formazione, variamente influenzata agli inizi da Felice Battaglia, Benedetto Croce e Federico Chabod, e della sua carriera universitaria vorrei dire il minimo indispensabile, in quanto sono dati a voi noti.

Ha fatto studi classici a Bologna dove poi si laureò in giurisprudenza nel 1948 con una tesi su *Il diritto nella filosofia dello spirito di Benedetto Croce* e quindi in filosofia nel 1950 con una dissertazione su *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*. In quel periodo è stato per lui formativo il soggiorno (1949-1950) presso l’Istituto italiano di studi storici di Napoli dove sotto la direzione di Federico Chabod ha iniziato a occuparsi del ginevrino Jacques Mallet-du-Pan cui dedicherà la sua prima monografia nel 1957.

Hanno fatto seguito diverse opere quali *Costituzionalismo e positivismo giuridico* (1963), *Organizzazione del potere e libertà* (1976), *Il liberalismo in un mondo in trasformazione* (1972), *Alla ricerca dell’ordine politico* (1984), *Lo stato moderno* (1993), *Filosofi politici contemporanei* (2001). Citerei anche lo sforzo profuso nella ideazione e coordinamento insieme a Bobbio e poi a Pasquino del *Dizionario di politica* che ha avuto tre edizioni ed è stato tradotto in spagnolo e portoghese, sede prestigiosa di ampi contributi dottrinali caratterizzati da un riconoscibile pluralismo di orientamenti culturali degli autori partecipanti.

Meno ricordata ma assolutamente significativa la sua attività di *diffusore di cultura* storica, politica, filosofica, giuridica evidente nelle iniziative editoriali che ha promosso e seguito personalmente: la collezione di storia americana, che include ventiquattro volumi pubblicati a far tempo dal 1962, il volume antologico sui costitu-

zionalisti anglosassoni, con cui si inaugurava la collana dei classici della democrazia moderna, includente una ventina di titoli. Tutte iniziative di grande apertura intellettuale dirette a divulgare la conoscenza di testi formativi per un vasto pubblico.

La carriera universitaria inizia con Felice Battaglia nel 1950 come assistente di Filosofia del diritto e nel 1958 ottiene la libera docenza in Storia delle dottrine politiche che insegnerà nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara. Nel febbraio 1966 viene chiamato alla cattedra di Storia delle dottrine politiche nella nuova Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Bologna. Nell'ambito di questa Università ha svolto tutto il percorso accademico assumendo, dal 1966 al 1972, la direzione dell'Istituto Storico-politico e la presidenza della facoltà, nel biennio 1972-1974.

Dal novembre 1974 passa alla Facoltà di Lettere e Filosofia come professore ordinario di Filosofia morale.

Nel 1971 è stato nominato socio della Società Torricelliana di Scienze e Lettere di Faenza. Nel 1973 è diventato socio dell'Accademia delle Scienze di Torino e, nel 1977, dell'Accademia delle Scienze di Bologna.

A riconoscimento di una vita interamente dedicata allo sviluppo e alla diffusione della cultura liberale, in occasione dell'apertura dell'anno accademico 1995-1996, gli è stata conferita la medaglia d'oro per i Benemeriti della Scienza e della Cultura. Nel 2001 gli è stato riconosciuto l'Archiginnasio d'oro del Comune di Bologna. Nel 2005 Società Libera gli ha conferito in una solenne cerimonia al Castello Sforzesco il Premio internazionale alla libertà per la cultura.

Uno dei profili più noti del pensiero di Matteucci resta la sua dottrina sul *costituzionalismo* il cui fulcro è offerto dalla garanzia dei diritti e l'eliminazione degli arbitri da parte del governo. Le due forme storiche che Matteucci individua sono quella basata sulla *separazione dei poteri* e quella, che nettamente preferisce, "la più antica e la più moderna", basata sulla *limitazione del potere* attraverso la fissazione di regole certe nella costituzione e il controllo di costituzionalità (voce *Stato*, in Enciclopedia del Novecento, XII, 1984).

Matteucci affronta il tema della costituzione sotto diverse angolazioni. Ne parla a proposito della storia del pensiero politico, a

proposito della concezione dello stato, esaminando le idee di alcuni classici che aveva contribuito a riconsiderare e a volte a riscoprire. Sulla sua scrivania ripassano, in una successione incalzante, le opere di molteplici pensatori del passato, alcuni notissimi, molti meno noti e da lui riscoperti e analizzati criticamente traendo continui stimoli e suggestioni.

Da tutti trae spunto per giungere a una concorde e ricorrente conclusione: la costituzione è innanzi tutto la *costituzione delle libertà, delle garanzie nei confronti del potere*.

Nelle sue ricorrenti analisi che affrontano il rapporto fra stato, come potere organizzato, e libertà dei cittadini, fra *gubernaculum* e *jurisdictio*, cioè fra regime del potere che si esercita tramite procedure autoritative e regime delle garanzie, l'attenzione di Matteucci è tutta sempre orientata a seguire il percorso del progressivo affermarsi del sistema delle garanzie e della sottolineatura di come lo stato e il suo apparato debba sempre considerarsi strumentale e servente rispetto alla esigenza garantista.

Il riferimento costante della sua analisi è alla esperienza nordamericana in cui il principio della limitazione del potere tramite l'intervento dei giudici appare non solo teorizzato ancor prima dell'affermarsi della costituzione nelle tesi di Hamilton sottolineanti l'indipendenza essenziale del giudiziario al fine di assicurare la garanzia (Federalist, n. 78), ma si sviluppa nel quadro di una continuità con la tradizione di *common law* e con la prevalenza dell'opinione che consente la controllabilità degli atti parlamentari da parte del giudice indipendente, premessa all'affermarsi del controllo di costituzionalità. In questo modo le dichiarazioni dei diritti non sono fine a se stesse ma trovano un riscontro efficace nella assicurazione della garanzia da parte dei giudici. Questo percorso è lucidamente sottolineato in numerose opere di Matteucci in cui assistiamo alla esaltazione della rivoluzione americana e a una evidente cautela nel considerare quella francese, che aveva sì portato alla celebre Dichiarazione dei diritti ma aveva manifestato storici limiti all'affermarsi della costituzione come norma fondamentale dotata di rigidità e di supremazia in funzione di garanzia dei diritti (cfr. *Dal costituzionalismo al liberalismo*, par. 3 e la voce *Costituzionalismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, II, Istituto della enciclopedia italiana, 1992).

Il costituzionalismo dei moderni riprende vigore negli Stati Uniti nel momento in cui la esperienza dello stato autoritario sconvolge l'Europa e si espande nel continente europeo dopo il secondo conflitto mondiale con l'ondata delle nuove costituzioni. È in questa più recente fase che progressivamente si consolida la visione della costituzione dei valori con una apparente riduzione del ruolo statale. Qui Matteucci dimostra la sua capacità e la finezza dell'osservatore attento della realtà politica dimostrando una particolare acutezza nel trattare l'argomento delle nuove costituzioni dei valori percorrendo costantemente il doppio registro della analisi storica delle istituzioni e della con testualità, dandoci una serie ampia di riflessioni sul ricorrente tema della alternativa tra potere politico e libertà.

L'ordine politico di cui ci parla Matteucci è incentrato sull'ideale di libertà. Ed è quindi comprensibile come negli anni successivi alla Costituzione del 1948 la sua concezione dei rapporti politici si sia rivelata minoritaria ed emarginata rispetto alla dominanza di una lettura egualitaria della costituzione che è stata lungamente influenzata dalla posizione marxista e cattolica. Matteucci rispetto alla lettura egualitaria ha sempre dato la netta precedenza a quella delle libertà (cfr. *Il liberalismo in un mondo in trasformazione*).

Inoltre è importante sottolineare come Matteucci consideri l'ordine politico come un *quid* in continua evoluzione e non statico. Le soluzioni organizzative del potere e il regime delle libertà si rinnovano adeguandosi alla realtà dei tempi. L'approccio *dinamico* è dunque caratteristico del suo modo di pensare (si veda il suo richiamo alle riflessioni di Machiavelli sulla capacità di rinnovamento dell'ordine politico romano come causa spiegante la grandezza di Roma: *Alla ricerca dell'ordine politico. Da Machiavelli a Tocqueville*, 1984).

Il dinamismo attraverso cui si sviluppa l'ordine politico rende palese il senso del *realismo* che pervade molte delle riflessioni di Matteucci legate spesso alla analisi storica degli ordinamenti, analisi che fa continuamente emergere la sua sensibilità e il suo altissimo grado di conoscenza dei dati storici. Penso ai suoi numerosi contributi in cui si analizzano le vicende degli stati e alla competenza con cui tratta quella che i costituzionalisti ritengono una delle componenti essenziali della loro dottrina: il capitolo delle "forme di stato

e di governo” o dei “regimi politici”. (Si vedano al riguardo: *Organizzazione del potere e libertà*, 1976; *Lo stato moderno. Lessico e percorsi*, 1993, in cui sono pubblicati numerosi saggi che toccano l'argomento).

Questo realismo si tocca anche con riguardo al modo con cui valuta in concreto il regime delle libertà: la sua dottrina del costituzionalismo è influenzata dal modo concreto in cui le libertà si atteggiavano nelle società contemporanee. Si manifesta quindi chiaramente l'influenza sul suo pensiero dell'opera di Tocqueville quando svolgeva le sue considerazioni sulle libertà sviluppate dalla pratica dei rapporti politici nella società nordamericana.

Le sue riflessioni sull'ordine politico includono anche una interessante incursione sul tema della modellistica costituzionale (cfr. *Dal costituzionalismo al liberalismo*, cit., par. 5; *Organizzazione del potere e libertà*, cit., cap. IX).

Dopo aver esaminato lo sviluppo delle istituzioni politiche e delle ideologie che le avevano influenzate nel corso dell'età moderna, soffermandosi in particolare sulla esperienza britannica, statunitense e francese, Matteucci tira le conclusioni delle sue analisi dando una impostazione sistematica al materiale esaminato e individuando i modelli cui si ispireranno le forze politiche nel corso dell'ottocento e del novecento. Forma parlamentare e presidenziale nella esperienza britannica e statunitense consentono di assicurare il mantenimento proficuo della distinzione fra *gubernaculum* e *iurisdictio* salvaguardando quindi l'esigenza del rispetto della garanzia dei diritti da parte del giudiziario nei confronti dell'azione del potere politico attivo, mentre la forma assembleare verso cui propendono molte esperienze di costituzioni che hanno formalmente scelto la forma di governo parlamentare viene vista come pregiudizievole per le garanzie costituzionali.

Uno dei filoni più noti dell'attività di ricerca di Matteucci è offerto dalla sua critica del positivismo giuridico (*Positivismo giuridico e costituzionalismo*, 1963, e ristampa 1996). In questo, come è stato già notato da diversi contributi (penso ad esempio all'articolo che Panebianco ha scritto sul Corriere della sera il 9 dicembre 2006, subito dopo il convegno bolognese) Matteucci si distingue per aver tracciato una chiara linea di demarcazione fra positivismo giuridico e costituzionalismo. Il positivismo giuridico nel corso del-

l'ottocento e del primo novecento aveva trasformato la costituzione da presidio delle libertà a modalità organizzativa intesa a ordinare i poteri dello stato. Si spiega in tale contesto l'accentuazione del ruolo dello stato che pur essendo universalmente definito come "stato di diritto" veniva riconosciuto come figura dominante che tutto sovrasta e in cui i diritti individuali sono tendenzialmente riconosciuti solo in quanto funzionali allo stato stesso.

Matteucci spende anni di studi e ricerche sui classici per dimostrare che lo statalismo positivista non si concilia con il liberalismo correttamente inteso che è invece incentrato sulla preminenza dei diritti di libertà.

Particolarmente interessante il suo approfondimento circa la differenza fra stato di diritto caro ai positivisti continentali e il concetto di *rule of law* proprio della tradizione anglosassone e recepito dal costituzionalismo nordamericano. Mentre il primo concetto si era rivelato del tutto compatibile per la salvaguardia di una concezione statalista dei rapporti fra stato e cittadino, il secondo faceva riferimento a un insieme di garanzie consolidate nel tempo a tutela del ruolo della persona nei confronti degli abusi del potere politico, affermatosi in Inghilterra nel quadro delle antiche consuetudini del regno, delle *conventions* e della giurisprudenza dei giudici e quindi consolidatosi nella costituzione scritta degli Stati Uniti.

In quest'ottica viene operata una netta inversione dei rapporti di valore. La libertà, non lo stato, è il valore prioritario e la costituzione è il palladio delle libertà che non viene subordinata allo stato ma che, al contrario, condiziona con i suoi valori propriamente liberali lo stato stesso. Matteucci è fra quelli che con un sensibile anticipo rispetto alla generalità della dottrina costituzionale ha aperto la strada al superamento dello stato di diritto ottocentesco e all'affermarsi al suo posto del concetto di "*stato costituzionale*" fondato sui valori della costituzione. Come ha notato Fioravanti (nel saggio pubblicato nel libro su Matteucci di cui ho fatto cenno) nello scritto su positivismo e costituzionalismo emerge la consapevolezza della costruzione di una nuova cultura costituzionale, al di là dei confini del vecchio stato di diritto, non più adeguato alle esigenze dello stato delle odierne democrazie.

Può in proposito sembrare singolare che nonostante la adozione della Costituzione repubblicana del 1948 la concezione stata-

lista connessa al positivismo giuridico continuasse a manifestare una forte influenza. Oggi si dà per diffusamente accolta la idea della costituzione come tavola dei valori. La preminenza dei valori di libertà è largamente condivisa, come pure la natura strumentale dello stato quale apparato pubblico rispetto alle esigenze sociali. Ma così non era negli anni cinquanta dello scorso secolo. E anche in tale campo Matteucci combatteva quindi con le sue idee una battaglia d'avanguardia per molti anni solitaria e la sua polemica con Bobbio proprio su questo fronte è indicativa del clima culturale del tempo.

Si può quindi venire alla conclusione di queste riflessioni per sottolineare la saldatura che Matteucci opera fra costituzionalismo e liberalismo. La sintesi efficace che ci propone è quella che passa attraverso l'evidenza della necessaria compresenza di garanzie formali/procedurali affidate al rigore delle norme (*il costituzionalismo come procedura della democrazia*) e valori (*il liberalismo come concezione etica*). Distinzione chiaramente ribadita nella prefazione alla seconda edizione del suo *Liberalismo in un mondo in trasformazione* (1998). In parallelo viene con insistenza ribadito che le garanzie hanno al centro il valore della persona, non quello di astrazioni quali la collettività o il popolo. Il liberalismo, dice Matteucci, "si è sempre mosso fra due complementari esigenze: da un lato la difesa dei diritti dell'individuo e, dall'altro, il controllo dei governanti", ma sullo sfondo vi è sempre l'individualismo che primeggia sulle astrazioni. Individualismo che non significa esclusione della considerazione per la esigenza di considerazione solidale dei diritti altrui.

Le riflessioni che precedono toccano soltanto alcuni aspetti della poliedrica personalità di Matteucci ed è inevitabile che siano quelle più naturali e agevoli per chi è portato ad apprezzare la competenza di Nicola Matteucci come studioso del costituzionalismo, ma anche come storico delle costituzioni e esperto di diritto costituzionale. Altri si occuperà nei propri interventi di ricordare i diversi profili della sua personalità di scienziato e uomo di cultura.

Nell'insieme, credo di poter sintetizzare che la nostra attenzione va a una personalità antidogmatica, aperta continuamente al confronto intellettuale, scevra da asprezze polemiche, ma con una ferma determinazione nella scelta dei valori di riferimento nei cui confronti non ammise mai compromessi. Ma anche a una persona-

lità tenace e coraggiosa che era cosciente di far parte di una esigua minoranza di intellettuali liberali, destinato a rimanere al di fuori del circuito del potere, che ha avuto il grande merito di mantenere saldezza di idee in un lungo periodo della sua vita quando tali idee, come lui stesso ha sottolineato nella prefazione alla più recente edizione del suo *Liberalismo in un mondo in trasformazione*, erano considerate un relitto del passato di scarso interesse per gli intellettuali e per le mode politiche del momento.

Infine, va anche in questa occasione sottolineata una considerazione che oggi appare da molti condivisa: Matteucci ha anticipato di decenni la individuazione di principi di riferimento della cultura politica che dovrebbero apparire scontati e largamente condivisi, ma che in realtà sono il velo sotto cui rimane sedimentata quella cultura sostanzialmente reazionaria e populistica che lui ha acutamente individuato e sottoposto alle sue notazioni critiche.

Nel ricordare il pensiero di Matteucci ci proponiamo anche di ribadire alcune sue convinzioni: il costituzionalismo liberale quale essenza dei valori di libertà e la costituzione intesa come tavola dei valori; il liberalismo come antidoto a ogni forma di totalitarismo; il rifiuto di una lettura egalitaria della democrazia.

#### *Abstract*

L'articolo ricorda il profilo scientifico di Nicola Matteucci, scienziato della politica e storico delle istituzioni, mettendo in risalto il suo contributo agli studi sul costituzionalismo.

The article recalls the scientific profile of Nicola Matteucci, a political scientist and historian of institutions, highlighting his contribution to studies on constitutionalism.





AUGUSTO SINAGRA

## LA COMPATIBILITÀ COSTITUZIONALE DEL “SISTEMA” DELL’UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Premesse metodologiche. – 3. Oggetto dello studio: la compatibilità tra il sistema dell’Unione europea e l’assetto costituzionale dello Stato. – 4. *Societas, auctoritas e ius*. La obbligatorietà dei Regolamenti comunitari. – 5. Il problema della progressiva cessione di parti di sovranità statale. – 6. Le caratteristiche proprie della Unione europea. La sede popolare della sovranità. – 7. Trasferimento di sovranità verso una realtà politica inesistente. – 8. Le origini della interpretazione costituzionale dell’art. 11 Cost. – 9. Coincidenza tra illecito e sanzione. Il fondamento della obbligatorietà dei Regolamenti comunitari. – 10. La Costituzione italiana e la *Carta di Nizza*. – 11. Gli articoli 4 e 5 della Costituzione italiana. – 12. L’articolo 4 e il diritto al lavoro. – 13. L’articolo 10 e la condizione dello straniero. – 14. L’articolo 11 e il ripudio della guerra. – 15. Gli articoli 29, 30 e 31 della Costituzione. – 16. In particolare l’art. 32. – 17. Gli articoli 35 e 36 Cost. con riguardo alla retribuzione minima del lavoratore. – 18. Gli articoli 41 e 42 Cost. con riguardo all’iniziativa economica e alla funzione sociale della proprietà privata. – 19. Gli articoli 43, 44 e 45 della Costituzione. – 20. Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa nel Trattato di Lisbona. – 21. L’articolo 81 Cost., come modificato, e le scelte di politica economica dello Stato. – 22. La teoria dei *controlimiti*. – 23. Considerazione conclusiva.

### 1. *Considerazioni introduttive*

Dopo circa cinquant’anni di insegnamento universitario in Italia e all’estero e, prima e dopo, di esperienza pratica presso il Contenzioso diplomatico del Ministero degli Affari Esteri, come Magistrato e Avvocato, penso, con questo mio studio, di potere esporre in modo ragionato e organico una serie di riflessioni sui rapporti tra il sistema della attuale Unione europea e l’ordinamento giuridico anche di rango costituzionale dello Stato italiano.

E questo alla luce non solo del diritto dell’Unione europea ma anche e forse soprattutto alla luce del diritto internazionale dal quale

l'Unione europea, in quanto organizzazione internazionale, trae la sua nascita ed il suo fondamento di legittimità; cioè la sua stessa esistenza e permanenza, e rispetto al quale deve coordinarsi non solo nei rapporti con gli Stati terzi rispetto all'Unione europea ma anche nei rapporti ordinamentali con gli Stati che ne sono membri.

L'età ha i suoi vantaggi. Adattando il concetto ad un antico aforisma, si può ben dire che l'età rende liberi perché non più condizionabile dal timore e soprattutto dalla speranza, così come ammoniva i giudici il grande pensatore anarchico Saverio Merlino<sup>1</sup>.

Non si tratta di condizionamenti irresistibili. Chi vuole, chi sente di voler essere libero, ben può esserlo a costo di "sacrifici" che in realtà tali non sono: conseguire l'insegnamento universitario e dunque rendersi diffusore di conoscenze ma soprattutto testimone di vita pubblica e privata nel contesto sociale in cui si vive, è un punto di arrivo<sup>2</sup>. Non per tutti è così. Molti lo considerano un punto di partenza per la progressione in una ben strana "carriera" fatta di incarichi, privilegi, benefici di ogni genere: quella "speranza" di cui parlava l'anarchico Saverio Merlino.

Penso di poter dire che pur con ogni umana debolezza, non sia stato questo il mio caso. Sono sempre stato libero e mi sento libero. Libero di esprimere le mie idee, le mie convinzioni, i risultati delle mie ricerche, nella piena consapevolezza che la funzione del giurista non è quella di esercitarsi in formalismi giuridici, scadendo poi nel più vieto normativismo, ma è quella di offrire le sue competenze per il bene comune finalizzato alla costruzione di una società rispettosa di principi non negoziabili, come anche rispettosa dell'interesse nazionale ancorché reso compatibile con ogni altro e altrettanto legittimo interesse nazionale che non sia però l'ultima maschera dell'imperialismo.

Un altro vantaggio dell'età per lo studioso è che non vi è necessità di appesantire questo studio con il consueto e spesso ridondante apparato di citazioni bibliografiche di Autori italiani o stranieri, e ciò allo scopo di ricavare conferme alle proprie tesi o di contrastare dialetticamente tesi contrarie. Non ho necessità di "appoggiarmi" a consensi altrui, come non ho interesse a contrastare tesi contrarie.

---

<sup>1</sup> S. Merlino, *La magistratura*, Milano, 1900.

<sup>2</sup> A. Sinagra, *Diritto e Giustizia. Ragione e Sentimento. Scritti giuridici e politici* (1985-2004), Aracne, Roma, 2004.

Non ho necessità di accreditarmi nel fantastico mondo della “dottrina”. Sono quello che sono e valgo quel che valgo.

Questo studio, pertanto, indicherà ben poche ma essenziali citazioni di dottrina e di giurisprudenza.

## 2. *Premesse metodologiche*

Alcune premesse sono metodologicamente necessarie. La prima è che ogni ordinamento giuridico non può che essere espressione del modo di essere, di volere e di sentire di un determinato corpo sociale in un determinato momento storico e questo secondo una intuizione *marxista*, e cioè l’ordinamento giuridico come “sovrastuttura”.

Il filosofo di Treviri, come è noto, non ebbe mai ad occuparsi specificamente di problemi di teoria generale del diritto e dello Stato ma nella elaborazione della sua opera fondamentale nella quale convergono analisi politiche, sociali e soprattutto economiche, non poteva mancare, se pur solo incidentalmente espressa, la valutazione di cui si è detto<sup>3</sup>.

La seconda premessa metodologica è che non è il diritto che “governa” la politica bensì è il contrario. Sembrerebbe superfluo ricordarlo ma invece è necessario per mostrare la vuotezza di molte “teorie” giuridiche.

Il principio elaborato dai giuristi già all’esordio della complessiva elaborazione giuridica romanistica secondo cui *ubi societas ibi ius*, da un canto non smentisce la proposizione ora formulata ma ancor più – ricondotto il principio alla sua formulazione originaria senza le sincopi da esso subite in epoca medievale – esso si esprimeva nel senso che *ubi societas ibi auctoritas*, e con ciò rendendo chiaro che lo *ius* è un *momento* successivo rispetto all’*auctoritas* che poi lo formalizza normativamente, definendo in seguito la gerarchia delle fonti del diritto.

Ma all’origine vi è sempre la *societas* che esprime la volontà e il comando esercitando la sua *auctoritas*; *auctoritas* riconducibile a quella che secondo l’intuizione del giurista di San Casciano Bagni<sup>4</sup>,

<sup>3</sup> K. Marx, *Il Capitale* (a cura di E. Sbardella, trad. di R. Mayer), Newton-Compton Editori, Roma, 2015.

<sup>4</sup> R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, Liguori Editore, Napoli, 1968, 25 ss. e bibliografia ivi citata.

risiede nella “volontà collettiva” ricavabile anche al di là di criteri individuativi di tipo maggioritario rispetto ai consociati.

La terza riflessione è che, come per il diritto, è la politica che “governa” l’economia. Non il contrario come oggi viene inconsapevolmente e implicitamente sostenuto per strumentali finalità politicamente e socialmente sopraffattorie.

Ancora introduttivamente va considerato che i mali e le incomprensioni del nostro tempo nascono sempre da quello Stato liberale che, esaltando l’individualismo e relegando la funzione dello Stato ad una specie di “regolatore del traffico”, dissolve la *societas* e con essa lo Stato e la identità e la coesione nazionale, dando spazio ad un individualismo incontrollato e incontrollabile che si pone in antitesi inconciliabile con qualsiasi forma di solidarismo sociale<sup>5</sup>.

### 3. *Oggetto dello studio: la compatibilità tra il sistema dell’Unione europea e l’assetto costituzionale dello Stato*

L’ambito e lo scopo di questo studio è quello di verificare la sussistenza di margini di compatibilità o di non compatibilità tra l’ordinamento costituzionale dello Stato italiano e quello che fantasticamente viene chiamato l’“ordinamento” giuridico dell’Unione europea che tale *marxisticamente* non può essere poiché privo di una base sociale propria ed espressiva di una *auctoritas* che non sia quella rappresentata dall’insieme degli Stati membri, e questo con due conseguenze: la prima è che l’Unione europea non ha una sua propria volontà politica e dunque nessuna capacità in termini di *auctoritas* non potendo esprimere e adottare decisioni “politiche” sue proprie, bensì quelle riconducibili alla volontà degli Stati membri<sup>6</sup>.

La seconda riflessione consequenziale è che, essendo la base sociale dell’Unione europea l’insieme dei suoi Stati membri, tutto ciò che viene riferito all’Unione europea, deve essere ricondotto al diritto internazionale in quanto criterio e misura dei rapporti interstatuali.

---

<sup>5</sup> A. Sinagra, *Liberismo economico e mortificazione delle ragioni del lavoro*, in *Italicum*, marzo-aprile 2011; A. Sinagra, *Miseria del liberismo*, in *Mondoperaio*, 8/9 agosto-settembre 2011, Nuova Editrice Mondoperaio, Roma, 2011.

<sup>6</sup> A. Sinagra, *Sessant’anni di integrazione europea. Molte ombre e poche luci*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3, Jovane Editore, Napoli, 2016, e bibliografia citata.

Né deve indurre in errore l’idea di un pur sussistente complesso di norme o atti vincolanti (Regolamenti, Direttive e Decisioni) formalmente poste in essere dall’Unione europea, poiché esse sono sempre volute, giustificate e legittimate dalla volontà politica degli Stati membri<sup>7</sup>.

Non avrebbe altro significato la previsione pur contenuta anche nell’ultimo Trattato di Lisbona del 2007, relativa alla possibilità di recesso dall’Unione di uno Stato membro.

Si tratta, al di là delle parole e del procedimento previsto, dell’incoercibile diritto di ogni Stato di denunciare un trattato internazionale: il che conferma che l’Unione europea non è, come si vorrebbe attraverso una insistente operazione di contrabbando politico prima che culturale, una entità politicamente sovrana. Ma di questo si dirà meglio ora in prosieguo.

Il problema principale che si pone è quello della asserita “sovrannazionalità” dell’Unione europea che prevarrebbe sulle singole sovranità nazionali.

Da gran parte dei costituzionalisti o giuspubblicisti in generale, come anche da gran parte dei giusinternazionalisti, il problema è mal posto inconsapevolmente ma spesso anche intenzionalmente<sup>8</sup>.

Per la seconda ipotesi, quella della intenzionalità, ci si trova in presenza non di una singolare incompetenza a conoscere di tali problemi, quanto piuttosto di una intenzione, appunto, che volutamente prescinde dal dato fattuale come anche dal dato normativo, che vede il giurista travalicare o tradire la sua funzione, rendendosi esso strumento pretesamente e presuntuosamente rivolto ad un risultato di “bene” che però corrisponde alle soggettive idee politiche del giurista stesso e che si pone radicalmente fuori non solo dalla realtà fenomenica, ma soprattutto fuori da ogni corretta teoria generale dello Stato e del diritto poiché finalizzata non ad esaminare

---

<sup>7</sup> Si veda il nostro precedente studio A. Sinagra, *Rapporti interordinamentali, sovranazionalità o delega di competenze nel sistema dei rapporti tra Stati membri e Comunità europea: la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell’esperienza della Corte costituzionale* (a cura di L. Daniele), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 415-434.

<sup>8</sup> Sulla complessiva problematica, cfr. A. Sinagra, *Monismo e dualismo: i rapporti tra diritto internazionale e diritto interno e tra diritto interno degli Stati membri e normativa comunitaria dell’Unione europea*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2013, n. 43, 39 ss.

il presente ma a “costruire” un futuro diverso e unilateralmente ritenuto migliore: ciò che non è compito del giurista.

A tale riguardo, ricorre ancora l’equivoco involontario o voluto e strumentale per proporre una inammissibile idea del diritto che “governa” la politica.

Il problema in questione va affrontato in modo diametralmente diverso e partendo dall’idea della “sovranità” che non appartiene alla categoria del pensiero giuridico ma, appunto, alla categoria del pensiero politico<sup>9</sup>.

E sul piano della politica, infatti, appaiono di difficile spiegazione i rapporti di una sovranità con una sovranità “superiore” appartenendo ambedue le idee alla categoria delle idee politiche ed alla medesima idea politica.

Su cosa si giustificerebbe e si legittimerebbe un’idea di “sovrannazionalità” e in cosa essa consisterebbe? Cioè, l’idea di una sovranità “maggiore” rispetto ad altra sovranità?

#### 4. *Societas, auctoritas e ius. La obbligatorietà dei Regolamenti comunitari*

Deve ribadirsi che l’idea della sovranità correttamente intesa, presuppone un corpo sociale che la esprime nell’esercizio dell’*auctoritas* e legittima lo “ius” che è l’espressione normativa della *auctoritas* e da questa deriva.

Non sembra che l’Unione europea abbia un corpo sociale inteso nel senso di un insieme di soggetti individuali sottoposti alla pretesa obbligatoria delle norme che essa emana andando a costituire quell’ordinamento giuridico inteso nel senso *marxista* della “sovrastuttura”.

Il dato fenomenico mostra da un canto che il “corpo sociale” dell’Unione europea è costituito dai suoi Stati membri e dunque conseguentemente, come si è detto, tutto va ricondotto al diritto internazionale non potendosi diversamente prescindere da una preliminare scomparsa delle sovranità nazionali.

---

<sup>9</sup> A. Sinagra, *Rapporti interordinamentali, sovranazionalità o delega di competenze nel sistema dei rapporti tra Stati membri e Comunità europea: la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell’esperienza della Corte costituzionale* (a cura di L. Daniele), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 415-434.

D'altra parte, è anch'esso un dato fenomenico il fatto che l'Unione europea non ha la capacità di assumere autonomamente decisioni politiche alla base di comandi normativi, poiché è sempre la volontà dei suoi Stati membri che, in forza dei trattati, consentono l'emanazione di quelle norme e ne legittimano e ne garantiscono la loro obbligatorietà e la loro applicazione al loro interno.

Si dice, in contrario, che i Regolamenti dell'Unione europea sono per loro “forza” direttamente obbligatori nei confronti di tutti i loro destinatari nell'interno degli Stati, siano essi soggetti privati o soggetti pubblici, e che tali Regolamenti sarebbero anche di “rilevanza” costituzionale.

Questo è il solo dato formale che però non considera quanto ora si è voluto chiarire e che ancora si ribadisce: tutto poggia sulla volontà politica degli Stati membri, e fino a quando tale volontà politica permane, sarà “consentita” la detta obbligatorietà dei Regolamenti dell'Unione europea.

Gli Stati dunque non sono soggetti in senso proprio (direi destinatari “necessari”) della obbligatorietà di quelle norme regolamentari che non promanano da una diversa e superiore volontà politica che li legittimi, ma gli Stati consentono e cioè accettano volontariamente tale sistema, senza che nulla possa impedire ad uno Stato o ad un altro di revocare la propria volontà e il proprio consenso.

Sotto la costruzione artificiosa dei rapporti tra la sovranità nazionale ed una “sovranazionalità” più ascrivibile al genere narrativo fantastico-avventuroso e certamente non ascrivibile alla realtà fattuale, si cerca di nascondere il fatto che i rapporti tra ogni Stato membro dell'Unione e l'Unione europea, sono “costruiti” e voluti, come emerge chiaramente dai trattati, in termini di delega di competenze che possono essere accresciute come anche ridotte o revocate del tutto, dipendendo questo esclusivamente dalla volontà e dalle determinazioni politiche di ciascuno Stato membro dell'Unione europea, come deliberato in sede di Conferenza intergovernativa<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Si vedano in argomento le autorevoli, se pur divergenti, argomentazioni di A. Tizzano, *La Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte costituzionale italiana*, in *Nuove tendenze del Diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona* (a cura di L.F. Pace), Giuffrè, Milano, 2012, 223 ss.; G. Tesauero, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2006, 235 ss. Ritiene il “primato” dell'Unione europea, M. Orlandi, *Dalla contrapposizione tra sistemi giuridici al dialogo*



5. *Il problema della progressiva cessione di parti di sovranità statale*

Sotto altro aspetto è ben curiosa l'idea di una sovranità nazionale che verrebbe ceduta "in parte" fino alla sua intera "cessione" all'Unione europea.

L'idea politica della sovranità non è un'idea scomponibile in parti per effetto di cessioni "parziali"; così come non è dubitabile che, a tutto ammettere, lo Stato che decide di cedere "in parte" la propria sovranità, in realtà è proprio in quel momento che la esercita tutta in quanto atto espressivo della sua piena sovranità politica<sup>11</sup>.

A migliore chiarimento di quanto ora esposto, e che non vuole essere la presuntuosa elaborazione di una nuova teoria generale dello Stato e del diritto bensì una ferma e pervicace aderenza ai dati della realtà senza confusioni e commistioni tra diritto e politica, il problema va posto con una semplice domanda: lo Stato potrebbe, modificando ogni sua precedente determinazione – come niente e nessuno potrebbe impedirgli – revocare ogni sua precedente "cessione" di "parte" della sua sovranità?

Così posto, il problema emerge nei suoi esatti termini sol che si consideri che la risposta all'interrogativo proposto non può che essere positiva, confermando così che il "sistema" dei rapporti tra Stati membri e Unione europea è ordinato, come si è detto, sulla base di una ordinaria delega di competenze (di cui si dirà ancora in prosieguo) che mostra la natura giuridica dell'Unione europea in nulla dissimile da una qualsiasi altra Organizzazione internazionale e con ciò svelandone l'assenza di qualsiasi sua autonoma capacità decisionale in termini politici.

6. *Le caratteristiche proprie della Unione europea. La sede popolare della sovranità*

Quel che si può dire in ordine alle caratteristiche proprie dell'Unione europea che in qualche modo la rendono dissimile dalle altre Organizzazioni internazionali (ma senza con ciò mutare la sua natura giuridica, le sue capacità, le sue competenze "variabili" e i

---

tra le Corti. *La nuova lettura del primato dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Augusto Sinagra*, Aracne, Roma, 2013, 95 ss.

<sup>11</sup> Cfr. in proposito le molto autorevoli riflessioni di G. De Vergottini, *La persistente sovranità*, in *ConsultaOnline.it*, 3 marzo 2014.

suoi rapporti con i suoi Stati membri) è che l’Unione europea è l’Organizzazione internazionale che, rispetto ad ogni altra esistente, maggiormente tende ad organizzarsi in forme e metodi che ricordano, ancorché approssimativamente, l’idea dello Stato.

In più, essa è l’Organizzazione internazionale più “costruita” in termini di Organi e di rapporti interorganici interni; così come essa è l’Organizzazione internazionale che, per le ragioni prima dette, specificamente si caratterizza per un particolare sistema di rapporti tra i suoi Organi e gli organi interni degli Stati e in termini di rapporti tra le sue norme giuridiche (i Regolamenti e le Direttive) e l’ordinamento giuridico di ciascun suo Stato membro. Ma ciò nei termini e con i contenuti prima indicati<sup>12</sup>.

Riprendendo quell’aspetto dell’Unione europea che per la sua organizzazione interna evoca maggiormente l’idea della *statualità*, può essere utile qualche riflessione aggiuntiva.

È principio costituzionale della totalità degli Stati membri dell’Unione europea – principio che si pone come base e presupposto di uno Stato di diritto – quello secondo cui la sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme, nei modi e nei contenuti previsti dalle leggi nazionali di attuazione del detto principio, e ove tali leggi contraddicessero in qualsiasi modo, o negassero tale principio, esse sarebbero contrari al *patto sociale* costituzionale.

Il principio della sovranità popolare, per altro aspetto, rappresenta il discrimine tra ciò che è uno Stato democratico e ciò che non lo è.

In alcun modo può dirsi che tale principio affidato per la sua concreta applicazione ai Parlamenti nazionali, possa dirsi oggi affidato alla “gestione” del Parlamento europeo che da un canto è l’espressione sublimata del vecchio e vieto sistema della democrazia liberale meramente rappresentativa che nella realtà nazionale e ancor più europea, non rappresenta più niente e nessuno<sup>13</sup>.

Ma quel che è peggio è che il Parlamento europeo solo fantasiamente può essere inteso come un Parlamento veramente

<sup>12</sup> Si rimanda, sul punto, a A. Sinagra, *Diritto e giustizia. Ragione e Sentimento. Scritti giuridici e politici (1985-2004)*, Aracne, Roma, 2004; A. Sinagra, *Sessant’anni di integrazione europea. Molte ombre e poche luci*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3, Jovene Editore, Napoli, 2016, e bibliografia citata.

<sup>13</sup> A. Sinagra, P. Bargiacchi, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, 3<sup>a</sup> ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019.

espressivo ed attuativo della volontà popolare, e dunque elemento imprescindibile di uno Stato democratico e di uno Stato di diritto (se la norma è espressione della volontà popolare), sol che si consideri che il Parlamento europeo difetta dello strumento imprescindibile per poterlo definire “espressione della volontà popolare”: esso difetta del *potere di iniziativa* inteso come capacità autonoma di valutare le esigenze del corpo sociale in un dato momento storico, e regolarle autonomamente con lo strumento della “legge”.

Nel sistema dell’Unione europea tale potere è esercitato dalla Commissione e cioè dall’organo direttamente rappresentativo delle (revocabili) volontà politiche degli Stati membri.

A nulla rileva il fatto che il Parlamento europeo per determinate materie abbia un potere *interdittivo* che è cosa ben diversa e lontana dal *potere di iniziativa*.

Così pure, a ben poco rileva il coinvolgimento del Parlamento europeo, nei modi previsti dal trattato di Lisbona, nell’attività di produzione cosiddetta “normativa” dell’Unione europea<sup>14</sup>.

Si è detto che i Parlamenti nazionali come anche il Parlamento europeo si pongono come espressione di un sistema di democrazia liberale rappresentativa.

L’idea e la scelta organizzativa affonda le sue radici nello Stato liberale con tutte le implicazioni che questo comporta in termini di politica economica e di politica sociale.

Il problema allora è quello di ricercare forme e modi diversi della rappresentanza democratica popolare e la mente non può non rivolgersi al sistema in un certo senso alternativo della democrazia partecipativa che come tale prescinde dallo Stato liberale e ne contrasta i suoi postulati<sup>15</sup>.

Il Trattato sull’Unione Europea al suo art. 10 (dichiaratamente quanto contraddittoriamente) afferma che l’Unione europea è organizzata in base ai principi della democrazia rappresentativa e della democrazia partecipativa.

La proposizione è tanto incomprensibile quanto inammissibile per la intrinseca e radicale inconciliabilità dei due sistemi: la rap-

<sup>14</sup> A. Sinagra, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa nell’Unione europea*, in *Studi in onore di Umberto Leanza*, vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.

<sup>15</sup> A. Sinagra, *Participatory democracy in the 21<sup>st</sup> Century*, in *Collection of papers from the international academic conference*, Bratislava, Legal forum 2015; A. Sinagra, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa nell’Unione europea*, in *Studi in onore di Umberto Leanza*, vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.

presentanza democratica o è “rappresentativa” come è caro allo Stato liberale o è “partecipativa” ma certamente non nel senso indicato nel Trattato di Lisbona e cioè nel senso che la democrazia partecipativa consisterebbe nel mero dialogo o nella consultazione in alcun modo vincolante, delle “parti sociali”.

La democrazia partecipativa è cosa ben diversa: innanzi tutto è rappresentanza delle categorie del lavoro, della produzione, delle arti, delle professioni, ecc., e d’altro canto è partecipazione diretta e piena dei rappresentanti delle categorie produttive ai processi decisionali espressivi poi di comandi normativi.

La democrazia partecipativa non può certamente esaurirsi nel “dialogo” e nella mera consultazione che in nulla muterebbe un sistema democratico meramente rappresentativo<sup>16</sup>.

Quanto fissato nel Trattato di Lisbona è un maldestro tentativo di dare base e legittimità popolare alla produzione normativa dell’Unione europea, pensando di “scavalcare” in tal modo l’idea nazionale della sovranità popolare e con questo delegittimare le norme giuridiche nazionali, e coinvolgendo in questo anche le norme di rango costituzionale<sup>17</sup>.

## 7. *Trasferimento di sovranità verso una realtà politica inesistente*

A conclusione di queste riflessioni si deve porre un interrogativo sul quale non sembrano rivolgere sufficiente attenzione i costituzionalisti e i giusinternazionalisti.

Premesso che l’Unione europea come tale non esercita volontà politica, non è rappresentativa di alcuna volontà popolare e trova la sua legittimazione solo nel consenso degli Stati e per le competenze “variabili” ad essa attribuite, se fosse vero il processo di “cessione” progressiva della sovranità nazionale degli Stati membri, fino alla sua interezza, ne conseguirebbe che a fronte della scomparsa della

<sup>16</sup> A. Sinagra, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa nell’Unione europea*, in *Studi in onore di Umberto Leanza*, vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.

<sup>17</sup> Lontani da impostazioni formalistiche e normativistiche, si vedano, in generale, A.L. Valvo, *Istituzioni di diritto dell’Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2021; P. Bargiacchi, *Diritto dell’Unione europea. Istituzioni, norme, politiche*, Aracne, Roma, 2015; U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell’Unione europea*, Cacucci editore, Bari, 2020. Si veda, altresì, A. Sinagra, P. Bargiacchi, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, 3<sup>a</sup> ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019.

sovranità dello Stato, per effetto della sua lenta e progressiva *liquefazione*, chi si troverebbe a esercitare quella sovranità intesa come sommatoria di tutte le sovranità nazionali degli Stati membri dell'Unione europea?

Chi e cosa potrebbe essere inteso come espressione della sovranità popolare?

Non certo l'Unione europea per le ragioni prima dette.

Dunque, le sovranità nazionali che si vorrebbero e si intenderebbero come scomparse per "liquefazione", dove "finirebbero" e da chi e a quale titolo legittimante verrebbe "ereditata" ed esercitata la sovranità in quanto espressione della volontà popolare?

Nella logica e secondo le regole del "mercato"? Secondo la logica, le regole e gli interessi dei centri della finanza o, meglio, del *monetarismo* in relazione ad una moneta – l'euro – che al di là del fatto che non è mai esistita come moneta unica espressione di una unicità di capacità produttiva che possa dare valore alla moneta, ma, come più volte ho detto, è solo un rapporto fisso di cambio parametrato secondo i criteri di Maastricht, e dunque in relazione, dopo la scomparsa della sovranità statale, ad una "moneta" che, come tutte le monete, è certamente uno strumento convenzionale regolatore degli scambi, ma nella descritta e ipotizzata situazione sarebbe strumento meramente formale rivolto solamente alla cura degli interessi di una entità tanto astratta quanto non governabile da volontà politiche esterne, che è quel che si chiama salvificamente il "mercato".

Sulla base di quanto già pur sinteticamente detto, la questione centrale del rapporto tra Unione europea e suoi Stati membri è proprio quella della sovranità e la sua diretta ricaduta sull'assetto politico e giuridico dello Stato come formalizzato in ciascuna delle Carte fondamentali<sup>18</sup>.

#### 8. *Le origini della interpretazione costituzionale dell'art. 11 Cost.*

Il problema nacque a seguito di eccezioni mosse da giudici ordinari di differenti rami e gradi della giurisdizione, che sollevarono la questione di mancanza di ogni "copertura" costituzionale all'assunto secondo cui il Regolamento europeo, pur non abrogandola,

<sup>18</sup> Con riguardo a problematiche diverse, ma connesse, cfr. A. Sinagra, *Sovranità dello Stato e divieto di ingerenza nei suoi affari interni*, in *Mediterranean Journal of Human Rights*, vol. 18, Aracne, Roma, 2014.

prevale sulla legge nazionale (dunque, “recessiva” rispetto al Regolamento comunitario).

A differenza di altri Stati membri dell’Unione europea che erano intervenuti con apposite modifiche alle loro Carte costituzionali, il problema in Italia era duplice: da un canto, la “latitanza” o il disinteresse del legislatore “costituzionale” e, d’altro canto, la necessità di trovare una soluzione affinché il “sistema” dei rapporti tra Stato membro, e per quel che ora interessa l’Italia, e Unione europea avesse potuto continuare a “funzionare” senza problemi e senza intoppi.

Come è noto, fu la Corte costituzionale che, di seguito e al seguito della famosa sentenza del 1978 della Corte di Giustizia delle Comunità europee<sup>19</sup>, trovò la “soluzione”, per così dire, di compatibilità costituzionale attraverso una interpretazione obiettivamente molto singolare (fino ai limiti di una forzatura della lettera e dello scopo della norma) dell’art. 11 della Costituzione e ciò dopo un lungo precedente periodo durante il quale il problema in questione si ritenne di risolverlo considerando i Regolamenti comunitari come atti internazionali sottoposti a ratifica; dapprima con riguardo ad ogni singolo Regolamento e poi dopo a “gruppi” di Regolamenti.

Come si sa, l’art. 11 della Costituzione è una norma a contenuto multiplo e non omogeneo.

Per quel che ora interessa la parte dell’art. 11 Cost. che viene in linea di conto in sede di giudizio di costituzionalità della regola della prevalenza del Regolamento europeo sulla legge nazionale, è quella nella quale si dispone che la Repubblica consente a quelle limitazioni di sovranità, sempre secondo la regola della reciprocità, necessarie e finalizzate al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale (testualmente “la pace e la giustizia fra le Nazioni” che è il presupposto della sicurezza internazionale).

Il contesto storico e politico che vide la formulazione di tale principio costituzionale era quello dell’immediato dopoguerra e

---

<sup>19</sup> Sentenza del 9 marzo 1978, causa 106/77, in *Raccolta*, 1978, 630-646. Già prima, in tema, si veda la famosa sentenza Costa/Enel, C-6/64, che ebbe a formulare al suo p. 11 il principio secondo cui “il trasferimento, effettuato dagli Stati a favore dell’ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del Trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani, di fronte alla quale un atto unilaterale ulteriore (adottato da uno Stato membro), incompatibile col sistema della Comunità, sarebbe del tutto privo di efficacia”.

della aspirazione della giovane Repubblica italiana di poter essere ammessa nella Organizzazione delle Nazioni Unite; donde il riferimento alla pace e alla sicurezza internazionale che richiama la asserita finalità primordiale come enunciata nello Statuto dell'ONU.

L'Italia nel 1957 fu ammessa a partecipare all'Organizzazione delle NU e si potrebbe dire che la norma ebbe ad esaurire tutti i suoi effetti e la sua stessa ragione di esistenza.

Pur tuttavia, al di là delle contingenze storiche e politiche e delle finalità che si volevano perseguire, la norma costituzionale in questione esprime ancora un significato e una sua operatività nel senso che lo Stato può rinunciare ad esercitare la sua sovranità per quelle finalità che pur trascendono l'esistenza (o la inesistenza) dell'Organizzazione delle Nazioni Unite.

Si potrebbe obiettare che la permanente significazione giuridica della norma costituzionale in questione, non potrebbe essere riferita che allo scopo di mantenere la pace e la sicurezza internazionale e tale non è lo scopo della originaria creazione della Comunità Economica Europea con i Trattati di Roma del 1957.

L'obiezione, tuttavia, non coglie nel segno poiché come conferma l'esperienza storica e politica, è soprattutto nel superamento dei contrasti in materia economica e commerciale che meglio si preserva la pace e la sicurezza internazionale (evitando la conflittualità armata).

La Corte costituzionale italiana ritenne diversamente e cioè nel senso di interpretare l'idea di rinuncia all'esercizio della sovranità statale come possibilità di trasferire o devolvere "parte" della sovranità statale ad una entità distinta e diversa e peraltro non caratterizzata da alcuna sua sovranità politica se non su base giurisprudenziale comunitaria in base all'affermazione tanto assertiva quanto illogica secondo cui negare la prevalenza del Regolamento comunitario sulla legge nazionale sarebbe equivalso a negare la "sovranazionalità" della Comunità europea (che era il presupposto da dimostrare – ma non fu fatto – per dare consequenzialità logica al ragionamento della Corte di Giustizia della allora Comunità Economica Europea)<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Per utili approfondimenti, cfr. V. Onida, *Armonia tra diversi e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, 549 ss.

Di questo si è già accennato in precedenza come pure in precedenza già si è detto della improponibilità dell’idea di una sovranità politica cedibile “in parte” senza considerare che, se ciò fosse pur possibile, è in quel preciso momento che lo Stato -come si è già detto- la esercita tutta; oltre alla possibilità pur prevista nei Trattati della revocabilità di quella “cessione” attraverso il recesso dello Stato dall’Unione<sup>21</sup>.

9. *Coincidenza tra illecito e sanzione. Il fondamento della obbligatorietà dei Regolamenti comunitari*

Né varrebbe obiettare che ove ciò lo Stato facesse in violazione del procedimento previsto nel Trattato per l’esercizio del diritto di recesso, ciò non sarebbe possibile poiché ciò costituirebbe un illecito e lo Stato sarebbe conseguentemente sanzionato.

Premesso che ciò sarebbe come dire che nessuna fattispecie penalmente rilevante nel diritto interno dello Stato potrebbe mai verificarsi poiché essa è vietata..., vi è da aggiungere che nell’ipotesi ora in considerazione e secondo il criticato ragionamento, l’illecito corrisponderebbe alla sanzione: da un canto l’illegittimo recesso dello Stato dalla Organizzazione internazionale e dall’altro l’espulsione dello Stato dalla stessa Organizzazione: un caso singolare di coincidenza tra l’illecito e la sanzione.

Le considerazioni che precedono mostrano ancora una volta l’aberrante pretesa (irrealizzabile nella realtà) che sia il diritto a “governare” la politica e non essere esso viceversa il prodotto di una politica svolta in nome della sovranità popolare e nei modi previsti dalla legge.

Sarebbe, inoltre, ben curioso pensare che una sovranità necessariamente politica possa essere costruita sulla base di leggi o regolamenti o di pronunce giurisprudenziali pur formulate da istanze giurisdizionali di alto livello.

---

<sup>21</sup> Si veda ancora A. Sinagra, *Rapporti interordinamentali, sovranazionalità o delega di competenze nel sistema dei rapporti tra Stati membri e Comunità europea: la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell’esperienza della Corte costituzionale* (a cura di L. Daniele), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 415-434 e bibliografia ivi citata; A. Sinagra, *Sessant’anni di integrazione europea. Molte ombre e poche luci in Percorsi costituzionali*, n. 3, Jovane Editore, Napoli, 2016, e bibliografia citata.



Sarebbe stato più coerente sul piano sistematico e logico e fuori da ogni forzatura interpretativa (che dovrebbe essere quanto mai rigorosa se l'oggetto dell'interpretazione è una norma costituzionale), pensare che sarebbe stata opportuna una legge di rango costituzionale per la ratifica di tutti i trattati che si sono susseguiti nella ormai lunga storia della cooperazione e integrazione europea.

Comunque, al di là di cosa diversamente sarebbe stato meglio fare in punto di compatibilità costituzionale tra Unione europea e gli Stati membri, e a prescindere da quel che è stato fatto in Italia tramite la Corte costituzionale in via giurisprudenziale, vi è da ribadire che il Regolamento europeo direttamente e immediatamente applicabile all'interno dello Stato membro della Comunità/Unione europea, riceve tale sua particolare "forza" e incisività non certo da una immaginifica capacità politica decisionale della Unione europea, ma dalla semplice circostanza che la legge di autorizzazione alla ratifica dei relativi Trattati, e poi la ratifica, hanno introdotto per quel che concerne lo Stato membro, un "meccanismo" corrispondente all'ordine di esecuzione interno di atti internazionali, a carattere *preventivo, automatico e generale*.

### 10. *La Costituzione italiana e la Carta di Nizza*

Il problema della "costituzionalizzazione" dei rapporti tra ordinamento giuridico dello Stato per quel che riguarda l'Italia, e sistema normativo regolamentare della ora Unione europea, potrebbe dirsi superato a seguito della modifica dell'art. 117 della Costituzione il quale, com'è noto, preclude allo Stato e alle Regioni di legiferare in modo contrario alla "normativa" comunitaria e agli obblighi derivanti per lo Stato dagli accordi internazionali.

Se tale soluzione dà compatibilità formale, essa tuttavia non incide sulla possibilità di futura revoca di tale "apertura" costituzionale operata dallo Stato, ma ciò soprattutto, come si ricava dal testo e dal senso del riformato art. 117 della Costituzione, non significa in alcun modo la prevalenza dei Regolamenti comunitari sulle norme costituzionali dello Stato e dunque sulla sottostante volontà popolare che, nell'esercizio della sua sovranità, in alcun modo lascia pensare che anche la determinazione del "patto sociale" che sottintende l'organizzazione politica dello Stato e la individuazione di principi e regole fondamentali, possa essere trasferita all'Unione eu-

ropea la quale oggi si presenta come Organismo regolatorio di banche e “mercati”<sup>22</sup>.

### 11. *Gli articoli 4 e 5 della Costituzione italiana*

Venendo ora ad una specifica valutazione delle norme costituzionali in punto di compatibilità con esse del sistema e della normativa derivata dal Trattato, da ultimo, di Lisbona del 2007, occorre osservare quanto segue<sup>23</sup>.

L’articolo 1 della Costituzione dispone che l’Italia è una Repubblica fondata sul lavoro e la sovranità appartiene al popolo.

Il sistema dell’Unione europea lungi dal fondarsi sul lavoro e su tutte le consequenzialità sociali ed economiche che da esso derivano, si fonda al contrario sulla scelta liberista della libera concorrenza che, per la necessaria competitività tra le imprese, lungi dall’esaltare il lavoro lo mortifica in quanto unica “voce di costo” riducibile<sup>24</sup>.

Ciò spiega il fenomeno già di grandi dimensioni e tuttavia crescente, del dislocamento di imprese in altri Stati membri dell’Unione dove il costo del lavoro, cioè le retribuzioni e le misure previdenziali e sociali per il lavoratore, è più basso.

Del problema della sovranità popolare già si è detto in precedenza ed è forse l’aspetto di maggiore incompatibilità tra il principio normativo costituzionale che si pone a fondamento dello Stato, e il sistema dell’Unione europea in rapporto a quanto dispone il Trattato e la normativa emanata dai suoi organi<sup>25</sup>.

È ben vero che l’Unione europea specificamente con la *Carta di Nizza* del 7 dicembre 2000 entrata in vigore con vigenza obbli-

<sup>22</sup> L. Garofalo, *L’ordinamento dell’Unione europea e i vincoli alla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni*, in *Scritti in onore di Ugo Draetta* (a cura di Parisi, Fumagalli Meraviglia, Santini, Rinoldi), Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 265 ss.; P. Bilancia, *The dynamics of the EU integration and the impact on the national constitutional law: the European Union after the Lisbon Treaties*, Giuffrè, Milano, 2012.

<sup>23</sup> Per utili spunti in generale, si vedano P. Bargiacchi, *Diritto dell’Unione europea. Istituzioni, norme, politiche*, Aracne, Roma, 2015; U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell’Unione europea*, Cacucci Editore, Bari, 2020.

<sup>24</sup> Cfr. V. Ranaldi, *I diritti sociali, economici e del lavoro nella Unione europea. Evoluzione normativa e giurisprudenza della Corte di giustizia*, Aracne, Roma, 2015.

<sup>25</sup> Cfr. per approfondite riflessioni, G.L. Cecchini, *Trattato v. Costituzione. Le aporie giuridiche del trattato che adotta una Costituzione per l’Europa e del trattato di Lisbona: un vulnus per il futuro della Unione Europea*, Cedam, Padova, 2009.

gatoria per l'espresso richiamo che ne fa l'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea che specifica come la detta *Carta* ha lo stesso valore giuridico dei Trattati, riconosce i diritti inviolabili dell'uomo ma non garantisce in alcun modo "l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale" dell'uomo evocati dall'art. 2 della Costituzione italiana.

Il sistema dell'Unione europea, in aderenza ad una scelta politica ed economica di mercato neoliberismo, si rivolge alla facile enunciazione dei diritti civili e politici (che non costano nulla e non incidono sul bilancio) trascurando di predisporre effettive garanzie per l'effettivo esercizio dei diritti sociali ed economici.

E con ciò ponendosi in chiara contrapposizione con quanto dispone specificamente il comma 2 dell'art. 3 della Costituzione italiana, laddove è detto che è compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico che limitano la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impedendo l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica ed economica dello Stato.

## 12. *L'articolo 4 e il diritto al lavoro*

L'art. 4 della Costituzione italiana, ancorché programmaticamente, riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro, impegnandosi a promuovere le condizioni che rendano effettivo questo diritto.

Nel sistema dell'Unione europea lungi dal promuovere le condizioni per la massima occupazione possibile, si opera nel senso opposto in ragione della scelta fondamentale di libera concorrenza con le conseguenze che questa comporta di divieto di "aiuti di Stato" (salvo eccezioni straordinarie che devono comunque essere approvate dall'Unione europea).

Quanto alle autonomie locali di cui all'art. 5 Cost., il sistema dell'Unione europea vede tra i suoi organi il "Comitato delle Regioni" che, chiamato ad esprimere pareri comunque non vincolanti, in alcun modo concorre alla promozione delle autonomie locali, ma è in realtà collocabile tra gli organi inutili.

## 13. *L'articolo 10 e la condizione dello straniero*

Quanto all'art. 10 Cost. che riserva alla legge nazionale di disciplinare "La condizione giuridica dello straniero", ancorché tale

disposizione richieda la “conformità delle norme e dei trattati internazionali”, vi è da dire che l’Unione europea con i suoi atti Regolamentari e, da ultimo, con il regolamento “Dublino III”, consente di fatto l’ingresso indiscriminato sul territorio dello Stato di stranieri privi di titolo alcuno di accesso<sup>26</sup>.

Disinteressandosi di quanto avviene nella attualità in Italia, l’Unione europea consente e implicitamente sostiene una interpretazione e una applicazione del Regolamento “Dublino III” palesemente illegittima e in contrasto con lo stesso Regolamento in questione il quale dispone che la responsabilità dello straniero che entra nel territorio dello Stato, ancorché illecitamente, è questione che riguarda lo Stato che per primo “vede” l’ingresso dello straniero sul proprio territorio.

Con riguardo specifico all’attualità e ai cosiddetti “naufraghi” che pretendono l’ingresso sul territorio dello Stato italiano, lo Stato di primo approdo è lo Stato della bandiera della nave che ha operato il c.d. “salvataggio in mare”.

E questo per la elementare considerazione che la nave è “territorio mobile” dello Stato della bandiera<sup>27</sup>.

#### 14. *L’articolo 11 e il ripudio della guerra*

L’art. 11 della Costituzione italiana vede il ripudio della “guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli”, ma sono numerosi i casi di interventi militari (cui anche l’Italia partecipa) in altri Stati sollecitati e approvati dalla Unione europea per la soluzione di controversie internazionali in materia economica, commerciale o di approvvigionamenti energetici che, con il consueto pretesto di difendere i diritti e le libertà fondamentali dell’individuo o di “esportare la democrazia”, e ciò soprattutto nell’interesse non commendevole di Stati terzi alla Unione europea, si risolvono,

<sup>26</sup> In generale, cfr., in argomento, l’importante studio di E. Hitaj, *Diplomatic Asylum under International Law: between Administration of Justice, Diplomatic Immunity and Human Rights Protection*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, anno XIX, n. 53, maggio-agosto 2016, 151-162.

<sup>27</sup> Cfr. per tutti, R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, cit., 628 ss., e bibliografia ivi citata. Si veda anche A. Sinagra, *Search and rescue nel diritto internazionale con riguardo al mare Mediterraneo*, in *Liber Amicorum di Massimo PANEBIANCO*, Editore Scientifica, Napoli, 2020, vol. I, 685 ss., e bibliografia ivi citata.

per quello che sono effettivamente: guerre di aggressione contro l'indipendenza politica ed economica di altri Stati e contro la libertà di altri popoli.

### 15. *Gli articoli 29, 30 e 31 della Costituzione*

Gli artt. 29, 30 e 31, sotto il titolo “Rapporti etico sociali”, della Costituzione italiana si riferiscono ai diritti e ai doveri dei coniugi specificamente verso i figli nella accezione della “famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”.

È ben vero che la legge ordinaria in Italia disciplina diverse forme di “unioni civili”, predisponendo opportune e reciproche garanzie, ma queste certamente non prendono il posto della famiglia naturale e della funzione procreativa di cui parla la vigente Costituzione.

Ma è anche nei confronti della famiglia naturale come costituzionalmente prevista in Italia, l'Unione europea si pone in una posizione contrapposta e incompatibile.

Tale è il caso dell'Ungheria (caso che potrebbe riguardare anche l'Italia) minacciata di ritorsioni economiche per la recente legge approvata dal Parlamento magiaro che vede la famiglia naturale – fuori da ogni degenerazione c.d. *gender* – composta da un uomo e da una donna e dai loro figli, affidando ai primi la cura, la crescita e l'educazione della prole.

### 16. *In particolare l'art. 32*

Anche in materia di salute pubblica, come evidenzia la attuale situazione “emergenziale” in Italia, l'Unione europea persegue una linea contraria ai trattamenti sanitari legittimi finalizzati alla cura della persona, come clinicamente confermati.

Al riguardo, basti solo considerare che l'Unione europea in materia ha autorizzato prodotti medicinali pericolosamente “sperimentali” e sollecita vivamente la più ampia campagna di vaccinazioni “antiCovid”, pur sapendo che tali prodotti medicinali (al di là degli eventi avversi, fino alla morte) non immunizzano chi li assume ma, al più, solo ipoteticamente prevengono forme gravi della malat-

tia. Anche a tale riguardo si segnala un profilo di incompatibilità costituzionale con riguardo proprio all’art. 32 Cost.

Tuttavia, i più numerosi profili di incompatibilità costituzionale si rinvencono nel Titolo relativo ai “Rapporti economici”.

17. *Gli articoli. 35 e 36 Cost. con riguardo alla retribuzione minima del lavoratore*

L’art. 35 prevede la tutela del lavoro in tutte le sue forme e l’art. 36 dispone che la retribuzione del lavoratore deve essere tale da “assicurare a sé e alla famiglia un’esistenza libera e dignitosa”.

Quel che accade nell’ambito dell’Unione europea è particolarmente singolare: una ormai vasta normativa europea, espressiva della sua “politica sociale”, disciplina il lavoro nelle sue forme e modi più rischiosi e “deboli” quanto al prestatore.

Così viene disciplinata l’attività lavorativa usurante, il lavoro notturno, il lavoro prestato in particolari condizioni ambientali (per esempio in miniera), il lavoro dei minori, la parità tra uomo e donna per quanto riguarda i diritti e le retribuzioni, ecc.

Tuttavia, la normativa europea e la giurisprudenza della Corte di Giustizia del Lussemburgo mai hanno affrontato il tema di quella che si potrebbe definire la retribuzione minima e sufficiente per garantire al lavoratore e alla sua famiglia quella esistenza libera e dignitosa di cui parla la Costituzione italiana.

Questo l’Unione europea e la Corte di Giustizia non possono farlo in conseguenza di quella scelta indiscutibile di stampo liberista che ispira la normativa europea in tema di libera concorrenza, competitività tra imprese, ecc., la quale non ponendosi alcun problema riconducibile all’idea dello “Stato sociale”, indicando un limite retributivo minimo, impedirebbe quella “competitività”, e dunque poter ridurre anche a livelli minimi inaccettabili il “costo del lavoro” specie per quegli Stati, come l’Italia che, non disponendo di materie prime, possono agire solo riducendo il costo del lavoro affinché le proprie imprese possano essere “competitive”.

Con la conseguenza che il lavoro, nel sistema dell’Unione europea, non è più un valore che va socialmente esaltato, ma si pone soltanto come una “voce di costo” riducibile senza limiti, secondo una scelta anche eticamente riprovevole.

18. *Gli articoli 41 e 42 Cost. con riguardo all'iniziativa economica e alla funzione sociale della proprietà privata*

Anche l'iniziativa economica privata che non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale ma anzi deve essere indirizzata e coordinata a fini sociali, come viene stabilito dall'art. 41 Cost., si pone in netto contrasto con l'impostazione liberista dell'Unione europea in nome dello scopo unico e indiscutibile della libera concorrenza che si basa sulla "competitività" e sul profitto.

La regola costituzionale italiana è altra: non si nega il giusto profitto all'imprenditore che investe e con ciò assume il rischio, ma la funzione sociale dell'impresa significa tendere alla massima occupazione ed al miglioramento morale e professionale, oltre che retributivo, dei lavoratori; e ciò si pone in netto contrasto con la scelta liberista dell'Unione europea.

Quanto precede vale anche per la proprietà privata che l'art. 42 Cost. riconosce ma finalizza, pur nel suo libero godimento, ad una "funzione sociale".

L'ispirazione di tali norme trova non solo il suo precedente storico ma anche la sua fonte ispiratrice nel previgente assetto politico ed economico dello Stato e, ancor più indietro nel tempo, nella Costituzione "fiumana" meglio conosciuta come "Statuto della Reggenza Italiana del Carnaro" del 1920<sup>28</sup>, espressione diretta del sindacalismo rivoluzionario.

19. *Gli articoli 43, 44 e 45 della Costituzione*

Anche gli artt. 43 e 44 della Costituzione italiana, relativi ai trasferimenti dietro indennizzo di imprese o categorie di imprese, allo Stato o ad altri enti pubblici o a comunità di lavoratori, e così anche lo sfruttamento del suolo di cui all'art. 44, che legittima vincoli alla proprietà terriera privata (specialmente con riguardo alla sua estensione), a beneficio della piccola e media proprietà (come la previsione di particolari provvidenze a favore delle zone montane), si pongono in posizione di incompatibilità con la politica econo-

---

<sup>28</sup> Cfr., per tutti, G. De Vergottini, *La Costituzione secondo d'Annunzio*, Luni Editrice, Milano, 2020. Si veda anche A. Sinagra (a cura di), *Lo Statuto della Reggenza italiana del Carnaro - Tra storia, diritto costituzionale e internazionale*, Giuffrè, Milano, 2009.

mica e specificamente di impresa, della Unione europea, fortemente ancorata al più rigido neoliberismo.

Analoghe considerazioni potrebbero essere formulate con riguardo “alla tutela e allo sviluppo dell’artigianato” di cui all’art. 45 Cost.

Già quanto precede evidenzia la insormontabile incompatibilità tra la scelta esclusivamente liberista in materia economica e sociale dell’Unione europea con la vigente Costituzione italiana la quale si caratterizza per il suo volere coniugare principi di libertà e di solidarietà, oltre che una sua ispirazione liberale in tema di diritti civili e politici, con una ispirazione chiaramente socialista e solidarista in tema di rapporti sociali ed economici.

Coerenza vorrebbe che, anche in ragione dell’art. 117 della Costituzione, così come modificato, venissero abrogate tutte le norme costituzionali incompatibili con i Trattati istitutivi della Comunità europea e da ultimo il Trattato di Lisbona del 2007, oltre che incompatibili con la normativa secondaria (Regolamenti e Direttive) poste in essere dalle Istituzioni dell’Unione a ciò preposte.

O, diversamente, richiedere una Conferenza intergovernativa degli Stati membri per l’adeguamento della normativa europea alla Costituzione della Repubblica, ovvero il recesso dello Stato dall’Unione europea.

Il far finta che il problema non esiste sarebbe, anzi è, la peggiore soluzione<sup>29</sup>.

## 20. *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa nel Trattato di Lisbona*

Gli ordinamenti costituzionali degli Stati membri dell’Unione europea sono di prevalente impronta liberale e il relativo sistema politico è costruito nei termini classici della democrazia parlamentare rappresentativa.

Così pure lo stesso Parlamento europeo, ancorché a competenze delimitate, subordinate ovvero coordinate, e indipendentemente dalla sua impossibilità di ogni autonoma funzione propositiva a contenuto normativo.

<sup>29</sup> A.L. Valvo, *L'improbabile futuro dell'Unione europea*, in *Percorsi costituzionali*, Jovane Editore, Napoli, 3, 2016, 557 ss.



Al riguardo, viene in rilievo la bizzarra disposizione del Trattato di Lisbona, di cui si è detto, che ai suoi artt. 10 e 11, dispone nel senso che l'Unione si ispira ai principi della democrazia rappresentativa e della democrazia partecipativa (comunque inconciliabili nella loro pretesa coesistenza)<sup>30</sup>.

Viene in rilievo la incompatibilità con la Costituzione italiana la quale con riguardo alla organizzazione dell'impresa evoca spunti fortemente partecipativi e solidaristici.

Viene così in rilievo la specifica incompatibilità derivante dalla circostanza che il Trattato di Lisbona manifesta un'idea di democrazia partecipativa priva di qualsiasi contenuto in quanto prevista solo nei termini di un generico e irrilevante dialogo con le "parti sociali", laddove, viceversa, la democrazia partecipativa è ben altra cosa, e cioè, come già detto, partecipazione delle rappresentanze delle categorie della produzione e del lavoro ai processi decisionali normativi.

Si tratta di un'idea corporativa già prevista prima ancora del Fascismo, nel 1920 nello *Statuto della Reggenza Italiana di Fiume* fortemente ispirato dal sindacalismo rivoluzionario fermamente rappresentato da Alceste De Ambris<sup>31</sup>.

## 21. *L'articolo 81 Cost., come modificato, e le scelte di politica economica dello Stato*

Un'attenzione particolare richiede la nuova formulazione dell'art. 81 della Costituzione derivante da una esigenza di adeguamento alle politiche economiche e di bilancio volute dall'Unione europea con l'introduzione del famoso "Fiscal Compact".

In realtà, non vi era alcuna necessità o richiesta di provvedere a tale adeguamento con una legge di modifica della Costituzione, ma così è stato fatto.

Il problema ora in esame, per effetto dell'intervenuta modifica costituzionale dell'art. 81, non coinvolge solo un problema di com-

<sup>30</sup> A. Sinagra, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa nell'Unione europea*, in *Studi in onore di Umberto Leanza*, vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008. Si veda anche, per ogni ulteriore riferimento, anche bibliografico, A.L. Valvo, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2021.

<sup>31</sup> Se ne veda il testo in G. De Vergottini, *La Costituzione secondo d'Annunzio*, cit.

patibilità tra l’ordinamento dello Stato e la sua partecipazione all’Unione europea con i vincoli che questa partecipazione determina.

Il problema in un certo senso è di natura *endocostituzionale* poiché, al di là dell’ipotesi eccezzuativa di gravi ragioni specificamente definite nei loro aspetti temporali e nella loro natura giustificativa, l’art. 81 Cost. fu modificato impedendo ogni diversa politica economica di indebitamento per lo sviluppo di ispirazione *keinesiana*, e limita in modo indeterminato ogni possibilità di adozione di diverse politiche economiche e di bilancio e con ciò collidendo con il principio fondamentale della Carta costituzionale che affida al Popolo la sovranità nella sua interezza (economica, monetaria, di bilancio, di difesa, di politica, interna ed internazionale, ecc.).

È ben vero che la Costituzione al suo art. 1 dispone che la sovranità popolare viene esercitata nei modi e nelle forme stabilite dalla legge, ma certamente non dice che la sovranità popolare possa essere limitata ancorché con legge costituzionale di modifica la quale, per quanto ora interessa, provoca l’effetto di alterare l’assetto giuridico e politico dello Stato che così non è più controllabile dal titolare della sovranità nazionale che ora viene solo formalmente mantenuta, ma deprivata dei suoi contenuti e della sua capacità.

## 22. *La teoria dei controlimiti*

L’ultimo punto che viene in rilievo anche in termini di illegittima compressione della sovranità popolare, è la deriva attualmente in atto finalizzata ad una asserita subordinazione in nome della cosiddetta “cessione” progressiva della sovranità, delle norme costituzionali alla normativa comunitaria<sup>32</sup>.

Di ciò già si è detto ma giova aggiungere che lo stesso giudice costituzionale italiano con la nota teoria dei “controlimiti”, ha operato una chiara *riserva* indicativa di un evidente retropensiero e di una necessità di cautela<sup>33</sup>.

Teoria dei “controlimiti” che, correttamente intesa, fa crollare interamente ogni argomentazione dottrinarica o giurisprudenziale a

<sup>32</sup> Si veda, per importanti riflessioni, A. Bernardini, *La sovranità popolare violata nei processi normativi internazionali ed europei*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2002.

<sup>33</sup> G. Strozzi, *Limiti e controlimiti nell’applicazione del diritto comunitario*, in *Studi sull’Integrazione europea*, 2009, 23 ss.

sostegno dell'idea di una progressiva e definitiva "cessione" della sovranità statale a beneficio di un'entità politica che non esiste, e dunque a beneficio dei "mercati", consentendo in poche parole il pieno recupero di quella "parte" di sovranità pretesamente "ceduta" all'Unione europea; e ciò indipendentemente da qualsiasi ipotesi di recesso dello Stato dalla Organizzazione internazionale chiamata "Unione europea".

È in questa potenzialità che va intesa la teoria dei "controllimiti" che non necessariamente può essere relegata nelle sue elaborazioni all'ambito della tutela dei diritti e delle libertà fondamentali della persona, e non può non riguardare anche i diritti e le libertà fondamentali di natura sociale ed economica<sup>34</sup> con diretto coinvolgimento anche della sovranità monetaria dello Stato dalla cui perdita discendono i problemi e le difficoltà presenti.

### 23. *Considerazione conclusiva*

Non sembrano contestabili le evidenziate incompatibilità tra il dettato costituzionale e gli obblighi contratti dall'Italia con la Unione europea.

Né tali incompatibilità possono essere "superate" o giustificate in ragione del fatto che alcuni costituzionalisti raramente esprimono opinioni definite che possano ledere le loro posizioni organizzativo-istituzionali, e preferiscono parlare di "Costituzione materiale"<sup>35</sup> o anche "sostanziale".

"È un espediente retorico, un po' eufemistico, che consente di far passare le violazioni della Costituzione come azioni per così dire a-costituzionali, anziché come violazioni talvolta anche di rilevanza penale.

Come la situazione attualmente presente in Italia: quale necessità è più necessaria di una asserita e non dimostrata *emergenza*?"<sup>36</sup>

Sembra che ancora una volta la storia si ripete e il futuro lo si incontri nel passato.

---

<sup>34</sup> V. Ranaldi, *I diritti sociali, economici e del lavoro nella Unione europea. Evoluzione normativa e giurisprudenza della Corte di giustizia*, Aracne, Roma, 2015.

<sup>35</sup> Pur con tutta l'attenzione al pensiero e all'insegnamento di grandi costituzionalisti come C. Mortati la cui notorietà non richiede suoi riferimenti bibliografici.

<sup>36</sup> In questo senso il noto sociologo L. Cannavò (già Ordinario nella Università degli Studi "Sapienza" di Roma) esprime al riguardo il suo pensiero non ancora edito.

Necessariamente depoliticizzando e decontestualizzando il riferimento, va ricordata l’indicazione programmatica contenuta nel p. 8 del *Manifesto* di Verona del 1943, che auspicava una “Comunità europea” nel quadro di una “Federazione di tutte le Nazioni” unite da comuni principi ma che restavano vigili custodi della loro sovranità popolare e, dunque, della loro sovranità statale.

### *Abstract*

The article elaborates its analysis of the relationships between the EU legal system and the Italian (constitutional) legal system on the methodological premise that the EU is not a sovereign political entity because it lacks its own social foundation. As a result, the legal and political concept of “supra-nationality” is flawed as well as the related concept of “transfer of sovereignty” from Member States to the EU (to be replaced with the concept of delegation of authority). The articles also underlines that “popular sovereignty” enshrined in the Constitutions of EU Member States still and only belongs to national Parliaments rather than to European Parliament. Legal relationships between the EU legal system and the Italian Constitution are analysed through the prism of Article 11 and the compliance of the EU legal system and rules with several fundamental articles of the Italian Constitution (such as Articles 4, 5, 41 and 42) is assessed. The article provides an overall negative assessment of the compliance of the EU legal system with the Italian Constitution.

L’articolo riassume i mancati obiettivi del processo di integrazione europea nei sessant’anni dalla sua nascita, le “fughe in avanti”, le mistificazioni operate per rappresentare la (ora) Unione europea quale essa in realtà non è; e ciò specialmente con riguardo alla sua pretesa sovranità o “sovranazionalità”. Si denunciano i fallimenti della politica estera e di difesa, oltre che della politica monetaria e dell’euro (espressione di sola finanza monetaristica), frutto anch’essi – come la politica della concorrenza – di una scelta antisociale di liberismo economico senza limiti (come in politica la scelta dello Stato liberale di democrazia Parlamentare rappresentativa che non rappresenta più niente e nessuno).



YLENIA MARIA CITINO

BORROWING CONSTITUTIONAL PROVISIONS  
REGARDING PARLIAMENTARY OPPOSITION?  
AN INTRODUCTORY COMPARATIVE NOTE\*

CONTENTS: 1. Opposition as a tool for a well-functioning democracy: a long-lasting debate. – 2. Prerequisites and features of the “parliamentary opposition”: a comparison. – 3. The absence of a status for the opposition in civil law European countries and some exceptions. – 4. Political minorities or losing parties: a catalogue of definitions. – 5. Constitutional patterns concerning the rights of parliamentary opposition. – 6. Constitutional patterns concerning the duties of parliamentary opposition. – 7. Conclusion: a necessary reversal in “constitutional borrowing”.

1. *Opposition as a tool for a well-functioning democracy: a long-lasting debate*

In the last few decades, the public opinion was confronted with the evidence that democracy is more and more on shaky ground:<sup>1</sup> using a plethora of creative wording (“corrosion”, “disintegration”, “erosion”, “failure”, “pathology”, “decline” of democracy and so on), scholars from different backgrounds agree on the ne-

---

\* This essay is a revised extended version of the speech delivered to the Workshop for Young Researchers “Framing and Diagnosing Constitutional Degradation: A Comparative Perspective”, 21-22 June 2021, Certosa di Pontignano, organized by DIPEC and University of Siena as part of the National Research Project PRIN 2017, investigated by pr. T. Groppi.

<sup>1</sup> As stated by Freedom House, *Freedom in the World 2021. Democracy under siege*, Washington, 2021, online at: <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2021/democracy-under-siege>, countries with aggregate score declines have outnumbered countries that improved their democratic level, thus incrementing the gap. Following Schumpeter’s procedural definition of democracy, this paper uses the term *democracy* to refer to any institutional arrangement that allows the acquisition of power by means of a competitive and fair election. See J.-A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York and London, Harper and Brothers, 1947, 269.

cessity to use constitutionalism as a “battering ram” to propel against the most relevant disruptions to the rule of law.<sup>2</sup>

Despite the widespread commitment to constitutional reforms, sustained by several countries,<sup>3</sup> older democracies are affected by the inclination of Governments to reach for more centralized powers in the legislative process, thus marginalizing the Parliaments, already undermined by multiple factors.<sup>4</sup> The pandemic and its mismanagement by major democracies just added fodder to widespread distrust. Such a deterioration of the liberal democratic order unveils the dysfunctionalities and unpreparedness of the traditional representative institutions,<sup>5</sup> showing that the ordinary deliberative process is a hinder from passing laws in a timely manner.<sup>6</sup> As it was dramatically unfolded, the opposition in many older democracies is currently under “harassment”.<sup>7</sup>

Evidently, democracy is rooted in sovereign parliaments, as they are designed to serve as a “common house” where their members are enabled and qualified to express their views, reflecting the interests of all the different components of society. Genuine pluralism and freedom of opinion are two of the main cornerstones of a well-functioning democracy.<sup>8</sup> Consequently, having an explicit sta-

---

<sup>2</sup> See L. Mezzetti, *Corrosione e declino della democrazia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, special issue, 421 and the references in the first eleven footnotes.

<sup>3</sup> See, for instance, Freedom House, *Nations in Transit - 2021. The Anti-Democratic Turn*, Washington, online at <https://freedomhouse.org/report/nations-transit/2021/antidemocratic-turn>. The Report concerns progress and setbacks in democracy in 29 countries from Central Europe to Central Asia.

<sup>4</sup> See A. Ruggeri, *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2/2021, 567 ss.

<sup>5</sup> L. Helms, *Studying Parliamentary Opposition in Old and New Democracies: Issues and Perspectives*, in *The Journal of Legislative Studies*, 1-2/2008, 6-19, stating that (9) «the governing parliamentary party groups and the executive form a functional ‘unit’ which somewhat limits the functional independence of the majority parties and their visibility as independent players in the political process».

<sup>6</sup> As the management of the emergency phase of the health crisis from Covid-19 demonstrated, the Government was the leading subject in the regulation of the most urgent aspects by decree while the Parliament was put aside until the expected end of the crisis. For the changes produced to the hierarchy of the sources of law, see *ex multis* M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta online*, 2020, 22 ss.

<sup>7</sup> N. Bermeo, *On Democratic Backsliding*, in *Journal of Democracy*, 2016, 13.

<sup>8</sup> See the classical theory from S.M. Lipset, *Some Social Requisites of Democracy*:

tus for the opposition, enabling political parties to play a constructive role with respect to the conduct of the Government<sup>9</sup> should be considered unchallenged. However, this is not the case in many countries, where the option of laying down a basic set of rules is envisaged and contested in a long-lasting debate.

In Italy, for instance, the effort to outline an official status for the opposition failed multiple times,<sup>10</sup> raising not only contingent political issues but also significant theoretical problems: *a*) the necessity to identify and clarify who is the beneficiary of specific rights, who can be officially recognized as “parliamentary opposi-

---

*Economic Development and Political Legitimacy*, in *American Political Science Review*, 1/1959, 1 ss.

<sup>9</sup> Competition between political parties is a structural inextricable component of democracy. See, for example, the “two-turnover test” as a way of measuring the democratic consolidation of a country, as laid down by S.P. Huntington, *Democracy’s Third Wave*, in *Journal of Democracy*, 2/1991, 12-34 and further expounded in *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, London, University of Oklahoma, 266.

<sup>10</sup> See, however the last developments following the reform of the internal rules of the Italian Senate, in M. Manetti, *Regolamenti di Camera e Senato e la trasformazione dell’assetto politico-parlamentare*, in *Federalismi.it*, 1/2018, 7 ss. Some contributions to the Italian debate on the status of the opposition can be found in G. Tarli Barbieri, *Lo “statuto” dell’opposizione*, in P. Caretti (a cura di), *La riforma della Costituzione nel progetto della bicamerale*, Padova, CEDAM, 1998; G. De Cesare, *Maggioranza e opposizione nell’ultimo progetto della Commissione bicamerale*, in *Nuovi Studi Politici*, 2/1999, 55 ss.; M.E. Gennusa, *Lo “statuto” dell’opposizione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 1/2001, 249 ss.; A. Buratti, *Governo, maggioranza e opposizione nel procedimento legislativo e nella programmazione dei lavori parlamentari*, in *Diritto e Società*, 2/2002, 289 ss.; C. Chimenti, *L’opposizione parlamentare nella nostra democrazia maggioritaria*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2002, pp. 741-748; S. Sicardi, *Maggioranza e opposizione nella lunga ed accidentata transizione italiana*, in *AIC - Il Governo : atti del XVI Convegno annuale, Palermo, 8-9-10 novembre 2001*, Padova, CEDAM, 2002, 109 ss.; A. Morrone, *Governo, opposizione, democrazia maggioritaria*, in *Il Mulino*, 4/2003, 637-648; F. Rigano, *Per lo statuto dell’opposizione*, in *Il Politico*, 1/2004, 165-171; E. Gianfrancesco, N. Lupo (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Roma, Luiss University Press, 2007; A. Antonuzzo, *Lo «statuto delle opposizioni» nella riforma costituzionale e le sue prospettive di attuazione, tra riforme dei regolamenti parlamentari e nuovi assetti istituzionali*, in *Amministrazione In Cammino*, 2016, 1-56; S. Curreri, *Lo stato dell’opposizione nelle principali democrazie europee*, in *Rivista AIC*, 3/2016, 1-70; G. Cavaggion, *Quali prospettive per lo statuto delle opposizioni? Riflessioni a partire dall’esperienza degli ordinamenti regionali*, in *Rivista AIC*, 2/2017, 30 ss.; M. Cavino, *La necessità formale di uno statuto dell’opposizione. Nota a ord. C. Cost. 8 febbraio 2019 n. 17*, in *Federalismi.it*, 4/2019, 7 ss.; E. Longo, *La funzione legislativa (e il rapporto maggioranza-opposizione)*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1/2019, 15-30.



tion”; *b*) what powers shall be allocated to the subjects as such targeted; *c*) how to ensure that the allocation of specific powers to the opposition guarantees the stability of the Governments, their political legitimacy and the preservation of the constitutional institutions from illiberal disturbances; *d*) the positioning of the regulation on parliamentary opposition, whether at constitutional level or in other legal sources.

In this short essay, after observing the countries lacking any formal status of the opposition, I will compare the global constitutional provisions that institutionalize parliamentary opposition to verify if any “constitutional borrowing” from these regimes is possible to tackle new or emerging threats to democracy.

The necessity of a status for the opposition has been recognized in relevant international resolutions,<sup>11</sup> stressing that a functioning antagonism underpins an effective democracy as it is an indispensable precondition to ensure political pluralism, especially when it enshrines an alternative and viable option to the incumbent government.

This is even more important today, when the surge in rivalry politics, determined by the rise of populism and nationalism worldwide, is fostering new cleavages in the society and spreading illiberal practices amid established political elites and institutions.<sup>12</sup> Brexit, as well as Trump and Bolsonaro’s presidencies are some high-profile specimens of this pattern, and it is no surprise that negative opposition backlash amplified.<sup>13</sup> Hungary and Poland are two

---

<sup>11</sup> Such as PACE Resolutions 1547 (2007) and 1601 (2008); the Universal Declaration on Democracy, Inter-Parliamentary Union, 1997.

<sup>12</sup> Built from classic Rokkan’s theory, see at least the recent works from G. Barberi, *Populism, cleavages and democracy*, in *Partecipazione e conflitto*, 11/2018, 202-224 and G. Martinico, *The Greatest Challenge. How Populism erodes European Constitutional Democracies*, in T. Marguery, S. Platon, H. van Eijken (eds.), *The European Elections, 40 years later. Assesment, Issues and Prospects*, Bruxelles, Larcier, 2020, 105-118.

<sup>13</sup> See, for instance, the consequences on economic insecurity and health policies: E. Speed, R. Mannion, *The Rise of Post-truth Populism in Pluralist Liberal Democracies: Challenges for Health Policy*, in *International journal of health policy and management*, 6(5)/2017, 249-251. Cf. also G. D’Ignazio, *La presidenza Biden nel post-trumpismo. “Our eyes on the future” nella ricostituzione del We the People*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2021, 5-12, describing the difficult transition from Trump presidency to Biden’s, where is being advocated the end of the polarization of society and the return to the principles of democracy.

countries whose ruling parties are openly plummeting the integrity of their institutions towards the edge. The demands for change are sometimes powerful, violent and chaotic, thus shaping anti-system oppositions. If these phenomena are disregarded, they may lead, as a last resort, to political and constitutional disintegration, even in well-established democracies.

The importance of a widespread understanding of parliamentary opposition's role in both the legislative and scrutiny processes is key not only to the consolidation of young regimes but also to the fight against the erosion of liberal standards in older democracies. Some of them are witnessing legendary changes in their political systems that reflect the marginalization of Parliaments. Besides, some other regimes are facing a more worrying phenomenon: the rise to power of strong resolute governments riding the wave of social discontent. The lack in a performing set of rules to encourage a constructive political competition and to enact minority rights can eventually affect the quality of the political debate. However, is it true the opposite statement? Can the institutionalization of opposition rights preserve the degradation of the political debate?

## 2. *Prerequisites and features of the "parliamentary opposition": a comparison*

Making a comparison on the constitutional protection of the opposition is a complex topic that requires a multifaceted methodology. The most obvious consideration is that we have to deal with a huge mass of legal and political data. Majority-minority relationship is a manifold subject, where law, history, as well as political and social studies are tightly embroidered.<sup>14</sup> This is why it is paramount

---

<sup>14</sup> The scientific debate on the opposition is huge. Concerning the social and political research under comparative perspective, reference should be made at least to O. Kirchheimer, *The Waning of Opposition in Parliamentary Regimes*, in *Social Research*, 2/1957, 127-156; G. Sartori, *Opposition and Control. Problems and Prospects. Government and Opposition*, 1966, 149-154; R.A. Dahl, *Political Opposition in Western Democracies*, in J. Blondel (ed.), *Comparative Government*, London, Palgrave, 1969 and Id., *Polyarchy. Participation and Opposition*, New Haven-London, Yale University Press, 1971, *passim*; A. Lijphart, *Patterns of democracy: Government Forms and Performance in Thirty-six Countries*, 2nd edn., New Haven-London, Yale University Press, 2012. For some consistent Italian literature see at least A. Manzella, *Opposizione parlamentare*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXI, 1990, 1-5; G. De Vergottini, *Oppo-*

to delimit the scope of this introductory note: first, we shall consider only the legal institutions, rather than the vicissitudes of the political actors. These ones are too contingent and changeable, which makes them suitable for an analysis that rather focuses on the “transformations” of the opposition. In the present case, on the contrary, we want to highlight the juridical significance of the phenomenon, which implies to set the conversation on the normative implications.

Secondly, we should avoid an all-encompassing discourse on political opposition that implies wandering in countless digressions: being a species of the wider *genus* of the “political opposition”, the parliamentary opposition requires a juridical approach as it is a relevant element of the Constitution.

Considering that the legal sources that discipline the rights of the opposition are evenly distributed in the normative hierarchy, such an analysis shall converge on the constitutional provisions purposely engineered to check the executive and guarantee a pluralist debate. Accordingly, we must raise a formal boundary that limit the scope to a certain number of Constitutions, otherwise the field to be explored might be too vast. To do so, all the rules of procedure and standing orders regarding the opposition in Parliament will, consequently, lay on the edge of the present research, even if they concern substantial constitutional matter, as the method chosen requires sticking to the formal qualification of the legal source.

Rights and duties of the opposition may also descend from unwritten rules, conventions or customs of the Constitution, as well as binding precedents: this is a large portion of the informal constitutional “matter”.<sup>15</sup> They shall be included in the analysis only when strictly pertinent. Lastly, the status of the opposition may be incorporated in any other regulation enacting the Constitution, thus potentially creating a never-ending scope of the investigation: there are references to it in the provisions concerning the parliamentary immunity, in all the rules containing a supermajority, as well as in

---

*sizione parlamentare*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, Giuffrè, 1980, 532-561; A. Mezzetti, *Opposizione politica*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino, 1995, 347 ss.

<sup>15</sup> See Y.M. Citino, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio sui materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, *passim*.

the rights geared toward the political parties (public financing) and the associations of citizens. This confirms, once again, the necessity to preserve strict formal frontiers.

Opposition in trans-national regimes will not fall into the scope of the present note. However, the reader shall keep in mind the importance of the manifestations of parliamentary opposition as a means of strengthening the role of supranational representative bodies, such as the European parliament, as recognized by many scholars.<sup>16</sup>

For the purpose of this research, I used *Constitute*, the platform developed by the University of Texas at Austin and the University of Chicago,<sup>17</sup> which comprises and translates in English nearly every in-force Constitution of independent States. I performed two specific queries and searched for “opposition” and “minority”. As a result, I found a list of 71 countries matching the desired entries, thereby excluding the texts which refer only to racial, ethnical or regional minorities.

Subsequently, I outlined a comparative grid on the constitutional status of the opposition (see the spreadsheet enclosed) and made a classification of the countries thus selected. Without even trying to solve the epistemic problem originating from the difficulty of drawing an unbiased, flawless taxonomy of macrocomparative legal families,<sup>18</sup> the States are arranged under five main groups: 1) formerly communist countries, including Balkan countries and countries formerly part of the Soviet Union;<sup>19</sup> 2) Lusophone countries;<sup>20</sup> 3) Latin-American countries;<sup>21</sup> 4) current Members of the

---

<sup>16</sup> L. Helms, *Parliamentary Opposition and its Alternatives in a Transnational Regime: The European Union in Perspective*, in *The Journal of Legislative Studies*, 1-2/2008, 212-235; C. Karlsson, T. Persson, *The Alleged Opposition Deficit in European Union Politics: Myth or Reality*, in *Journal of Common Market Studies*, 4/2018, 888-905.

<sup>17</sup> Z. Elkins, T. Ginsburg, J. Melton, *Constitute: The World's Constitutions to Read, Search, and Compare*, online at [Constituteproject.org](http://Constituteproject.org).

<sup>18</sup> A problem already emphasized in J. Husa, *Classification of Legal Families Today. Is it time for a memorial hymn?*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1/2004, 11-38.

<sup>19</sup> This group includes Albania, Armenia, Croatia, Georgia, Kyrgyzstan, Uzbekistan.

<sup>20</sup> This group includes Angola, Brazil, Cabo Verde, Guinea-Bissau, Mozambique, Portugal, São Tomé and Príncipe, East-Timor.

<sup>21</sup> In this group we have Argentina, Colombia, Ecuador, Panama, Paraguay, Suriname.

Commonwealth;<sup>22</sup> 5) Francophone countries.<sup>23</sup> Besides, two states constitute a single-country group: Thailand is the only one from South-East Asia; Sweden is the sole Nordic country. This comparison, that requires collecting data on the systems of government, the types of electoral systems and the degree of “freedom” of the country, will have to respond to my intention of finding systematic patterns.

In this respect, by making a simplification, I assume that the electoral systems are limited to these categories: majoritarian (includes two rounds system and instant runoff voting); plurality or first-past-the-post systems (FPTP); proportional (includes both party list proportional representation and single transferable voting); semi-proportional (includes single non-transferable voting); mixed electoral systems (includes parallel voting). In the same way, the types of government include parliamentary constitutional republics/Westminster republics, semi-presidential republics, unitary/federal commonwealth realms, constitutional monarchies, single-party States and even, noticeably, disputed regimes, as in the case of Thailand.<sup>24</sup>

After completing the spreadsheet with the above data, I analyzed the presence or absence of some constitutional features on the opposition. The outcome of this investigation is hereby presented in the following five paragraphs: firstly, I will enquire about the reasons of the nonappearance of most European countries from the list. Secondly, I will discuss the few constitutional definitions of opposition. Thirdly, I will outline some similarities on the catalogue of *a*) rights and *b*) duties arranged for the oppositions after which I

---

<sup>22</sup> This group is the widest and includes Antigua and Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Bhutan, Dominica, Fiji, The Gambia, Grenada, Guyana, India, Jamaica, Kenya, Lesotho, Malta, Mauritius, Nepal (a candidate to Commonwealth), New Zealand, Pakistan, Papua New Guinea, Saint Kitt and Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent and the Grenadines, Seychelles, Solomon Islands, South Africa, South Sudan, Sri Lanka, Trinidad and Tobago, Uganda, Vanuatu, Zambia, Zimbabwe.

<sup>23</sup> This group includes Algeria, Burkina Faso, Burundi, Chad, Comoros, Congo, Democratic Republic of Congo, France, Ivory Coast, Madagascar, Morocco, Niger, Senegal, Togo, Tunisia.

<sup>24</sup> Thailand is a one-off example, as it has a Westminster-based Leader of the Opposition statute enshrined in the Constitution, but it cannot be included in the common law family. Cf. E. Kuhonta, A. Sinpeng, *Democratic Regression in Thailand: The Ambivalent Role of Civil Society and Political Institutions*, in *Contemporary South-east Asia*, 3/2014, 333-355.

will be able to draw my conclusions regarding the so called “constitutional borrowing”.

### 3. *The absence of a status for the opposition in civil law European countries and some exceptions*

Just by simply scrolling the list of the selected countries, it is possible to submit some preliminary findings: most of the civil law European democracies avoid addressing the issue.<sup>25</sup> It is no surprise that most developed democracies do not officially recognize the opposition in their Constitutions nor do even merely mention it. However, the absence from the list doesn't denote a lack of constitutional protection. In some circumstances, constitutional values and principles are enshrined in the spirit of a legal system to such an extent they simply don't need to be formally declared. In others, the decision not to include the opposition in the Constitution can produce questionable consequences. Alternatively, some guarantees can be implicitly laid down through supermajorities votes, other parliamentary procedural rules at constitutional level or general principles, like the freedom of political speech, the right to form political parties, the right to pluralism and so on.

The explicit examples are very few. In Germany, while the *Grundgesetz* is silent, most of the *Bundesländer* Constitutions are equipped with their *Oppositions-Artikles*.<sup>26</sup> This legal tradition originates from the May 1947 *Landesverfassung Baden*, no longer in force. Article 120 stated that “parties have a shared responsibility for the conduction of the political life and the governing of the State, regardless of whether they participate in or oppose the formation of the government”. Nevertheless, “if they are an opposition

---

<sup>25</sup> However, Colombia is on the list, being the exception that proves the rule as it is the most recent accession to the OECD, on April 28<sup>th</sup>, 2020.

<sup>26</sup> From the German doctrine, see at least H.P. Schneider, *Die Parlamentarische Opposition im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Frankfurt, Klostermann, 1974; S. Haberland, *Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Opposition nach dem Grundgesetz*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1995; R. Poscher, *Die Opposition als Rechtsbegriff*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 3/1997, 450 ss.; K. Stüwe, *Die Opposition im Bundestag und das Bundesverfassungsgericht: das verfassungsgerichtliche Verfahren als Kontrollinstrument der parlamentarischen Minderheit*, Baden-Baden, Nomos-Verl.-Ges., 1997, 24 ss.; D. Kuhn, *Der Verfassungsgrundsatz effektiver parlamentarischer Opposition*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.

force, it is up to them to pursue the activities of the government and the parties involved in the government and, if necessary, to criticise them". The function of the opposition is further specified when it is established that "their criticism must be objective, encouraging and constructive, and they must be prepared to assume joint responsibility in the government when required". All the subsequent *Landesverfassungen* tailored their opposition rules from this very Constitution. Hence, the importance of the rules that for the first time in history make it possible for the political parties to be enshrined in a regional German charter.<sup>27</sup>

At the national level, we have two relevant examples of in force Constitutions quoting the opposition: 1976 Portuguese Constitution and French Constitution, as amended in 2008. Art. 114 of the first states that "minorities shall possess the right to democratic opposition". It, then, proceeds to offer a definition by the means of a political criterion ("political parties that [...] do not form part of the Government"). This collective entity is given "the right to be regularly and directly informed by the Government as to the situation and progress of the main matters of public interest". This provision has been implemented by Law n. 24/98 on the "Estatudo do Direito de Oposição", that repeals the previous version (Law n. 59/77).<sup>28</sup> The new *Estatudo* adds a functional criterion, further describing the opposition as a corps of MPs committed in scrutinizing and criticizing the policy of the Government. Being a consensual democracy, it is highly significant that another provision of this act (Art. 3.4) distinguishes the parliamentary opposition at national and local level from "the other minorities not represented in any of the above bodies".

The second example is France, which has undergone relevant political transition after 1962 referendum introducing direct presi-

---

<sup>27</sup> See also Art. 23, lett. a), as incorporated in 1971, of 1952 *Hamburg Verfassung*. As to the other *Länder*, the introduction of the *Oppositions-Artikle* in their Constitutions commenced in the 1990s. See M.E. Gennusa, *Lo "statuto"*, cit., 249 ss. Other European countries (Greece, Spain, Belgium and Italy) have provisions regarding the opposition at regional level, but this is not formally recognized in their Constitutions. About the opposition at the Italian regional level, see P.L. Petrillo, *Nuovi statuti regionali e opposizione*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2005, 829-854.

<sup>28</sup> Art. 1 was put in writing in the same terms of the Hamburg Constitution, as noted by A. Rinella, *Materiali per uno studio comparato su lo "Statuto" costituzionale dell'opposizione parlamentare*, Trieste, Ed. Università di Trieste, 1999, 95.

dential election. In 1958, the electoral reform that switched to majority voting system did not help to simplify a fragmented political framework. Ever since 1962, instead, the party system has been through an intense process of “bipolarization”.<sup>29</sup> In such political debate, many asked to regulate an official statute to the opposition.<sup>30</sup> The reform process had an important setback in 1974, when the *Conseil Constitutionnel* invalidated an attempt to rationalize the relationship between majority and minority groups, claiming the necessity to table a formal revision of the Constitution.<sup>31</sup> Only in 2008 a modernization of the Constitution was possible.<sup>32</sup> According to the newly enclosed parts, the opposition was ripped in two units: compared to the common law notion of “Official Opposition”, France didn’t even try to formalize an Opposition with capital “O”.<sup>33</sup> Rather, Arts. 48.5 and 51.1 distinguish between “opposition groups” and “minority groups” as two different and variable agglomerations of politicians which are entitled “one day of sitting per month” plus more specific provisions reserved to the Rules of Procedure. In fact, as to Art. 19 of the *Assemblée Nationale* rules and Art. 5 *bis* of the Senate rules, at the beginning of each ordinary session every group has to declare if it stands as an opposition or a minority group.<sup>34</sup>

<sup>29</sup> Cf. F. Hamon, M. Troper, *Droit Constitutionnel*, Paris, Lextenso, 41st edn., 2021, 532.

<sup>30</sup> Notably, the alternance in French politics was scattered in 2017 by the coming to power of Emmanuel Macron and his newly founded movement, La République en Marche.

<sup>31</sup> Decision No. 2006-537 DC of 22 June 2006. Cf. P. Avril, « *L'improbable* » *statut de l'opposition (à propos de la décision 537 DC du Conseil constitutionnel sur le règlement de l'Assemblée nationale)*, in *Les Petites Affiches*, s.n., 2006, 7-9; S. Curreri, *Il Conseil constitutionnel boccia la via regolamentare allo statuto dell'opposizione*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2006, 776-778.

<sup>32</sup> Cf. S. Ceccanti, *Lo Statuto dell'opposizione in Francia per una nuova valorizzazione del Parlamento*, in *Federalismi.it*, 2/2009, 1-10.

<sup>33</sup> For the French debate, see at least P. Jan, *Les oppositions*, in *Pouvoirs*, 1/2004, 23-43; J.-P. Derosier (ed.), *L'opposition politique*, Paris, LexisNexis, 2016; Y. Surel, *L'opposition au Parlement. Quelques éléments de comparaison*, in *Revue internationale de politique comparée*, 2/2011, 115-129.

<sup>34</sup> J.-E. Gicquel, *Le groupe minoritaire : le nouveau venu sur la scène parlementaire*, in *Mélanges Henry Roussillon*, Presses Universitaires Toulouse 1, T. 1., 2014, 381 ss. The political minorities in France are also important for they have right to referral to the *Conseil Constitutionnel* (“*saisine*”). A group of at least sixty MPs is jointly given the early scrutiny of the laws, before their promulgation, on grounds of “nonconfor-



Thirdly, there is a small reference in the Swedish system: Art. 14 of the Riksdag Act establishes that “minority spokesmen for a committee” shall have the right to make an intervention during the deliberative process, but “a distinction may be made” if it is a minister or a majority spokesman speaking. This minor mention means an indirect recognition of parliamentary minorities but cannot imply that Sweden has a full-fledged status of the opposition at constitutional level.

In Italy, failure to provide a formal status to the opposition was registered after the unsuccess of the 2016 Renzi-Boschi constitutional reform, that amended also Art. 64 of the Constitution, devoting to the Parliamentary Rules the duty to acknowledge and enact a Statute of rights for the opposition.<sup>35</sup> This was only the last of a number of attempts originating from an age-old debate.<sup>36</sup>

In summary, these few examples can suggest that the above definitions of “opposition” seem more emphatic than prescriptive. It is not rare to observe *Allparteienregierungen* (all-party governments) or grand coalitions governments: they shall be considered unconstitutional in the event that the existence of an opposition was considered compulsory by the Constitution. Also, in coalition governments, it is not rare to have minoritarian governments.<sup>37</sup> This is the main reason why a functional definition of opposition is preferred. However, even this criterion is not flawless: in order to identify the opposition parties, in case of the absence of any explicit declaration of affiliation, we have to pick from the factions that “do

---

mity to the Constitution” (Art. 61 of the Constitution). Similarly, Art. 93 of the German Constitution entitles one fourth of the members of the *Bundestag* to refer to the Federal Constitutional Court to check the compatibility with the Constitution of a law, but this control is *a posteriori*.

<sup>35</sup> Following V. Lippolis, *Maggioranza, opposizione e governo nei regolamenti e nelle prassi parlamentari dell'età repubblicana*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia, Annali*, 17, *Il Parlamento*, Torino, Einaudi, 2001, 655, it is paramount to amend the Constitution in order to have a politically mature opposition.

<sup>36</sup> Cf. *ex multis*, A. Buratti, *Governo*, cit., 289 ss. For a political analysis of the historical evolution of the Italian opposition, see E. De Giorgi, *The evolution of the Italian opposition in the last twenty years: has anything changed?*, in *Contemporary Italian Politics*, 1/2015, 42-57.

<sup>37</sup> See I. Lustik, *Stability in Deeply Divided Societies: Consociationalism versus Control*, in *World Politics*, 3/1979, 325-344 and A. Kaiser, *Mmp, Minority Governments and Parliamentary Opposition*, in *New Zealand Journal of Public and International Law*, 1/2009, 77-92.

not support” the government. This notion can be interpreted in various manners, as the degree of “non-support” can be different. But this volatility of the notion makes it hard to ponder the important legal consequences of an opposition statute.<sup>38</sup>

Following Dahl,<sup>39</sup> the absence of the status of the opposition in “high-consensus European systems” creates a sort of Leviathan political elite in which the people do not identify anymore, thus leading to anti-system opposition.<sup>40</sup> This theoretical assumption is regrettably confirmed by the recent empirical evidence.<sup>41</sup>

#### 4. *Political minorities or losing parties: a catalogue of definitions*

An interesting result from the comparative model on the status of the opposition is that only ten countries have an explicit provision containing a notion of “opposition”.<sup>42</sup> Merely two out of ten are not part of the Commonwealth.<sup>43</sup> The first conclusion to be drawn is that a formal recognition of the opposition is more likely in a legal system with a strong British influence and, possibly, a first-past-the-post electoral system.<sup>44</sup> A country having an obvious

---

<sup>38</sup> For other relevant countries, not directly mentioned above, see R.B. Andeweg, L. De Winter, W.C. Müller, *Parliamentary Opposition in Post-Consociational Democracies: Austria, Belgium and the Netherlands*, in *The Journal of Legislative Studies*, 1-2/2008, 77-112.

<sup>39</sup> R.A. Dahl, *Political Opposition*, cit., 400.

<sup>40</sup> However, the German Constitution tries to face the phenomenon of anti-system parties in Art. 21, where it is prescribed that political parties shall not only “conform to democratic principles” but also refrain from “undermin[ing] or abolish[ing] the free democratic basic order” or endangering the existence of the Republic. To this purpose, the Federal Constitutional Court has a scrutiny on the question of unconstitutionality regarding political parties.

<sup>41</sup> E. Salvati, *Opposition Parties in the European Parliament: The Cases of Syriza, Podemos and the Five Star Movement*, in *The International Spectator*, 1/2021, 126-142.

<sup>42</sup> Belize, Buthan, Burundi, Colombia, Fiji, Kyrgyzstan, Malta, Mauritius, Solomon Islands, Zambia. For “explicit status of the opposition” we intend a definition that is not related to any other provision, nor any notion obtainable indirectly by the one referred to the Leader of the Opposition.

<sup>43</sup> This confirms the opinion that in most non-common law countries the parliamentary opposition is implicitly derived from certain procedural rules shaping the supervision, control and scrutiny of the government associated with the status of the opposition. Cf. G. De Vergottini, *Opposizione parlamentare*, 532.

<sup>44</sup> For the constitutional role of the British opposition, see R. Brazier, *The constitutional role of the opposition*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2/1989, 131-151. For a comparison between Britain, Canada, Australia and New Zealand see A. Kaiser,

bipartisan system, assisted by a plurality electoral mechanism, will welcome a very clear idea of opposition:<sup>45</sup> either by referring to the constitutional position of the Leader of the Opposition or by providing an explicit definition with a numerical criterion, as it happens with Bhutan's Constitution.

Art. 158, indeed, states that "the party which wins the majority of seats in the National Assembly in the general election shall be declared as the ruling party and the other as the opposition party".<sup>46</sup> The winner-loser dichotomy goes along with the idea of a parliamentary opposition enjoying an "institutional" function, since it is theoretically possible to alternate with the government.<sup>47</sup> The metaphor of the political power acting like a swinging pendulum is particularly suitable in these cases: consequently, it will be easy to distinguish the Official Opposition, whose entitlements of rights are unequivocally prescribed by the Constitution, from the other opposition parties composing a minor entity.<sup>48</sup> A peculiarity that was initiated by British parliamentary practice and subsequently recognized by Art. 10 of the Ministers of the Crown Act.

As to the Commonwealth realms, it is possible to extract a definition from the provisions regarding the appointment of the Leader of the Opposition by the Governor-General. The wording is almost identical in all the countries that have such nomination: the

---

*Parliamentary Opposition in Westminster Democracies: Britain, Canada, Australia and New Zealand*, in *The Journal of Legislative Studies*, 1-2/2008, 20-45. Regarding the American scene, scholars are discussing the benefits of granting some rules to the "Government in opposition", as a means of dividing power and "resolve the central crisis" posed by the unified American government. See D. Fontana, *Government in opposition*, in *Yale Law Journal*, 3/2009, 601.

<sup>45</sup> Even if this is clear by law, the concept is often "nebulous" in reality, as its usages encompass various phenomena. See P. Norton, *Making Sense of Opposition*, in *The Journal of Legislative Studies*, 1-2/2008, 236-250.

<sup>46</sup> It continues by specifying that "in the case of casual vacancy, if the opposition party gains majority of seats in the National Assembly after the bye-election, such party shall be declared as the ruling party".

<sup>47</sup> G. De Vergottini talks about a "constitutional function of the opposition". See his *Diritto costituzionale comparato*, Padova, Cedam, 7th edn., 2007, 496. *Contra*, R.A. Dahl, *Political Opposition*, 400, objecting to the theory of the opposition as being an autonomous function.

<sup>48</sup> There is also a third entity, different from Official Opposition and other opposition parties. See Art. 66 of the Constitution of Solomon Islands, distinguishing the "opposition group" as formed by MPs in opposition to the Government and the "independent group", comprising MPs who are independent both of the Government and of any opposition group.

Leader is chosen among those who seems able to command the “majority of the elected members of the House who do not support the Government” or, if no one appears to be in command, the Leader “of the largest single group of members of the House who do not support the Government”.<sup>49</sup> This notion combines a numerical and a political criterion.<sup>50</sup> The other Commonwealth countries relevant to this purpose adopt similar provisions: Art. 124 of the Indian Constitution alludes to a *de facto* Leader of the Opposition; alternatively, the office will be granted to “the Leader of single largest Opposition Party in the House of the People”. In almost identical terms Arts. 90 and 73 respectively of the Constitution of Malta and Mauritius favor the Leader of the “opposition party whose numerical strength in the House of Representatives is greater than the strength of any other opposition party” or, otherwise, an appropriate person chosen at the discretion of the President of the Chamber. Similarly, it is for Art 92 of the Constitution of Lesotho.

While in Sch. 1.1 of the Rules of interpretation of the Constitution of Papua New Guinea, the opposition is defined by the only means of a political criterion (“those members of the Parliament who are not generally committed to support the Government”), some countries adopt a mere numerical criterion, as is the case of Art. 57 of the Constitution of South Africa (the “largest opposition party”), Arts. 149 of Gambian Constitution and 108 of Kenyan Constitution (“the second largest party or coalition of parties”), Art. 71 of the Transitional Constitution of the youngest State in the world, South Sudan (“the political party holding the second highest number of seats”).

Some countries’ charters only mention the Leader of the Opposition, to grant him the benefits and the privileges annexed to his

---

<sup>49</sup> See Art. 79 of the Constitution of Antigua and Barbuda, Art. 82 of the Constitution of Bahamas, Art. 74 of the Constitution of Barbados, Art. 47 of the Constitution of Belize, Art. 66 of the Constitution of Dominica, Art. 66 of the Constitution of Grenada, Art. 89 of the Constitution of Jamaica, Art. 58 of the Constitution of Saint Kitt and Nevis, Art. 67 of the Constitution of Saint Lucia, Art. 59 of the Constitution of Saint Vincent and the Grenadines, Art. 83 of the Constitution of Trinidad and Tobago.

<sup>50</sup> In fact, the opposition is always a minoritarian force. However, it is not always true the opposite, i.e. a minority plays automatically the role of the opposition. Cf. A. Manzella, *Il Parlamento*, Bologna, Il Mulino, 2003, 276; A. Pizzorusso, *Minoranze e maggioranze*, Torino, Einaudi, 1993, 51.

status (Art. 184 of the Constitution of Guyana, Art. 284 of the Constitution of Nepal, Art. 84 of the Constitution of the Seychelles and some minor mentions in the Constitutions of Pakistan, Sri Lanka, Vanuatu, Uganda as amended in 2015 and Zimbabwe).

There are also redundant notions, as where it is stated that the Leader of the Opposition is chosen amongst “the members of Parliament who do not belong to the Prime Minister’s political party and are members of the opposition party or a coalition of opposition parties” (Art. 78, Constitution of Fiji) or “the Members of Parliament who are from the opposition” (Art. 74, Constitution of Zambia).

The other two countries that make a formal recognition of the opposition are Burundi and Kyrgyzstan. They both have relatively young Constitutions, dating respectively from 2018 and 2010, and they both use the criterion of affiliation. As to Art. 703 of the Kyrgyz Constitution, “the faction or factions which are not part of the parliamentary majority and which have announced their opposition to the latter, shall be considered as parliamentary opposition”. Similarly, Art. 178 of the Constitution of Burundi requires parties or independents to “claim to adhere to the opposition in the National Assembly” as a condition to “participate of right in all parliamentary commissions”. However, “a political party providing a member of Government cannot claim that it is part of the opposition”.

##### 5. *Constitutional patterns concerning the rights of parliamentary opposition*

The opposition status is characterized by a number of constitutional rights and duties. The common legal tradition of the CPLP countries is reflected in the constitutional provisions regarding the opposition. Seven out of the eight selected countries (Angola, Cabo Verde, Guinea-Bissau, Mozambique, Portugal, São Tomé and Príncipe and East-Timor) ensure a generic right of democratic political opposition and encourage the parliaments to draw a status for the opposition.

In addition to that, Art. 288 of Portuguese Constitution states that constitutional revision laws shall respect “plural expression and political organization, including political parties, and the right

to democratic opposition”, which is identical to Art. 292.1 of the Constitution of Mozambique. This provision can be found in stronger terms in Art. 130 of the Constitution of Guinea-Bissau, Art. 118 of the Constitution of Cabo Verde and Art. 154 of the Constitution of São Tomé and Príncipe, which forbid any constitutional revision to affect the right to democratic opposition. Art. 174 of the Constitution of Angola further enriches the rights related to the opposition, by recognizing the right to equal treatment “by entities exercising political power” and the right to impartial treatment “by the state press”.

Conversely, Brazil’s Constitution has only one indirect reference to the opposition, as in Art. 89 the “minority leaders” of the Chamber of Deputies and of the Federal Senate are mentioned as *de jure* members of the Council of the Republic, the highest consultative body for the President of the Republic.

Taking a look at the formerly communist countries, we have a group of six of them either mentioning the “opposition/parliamentary factions” or the “political minorities”. It is significant that many of them entitle the opposition with the right to nominate members of parliamentary bodies (Arts. 477-1497 and C8 of the Constitution of Albania); the Deputy Chairmen of the National Assembly (Art. 104 of the Constitution of Armenia); the Chairperson of a commission of inquiry (Art. 92 of the Constitution of Croatia) or the members of other institutional bodies (Art. 121 of the Constitution of Croatia; Arts. 744 and 751 of the Constitution of Kyrgyzstan). Furthermore, Art. 761 of the latter Constitution establishes that “Chairpersons of the Budget Committee and the Committee on law and order shall be from among the representatives of the Parliamentary opposition”, thus being in line with provision no. 2.6 of the PACE 2008 resolution (*see* §1).

Despite the fact the Uzbekistan is just recently making steps to go out from its isolation and overcome the Russian influence, it is still considered a non-free country by the Freedom House ranking. Consequently, Art. 34 of its Constitution should be held in particular regard, as it states that “No one may infringe on the rights, freedoms and dignity of individuals constituting the minority opposition in political parties”.

With respect to the Latin-American countries, the research produced six results that seems to follow, more or less, the Spanish

model, where the opposition does not have any specific entitlement at any level. Only general political rights and limited parliamentary guarantees are recognized. Argentina has a very old Constitution, the first version being approved in 1853. The only place where a minority is cited is Art. 85, that allocates the Presidency of a Congress internal body. The Paraguayan Constitution makes an allusion to the minority only to state that the law will determine its participation to the questions to the government (Art. 193). Ecuador acknowledges “the right to political opposition at all levels” (Art. 111). Suriname concedes the “recognition of the minority by the majority” (Art. 542) and Panama fixes an electoral principle that “guarantees the proportional representation of the minority” (Art. 162). It is not much, but for sure these countries emerge, towards the other Latin-American countries that omit to deal with the issue. One big exception is Colombia. Art. 112 of its Constitution covers a rich enumeration of rights for the opposition parties. They “may freely formulate their critical stance towards the (government) and plan and develop alternative policies”. They have “access to official information and documentation” along with a proportional “use of the means of social communication of the State”. Eventually, “minority parties and movements with legal personality shall have the right to participate in the executive committees of the collegiate bodies”.

With regards to the Sub-Saharan Francophone countries, a common pattern occurs: Art. 96.1 of the Constitution of Burkina Faso, Art. 32 of the Constitution of Chad, Arts. 36 and 89 of the Constitution of the Comoros, Art. 63 of the Constitution of Congo-Brazzaville, Art. 8 of the Constitution of the Democratic Republic of Congo, Art. 101 of the Constitution of Ivory Coast, Art. 99 of the Constitution of Niger, Art. 67 of the Constitution of Senegal and Art. 84 of the Constitution of Togo equally prescribes that only the Law (no other secondary sources) can regulate the status of the opposition. This guarantee, after all, testifies the sustained efforts that Constitution-makers are doing in plural multiethnic African societies to herald the necessity of promoting free political competition.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup>J.L. Marshfield, *Federalism and Political Competition in Emerging Democracies*, in *Washington University Global Studies Law Review*, 2/2011, 301.

## 6. *Constitutional patterns concerning the duties of parliamentary opposition*

It is significant that the “duties” of the opposition appear in three Arab Francophone countries with freshly amended Constitutions.<sup>52</sup> As to Algeria, Morocco and Tunisia, the archetype of the statute is represented by a long catalogue of rights granted under the condition to comply with some general duties. Art. 60 of the Constitution of Tunisia requires “active and constructive participation in parliamentary work”, since the opposition enjoys “the rights that enable it to undertake its parliamentary duties”. Art. 120 of the Constitution of Algeria specifies that the opposition benefits from certain “rights enabling effective participation in parliamentary activities and in political life”. Art. 10 of the Constitution of Morocco confers to the opposition “rights that will permit it to appropriately accomplish the missions that accrue to it in the parliamentary work and political life”, thus apportioning an “active and constructive contribution”. The Tunisian example is particularly instructive as it is the only country that activated a genuine (still incomplete) democratic transition on the aftermath of the Arab Spring.<sup>53</sup> Morocco’s monarchy, on the other hand, wasn’t directly invested by the uprising but this one energized the February 20 Movement ultimately inspiring some changes.<sup>54</sup> Algeria has had some semblance of steadiness in the institutional arena, after the approval of the new 2020 Constitution but still has a long way to go.<sup>55</sup> We can infer that all this political rumble led to the most detailed formalization of the status of the opposition of all, notwithstanding the fact that the above three are non-Westminster systems.

All this idea of constructiveness brings on the floor the filibustering issue.<sup>56</sup> This practice has often been criticized as it affects the

---

<sup>52</sup> See L. Mezzetti, *La libertà decapitata. Dalle Primavera arabe al Califfato*, Napoli, 2016.

<sup>53</sup> See *The way out of Tunisia’s crisis. Relighting a beacon of democracy*, in *The Economist*, 28 July 2021.

<sup>54</sup> Cf. A. Radi, *Protest Movements and Social Media: Morocco’s February 20 Movement*, in *Africa Development*, 2/2017, 31-55.

<sup>55</sup> Cf. the report from the Arab Center for Research and Policy Studies, *Algeria 2019: From the Hirak Movement to Elections*, Doha, s.e., 2020.

<sup>56</sup> A classic reference is to C. Fisk, E. Chemerinsky, *The Filibuster*, in *Stanford Law Review*, 2/1997, 181-254.



quality of the legislation and the productivity of the Parliament: its maneuvers allow members of the opposition to delay a legislative proposal or to literally derail a reforming process. Amid the duties of the opposition, one shall be to possibly disdain filibustering tactics. To this purpose, the fifth guideline of the PACE Resolution explicitly states that «the political opposition in parliament shall show political maturity» and exercise a «constructive opposition», in particular by «using its rights with a view to enhance the efficiency of parliament as a whole». This is clearly a reference to filibustering.

Rampant obstructive tactics have been proved to interfere with the legitimation of the representative assemblies, which is why many emerging democracies refer to the constructiveness of the opposition.

#### 7. *Conclusion: a necessary reversal in “constitutional borrowing”*

Constitutional borrowing, as a tendency to draft a charter «by inserting language taken from another people’s governing document»,<sup>57</sup> is carried out in a one-to-one direction, as legal history confirms: namely, from the most established regimes towards emerging democracies, interested in borrowing specific institutional designs from the constitution of the previous. Nonetheless, on the matter up to now discussed, it could be desirable to invert the direction. Older democracies shall now engage in “learning” from other experiences.

There is no doubt that common constitutional traditions shape the way the functioning of the opposition is outlined by the above examined documents. These findings makes it easier to answer to the assumption made in the introduction: whether the insertion of constitutional provisions on the Constitution can be worthwhile to prevent the degradation of some democracies, in which the opposition lies powerless.

I think that the most recent developments in some EU Member States, regarding the increasing pressure – or even the blow-

---

<sup>57</sup> N. Tebbe, R.L. Tsai, *Constitutional borrowing*, in *Michigan Law Review*, 2/2010, 462; see also L. Epstein, J. Knight, *Constitutional borrowing and nonborrowing*, *ICON*, 1(2), 2003, 196 ss.; M.D. Adler, *Can Constitutional Borrowing be Justified? A Comment on Tushnet*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 1/1998, 350-357.

back – on democratic institutions, require each State to take appropriate measures, without turning down a possible revision of the Constitution.

As we have succinctly demonstrated, the lack of an explicit statute of the opposition in older democracies has various consequences. It affects the quality of political opposition in and outside parliaments. It could be a loophole for anti-system opposition and disruptive political movements to either pave their way in the institutions and undermine democracy from the inside or to oppose to the government in further illiberal manners. Obstructionism and the volatility in the political affiliation of the MPs can cause the marginalization of the assembly, a defective or lacking scrutiny of the government and the ineffectiveness of the *check and balances* principle.

So, perhaps, this matter should “upgrade” its level of normativity: instead of being regulated only by parliamentary procedural rules, constitutional conventions and practice or unwritten rules, the core of the opposition status shall be set in stone at the constitutional level, where it belongs. This may yield some positive changes both in consensual democracies, by avoiding any abuse of the majority to the ordinary functioning of the system and ensuring the fairness of the political debate, and in majoritarian democracies, by allowing a more solid opposition to develop an alternative policy in a constructive way. Furthermore, the Constitution can offer a wider spectrum of protection when compared with ordinary laws or parliamentary internal rules, for the simple reason that it requires supermajorities or special procedures to be amended.

We all know how hard is to foster democracy by constitutionalizing the opposition. In fact, some of the aforementioned constitutional provisions may remain untapped if the regime is not a full-blown democracy. However, they signify the acknowledgment, at least nominally, of a possible law-abidingness in the future, once the regime reaches a certain degree of democratization. This is why the presence of a status of the opposition is important *per se*. It may be a driving force for the protection of political pluralism, however illusory it may seem.

### *Abstract*

The current deterioration of the global liberal democratic order is unveiling the dysfunctionalities and unpreparedness of the representative

institutions towards new challenges, like the spread of populism or the pandemic. Parliamentary opposition is in agony along with the marginalization of parliaments and it is not infrequent that the antagonism develops out of the institutions, in illiberal ways. In such a context, can constitutional provisions on the opposition protect and ensure a safe environment for a well-functioning democracy? This essay is an introductory note that compares all the Constitutions containing Articles related specifically to the opposition, to understand if nonwestern democracies can provide an inverted Constitutional borrowing to older democracies in crisis.

L'attuale deteriorazione a livello globale dei sistemi liberaldemocratici sta svelando le disfunzionalità e l'impreparazione delle istituzioni rappresentative nei confronti delle nuove sfide, come la diffusione del populismo o la pandemia. L'opposizione parlamentare è in agonia così come i parlamenti sono in continua marginalizzazione e non è raro che essa si sviluppi al di fuori delle istituzioni tradizionali, con metodi sempre più illiberali. In un tale contesto, apposite previsioni costituzionali sull'opposizione possono davvero contribuire a proteggere una democrazia, creando per essa un ambiente sicuro? Il presente saggio rappresenta una prima nota introduttiva di comparazione di tutte le Costituzioni che contengono articoli aventi ad oggetto specificamente l'opposizione, per capire se le democrazie di stampo non occidentale possano rappresentare un modello da cui prendere in prestito, in direzione inversa, elementi utili alle vecchie democrazie, ormai in crisi.

MICHAEL DUNNE

‘THE LONG ROAD TO RACIAL JUSTICE’:  
CONGRESSIONAL COMPROMISE  
AND JUDICIAL ABSOLUTISM  
IN AMERICAN HISTORY<sup>1</sup>

SUMMARY: 1. Introduction: Democracy and Compromise. – 2. The Early Republic: Slavery and Freedom. – 3. The Missouri Compromise: the Free North and the Slave South. – 4. Manifest Destiny: Slavery and Freedom in Westward Expansion. – 5. The Compromise of 1850: the Impending Crisis of the Union. – 6. The US Supreme Court: Judicial Reasoning and the Arbitration of War. – 7. The Compromise of 1876: the Republican Party from Anti-slavery to Pro-segregation. – 8. The US Supreme Court: the Doctrine of ‘Separate but Equal’. – 9. The Warren Court and its Jurisprudential Legacy: ‘Tangible and Intangible Factors’. – 10. Summation: the Limitations of Compromise. – 11. Postscript.

1. *Introduction: Democracy and Compromise*

Politics is the Art of the Possible. So it is said – and stated as a truism. Indeed, such an art needs to be practised in any political system, even an autocracy, for the autocrat needs subordinates to implement that individual personal will. In democratic politics, on the other hand, there must also be practised the art of compromise. Democracy, of course, is not unproblematical, not an uncontentious term. Over time and in different countries and under different political systems the term has passed from opprobrium by some to uncritical but favourable use by others; its scope through the franchise

---

<sup>1</sup> The title echoes the civil rights project sponsored by the Massachusetts Historical Society: ‘The Long Road to Justice.’ A permanent exhibition is housed in the Edward W. Brooke Courthouse in Boston, the Municipal Court Department facility named to honour the eponym, who served as US Senator for Massachusetts, 1967-1979, and proudly stated he was the [first] ‘Black person ever ... elected to the Senate by popular vote’: *Biographical Directory of the United States Congress, 1774-1989*. Senate Document No. 100-34. 100<sup>th</sup> Congress, 2<sup>nd</sup> Session (Washington, DC: Government Printing Office, 1989), 675.

has ranged from the quite limited to apparent universality, the suffrage depending on a range of factors from ownership of property, religious practice and simple age – not forgetting balancing principles of exclusion and later inclusion on grounds of race and gender: witness Amendments XV & XIX to the US Federal Constitution. Indeed, in States once belonging to the Southern Confederacy your (male) right to vote depended on the voting status of one of your parents' parents: the notorious 'grandfather clause'.

Representative democracy's essential features may be said to include the practice of electing legislators; acceptance by the voters – if only until another election – of those legislators' actions; and the general readiness, however reluctant, to accept the temporary defeat of one's electoral and political goals. For the greater good of a peaceful and law-governed society, voters accept temporary setbacks. This bundle of characteristics may be called the fundamental compromises which underpin representative democracy. So much for theory. As for history, and in particular the history of political compromises in the USA as its democratic character developed, the picture is more disturbing when the focus is on race.

## 2. *The Early Republic: Slavery and Freedom*

The compromises over race began very early in the life of that political system called the USA. The self-same British colonists who in their Declaration of Independence in 1776 could assert their 'unalienable rights' to 'life [and] liberty' also implicitly included their right to property in slaves – while they deprecated the 'absolute tyranny ... [and] despotism' which George III and his ministers would fasten on their necks through 'repeated injuries [to] and usurpations' of traditional freedoms. Pro-slavery compromises permeated the Federal Constitution drafted in Philadelphia in 1787, compromises rooted in the social and ideological differences either side of the boundary known as the Mason-Dixon line separating what became the Slave South and the Free North: see especially Articles I, §§ 2, 9; IV, § 2; and V, governing, *inter alia*, federal taxation, congressional representation, the slave trade and the capture of fugitive slaves. Balancing these permissive allusions was the contemporaneous and exclusionary 'Ordinance' for the huge Northwest Territory lying between the Ohio and Mississippi rivers and

Lake Superior. In this land, ceded by the British crown and destined to become five separate States, slavery was prohibited. (These are the Great Lakes states of Ohio, Indiana, Illinois, Michigan and Wisconsin, together with the northeastern portion of Minnesota.) More land came in 1803, when most of the area between the Mississippi and the Rocky Mountains was bought from Napoleonic France: the Louisiana Purchase. From over two million square kilometres (doubling the size of the United States), with the indigenous peoples ignored, displaced or simply annihilated, would be created eventually the bulk of fifteen new States – what President Thomas Jefferson foresaw as his ‘empire of liberty’.<sup>2</sup> Similarly dollars and simple annexation brought the boundary of slavery in the USA south to the eastern shores of the Gulf of Mexico, with Florida the great prize; while northern Mexico itself lay in the expansive eye-line of the Southern slave-owners. Where would the boundaries of the ‘peculiar institution’ end, given that the northern limits of the Louisiana Purchase extended beyond the present-day Canadian border?<sup>3</sup> The answer was given in the first of the two great compromises foreshadowing the Civil War.

### 3. *The Missouri Compromise: the Free North and the Slave South*

The Missouri Compromise was the name given to a series of measures agreed by the US Congress during 1819-1821. At the heart of the Compromise was the effort to balance Free and Slave states, which stood at eleven each in 1819. Missouri, created out of

---

<sup>2</sup> Robert W. Tucker & David C. Hendrickson, *Empire of Liberty: the Statecraft of Thomas Jefferson* (New York: Oxford University Press, 1990). France received \$ 15,000,000, monies intended for renewing war with the British.

<sup>3</sup> Kenneth M. Stampp, *The Peculiar Institution: Slavery in the ante-bellum South* (New York: Knopf, 1956) is the classic text. The term became a euphemism for slavery during the 1830s; and the phrase’s origins are to be found in the life and writings of John Caldwell Calhoun (1782-1850). With his political base in South Carolina, Calhoun served as a US congressman, senator, vice-president under both John Quincy Adams and Andrew Jackson, and held various cabinet offices between 1817-1845. Unquestionably, Calhoun was one of the major political figures of *ante-bellum* America, asserting that Congress was estopped from limiting the geographical extension of slavery: see below on the *Dred Scott* case. His thought is encapsulated in his *Disquisition on Government* and his *Discourse on the Constitution and Government of the United States*, notably his theory of the ‘concurrent majority’ and the legitimacy of State ‘nullification’ of federal law. The University of South Carolina Press (Columbia, S.C.) began publishing his *Papers* in 1959.

the Louisiana Purchase lands, was set to have a Slave society on admission to the Federal Union. To maintain equality, present-day Maine was created as a Free State from its much larger parent, Massachusetts. (Maine is some 86,000k<sup>2</sup>; Massachusetts 27,000k<sup>2</sup>.) Equality in this context meant the numerical and political equality of the individual states as represented in the Senate, which was the organ embodying their constitutional sovereign equality – and hence, it could be thought, the location of a Southern veto on unfavourable Northern legislation. (The House of Representatives, whose composition broadly reflects the population-size of the individual States, had gradually developed a Northern bias, then standing at 105 representatives from Free States and 81 from Slave States).<sup>4</sup> But what of the rest of the Louisiana Purchase (excluding the slave-holding ‘Pelican State’ itself) yet to be settled as Free or Slave States? Congress’s answer was to divide the territory along an east-west axis marked by the parallel 36° 30’ N, which was set as the southern boundary of Missouri. While Missouri would be admitted to the Union with no prohibition on the institution of slavery, federal lands to the north of this line were declared barred to slavery.<sup>5</sup> But there were more elements in the Compromise, all harbingers of the conflicts that would lead to civil war in 1861. In Washington, Northern representatives tried to legislate *a*) to prohibit the entry of slaves into Missouri and *b*) for the eventual manumission of the children of existing slaves; Missourians themselves voted to exclude ex-slaves and their offspring. The prominent Virginian politician John Randolph, urged Southern secession rather than accept any limitation on the spread of slavery. Speaker of the House Henry Clay of Slave-State Kentucky, chief architect of the Compromise, wrote of words such as ‘civil war [and] disunion’ being frequently and casually used. Equally prophetic was the octogenarian Jefferson, himself an ambivalent slave-owner. For Jefferson likened the Missouri Compromise to a ‘fire bell in the night’, tolling ‘the knell of the Union’. The territorial shape and the political and

---

<sup>4</sup> This is not to forget the then *over*-representation of the Slave States, whereby a slave was recorded as three-fifths of a free person for calculating, along with taxation, the House (and thereby the Electoral College) numbers of each state: Federal Constitution, Article I, § 2.

<sup>5</sup> The US-Canadian border to the Louisiana Purchase had been diplomatically settled in 1818.

constitutional issues of what New York Senator William Seward would later call the 'irrepressible conflict' had been drawn.<sup>6</sup>

Seward was describing the 'opposing and enduring forces' of slavery and freedom within the USA. Advocates of slavery, invoking the Federal Constitution, insisted that there could be no legal limits to the spread of slavery whatever the terms of the Missouri Compromise. But should the compromise be upheld, there was more land in the West for slavery *south* of 36° 30' N. Contemporaneously with the Missouri Compromise but no way part of the overt bargaining began an increase in the *norteamericano* settlement of revolutionary Texas. As the provinces of New Spain freed themselves from the imperial government in Madrid, slave-owning American citizens (*empresarios*) gained personal rights in the Mexican state of Texas, an area even greater than today's second largest state. During the 1820s Presidents John Quincy Adams and Andrew Jackson sought to purchase Texas – without success. But the key moment came early in the next decade, when the Republic of Mexico prohibited *both* further American settlement *and* the continuation of slavery in Texas. Once again slave-owning American colonists declared independence – but this time from the Mexican republic and petitioned for Texan incorporation into the United States. Though there was much sympathy in Congress for annexing Texas, even the aggressive Jackson settled for a compromise: no admission – yet – for slave-holding Texas but formal diplomatic recognition of its independence.

#### 4. *Manifest Destiny: Slavery and Freedom in Westward Expansion*

As the Slave South hoped and the Free North feared, annexation of Texas to the Union came in early 1845 – but at the price of war with the Mexican Republic a year later. This was the era of 'manifest destiny' when pundits such as the newspaper editor John L. O'Sullivan (echoed by the incoming president James K. Polk) claimed the whole of the North American continent as the 'providential' promised land for the 'overspread[ing of the United States and its] yearly multiplying millions'.<sup>7</sup> The *casus belli* was disputed

---

<sup>6</sup> Walter Stahr, *Seward: Lincoln's Indispensable Man* (New York: Simon & Schuster, 2012).

<sup>7</sup> Albert K. Weinberg, *Manifest Destiny: a Study of Nationalist Expansionism in*



land claimed by both the Texan secessionists and the Mexican authorities. But as anti-slavery secessionists showed in another state of the Mexican republic, California, the fundamental impetus behind the pro- and anti-slavery dynamic was the search for yet more territory into which the 'irrepressible conflict' could be projected and fought out. But before the war there was another compromise, far less obvious than that of 1819-21, but significant to observant contemporaries. The annexation of Texas was effected by a joint resolution of the Senate and House, a procedure which required a simple majority of votes in both houses (plus the approval of the president). Previously such a major enactment would have been implemented through the treaty-making power, which was reserved to the Senate and which required a two-thirds majority for passage: Federal Constitution, Article II, § 2. In other words, a blocking, anti-slavery minority in the Senate could have stymied Texan annexation. In the event, slave-holding Texas was admitted into the Union; its vast area might now be carved into no more than four (slave-holding) states; and the line of the Missouri compromise was in practice carried westwards into present-day southern Nevada.

The overwhelming victory of the United States in the war with the Republic of Mexico (1846-1848) brought yet more land into American possession. Aside from California joining the Union as a fully-fledged Free State, the terms of the Treaty of Guadalupe Hidalgo (February 1848) brought present-day Nevada, New Mexico, Utah and much of Arizona under Washington's control, along with portions of Wyoming and Colorado, plus pre-war Texan claims. While the later Gadsden Purchase of 1853 took the Arizona and New Mexico borders south to their present lines, this addition was but a tiny fraction of what some expansionists wanted. Pro-slavery opponents of the peace treaty, led by no less a figure than Secretary of State James Buchanan, sought to annex the whole of Mexico. But such expansionists had one victory. Despite Free California blocking the Missouri Compromise line through to the Pacific coast just south of San Francisco, an attempt (*via* the eponymous Wilmot Proviso of 1846) to outlaw slavery in any part of the newly-acquired territory was defeated in the Senate.<sup>8</sup>

---

*American History* (Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1935) remains unsurpassed after almost a century of succeeding scholarship.

<sup>8</sup>Named after a Democrat House member from Pennsylvania, David Wilmot

5. *The Compromise of 1850: the Impending Crisis of the Union*<sup>9</sup>

The 1850s, the last *ante-bellum* decade, were ushered in with the second major set of congressional bargains openly struck around slavery: the simply but portentously named Compromise of 1850. Accepting the trade-off between the admission of the large Free State of California and the creation of Slave States within the Mexican Cession, Congress banned the sale of slaves in the District of Columbia while protecting the institution in the federal capital itself. But if this measure seemed the ultimate compromise, the force of further contemporaneous legislation was felt more throughout the Free North. For given the precedent of dividing newly acquired federal lands between Free and Slave states, what was striking in 1850 was the tightening of the 1793 legislation governing the capture and return to their owners of 'fugitive' slaves. The qualification is crucial; for the new Fugitive Slave Act essentially construed alleged fugitive slaves as *prima facie* escapees, who were denied any right of trial by jury or even testimony on their own behalf. Marshals serving federal 'commissioners' (rather than sympathetic Free State officials) were to be assigned to such prosecutions and offered inducements for successful captures; while ordinary citizens were punishable for any lack of help in arrests and required to indemnify the losses of claimant slave-owners. One immediate effect of the Fugitive Slave Act – and known far beyond the United States – was the writing and publication in 1852 of Harriet Beecher Stowe's *Uncle Tom's Cabin*. Within the American political system the most important consequences of the Compromise of 1850 included *a*) keeping the Democratic party (with its Jeffersonian and Jacksonian origins) alive and largely united; *b*) the divided Whigs (successors to the Federalists) began their last years as a weakened partisan force, now split between 'Cotton Whigs' in the South and 'Conscience Whigs' in the North; and *c*) hindsight will see the groundwork for the emerging Republican party. But two further

---

(1814-1868), who later briefly served in the US Senate as a Republican during the Civil War.

<sup>9</sup> For the influential contemporary work of a North Carolina White supremacist, see Hinton Rowan Helper, *The Impending Crisis of the South, how to meet it*. (New York: Burdick Bros., 1857). Edited by George M. Fredrickson (Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1968).

events were needed to bring the party of Abraham Lincoln into being: *another* compromise over the westward expansion of slavery, followed by the judicial ruling that *nothing* could stop that expansion.

The present-day states of Kansas and Nebraska formed part of the Louisiana Purchase and for some thirty years Kansas (rather than Nebraska to the north) was famous – if at all – for being the main route westwards. The few settlers there tended to mirror the neighbouring states: those from Iowa and further east committed to Free Soil and opposed to slavery, matched by those from the South, Missouri especially, looking to legitimate slavery in the new territorial government (the final stage before full statehood) despite the Missouri Compromise barring slavery to the west of Missouri. This was no simple, theoretical issue: violence was ever-present between the contending factions, violence which would later lead to ‘Bleeding Kansas’ and the onset of the (Kansas-Missouri) ‘Border War’. In a futile attempt to forestall more serious trouble, Congress passed in 1854 the Kansas-Nebraska Act by a large margin in the Senate but only very narrowly in the House, which more accurately reflected nationwide divisions. The Act, as the proponents desired, superseded and thereby voided the Missouri Compromise by importing the principle informing much of the Mexican Cession settlement: the territorial inhabitants – *not* the Federal Government – could and would decide whether to be a Slave or a Free State.<sup>10</sup> The principle, known as ‘popular sovereignty’, had the immediate effect of increasing the local violence as pro-slavery and anti-slavery forces fought to gain dominance. Meanwhile, first in Wisconsin and later in Illinois, a political party and a future leader emerged to focus nationwide opposition to any extension of slavery, even under the slogan of popular sovereignty: the Republican party and a former and little-known Illinois representative, Abraham Lincoln.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> The legislation was sponsored by Lincoln’s major future rival, Senator Stephen Douglas of Illinois.

<sup>11</sup> In the 1856 presidential election, the newly-formed Republican party under John C. Frémont won a plurality in 11 of the 16 Northern Free States; the Democrat James Buchanan won in 14 Slave States and (the other) 5 Free States; and former president Millard Fillmore, running on the American (Know-Nothing) ticket won just one state, slave-holding Maryland.

## 6. *The US Supreme Court: Judicial Reasoning and the Arbitration of War*

Further and, in retrospect, seemingly unstoppable force to the rise of the Republicans and their future leader was given by the decision of the US Supreme Court in arguably its single most important judgment since its creation – perhaps even to this day. In 1857 the Court handed down its complex ruling in *Scott v. Sandford*, 60 US 393 (1857).<sup>12</sup> The basic issue was whether a Virginia-born slave, Dred Scott, had been freed by his movement from a Slave State, Missouri, into Free Soil Illinois and the Wisconsin territory. The Missouri state courts having in separate decisions found first in favour of Scott and then against him, proceedings for Scott's freedom were begun through the federal judicial system. The US Supreme Court might have settled for remitting the decision to the Missouri Supreme Court as within the state's judicial competence. Instead the US Supreme Court decided against Scott by a majority of 7-2, the split highlighting the 'sectional' composition of the bench: South against North, Slave against Free.<sup>13</sup> Speaking for the majority, Chief Justice Robert B. Taney, laid out a number of principles, each of which gave ominous weight to the others. (Formally, much of Taney's discourse was *obiter dicta*.) Taney asserted that the Missouri Supreme Court was indeed competent to decide the status of alleged slaves. If it were argued that a slave had gained freedom by moving to a Free State, thus forcing the jurisprudence of the Missouri court towards freedom, Taney countered that this judicial logic was premised on the Missouri Compromise legitimately prohibiting slavery. But, argued Taney, the Missouri Compromise was

---

<sup>12</sup> An error in court transcription, preserved historically, denominated one of the parties, John Sanford, as *Sandford*. An excellent introduction remains Don E. Fehrenbacher, *The Dred Scott Case: its Significance in American Law and Politics* (New York & Oxford: Oxford University Press, 1978).

<sup>13</sup> Perhaps the most influential essay ever in American historiography was that originally delivered by Frederick Jackson Turner in 1893 as a presidential address to the American Historical Association at the Columbia World Exposition held in Chicago: see Frederick Jackson Turner, *The Frontier in American History* (New York: Henry Holt, 1921), esp. chap. 1: 'The Significance of the Frontier in American History'. Turner argued for the importance of the political struggle between the West and the East, rather than the traditional view of the (Free) North - (Slave) South dynamic. The historiographical importance of the 'frontier thesis' did not, of course, make it incontrovertible.

unconstitutional in its specific terms, for Congress had no power to bar slavery in federal territory. Moreover, slavery was protected by the Constitution as a right in property. The product of these two assertions was that slavery was protected both in the existing Slave States and in any future States, with the transitional territories equally open to and protected for slavery. This catalogue of arguments undermining the Missouri Compromise was weighty enough – but it might have been unnecessary for jurisdictional reasons. For Taney also asserted that, slave or freeman, Dred Scott had no *locus standi*, since *qua* African American and a ‘descendant [...] of [...] slaves’ he was not a citizen of the United States and had no right to sue in a federal court. As contemporaries could hardly fail to notice, a case which could have been dismissed and remitted to the relevant State was used to lay out the constitutional arguments for voiding decades of compromise over the western expansion of slavery – and in terms that not only solidified the ‘peculiar institution’ in the Slave South but opened up the Free North to its re-imposition, as Lincoln argued. Even ‘popular sovereignty’ could not prevent slavery.<sup>14</sup> The ultimate compromise was invalid.

‘And the war came’. So in his Second Inaugural Lincoln censured the intransigence of ‘both parties’ on the eve of the Civil War. But as he himself had acknowledged in his First Inaugural, he was not fighting a war to free the slaves but rather to prevent slavery’s extension westwards. Emancipation came initially as a war measure to undermine the Southern Confederacy. Amendment XIII, constitutionally ending slavery, was initiated in the closing months of the Civil War and as a prelude to what became known as the Reconstruction of the former slave-holding South. But the compromises over the *legacy* of slavery were about to begin, leading to but not culminating in the Compromise of 1876.

### 7. *The Compromise of 1876: the Republican Party from Anti-slavery to Pro-segregation*

It would be a bold psephologist who insisted that any presidential campaign was decided by a single issue. And despite the

---

<sup>14</sup> The US Supreme Court in *Strader v. Graham*, 51 US 82 (1851), had given jurisprudential weight to ‘popular sovereignty’ *avant la lettre*. Dred Scott was the first time since *Marbury v. Madison*, 5 US 137 (1803), that the court had ruled an Act of Congress unconstitutional.

weightiness of slavery's legacy, the general proposition was borne out in 1876 – just as it was in the preceding elections of 1868 and 1872. 'Sound money', that is a gold-based currency (rather than an allegedly inflationary silver or bi-metal standard); the legitimacy, even efficacy of protective tariffs; civil service reform in the notoriously corrupt *post-bellum* period; the re-fashioning of the Democratic party into a national coalition rather than a perceived sectional, pro-Confederacy hangover – these were just some of the salient issues for over a decade. The election of 1876 was, however, distinctive in re-establishing a functioning two-party political system on the presidential level at the cost of the ex-slaves. The Northern Democrats were re-constituted, not least through re-vivified boss-rule in major cities; and together with Southern Democrats they could divvy up political appointments on a national scale: Andrew Jackson's 'spoils system' of the Second Party System resurrected.

While the Democrats were re-forming, the Republicans were dividing. In 1872 the so-called Liberal Republicans split off from the 'Regulars' under president Ulysses S. Grant and nominated as presidential candidate Horace Greeley, editor of the *New York Tribune*. With the leaderless Democrats backing Greeley, Grant was returned with an increased share of the popular vote and an enlarged majority in the Electoral College.<sup>15</sup> The mid-term congressional elections of 1874 for the 44<sup>th</sup> Congress registered a significant shift, with the Democrats comfortably winning the House after 18 years; and the stage was set for the disputed presidential election of 1876. (The ending of the three-fifths rule in the South necessarily increased the electoral weight of the Old Confederacy – with little compensation for the Republicans from the votes of the ex-slaves).<sup>16</sup>

The nexus of issues bound up in the Compromise of 1876 was complex, its resolution unique. It was generally accepted that the Democratic candidate Samuel J. Tilden, a reforming governor of New York, had won a majority of the popular vote 51%-48% over his chief opponent, Republican Rutherford B. Hayes, a former

---

<sup>15</sup> Greeley died before Congress validated the election returns and accordingly his Electoral College votes were distributed to the vice-presidential and other candidates.

<sup>16</sup> See Note 4 above,

Union officer, a ‘sound money’ advocate and three times governor of Ohio. (One percent of the popular vote went to third parties.) Constitutionally, of course, the crucial majority had to be won in the Electoral College; and here the votes of Florida, Louisiana and South Carolina were hotly disputed (less so those of Oregon), not least because of violence at the Southern polling-stations. With the relevant State authorities failing to resolve the counts and certify the results, Congress established the bipartisan Electoral Commission drawn equally from the Senate, the House and the bench of the Supreme Court: fifteen members divided between seven Republicans, seven Democrats and one independent justice – the latter then withdrawing, to be replaced by a Republican. A total of 22 Electoral College votes was disputed; and the Commission was given *carte blanche* to allocate them between Tilden and Hayes. Through a strictly partisan vote on the Florida and Louisiana returns – though with unanimity regarding South Carolina and Oregon – the Commission awarded all 22 to Hayes. So by a single Electoral College vote of 185-184 the Republican candidate was declared the winner. The *northern* Republican winner – along with the *southern* Democrats. For in return for the southern Democrats’ concession of the presidency, the victorious northern Republicans undertook (in the words of a contemporary) to ‘abandon’ their supporters in the South, primarily the former slaves, to those who ‘regarded slavery as a Divine Institution [and who had] waged four years of destructive war for its perpetuation...’<sup>17</sup>

Such ‘abandonment’ registered the end of the ‘Reconstruction’ of the South. In the course of a dozen years the North (in the shape of the US Congress), itself divided between ‘Radicals’ keen to reconstruct the former slave society and those disposed to leave the South alone, passed various ‘Civil Rights’ and ‘Force Acts’ and promoted three constitutional amendments (XIII, XIV and XV) to end and transcend slavery. Southern legislatures both anticipated and responded to these congressional initiatives and impositions by creating ‘Black Codes’ to maintain the societal and racist aspects of the slave system. But whereas the Missouri Compromise had located

---

<sup>17</sup> The words of Daniel H. Chamberlain, a South Carolina governor originally from Massachusetts: quoted in Kenneth M. Stampp, *The Era of Reconstruction, 1865-1877* (New York: Knopf, 1965), 210-211.

the divisive issue of slavery along 'sectional lines' and the Compromise of 1850 had both intensified and blurred such sectionalism, the Compromise of 1876 redefined the legacy of slavery *both* as a sectional issue *and* reinforced those aspects of the *Dred Scott* decision which transcended sectionalism. *Dred Scott* could be epitomized as the judgment that slavery was inviolate unless the Federal Constitution were amended; the Reconstruction-era congressional legislation and, *a fortiori*, the passage of three constitutional amendments appeared to dispose of the judicial defence of slavery. But laws and even constitutional changes had not fundamentally altered White attitudes, North and South, towards the ex-slaves and their descendants: the racist values which underpinned slavery itself. (In focusing on the executive, congressional and judicial branches of the federal government, we must not forget the terrorising role of White supremacist groups such as the nationwide Ku Klux Klan and the Knights of the White Camelia in the former Confederacy.)

#### 8. *The US Supreme Court: the Doctrine of 'Separate but Equal'*

Economic histories of the United States tend to emphasize the role of Amendment XIV in the judicial favouring of corporations and Big Business during the late nineteenth century, despite the origins and goals of this change to the federal constitution. One case before the US Supreme Court exemplified the true – if perverted – purpose of Amendment XIV and underlined the social values which would characterize American society for decades to come. The case was *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537, decided in 1896.<sup>18</sup> At issue was the constitutionality of a 1890 Louisiana statute requiring railroad companies to provide 'equal but separate accommodations for the white and colored races'. The case was conducted through the person of the eponymous Homer Plessy, classified in contemporary racial taxonomy as 'colored' through his having an African American great-grandparent. (In the terminology of the day, Plessy was an *octoroon*). In a majority decision even more pronounced than that in *Dred Scott*, the Court insisted that the Fourteenth

---

<sup>18</sup> For a recent study, with a perspective comparable to that offered here, see Steve Luxenberg, *Separate: the Story of Plessy v. Ferguson and America's Journey from Slavery to Segregation* (New York: Norton, 2019).



Amendment's 'equal protection of the laws' did not forbid differential treatment of racial groups by the State – *provided* such separate treatment was fundamentally equal.<sup>19</sup> The arguments of Plessy's legal team that such discrimination was *a*) an ideological legacy of slavery (unconstitutional under Amendment XIII) and *b*) implied the inferiority of one group to another were dismissed by the Court, seven justices asserting that there was *a*) patently no intention to re-introduce chattel slavery and *b*) any feelings of inferiority were carried by the aggrieved group and not held by the legislators. In the Court's words: Amendment XIV 'could not have been intended to abolish distinctions based on color, or to enforce social as distinguished from political equality'. But the Court went further, reaching back to a pre-Civil War case in non slave-holding Massachusetts, to justify racial 'separation' where 'contact' might lead to disorder and so properly fell 'within the competency of the State legislatures in the exercise of their police power': 163 US 537 at 544.<sup>20</sup> In short – and to use everyday language – *Jim Crow* practices of segregation, through statute or by social convention, were entirely legal.

Along with its racial absolutism *Plessy v. Ferguson* registered another – albeit judicial – compromise in the history of slavery and its legacy in the USA. 'Colored' people were formally entitled to all the 'privileges and immunities of [US] citizens' (Amendment XIV, § 1); but such 'colored' citizens were not entitled to share in White society as conventionally understood. One justice alone dissented from the majority decision, John Marshall Harlan. From a slave-owning Kentucky family, Harlan had served in the Union army and was President Hayes's first appointee to the US Supreme Court. Some dozen years before *Plessy* Harlan had expressed his philoso-

---

<sup>19</sup> The judgment was framed by Justice Henry Billings Brown, rarely remembered historiographically except for the *Plessy* opinion: see Robert J. Glennon, Jr., 'Justice Henry Billings Brown: Values in Tension', *University of Colorado Law Review* 44 (1972-3), 553-604.

<sup>20</sup> *Roberts v. City of Boston*, 59 Mass. 198, 5 *Cush.* 198 (1849). In this decision Massachusetts Chief Justice Lemuel Shaw asserted that segregation in public schools did not violate the equality provisions of the Commonwealth (i.e. State) constitution and anticipated *Plessy* in claiming that the sense of inferiority lay with those discriminated against: see Leonard W. Levy, *The Law of the Commonwealth and Chief Justice Shaw* (Cambridge: Harvard University Press, 1957).

phy on civil rights in particular and judicial interpretation in general when in his lone dissent in the *Civil Rights Cases* he had invited his fellow justices to follow the 'substance and spirit' of the Civil War amendments rather than subject them to 'subtle and ingenious verbal criticism': 109 US 3 (1883) at 26. In his *Plessy* dissent and speaking directly to the purpose of these amendments, Harlan insisted that they together not only 'struck down the institution of slavery' but 'prevent[ed] the imposition of any burdens or disabilities that constitute *badges of slavery or servitude*' (emphasis added). In so doing, the amendments had 'removed the race line from our governmental systems.' Harlan continued: 'In respect of civil rights, all citizens are equal before the law'; and in words which would resonate until today, he asserted: 'Our Constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens': 163 US 537 at 555, 559.<sup>21</sup>

#### 9. *The Warren Court and its Jurisprudential Legacy: 'Tangible and Intangible Factors'*

It would be some six decades before a unanimous US Supreme Court challenged the universal applicability of the jurisprudence in *Plessy*. In 1954 the newly-appointed Chief Justice Earl Warren dismissed the 'so-called "separate but equal" doctrine announced [...] in *Plessy*'. As Warren insisted towards the end of the Court's determination, 'segregation ... solely on the basis of race' was – in a single but crucial word – 'unconstitutional', for it 'deprive[d a specific group] of the equal protection of the laws guaranteed' to all citizens by Amendment XIV. At issue was racial segregation in the publicly-maintained schools in four States, which (in the Court's words) caused 'colored children' to suffer permanent damage to their 'educational and mental development'. Deplorable in itself, such group damage had an adverse effect upon society-at-large; for in a democratic society the promotion of equal opportunity benefited society as a whole no less than the individual: *Brown v. Board of Ed-*

---

<sup>21</sup> I trust it is not improper to cite here briefly the informative entry on Justice John Marshall Harlan (1833-1911) in the volume whose Editor in Chief was a former colleague: Kermit L. Hall *et al.*, eds, *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. 2<sup>nd</sup> ed. (New York & Oxford: Oxford University Press, 2005).

ucation, 347 US 483 (1954).<sup>22</sup> *Brown* was the culmination of a series of cases dealing mainly with inequalities in graduate and professional education; and the 1954 decision explicitly targetted educational practices.<sup>23</sup> Only in 1968, towards the close of President Lyndon Johnson's Great Society initiatives on civil rights, did another unanimous Supreme Court judgment deal a jurisprudential valediction to *Plessy* in *Green v. County School Board of New Kent County*, 391 US 430 (1968). As with *Brown*, and particularly the Court's attempt to implement *Brown*,<sup>24</sup> the substantive issue in *Green* was public education; but what was ultimately politically critical in *Green* was the Court's awareness of the numerous factors which exemplified the inequalities of Black lives: widespread poverty, substandard housing, educational attainment and – especially – lack of political leverage. In such general social conditions, a 'freedom-of-choice plan' offered to parents for the racial integration of schools was bound to fail: 391 US 430 at 439-442.

The time-gap between the Supreme Court's 1896 decision in *Plessy* to those handed down in the two *Brown* cases (1954-1955) and *Green* (1968) is comparable to that between those three later cases and today. While acknowledging the socio-economic variables which distinguish any number of identifiable groups within the USA, it would be an unusual social observer who did not register the continued disadvantages experienced by African Americans: those very Black Lives which seem to matter less than those of White Americans. In one particular area, emphasized in the *Green* decision, there has been the recent and egregious effort by the former Trump administration to weaken further the political leverage of Black Americans. The reduction in the numbers of polling-stations; the impediments both to the registration of voters and the counting of votes actually cast; the rhetorical attack on Black voting

---

<sup>22</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 US 483 (1954). For Warren's brief appeal to 'tangible and intangible factors' and his dismissal of the 'doctrine of separate but equal', see 347 US 483 at 493-5. The pre-eminent study remains Richard Kluger, *Simple Justice: the History of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality*. Revised & expanded ed. (New York: Knopf, 2004).

<sup>23</sup> *Brown*, along with similar cases, had been sponsored by the National Association for the Advancement of Colored People (NAACP), the leading Black civil rights lobby-group of the twentieth century.

<sup>24</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka* (II), 349 US 294 (1955), where the Court directed school desegregation to proceed 'with all deliberate speed'.

strongholds in the inner cities; the systematic and long-term discrediting of the electoral process itself by the chief magistrate within the American political system – such have been the recent manifestations of a racially unequal society, an inequality which is *a*) both obscured but not corrected by the presence of Black voters among Trump's supporters and *b*) highlighted by the election to the US Senate of Pastor Raphael Warnock, the first Black Senator from Georgia and only the eleventh overall since the foundation of the republic.<sup>25</sup>

#### 10. *Summation: the Limitations of Compromise*

Before the American Civil War constitutional and legislative compromises affected to deal with the institution of slavery in a self-proclaimed free society. On the eve of that war and for a century thereafter the US Supreme Court pronounced absolutely on the intersection between racial categorization and constitutional principles. Despite *a*) the jurisprudence in *Brown v Board of Education* (I & II) and *Green v. County School Board*, *b*) the passage of two major Civil Rights Acts in 1964 and 1991 and *c*) affirmative action programmes and policies, both official and corporate, the socio-economic conditions of Black Americans remain quite separable and unequal. Compromises throughout American society brought about this deplorable reality; but it will undoubtedly require creative compromises throughout American society to improve this selfsame reality.

#### 11. *Postscript*

The material in the preceding pages has formed the basis of scholarly analysis for many years, generations even; but three recent events give particular salience to aspects of the present narrative. Chronologically the first example derives from the creation of the

---

<sup>25</sup> The current 117<sup>th</sup> Congress began with the highest number of self-identifying African Americans: 52 in the House, 2 in the Senate and 2 delegates (Puerto Rico and the [U.S.] Virgin Islands). The complex – and sometimes problematical – statistics are given in the Congressional Research Service, *African American Members of the U.S. Congress: 1870-2020*. Prepared for Members and Committees of Congress. CRS Report, RL30378. December 2020.

Congressional Black Caucus in 1971, a pressure-group of thirteen African American members of the House of Representatives with an agenda for social and political reform to overcome the obstacles cited by the Supreme Court in *Green v. County School Board of New Kent County*.<sup>26</sup> Early in 2021 the present-day members of this Caucus, now totalling 56, issued a statement registering the CBC's fifty-year anniversary and drawing attention to the continued disadvantages experience by their fellow Black Americans.<sup>27</sup> Within a much shorter time-frame the Black Lives Matter movement received further unwelcome but predictable impetus to its own creation in 2013 through the killing of yet another African American, George Floyd, by an officer of the Minneapolis Police Department, Derek Chauvin, in May 2020 – though with the qualification that in this instance the much criticized judicial system counteracted the equally criticized law-enforcement system through the conviction and sentencing of Officer Chauvin on three separate counts.<sup>28</sup> The third and final example from a lengthy list of intermingled historical, political and legal factors comes from the summer of 2021 when the House of Representatives passed a resolution to replace a memorial to Roger B. Taney, CJ, of *Dred Scott* renown with one honouring the first African American to sit on the US Supreme Court, Thurgood Marshall.<sup>29</sup> Marshall had been the chief counsel for the NAACP and had overseen the success in the *Brown* proceedings during the 1950s. But Marshall did not think that victory complete. As he remarked some thirty years later during celebrations of the bicentennial of the Federal Constitution: 'the government ... devised [in 1787] was defective from the start, requiring several amendments, a civil war and major social transformation to attain

---

<sup>26</sup> An earlier grouping of Congressional Black Americans had emerged in January 1969 and came to prominence with the group's boycotting of President Richard Nixon's 1971 State of the Union Address. The original CBC had one female member; the latest grouping has 26.

<sup>27</sup> Antjuan Seawright, 'Congressional Black Caucus: 50 Years as the Conscience of Congress and the Country, *Roll Call*, 13 September 2021 (online edition).

<sup>28</sup> The Black Lives Matter movement, fuelled through social media, was the most prominent response to the acquittal of George Zimmerman for the killing of an African American, Trayvon Martin, in Sanford, Florida, in February 2012.

<sup>29</sup> H.R. 3005, 117<sup>th</sup> Congress, 1<sup>st</sup> session; and for the earlier (2020) version, see H.R.7573, 116<sup>th</sup> Congress, 2d Session. The resolution faces greater opposition in the Senate which (at the time of writing) has yet to approve.

the system of constitutional government, and its respect for the individual freedoms and human rights, we hold as fundamental today'.<sup>30</sup> As a latter-day Lincoln might say (echoing his own words at Gettysburg), more than three score years after the Warren Court's overturning of Plessy and more than three decades after the cautiously optimistic words of Marshall, the journey's end on the long road to complete racial justice in the United States of America remains yet to be reached.

### *Abstract*

Contradictions and compromises marked the birth of the American republic: the federal constitution drafted in 1787 protected the institution of chattel slavery while contemporaneous legislation barred slavery in the vast Northwest Territory. For decades such divisions within American society fuelled the expansion of the USA south towards Mexico, west towards the Pacific and north to the Canadian border, a dynamic process signposted by a series of congressional compromises. The ensuing Civil War of 1861-1865 ended chattel slavery, though its legacy, racial segregation, was constitutionally protected for as long as its *ante-bellum* precursor. Despite the US Supreme Court's prohibition in the 1950s of such discrimination, a ruling which was followed by both official and private ameliorative initiatives, the lives of Black Americans remain significantly less equal, less free than those of their fellow White Americans.

La nascita della Repubblica americana è stata caratterizzata da contraddizioni e compromessi: la Costituzione federale redatta nel 1787 tutela l'istituto della schiavitù mentre la legislazione la vietava nei territori del Nord-Ovest. Per decenni tali divisioni all'interno della società americana alimentò l'espansione degli USA a sud verso il Messico, ad ovest verso il Pacifico e al nord fino al confine canadese, un processo dinamico caratterizzato da una serie di compromessi da parte del Congresso. La successiva guerra civile del 1861-1865 pose fine alla schiavitù, sebbene la sua eredità, la segregazione razziale, rimane costituzionalmente protetta. Nonostante il divieto espresso dalla Corte Suprema degli Stati Uniti negli anni '50 di tale discriminazione e il fatto che tale pronuncia sia stata eseguita da istituzioni pubbliche e private, può essere costatata una eguaglianza inferiore delle vite degli americani di colore, che sono meno liberi rispetto ai loro compatrioti americani di pelle bianca.

---

<sup>30</sup> Stuart Taylor, 'Marshall Sounds Critical Note on Bicentennial,' *New York Times*, 7 May 1987.



MARIA ALESSANDRA STEFANELLI

PMI, EUROPA, INDUSTRY 5.0.  
OSSERVAZIONI GIURIDICHE  
IN ORDINE ALLA NUOVA SOVRANITÀ DIGITALE

SOMMARIO: 1. PMI e Europa: la Revisione intermedia del *Single Digital Market*. – 2. Le nuove Strategie per l'Industria europea: le Comunicazioni della Commissione europea in data 10 marzo 2020 “*Una nuova Strategia industriale per l'Europa*” e una “*Strategia per le PMI per un'Europa sostenibile e digitale*”. – 3. Europa e sovranità digitale: il *Digital Market Act*. – 4. Osservazioni conclusive. *Industry 5.0*: una industria sostenibile, antropocentrica e resiliente.

1. *PMI e Europa: la Revisione intermedia del Single Digital Market*

L'ampia e complessa tematica relativa alle imprese di dimensione minore è affrontata in Europa con un insieme assai articolato di disposizioni normative e regolamentari volte a costruire una cornice giuridica quanto più possibile aderente alla rilevanza economica e sociale di tale tipologia di impresa.

Tra i provvedimenti giuridici che contrassegnano in modo significativo l'impianto generale di tale cornice giuridica vi sono senza dubbio alcuni atti volti a costruire per le PMI europee una dimensione di mercato di natura digitale, e tra essi si richiama il *Single Digital Market* che è stato introdotto, come noto, dalla Comunicazione della Commissione Europea “*Strategia per il Mercato Unico Digitale in Europa*”, del 6 maggio 2015, (COM) 2015, n. 192 *final*, ove si afferma esplicitamente che “*il Mercato Unico Digitale è un mercato in cui è garantita la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali e in cui, quale che sia la loro cittadinanza o nazionalità o il luogo di residenza, persone e imprese non incontrano ostacoli all'accesso e all'esercizio delle attività on line in condizioni di concorrenza leale e potendo contare su un livello elevato di protezione dei consumatori e dei dati personali*”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> COM (2015) 192, 3.



Per alcuni studiosi, il *Single Digital Market* rappresenta infatti “una delle realizzazioni di maggior successo dell’integrazione europea”, costituendo “una dimensione che interseca quella dei beni e servizi tradizionali, rappresentando una fascia ad elevato valore aggiunto per i cittadini e per le imprese”, poiché l’innovazione digitale “crea opportunità di sviluppo per la trasformazione di interi settori produttivi sulla base di nuovi modelli di profitto”<sup>2</sup>.

Sul punto pare opportuno ricordare che “il Mercato Unico Digitale non esisteva quando è nato il mercato unico”, e che “sono ormai trascorsi ventisette anni dalla nascita (1.1.1993) del Mercato Unico, ed è quindi più che mai “adulto”: il Mercato Digitale ha origini ben più recenti, la sua nascita potendo collocarsi nel 2015, quando la Commissione propose, in una specifica Comunicazione, una strategia per il Mercato Unico Digitale in Europa”<sup>3</sup>.

Tale Strategia è la prima risposta concreta dell’Unione Europea alle sfide poste dalla nuova economia digitale, che “non rappresenta una soluzione di continuità o un aliud rispetto all’economia globale; anzi, come è stato affermato di recente, rapidamente l’economia globale diventa digitale: le tecnologie dell’informazione e della comunicazione non costituiscono più un settore a se stante, bensì il fondamento medesimo di tutti i sistemi economici innovativi moderni”<sup>4</sup>; essa si propone, altresì, di permettere all’Europa di “mantenersi tra i leader mondiali dell’economia digitale, sostenendo la crescita delle imprese europee su scala mondiale”<sup>5</sup>.

Tuttavia solo due anni più tardi il regolatore europeo attua una Revisione di tale Strategia<sup>6</sup> al fine di sollecitare l’innovazione digi-

<sup>2</sup> G. Caggiano, *Il quadro normativo del Mercato Unico Digitale*, in F. Rossi Dal Pozzo (a cura di), *Mercato Unico Digitale, dati personali e diritti fondamentali*, Milano, 2020, p.13. Si veda altresì N. Vettas, *Competition and Regulation in Markets for goods and Services: A Survey with emphasis on Digital Markets*, in *Economics without Borders. Economic Research for European Policy Challenges*, 2021, 194 ss.

<sup>3</sup> B. Nascimbene, *Il Mercato Unico Digitale quale nuova frontiera dell’integrazione europea: considerazioni introduttive*, in F. Rossi Dal Pozzo (a cura di), *Mercato Unico Digitale, dati personali e diritti fondamentali*, Milano, 2020, 12.

<sup>4</sup> M.C. Fregni, *Mercato Unico Digitale e tassazione: misure attuali e progetti di riforma*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2017, 53.

<sup>5</sup> COM (2015) 192, 3.

<sup>6</sup> Commissione Europea del 10 maggio 2017, n. 228 *final*, *Revisione intermedia dell’attuazione della strategia per il mercato unico digitale. Un mercato digitale connesso per tutti*.

tale<sup>7</sup> e la realizzazione di ecosistemi informatici affidabili<sup>8</sup>, la digitalizzazione dei settori dell'industria e dei servizi<sup>9</sup> e degli stessi i servizi pubblici<sup>10</sup>.

Nella *Revisione intermedia* diviene evidente che per realizzarsi concretamente il *Single Digital Market* necessita di “*un ambiente giuridico stabile e trasparente per stimolare l'innovazione, lottare contro la frammentazione del mercato e consentire a tutti gli operatori di sfruttare le nuove dinamiche di mercato a condizioni eque e equilibrate. Un ambiente giuridico stabile trasparente creerà quel senso di affidabilità che è essenziale per ottenere la fiducia di imprese e consumatori*”<sup>11</sup>.

La Commissione europea precisa altresì che il mercato digitale prevede un “ambiente” in rapida evoluzione “*cui le politiche devono sapersi adeguare*”<sup>12</sup>: in questo contesto così altamente sfidante un ruolo centrale è svolto, soprattutto e significativamente per quanto riguarda le PMI, dalle piattaforme *on line*, che “*stimolano l'innovazione e la crescita nel quadro dell'economia digitale e svolgono un ruolo importante nello sviluppo del mondo on line, creando nuove opportunità di mercato, in particolare per le PMI*”<sup>13</sup>: infatti le piattaforme *on line* “*organizzano e definiscono l'ecosistema di Internet, si tratta di una profonda trasformazione del World Wide Web, che apre la porta a nuove opportunità ma anche a nuove sfide*”<sup>14</sup>.

La *Platform Economy*<sup>15</sup> si conferma, dunque, per le imprese di

---

<sup>7</sup> COM (2017) 228, 9, che riporta che l'82% delle PMI che hanno partecipato ad un sondaggio di Eurobarometro sulle piattaforme *on line* ha affermato “*di affidarsi ai motori di ricerca per promuovere i propri prodotti e/o servizi on line. Il 66% indica che la posizione che occupano nei risultati delle ricerche ha un impatto significativo sulle loro vendite. Quasi la metà (42%) delle PMI interpellate utilizza mercati on line per vendere i propri prodotti e servizi on line. Inoltre il 90% di coloro che hanno risposto all'inchiesta della Commissione sulle pratiche commerciali piattaforme-imprese utilizza i social media a fini commerciali*”.

<sup>8</sup> COM (2017) 228, 14.

<sup>9</sup> COM (2017) 228, 18.

<sup>10</sup> COM (2017) 228, 20, ove si ricorda che “*le tecnologie digitali consentono alle autorità pubbliche di fornire servizi in modo rapido, puntuale ed efficiente*”, e che “*molti Stati hanno già adottato importanti programmi di modernizzazione che prevedono ampi vantaggi per i propri cittadini*”.

<sup>11</sup> COM (2017) 228, 3.

<sup>12</sup> COM (2017) 228, 9.

<sup>13</sup> COM (2017) 228, 9.

<sup>14</sup> COM (2017) 228, 9.

<sup>15</sup> In tema di *Platform Economy ex multis*: P. Falletta, *La trasparenza amministrativa in rete: le nuove piattaforme digitali per la diffusione di contenuti informativi*, in

dimensione minore, come uno strumento strategico per la commercializzazione di prodotti e servizi in un contesto altamente competitivo e ancora attualmente non scevro da ostacoli e barriere, normative e regolamentari.

Ma le tecnologie digitali consentono non solo ai soggetti privati ma anche ai soggetti pubblici di fornire servizi in modo efficiente, trasparente e puntuale: sul punto la *Revisione intermedia* propone di estendere l'utilizzo di strumenti digitali alle pubbliche amministrazioni in un'ottica di modelli e soluzioni di *eGovernment*<sup>16</sup> ed in particolare la Commissione Europea introduce specifici

---

*Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 2021, 559-568; M. Midiri, *Le piattaforme e il potere dei dati (Facebook non passa il Reno)*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2, 2021, 111-136; M.C. Causarano, *Le piattaforme "online" e la tutela degli utenti digitali al tempo della pandemia*, in *Persona e Mercato*, n. 4, 2020, 466-476; X. Chen, W. Tian, X. Zhao, *The Literature Review of Platform Economy*, in *Scientific Programming*, New York, 2020; F. Koen, A. Van Waes, P. Pelzer, M. Smink, R. Van Est, *Safeguarding Public Interests in the Platform Economy*, in *Policy and Internet*, n. 3, 2020, 400-425; O. Lukianenko, A. Niameshchuk, *Development of the Platform Economy in the Global Digital Environment*, in *International Economic Policy*, n. 32-33, 2020, 26-48; T.E. Frosini, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Dir. inf.*, n. 3, 2020, 465 ss.; R. Petruso, *Osservazioni su contratti algoritmi e tutela del consumatore nell'economia di piattaforma*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, n. 1, 2020, 139-160; G. Petruzzella, *Riflessioni sul mutamento del diritto della concorrenza nell'economia delle piattaforme e dei "Big Data"*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, n. 1, 2020, 161-173; S.K. Sasikumar, S. Kanikka, *Digital Platform Economy: Overview, Emerging Trends and Policy*, in *Perspectives Productivity*, n. 3, 2020, 336-347; S. Diamond, N. Drury, A. Lipp, A. Marshall, S. Ramamurthy, *The future of banking in the platform economy*, in *Strategy & Leadership*, n. 6, 2019, 34-42; M. Dufva, R. Koivisto, L. Ilmola-Sheppard, S. Junno, *Anticipating Alternative Futures for the Platform Economy*, in *Technology Innovation Management Review*, n. 9, 2017, 6-16; D. McKee, *The Platform Economy: natural, neutral, consensual and efficient?*, in *Transnational Legal Theory*, n. 4, 2017, 455-495; M. Kenney, J. Zysman, *The Rise of the Platform Economy*, in *Issues in Science and Technology*, n. 3, 2016, 61-69.

<sup>16</sup> In tema si rinvia alla più recente COM (2016) 179 final del 19 aprile 2016 *Piano d'azione dell'UE per l'eGovernment 2016-2020 Accelerare la trasformazione digitale della pubblica amministrazione*. La dottrina giuridica in materia di eGovernment è assai ampia; tra tutti si vedano: L. Sciannella, *"E-government" e accessibilità ai servizi: il "Single Digital Gateway"*, in *Ambienteditto.it*, n. 1, 2021, 458-481; G. Sgueo, *Tre idee di "design" per l'amministrazione digitale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1, 2021, 19-29; G. Sgueo, *La democrazia digitale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2, 2021, 262-268; P. Clarizia, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione Commento a dec. legge 16 luglio 2020 n. 76 (Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6, 2020, 768-781; A. Francini, *La digitalizzazione della Pubblica Amministrazione: disamina della normativa tra disciplina eurounitaria e nazionale*, in *Innovazione e diritto*, n. 3, 2020, 55-119; D. Fuschi, *Accesso telematico e utilizzo dei dati nell'"e-government"*, in *Diritto pubblico comparato*

che misure volte ad attuare una concreta semplificazione delle procedure amministrative, tra cui si ricordano “Digitale per default”<sup>17</sup>, “Una tantum”<sup>18</sup> e la costituzione di uno “Sportello Unico Digi-

---

*ed europeo*, n. 4, 2020, 973-994; P. Piras, *Il tortuoso cammino verso un'amministrazione nativa digitale*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 1, 2020, 43-65; F. Faini, *Il volto dell'amministrazione digitale nel quadro della rinnovata fisionomia dei diritti in rete*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 4-5, 2019, 1099-1120; R. Titomanlio, *L'amministrazione digitale: norme costituzionali e principi organizzativi*, in *GiustAmm.it: norme costituzionali e principi organizzativi*, in *GiustAmm.it*, n. 10, 2019, 1-7; B. Carotti, *Il correttivo al Codice dell'amministrazione digitale: una meta-riforma. Commento a d.lg. 13 dicembre 2017, n. 217*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2, 2018, 131-141; P. Colitti, *La digitalizzazione della Pubblica Amministrazione tra innovazioni tecniche, riforme legislative e piena realizzazione dell'archiviazione digitale*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, n. 11-12, 2018, 641-65; E. De Giovanni, *Il codice dell'Amministrazione digitale: genesi, evoluzione, principi costituzionali e linee generali*, in *Rassegna dell'avvocatura dello Stato*, n. 3, 2018, 155-171; D.U. Galetta, *La Pubblica Amministrazione nell'era delle ICT: sportello digitale unico e intelligenza artificiale al servizio della trasparenza e dei cittadini?*, in *Cyberspazio e Diritto*, n. 3, 2018, 319-336; F. Zhao, J. Wallis, M. Singh, *E-government development and the digital economy: A reciprocal relationship*, in *Internet Research*, n. 3, 2015 734-766; C. Baitini, *Un'introduzione ai servizi di “eGovernment”*, in *Amministrare*, n. 1, 2013, 37-58; D. Arduini, F. Belotti F., M. Denni M., G. Giungato, *L'innovazione nelle Amministrazioni Pubbliche. Evidenza sulla diffusione dell'eGovernment in Italia*, in *Economia e politica industriale*, n. 2, 2008, 173-186. Sottolinea L. Sciannella, “E-government” e accessibilità ai servizi: il “Single Digital Gateway”, in *Ambienteditto.it*, n. 1, 2021, 459, che “un assunto che sembra particolarmente calzante per la spesa nel campo ICT e, in particolare, per quella destinata ai processi di digitalizzazione della Pubblica Amministrazione, suscettibile non solo di consentire allo Stato di migliorare l'efficienza della funzione di bilancio, ma anche, nel medio-lungo periodo, di trasformare l'architettura stessa della policy pubblica, nella direzione di rendere la stessa più accessibile e meno onerosa dal punto di vista finanziario. Difatti, la digitalizzazione sposta l'amministrazione verso una dimensione di piattaforma, su cui interagiscono cittadini e servizi pubblici, comportando una necessaria e parallela trasformazione degli attuali modelli organizzativi, cui si lega un radicale ripensamento della modalità di gestione dei flussi di dati”.

<sup>17</sup> COM (2017) 228, 20 definisce *Digitale per default* “la fornitura di servizi pubblici per via digitale sarebbe opzione di default. Tale trasformazione può essere facilitata dall'uso dei servizi eIDAS, di fatturazione elettronica e di appalti pubblici elettronici e dei relativi moduli tecnici messi a punto nell'ambito del meccanismo per collegare l'Europa”.

<sup>18</sup> COM (2017) 228 *final*, 20 chiarisce che attraverso *Una tantum* “i cittadini e le imprese non devono presentare alle autorità pubbliche le medesime informazioni più volte. A gennaio 2017 è stato varato un progetto pilota su larga scala, finanziato a titolo di Orizzonte 2020, per verificare l'applicazione nell'UE del principio “una tantum” alle imprese, cui hanno partecipato 21 paesi (20 Stati membri) e più di 50 organizzazioni (TOOP, ‘The Once-Only Principle’, <http://www.toop.eu/>). A novembre 2016 è stata avviata un'azione di coordinamento e di sostegno, sempre finanziata a titolo di Orizzonte 2020, per discutere della possibilità di applicare il principio “una tantum” ai cittadini nell'UE”.

*tale*<sup>19</sup>, che si prefigge di “*diminuire gli oneri amministrativi a carico dei cittadini e delle imprese quando si spostano o si svolgono attività commerciali oltre frontiera all’interno del mercato unico*”: in particolare lo Sportello Unico Digitale “*offrirà un accesso agevole ai pertinenti servizi di informazione e assistenza, consentirà agli utenti di completare alcune importanti procedure amministrative on line e garantirà agli utenti di altri Paesi un accesso non discriminatorio alle procedure nazionali on line*”<sup>20</sup>.

Non va poi dimenticato che “*il contesto normativo deve essere concepito come un ausilio per le persone e i creatori tanto in un ambiente on line quanto in quello offline. È in tal modo che l’UE può*

<sup>19</sup> La proposta della Commissione europea di istituire uno sportello digitale (COM (2017) 256 final, del 2 maggio 2017) è stata successivamente approvata con Regolamento (UE) 2018/1724, del 2 ottobre 2018, che istituisce *uno sportello digitale unico per l’accesso a informazioni, procedure e servizi di assistenza e di risoluzione dei problemi e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012*. Il Regolamento stabilisce (art. 1, comma 1) “*le norme per: a) l’istituzione e la gestione di uno sportello digitale unico per offrire ai cittadini e alle imprese un facile accesso a informazioni di alta qualità, a procedure efficienti e a servizi di assistenza e di risoluzione dei problemi efficaci in relazione alle norme dell’Unione e nazionali applicabili ai cittadini e alle imprese che esercitano o che intendono esercitare i loro diritti derivanti dal diritto dell’Unione nell’ambito del mercato interno ai sensi dell’articolo 26, paragrafo 2, TFUE; b) l’uso di procedure da parte di utenti transfrontalieri e l’applicazione del principio «una tantum» in relazione alle procedure riportate all’allegato II del presente regolamento e alle procedure previste dalle direttive 2005/36/CE, 2006/123/CE, 2014/24/UE e 2014/25/UE; c) la segnalazione di ostacoli nel mercato interno in base alla raccolta di riscontri degli utenti e di statistiche provenienti dai servizi inclusi nello sportello*”. In tema si rinvia a: D. Trombino, *I pilastri dello sportello unico digitale europeo (“Single Digital Gateway”): le informazioni, le procedure e i servizi*, in *Disciplina del commercio e dei servizi*, n. 1, 2020, 39-69; D. Trombino, *Lo sportello unico digitale a uso e consumo dell’utente* *Commento a reg. Parlamento e Consiglio dell’Unione europea 2 ottobre 2018 n. 2018/1724/UE (Istituisce uno sportello digitale unico per l’accesso a informazioni, procedure e servizi di assistenza e di risoluzione dei problemi e che modifica il Regolamento (UE) n. 1024/2012)*, in *Disciplina del commercio e dei servizi*, n. 2, 2020, 61-85; C. Masciotta, *A strategy of Interoperability Issue within the P.A. from the Italian Constitutional Perspective*, in *Italian Journal of Public Law*, n. 2, 2019, 689-716; A. Monica, *Lo sportello digitale unico: uno strumento che può unire cittadini e amministrazioni europee*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 3-4, 2019, 477-496; D. Trombino, *Il “single digital gateway” (SDG): la semplificazione amministrativa per “reductio ad unum” di livello europeo* *Commento a reg. n. 1724 del 2018*, in *Disciplina del commercio e dei servizi*, n. 3, 2019, 17-35; D.U. Galetta, *La Pubblica Amministrazione nell’era delle ICT: sportello digitale unico e intelligenza artificiale al servizio della trasparenza e dei cittadini?*, in *Cyberspazio e Diritto*, n. 3, 2018, 319-336; A. Simionato, *Lo sportello digitale unico europeo*, in *Aggiornamenti sociali*, n. 11, 2018, 782-783.

<sup>20</sup> COM (2017) 228, 21.

*svolgere un'azione normatrice di livello mondiale in materia di protezione dei dati personali, cybersicurezza, neutralità della rete ed equità e responsabilità nell'economia delle piattaforme*"<sup>21</sup>; tuttavia il quadro normativo non basterà "di per sé a rendere l'UE un leader nell'economia digitale. Perché ciò accada i governi europei e le imprese europee, siano esse grandi o piccole, devono investire nelle grandi opportunità offerte dalle tecnologie come l'intelligenza artificiale e i Big data e devono sfruttarle utilizzando il mercato unico digitale come un trampolino di lancio per la diffusione di soluzioni competitive per l'economia mondiale dei dati"<sup>22</sup>.

2. *Le nuove Strategie per l'Industria europea: le Comunicazioni della Commissione europea in data 10 marzo 2020 "Una nuova Strategia industriale per l'Europa" e una "Strategia per le PMI per un'Europa sostenibile e digitale"*

I recenti avvenimenti economici, finanziari e sanitari che hanno sconvolto il settore produttivo negli anni più recenti hanno rinnovato la consapevolezza da parte della politica e del regolatore europeo della centralità dell'industria quale luogo privilegiato di sperimentazione di innovazioni tecnologiche, e al contempo hanno reso evidenti che le due grandi sfide del futuro – la rivoluzione digitale e la rivoluzione climatica – potranno essere combattute solo con nuovi modelli di capitalismo, di mercato, di business, di un nuovo modo di pensare l'industria.

I numeri rendono ragione alla centralità della industria, che costituisce il fulcro fondamentale "per il progresso e la prosperità dell'Europa", poiché rappresenta "oltre il 20% dell'economia dell'UE e occupa circa 35 milioni di persone e molti milioni di altri posti di lavoro ad essa collegati sia in Europa sia all'estero": l'industria raggiunge "l'80% delle esportazioni di mercato, ed è fondamentale grazie ad essa che l'UE occupi la sua posizione tra i maggiori fornitori mondiali e si annovera tra le principali destinazioni degli investimenti diretti esteri"<sup>23</sup>.

Con tale consapevolezza il regolatore europeo, con Comunicazione della Commissione europea del 10 marzo 2020, 102 final,

---

<sup>21</sup> COM (2018) 320, 13.

<sup>22</sup> COM (2018) 320, 13.

<sup>23</sup> COM (2020) 102, 2.

*Una nuova Strategia industriale per l'Europa*, detta alcune linee di sviluppo per l'industria, che l'Europa vede proprio all'interno di quelle "rivoluzioni gemelle" (verde e digitale) che rappresentano ora l'asse ortogonale per il rilancio industriale europeo.

In questo contesto e con questa consapevolezza, per "consentire al mercato unico di fare avanzare la nostra industria, la normativa deve essere attuata e fatta rispettare ovunque"<sup>24</sup>: a tal fine è stato istituita una specifica *Single Market Enforcement Task Force - SMET*<sup>25</sup> per monitorare l'applicazione delle norme sul mercato unico, che necessita di un periodico e costante aggiornamento, soprattutto in considerazione delle nuove relazioni industriali digitali che caratterizzano lo sviluppo produttivo europeo (anche garantendo sistemi solidi e ben funzionanti per la standardizzazione e la certificazione dei prodotti e una robusta politica in materia di proprietà intellettuale e di libera concorrenza).

Certamente, poi, sarà inoltre "essenziale adottare un approccio da PMI a PMI. Il numero crescente di PMI giovani, esperte nell'uso delle tecnologie, può aiutare le imprese industriali più affermate ad adeguare il proprio modello di business e a sviluppare nuove forme di lavoro per l'era digitale"<sup>26</sup>.

Le innovazioni contenute nella nuova *Strategia industriale per l'Europa* sono però oggetto di osservazioni critiche ad opera del Comitato Economico e Sociale Europeo (CESE), il quale, con parere 2020/C 364/15 espressamente si rammarica "che essa si limiti a presentare un elenco di progetti e misure per il futuro, anziché a esporre chiaramente una Strategia concreta e globale per l'industria europea, orientata al breve, medio e lungo termine": in questo contesto il CESE "esorta la Commissione a pubblicare un Piano di azione concreto, contenente obiettivi annuali precisi e procedure chiare di monitoraggio, che preveda una stretta collaborazione con tutte le parti interessate"<sup>27</sup>; anche se non manca il richiamo ad elementi valutati positivamente dallo stesso CESE, tra cui la promozione di un ap-

---

<sup>24</sup> Comunicazione della Commissione Europea *Individuare e affrontare le barriere al mercato unico* del 10 marzo 2020, n. 93 final.

<sup>25</sup> COM (2020) 93, 18.

<sup>26</sup> COM (2020) 102, 4.

<sup>27</sup> Parere del Comitato Economico e Sociale Europeo (CESE) 2020/C 364/15, sulla Comunicazione della Commissione Europea *Una nuova Strategia industriale per l'Europa*, 2.

proccio più collaborativo della politica industriale, portato avanti attraverso la costruzione di forti ecosistemi industriali e alleanze industriali e la definizione di un potere di regolamentazione europeo effettivamente in grado di difendere l'autonomia strategica europea<sup>28</sup>.

Per quanto riguarda specificamente le PMI, il CESE sottolinea come esse “*rivestano un ruolo importantissimo in questo processo ed è fondamentale garantire finanziamenti adeguati, che consentano loro di crescere ed innovare*”, e osservava altresì che “*la Commissione dovrebbe analizzare e completare le iniziative private (ma non sostituirsi ad esse) intese a promuovere lo scambio di buone pratiche e di esperienze tra innovatori, e che l'UE dovrebbe creare un quadro politico, fiscale e normativo per promuovere la diffusione di questi nuovi modelli sostenibili su larga scala*”<sup>29</sup>.

I punti di attenzione sollevati dal CESE avviano nel contesto europeo una nuova riflessione sull'industria e sul ruolo da esso svolto all'interno di un mercato digitale caratterizzato da innovazioni tecnologiche continue, profonde e velocissime che incidono inevitabilmente sulla società e sull'ambiente circostante.

Un primo passo, importante ma ancora non completamente sufficiente, nella direzione di una compiuta riforma della impresa di dimensione minore si rinviene nella “*Strategia per le PMI per un'Europa sostenibile e digitale*”, contenuta nella Comunicazione della Commissione europea sempre del 10 marzo 2020, n. 103 *final*.

Già nel *titulus* della Comunicazione è evidente lo sforzo operato dalla Commissione al fine di collocare la disciplina delle PMI all'interno di un contesto regolatorio più ampio quale quello della transizione sostenibile e della transizione digitale che costituiscono i principi cardine delle attuali *policies* europee, da realizzare anche con contributo fondamentale delle imprese di dimensione minore: anzi, esplicitamente si afferma che “*per pervenire a un'economia digitale agile, a impatto climatico zero ed efficiente sotto il profilo delle risorse, è necessaria la piena mobilitazione delle PMI*”<sup>30</sup>.

La stessa “*Strategia per le PMI per un'Europa sostenibile e digitale*”, richiama numerose misure organizzative e di incentivazione,

---

<sup>28</sup> Parere del Comitato Economico e Sociale Europeo (CESE) 2020/C 364/15, 2-3.

<sup>29</sup> Parere del Comitato Economico e Sociale Europeo (CESE) 2020/C 364/15, 5.

<sup>30</sup> COM (2020) 103.



tra cui ricordiamo, ad esempio e per quanto riguarda la transizione sostenibile, la valorizzazione della Rete Enterprises Europe Network (EEN) che fornisce consulenti in materia di sostenibilità, che “*valuteranno le esigenze delle PMI e forniranno consulenza su investimenti in processi e infrastrutture circolari e più efficienti sotto il profilo delle risorse, individuando partner commerciali pertinenti ed incoraggiano la collaborazione tra pari*”<sup>31</sup>; e il supporto offerto alle PMI dall’*European Resource Efficiency Knowledge Centre - EREK*, ovvero il ricorso alle misure di incentivazione delle tecnologie verdi, per cui la Commissione “*destinerà almeno 300 milioni di EUR nel solo 2020 a start-up e PMI ad alto potenziale per metterle nelle condizioni di perseguire innovazioni pionieristiche nell’interesse del Green Deal*”<sup>32</sup>.

Per quanto riguarda invece, più specificamente, le misure volte alla transizione digitale si osserva che “*la digitalizzazione può offrire grandi opportunità affinché le PMI incrementino l’efficienza dei processi di produzione e la capacità di innovare prodotti e modelli di business*”, in questo senso “*l’utilizzo di tecnologie rivoluzionarie avanzate, quali blockchain e intelligenza artificiale (IA), cloud computing e calcolo ad alte prestazioni può imprimere un notevole impulso alla loro competitività*”<sup>33</sup>; tuttavia appare chiaro che “*le PMI non traggono ancora pieno beneficio dai dati, la linfa vitale dell’economia digitale*”, e molti di esse infatti non sono nemmeno pienamente consapevoli “*del valore dei dati che creano e non sono sufficientemente tutelate né preparate per la futura economia agile basata sui dati*”<sup>34</sup>.

Allo scopo è prevista la costituzione di specifici *Poli di innovazione digitale (Digital Hub)*, situati in ogni regione d’Europa e sostenuti finanziariamente dal Programma *Europa digitale* e dagli stessi fondi strutturali; ad essi la nuova Strategia assegna “*il ruolo di*

---

<sup>31</sup> COM (2020) 103, 3.

<sup>32</sup> COM (2020) 103, 3, ove si prevede l’intervento del Consiglio europeo per l’innovazione (CEI), volto a promuovere “*l’innovazione dirompente soprattutto da parte delle PMI*”, mentre l’Istituto Europeo di Innovazione Tecnologica (EIT) “*garantirà una maggiore apertura delle sue comunità della conoscenza e dell’innovazione (CCI) nei confronti delle PMI e ne aumenterà la possibilità di partecipare ad ecosistemi locali di innovazione, soprattutto nelle regioni che presentano ritardi in termini di innovazione. Ciò sarà reso possibile tramite un apposito strumento di sensibilizzazione (programma di innovazione regionale) che rafforzerà, là dove è più importante, gli ecosistemi*”.

<sup>33</sup> COM (2020) 103, 4.

<sup>34</sup> COM (2020) 103, 4.

*intermediari tra le PMI e università/erogatori di formazione a livello locale. Le attività di incubazione aiuteranno le PMI a entrare a fare parte di ecosistemi basati sui dati*<sup>35</sup>.

A fronte di tali innovazioni, la Strategia segnala le difficoltà di natura regolatoria che affliggono l'attività imprenditoriale delle PMI, tanto che *“un terzo delle PMI segnala di dovere affrontare procedure amministrative e giuridiche complesse quando tenta di rendere più efficienti sotto il profilo delle risorse le proprie attività”*<sup>36</sup>.

Il nodo regolatorio si configura pertanto centrale per il potenziamento della impresa di dimensione minore, e rappresenta un punto di imprescindibile rilevanza nel tentativo di rivedere la disciplina europea di essa.

Per questo motivo la Comunicazione *de qua* segnala che l'onere normativo costituisce un ostacolo insormontabile, se non adeguatamente controllato, all'esercizio dell'attività d'impresa.

In particolare, *“garantire conformità a regolamenti, standard etichette e formalità amministrative risulta più oneroso per le PMI che per le imprese più grandi, a causa della limitatezza delle risorse finanziarie e umane a disposizione”*: soprattutto nel settore dei servizi alle imprese *“i costi sostenuti dalle PMI per conformarsi alle formalità amministrative possono raggiungere i 10.000 euro”*, così che *“a dispetto dei progressi compiuti dall'adozione dello Small business Act, l'impatto cumulativo della regolamentazione rimane un problema grave per le PMI”*<sup>37</sup>.

La Strategia poi si sofferma nel constatare che la *“legislazione risulta complessa ed onerosa per le PMI europee, in particolare a causa delle procedure differenti adottate dagli Stati Membri. Siffatte barriere dissuadono molti imprenditori dall'operare e dall'espandersi a livello transfrontaliero”*<sup>38</sup>; a tale fine la Strategia propone il rafforzamento del principio *“One in, One out”* (OI-OO), il cui *“obiettivo è garantire che la legislazione dell'UE produca benefici senza imporre oneri inutili a cittadini e imprese”*<sup>39</sup>, tanto è vero che il TEST PMI<sup>40</sup>

---

<sup>35</sup> COM (2020) 103, 6.

<sup>36</sup> COM (2020) 103, 3.

<sup>37</sup> COM (2020) 103, 7.

<sup>38</sup> COM (2020) 103, 7.

<sup>39</sup> COM (2020) 103, 8.

<sup>40</sup> Il TEST PMI ha lo scopo di analizzare i possibili effetti delle proposte legislative dell'UE sulle PMI, al fine di valutare i costi e i benefici volendo così attuare il

continuerà ad essere applicato quale strumento di valutazione a tutte le proposte della Commissione. Ciò avverrà anche in coordinamento con il Rappresentante dell'UE per le PMI che filtrerà “*le iniziative dell'UE al fine di segnalare alla Commissione quelle che meritano particolare attenzione dal punto di vista delle PMI*”: egli ricoprirà un ruolo importante anche nella Piattaforma *Fit for Future* “*fornendo la prospettiva alle PMI ai fini dell'individuazione della legislazione vigente che risulta particolarmente onerosa per le PMI*”<sup>41</sup>: in tale contesto il Rappresentante potrà “*fare altresì ricorso alle competenze nazionali della Rete dei Rappresentanti nazionali per le PMI*”<sup>42</sup>.

Ma sarà soprattutto attraverso la nuova Piattaforma “*Fit for Future*” (F4F), che fa parte del Programma REFITT, che la Commissione europea potrà efficacemente giungere ad una semplificazione effettiva della regolazione giuridica delle PMI, con l'obiettivo di ridurre i costi e oneri che una *over regulation* comporta per l'impresa di dimensione minore.

### 3. *Europa e sovranità digitale*: il Digital Market Act

L'inedito contesto economico che si configura ai nostri giorni a livello globale, conseguente alla crisi sanitaria che ha colpito il pianeta, ha sollecitato il regolatore europeo a emanare alcune proposte normative per disciplinare in modo più moderno ed efficace il mercato su cui imprenditori e utilizzatori operano e si rivolgono quotidianamente per l'esercizio della loro attività economica e imprenditoriale o di *networking* sociale.

La centralità assunta dal mercato digitale nella vita quotidiana di imprese e persone impone all'Unione europea una riflessione profonda circa il mantenimento della propria sovranità su di esso.

Più precisamente, “*Europe has become the scene of intense political and economic struggles for its assertiveness in the digital world. The omnipresence of US digital corporation, Europe dependence on*

---

principio *Think Small*. Si rinvia alla Relazione della Commissione europea al Consiglio e al Parlamento, COM (2011) 803, del 23 novembre 2011, *Ridurre al minimo indispensabile gli oneri normativi che gravano sulle PMI - Adeguare la normativa dell'UE alle esigenze delle microimprese*.

<sup>41</sup> COM (2020) 103, 8.

<sup>42</sup> COM (2020) 103, 8.

*Chinese communication technology and Washington's influence on the boycott of Huawei's 5 G technology emphasized Europe have dependency on Asian hardware and US software products, particularly during the Covid-19 pandemic*: in tale mutato contesto, “*the EU previous approach to multinationals in the digital economy is currently being fundamentally reconsidered. With a global market share of Google of about 80 percent of all search queries and social media market share of 70 percent for Facebook and Youtube, we are in the midst of an unprecedented concentration process of the communicative infrastructures of democracy*”<sup>43</sup>.

Anche con riferimento agli scenari internazionali, la Commissione Europea ha emanato il 15 dicembre 2020 un *Digital Package*, composto dal *Digital Market Act (DMA Proposal)*<sup>44</sup> e dal *Digital Service Act (DSA Proposal)*<sup>45</sup>, che “*would include one pillar aiming at deepening the internal market and clarifying the responsibilities of digital services*”<sup>46</sup>.

Le suddette proposte, la cui base giuridica è rinvenibile nell'art. 114 del TFUE, “*appaiono in realtà riduttive rispetto ai progetti inizialmente diffusi. Secondo l'idea originaria, infatti la Commissione mirava ad articolare una proposta normativa strutturata in tre pilastri. Il primo concerneva la regolamentazione dei servizi digitali (il Digital Service Act, DSA); il secondo conteneva una disciplina dei mercati digitali (il digital Market Act, DMA): il terzo (il c.d. New Competition Tool) avrebbe consentito di munire le autorità antitrust di uno strumento di azione rapida, maggiormente rispondente alle caratteristiche dei mercati digitali*”<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> A. Bendiek, *The Impact of the Digital Service Act (DSA) and Digital Markets Act (DMA) on European Integration Policy. Digital Market Regulation as one of five Major Digital Policy project of the EU*, Working Paper SWP, dell'11 febbraio 2021, 3.

<sup>44</sup> Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (Legge sui mercati digitali), COM (2020) 842 *final*.

<sup>45</sup> Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico di servizi digitali (Legge sui servizi digitali), del 13 dicembre 2020, COM (2020) 825 *final*.

<sup>46</sup> S.B. Micova, A. de Streel, *Digital Services Act. Deepening the internal market and clarifying responsibilities for digital services*, Report CERRE - Centre on Regulation Europe, December 2020, 7.

<sup>47</sup> G. Contaldi, *Il DMA (Digital Market Act) tra tutela della concorrenza e protezione dei dati personali*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, n. 2, 2021, 292.

Nonostante sia però, di fatto, “*la creazione del nuovo strumento anticoncorrenziale... successivamente venuta meno*”<sup>48</sup>, il Digital Package si configura “*as nothing less than the fundamental framework for the digital world. It contains tough obligation for large digital gatekeepers and has some idea on enforcement*”<sup>49</sup>: anzi, esso è stato definito come “*a major cornerstone in the building Europe’s digital future and strategy and constitutes the first major overhaul of the EU law regime in the digital sphere for two decades*”<sup>50</sup>.

Con tali proposte la Commissione europea intende “*stabilire un apparato normativo unico in tutta la UE che renda il digitale uno spazio più aperto e sicuro nel rispetto dei valori e dei principi fondamentali dell’Unione*”<sup>51</sup>: più precisamente le due proposals “*mirano, da un lato, ad aumentare l’innovazione e la competitività europea e, dall’altro, a rendere la rete più equa e aperta e porre un argine allo strapotere di quei pochi colossi privati che la dominano (le c.d. Big Tech); tutto ciò mediante una protezione effettiva dei diritti degli utenti nonché delle imprese e piattaforme di piccole e medie dimen-*

<sup>48</sup> G. Contaldi, *op. ult. cit.*, 292.

<sup>49</sup> R. Podzun, P. Bongartz, S. Langenstein, *The Digital Market Act: Moving from competition Law to Regulation for Large Gatekeepers*, in *EuCLM*, 2021, 60, che osservano come “*In proposing DMA, the Commission reacts to challenges posed by the business practices of online platforms. Platforms connect distinct customer groups in multi-sided markets. They share a set of characteristics. Firstly, the service offered by a platform is intermediation. It provides a forum, where economic actors meet in search of each other. The platform’s added value is reduction of search costs by coordinating its users’ behaviour and selecting from a oversupply of information. Secondly, the intermediation service is targeted at matching the platform users in a marketplace scenario... Lastly, intermediation services are heavily dependent on information. The coordination of supply and demand reduces search costs to the lowest when the platform relies on data representing the entire market. On this account, platforms collect and process vast amount of data*”.

<sup>50</sup> M. Dietrich, T. Vinje, *The European Commission’s proposal for a Digital Markets Act, In search of a “golden standard” for appropriate ex ante regulation of large digital players*, in *Computer Law Review International*, 2/2021, 34, che ricordano come “*Digital transformation and the emergence of digital business model have brought about significant changes to markets- offline and on line... Today a small number of global companies largely controls the flow of data around the globe, which helps them to capture a large share of the value generated in the digital sector via their platform. The debate about how to ensure competition in digital markets and to guarantee “fair” market outcomes is a global one. Jurisdiction around the world are grappling with how to handle digital market - including the complex issue of whether and how to regulate such markets without stifling innovation and overall consumer welfare*” (p. 33).

<sup>51</sup> N. Zorzi Giustiniani, *Governing the ungoverned. Recenti proposte europee e internazionali per regolare il digitale*, in *Nomos*, 2020, 1.

sioni. Così facendo si colma una vistosa lacuna del sistema giuridico europeo, il cui quadro normativo in tema di servizi e mercati digitali è tuttora dettato da un atto, la direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico ormai del tutto inadeguato, malgrado i numerosi interventi chiarificatori della Corte di Giustizia in sede interpretativa, a regolare un settore che si è sviluppato e modificato in modo dirompente nell'ultimo ventennio"<sup>52</sup>. In altri termini, "The Digital Services and Markets Acts contain different set of rules. The Digital Services Act constitutes an update of and complement to e-commerce directive 2000/31. It primarily aims to clarify intermediary services providers.... The Digital Market Act targets those large actors that have a gatekeeper role and are or could, on relatively short notice, become (super) dominant enterprises. Given that EU competition law can intervene only when harmful activities have taken place already, the DMA purposes the adoption of a regulation that will impose clear behavioural obligations, even in absence of proven anticompetitive behaviour"<sup>53</sup>.

Ai fini del presente studio ci si propone di analizzare specificamente il *Digital Market Act*, che incide su "the paradigm for the regulation of online intermediaries in the EU, in that they put in place a single rulebook with a comparable approach to the frameworks already introduced for financial institution, or for utilities such as energy, transport and telecommunications. What these sectors and platform economy have in common is their systemic role in our economies and societies, creating major dependencies and risks to the functioning of digital market"<sup>54</sup>.

In via generale la *DMA proposal* si propone di disciplinare in via principale il funzionamento dei mercati digitali, che "rappresentano una particolare struttura commerciale, che ne ha finora reso problematica una loro regolamentazione attraverso i tradizionali strumenti antitrust": in questo contesto lo scopo della *DMA proposal* è "quello di contenere la posizione dominante delle grandi piattaforme on line (eminentemente le multinazionali statunitensi, abitualmente

<sup>52</sup> N. Zorzi Giustiniani, *op. ult. cit.*, 1.

<sup>53</sup> P. Van Cleynenbruegel, *The Commission's Digital Services and Markets Act Proposal: First Step towards tougher and more directly Enforced EU Rules?*, in *Maastricht Journal of European Comparative Law*, 2021, 3.

<sup>54</sup> F. Chirico, *Digital Market Acts: A Regulatory Perspective*, in *Journal of European Competition Law and Practice*, 2021, 493.

*identificate con l'acronimo GAFA)*". Infatti "DSA e DMA are one building block of a total of five major digital policy projects of European re-sovereignisation"<sup>55</sup>.

Il legislatore europeo, "evidentemente consapevole della scarsa efficacia dei rimedi antitrust nei mercati digitali, con questa proposta normativa mira ad anticipare l'effetto delle misure restrittive, predisponendo un'apposita regolamentazione applicabile ex ante"<sup>56</sup>.

Nel framework regolatorio disegnato dal *Digital Package*, la *DMA Proposal* si pone l'obiettivo di disciplinare le piattaforme di intermediazione dominanti, "con un significativo e duraturo impatto sul mercato"<sup>1</sup> (i cd. *gatekeeper*, di cui all'art. 3 della *proposal*).

Definito dall'art. 3 della *DMA proposal*, il *gatekeeper* si configura come fornitore di servizi di piattaforma di base<sup>57</sup> se: "a) ha un impatto significativo sul mercato interno; b) gestisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali; c) detiene una posizione consolidata e duratura nell'ambito delle proprie attività o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro".

Al *gatekeeper* la *DMA proposal* "impone una serie di obblighi in capo a quelle piattaforme che possano definirsi vere e proprie guardiane (*gatekeepers*) della Rete sulla base di numerosi requisiti"<sup>58</sup>; esso, infatti, "takes a closer look at the so called *gatekeeper* platforms in the run-up to a dominant market position in order to create a level playing field for the digital internal market"<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> A. Bendiek, *op. ult. cit.*, 7.

<sup>56</sup> G. Contaldi, *op. ult. cit.*, 300.

<sup>57</sup> Ai sensi dell'art. 2, comma primo, per "servizio di piattaforma di base" uno dei seguenti servizi "a) servizi di intermediazione on line; b) motori di ricerca online; c) servizi di social network online; d) servizi di piattaforma per la condivisione video; e) servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero; f) sistemi operativi; g) servizi di clouding computing; h) servizi pubblicitari, compresi reti pubblicitarie, scambi di inserzioni pubblicitarie e qualsiasi altro servizio di intermediazione pubblicitaria, erogati da un fornitore di uno dei servizi di piattaforme di base elencati alle lettere da a) a g)".

<sup>58</sup> N. Zorzi Giustiniani, *op. ult. cit.*, 2.

<sup>59</sup> A. Bendiek, *op. ult. cit.*, 8, che sottolinea altresì come "Here, the EU law has effects even beyond its own market by interfering with the business models of the large international internet groups, at least if they specifically target people in the EU with their services. Due to the size of the internal market, the EU is not only an important place of regulation, but at the same time strong economic actor with a global ambition for digital self-assertion, which can be accompanied by new conflicts in transatlantic data transfer".

Tra gli obblighi più rilevanti posti in capo ai *gatekeepers* si segnalano, per quanto di interesse di questo studio, quelli disciplinati dall'art. 3, tra cui l'astensione dal combinare dati personali ricavati da tali servizi di piattaforma di base con dati personali provenienti da qualsiasi altro servizio offerto dal *gatekeeper* (lett. *a*); la possibilità concessa agli utenti commerciali di offrire gli stessi prodotti o servizi agli utenti finali attraverso servizi di intermediazione online di terzi a prezzi o condizioni diverse da quelle offerte attraverso i servizi di intermediazione online del *gatekeeper* (lett. *b*); la possibilità concessa agli utenti commerciali di promuovere offerte agli utenti finali acquisiti attraverso il servizio di piattaforma di base e di stipulare contratti con tali utenti finali a prescindere dal fatto che a tale fine essi si avvalgano o non dei servizi di piattaforme di base del *gatekeeper* (lett. *c*); l'astensione dall'impedire agli utenti commerciali di sollevare presso qualsiasi autorità pubblica competente questioni relative alle pratiche dei *gatekeeper* o dal limitare tale possibilità (lett. *d*). Il successivo art. 6 prevede poi che sia posto in capo alla Commissione europea il dovere di verificare il rispetto di tali obblighi, e che, ai sensi dell'art. 7, comma secondo, la stessa Commissione possa “*specificare mediante decisione le misure che il gatekeeper in questione deve attuare, qualora constati che le misure che il gatekeeper intende attuare o ha attuato a norma del paragrafo 1 non garantiscono l'effettiva osservanza dei pertinenti obblighi sanciti dall'art. 6*”.

La rilevanza della suddetta disposizione può essere letta come “*an interesting feature. It envisages a regulatory dialogue in order to ensure that the measures implemented by the gatekeepers reach their goals*”, infatti “*this feature only applies to obligations laid down in Article 6 DMA while – in the Commission's view – Article 5 DMA obligations should be so clear cut that compliance does not need further discussion. A full discussion of all obligations is seen as too time consuming. That is why obligations which are considered as being «self-evident» by the Commission are excluded*”<sup>60 61</sup>.

<sup>60</sup> R. Podzun, P. Bongartz, S. Langenstein, *op. ult. cit.*, 64.

<sup>61</sup> La stessa Commissione Europea può assumere ulteriori importanti misure (art. 7, commi quarto, quinto, sesto e settimo), tanto è vero che essa, ai sensi dell'art. 8, può in via eccezionale sospendere, integralmente o in parte, e su richiesta motivata del *gatekeeper*, uno degli obblighi specifici indicati negli artt. 5 e 6 e relativi ai servizi di piattaforma di base, “*se il gatekeeper dimostra che l'osservanza di tale obbligo speci-*



La DMA *proposal* attribuisce altresì una ulteriore serie di poteri incisivi alla stessa Commissione europea in tema di vigilanza sui *gatekeeper*, tanto che è stato osservato che “*at the hearth of the proposal lies*” è posta “*the list of obligations that gatekeepers must comply with*”<sup>62</sup>; in particolare è prevista l’attivazione di specifiche indagini (artt. 14, 15, 16), le quali, nel caso dimostrino che il *gatekeeper* abbia “*violato sistematicamente*” gli obblighi sanciti negli artt. 5 e 6 ed abbia “*ulteriormente rafforzato o ampliato la sua posizione di gatekeeper*”, consentono alla Commissione Europea di imporre al *gatekeeper* qualsiasi rimedio comportamentale o strutturale proporzionato alla violazione commessa e necessario per garantire il rispetto delle disposizioni regolamentari (art. 16).

La Commissione può altresì richiedere informazioni (art. 19) procedere ad audizioni (art. 20), effettuare accertamenti in loco (art. 21), adottare eventuali misure cautelari (art. 22) nonché avviare una sistema di monitoraggio circa “*l’attuazione e l’osservanza effettive degli obblighi sanciti dagli articoli 5 e 6 e delle decisioni adottate a norma degli articoli 7, 16, 22 e 23*”.

Ai fini del nostro studio si può quindi rilevare che, anche in relazione alle disposizioni sopra richiamate, la DMA *proposal* si configura come una proposta normativa europea potenzialmente atta a “*favorire un sistema economico nel quale anche le imprese europee di minori dimensioni e di ridotto potere di mercato, possono partecipare al mercato dei dati. Ovvero, detto in altri termini, di creare un sistema nel quale possa prosperare una sorta di sovranità digitale europea*”<sup>63</sup>.

Le piccole realtà imprenditoriali rappresentano infatti uno dei principali soggetti economici da tutelare, come è esplicitamente affermato nella stessa Relazione introduttiva la DMA *Proposal*, ove si

---

fico metterebbe a rischio, a causa di circostanze eccezionali che sfuggono al controllo del *gatekeeper*, la redditività economica dell’attività del *gatekeeper* nell’Unione e solo nella misura necessaria a far fronte a tale minaccia alla sua redditività”.

<sup>62</sup> R. Podzun, P. Bongartz, S. Langenstein, *op. ult. cit.*, 64, che specificano altresì come “*An informal working document of DG CNECT and DG GROW suggests blacklist of selfexecuting obligations and a greylist of ones requiring a regulatory intervention before entry into force. The DMA sweeps the latter idea aside and proposes two blacklists, i.e. all obligations in its article 5 and 6 are selfexecuting*”.

<sup>63</sup> G. Contaldi, *op. ult. cit.*, 294, che alla nota 10 ricorda che l’acronimo GAFA fa riferimento a Google, Apple, Facebook, Amazon, alle quali a volte “*si aggiunge anche Microsoft, nel qual caso l’acronimo diviene GAFAM*”.

sottolinea che “*sebbene nell’ambito della economia digitale europea operino oltre 10.000 piattaforme online, la maggior parte delle quali sono PMI, poche grandi piattaforme online si accaparrano la quota maggiore del valore complessivo generato*”<sup>64</sup>.

#### 4. *Osservazioni conclusive. Industry 5.0: una industria sostenibile, antropocentrica e resiliente*

Come si è avuto modo di osservare nei paragrafi precedenti di questo studio, la crisi sanitaria globale ha consolidato la consapevolezza a livello europeo della necessità di predisporre specifiche *policies* volte a rafforzare la sovranità digitale dell’Europa per quanto riguarda gli attuali sistemi economici e produttivi.

Tuttavia la crisi pandemica ha prodotto effetti profondi anche sui sistemi sociali e sulle persone, tanto da imprimere una significativa accelerazione nella riflessione circa il ruolo svolto dal settore industriale e dalle imprese di dimensione minore all’interno della società.

In particolare, la Commissione europea ha recentemente pubblicato un Report particolarmente significativo “*Industry 5.0. Towards a sustainable, humancentric and resilient European Industry*”<sup>65</sup> elaborato dal *Directorate General for Research and Innovation* nel mese di gennaio 2021, che introduce ad un concetto di Industria assai più articolato rispetto a quello utilizzato in passato.

Industry 5.0<sup>66</sup> “*may look like and how it could make our industries more future-proof, resilient, sustainable and human-centred*”,

---

<sup>64</sup> Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai mercati equi e contendibili nel settore digitale (Legge sui mercati digitali), del 15 dicembre 2020, COM (2020), 842 *final*, 1.

<sup>65</sup> Commissione Europea, *Directorate General for Research and Innovation, Industry 5.0. Towards a sustainable, humancentric and resilient European Industry*, gennaio 2021.

<sup>66</sup> Commissione Europea, *Directorate General for Research and Innovation*, 5, ove si riporta che “*industry is the single biggest contributor to the European economy, providing jobs and prosperity across the continent. Between 2009-2019 Industry constantly accounted for around 20% of EU GDP, with manufacturing in particular adding around 14,5% of value to the EU economy*”. Per una analisi di Industry 5.0 si rinvia a: Y. Zengin, S. Naktiyok, E. Kaygin, O. Kavak, E. Topçuo, *An Investigation upon Industry 4.0 and Society 5.0 within the Context of Sustainable Development Goals*, in *Sustainability*, n. 1, 2021, 1- 16; B. Aquilani, M. Piccarozzi, T. Abbate, A. Codini, *The*

ed in particolare “*we look at some ways in which technological innovation can be deployed to support a better fit and a «win-win» interaction between industry and society, shifting focus from shareholder to stakeholders value*”<sup>67</sup>.

Il nuovo concetto di Industry 5.0 è quindi complesso ed articolato a seconda dei singoli aspetti che esso contiene e a cui fa riferimento: sotto il profilo tecnologico, Industry 5.0 “*wants to come to grips with the promises of advanced digitalisation, big data and artificial intelligent, while emphasising the role these technologies can play to address new emergent requirements in the industrial, societal and environmental escape*”; ciò significa “*using data and AI to increase production flexibility in times of disruption, and rendering value chains more robust...*”<sup>68</sup>.

Ma Industry 5.0 si connota soprattutto per adottare l’approccio *human-centric* e *socio-centric* che già l’Unione Europea aveva definito “*in several of its key policies*”<sup>69</sup>, rilevando che “*in the industrial context, there is still place for progress regarding the human-centric approach. In order to ensure that both companies and workers benefit from the digital transition, rethinking and redesigning business models is necessary...*”<sup>70</sup>.

Sotto il profilo della sostenibilità, il Documento osserva che “*sustainable development has been the heart of European policy for a long time, firmly anchored in the European Treaties*”, e solo “*When fully releasing the advantages of an improved corporate image and of saving on energy and material costs, industry will embrace resource efficiency as a natural choice*”<sup>71</sup>, mentre sotto il profilo della resi-

---

*Role of Open Innovation and Value Co-creation in the Challenging Transition from Industry 4.0 to Society 5.0: Toward a Theoretical Framework*, in *Sustainability*, n. 1, 2020, 1- 21; F. Aslam, W. Aimin, M. Li, K. Ur Rehman, *Innovation in the Era of IoT and Industry 5.0: Absolute Innovation Management*, in *Information*, n. 1, 2020, 1-24; K.A. Demir, G. Döven, B. Sezen, *Industry 5.0 and Human-Robot Co-working*, in *Procedia Computer*, n. 2, 2019, 688-695; S. Nahavandi, *Industry 5.0 - A Human-Centric Solution*, in *Sustainability*, n. 11, 2019, 1-13; V. Özdemir, N. Hekim, *Birth of Industry 5.0: Making Sense of Big Data with Artificial Intelligence*, “*The Internet of Things*” and *Next-Generation Technology Policy*, in *Omics*, n. 22, 2018, 65-76.

<sup>67</sup> Commissione Europea, *Directorate General for Research and Innovation*, 6.

<sup>68</sup> Commissione Europea, *Directorate General for Research and Innovation*, 11.

<sup>69</sup> Commissione Europea, *Directorate General for Research and Innovation*, 25.

<sup>70</sup> Commissione Europea, *Directorate General for Research and Innovation*, 26.

<sup>71</sup> Commissione Europea, *Directorate General for Research and Innovation*, 27.

lienza, si afferma che “*by being resilient in its own right, industry can greatly contribute to societal resilience, making sure production is upheld and workers can continue to work*”<sup>72</sup>.

Un’industria, dunque, sempre più a contatto e profondamente inserita nella società, tanto da legare il concetto di Industry 5.0 al concetto di *Society 5.0* (ed infatti “*the concepts of Society 5.0 and Industry 5.0 are related in the sense that both concepts refer to a fundamental shift of our society and economy toward a new paradigm*”), ove con *Society 5.0* si intende “*the way which the people ensure their livelihood is directly related to the way they build their society. The numbering up to «5» results from a very different and much longer time scale than that of industrial revolutions*”<sup>73</sup>.

All’interno di questa nuovo modo di considerare l’industria trova collocazione anche l’impresa di dimensione minore del futuro.

E sebbene il Documento non riservi che pochi e rapidi cenni ad essa<sup>74</sup>, le PMI, rappresentando il 99% del mercato europeo<sup>75</sup>, sono logicamente e profondamente inserite nelle più recenti *policies* economiche e sociali dell’Unione Europea, e solo attraverso di esse i nuovi grandi obiettivi di sostenibilità, resilienza e centralità della persona potranno essere raggiunti e concretamente veicolati all’interno del sistema produttivo europeo.

### *Abstract*

This study aims to analyse the discipline with which industry is subject to within the European regulatory framework, with particular reference to the new strategies created by the European Commission to face the new challenges that characterize the digital market and appear ever more urgent in the post pandemic economy. The study then analyses the proposed *Digital Market Act* that, together with the proposed *Digital Service Act*, makes up the recent *Digital Package* proposal of the European Commission with the aim of disciplining the actions of Big Tech on the European market, up to the point that smaller European business enterprises that operate in the digital market aren’t excluded by the above and are

<sup>72</sup> Commissione Europea, *Directorate General for Research and Innovation*, 28.

<sup>73</sup> Commissione Europea, *Directorate General for Research and Innovation*, 9.

<sup>74</sup> Commissione Europea, *Directorate General for Research and Innovation*, 11.

<sup>75</sup> Considerando n. 21 del Regolamento n. 523, del 24 marzo 2021, che istituisce il programma InvestEU.

safeguarded by the legal principles and values that are the fundamental element of the European Union. In this context the recent Report Industry 5.0, issued by the General Directorate for Research and Innovation of the European Commission in 2021, is highlighted. In this report a new and wider conception of industry is introduced, based on the values of sustainability, resilience and the individual.

Il presente studio si propone di analizzare la disciplina cui è sottoposta l'industria all'interno del framework regolatorio europeo, con particolare riferimento alle nuove Strategie elaborate dalla Commissione europea per fronteggiare le nuove sfide che caratterizzano il mercato digitale e che paiono sempre più urgenti nel contesto economico post pandemico. Lo studio poi si sofferma ad analizzare la *Digital Market Act proposal* che, unitamente alla *Digital Service Act proposal*, fa parte del recente *Digital Package* proposto dalla Commissione europea al fine di disciplinare l'azione delle Big Tech sul mercato europeo affinché anche le imprese europee di dimensione minore che operano sul mercato digitale non siano estromesse dallo stesso e siano salvaguardati i principi giuridici ed i valori che sono elemento fondante dell'Unione Europea. In questo contesto si dà evidenza al recente Report Industry 5.0 emanato dalla Directorate General for Research and Innovation della Commissione Europea nel 2021, in cui si introduce una nuova e più ampia concezione dell'industria, basata su valori di sostenibilità, resilienza e centralità della persona.

BEATRICE BERTARINI

THE IMPORTANCE OF THE RIGHT TO HEALTH  
IN THE EUROPEAN LEGAL FRAMEWORK  
AND THE HEALTH IN ALL POLICIES APPROACH

CONTENTS: 1. Introduction. Global health in an international context. – 2. The right to health and health Programmes in the field of health in the European Union. – 3. Cooperation and coordination in the EU4Health Programme. – 4. The Health in All Policies approach: still a challenge for the future.

1. *Introduction. Global health in an international context*

The right to health appears increasingly characterised by two elements that, while not new to the study of this right, currently predominate: the first relates to the global importance of the right to health, and the second considers the interconnection between this right and many others.<sup>1</sup> The right to health requires an analysis of cross-cutting plans<sup>2</sup> that includes the study of both the relationship between various rights and how various levels of government are interrelated.

Indeed, the idea and importance of global health have become more central than ever before due to the Covid-19 pandemic. Yet

---

<sup>1</sup> The Nobel Prize Summit, April 2021, call for action “Our Planet, Our Future. An Urgent Call for Action” concluded that “*Global sustainability offers the only viable path to human safety, equity, health, and progress. Humanity is waking up late to the challenges and opportunities of active planetary stewardship. But we are waking up. Long-term, scientifically based decision-making is always at a disadvantage in the contest with the needs of the present. Politicians and scientists must work together to bridge the divide between expert evidence, short-term politics, and the survival of all life on this planet in the Anthropocene epoch. The long-term potential of humanity depends upon our ability today to value our common future. Ultimately, this means valuing the resilience of societies and the resilience of Earth’s biosphere*”. See also B. Toebe, *International health law: An emerging field of public international law*, in *Indian Journal of International Law*, 2005, n. 3.

<sup>2</sup> C. Bottari, *Tutela della salute e organizzazione sanitaria*, Turin, 2009, 34, which defines the right to health as a right with “varied geometry” since the point of view from which it is considered has relevance.

global health is not an easy concept to define, we can summarise it by observing that it aims to place the protection of the right to health at the centre of global public decisions. Indeed, no definition of global health appears to be unanimously shared.<sup>3</sup>

An interesting reference to the general idea of global health is found in the *Global Strategy for Health for All by the Year 2000*, WHO 1981, which asks “*What does ‘health for all’ mean? ... Simply the realisation of WHO’s objective of ‘the attainment by all peoples of the highest possible level of health’; and that as a minimum all people in all countries should have at least such a level of health that they are capable of working productively and of participating actively in the social life of the community in which they live. To attain such a level of health every individual should have access to primary health care and through it to all levels of a comprehensive health system. While countries might be expected to have a similar general understanding of the meaning of health for all as outlined above, each country will interpret this meaning in the light of its social and economic characteristics, health status and morbidity patterns of its population, and state of development of its health system*”.<sup>4,5</sup>

---

<sup>3</sup> For example, R. Beaglehole, R. Bonita, *What is global health?*, in *Global Health Action*, 2010, affirm “*our proposed definition for global health is collaborative trans-national research and action for promoting health for all*”, explaining in greater detail what they mean by each term.

For other definitions and considerations about global health, see: J.P. Koplan, T.C. Bond, M.H. Merson, K.S. Reddy, M.H. Rodriguez, N.K. Sewankambo, *Towards a common definition of global health*, in *The Lancet*, 2009; L.P. Fried, M.E. Bentley, P. Buekens, *Global health is public health*, in *The Lancet*, 2010.

In 2008 L. Gostin, A. Taylor, *Global health law: A definition and grand challenges*, in *Public Health Ethics*, n. 1, defined the field of global health law as “*(encompassing) the legal norms, processes, and institutions needed to create the conditions for people throughout the world to attain the highest possible level of physical and mental health*”. For a more detailed analysis, see D. Halabi, *The origins and future of global health law: Regulation, security, and pluralism*, in *Georgetown Law Journal*, 2020, n. 6.

<sup>4</sup> Health for all was mentioned in Article III of the Alma-Ata Declaration, International Conference on Primary Health Care, 6-12 September 1978, “*Economic and social development, based on a New International Economic Order, is of basic importance to the fullest attainment of health for all and to the reduction of the gap between the health status of the developing and developed countries. The promotion and protection of the health of the people is essential to sustained economic and social development and contributes to a better quality of life and to world peace*”.

<sup>5</sup> P. 15 of the *Global Strategy*. The report *Targets for Health for All*, WHO, 1985, 23 stressed “*if health for all is to be reached in Europe by 2000, two basic issues must be tackled. The first is to reduce health inequalities among countries and among groups*

A global view of health is also presented in the Ottawa Charter for Health Promotion (WHO 1986). Point 1 underlines that “*Health is, therefore, seen as a resource of everyday life, not the objective of living. Health is a positive concept emphasising social and personal resources, as well as physical capacities. Therefore, health promotion is not just the responsibility of the health sector, but goes beyond healthy lifestyles to well-being*”, so “*health promotion action aims at reducing differences in current health status and ensuring equal opportunities and resources to enable all people to achieve their fullest health potential*”.<sup>6</sup>

The right to health is even part of the very recent United Nations resolution *Transforming Our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development*,<sup>7</sup> in particular Goal 3: *Ensure healthy lives and promote well-being for all at all ages*, which emphasises the need to reduce all persisting inequalities<sup>8</sup> and seek to ensure equity.

Talking about global health means addressing collaboration between States with a common vision of the right to health which is still not fully implemented today. In fact, States define policies and retain territorial powers. However, the idea of global health is continually being sought after, as the most recent *Rome Declaration of the Global Health Summit* of 21 May 2021 also demonstrates. In this Declaration, the leaders of the G20 and other States affirm a series of principles that “*reconfirm our commitment to global soli-*

---

*within countries. All the people of the Region should be assured an equal opportunity to develop, maintain and use their health. Particular effort should therefore be made to provide such an opportunity for those countries, groups and individuals who lack it most. The second issue is to strengthen health, as much as to reduce disease and its consequences*”.

<sup>6</sup> Point 4 of the Ottawa Charter, which continues “*this includes a secure foundation in a supportive environment, access to information, life skills and opportunities for making healthy choices. People cannot achieve their fullest health potential unless they are able to take control of those things which determine their health. This must apply equally to women and men*”. The Ottawa Charter also underlines “*health promotion goes beyond health care. It puts health on the agenda of policy-makers in all sectors and at all levels, directing them to be aware of the health consequences of their decisions and to accept their responsibilities for health. Health promotion policy combines diverse but complementary approaches including legislation, fiscal measures, taxation and organisational change. It is coordinated action that leads to health, income and social policies that foster greater equity*”.

<sup>7</sup> Resolution A/RES/70/1 of 25 September 2015.

<sup>8</sup> Note that Goal 10 of the 2030 Agenda aims to “*reduce inequality within and among countries*”.



*parity, equity and multilateral cooperation; to effective governance; to put people at the centre of preparedness and equip them to respond effectively; build on science and evidence-based policies and build trust; and to promote sustained funding for global health”.*<sup>9</sup>

## 2. *The right to health and health Programmes in the field of health in the European Union*

The central role of the protection of the right to health in the European legal framework has only been gradually defined,<sup>10</sup> but now but now it is consolidated and central, and also characterized by analyzes relating to the role that the right to health will have in the European Union.<sup>11</sup>

In fact, article 69 of the Treaty establishing the European Coal and Steel Community refers to health, or healthcare, as a reason for limiting the mobility of workers. The Treaties of Rome adopts the same viewpoint in referencing the general need to improve the “*standard of living*” through “*the establishment of a common market*”,<sup>12</sup> while protecting health is invoked as a reason for restricting imports, exports, and the transit of goods,<sup>13</sup> and not as an *ex se* right to be protected.

The Maastricht Treaty is recognised as a fundamental step towards protecting the right to health at the European level, stating that “*the Community shall contribute towards ensuring a high level of human health protection by encouraging cooperation between the Member States and, if necessary, lending support to their action*”.<sup>14</sup>

---

<sup>9</sup> Rome Declaration, 21 May 2021, 3. The *New strategic agenda 2019-2024*, 20 June 2019, European Council, states that general social protection is needed: “*inclusive labor markets and the promotion of cohesion will help Europe to preserve its lifestyle, as well as a high level of consumer protection and food standards and good access to health care*”.

<sup>10</sup> For a broad analysis see A. De Ruijter, *EU Health Law and Policy: The Expansion of EU Power in Public Health and Health Care*, Oxford University Press, 2019.

<sup>11</sup> COM (2019) 22, Reflection Paper - *Towards a Sustainable Europe by 2030*.

<sup>12</sup> Article 2 of the EEC Treaty.

<sup>13</sup> Article 36 of the EEC Treaty.

<sup>14</sup> Article G of the Treaty on European Union amends the Treaty establishing the European Economic Community by inserting Title X on “Public Health”, which consists of a single article, Article 129.

Regarding this provision, it should be recalled that European Commission Communication n. 559 of 24 November 1993, the *Framework for action in the field of pub-*

The current Treaty of Lisbon<sup>15</sup> includes two articles that reference protection of the right to health: art. 9 TFEU states that “*in defining and implementing its policies and activities, the Union shall take into account requirements linked to the promotion of a high level of employment, the guarantee of adequate social protection, the fight against social exclusion, and a high level of education, training and protection of human health*”, while art. 168 TFEU provides that “*a high level of human health protection shall be ensured in the definition and implementation of all Union policies and activities*”.

Aside from this key provision, there are few other references to health in primary sources of law: art. 4, para. 2, letter *k*) TFEU refers to “*common safety concerns in public health matters, for the aspects defined in this Treaty*”, while art. 6, para. 1, letter *a*) TFEU provides that for the protection and improvement of human health the “*union shall have competence to carry out actions to support, coordinate or supplement the actions of the Member States*”.

Of course, the European legislative framework would be incomplete without references – albeit without any claim of being exhaustive – to the right to health in other acts; for example, art. 11 of the European Social Charter affirms *the right to protection of health*. Article 35 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union identifies the right to health as fundamental, establishing a “*right of access to preventive healthcare and the right to benefit from medical treatment under the conditions established by national laws and practices*”, as well as calling for a high level of human health protection in the “*definition and implementation of all Union policies and activities*”. The European Pillar of Social Rights defines actions taken in concert between “*all levels of responsibility*”<sup>16</sup>, considering the right to health not only a fundamental one but also a factor in the growth and development of the euro area economy.

---

*lic health*, notes that “*the Commission’s proposals for taking forward the Community’s work on public health to meet the objective introduced by the Treaty on European Union that ‘the Community shall contribute towards ensuring a high level of human health protection’ (Article 129). It defines a framework for action by the Community and describes the role of the Community Institutions and the Member States. It sets out a strategy for action, identifies the means available to the Community to accomplish its aims and establishes the procedures for evaluation, review and consultation*” (p. 1).

<sup>15</sup> Signed in Lisbon on 13 December 2007, it entered into force on 1 December 2009.

<sup>16</sup> COM (2017) 250, 3.

However, in addition to the primary sources of European law, many secondary sources also define health obligations. It is useful, in an EU global and common perspective, to focus our attention on Union action Programmes in the field of public health, which over the years have provided general objectives for Member States. Considering this aspect in detail, the first Union action Programme in the field of health (2003-2008) emphasises that “*the programme, which shall complement national policies, shall aim to protect human health and improve public health*”<sup>17</sup>; in detail, the Programme identifies as general objectives “*to improve information and knowledge for the development of public health; to enhance the capability of responding rapidly and in a coordinated fashion to threats to health; to promote health and prevent disease through addressing health determinants across all policies and activities*”.<sup>18</sup>

The second Programme of Community action in the field of health (2008-2013)<sup>19</sup> stresses that “*the Programme shall complement, support and add value to the policies of the Member States and contribute to increased solidarity and prosperity in the European Union by protecting and promoting human health and safety and improving public health*”<sup>20</sup>; the programme’s objectives are “*to improve citizens’ health security, to promote health, including the reduction of health inequalities, to generate and disseminate health information and knowledge*”.<sup>21</sup>

The third Programme for the Union’s action in the field of health (2014-2020)<sup>22</sup> has the general objective “*to complement, support and add value to the policies of the Member States to improve the health of Union citizens and reduce health inequalities by promoting health, encouraging innovation in health, increasing the sustainability of health systems and protecting Union citizens from serious cross- border health threats*”.<sup>23</sup> This Programme is part of Eu-

---

<sup>17</sup> Article 2, Decision n. 1786 of 23 September 2002, the Community’s first action programme in the field of public health (2003-2008).

<sup>18</sup> Article 2, para. 2 Decision n. 1786 of 23 September 2002.

<sup>19</sup> Decision no. 1350 of 23 October 2007.

<sup>20</sup> Art. 2, para. 1 of Decision no. 1350 of 23 October 2007.

<sup>21</sup> Art. 2, para. 2 of Decision no. 1350 of 23 October 2007.

<sup>22</sup> Regulation no. 282 of 11 March 2014.

<sup>23</sup> Art. 2 of Reg. 282/2014. More specifically, art. 3 of the regulation lists four specific objectives: “(1) *In order to promote health, prevent diseases, and foster supportive environments for healthy lifestyles: identify, disseminate and promote the uptake of*

*rope 2020: a strategy for smart, sustainable and inclusive growth*,<sup>24</sup> which recognises that “*keeping people healthy and active longer and enabling them to take an active role in managing their health will have overall effects positive effects on health, including a reduction in health inequalities and a positive impact on the quality of life, productivity and competitiveness, while reducing pressures on national budgets?*”<sup>25</sup> The concepts of inequality<sup>26</sup> and health protection have always been stressed, and are also connected, to the broader idea of growth underlined in all the Union’s policies.

Each of the discussed programmes has pursued a common direction over the years; yet this will be partially redefined following the issuance of the new EU4Health Programme,<sup>27</sup> prepared in the context of the Covid-19 pandemic, and with a vision of the right to health more connected to the pandemic context.<sup>28</sup>

---

*evidence-based and good practices for cost-effective health promotion and disease prevention measures by addressing in particular the key lifestyle related risk factors with a focus on the Union added value. (2) In order to protect Union citizens from serious cross-border health threats: identify and develop coherent approaches and promote their implementation for better preparedness and coordination in health emergencies. (3) In order to support public health capacity-building and contribute to innovative, efficient and sustainable health systems: identify and develop tools and mechanisms at Union level to address shortages of resources, both human and financial, and to facilitate the voluntary uptake of innovations in public health intervention and prevention strategies. (4) In order to facilitate access to better and safer healthcare for Union citizens: increase access to medical expertise and information for specific conditions beyond national borders, facilitate the application of the results of research and develop tools for the improvement of healthcare quality and patient safety through, inter alia, actions contributing to the improvement of health literacy”.*

<sup>24</sup> COM (2010) 2020.

<sup>25</sup> Whereas no. 2, Reg. 282/2014.

<sup>26</sup> Inequality is mentioned in the first EU Programme in art. 2, par. 3, letter *b* “*tackling inequalities in health*”; in the second EU Programme in art. 2, par. 2 “*to promote health, including the reduction of health inequalities*”; in the third EU Programme in art. 2.

<sup>27</sup> Regulation no. 522 of 24 March 2021 establishing a Programme for the Union’s action in the field of health (EU4Health Programme) for the period 2021-2027. S. Udani, *New EU health programme comes into force*, in *Lancet*, April, 2021; A. Alemanno, *Towards a European health union: Time to level up*, in *European Journal of Risk Regulation*, December 2020; G. Bazzan, *Exploring integration trajectories for a European health union*, in *European Journal of Risk Regulation*, December 2020.

<sup>28</sup> See: E. Brooks, M. Guy, *EU health law and policy: shaping a future research agenda*, in *Health Economics, Policy and Law*, 2021, n. 1; S. Greer, *Health, federalism and the European Union: lessons from comparative federalism about the European Union*, in *Health Economics, Policy and Law*, 2021, n. 1.

### 3. *Cooperation and coordination in the EU4Health Programme*

The spread of Coronavirus Pandemic (Covid-19) has necessitated a different point of view of the definition and implementation of the right to health. The Covid-19 pandemic has shown how member states need coordinating and cooperative actions at the European Union level.

The European Union has itself pointed out that “*while Member States are responsible for their health policies, they should protect public health in a spirit of European solidarity, as called for in the communication of the Commission of 13 March 2020 on coordinated economic response to the COVID-19 outbreak. Experience from the ongoing COVID-19 crisis has demonstrated that there is a need for further action at Union level to support cooperation and coordination among the Member States*”.<sup>29</sup>

In fact, the Regulation established that the EU4Health Programme shall have “*a Union added value and complement the policies of the Member States, in order to improve human health throughout the Union and to ensure a high level of protection of human health in all Union policies and activities*”.<sup>30</sup>

The central role of health in all European policies and activities is also connected to the importance that the regulation attributes to the two approaches that govern EU activity, the ‘One Health’ approach and the ‘Health in All Policies’ approach.

Article 2 of the Regulation clarifies that the *One Health approach* identifies “*a multisectoral approach which recognises that human health is connected to animal health and to the environment, and*

---

<sup>29</sup>Whereas no. 6, Reg. 522/2021. Many different acts have been issued by the union on the subject of the Covid-19 pandemic and the role of member states, including: Council conclusions on COVID-19, 13 February 2020; COM (2020) 112 Coordinated economic response to the COVID-19 outbreak, 13 March 2020; Communication temporary framework for state aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak (2020/C 91 I/01), 20 March 2020; Regulation no. 672, 19 March 2020, Support to mitigate unemployment risks in an emergency; Regulation no. 2221, 23 December 2020, amending Regulation (EU) No 1303/2013 to provide additional resources and implement arrangements to provide assistance fostering crisis repair in the context of the COVID-19 pandemic and its social consequences and to prepare a green, digital, and resilient recovery of the economy (REACT-EU); Next Generation EU; Regulation no. 241, 12 February 2021 establishing the Recovery and Resilience Facility.

<sup>30</sup>Art. 3, Reg. 522/2021.

that actions to tackle threats to health must take into account those three dimensions”,<sup>31</sup> while *Health in All Policies approach* means “an approach to the development, implementation and review of public policies, regardless of the sector, whereby the health implications of decisions are taken into account, and which seeks to achieve synergies and to avoid harmful health impacts being caused by such policies, in order to improve the health of the population and health equity”.<sup>32</sup>

Considering the definition of *Health in All Policies approach* we must remember that it is manifested in art. 168 TFEU “a high level of human health protection shall be ensured in the definition and implementation of all Union policies and activities”.<sup>33</sup>

To better understand the importance of the mentioned approaches and the fundamental role of cooperation and coordination, we must recall the list of general objectives defined by the programme: “(a) improving and fostering health in the Union to reduce the burden of communicable and non-communicable diseases, by supporting health promotion and disease prevention, by reducing health inequalities, by fostering healthy lifestyles and by promoting access to healthcare; (b) protecting people in the Union from serious cross-border threats to health and strengthening the responsiveness of health systems and coordination among the Member States in order to cope with serious cross-border threats to health; (c) improving the availability, accessibility and affordability of medicinal products and medical devices, and crisis-relevant products in the Union, and supporting innovation regarding such products; (d) strengthening health systems by improving their resilience and resource efficiency, in particular through: (i) supporting integrated and coordinated work between Member States; (ii) promoting the implementation of best practices and promoting data sharing; (iii) reinforcing the healthcare workforce; (iv) tackling the implications of demographic challenges; and (v) advancing digital transformation”.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Art. 2, par. 1, point 5, Reg. 522/2021.

<sup>32</sup> Art. 2, par. 1, point 10, Reg. 522/2021.

<sup>33</sup> Cfr. O. Bartlett, A. Naumann, *Reinterpreting the health in all policies obligation in Article 168 TFEU: The first step towards making enforcement a realistic prospect*, in *Health Economics, Policy and Law*, 2021, n. 1.

<sup>34</sup> Art. 4 defines *Specific objectives*, and art. 17 establishes “the Commission shall implement the Programme by establishing annual work programmes in accordance with the Financial Regulation”.

Although the article does not directly address the impact Covid-19 had exercised upon healthcare systems, citizens, and even enterprises, the strategy outlined for 2021-2027 focuses on the role of the healthcare systems will have and the capabilities they should have to be able to deal with emergency situations.

The EU4Health Programme also identifies a system of governance consisting in an EU4Health Steering Group<sup>35</sup> and a consulting body of Stakeholders<sup>36</sup> who have an important role in defining the annual work programme implemented by the Commission in accordance with the financial rules governing implementation of the EU budget.<sup>37</sup>

We focus in particular on the EU4Health Steering Group, considering its composition – “*Members of the EU4Health Steering Group shall be the Commission and the Member States*”<sup>38</sup> – and role: the Commission consults the EU4Health Steering Group “(a) *on the Commission’s preparatory work for the annual work programmes; (b) every year, at least 6 months before submitting the draft annual work programme to the committee referred to in Article 23 (1) on the priorities and strategic orientations of the annual work programme*”.<sup>39</sup>

It is particularly relevant that the EU4Health Steering Group shall work towards “*ensuring that there is consistency and complementarity between the Member States’ health policies as well as between the Programme and other policies, instruments and actions of the Union, including those relevant to the Union agencies*”,<sup>40</sup> thus becoming a *place* for discussion and confrontation between the various institutional actors involved in the protection of health.

<sup>35</sup> Art. 15, par. 2, Reg. 522/2021.

<sup>36</sup> Art. 16, par. 1, Reg. 522/2021 “*The Commission shall consult with relevant stakeholders, including representatives of civil society and patient organisations, to seek their views on: (a) the priorities and strategic orientation of the annual work programme; (b) the needs to be addressed through the annual work programme and the results achieved through it*”.

<sup>37</sup> Art. 5, Reg. 522/2021, states “*the financial envelope for the implementation of the Programme for the period 2021 - 2027 shall be EUR 2 446 000 000*”.

<sup>38</sup> Art. 15, par. 2, Reg. 522/2021, “*Each Member State shall appoint one member and one alternate member to the EU4Health Steering Group. The Commission shall provide the secretariat of the EU4Health Steering Group*”.

<sup>39</sup> Art. 15, par. 3, Reg. 522/2021.

<sup>40</sup> Art. 15, par. 4, Reg. 522/2021.

The EU4Health Programme seems to be a first step towards the essential need to “*build a stronger European Health Union*”, but “*to start realising it, we must now draw the first lessons from the health crisis*”,<sup>41</sup> so much so that the Programme focuses on the future of health systems and on collaboration between States.

#### 4. *The Health in all policies approach: still a challenge for the future*

In a general perspective of broad and complete affirmation of the right to health, it is particularly interesting to analyse the Health in All Policies approach (HiAP), defined by the WHO as “*an approach to public policies across sectors that systematically takes into account the health implications of decisions, seeks synergies, and avoids harmful health impacts in order to improve population health and health equity*”.<sup>42</sup> The Health in All Policies approach is not a new idea, and the drive to insert the improvement of the health and well-being of the population at all levels of government and in all sectors is a very old.<sup>43</sup> However, it becomes relevant in an international context to understand the impact that public policies have on health as well as to recognise in a Sustainable Development Goals perspective that the policies of all governments have an impact on the social and environmental determinants of health.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> State of the Union Address by President von der Leyen at the European Parliament Plenary, 16 September 2020.

<sup>42</sup> Helsinki Statement on Health in All Policies, *Contributing to social and economic development: sustainable action across sectors to improve health and health equity*, WHO (WHA67.12), 2014.

See: Government of South Australia and World Health Organisation, *Progressing the Sustainable Development Goals through Health in All Policies: Case studies from around the world*, Adelaide, 2017; A. Bauman, L. Lesley, D. Nutbeam, *Rethinking the evaluation and measurement of health in all policies*, in *Health Promotion International*, 2014, n. 1.

<sup>43</sup> For an historical reconstruction see D. McQueen, M. Wismar, V. Lin, C. Jones, M. Davies, *Intersectoral Governance for Health in All Policies*, WHO and European Observatory for Health Systems and Policies, 2012.

<sup>44</sup> See G. Browne, I. Rutherford, *The case for ‘environment in all policies’: Lessons from the ‘Health in All Policies’ approach in public health*, in *Environmental Health Perspectives*, 2017, n. 2, who observe that “*the benefit of integrated policy making as exemplified by HiAP and the proposed EiAP is that it has the potential to act upon the social determinants of population health and environmental health, respec-*



To do this there is no clear catalog of tools available to policy makers “*to implement the HiAP approach, it is possible to identify a wide variety of activities that could be undertaken to effectively implement the HiAP principles*”.<sup>45</sup>

The importance of this approach has long been affirmed also in the European context,<sup>46</sup> but much remains to be done: the “*systematic efforts of experts in public health, health policy and international health are important to identify and prioritise the needs of HiAP, to analyse the health implications of policies and policy proposals and make them understood by policy makers, as well as in suggesting solutions practicable*”.<sup>47</sup> Yet understanding and participation in the definition of public policies is increasingly necessary. If we consider how at the moment the right to health and the competences are defined by the Treaty, for a more effectiveness implementation of HiAP approach, is necessary a more greater political responsibility especially in the Member States.

Over time, in fact, the need has emerged “*to promote the effective implementation of the HiAP approach, to encourage and coordinate all relevant sectors in helping to reduce health gaps within the*

---

*tively, to make critical (and potentially unavoidable) trade-offs between environment, public health, and economic priorities transparent; to improve decision making; and can help to create a more sustainable society*” (p. 152).

<sup>45</sup> O. Bartlett, A. Naumann, *Reinterpreting the health in all policies obligation in Article 168 TFEU: The first step towards making enforcement a realistic prospect*, in *Health Economics, Policy and Law*, 2021, n. 1, who underline that “*Legislative recognition and protection of health concerns in other policy fields usually grow from the previous use of a range of policy tools – codes of practice, policy strategies and best practice guidelines – which are described as «soft law», which Snyder defined as «rules of conduct which, in principle, have no legally binding force but which can nevertheless have practical effects»*”.

<sup>46</sup> COM (2007) 630, 23 October 2007, *Together for Health: A Strategic Approach for the EU 2008-2013*, 6, Principle 3: Health in all policies (HiAP) stresses “*the population’s health is not an issue for health policy alone. Other Community policies play a key role, for example regional and environment policy, tobacco taxation, regulating pharmaceuticals and food products, animal health, health research and innovation, coordinating social security schemes, health in development policy, health and safety at work ICT, and radiation protection, as well as coordination of agencies and services regulating imports. Developing synergies with these and other sectors is crucial for a strong Community health policy, and many sectors will be cooperating to fulfil the aims and actions of this Strategy*”. K. Kimmo, E. Ollila, S. Pena, M. Wismar, S. Cook, *Health in All Policies. Seizing opportunities, implementing policies*, Finland, 2013.

<sup>47</sup> E. Ollila, *Health in All Policies: From rhetoric to action*, in *Scandinavian Journal of Public Health*, 2011, n. 6.

*EU, to strengthen cooperation and to make better use of networks existing, public health and related institutions in order to monitor the impact of health determinants”.*<sup>48</sup>

The Health in All Policies approach also assumes greater importance now in efforts to implement policies connected to Sustainable Development Goals; public policies reference different sectors but they necessarily underlie and aim at the protection of fundamental principles and rights for society such as the protection of health.

In conclusion, the full affirmation of a Health in All Policies approach is not yet fully consolidated and highlight the need to implement new multilevel decision-making tools that can strengthen the integration of health protection in all European Union policies.

#### *Abstract*

The article analyses how the full protection of the right to health, at both the international and European level, is connected to the full consideration of it in all implemented public policies, mentioned in particular in the Health in All Policies approach. Even today, however, this objective does not appear to have been fully achieved and it is therefore increasingly necessary to define new multilevel decision-making tools that integrate the protection of the right to health into all public policies.

L'articolo analizza come la più ampia e completa tutela del diritto alla salute a livello internazionale ed europeo sia connessa alla considerazione di essa in tutte le politiche pubbliche poste in essere, con particolare riferimento all'Health in all policies approach. Ancora oggi però tale obiettivo non appare pienamente raggiunto tanto da rendersi sempre più urgente e necessario definire nuove modalità di azione multilivello.

---

<sup>48</sup> F. Bert, G. Scaioli, M. Gualano, R. Siliquini, *How can we bring public health in all policies? Strategies for healthy societies*, in *Journal of Public Health Research*, 2015, n. 1.



# PASSATO E PRESENTE



PHILIPP ZORN

## IL DIRITTO PUBBLICO DELL'IMPERO TEDESCO

SOMMARIO: Primo volume. IL DIRITTO COSTITUZIONALE. – Libro V. LA FORMAZIONE DEL DIRITTO NELL'IMPERO. – § 16. La legge di bilancio e il discarico di responsabilità. – A. *Il bilancio*: I. Le fonti giuridiche; II. La natura giuridica del bilancio; III. La ripartizione formale del bilancio. – B. *Il discarico di responsabilità*: IV. La competenza della Corte dei conti imperiale è triplice.

Primo volume

### IL DIRITTO COSTITUZIONALE

Libro V.

LA FORMAZIONE DEL DIRITTO NELL'IMPERO

§ 16

La legge di bilancio e il discarico di responsabilità<sup>1</sup>

A. *Il bilancio*

Costituzione dell'impero art. 69. Anno finanziario. Carattere di legge del bilancio. La teoria di Laband. v. Martitz. Conseguenze

---

<sup>1</sup> Fricker, *Das Recht der Steuerbewilligung und des Finanzgesetzes in Tüb. Z.f.d.ges. Staatswiss.*, XVII, 636-702; Hänel, *Stud.*, II, 291 ss. [trad. it. *La legge in senso formale e materiale*, in *Rivista della Corte dei conti* nn. 5-6 settembre-dicembre 2017, nn. 1-2 gennaio-aprile 2018 e nn. 3-4 maggio-agosto 2018, a cura di C. Forte); Gneist, *Budget und Gesetz*, 1867 [trad. it. *Il bilancio e la legge secondo il diritto costituzionale inglese*, Firenze 1869]; Id., *Engl. Verf.-R.* II, § 58-71; Id., *Gesetz und Budget* 1879 [trad. it. R. Gneist, G. Jellinek, *Legge e bilancio, legge e decreto*, Milano 1997, a cura di C. Forte]; Laband, *das Budgetrecht in Behrend Ztschr. f. Gesetzgebung* IV, 621-708 (pubblicato anche separatamente); Id. in *Hirths Ann.*, 1873, 524 ss.; Id., *Diritto pubblico* III, 2, §§ 123-126 della prima, II, 985 ss. della seconda edizione; Id., *Archiv f. öffentl. R.*, I, 172 ss. [trad. it. completa P. Laband, *Il diritto del bilancio*, Milano, 2007, a cura di C. Forte]; Schulze, *Preuss. StR.*, II, 205; Id., *Deutsches StR.*, I, 574-608; Id. in *Grünbuts Z.f.d. privat- u. öffentl. R.*, II, 161-216; G. Meier, *Lehrb.*, § 205; Id. in

giuridiche del carattere della legge. Bilancio delle spese. Bilancio delle entrate. Mancata approvazione del bilancio. Eccedenze di bilancio. Esigenze di riforma del diritto del bilancio prussiano-tedesco. Istituti formali.

## B. *Il discarico di responsabilità*

Costituzione dell'impero art. 72. La Corte dei conti dell'impero. Decisioni collegiali. Giustificazioni contabili. Controlli dello Stato. Controlli dell'amministrazione. Relazione annuale al *Bundesrat* ed al *Reichstag*. Relazione generale all'imperatore.

## A. IL BILANCIO

### I. *Le fonti giuridiche*

La costituzione stabilisce all'art. 69:

“tutte le entrate e tutte le spese dell'impero debbono ogni anno essere messe a preventivo e riportate nel bilancio generale dell'impero. Quest'ultimo deve essere fissato prima dell'inizio dell'anno finanziario con una legge in base ai seguenti principi”.

L'esercizio finanziario, a norma della legge del 29 febbraio 1876 (Gazzetta Ufficiale 121), inizia il 1° aprile e termina il 31 marzo (in termini analoghi, legge del 29 giugno 1876).

---

*Grünhuts Z.*, VIII, 1 ss.; v. Gerber, *Grundz.* (2 ed.) §§ 50, 51; v. Rönne, *Preuss. StR.*, I, § 65; Id., *Deutsches StR.*, II, 1 §§ 87-91. Inoltre, v. Martitz, *über den konstitutionellen Begriff des Gesetzes in Tübing. Z.*, XXXVI, 207 ss. [trad. it. *Sul concetto costituzionale di legge in base al diritto pubblico tedesco*, in *Iustitia*, anno LIV, gennaio-marzo 2001, a cura di C. Fortel]; G. Seidler, *Budget und Budget-theorie* (1885) (trad. it. *Bilancio e diritto del bilancio nella contabilità di Stato della monarchia costituzionale con particolare riguardo al diritto costituzionale austriaco e tedesco*, *Introduzione*, in *Rivista della Corte dei conti*, nn. 3-4 maggio-agosto 2016; *Bilancio e diritto del bilancio nella contabilità di Stato della monarchia costituzionale con particolare riguardo al diritto costituzionale austriaco e tedesco*, *Rappresentazione dogmatica del diritto del bilancio (sesto capitolo)*, in *Rivista della Corte dei conti*, nn. 5-6 settembre-dicembre 2016; *Bilancio e diritto del bilancio nella contabilità di Stato della monarchia costituzionale con particolare riguardo al diritto costituzionale austriaco e tedesco*, *Cap. III: gli aspetti tecnico-finanziari del bilancio*, in *Rivista della Corte dei conti*, nn. 1-2 gennaio-aprile 2017, a cura di C. Fortel]; Prazák, *Arch. f. öff. Recht*, II, 441 ss.; Brie, *ivi*, IV, 24 ss.; Arndt, *ibidem*, III, 533 ss.; Zorn in *Hirths Ann.*, 1889, 363 ss.; Laband, II, 1037 fornisce una panoramica critica sulla dibattuta letteratura sul diritto del bilancio e tenta di contrastare le obiezioni sollevate contro la propria teoria, in particolare nei confronti di Hänel [trad. it. *cit.*]. La contrapposizione scientifica appare al momento del tutto inconciliabile; la prassi del diritto pubblico si colloca su una posizione contrapposta, rispetto a Laband.

La prescrizione della costituzione dell'impero sopra riportata risulta ripresa alla lettera dalla carta costituzionale prussiana (art. 99), mentre la prescrizione di quest'ultima dalla carta costituzionale belga<sup>2</sup>. Oltre a quella prescrizione di cui all'art. 69, la costituzione dell'impero ne contiene un'altra, la disposizione riguardante il diritto del bilancio, all'art. 71, comma 1: "le entrate generali vengono di regola autorizzate per un anno, ma in casi particolari possono essere autorizzate anche per un durata maggiore". Di questa facoltà, concessa dalla costituzione, fino al 1874 era stato fatto uso in riferimento al bilancio militare; da allora anche questo bilancio speciale si colloca all'interno dei principi generali del bilancio dello Stato<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Carta costituzionale belga art. 115: *chaque année les chambres arrêtent la loi des comptes et votent le budget. Toutes le recettes et dépenses de l'état doivent être portées au budget et dans les comptes*. L'origine di questo principio è la carta francese del 4 giugno 1814 § 9. Sullo sviluppo storico del diritto del bilancio in Germania Gneist, *Gesetz und Budget* 118 ss., 134 ss. [trad. it. cit.]. In Inghilterra un diritto del bilancio si è sviluppato a partire dal 1865, in Francia dalla Rivoluzione. Sui punti di vista determinanti in merito alla creazione di un diritto del bilancio franco-belga v. Gneist, *op. cit.*, 16-19 [trad. it. cit.]; sul diritto britannico v. anche Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, 130 ss. [trad. it. cit.], su quello francese 146 ss., 279, su quello belga 165. e ss., solo che Jellinek tralascia dappertutto il *chaque année* ovvero lo interpreta come qualcosa di lontano (*hinweg*). Jellinek non apprezza a sufficienza gli sviluppi della Germania del sud. La differenza che Laband in *Hirths Annalen*, 1873, 529 afferma per la carta costituzionale prussiana art. 99 e per la costituzione dell'impero art. 69 in riferimento ai "principi" richiesti dalla seconda in ordine alla fissazione del bilancio, potrebbe difficilmente essere basata sulla volontà del legislatore. Una conformazione fondamentalmente diversa rispetto a quella del diritto del bilancio franco-belga-prussiano-tedesco la forniscono altre costituzioni tedesche, laddove il modello-tipo al riguardo è da considerare quella bavarese. V. in merito l'appropriata rappresentazione di Seydel in *Festgabe für Planck* (1887) 1 ss., come Id., *Bayr. Str.*, IV, 291 ss., v. al riguardo anche le mie osservazioni in *Hirths Ann.*, 1889, 367 ss. Come rappresentanti della propria teoria Laband p. 1039 cita: Gneist, Gerber, G. Meyer, Seligmann, Gareis, Prazáck, Bornack, Zeller, cui può essere aggiunto anche H. Schulze. I principali oppositori sono v. Martitz (che prima però era di avviso completamente diverso, il che è però del tutto indifferente, oggi), Hänel, Seidler. Una teoria autonoma, che dai propositi di Laband perviene ai risultati di Hänel con un salto mortale [in italiano-*n.d.C.*] per gli aspetti essenziali, la fornisce Jellinek, *Ges. un Verodn.* [trad. it. cit.], 277 ss., v. la critica perfettamente appropriata di Laband, II, 1041 ss. [trad. it. cit.], così come le mie osservazioni in *Hirths Ann.*, 1889, 370 ss.

<sup>3</sup> Vi fa riferimento la costituzione dell'impero, art. 71, comma 2, secondo cui il bilancio militare per il tempo determinato dall'art. 60 della costituzione medesima doveva essere presentato al *Bundesrat* e al *Reichstag* solo per conoscenza e per memoria; questo periodo di transizione fu successivamente prolungato con la legge del 9 dicembre 1871 (G.U. 411) fino al 31 dicembre 1874; un'ulteriore proroga non c'è stata. Altri casi applicativi li registra Laband, II, 988<sup>4</sup> [trad. it. cit.].



La carta costituzionale prussiana contiene, inoltre, prescrizioni del massimo interesse e molto contestate in materia di diritto del bilancio: l'art. 109: "le imposte e tasse vigenti le si continua ad esigere, – fino a che esse non vengano modificate da una legge; "inoltre, l'art. 100: "imposte e tasse per le casse dello Stato possono essere riscosse nella misura in cui risultino assunte nel bilancio generale dello Stato ovvero risultino ordinate con leggi particolari"<sup>4</sup>.

La costituzione dell'impero non contiene queste due prescrizioni.

Per contro, la legge del 25 maggio 1873 sulla condizione giuridica di determinati oggetti ai fini dell'utilizzo per motivi di servizio da parte di un'amministrazione dell'impero (Gazzetta Ufficiale 113), contiene una speciale determinazione che vale a portare ad una particolare espressione, dal punto di vista legislativo, una conseguenza che deriva in sé dalla prescrizione generale della costituzione dell'impero di cui all'art. 69. In altre parole, tutte le entrate da vendita di appezzamenti di terreni, di materiali, di utensili o di altri oggetti che si trovino nella proprietà dell'amministrazione dell'impero, debbono conseguentemente ogni anno essere messe a preventivo ed essere riportate nel bilancio generale dello Stato; parimenti, le spese sulla base di tali entrate, nella misura in cui provengano da grandi appezzamenti, possono essere fatte solo con l'approvazione del *Bundesrat* e del *Reichstag*; se tale approvazione non viene concessa, tali somme debbono essere assunte solo tra le entrate dell'anno successivo<sup>5</sup>.

## II. *La natura giuridica del bilancio*

1. Sul senso e sul contenuto delle determinazioni costituzionali prima riportate è sorta una polemica, nella letteratura di diritto pubblico, portata avanti con la violenza più estrema. La costituzione prescrive per il bilancio la forma della legge, mentre la teoria<sup>6</sup>, rappresentata in particolare da Gneist e Laband, rifiuta al bilancio il carattere di legge, sia in quanto esso esprime direttamente un

<sup>4</sup> Cfr. su questi due articoli Gneist, *G.u.B.*, 143 e ss. [trad. it. cit.].

<sup>5</sup> Legge del 25 maggio 1873 §§ 10<sup>1</sup>. Cfr. Laband, III, 2, 351 [trad. it. cit.].

<sup>6</sup> V. la sintesi in Martitz, *op. cit.*, 207-210 [trad. it. cit.]. V. anche Seidler, *Budget* [trad. it. cit.] 44 ss. sulla letteratura più antica; Gneist, *Rechtsstaat* (2) 168 n. 34 per la concezione inglese.

provvedimento dell'amministrazione (Gneist), sia in quanto per esso viene costruita una particolare categoria di leggi "formali", cui mancano, nell'essenziale, gli effetti delle leggi materiali (Laband)<sup>7</sup>. Per primo Fricker, in linea di principio, aveva contestato al bilancio il carattere di legge senza far riferimento al diritto positivo: "il bilancio è un atto amministrativo"; "il concetto di bilancio non è *tout court* di carattere giuridico, ma è un concetto economico, ogni economia, dalla più piccola alla più grande, richiede un determinato programma secondo cui essa deve essere gestita<sup>8</sup>. "Un bilancio che determini l'attività dell'amministrazione non più solo per la propria adeguatezza, ma in quanto norma formale oggettiva, non è più un bilancio, ma una legge", ed in questo risiede "un assorbimento dell'amministrazione da parte della legislazione"<sup>9</sup>. "Il bilancio costituisce un atto amministrativo, esso non può contenere né espressamente né *implicite* qualcosa che vada al di là dei limiti di competenza dell'amministrazione, esso deve contenere l'intero quadro dell'amministrazione (nella misura in cui questa sia collegata con le entrate e le spese). Nella misura in cui (?) esso si basa su una legge, non contiene nulla di ciò che già non fosse a disposizione senza di esso: esso esprime solo la circostanza secondo cui una legge è lì e deve essere attuata; nella misura in cui si basa su un semplice preventivo, esso esprime parimenti solo fatti, ed in effetti fatti la cui futura ed effettiva struttura non può essere prevista con una determinazione; ma, nella misura in cui contiene il programma della futura attività dell'amministrazione, esso diventa una norma per quest'ultima e in tal modo diviene simile ad una legge. Ma esso rimane però diverso dalla natura di legge propriamente intesa nella stessa misura in cui un programma spontaneo è diverso dalla disposizione, che va attuata, ad opera di un terzo e nella stessa misura in cui una norma la cui attuazione dipenda proprio dall'effettiva conformazione dei tempi e delle circostanze, è diversa da una norma assoluta, tale da richiedere la propria attuazione senza aver bisogno di altro"<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Laband, *Budgetrecht* [trad. it. cit.] 624 ss., *Diritto pubblico* [ivi] II § 58, III, 2, 340: "né la costruzione del bilancio per un periodo futuro, né il controllo dei conti per un periodo trascorso ha a che vedere con la legislazione quale regolamentazione dell'ordinamento giuridico statale".

<sup>8</sup> *Tüb. Z. f. d. ges. Staatswiss.*, XVII, 640.

<sup>9</sup> Fricker, *op. cit.*, 651.

<sup>10</sup> Fricker, *op. cit.*, 643.

“Tutti i rapporti giuridici messi in preventivo in bilancio non derivano il loro fondamento dal bilancio, ma dalla legislazione generale”. “Un tale piano finanziario non contiene direttamente una regola giuridica, un precetto o un divieto ai sudditi, né un diritto quale debba trovare attuazione in ogni caso”<sup>11</sup>.

“L'essenza di una legge sta nel fatto di esprimere una norma giuridica vincolante. Un tale contenuto manca però al bilancio, che contiene essenzialmente solo fatti ed in realtà fatti da attendersi in futuro”. “Una norma puramente amministrativa non può mai diventare una legge per il fatto di essere richiesto a tal scopo l'assenso di un altro fattore [della legislazione – *n.d.C.*]”<sup>12</sup>.

Laband connota sì il bilancio come legge, ma come una legge cui manca completamente il carattere materiale della legge, in quanto esso contiene solo poste contabili, non norme giuridiche. In questo senso egli chiama il bilancio legge “formale”, in conformità alla sua differenziazione, in linea di principio, delle leggi in due categorie, materiale e formale, per le quali valgono punti di vista giuridici completamente diversi. Questa differenziazione è stata ammessa da una quantità di scrittori, ma da altri respinta, sia tacitamente sia espressamente<sup>13</sup>.

2. In base alle deduzioni già prima fornite §§ 14, 15, la differenza di Laband sembra insostenibile<sup>14</sup>. Non ci sono leggi nel senso

<sup>11</sup> Gneist, *G.u.B.*, 163 [trad. *it. cit.*].

<sup>12</sup> Schulze in *Grünbut*, 189, Id., *Deutsch. Str.*, 519, 587.

<sup>13</sup> *Diritto pubblico*, II, § 56, III, 2, § 123 [trad. *it. cit.*]. *Budgetrecht*, 627 ss., 635 ss. in *Hirths Annalen*, 1873, 24 ss. [trad. *it. cit.*].

<sup>14</sup> Cfr. anche v. Stockmar, in *Ägidis Z. f. deutsches StR.* 196 ss., in particolare 208 s. La più antica teoria tedesca, così come il diritto pubblico di matrice costituzionale di altri paesi, non riconoscono quella differenza (v. Martitz 223 [trad. *it. cit.*]). Il pensiero di Laband, ma in altra formulazione, lo si trova già in Keller, *Pandekten* (1861) § 2 p. 4. Keller già esemplifica al riguardo, allo stesso modo, in ordine al bilancio in quanto “approvato con le modalità della legge, ma tale da non necessitare comunque, ciò nonostante, della natura di legge”. La svolta che Meyer in *Grünbut* VIII, 10 ss. dà alla dottrina senza dubbio contiene, nell'accentuazione della differenza tra norme giuridiche generali e speciali (cfr. anche Keller *op. cit.*), un pensiero ritrovato e fruttuoso ai fini dell'ulteriore costruzione della dottrina relativa alle fonti del diritto. Nulla però autorizza, secondo il nostro diritto vigente, a rivendicare il concetto di legge esclusivamente ai principi primi, neanche la considerevole messe di citazioni dalla letteratura più antica. Il concetto di “disposizione nella forma di legge” non esiste, sinora, da noi come tale da avere natura di diritto pubblico. Inoltre, tutta l'argomentazione di Meyer si trova già in Zachariä *Dst.R.* 83. Molto bene si esprime contro di ciò Böhlau, *Meck-*

letterale formale sostenuto da Laband. Quale che possa essere inoltre il contenuto della legge, ogni legge deve contenere una norma giuridica<sup>15</sup>. “La legge è la massima dello Stato secondo cui un *quid* deve costituire diritto”<sup>16</sup>. “Legge in senso stretto è l’ordine di seguire una determinata prescrizione, dato ai sudditi con l’assenso della rappresentanza popolare tramite il titolare della sovranità. Il contenuto di questa prescrizione è totalmente irrilevante per il concetto di legge”. “Non appena si sia in presenza di una legge, la determinazione di volontà dello Stato in essa trasfusa, qualunque ne sia la direzione, per quanto speciale, indeterminata, inopportuna, ingiusta, immorale possa essere ovvero si affermi nel caso di specie e quali che siano le conseguenze giuridiche collegate alla sua violazione, riceve la forza di legge. La forza formale di legge non è altro che la forza di legge ed esprime del tutto lo stesso concetto rispetto a quella materiale. Esiste *tout court* una forza di legge e non c’è una legge senza forza di legge”. “La legge, quale che possa essere il suo contenuto, è comunque diritto oggettivo, è una regola giuridica; leggi che non abbiano per contenuto una regola giuridica e che sarebbero leggi solo in senso formale, solo leggi apparenti, non ne esistono”. “Quelle leggi ‘formali’ non sono affatto carte con cui si constata l’assenso parlamentare ad un provvedimento del governo e

---

*lomb. LR. I, 283 ss.*, il quale mette anche in luce il fatto che la teoria dominante non è appropriata rispetto al “carattere formalmente di diritto pubblico della legge”.

V. Martitz 235 [*trad. it. cit.*] denomina a ragione questa dottrina come “evidentemente errata”, “un disconoscimento totale delle intenzioni e degli effetti che risultano collegati, con una modalità consentita sul piano giuridico, alla fissazione per legge di un atto di volontà dello Stato”. A ragione v. Martitz 226 [*ivi*] rinvia in particolare anche al fatto che dovrebbe pur esserci una caratteristica riconoscibile dall’esterno, in base alla quale nel caso concreto possa essere percepita la differenza tra leggi formali e leggi materiali.

<sup>15</sup> Giustamente v. Martitz, 220 ss., 238 s., 252 [*trad. it. cit.*]. Ma anche Laband, *Budgetrecht*, 630 [*trad. it. cit.*] “quella prescrizione del potere dello Stato, tale da non esprimere alcuna regola applicabile ad una determinata circostanza, non è una legge.” “Un’espressione della volontà dello Stato che soprattutto non ricade nel concetto di ordinamento giuridico (*Rechtsatzung*), e quindi della legge nel senso ampio della costituzione, non può ricevere questo carattere anche per il fatto che questa volontà dello Stato viene espressa con l’assenso della corona e della rappresentanza popolare. Perché ciò che non si può inquadrare nel *genus*, non lo si può inquadrare neanche nelle *species* di questo *genus*. Non dipende affatto dall’intento del legislatore rendere legge qualcosa che, per suo contenuto, non è una legge e che non può essere una legge, sol per il fatto che si chiama legge”. Altrettanto Gneist, *G.u.B.*, 164 [*trad. it. cit.*]; Schulze, *op. cit.*

<sup>16</sup> Windscheid, vol. § 14.

sulle quali il parlamento non esprime il proprio consenso, ma il vertice dello Stato “ordina”, con l’assenso del *Landtag*, che qualcosa debba accadere ovvero potrebbe accadere oppure che non debba accadere” (v. Martitz)<sup>17</sup>.

D’altro canto, si è fatto riferimento in particolare al fatto che il bilancio, con le sue poste contabili, conterrebbe solo determinazioni approssimative e che ad esso dovrebbe necessariamente mancare, in base a questo fondamento, il carattere delle norme giuridiche<sup>18</sup>. Ci si chiede però se questo fondamento sia convincente, particolarmente laddove si caratterizzi la legge di bilancio solo come un “preventivo”<sup>19</sup>. Ma anche se si volesse del tutto ammettere il carattere giuridico per le singole poste contabili, rimarrebbe pur sempre ed ancora il più importante aspetto giuridico del bilancio, ossia una disposizione al Governo intesa ad effettuare spese per determinati scopi e l’autorizzazione ad esso a riscuotere determinate entrate. Inoltre, lo stesso carattere delle poste contabili non è affatto approssimativo: la fissazione definitiva, quale può aver luogo – evidentemente – dopo il decorso dell’esercizio finanziario, consiste nel conto annuale generale sulla base del quale viene concesso il discarico di responsabilità.

I punti di vista teorici a partire dai quali si è tentato di costruire una differenziazione giuridica tra la legge di bilancio e le altre leggi sono pertanto insostenibili. Inoltre, quelle teorie non

---

<sup>17</sup> Quando Gerber 157<sup>1</sup> (altrettanto anche Laband, *Str.*, III, 2, 233, *BR.* 632 ss. [*trad. it. cit.*]) rinvia al riguardo alle leggi sull’accensione di prestiti dello Stato ed osserva che questa accensione rimane, nonostante la ‘legge’, pur sempre un atto amministrativo, occorre per contro ricordare che l’accensione di prestiti non ha luogo affatto con legge, ma sulla base di una legge (v. anche v. Martitz, 231 ss.). Il fatto che la compartecipazione dei ceti nell’approvazione della legge di bilancio non sia altro che la “constatazione del riconoscimento da parte dei ceti dell’impostazione del Governo” non è giusto sul piano positivo; la compartecipazione dei ceti alla legge di bilancio non si differenzia in nulla dalla compartecipazione alle altre leggi. Similmente a Gerber anche Fricker: “se il bilancio deve mantenere la propria natura, se deve rimanere una norma data (!) da sé stessa dall’amministrazione, la compartecipazione dei ceti acquisisce un significato tutto diverso. Esso non può consistere in nient’altro se non nel giudizio sulla giustizia e sull’opportunità del programma del governo, in breve, in un controllo preventivo”. Schulze parla di un “consenso constatato tra governo e rappresentanza popolare” nella forma di legge.

<sup>18</sup> Gerber, 157; Fricker, 643 ss., 670; Gneist, *G.u.B.*, 163 [*trad. it. cit.*]; G. Meyer in *Grünbut*, VIII, 47.

<sup>19</sup> Cfr. V. Martitz, *op. cit.* [*trad. it. cit.*], inoltre molto appropriatamente Hänel, *Stud.*, II, 266 s. [*trad. it. cit.*], anche Jellinek, *G.u.B.*, 286 [*trad. it. cit.*].

hanno avuto alcun influsso sulla prassi del diritto del bilancio tedesco e, piuttosto, la prassi ha sempre mantenuto fermo il carattere giuridico della legge di bilancio come di un'effettiva legge materiale e ne ha tratto le conseguenze sul piano del diritto<sup>20</sup>.

Il bilancio è pertanto legge, come dice la costituzione, e presenta tutti gli effetti della legge. Tutte le entrate e tutte le spese dell'impero, in base alla costituzione, debbono essere riportate in questa legge ed in effetti la legge deve essere fissata prima dell'inizio dell'anno per il quale essa contiene il programma finanziario. La durata della legge è, secondo costituzione, quella di un anno; decorso questo anno, la legge è *ipso iure* inefficace per decorso dei termini<sup>21</sup>; decorsa la durata della validità, secondo costituzione, la legge precedente continua ad esprimere sì i propri effetti, nella misura in cui viene attuata, ma nuove prescrizioni di qualsivoglia forma non possono però essere adottate sulla base di una legge priva di effetti per decorso dell'ultimo giorno dell'anno finanziario<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> V. Martitz, 214 [trad. it. cit.]; "alla dottrina sostenuta da un'apparente *communis opinio* i governi tedeschi e tra di essi soprattutto quello prussiano, non hanno pensato di dare neanche più lontanamente possibile un seguito pratico, in un qualsivoglia modo". "Gli sviluppi del diritto finanziario tedesco, all'interno del quale noi ci ritroviamo a partire dal 1866, il dogma della 'legge di bilancio come puro atto amministrativo' non solo non la hanno rafforzata, ma, al contrario, stanno per distanziarsene ulteriormente anno per anno. Tali sviluppi hanno imboccato l'ovvia direzione nel senso di porre al di là di ogni dubbio, sul programma legislativo, la natura di legge materiale del bilancio dello Stato. A questo livello delle cose v. Martitz è autorizzato ad esprimere un giudizio nel senso che permane l'«estraniante impressione secondo cui la teoria del diritto pubblico tedesco, in questo come in alcuni altri punti, continua a disegnare silenziosamente i propri cerchi come all'interno di una autosufficienza soddisfatta, mentre la legge ne ride". Del tutto in accordo con il risultato ora anche Hänel, *Stud.*, II, 326 ss. [trad. it. cit.]. In base al diritto bavarese, tuttavia, il bilancio non è una legge, ma un piano finanziario, che le camere devono solo "verificare" (carta costituzionale, Tit. VII, § 4). Cfr. anche Zorn in *Hirths Ann.*, 1889, 370 ss.

<sup>21</sup> V. Rönne, II, 1, 148, 170; Laband, *Str.*, III, 2, 345 [trad. it. cit.].

<sup>22</sup> La composizione del bilancio in due leggi separate per i due anni successivi in un'unica sessione del *Reichstag*, secondo Laband, II, 990 [trad. it. cit.] non è in contraddizione con la lettera della costituzione; ma una tale composizione certamente contraddice la volontà del legislatore nella relativa approvazione. Questo lo ammette anche Laband stesso. Interessanti dibattiti al riguardo nel *Reichstag* dicembre 1882; la richiesta del governo che fossero fissati unitariamente per legge i due bilanci del 1883/4 e 1884/5 non era conforme a costituzione, *ergo* era contro la costituzione. Ben ci si era raccomandati con urgenza, però, con il *Reichstag*, di prendere in discussione il progetto di bilancio presentato per il 1884/5, in base alla richiesta di Kardorff, ai fini della verifica della questione tecnica se fossero di ostacolo ad un periodo biennale di bilancio preoccupazioni di carattere materiale.

Essendo il bilancio una legge, valgono per esso tutte le prescrizioni in ordine all'approvazione delle leggi dell'impero, in particolare anche il veto prussiano in essere in costituzione, art. 5, comma 4, sulle questioni doganali, fiscali e militari, così come le prescrizioni dell'art. 78, comma 1, in ordine alle modifiche della costituzione e dell'art. 78, comma 2, sui diritti di eccezione<sup>23</sup>.

3. Da questa natura giuridica della legge di bilancio consegue che con essa possono essere modificate con effetti giuridici determinazioni di leggi precedenti<sup>24</sup>. Ogni legge può essere integrata, modificata, soppressa con una nuova legge; il fatto che la legge precedente, senza che ad essa risulti attribuito nuovamente un limite temporale alla sua validità, risulti essere stata emanata solo per un determinato lasso temporale, non cambia nulla riguardo rispetto al principio generale: *lex posterior derogat priori*.

4. Dalla natura giuridica del bilancio segue poi che con esso possono essere emanate tutte le disposizioni che possono o debbono essere approvate *tout court* nella forma di legge e [tutto ciò] che, quindi, in particolare, può essere "organizzato" con il bilancio<sup>25</sup>. Per quanto possa essere inopportuno ritrovare istituti organici con una legge fissata solo per il periodo di un anno, a tali istituti creati con il bilancio non manca nulla dal punto di vista della forza giuridica<sup>26</sup>.

5. Secondo costituzione, tutte le entrate e tutte le spese debbono essere riportate nella legge di bilancio unitaria da approvare annualmente<sup>27</sup>. Il bilancio consiste pertanto delle due grandi rubriche delle spese e delle entrate.

<sup>23</sup> Cfr. *supra* §§ 5, 15, inoltre Laband in *Hirths Ann.*, 1873, 526, 527 [trad. it. cit.], *StR.*, II, 986 ss. [trad. it. cit.]; v. Rönne, II, 1, 146.

<sup>24</sup> Tra gli altri Fricker, 645 s., 648: "Il bilancio deve riconoscere ogni legge che non sia priva di validità in base ad altre ragioni". Parimenti Gneist, *G.u.B.*, 100 [trad. it. cit.]; inoltre, Laband, *BR*, 644 [trad. it. cit.]; per contro Hänel, *Stud.*, II, 309 [trad. it. cit.].

<sup>25</sup> Tra gli altri Fricker, 645 ss.; Arndt, *BR*, 156 ss. Ciò che Gneist, *G.u.B.* [trad. it. cit.], in riferimento al diritto belga-francese, annota per contro, è certo politicamente molto giusto, ma [non ha] alcun fondamento giuridico, v. anche Laband, I, 345<sup>3</sup> [trad. it. cit.].

<sup>26</sup> Così molte istituzioni del diritto pubblico dell'impero si basano solo sulla legge di bilancio, per es. il ministero della giustizia, il ministero per gli esteri, il ministero per l'interno.

<sup>27</sup> Con ciò non sono tuttavia esclusi i c.d. bilanci suppletivi ed essi si verificano nella prassi molto di frequente per punti specifici. Cfr. Laband in *Hirths Ann.*, 1873, 528 [trad. it. cit.]; v. Rönne, II, 1, 147.

Ci si chiede ora: quale significato giuridico hanno queste due disposizioni di bilancio? A questa domanda si può rispondere solo così:

a) le poste di spesa accolte nella legge di bilancio, suddivise secondo le branche dell'amministrazione dello Stato, contengono l'autorizzazione per legge al governo ad utilizzare determinate somme per determinati scopi ed al contempo l'obbligo per legge di usare queste somme per i relativi scopi<sup>28</sup>.

b) le entrate incardinate nella legge di bilancio hanno lo stesso carattere giuridico. Con la legge di bilancio il governo viene autorizzato ed obbligato a riscuotere queste entrate<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Hänel, *Stud.*, II, 317 [trad. it. cit.]: "proprio con la legge di bilancio l'amministrazione finanziaria riceve il diritto ad utilizzare, a spendere, a disporre delle entrate di cui al bilancio, ma anche il dovere di metterle a disposizione per gli scopi dell'utilizzo". Per i fondi "trasferibili" v. p. 320 [trad. it. cit.]. Cfr. anche Seidler, *Budget*, 139 [trad. it. cit.]. Nella legge finanziaria bavarese si trova, a partire dal 1850, come stereotipo, il principio: "i bilanci sono di regola non superabili. Ogni ministro dello Stato è responsabile del fatto che le somme fissate per il proprio giro di affari vengano utilizzate per gli scopi determinati", e questi principi sono riconosciuti anche nella legge sull'alta Camera dei conti del 27 marzo 1872 (legge dello Stato 278) elevata a legge dell'impero con la legge dell'11 febbraio 1875, par. § 18, n. 2, 19; ulteriori materiali in Hänel, *Stud.*, II, 320 [trad. it. cit.]. Giustamente v. Rönne, II, 1, 71. Laband, II, 1005, costruisce l'esorbitante principio: "dal punto di vista del diritto pubblico, tutte le appostazioni di spesa dello Stato appaiono solo come autorizzazioni al governo ad effettuarle, sicché la loro mancata realizzazione, ovvero il relativo risparmio, non costituisce titolo per una responsabilità giuridica né necessita di un'autorizzazione del *Reichstag*". Quindi, dal punto di vista del diritto pubblico, il Governo può fare del bilancio della spesa ciò che vuole! (v. Hänel, *Stud.*, II, 323 [trad. it. cit.]). D'accordo con il testo ora Hänel, *Stud.*, II, 310 ss. [trad. it. cit.], in lotta, penetrante e giusta, contro la teoria labandiana: "la concezione del bilancio, di questo piano finanziario dello Stato come di un conto ovvero di un calcolo, come di una relazione tra fatti e non come un atto di volontà tale da servire da guida per una serie di atti di volontà e in larga parte determinato, significa capovolgere un fatto chiaro e trasparente". Sulla stessa posizione in riferimento al bilancio delle spese – diversamente che per il bilancio delle entrate – si trova Arndt in *Arch. f. öff. R.*, III, 558 ss. ed egli fornisce al riguardo una base essenzialmente politica che egli sviluppa a partire dalla storia della nascita della costituzione prussiana. Ciò che per contro Laband obietta sul piano politico, il che è corretto a mio avviso, non era la concezione intorno a ciò che risulta fissato dalla costituzione; su questo Arndt ha ragione, a mio parere.

<sup>29</sup> Altrettanto Hänel, *Stud.*, II, 320 ss. [trad. it. cit.]; Laband, *Diritto pubblico*, III, 2, 374<sup>2</sup>, altrettanto 2 ed., 1017<sup>2</sup> [trad. it. cit.] chiede cosa si debba pensare per es. se una legge di bilancio non viene approvata, al 1° aprile tutte le merci entrano senza dazi? Al riguardo, occorre solo ribadire che, nel caso in cui le conseguenze giuridiche portino ad un'assurdità, è ammesso far fronte a quest'assurdità con un'idea autenticamente razionale, come fa Laband. La conseguenza giuridica però, fornita nel testo, è



6. Se tutte le entrate e tutte le spese debbono essere riportate in bilancio<sup>30</sup> e questo bilancio è quello che vale per la durata di un anno, come prescrive la costituzione, ne consegue, con logica necessità, che nello Stato non ci sono affatto entrate e spese permanenti dal punto di vista giuridico. Tutte le leggi che dischiudono allo Stato fonti di entrata stabili e tutte le leggi che impongono allo Stato obblighi di spesa permanenti, sono condizionate, nella loro esistenza giuridica, in base alla costituzione, alla legge di attuazione da emanare annualmente, legge che consiste nel bilancio<sup>31</sup>. Tutti i diritti dello Stato in merito alle entrate e tutti i doveri dello Stato in

---

giusta; perché 1. tutte le entrate debbono essere riportate in bilancio, 2. il bilancio vale solo per un anno, 3. se dopo il decorso dell'anno, non viene approvato il nuovo bilancio, giuridicamente non esistono entrate. Se ciò è assurdo, non è colpa mia, bensì del legislatore, per nascondere la qual cosa a mio avviso non c'è la minima possibilità. Molto appropriatamente Laband, *BR*, 621 ss. [*trad. it. cit.*] si esprime, inoltre, nello stesso senso in ordine al rapporto tra giurisdizione e politica. Molto giuste sono anche le osservazioni di Laband, *Diritto pubblico*, II, 1044 s. [*trad. it. cit.*].

<sup>30</sup> Questo “debbono” Jellinek, *G.u.B.*, 289 [*trad. it. cit.*] lo riferisce ad un dovere giuridico della rappresentanza popolare nel senso di autorizzare entrate e spese! V. al riguardo Zorn in *Hirths Ann.*, 371 s.

<sup>31</sup> Queste deduzioni anche Hänel, *Stud.*, II, 327 [*trad. it. cit.*] le respinge categoricamente. Ma quando dice: “le singole entrate e le singole spese contengono una nuova qualificazione specificamente giuridica per il fatto di essere fatte dipendere anche dal punto di vista giuridico dall'intero programma finanziario di cui alla legge” ed inoltre: le leggi speciali “contengono un completamento che condiziona e limita la loro effettività giuridica; le entrate e le spese che si basano su di esse possono essere solo attuate e rese efficaci, le loro autorizzazioni ed i loro precetti divengono attuabili solo sulla base della legge di bilancio che riordina le relative determinazioni all'interno di un piano complessivo e che in tal modo le completa”, e infine p. 330: “queste altre leggi debbono ricevere quelle modificazioni e quelle interpretazioni che attribuiscono, nella pienezza del loro testo letterale, forza ed effetto giuridico alla legge di bilancio nella generalità delle sue determinazioni e con ciò all'art. 69 della costituzione dell'impero” – non riesco a trovare più una differenza rispetto al modo di vedere sul piano giuridico precisato nel testo.

Secondo Jellinek, *G.u.B.*, 292, 298 [*trad. it. cit.*], il bilancio è sì una “condizione giuridica”, ma non una “procura” alla gestione della finanza dello Stato; questo è un gioco di parole, così Zorn in *Hirths. Ann.*, 1889, 372.

I principi dei testi coincidono del tutto con la concezione giuridica di Bismarck nel grande conflitto costituzionale prussiano v. Sybel, *Gründung d. Deutschen Reiches*, II, 442 ss.

La costituzione francese del 3 settembre 1791 almeno determinava nel titolo IV, art. 2: “*sous aucune prétexte les fonds nécessaires à l'acquittement de la dette nationale et au paiement de la liste civile ne pourront être ni refusés ni suspendus*”, v. Jellinek, *G.u.B.*, 28, 78<sup>14</sup> [*trad. it. cit.*].

merito alle spese esistono, secondo il nostro diritto costituzionale positivo, solo per un anno<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Ciò è detto espressamente nella carta costituzionale belga art. 111: “*Les impôts au profit de l'état sont votés annuellement. Les lois qui les établissent n'ont de force que pour un an, si elles ne sont renouvelées*”. Cfr. Pözl, *Bayr. VR*, 533 ss.: “La riscossione delle imposte senza una precedente autorizzazione ovvero al di là dell'autorizzazione, è incostituzionale”. La natura delle esigenze non è mai motivo per poter autorizzare il governo a riscuotere imposte non autorizzate”. Altrettanto pag. 535 in riferimento alle spese.

Tutti gli altri scrittori sono per contro di altro parere e rinviano nel modo più approfondito possibile alla conseguenza giuridica delineata nel testo. Laband, *Budgetrecht*, 644 ss. [*trad. it. cit.*]: “la fissazione del bilancio deve avvenire secondo il diritto vigente e in questo la rappresentanza popolare è altrettanto vincolata quanto il Governo. Nella misura in cui esistono leggi in vigore, che determinano direttamente o indirettamente una qualche entrata o spesa, per quanto riguarda la fissazione del bilancio ed ai fini della libera decisione volontaria risulta tracciato un limite il cui rispetto costituisce un dovere di diritto pubblico tanto per il Governo quanto per il *Landtag*”. “Le entrate si basano tutte insieme su leggi oppure su istituti dello Stato basati su leggi e non sta nel potere autorizzatorio del *Landtag* modificare ovvero cancellare queste leggi o questi istituti”. “L'annullamento dal bilancio di un'imposta in essere per legge da parte del *Landtag* senza l'assenso del governo sarebbe una violazione del diritto, un atto privo di effetti dal punto di vista del diritto pubblico”. “Il *Landtag* può direttamente annullare il diritto esistente e gli istituti dello Stato in essere per legge mediante una decisione unilaterale senza l'assenso della corona nella stessa scarsa misura in cui può fare questo indirettamente rifiutando le spese necessarie per la loro attuazione”. Altrettanto *Diritto pubblico*, 1 ed. III, 340 ss., 370 [*trad. it. cit.*].

Fricker, 647: “se il senso della compartecipazione dei ceti alla discussione sul bilancio fosse che nessuna spesa ovvero nessuna entrata è ammissibile senza l'assenso dei ceti da consultare per il bilancio, tutte le leggi, nella misura in cui esse comportino entrate o spese, sarebbero così solo leggi provvisorie dal punto di vista del fatto di pervenire ad un'effettiva esistenza ed ad un'oggettiva attuazione, ed inoltre necessiterebbero dell'accoglimento in bilancio ed anzi manterrebbero vita e validità solo per la durata di un periodo finanziario. Nessuno dubita del fatto che una tale affermazione potrebbe essere costruita solo con il totale disconoscimento del rapporto tra legislazione e bilancio”. Cfr. anche p. 633, dove viene detto che ciò che il bilancio contiene rispetto alle imposte costituirebbe solo un “esercizio contabile” e potrebbe rendere dunque impossibile il contenuto del diritto e diritto sarebbero solo le leggi tributarie permanenti. Secondo Schulze in *Grünbut*, 195: il bilancio è destinato ad “intervenire solo sulle basi giuridiche materiali già disponibili, su cui già trovano fondamento in larghissima parte le entrate e le spese dello Stato”, ed è destinato a rendere “superfluo il fatto di risalire alla base giuridica materiale della singola appostazione”. Similmente Schulze, *DStR*, § 208.

Gneist, *G.u.B.*, 163 [*trad. it. cit.*]: “tutti i rapporti giuridici presupposti in bilancio derivano il loro fondamento non dal bilancio, bensì dalla legislazione generale”. 108: “le leggi che fissano le norme di base permanenti per l'attività dello Stato non possono essere annullate o cambiate con decisioni modificate annualmente dal punto di vista dell'interesse finanziario”.

Altrettanto chiarisce ora Hänel, *Stud.*, II, 299 [*trad. it. cit.*], quelle entrate e

7. Se tutte le entrate e tutte le spese dello Stato si basano solo sulla legge di bilancio da emanare annualmente, con ciò il governo non è giuridicamente autorizzato ad effettuare entrate e spese nel caso non sia stata approvata questa legge<sup>33</sup>.

quelle spese che “per il loro modo ovvero per il loro modo e misura risultano ordinate con legge ovvero trovano fondamento nel mantenimento degli istituti e degli enti che si basano su leggi, oppure risultano necessariamente legate a misure disposte con legge”, in quanto entrate e spese “necessarie dal punto di vista del diritto pubblico” e che non possono “essere rifiutate” “unilateralmente”. Ma a p. 347 egli specifica, del tutto appropriatamente, solo “nei confronti dell’amministrazione finanziaria”: “le spese di ogni ente pubblico più grande costituiscono un dispositivo così fitto ed inestricabile, in cui i dettagli si riportano e si condizionano così tanto l’un con l’altro da risultare non fattibile ed impossibile il tentativo di una suddivisione secondo quelle due categorie – spese necessarie dal punto di vista del diritto pubblico e spese non vincolate giuridicamente – in vista di un andamento ordinato delle funzioni di carattere finanziario e per i bisogni più imperiosi ed indefettibili dell’amministrazione dello Stato. Il tentativo fallirebbe già in ordine alla libera valutazione dei bisogni di penne, inchiostro e carta per gli uffici ancora per gli uffici più previsti dalla legge tra quelli contemplati dalla legge”. Queste frasi esprimono una verità così indiscutibile che bisogna solo meravigliarsi di come Hänel p. 299 abbia potuto però accogliere il concetto giuridico di spese “necessarie dal punto di vista del diritto pubblico” e ricavare da ciò conseguenze giuridiche di valore elevato. Tutta la penetrante critica di Hänel, 347 ss. contro Laband vale del tutto anche contro Hänel, 299. Molto appropriata è qui la critica di Laband, II, 1054 ss. [trad. it. cit.] contro Hänel.

Altrettanto Meyer, *Lehrb.*, § 205, il bilancio “si deve muovere all’interno dei limiti delle leggi”, “le entrate e le spese che esistono per legge” stanno in bilancio solo con un effetto dichiarativo, esse non possono essere rifiutate dal *Landtag*, perché a quest’ultimo non pertiene il diritto di annullare unilateralmente le leggi”. In particolare, tasse ed imposte indirette vengono dichiarate “esistenti per legge”. L’errata conclusione di Meyer si trova in tutti i rappresentanti della dottrina dominante, ora parimenti presso Hänel, *Stud.*, II, 299 [trad. it. cit.], anche in Jellinek, *G.u.B.*, 288 [trad. it. cit.]. “Esistenti per legge” sono, secondo costituzione, persino tutte le entrate e tutte le spese solo annuali. Allora interviene o una nuova fissazione per legge per un anno oppure un *vacuum*. Se il Parlamento rifiuta di riconoscere in bilancio entrate e spese quali risultano da leggi permanenti, esso non asserisce il proprio diritto ad “annullare unilateralmente le leggi in essere”, ma rifiuta solo il proprio assenso alla legge attuativa da emanare *ex novo* ogni anno secondo costituzione [ed] alle leggi speciali contenenti norme permanenti sulle entrate e sulle spese dello Stato.

<sup>33</sup> V. Rönne, *PrSR*, I, § 65, in special modo sui tentativi di rimediare con legge. Un sistema giuridico a proposito dell’assenza del bilancio lo costruisce Laband, II, § 129, in base al principio secondo cui “le spese necessarie sul piano del diritto pubblico” “possono e debbono” essere effettuate dal governo anche senza una legge di bilancio [trad. it. cit.]. V. la critica di questo “principio giuridico” da parte di Hänel, *Stud.*, II, 347 ss., il risultato concorde con il testo p. 351 s. [trad. it. cit.]. Secondo Laband, la differenza tra bilancio approvato e bilancio non approvato è solo quella per cui nel primo caso “il Governo viene scaricato in via anticipata della propria responsabilità”, nell’altro caso “esso continua a gestire sulla propria responsabilità” (p. 1013)

“In ordine alla fissazione del bilancio dello Stato, così attesta il discorso della corona del 5 agosto 1866, non si è verificato un accordo, negli ultimi anni, con la rappresentanza popolare. Le spese dello Stato<sup>34</sup>, quali sono state effettuate in questo periodo, hanno pertanto bisogno di una base legislativa che il bilancio dello Stato, come io riconosco ripetutamente, ottiene solo attraverso la legge da concordare annualmente, in base all'art. 99 della carta costituzionale (= costituzione dell'impero 69), tra il mio governo e le due camere del *Landtag*”.

Solo eccezionalmente “in casi particolari” le spese possono essere autorizzate, in base alla costituzione, per una durata più lunga<sup>35</sup>; in riferimento alle entrate, per contro, la costituzione non conferisce analoga facoltà.

Il *Reichstag*, così come per tutte le leggi, anche per la legge di bilancio è però del tutto libero quanto al relativo consenso ovvero quanto al relativo rifiuto. Non ci sono né entrate né spese che debbano giuridicamente essere autorizzate dal parlamento<sup>36</sup>.

A buon diritto si è chiamata questa situazione di diritto pubblico come una consuetudine (*Abonnement*) annuale alla pubblicazione. La situazione può essere definita, senza preoccupazione alcuna, del tutto come assurda. Ma quest'assurdità<sup>37</sup> non autorizza a mettere da parte il diritto positivo con costruzioni giuridiche artifi-

---

[*trad. it. cit.*]; in riferimento alle spese in essere nel loro importo e necessarie sul piano del diritto pubblico, “l'accoglimento nella legge di bilancio non ha alcun significato autonomo”, quindi neanche “la mancanza di accoglimento ha significato” (1015), altrettanto in riferimento alle entrate che si basano su leggi permanenti (1017). Per contro, in conformità con il testo Jellinek, *G.u.B.*, 308 [*trad. it. cit.*]. Il testo della legge prussiana di sanatoria del 14 settembre 1866 in Hänel, *Stud.*, II, 269 ss [*trad. it. cit.*]. Cfr. anche Rönne, *PrStR.*, I, 622 ss.

<sup>34</sup> Delle entrate il discorso della Corona non parla a causa degli artt. 100 e 109 della carta costituzionale prussiana, la costituzione dell'impero non contiene questi articoli; per il diritto dell'impero, quindi, la situazione giuridica in riferimento alle entrate è assolutamente, al di là di ogni dubbio, la stessa che in riferimento alle spese; le relative controversie di diritto pubblico prussiano non hanno posto nel diritto pubblico dell'impero.

<sup>35</sup> V. Rönne, II, 1, 147; Laband, II, 988 [*trad. it. cit.*].

<sup>36</sup> Tra gli altri anche Hänel, *Stud.*, II, 299 [*trad. it. cit.*], il quale, come principio della costituzione, dichiara la “necessità di approvare la legge di bilancio”.

<sup>37</sup> Lo stesso giudizio sull'art. 69 della costituzione dell'impero in v. Martitz, *Betrachtungen über die norddeutsche Bundesverfassung* (1867), 101, mentre, nel nuovo saggio prima ripetutamente citato, l'autore si trattiene da un giudizio e mostra di ritenere la presente situazione come dotata di fondamento.

ciose, se esso poggia sulla chiara lettera della costituzione, ma consente solo di rappresentare un forte ammonimento affinché venga spianata la strada per un sano sviluppo del diritto finanziario prussiano-tedesco attraverso una chiara riscoperta del contenuto giuridico delle prescrizioni costituzionali interessate e delle relative conseguenze<sup>38</sup>.

<sup>38</sup> La dottrina dominante respinge con grande veemenza i principi sostenuti nel testo come diritto vigente. Fricker 677: “del tutto inammissibile appare un veto in riferimento alle entrate inclusive delle imposte ed alle spese *in toto*; certo, con l’esistenza dello Stato sono inevitabili anche spese dalle forme variegiate nella stessa misura in cui anche il riferimento ad entrate eventualmente da imposte rappresenta una necessità indefettibile. Su questa base deve essere comunque ammessa, dunque, la differenza tra una legge vera e propria e una legge di carattere finanziario, nel senso che quest’ultima non può essere totalmente respinta *tout court* o per alcuni punti.” 679: “in riferimento tanto alle entrate che alle spese un veto bilaterale del governo e dei ceti, per analogia al veto legislativo, porta ad una situazione irrisolvibile sul piano giuridico”. Gneist, *G.u.B.*, 183 ss. [trad. *it. cit.*]: “il diritto ad un rifiuto di tutto il bilancio (rifiuto totale delle imposte), che nella teoria del bilancio francese e belga deve conseguire al principio della sovranità popolare, non è possibile costruirlo in base ai principi tedeschi sullo Stato”. Un tale atto sarebbe secondo Gneist un *actus inanis*. Parimenti G. Meyer in *Grünbut*, VIII, 49. Hänel, *Stud.*, II, 300 s. [trad. *it. cit.*]: “Il rifiuto del bilancio *in toto* e *tout court* o è un atto rivoluzionario o è un colpo di Stato” (differenza?).

Più scrittori tentano di smontare le punte della controversia differenziando tra spese necessarie e spese utili e dichiarando il parlamento obbligato ad autorizzare le prime, così Pözl, Mohl, Gerber, Schulze, Jellinek, G. Meyer, similmente anche Gneist (sulla contraddizione interna in Hänel v. sopra n. 32). Ma questa teoria naufraga su due fondamenti: 1. sull’impossibilità di tracciare il confine tra spese utili e necessarie, 2. sull’impossibilità di trasformare il libero diritto della rappresentanza popolare in un obbligo cui essa debba adempiere. Un tale dovere può essere pensato solo sul piano morale, non sul piano giuridico. Anche Schulze ammette (*DStR.* 201): “giuridicamente è impossibile ordinare il consenso a più fattori [della legislazione - *n.d.C.*] che hanno la loro autonoma volontà”. Cfr. tuttavia anche *Id.*, 589. E Gneist, *G.u.B.*, 161 (cfr. anche 112) [trad. *it. cit.*]: “non può esistere nessuna prescrizione su ciò che debbono fare le rappresentanze popolari”. La vecchia Confederazione tedesca emanò, il 18 giugno 1832, una decisione in forza della quale i ceti del *Land* non dovevano poter rifiutare in nessuna circostanza “i mezzi necessari per l’attuazione di uno dei doveri della confederazione e del governo in coerenza con la costituzione del *Land*” (Gneist, *G.u.B.*, 161 [trad. *it. cit.*]). Altrettanto nella carta costituzionale della Sassonia § 97, al riguardo leggi del 5 maggio 1851 e del 27 novembre del 1860, è statuito un obbligo di diritto positivo delle Camere. Dove però ciò non è espresso con la legislazione, la scienza non può interpretare questo obbligo giuridico come interno alla costituzione. Cfr. Fricker 652, 657; Laband, *BR*, 643 ss., 656 ss. [trad. *it. cit.*], inoltre in *Hirths Ann.*, 532 ss. “le spese che sono necessarie per l’attuazione ed il mantenimento delle leggi e delle istituzioni esistenti, non possono essere rifiutate” [trad. *it. cit.*]. Altrettanto ora *Diritto pubblico*, II, 993 ss., 1006 [trad. *it. cit.*]. Per questo Laband si richiama in special modo alla costituzione dell’impero, art. 62, comma 4, cui però il legislatore difficilmente voleva veder attribuito il senso postulato da Laband. Conformemente a ciò, viene fatta

Dice Gneist<sup>39</sup>, “in questa situazione vi sono una catena di contraddizioni ed il germe di conflitti che ritornano e che pesano sulla moderazione da parte entrambe le sponde. Alla rappresentanza popolare è attribuita, letteralmente, l'autorizzazione a rifiutare le spese che essa deve giuridicamente autorizzare, e persino a portare alla paralisi ogni amministrazione dello Stato rifiutando tutti i mezzi necessari ai fini della gestione degli affari. D'altro canto, le Camere non sono in grado di privare il governo delle entrate dello Stato<sup>40</sup> ed al contempo sono assenti ogni giurisdizione sulla legittimità delle imposte nonché una responsabilità ministeriale da rendere effettivamente valevole. Le contraddizioni sono venute fuori solo con l'inserimento, a partire dalla costituzione belga, di singoli principi incongrui, che, costruiti sull'idea della sovranità popolare<sup>41</sup> e determinati come capitolazione elettorale a favore di una dinastia insediata *ex novo*, non possono essere conciliati con i principi giuridici dello Stato di diritto”.

È evidente che il Governo porterà avanti l'amministrazione dello Stato anche se non è stata approvata una legge di bilancio. Il fondamento costituzionale fa a meno, senza alcun dubbio, di una

---

allora la differenza tra spese discrezionali e spese necessarie e viene consentito al parlamento solo il rifiuto delle prime. In riferimento alle entrate, Laband dice: “per quanto riguarda le entrate dell'impero, la costituzione non parla di una loro autorizzazione da parte del *Reichstag* o della legge di bilancio. Le entrate dell'impero si basano piuttosto su titoli legislativi permanenti tali da non necessitare di una autorizzazione annuale” [trad. *it. cit.*]. Schulze, *DStR.*, 592, trova la differenza tra un governo con o senza la legge di bilancio solo nel fatto che, nel secondo caso, “il governo si trova davanti all'onere della prova nel momento in cui è costretto ad esporre alla rappresentanza popolare il fatto che ogni singola spesa deve essere prevista per legge (ma la ‘legge’ richiesta dalla costituzione non c'è!) e la relativa necessità”. Anche v. Rönne, II, 1, 173 e *Pr.StR*, I, 602 ss. si muove in discussioni come: “sul piano del diritto pubblico, tuttavia, il *Bundesrat* così come il *Reichstag* sono vincolati ad autorizzare le spese che si basano sulla costituzione dell'impero e su obblighi di legge, come quelle da riconoscere come necessarie e un diritto puramente discrezionale al rifiuto non trova terreno alcuno nella costituzione dell'impero”. Discussioni di tal fatta sono solo di natura morale e mancano del tutto di fondamento giuridico. Quando v. Rönne diventa timoroso davanti alle conseguenze dell'art. 69, egli può riconoscere solo l'assurdità del principio che sta in quell'articolo – chiamare “situazione di necessità” una gestione senza legge di bilancio: H. Schulze, Brie, Jellinek, contro cui Laband, II, 1040 si rivolge con energia [trad. *it. cit.*]. La differenza tra il bilancio “secondo costituzione”, che potrebbe mancare, e il bilancio “contabile”, che non potrebbe mancare – Jellinek, *G.u.B.*, 292, 303 [trad. *it. cit.*] – è solo un gioco di parole ai fini della riflessione di carattere giuridico.

<sup>39</sup> In v. *Holtzendorfs RVer.*, 1, 431.

tale condizione<sup>42</sup>: i ministri, ovvero il cancelliere, sono costretti al riguardo a portare la responsabilità di diritto pubblico, secondo costituzione e secondo legge, e una responsabilità di diritto civile, per contro, per le spese effettuate senza legge di bilancio, non può essere sostenuta per assenza di una disposizione che dia positivamente fondamento a ciò<sup>43</sup>.

8. Se perciò tutte le entrate e tutte le spese dello Stato hanno bisogno, per costituzione, di una base legislativa, le entrate che non siano previste nella legge di bilancio sono in sé incostituzionali e non possono essere realizzate. Parimenti, lo Stato naturalmente non si lascerà sfuggire tali entrate<sup>44</sup>. La stessa situazione si può determinare in riferimento alle spese. In sé lo Stato è solo autorizzato a realizzare le spese che il bilancio ad esso autorizza; parimenti, anche

<sup>40</sup> V. *contra supra*, 455<sup>34</sup>: la situazione giuridica delle entrate è, in base alla costituzione, identica a quella delle spese.

<sup>41</sup> V. su questi influssi politici nella nascita della costituzione prussiana le elaborazioni di Arndt in *Arch. f. öff. R.*, III, 533 ss., anche Seidler 231 ss. [*trad. it. cit.*], Gierke in *Smollers Jahrb.*, VII, 1150 ss. Laband, II, 1048 s. [*trad. it. cit.*] crede che io sarei colpevole della prova del fatto “che la *lex annua* franco-belga sia realmente diritto recepito” e che io costruirei ciò come un “assioma che non necessita di alcuna dimostrazione” e che questa sarebbe “la cosa più mirabile in tutta la deduzione”; egli chiama la mia rappresentazione come “una manifestazione semplicemente spaventosa”. Hänel, *Stud.*, II, 292 [*trad. it. cit.*] parla nella stessa direzione di “una caricatura tendenziosa del diritto del bilancio franco-belga quale è stata architettata per durezza” e non apprezza quindi con nessuna parola la mia rappresentazione con cui, nelle questioni principali, coincide del tutto, sul piano giuridico, quella fornita ora da Hänel. Devo per contro solo mettere in luce che la prova ai fini della coincidenza dei fondamenti primi del diritto del bilancio franco-belga con quello prussiano-tedesco ho tentato di riportarla nel testo e mi ritengo quasi autorizzato a sostenere la “notorietà” per questi influssi franco-belgi. Mettere in luce i pericoli di questa situazione del diritto lo considero un diritto della scienza quale trova fondamento nella storia universale; se Hänel è al riguardo di altra opinione, ciò non dà il diritto di parlare di una “caricatura tendenziosa” quale sarebbe stata elaborata.

<sup>42</sup> Giustamente v. Rönne, II, 1 § 90; Zachariä, *Gött. Gel. Anz.*, 1871, 380 ss. L'esempio del mandato spirato del *Reichstag*, che Laband per contro adduce in *Hirths* 548<sup>5</sup> [*trad. it. cit.*], non funziona, perché da nessuna parte è scritto che debba essere coperta l'intera durata dei mandati al *Reichstag* perché il *Reichstag* possa esercitare le proprie funzioni, mentre la costituzione afferma chiaramente che le entrate e le spese debbono essere riportate in bilancio.

<sup>43</sup> Solo Rönne, II, 1, 183<sup>4</sup> La presume, imbarazzato per l'influenza delle teorie di cui all'epoca del conflitto. Per contro Laband, *Diritto del bilancio*, 698 [*trad. it. cit.*]; Gneist, *G.u.B.*, 101, 171 ss. [*trad. it. cit.*].

<sup>44</sup> Cfr. al riguardo legge dell'impero dell'11 novembre 1871 sul tesoro di guerra dell'impero § 2, che dispone in merito ad entrate di tal genere. V. anche v. Rönne, *PrStR*, I, 617 ss.

qui non si potrà non acconsentire al fatto che lo Stato, a seconda delle circostanze, possa essere posto nella necessità di effettuare spese che non siano previste in bilancio.

La costituzione non prevede norme giuridiche per tali casi. Ma la prassi, anche nell'impero – in collegamento con la carta costituzionale prussiana, art. 104, comma 1 – si è assestata sul fatto che l'amministrazione dello Stato agisce anzitutto sulla base della propria responsabilità e tenta di crearsi la base legislativa necessaria dal punto di vista costituzionale mediante le forme dell'approvazione successiva (non di una legge formale).

Questo modo di procedere (*Herkommen*) ha ottenuto un fondamento legislativo, anche in riferimento alle spese, con la legge prussiana del 27 marzo 1872 § 19 (inoltre § 10 della legge del 25 marzo 1873 sulla proprietà dell'impero). Di conseguenza *a*) tutte le eccedenze di bilancio e *b*) le spese fuori bilancio debbono essere riportate ogni volta l'anno successivo all'approvazione con il bilancio, dopo che si sono determinate<sup>45</sup>. Come eccedenze di bilancio sono da considerare tutte quelle maggiori spese che hanno avuto luogo rispetto al singolo capitolo ed al singolo titolo di bilancio ovvero rispetto ai bilanci speciali, per quanto i singoli titoli non siano espressamente contraddistinti come trasferibili e per essi la maggiore spesa in un titolo [non] sia compensata dalla minore spesa nel relativo, altro titolo<sup>46</sup>. D'altra parte, nella legislazione speciale c'è anche una prescrizione sulle entrate fuori bilancio, la quale può essere generalizzata senza alcuna preoccupazione. Se nella vendita della proprietà dell'impero si verificano maggiori entrate che non sono affatto previste in bilancio ovvero che eccedono gli stanziamenti di bilancio, esse sono da inserire successivamente, per la conseguente autorizzazione al *Bundesrat* ed al *Reichstag*, nel secondo anno successivo all'anno finanziario ed inoltre le entrate sussunte in ogni caso debbono essere inserite nel bilancio successivo, se nulla risulta disposto al riguardo con una decisione comune del *Bundesrat* e del

<sup>45</sup> Schulze in *Grünbut*, II, 194; v. Rönne, II, 1 § 89; *Tüb. Z.*, XXXII, 529; Laband, II, 1000 s., 1026 [*trad. it. cit.*]; Hänel, *Stud.*, II, 339 [*trad. it. cit.*]; Seidler, *Budget*, 139 ss. [*trad. it. cit.*]. Che questa "approvazione" in molti, forse nella gran parte dei casi, si riduca "al riconoscimento delle circostanze" è irrilevante ai fini delle riflessioni formalmente giuridiche. Cfr. anche Laband, II, 1007 ss. sulla gestione dei residui e degli anticipi [*trad. it. cit.*], inoltre Hänel, *Stud.*, II, 320 [*trad. it. cit.*].

<sup>46</sup> Laband III, 2, 357<sup>1</sup> [*trad. it. cit.*]; Hänel, *Stud.*, II, 313 ss. [*trad. it. cit.*].



*Reichstag*<sup>47</sup>. Certo, c'è sempre, in materia, l'eventualità che questo assenso del *Reichstag* non venga concesso. Per quest'eventualità però, tenuto conto dello stato del nostro diritto positivo, manca ogni possibilità di una costruzione giuridica, così come per il rifiuto totale del bilancio con il diniego della legge a ciò necessaria, secondo costituzione. Che un tale atto del *Reichstag* sarebbe inefficace giuridicamente, non è possibile costruirlo sul piano giuridico: il *Reichstag*, in riferimento alle approvazioni ed ai dinieghi, è totalmente libero.

Queste sono le conseguenze giuridiche formali che derivano dai principi del diritto del bilancio prussiano-tedesco con logica necessità. Ma le considerazioni di diritto pubblico devono mettere in luce in tutta la sua estensione il motivo per cui i punti di vista giuridico-formali non sono sufficienti per quanto riguarda queste controverse questioni tra Parlamento e Governo dello Stato; "lo Stato, con i suoi potenti obblighi ed i suoi potenti diritti, è come un gigante che non si lascia avvolgere con fili così deboli"<sup>48</sup>. In ogni caso, il diritto prussiano-tedesco necessita, nel modo più urgente possibile, di sviluppi ulteriori, tali da ridurre i possibili conflitti tra Governo e Parlamento in una misura in virtù della quale l'esistenza dello Stato non venga messa in pericolo in tal modo. "L'enfatica affermazione secondo cui il diritto del bilancio sarebbe la 'pietra miliare e la base di tutti i diritti della rappresentanza popolare, non ha una giustificazione storica" (Gneist)<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Legge del 25 maggio 1873 § 10 s. Cfr. Laband, III, 2, 351 s., 362 ss. in *Hirth*, 539 ss. [*trad. it. cit.*]; Hänel, *Stud.*, II, 316, 337 s. [*trad. it. cit.*].

<sup>48</sup> Gneist, *G.u.B.*, 159 [*trad. it. cit.*]. Questa espressione di Gneist ben appartiene anche alle "frasi" contro cui Laband, *Diritto pubblico*, III, 2, 368<sup>2</sup> [*trad. it. cit.*], si rivolge con G. Meyer. E ben dovrebbe essere valido lo stesso giudizio sulle conclusioni del saggio di Laband in ordine al diritto del bilancio. Cfr. pure Jellinek, *G.u.B.*, 304 [*trad. it. cit.*], sull'"impossibilità della soluzione di un caso di tale tipo secondo le regole del diritto, perché il diritto formale qui cade in contraddizione con le condizioni di esistenza dello Stato", e in particolare Jehring, *Zweck im Recht*, I, 252 ss.; Gierke in *Schmoller Z.*, VII, 53.

<sup>49</sup> Qui sta la differenza fondamentale rispetto alla teoria del bilancio di v. Rönne riportata nel testo. Le conseguenze derivanti dalla carta costituzionale prussiana, art. 99, e dalla costituzione dell'impero, art. 69, non sono "presuntivamente assurde" (v. Rönne, II, 1, 173), ma realmente assurde. Anche Jellinek pensa che solo nei paesi "politicamente non istruiti" (Prussia e Danimarca!) ci sarebbe da avere paura dei conflitti relativi a questo diritto del bilancio.

9. Una riforma del diritto del bilancio tedesco-prussiano dovrebbe essere perseguita in base ai seguenti punti di vista: 1. Allungamento del periodo del bilancio<sup>50</sup>; 2. Fissazione per legge delle entrate e delle spese dello Stato distinguendole dalla legge di bilancio<sup>51</sup>; 3. Unificazione delle entrate e delle spese da autorizzare nella

<sup>50</sup> Un periodo di bilancio biennale ce l'hanno la Baviera, la Sassonia, il Baden, triennale il Württemberg e l'Assia. Cfr. G. Meyer, 536<sup>6</sup>, Seidler, *Budget*, 118 ss. [trad. it. cit.]. Il progetto presentato dal Governo al *Reichstag* nel 1881 sul periodo di bilancio biennale fu respinto a gran maggioranza. – Secondo il diritto bavarese, inoltre, il bilancio non è legge, per di più è tale da fissare una gran parte del bilancio delle spese e delle entrate, v. i sopracitati lavori di Seydel, così come Zorn in *Hirths Ann.*, 1889, 367 ss., inoltre Hänel, *Stud.*, II, 242 ss. [trad. it. cit.].

<sup>51</sup> Così il diritto del bilancio inglese, che G. Meyer, *Lehrb.*, 534, così riassume: “al riguardo, fu sempre fissato però il principio per cui le entrate e le spese in essere per legge non sarebbero oggetto di approvazione parlamentare. Solo quelle appostazioni del bilancio inglese che possiedono il carattere delle entrate e delle spese non fisse, pervengono *tout court* alla cognizione del parlamento. Poiché quasi tutte le imposte ed altrettanto i tributi hanno mantenuto la propria regolamentazione per mezzo di leggi particolari, in tal modo l'autorizzazione alle entrate da parte del parlamento si limita, di regola, alle entrate fiscali non fisse e ad alcune imposte indirette”. Gerber propone la fissazione permanente di un *quid* ordinario, “a fianco del quale rimarrebbero solo le modifiche in vista dell'approvazione periodica”. Sul diritto del bilancio inglese in particolare Gneist, *Budget und Gesetz*, 7 ss. [trad. it. cit.], inoltre Jellinek, *G.u.B.*, 130 ss. [trad. it. cit.]: quasi 1/6 di tutte le entrate dello Stato sottostanno all'approvazione annuale (imposte sul reddito e doganali sul tè (*Theezoll*), circa 10,5 milioni, di contro a 60 milioni fissi. Delle spese vengono autorizzate annualmente circa 38 milioni, quasi 30 sono permanenti; v. al riguardo anche Jellinek p.135, per il quale solo 1/7 delle spese sottostà all'autorizzazione annuale [trad. it. cit.]; v. inoltre Seidler, “*Budget*”, 133 ss. [trad. it. cit.] sul bilancio “consolidato” in Inghilterra.

“Il bilancio inglese non contiene una determinazione complessiva sul bilancio dello Stato, ma solo una decisione integrativa sulle entrate e sulle eccedenze del tesoro dello Stato, da un lato, e, dall'altro, una determinazione sulle spese non fisse. Nominalmente sono anche assegnati in conto spese al tesoro dello Stato gli interessi del debito dello Stato, le retribuzioni dei giudici ed altre spese per legge e per *common law* e sono posti come tali da non dipendere da un'autorizzazione' del Parlamento. Quest'apparente smembramento è vincolato al fatto che l'ordinamento legislativo permanente dello Stato deve stare al di sopra dell'ordinamento mutevole anno per anno di cui al bilancio. Le entrate e le spese in essere per legge non devono essere 'autorizzate' dalla camera bassa ancora una volta, in quanto l'effettività delle istituzioni legislative permanenti non è posta in discussione anno per anno dalle decisioni della camera bassa”. In corrispondenza a questa idea di fondo dello ‘Stato di diritto’, la camera bassa assume la propria decisione sul bilancio solo su iniziativa della corona e limita la proposta, la discussione e la decisione al ‘servizio dell'anno’, cioè alla parte non fissa del bilancio dello Stato, con l'esclusione delle entrate e delle spese che esistono *una tantum* per legge. L'unità del programma finanziario viene conservata con l'*exposé* orale del cancelliere dello scacchiere e con la discussione orale in assemblea” (Gneist in v. Holtzendorff, *RLex.*, I, 429). Ciò che Hänel, *Stud.*, II, 299 ss. [trad. it. cit.], approfondisce non è, come egli

legge di bilancio in capitoli più grandi, tali da sottostare alla determinazione della rappresentanza popolare<sup>52</sup>.

Solo sulla base di questi principi si può acquisire un diritto del bilancio coerente con le pressanti esigenze del bene dello Stato. È grande merito di Gneist il fatto di aver avuto riscontri, sul piano parlamentare e giuridico, in ordine ad una giusta conformazione del diritto del bilancio: forse, per quello scrittore sarebbe stato un successo molto più clamoroso se egli si fosse limitato solo a dare un fondamento politico *de lege ferenda* e non avesse fatto un tentativo, insostenibile giuridicamente, di reperire i propri giusti e ritrovati principi di diritto del bilancio nel vigente diritto prussiano e tedesco, in cui essi non sono contenuti ed in cui essi non possono essere inseriti neanche con l'arte giuridica più approfondita<sup>53</sup>.

### III. *La ripartizione formale del bilancio*<sup>54</sup>

La struttura formale del bilancio dell'impero è ordinata in modo tale che lo stesso bilancio è allegato come appendice alla legge che sancisce il bilancio stesso ed inoltre contiene, di regola, determinazioni di diritto finanziario di rango subordinato. Il carattere di legge del bilancio non viene toccato con questa forma; analogamente, anche la tariffa doganale è allegata alla legge come "appendice".

Il bilancio si divide in due grandi gruppi: entrata e spesa, di cui la seconda si scioglie di nuovo in "permanente" ed "*una tantum*"<sup>55</sup>.

---

suppone, diritto positivo, ma una richiesta pressante *de lege ferenda*. Lo stesso vale in riferimento alla "componente" ritenuta "consolidata del bilancio".

<sup>52</sup> Sull'Inghilterra Gneist, *G.u.B.*, 113; Francia 129; Germania 173 [*trad. it. cit.*]; v. anche Seidler 139 ss. 77 [*trad. it. cit.*].

<sup>53</sup> Gneist, *Gesetz u. Budget*, 92 [*trad. it. cit.*], sostiene che nel diritto inglese "i principi decisivi della questione sono identici ai principi qui riportati del diritto del bilancio del *Land* tedesco". In base alle nobili argomentazioni dello stesso Gneist questo, tuttavia, non è corretto: le norme giuridiche prussiano-tedesche – e solo di queste si può ancora trattare! – sono piuttosto – purtroppo! – identiche ai principi del diritto franco-belga. I due principi di fondo su cui si fonda il diritto inglese: 1. carattere perpetuo delle imposte più importanti, 2. carattere perpetuo delle spese per interessi sul debito dello Stato, retribuzioni dei funzionari e pensioni, sono direttamente in contraddizione con la lettera ed il senso delle nostre prescrizioni costituzionali.

<sup>54</sup> Laband, *Diritto pubblico*, II, 990 ss. [*trad. it. cit.*].

<sup>55</sup> Il bilancio per il 1894/95 si chiude con 1.286.536.060 marchi. Lo sviluppo dello Stato confederale a partire dal 1867 lo si può seguire in modo molto istruttivo attraverso le leggi di bilancio.

Le spese sono riportate in XV titoli: *Bundesrat*, *Reichstag*, cancelliere e cancelleria, ufficio esteri, ufficio interni, amministrazione dell'esercito, amministrazione della marina, amministrazione della giustizia, ufficio del tesoro, ufficio delle ferrovie, debito, Corte dei conti, fondo generale per le pensioni, fondo per gli invalidi, sistema delle classi d'età per le retribuzioni dei funzionari<sup>56</sup>. Il bilancio militare<sup>57</sup> è suddiviso in tre colonne, per le tre amministrazioni speciali dell'esercito quali vengono gestite dalla Prussia, dalla Sassonia e dal Württemberg; l'importo che spetta alla Baviera viene ad ogni modo riportato sull'impero, ma figura sul bilancio dell'impero solo come posta provvisoria della particolare posizione della Baviera a questo riguardo (...).

Le entrate sono riportate in XII titoli: imposte doganali e di consumo, tassa sui francobolli, amministrazione delle poste e telegrafi, tipografia, amministrazione delle ferrovie, sistema bancario, entrate diverse dell'amministrazione, dal fondo invalidi, interessi da fondi documentati dell'impero (*belegten Reichsgeldern*), ricavo da alienazione di terreni con fortezze, eccedenze da anni precedenti, contributi matricolari [da parte dei *Länder* per le spese militari - *n.d.C.*], mezzi di copertura straordinari<sup>58</sup>.

Il bilancio delle retribuzioni per il direttorio della banca centrale è un particolare allegato al bilancio generale per la speciale posizione giuridica della banca centrale (...) (...).

---

<sup>56</sup> L'amministrazione delle poste e telegrafi figura nel bilancio delle spese solo tra le "spese *una tantum*". Altrettanto l'amministrazione delle ferrovie. Inoltre, il bilancio delle poste e delle ferrovie è riportato solo per le entrate, il che è totalmente non corretto.

<sup>57</sup> Considerare la questione giuridica del bilancio militare prima del 1874 (costituzione dell'impero, art. 71, comma 2) è ora giuridicamente privo di oggetto. Sul bilancio militare bavarese v. Laband, II, 992 s. [*trad. it. cit.*]; Seydel, *Bayr. StR.*, IV, 457.

<sup>58</sup> La giusta sistemazione delle entrate sarebbe 1. dogane, 2. imposte di consumo, 3. imposte dell'impero, 4. tasse, 5. entrate da negoziazioni, 6. contributi matricolari. Il bilancio per 1. e 2. è concepito correttamente, ma sarebbe da suddividere; nel 3. ricadono le imposte da francobollo, così come le imposte da banconote; nel 4. le entrate da poste e ferrovie, così come una gran parte delle appostazioni riportate tra le "entrate diverse dell'amministrazione" (sportelli giudiziari, diritti consolari, diritti da brevetti); nel 5. la tipografia e la quota dell'impero nella banca centrale; nel 6. sarebbe da riportare espressamente anche il rapporto tra i diritti (*Aversen*) ed i veri e propri contributi matricolari. Un 7. titolo dovrebbe sintetizzare allora le ulteriori entrate da interessi, da vendite etc. All'inizio di ogni bilancio sarebbero da mettere le eccedenze, alla fine le entrate da prestiti.

Ognuna delle due grandi rubriche del bilancio contiene un numero molto rilevante di singole appostazioni contabili. Naturalmente, non si può trattare e votare autonomamente su ogni appostazione contabile della finanza pubblica dell'impero; piuttosto, le singole appostazioni possono essere riassunte in gruppi più grandi. In base a quale punto di vista ciò debba avvenire, non è determinato sul piano positivo. La prassi prussiano-tedesca rende omaggio ad un metodo di specializzazione estremamente ampio. Viene così assicurato, però, un controllo parlamentare il più possibile complessivo, ma ci si chiede se la prassi dominante non richieda con urgenza una semplificazione nell'ottica del risparmio<sup>59</sup>.

## B. IL DISCARICO DI RESPONSABILITÀ<sup>60</sup>

Al bilancio corrisponde il discarico di responsabilità: entrambi, nella loro unitarietà, costituiscono la base formale per la gestione della finanza pubblica dell'impero.

I. La costituzione dispone all'art. 72: "circa l'utilizzo di tutte le entrate dell'impero, al *Bundesrat* ed al *Reichstag* deve essere fornito un conto annuale, da parte del cancelliere". Un'ulteriore prescrizione la costituzione non la contiene<sup>61</sup>. Non viene richiesta, in corrispondenza alla legge di bilancio, una legge di discarico; certo, il discarico deve essere concesso da entrambi i fattori [della legislazione – *n.d.C.*] che prendono parte, sulla base dell'art. 5, alla legi-

<sup>59</sup> Secondo la prassi prussiano-tedesca vengono autorizzate circa venti volte in più singole appostazioni di bilancio che non in Inghilterra: Gneist, *G.u.B.*, 175 [trad. *it. cit.*]; cfr. anche Laband in *Hirth*, 536 [trad. *it. cit.*]. "L'idea di dominare il potere dello Stato mediante il meccanismo finanziario di un tale diritto del bilancio (idea sviluppata nel modo più rozzo possibile nel discorso del deputato Royer-Collard nella 2. Camera francese del 1822) si basa su una concezione così limitata della natura giuridica e morale dello Stato che la libertà civile non può svilupparsi sul suo terreno" (Gneist). Cfr. ancora Laband, *Diritto pubblico*, 684 ss. [trad. *it. cit.*].

<sup>60</sup> G. Meier v. da *Oberrechnungskammer* in *v. Holtzendorff RLex.*, II, 923 ss; Laband in *Hirts Ann.*, 1873, 552-562 [trad. *it. cit.*] e in particolare l'approfondito saggio anonimo in *Z.f.d.ges.Staatswiss.*, vol. XXXII, 479 ss., XXXIII, 23 ss.; Gneist, *G.u.B.*, 182 s [trad. *it. cit.*]; v. Martitz, 216 [trad. *it. cit.*]; v. Rönne, II, 1, §§ 49, 91; G. Meyer § 206; Laband, *Diritto pubblico*, II, 1018 ss. [trad. *it. cit.*], VR. 693 ss. [trad. *it. cit.*]; Hänel, *Stud.*, II, 332 ss. [trad. *it. cit.*]; Hertel, *die preuss. Oberrechnungskammer* (1884).

<sup>61</sup> Analogamente, ma più precisamente, carta costituzionale prussiana art. 104, commi 2 e 3; v. al riguardo v. Rönne, *Pr.StR.*, I, 643 ss.

slazione dell'impero, ma non nella forma unitaria della legge, bensì nella forma di due decisioni singole conformi.

Il discarico dal punto di vista del diritto pubblico viene preparato da un procedimento di controllo, molto specializzato ed ordinato con precisione, sull'intera gestione della finanza pubblica dell'impero, procedimento che deve essere attuato dalla Corte dei conti<sup>62</sup>. Tale ufficio non ha trovato finora un ordinamento definitivo né in riferimento all'organizzazione né per il procedimento. Il progetto presentato dal Governo al *Reichstag* nel 1872 non ha potuto essere elevato a rango di legge<sup>63</sup>. Per la Prussia però, in coerenza con la promessa di cui alla carta costituzionale, art. 106, per queste parti importanti del diritto del bilancio fu acquisita una decisione con la legge del 27 marzo 1872 (G.U. 278), riguardante l'istituto e le competenze dell'alta Camera dei conti<sup>64</sup>. Quest'ultimo ufficio era già prima affidatario anche delle funzioni di una Corte dei conti, dapprima con la legge del 4 luglio 1868 (G.U. 433) per il periodo 1867-1869. Questa legge trasferì all'alta Camera dei conti prussiana, quale Corte dei conti della Confederazione della Germania del nord, il controllo sull'intero bilancio confederale attraverso 1. la verifica e la determinazione dei conti delle entrate e delle spese a valere sui fondi confederali, 2. l'accesso ed il recesso dalla proprietà confederale e 3. l'amministrazione dei debiti confederali<sup>65</sup>. Per il soddisfacimento di questa funzione l'alta Camera dei conti prussiana fu "rafforzata con un aumento, intervenuto in base ad una precisa determinazione del *Bundesrat*, dei suoi componenti secondo

<sup>62</sup> Su di essa Laband, I, 384.

<sup>63</sup> Cfr. al riguardo v. Rönne, II 1, 333; *Tüb. Ztschr.*, XXXII 515 ss.; XXXIII, 22 ss.; Laband, II, 1020 s. [*trad. it. cit.*].

<sup>64</sup> Cfr. Laband, II, 1021<sup>3</sup> [*trad. it. cit.*]. Per il dato storico v. in Schulze in *Grünbuts Z.* II, 177; G. Meier 928. L'alta Camera dei conti risulta fondata da Federico Guglielmo I, decreto imperiale del 16 giugno 1717. La base dell'odierna organizzazione e procedimento è quella dell'istruzione di controllo del 17 dicembre 1824 (Kamptz *Ann.* IX, 2 ss.). Sul significato e sulla necessità di un più alto ufficio di revisione del tutto indipendente dagli uffici dell'amministrazione v. *Tüb. Ztschr.*, XXXII, 490, 504, in particolare 510 ss.: "lo Stato costituzionale si basa sull'idea dell'unità dello Stato e quando in esso si muovono anche forze diverse ed esse agiscono da diversi punti di vista, si tratta così, nuovamente, di un potere in cui esse convergono e questo potere perviene a manifestazione nella legge. Questo potere unitario e questa signoria della legge assolvono al fatto che il governo e la rappresentanza popolare si servono di un ufficio al fine di esercitare i controlli amministrativi e costituzionali". Cfr. anche 535.

<sup>65</sup> Legge del 4 luglio 1868 § 1. Legge prussiana del 27 marzo 1872 § 1.

necessità<sup>66</sup>, e materialmente le prescrizioni prussiane furono dichiarate come determinanti<sup>67</sup>.

La competenza così fissata dell'alta Camera dei conti prussiana in quanto Corte dei conti imperiale fu allora ulteriormente prorogata con leggi speciali emanate ogni anno; queste leggi speciali rinviavano fino al 1875 solo alla legge del 4 luglio 1868. Con la legge dell'11 febbraio 1875 (G.U. 61) fu aggiunto il rinvio a questa appendice: "al posto delle prescrizioni riportate nel § 3 della legge del 4 luglio 1868, subentrano le determinazioni che valgono ai fini dell'effettività dell'alta Camera dei conti in quanto ufficio prussiano di revisione dei conti, in particolare le determinazioni della legge del 27 marzo 1872, concernente l'istituto e le competenze dell'alta Camera dei conti prussiana". Segue in tal modo, a partire dal 1875, la proroga annuale dei diritti dell'alta Camera dei conti prussiana". Già con la legge del 4 luglio 1868 § 5 per la Corte dei conti fu proposta una particolare istruzione del cancelliere da comunicare al *Bundesrat* ed al *Reichstag*, istruzione che fu emanata il 5 marzo 1875 (Gazzetta Ufficiale, 157).

II. La Corte dei conti dell'impero è subordinata al cancelliere, come tutti gli uffici dell'impero; tuttavia, questa subordinazione è puramente formale, materialmente la Corte dei conti dell'impero è totalmente autonoma<sup>68</sup>. Essa si compone di un presidente e di un direttore ed inoltre del necessario numero di consigli di dipartimento ed infine di un gran numero di funzionari di revisione; i membri sono dapprima quelli dell'alta Camera dei conti prussiana; questi vengono nominati dal re di Prussia, ed in effetti il Presidente<sup>69</sup> su proposta del governo, i direttori e i consigli su proposta del Presidente, però in modo tale che padre e figlio, suocero e genero, fratello e sorella non possono essere membri del collegio contemporaneamente<sup>70</sup>. Intervengono poi i membri da ordinare "secondo necessità" per le finalità dell'impero, i quali sono eletti dal

<sup>66</sup> *Ibi*, § 2; cfr. al riguardo sul rafforzamento *Tüb. Ztschr.*, XXXII, 516<sup>2</sup>.

<sup>67</sup> Legge del 4 luglio 1868 § 3.

<sup>68</sup> Legge prussiana del 27 marzo 1872 § 1 e *Tüb. Ztschr.*, XXXII, 511 ss.; al riguardo Laband, I, 384 s.

<sup>69</sup> Sui poteri del Presidente v. l'istruzione della Corte dei conti imperiale 6, 7<sup>1</sup>, 10<sup>2</sup>, 11 fino a 22; del direttore §§ 23 fino a 26; dei consigli §§ 27-33; dei funzionari di revisione §§ 34 fino a 38. Cfr. anche Meier 931 s.

<sup>70</sup> Legge prussiana del 27 marzo 1872, §§ 2, 3.

*Bundesrat* e sono formalmente incardinati dall'imperatore<sup>71</sup>. I membri della Corte dei conti non possono esercitare alcun ufficio collaterale ovvero affari collaterali provvisti di remunerazione, non possono essere neanche membri del *Landtag* prussiano, però lo possono del *Reichstag*<sup>72</sup>. Dal punto di vista disciplinare, valgono per essi le stesse prescrizioni che per i giudici prussiani<sup>73</sup>. I funzionari subordinati vengono nominati dal Presidente, che deve anche esercitare il potere disciplinare sugli stessi; l'ufficio disciplinare che decide su di essi è il *plenum* della Corte dei conti<sup>74</sup>. Nei confronti dei direttori e dei consigli il Presidente può solo emanare ammonimenti. Con il mantenimento del proprio rango, ogni membro della Corte dei conti può essere collocato anche contro la propria volontà in un ufficio giudiziario o in altro ufficio di amministrazione più elevato.

III. I lavori della Corte dei conti trovano svolgimento anzitutto negli uffici di revisione<sup>75</sup>. Al vertice di ognuno di questi uffici sta un consiglio di dipartimento, che è responsabile solo dei lavori dell'ufficio.

In una serie di casi la legge richiede però una discussione collegiale e una decisione; le decisioni vengono assunte con voto a maggioranza con il ballottaggio del presidente; deve intervenire la decisione collegiale<sup>76</sup>:

1. se debbono essere fissate determinazioni rivolte al *Bundesrat* ed al *Reichstag*,

2. se debbono essere elaborati principi generali o debbono essere modificati quelli esistenti,

3. se debbono essere emanate o modificate istruzioni generali,

4. se vengono emanate leggi, ordinanze e disposizioni tali da interessare i procedimenti della Corte dei conti ovvero tali da riguardare il giro di attività di più uffici di revisione, specialmente se debbono essere rilasciati pareri su prescrizioni riguardanti uffici amministrativi di rango più elevato; a questo scopo, tutte le dispo-

<sup>71</sup> Legge del 4 luglio del 1868 § 2.

<sup>72</sup> Il progetto di legge del 1872 escludeva anche ciò. Cfr. *Tüb. Ztschr.*, XXXII, 511. La *ratio legis* è tuttavia la stessa che per il *Reichstag*.

<sup>73</sup> Legge prussiana del 27 marzo del 1872 §§ 4, 5; al riguardo, ora, le modifiche con la legge del 9 aprile 1879 (GU 345) § 8.

<sup>74</sup> *Ivi* § 6.

<sup>75</sup> Istr. § 35. V. dopo IV.

<sup>76</sup> Legge del 27 marzo 1872 § 8. Istr. § 8.



sizioni degli uffici centrali che contengono una prescrizione generale di questo tipo ovvero modificano o interpretano quelle esistenti, debbono essere subito comunicate alla Corte dei conti, così come tutte le decisioni del *Reichstag* in riferimento alla rendicontazione; le prescrizioni generali di altri uffici sull'amministrazione della cassa e sulla contabilità debbono essere proposte alla Corte dei conti già prima dell'emanazione, perché la proposta possa essere resa vigente davanti a considerazioni di avverso avviso<sup>77</sup>.

5. se le differenze di opinione vengono in discussione o tra Corte dei conti ed uffici superiori dell'amministrazione o tra membri della stessa Corte dei conti, cioè se emergono scostamenti nei principi o nel procedimento di un singolo ufficio di revisione,

6. se dubbi sull'attuazione o interpretazione di leggi, prescrizioni etc. necessitano di una conclusione,

7. se altri oggetti vengono rimessi dal presidente o dal direttore ai fini di una deliberazione conclusiva del *plenum*,

8. se da un consiglio di dipartimento viene considerato necessario il contributo o la deliberazione conclusiva del collegio.

Ogni deliberazione con cui viene fissato un principio generale va formulata per iscritto e va comunicata per iscritto a tutti gli uffici di revisione interessati. Il presidente può contestare l'attuazione di decisioni del collegio, ma deve allora portare nel collegio la questione entro 14 giorni dalla prima decisione in vista di una nuova decisione; la decisione successivamente adottata deve essere attuata subito<sup>78</sup>. Le sedute della Corte dei conti dell'impero debbono aver luogo in modo separato rispetto a quelle dell'alta Camera dei conti prussiana<sup>79</sup>.

#### IV. *La competenza della Corte dei conti imperiale è tripla*<sup>80</sup>

A. La giustificazione contabile derivante semplicemente dai calcoli<sup>81</sup>.

Conformemente a ciò, tutti i conti che si riferiscono al bilancio debbono essere sottoposti alla revisione della Corte dei conti del-

<sup>77</sup> Legge prussiana del 27 marzo 1872 § 14<sup>1,2,4</sup>.

<sup>78</sup> Istr. 16.

<sup>79</sup> Istr. § 6.

<sup>80</sup> Per altre funzioni della Corte dei conti v. Laband, I, 358 s.

<sup>81</sup> V. al riguardo Laband, II, 1022 ss. in *Hirth*, 556; E. Meier, *op. cit.*, 931.

l'impero, in particolare i conti degli uffici e degli istituti nel loro complesso, così come degli impianti e delle imprese industriali, concernenti entrate e spese; lo stesso i conti di quelle imprese e fondazioni che debbono essere sovvenzionate dall'impero<sup>82</sup>.

Conti di rango subordinato, "all'interno dei limiti già vigenti", possono essere esentati dalla verifica della Corte dei conti ed essere rimessi solo alla revisione ed al discarico di responsabilità dei competenti uffici amministrativi. Tuttavia, la Corte dei conti deve reclamare, di tanto in tanto, anche tali conti, al fine di controllare l'amministrazione, in base alle istruzioni<sup>83</sup>. I conti dei fondi su spese segrete non soggiacciono ai controlli della Corte dei conti<sup>84</sup>.

Analogamente, la Corte dei conti deve esercitare controlli su tutta la proprietà dell'impero; conseguentemente, sono da sottoporre alla relativa revisione anche tutti i conti sulle materie prime, sulle scorte, sui materiali e sull'intera proprietà dell'impero non consistente in danaro; a richiesta, vanno al contempo presentati gli inventari<sup>85</sup>. In merito all'istituto formale dei conti annuali e delle giustificazioni, la Corte dei conti emana le necessarie prescrizioni in base alla richiesta di parere del competente ufficio centrale<sup>86</sup>.

B. La Corte dei conti deve inoltre attivare il controllo se la finanza pubblica dell'impero sia stata gestita secondo le regole di cui alla legge di bilancio. "La legge del 27 marzo 1872 ha il senso per cui la rendicontazione da consegnare al *Landtag* da parte del Governo sulla sua gestione finanziaria ed il discarico da comunicare, ad opera del *Landtag*, al Governo debbono aver luogo in base e secondo le regole del bilancio dello Stato fissato con legge nazionale, bilancio che in questo non può essere sostituito né *in toto* né nel dettaglio né con lo stato della cassa dell'epoca priva di bilancio quale deve essere costruito dai capi dei reparti, né da un ordine del re tale da dichiarare come risolta, anche senza una base legislativa, da parte di un ufficio, la mancanza da rappresentare, né rinviando ad istituti ed obblighi in essere" (v. Martitz). Quindi la Corte dei conti ha la verifica se *a*) nel-

---

<sup>82</sup> Legge prussiana del 27 marzo 1872 § 9; Laband, in *Hirth*, 553; v. Rönne, II, 1, 180. I conti della stessa Corte dei conti vengono rivisti dal presidente.

<sup>83</sup> Legge prussiana del 27 marzo 1872 § 11; Laband in *Hirth*, 555.

<sup>84</sup> *Ivi* § 9<sup>3</sup>; Laband in *Hirths*, 554; *Diritto pubblico*, II, 1022<sup>4</sup> [*trad. it. cit.*].

<sup>85</sup> Legge prussiana del 27 marzo 1872 § 10.

<sup>86</sup> Legge prussiana del 27 marzo 1872 § 14<sup>3</sup>; Laband, III, 2, 383<sup>2</sup>.

l'incasso e nell'utilizzo delle entrate dello Stato, imposte e tasse, *b*) nell'acquisto, utilizzo, vendita della proprietà dell'impero secondo le leggi e le prescrizioni in essere, si sia proceduto osservando scrupolosamente i più importanti princìpi amministrativi.

C. Infine, la Corte dei conti deve verificare se e dove siano necessarie ovvero consigliabili modifiche, sulla base dei risultati dell'amministrazione da giudicare in base ai conti ai fini dell'assolvimento delle finalità dello Stato<sup>87</sup>.

Il controllo da parte di questi uffici, quindi, persegue anzitutto uno scopo puramente contabile, in secondo luogo attua la verifica della concordanza della gestione della finanza pubblica con il diritto positivo, infine dà seguito all'espressione di consigli in vista di un eventuale miglioramento di quest'ultimo<sup>88</sup>.

La base di questo controllo la offrono in prima linea i conti ovvero gli inventari da comunicare contemporaneamente su prescrizione della Corte dei conti, quali debbono essere presentati, secondo le disposizioni di legge, entro un determinato termine. Inoltre, essa può avere l'intendimento di avere, dagli uffici, ogni informazione che ad essa sembri di valore<sup>89</sup>, così come l'invio di libri, documenti, atti, con l'eccezione di quelli degli uffici centrali; anche il presidente può mandare commissari sul posto per la discussione di singoli punti ed infine in ogni momento possono essere intraprese revisioni straordinarie di casse e magazzini, sulla base di una sua richiesta. Dei provvedimenti di queste ultime due tipologie i capi interessati dell'amministrazione debbono però essere preavvertiti e parimenti deve essere loro consentito l'invio di commissari<sup>90</sup>. Tutte le richieste della Corte dei conti possono diventare vincolanti con ordinanze penali nel quadro della competenza penale spettante agli uffici amministrativi superiori; tutti gli uffici amministrativi, esclusi quelli centrali, sono ad essa subordinati per quanto concerne i controlli contabili<sup>91</sup>. Se la Corte dei conti trova in ordine i conti ad essa presentati, deve concedere il discarico; altrimenti, debbono essere comunicati agli uffici interessati i *monita* in vista della risposta

<sup>87</sup> Legge prussiana del 27 marzo 1872 § 12.

<sup>88</sup> Sul metodo di lavoro cfr. in particolare Istr. § 27 ss.

<sup>89</sup> Istr. § 14, n. 4.

<sup>90</sup> Legge prussiana del 27 marzo 1872 § 13.

<sup>91</sup> *Ivi* § 16. Cfr. anche v. Rönne, II, 1, 182.

entro un termine determinato;<sup>92</sup> se ciò avviene in modo soddisfacente, viene concesso il discarico, altrimenti dalla Corte dei conti deve essere ordinato solo l'ulteriore seguito della questione attraverso le competenti istanze<sup>93</sup>. La Corte dei conti deve far sì che il discarico venga concesso nel corso dell'anno successivo all'esercizio finanziario<sup>94</sup>.

V. Sull'intero controllo da parte della Corte dei conti deve essere presentata, al *Bundesrat* ed al cancelliere e attraverso di questi al *Reichstag*<sup>95</sup>, sotto autonoma ed incondizionata responsabilità, una relazione generale unitamente al conto generale<sup>96</sup>, da cui sia deducibile:

1. se gli importi riportati nel conto generale delle entrate e delle spese concordino con i conti di cassa rivisti dalla Corte dei conti,

2. se ed in quale misura nell'accertamento e nella riscossione, nella spendita e nell'utilizzo dei fondi dell'impero ovvero nell'acquisizione, nell'uso e nella vendita della proprietà dell'impero si siano verificate deviazioni rispetto alle determinazioni del bilancio dello Stato fissato per legge oppure rispetto ai titoli del bilancio speciale autorizzati dalla rappresentanza popolare ovvero rispetto alle osservazioni legate alle singole appostazioni di bilancio<sup>97</sup>.

3. per quali eccedenze e per quali spese fuori bilancio non sia stata ancora ottenuta l'autorizzazione del *Reichstag*<sup>98</sup> (v. sopra 460 s. [*infra* 8]).

<sup>92</sup> Legge del 27 marzo 1872 § 15, al riguardo Laband, II, 1028 s.

<sup>93</sup> *Ivi* § 17. Al riguardo, sull'effetto giuridico della "quietanza", così come sull'ulteriore prosieguo Laband, II, 1025 ss., circa la decisione di ultima istanza del *Bundesrat* ovvero dell'imperatore *ivi* 1029, specialmente per "gli ordini di gabinetto di giustificazione dell'imperatore" 1029 ss. e Joël in *Hirths Ann.*, 1888, 805 ss., così come le ripetute discussioni del *Reichstag* descritte con precisione da Laband, II, 1029<sup>2</sup> [*trad. it. cit.*]. Hänel, *Stud.*, II, 343 ss. ritiene tale ordine inammissibile giuridicamente [*trad. it. cit.*], Joël trasferisce il diritto prussiano all'impero ed equipara l'imperatore al re di Prussia; Laband, 1031 ss. [*trad. it. cit.*] lo dichiara inammissibile nella misura in cui le leggi contengano *jus cogens*, altrimenti ammissibile; v. anche v. Rönne, *Pr.StR*, I, 649 ss.

<sup>94</sup> Istruz. § 6<sup>3</sup>.

<sup>95</sup> Sulla dimensione ed i limiti dei controlli parlamentari v. *Tüb. Ztschr.*, XXXII, 504 ss., 541 ss.

<sup>96</sup> Istr. § 31.

<sup>97</sup> Laband in *Hirths*, 558; E. Meier 930; in *Tüb. Ztschr.*, XXXII, 553 questa prescrizione è contrassegnata come un decisivo "cattivo concetto", v. per contro Hänel, *Stud*, II, 336 s. [*trad. it. cit.*].

<sup>98</sup> Legge prussiana del 27 marzo 1872, §§ 18.19<sup>3</sup>; Laband, II, 1026 [*trad. it. cit.*].

VI. *Reichstag* e *Bundesrat* costruiscono la loro decisione che fissa il discarico per il cancelliere sulla base della relazione generale loro consegnata. Quali conseguenze giuridiche intervengano in caso di rifiuto di discarico, non risulta normato né in costituzione né nella legislazione speciale dell'impero<sup>99</sup>.

VII. Infine, la Corte dei conti deve annualmente rassegnare all'imperatore una relazione sulla propria attività complessiva ed al contempo fare proposte tecniche circa il se ed il dove, per esempio, siano necessarie nuove disposizioni ai fini del miglioramento dell'amministrazione finanziaria dell'impero<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> Laband, III, 2, 389 ss. Sull'estensione della responsabilità costituzionale del cancelliere v. Hänel *Stud.*, II, 330 ss., in particolare 342 ss. sulle conseguenze giuridiche del discarico rifiutato [*trad. it. cit.*].

<sup>100</sup> *Ibidem* § 20 [*trad. it. cit.*]; Laband in *Hirth*, 558 [*trad. it. cit.*].

CLEMENTE FORTE

## POSTFAZIONE

*Nell'ambito della diatriba ottocentesca, ma con risvolti di grande attualità, che coinvolse i maggiori giuristi soprattutto tedeschi sulla natura giuridica della legge di bilancio, un posto di rilievo spetta di sicuro a P. Zorn (1850-1928), uno dei protagonisti del dibattito giuridico dell'epoca (per una panoramica della sua vita e del suo pensiero v. Heinrich Pohl, Philippe Zorn als Forscher, Lehrer und Politiker-Blätter zu seinem Gedächtnis, Tubinga 1928).*

*Nell'ambito della sua opera dedicata al diritto pubblico tedesco di fine '800, una parte viene dedicata al diritto del bilancio, non solo per l'importanza oggettiva dell'argomento, ma anche perché, nell'inferno della diatriba, non poteva mancare la voce di un giurista così autorevole. In questo capitolo, l'A. si occupa di vari argomenti, suddivisi però in due grandi raggruppamenti: da un lato, il bilancio, dall'altro, il problema del discarico di responsabilità. Due argomenti peraltro non sconnessi, almeno a quell'epoca, quando si poneva il problema, tra l'altro, della gestione del bilancio senza la relativa legge, dalla cui risposta si risaliva poi al tema della responsabilità, che a sua volta dipendeva da quello della natura giuridica della legge di bilancio. Erano tutte questioni collegate, come è facile intuire, in quanto ancora era viva l'impressione degli avvenimenti di cui al famoso conflitto in Prussia nel 1866 ed anni seguenti, quando per qualche anno venne gestito un bilancio non approvato se non con un'unica legge successiva, che a sua volta non poteva non risuonare anche di sanatoria<sup>1</sup>.*

*Gli argomenti trattati nella prima parte del capitolo (bilancio) riguardano naturalmente il significato della costituzione e dell'art. 69 (in particolare) nonché il concetto di anno finanziario, il carattere di legge del bilancio e le conseguenti teorie al riguardo, nella contrapposizione di fondo tra Laband. e v. Martitz, con numerosi aderenti alla*

---

<sup>1</sup> Cfr. al riguardo, in particolare, P. Laband, *op. cit.*

*tesi dell'uno e dell'altro. Viene altresì affrontato il tema delle conseguenze giuridiche del carattere della legge, così come viene analizzato il bilancio delle spese, quello delle entrate, nonché l'effetto dell'eventuale, mancata approvazione del bilancio medesimo. Vengono affrontati anche temi più tecnici, ma tuttora attuali, come quello delle eccedenze di bilancio ed infine le esigenze di riforma del diritto del bilancio prussiano-tedesco, con la discussione circa gli istituti formali dell'epoca.*

*Nella seconda parte (discarico di responsabilità), si affrontano anzitutto il relativo profilo costituzionale (art. 72) e successivamente la struttura e le competenze, nonché gli effetti, del controllo esterno. Ciò chiama in causa l'istituto della Corte dei conti imperiale ed il relativo funzionamento nonché la relativa struttura.*

*Si intende qui svolgere qualche considerazione, soprattutto d'attualità, sul capitolo secondo della prima parte, dedicato appunto al classico tema della natura giuridica della legge di bilancio. Sul punto Zorn è molto netto: non è sostenibile la tesi della legge di bilancio come legge formale (Laband), in quanto, se la forma della legge è prevista dalla costituzione come modalità di approvazione del bilancio annuale dello Stato, trattasi di una legge a tutti gli effetti, a prescindere dal relativo contenuto, come già v. Martitz aveva sostenuto. Il bilancio è dunque una legge come le altre e quindi, in quanto, tale può modificare altre leggi, sia pur solo per un anno. Ciò significa che non ci possono essere entrate e spesa pluriennali o permanenti, dovendo, esse, avere bisogno della legge di bilancio annuale per essere attuate, senza la quale dunque non si possono né riscuotere entrate né effettuare spese.*

*Zorn però riconosce anche l'impossibilità di imporre obblighi alle Camere, ivi compresa quello legato all'approvazione della legge di bilancio. Ciò crea automaticamente una serie di questioni, tra cui quid per le entrate e per le spese non previste in bilancio ovvero previste in un bilancio non approvato? A questo Zorn risponde facendo presente che, nell'impossibilità di non dar corso a tali entrate e a non effettuare le spese, la gestione si verifica sotto la responsabilità del Governo, curando comunque l'approvazione di una legge successiva (di sanatoria), che sia poi o la legge di bilancio oppure una legge altra è meno interessante.*

*Per evitare però una gran parte di questi problemi, Zorn sembra guardare con fiducia al modello inglese del bilancio consolidato, che,*

*nel concentrare il voto annuale solo sulle entrate e sulle spese mobili ovvero discrezionali, sostanzialmente sottrae la decisione finanziaria annuale alle mutevolezze della politica contingente e dei lavori parlamentari (anche se nella nota 38 sembra esprimere un avviso ancora diverso). Un altro suggerimento di Zorn è quello di allungare il periodo di bilancio.*

*Come si vede, sono temi attualissimi, anche se oggi il significato della natura giuridica della legge di bilancio è diverso. Altro, infatti, è un sistema in cui la decisione di finanza pubblica è costituzionalmente nelle mani dell'esecutivo, altro è infatti un sistema nel quale, con la previsione dell'obbligo di copertura, formalmente l'iniziativa di spesa è anche nelle mani del parlamento, il che implica un bilancio a legislazione vigente che costituisca il limite da non peggiorare nell'assolvimento del predetto obbligo di copertura, quale che ne sia il soggetto che propone l'onere.*

*Tale considerazione è estremamente gravida di conseguenze, ancorché, nella sua semplicità, non risulti quasi mai colta con chiarezza né dalla giurisprudenza costituzionale né dalla dottrina in tema di contabilità pubblica. Una delle tante conseguenze sta nel fatto, da un lato, che l'obbligo di copertura non si può applicare ai bilanci (il che vale sia per lo Stato che per le Regioni), dall'altro, che, nonostante la (avventata) soppressione nel 2012 della norma costituzionale che riconosceva formalmente il bilancio a legislazione vigente, quest'ultimo costituisce comunque un dato presupposto, nella misura in cui, come prima rilevato, l'obbligo di copertura significa non peggiorare il bilancio vigente.*

*Tornando a Zorn, non è il caso certo qui di entrare nel merito di tutte le sue affermazioni. Vale la pena qui di notare solo che, se non ci possono essere entrate e spesa pluriennali o permanenti, dovendo, esse, avere bisogno della legge di bilancio annuale per essere attuate, senza la quale dunque non si possono né riscuotere entrate né effettuare spese, questo sembra automaticamente attestare un diverso livello tra le varie leggi, alcune delle quali sembrano fungere da periodica condizione di attuazione di altre leggi. Sorge il sospetto che non tutte le leggi avrebbero eguale valore.*

*Un altro tema che ripropone Zorn e su cui occorrerebbe riflettere maggiormente è quello della responsabilità di una gestione irregolare del bilancio. A parte la definizione del concetto di gestione irregolare, che fa da contraltare rispetto all'abusatissimo concetto di sana ge-*



*stione (laddove nessuno ha mai chiarito il significato esatto dell'aggettivo), uno dei tanti quesiti è se si tratti – a proposito di responsabilità – solo di una responsabilità politica (come sembrerebbe adombrare in recenti pronunce la stessa Corte costituzionale aggredendo però il problema da un imbarazzante aspetto legato ad una presunta c.d. “responsabilità di mandato”, senza sanzioni, tra l'altro) ovvero sia possibile ipotizzare anche altri risvolti, come quelli di carattere civilistico, ad es.*

*L'elenco delle questioni d'attualità sarebbe lungo e meriterebbe una monografia. Quid per esempio se, a fronte di un diritto soggettivo riconosciuto dalla legge, si esauriscono i fondi? Casi come questo ne sono accaduti e ne accadranno spesso. Al quesito si risponde appunto ricorrendo all'antica questione della natura giuridica del bilancio, nel senso che, se il bilancio è legge sostanziale, si affievolisce il diritto soggettivo, che prevale invece, se il bilancio è legge formale. Forse a pochi è davvero chiaro che sostenere con disinvoltura che l'odierna legge di bilancio è legge a tutti gli effetti significa trasformare le poste di spesa in una serie di tetti di fronte ai quali si vanno ad infrangere irrimediabilmente i diritti soggettivi in essere. Sicché la questione della natura giuridica della legge di bilancio non rappresenta un'arida questione tecnica o tale da interessare solo gli storici del diritto, bensì l'idea di un certo modello di rapporto tra pubblico e privato. Il che non è poco.*

Hanno collaborato a questo fascicolo

BEATRICE BERTARINI

*Professore associato di Diritto dell'Economia nell'Università di Bologna*

YLENIA MARIA CITINO

*Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale nell'Università degli Studi LUISS  
Guido Carli e re:constitution Research Fellow 2021/2022*

GIUSEPPE DE VERGOTTINI

*Professore emerito di Diritto costituzionale nell'Università di Bologna*

MICHAEL DUNNE

*Professore emerito di Storia degli Stati uniti nell'Università di Sussex (Gran Bretagna)*

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 MORBIDELLI

*Professore emerito di Diritto amministrativo nell'Università di Roma La Sapienza*

AUGUSTO SINAGRA

*Professore ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Roma La Sapienza*

MARIA ALESSANDRA STEFANELLI

*Professore ordinario di Diritto dell'Economia nell'Università di Bologna*





