

# IANUS

Diritto e Finanza



Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 15-16 - giugno-dicembre 2017

UNIONE EUROPEA,  
STATI E CITTADINI

# IANUS

**Diritto e Finanza**

**n. 15-16 - 2017**

**Ianus - Diritto e finanza**

Rivista semestrale di studi giuridici

n. 15-16 - giugno-dicembre 2017

Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena

Direttore responsabile: Angelo Barba

<https://www.rivistaianus.it>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805

# INDICE

## UNIONE EUROPEA, STATI E CITTADINI

Presentazione .....	5
La difesa dell'identità costituzionale all'interno del perimetro istituzionale europeo: le opposizioni euroscettiche e nazionaliste nel Parlamento europeo, di LUCREZIA DI STEFANO .....	9
The hungarian Constitutional Court and the concept of national constitutional identity, di KATALIN KELEMEN .....	23
Il primato del diritto europeo: tre casi a confronto, di FLORIANA PLATAROTI .....	35
L'identità costituzionale come controlimite, di SIMONA POLIMENI .....	49
Politiche migratorie e democrazia diretta: le nuove sfide dell'Unione Europea, di SIMONA RODRIQUEZ .....	91
The rise and fall of conditionality in EU economic governance: towards symmetry?, di FEDERICO DI DARIO .....	115
I diritti sociali alla prova degli equilibri di finanza pubblica statale e regionale. Un difficile rapporto di reciproca condizionalità, di FRANCESCO E. GRISOSTOLO, ILARIA RIVERA .....	133
Carrots, sticks, and the rule of law. EU political conditionality before and after accession, di MATTEO BONELLI .....	171
«Strengthening the rule of law»: sketching a comparison between the “domestic” and “external” constructions of an EU foundational principle, di SARA COCCHI .....	201

Recenti sviluppi sul monitoraggio della <i>rule of law</i> all'interno dell'unione europea nel rispetto dei suoi valori identitari, di DANIELA FANCIULLO, ANNA IERMANO .....	217
Cittadinanza e integrazione. Prime riflessioni sull'evoluzione della cittadinanza europea e le sue prospettive, di FRANCESCA RAIMONDO .....	239
La Corte di Lussemburgo e le Corti costituzionali. Il loro rapporto osservato dal prisma del rinvio pregiudiziale, di MARCO ANTONIO SIMONELLI .....	257
La sentenza <i>tele2 Sverige</i> : verso una <i>digital rule of law</i> europea?, di ELISA SPILLER .....	279

#### ALTRI SAGGI

La restricción del sufragio activo a las personas condenadas a la privación de su libertad. El caso mexicano a la luz de la jurisprudencia de la Corte europea de derechos humanos, di ROSELIA BUSTILLO MARÍN, KARINA A. BRAVO HORET .....	305
Límites al sufragio activo: suspensión de derechos político-electorales en materia penal, di CARLOS ANTONIO GUDIÑO CICERO .....	327
La manipolazione dei mercati finanziari: tecnica di analisi e il caso Fiat 2001, di FRANCESCO BUSATO, MARIA CARRATÙ .....	341
Abdicazione e successione femminile: il Giappone si interroga a 70 anni dall'entrata in vigore della Costituzione democratica, di GIACOMO MANNOCCI .....	373
La role de la femme dans la Constitution de l'Algerie: une evolution inachevee, di GIAMMARIA MILANI ,,,.....-	405

## PRESENTAZIONE

Nella sezione monografica, il presente numero di Ianus raccoglie tredici lavori che riproducono, con modifiche ed integrazioni, le relazioni tenute in occasione del *Workshop for Young Scholars on the Impact of EU Law on National Constitutions – European Union, States and Citizens. Between Anti-Europeanism and Conditionality*, tenutosi a Siena il 22 e 23 giugno 2017 e organizzato dal DIPEC con il contributo del Dipartimento di Studi aziendali e giuridici dell'Università di Siena e dell'Unione europea nel quadro del modulo Jean Monnet EUCOLAW – The Europeanization of Constitutional Law. I contributi approfondiscono i temi del workshop, articolato sulla base di tre sessioni con focus distinti: L'identità costituzionale: una forma di antieuropeismo?; Una condizionalità forte: Unione europea e *governance* economica; Una condizionalità debole: Unione europea e *rule of law*.

Nella sezione dedicata agli altri saggi, compaiono altri due articoli – i primi due erano stati pubblicati nel numero precedente – opera di giuristi messicani che hanno frequentato a Siena, dal 2 al 7 maggio 2016, la prima edizione del *Seminario Judicial: Técnicas de decisión judicial*, organizzato dal DIPEC e dal *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación del Messico*. In particolare, i due contributi approfondiscono il tema delle limitazioni al diritto di voto nell'ordinamento messicano anche alla luce del diritto comparato e internazionale. Completano il fascicolo un articolo dedicato alla manipolazione dei mercati finanziari, un saggio sul tema dell'abdicazione e della successione femminile al trono nell'ordinamento giapponese e un contributo che analizza il ruolo della donna nella Costituzione algerina a seguito della revisione costituzionale del 2016.



**UNIONE EUROPEA, STATI E CITTADINI**





## LA DIFESA DELL'IDENTITÀ COSTITUZIONALE ALL'INTERNO DEL PERIMETRO ISTITUZIONALE EUROPEO: LE OPPOSIZIONI EUROSCETTICHE E NAZIONALISTE NEL PARLAMENTO EUROPEO

**Lucrezia Di Stefano**

*Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico nell'Università degli Studi di Teramo*

*A distanza di sessant'anni dalla stipula del Trattato di Roma, sembra esser giunti ad un punto di scontro non più facilmente edulcorabile tra la rivendicazione delle identità costituzionali degli Stati membri e il processo di integrazione europea.*

*La c.d. teoria dei contro limiti trova oggi copiosa applicazione non solo in ambito giudiziario ma anche in chiave politica. Gli stessi cittadini, con strumenti di democrazia diretta ed altresì attraverso forme di rappresentanza indiretta, manifestano una necessità urgente di difendere la propria identità nazional-costituzionale, esprimendo un sentimento di euroscetticismo e antieuropeismo mai così diffuso, anche all'interno del Parlamento europeo. In esso, infatti, si registra la consolidata presenza di gruppi "antisistema", la cui affinità politica consiste nell'intenzione di contrastare e sostenere l'uscita dall'UE, in nome della riaffermazione delle prerogative identitarie costituzional-nazionali, asseritamente usurpate da Bruxelles.*

*La presenza di detta opposizione manifesta la necessità di stabilire una sede, anche e soprattutto europea, dove la difesa dell'identità costituzionale possa avere adeguata affermazione, senza dover necessariamente attendere una pronuncia giudiziale o ripiegare nella mera propaganda politica.*

*After sixty years from the Treaty of Rome, it seems there is a point of no return between the claim of the constitutional identity of the member States and the process of the european integration.*

*Nowadays the theory of the "contro limiti", has a key role not only in a particular season of the judges' activisme but also in the politic sphere. In fact citizens, through some typical instruments of the direct and, on the other hand, trough the national and european parliamentary elections, demonstrate a feeling of euroskepticalism and anti-europeanism never so diffused also in the european istitutions, above all in the European Parliament Inside it, there is an enhanced presence of the nationalist and euroskeptical groups, whose political affinities is the will to combat and to exit of the EU in name of the defense of national prerogatives, stolen by Bruxelles, according to the same principles of the "contro limiti" theory.*

*The enforcement of this parliamentary opposition shows the necessity to find a place, above all an european level, where it is possible to affirm and to protect the own costitutional and national identity, without the need to wait a pronunciation of a national judge or to refold in the political grandstanding, with a serious risk to encourage the xenophobic attitude.*

### **Sommario:**

1. Dal sogno federalista europeo ad un'integrazione troppo stretta: l'euroscetticismo
2. L'assetto istituzionale europeo e il prevalere della logica governativa
3. L'affinità politica, anche euroscettica, nel Parlamento europeo
4. Ragioni e paradossi dell'euroscetticismo nel Parlamento europeo
  - 4.1. Esempi di istituti "anti opposizione" nel Regolamento interno del Parlamento europeo
5. Conclusioni. Sulla necessità di positivizzare e razionalizzare la disciplina delle opposizioni politico-parlamentari europee.

## 1. Dal sogno federalista europeo ad un'integrazione troppo stretta: l'euroscetticismo

Come noto, le fondamenta del processo di integrazione europea sono state gettate all'indomani delle due guerre mondiali, benché le prime e rilevanti concezioni siano storicamente antecedenti<sup>1</sup>. Nel corso del tempo si sono succedute, infatti, varie idee e proposte in merito alla possibile ed auspicata integrazione dei belligeranti Stati europei. Pietra miliare del suddetto processo integrativo è stato il Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA) del 1950; da allora, l'integrazione europea è divenuta progressivamente sempre più stretta grazie alla cessione parziale della sovranità da parte degli Stati membri, cessione prevista direttamente in Costituzione (art. 88 Cost. francese), dedotta dalla stessa in via pretoria da parte delle Corti costituzionali (Corte cost. italiana, *ex multis* sentt. nn. 183/1973, 170/1984) ovvero ammessa all'esito della celebrazione di un apposito referendum consultivo (come avvenne nel Regno Unito, nel 1975).

Per mezzo della parziale assunzione delle prerogative sovrane nazionali, il processo di integrazione europea non ha semplicemente costituito un'organizzazione internazionale, per quanto *sui generis*, ma, piuttosto, ha dato vita ad un ordinamento giuridico nuovo e del tutto originale<sup>2</sup>, che si è imposto come ordinamento sovranazionale e gerarchicamente superiore rispetto ai singoli ordinamenti nazionali – pur non configurandosi (ancora) un assetto tipicamente federale –, i cui soggetti sono tanto gli Stati membri quanto i cittadini degli stessi.

Nonostante detto processo di integrazione sia ormai giunto ad una fase piuttosto avanzata e complessa, a distanza di sessant'anni dalla stipula del Trattato di Roma oggi si assiste probabilmente alla fase più buia della storia

---

<sup>1</sup> Nel 1924 Coudenhove-Kalergi fondò l'associazione «Unione paneuropea» per sensibilizzare le élites dell'epoca sulla necessità di unificare gli Stati europei. La sua influenza si colse nella successiva scelta del ministro francese Briand, nel 1930, di presentare un Memorandum alla Società delle Nazioni per proporre la costituzione di una unione confederale di Stati europei. Successive, invece, furono le proposte federaliste del «Manifesto di Ventotene per un'Europa libera e unita» di Spinelli, Rossi e Colomi (1941) e del «Movimento federalista europeo» di Monnet (1943). Cfr. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2016, p.1-3.

<sup>2</sup> Sin dalle prime pronunce la Corte di Giustizia ha affermato che i Trattati avessero dato vita ad un nuovo ordinamento giuridico (cfr. sent. *Costa c. ENEL*, C-6/64), che esige e legittima non soltanto la contemporanea entrata in vigore della sua legislazione, ma anche la sua prevalenza rispetto a quella nazionale.

dell'Unione europea, di cui la *Brexit* è solo una, pur essendo la più eclatante, manifestazione. Sembra esser giunti ad un punto di scontro non più facilmente edulcorabile, facilitato soprattutto dalla pressione della crisi economico-finanziaria e dalle ondate migratorie cui quotidianamente assistiamo: quello tra la rivendicazione delle singole identità costituzionali degli Stati membri e l'incalzante processo di integrazione europea.

La c.d. teoria dei contro limiti<sup>3</sup>, per la prima volta affermata dalla Corte costituzionale italiana (sent. n. 183/1973) e subito condivisa anche dalla Corte costituzionale tedesca (sent. del *Bundesverfassungsgericht* del 1974, più nota come *Solange I*)<sup>4</sup>, non soltanto è stata mutuata da altre corti costituzionali, ma riveste oggi un ruolo fondamentale in una stagione di particolare attivismo giurisprudenziale negli Stati membri, dove sempre più spesso giudici, costituzionali e non, invocano la suddetta teoria a difesa di principi identitari costituzionali, ritenuti non compromissibili dinanzi al pervasivo diritto dell'Unione europea (*ex multis* sent. n.187/2013 del Tribunale costituzionale portoghese, sent. del *Bundesverfassungsgericht* del 2016 sul caso OMT, sent. n. 24/2017 della Corte costituzionale italiana di rinvio pregiudiziale sul caso Taricco).

Detta teoria, però, trova applicazione non solo in ambito giudiziario ma la si osserva anche in chiave politica. Anche gli stessi cittadini, infatti, con strumenti di democrazia diretta – il referendum britannico del 2016 che ha determinato il «*leave*» del Regno Unito – ed altresì attraverso forme di rappresentanza indiretta – l'elezione dei parlamentari nazionali ed europei – manifestano una necessità urgente di difendere la propria identità nazionale e

---

<sup>3</sup> Per contro-limiti si intende l'insieme dei principi, valori fondamentali e caratteri essenziali dell'ordinamento statale che, secondo la Corte costituzionale, non possono essere sacrificati o violati da alcun diritto, neanche da quello europeo. La Corte, sul punto, afferma che «in base all'art. 11 Cost. sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni (...) possano comunque comportare per gli organi della CEE un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o i diritti inalienabili della persona umana» (sent. 183/1973).

<sup>4</sup> La Corte costituzionale tedesca, nella sopra citata sentenza *Solange I* del 1974, affermò che sino a quando «il processo di integrazione della Comunità non abbia raggiunto uno stadio sufficientemente avanzato perché il diritto comunitario comporti egualmente un vigente catalogo di diritti fondamentali, deliberato da un Parlamento e corrispondente al catalogo dei diritti fondamentali consacrati dalla Legge Fondamentale, (...) il rinvio al Tribunale Costituzionale Federale da parte di un organo giurisdizionale della Repubblica federale di Germania, (...) è ammissibile e si ritiene necessario, quando tale organo giurisdizionale ritenga la norma comunitaria di cui si tratta (...) inapplicabile per il fatto di essere in contrasto con uno dei diritti fondamentali consacrati nella Legge Fondamentale».

costituzionale, esprimendo un sentimento di euroscetticismo ed antieuropeismo mai così diffuso, anche e sorprendentemente all'interno dello stesso perimetro istituzionale europeo; in special modo, nel Parlamento europeo (PE).

## 2. L'assetto istituzionale europeo e il prevalere della logica governativa

Nell'atipica configurazione dell'assetto istituzionale, tale da non poter essere definito come una forma classica di Stato e di governo<sup>5</sup>, diversi sono i principi fondamentali che regolano la formazione e il funzionamento delle istituzioni governative europee<sup>6</sup>: il Consiglio e il Consiglio europeo rispondono ad una vocazione intergovernativo-consociativa e rappresentano gli Stati membri e i loro governi; la Commissione risponde ad una logica sovranazionale e osserva un approccio tecnocratico, mentre il Parlamento europeo si fonda sul principio democratico, essendo rappresentante dei cittadini dell'Unione europea, cui è garantita una rappresentanza «in modo degressivamente proporzionale» ed è eletto direttamente dagli stessi cittadini europei «a suffragio universale diretto, libero e segreto»<sup>7</sup> (art. 14 TUE).

---

<sup>5</sup> IBRIDO, *Oltre le forme di governo. Appunti in tema di "assetti di organizzazione costituzionale" dell'Unione Europea*, in *Rivista AIC*, 1, 2015, sposa la tesi della irriducibilità, dell'ordinamento istituzionale europeo, ad un modello tipico di forma di governo e allo stesso principio sistemico della separazione rigida dei poteri ed introduce invece il concetto di "assetto di organizzazione costituzionale", del tutto *sui generis*.

<sup>6</sup> RIZZONI, *Opposizione parlamentare e democrazia deliberativa. Ordinamenti europei a confronto*, Bologna, 2013, 307-308, ritiene che così com'è attualmente disegnata l'architettura istituzionale europea, al Parlamento europeo è affidato un ruolo marginale, nonostante "l'innegabile ampliamento dei poteri prodottosi a partire dal Trattato di Maastricht", in quanto la mancanza di una forma di governo parlamentare, dell'esercizio di una tipica funzione di indirizzo politico e le principali questioni politiche dibattute nel perimetro europeo ostano a dotare il Parlamento europeo delle prerogative, nonché dello stesso politico, che potenzialmente ha un Parlamento nazionale, rispetto, soprattutto, al potere esecutivo, potere, quest'ultimo che altrettanto non può essere compiutamente attribuito ad una un'unica istituzione "esecutiva". Dello stesso tenore anche ROZEMBERG, *L'opposition parlementaire*, in ROZEMBERG, THIERS (a cura di), *La documentation française*, 2013, 181 ss. e 190, sostiene come la debolezza del Parlamento europeo nel quadro istituzionale e la blanda separazione dei poteri all'interno dello stesso sono una causa della volontà dei gruppi politici più grandi di contenere i gruppi minoritari, "diluendoli" nella maggioranza attraverso la ricerca di un compromesso politico ovvero attraverso la formazione di una grande coalizione che rende inermi le voci ostili, soprattutto se espresse da gruppi euroscettici, contrari a questo *modus operandi*.

<sup>7</sup> Il Parlamento europeo, istituito già con la CECA e considerata quale assemblea consultiva comune alle tre comunità, assunse l'attuale denominazione dall'Atto unico europeo

I Ministri che siedono nel Consiglio e i Capi di Stato o di Governo che formano il Consiglio europeo sono gioco forza espressione della maggioranza politica di turno di ciascuno Stato; lo stesso dicasi per l'individuazione del candidato nazionale alla Commissione, anch'esso proposto dal Governo in carica, sebbene, una volta costituita nella sua interezza, questa istituzione è chiamata a rispondere ad una vocazione sovranazionale, al pari del Parlamento europeo.

Le opposizioni politiche nazionali, dunque, non per forza aprioristicamente opposizioni euroscettiche, non hanno voce nella designazione dei membri delle suddette istituzioni, che appaiono per lo più espressione della maggioranza politica dei singoli Stati; inoltre, per la loro stessa configurazione, il Consiglio e il Consiglio europeo, quali istituzioni intergovernative, non sarebbero probabilmente le sedi idonee per ammettere una stabile presenza delle forze di opposizione, presenti negli Stati membri, a livello europeo.

Ad oggi, dunque, soltanto nel Parlamento europeo avrebbe ragionevole collocazione una più ampia e stabile organizzazione della/e opposizione/i politiche europee, le quali, nell'ambito parlamentare, risponderebbero in modo coerente alla diretta rappresentazione democratica della volontà dei cittadini. Ciò, tuttavia, non avviene in modo per così dire fisiologico e le uniche opposizioni che si professano come tali all'interno del Parlamento europeo sono opposizioni euroscettiche o poste a difesa dell'identità nazionale.

### **3. L'affinità politica, anche euroscettica, nel Parlamento europeo**

Benché quello europeo sia un Parlamento *sui generis* rispetto alle Assemblee legislative tradizionali, esso è la sede in cui i partiti politici nazionali sono chiamati a contribuire, a livello dell'Unione, alla formazione di «una coscienza europea e ad esprimere la volontà dei cittadini dell'Unione» (art. 10 TUE e art. 12 Carta di Nizza).

---

del 1986 e non è sempre stata una istituzione eletta a suffragio universale. Fino al 1979 i membri del Parlamento europeo erano designati attraverso un'elezione di secondo in grado, in quando i parlamentari nazionali sceglievano tra essi stessi coloro che contestualmente assumevano la carica di parlamentari europei, chiamati, dall'art. 138 del Trattato CEE, «delegati dei parlamenti nazionali». Soltanto con l'adozione della decisione 76/787/CECA, CE, Euratom del 1976, il Consiglio approvò il progetto di elezione diretta di primo grado dei membri del PE da parte dei cittadini degli Stati membri quali cittadini europei, le cui prime elezioni si svolsero nel 1979.

In attuazione della suddetta rappresentanza e della finalità ultima attribuita al Parlamento europeo, l'art. 32 del suo Regolamento interno stabilisce che requisito indefettibile per la formazione di un gruppo politico sia quello di un'organizzazione di deputati, accomunati dalle medesime «affinità politiche». Detta affinità è meramente affermata dai deputati che intendono costituire o entrare a far parte di un gruppo politico europeo e, solo nell'ipotesi in cui la sua sussistenza venga negata dagli stessi deputati interessati, il Parlamento europeo interviene nell'accertare la sua effettiva esistenza. Ad ogni modo, considerando la natura politico-soggettiva del suddetto requisito, al fine di evitare che detta affinità possa esplicarsi solo in termini di identità nazionale e per concorrere quanto più possibile alla formazione di una volontà politica *lato sensu* europea, l'art. 32 Reg. Int., al par. 2, prevede due condizioni ulteriori per la formazione di un gruppo politico – già stabilite dall'art. 3 del Reg. CE n. 2004/203 per la costituzione di un partito politico a livello europeo –, che concretizzino l'osservanza del suddetto requisito formale: che il gruppo sia composto da deputati eletti in almeno un quarto degli Stati membri e che vi sia il numero minimo di venticinque deputati<sup>8</sup>.

L'intento di questo quadro normativo è quello di rispecchiare il carattere sovranazionale dell'istituzione parlamentare nel suo insieme e superare la tendenza alla formazione di gruppi di mera identificazione e affinità su base nazionale.

Al di là della veste spiccatamente europea ed europeista dei gruppi nel PE cui aspira l'ordinamento europeo, sin dalla celebrazione delle prime elezioni a suffragio universale nel 1979 – e ancor prima – nel Parlamento europeo si è registrata la presenza di alcuni gruppi composti anche da deputati dichiaratamente anti-europeisti e/o che esprimevano una spiccata ideologia di difesa della Nazione. Ad ogni nuova elezione il numero e la consistenza di gruppi simili si sono consolidati e rafforzati, fino all'odierna VIII legislatura,

---

<sup>8</sup> L'art. 32, co. 3 del Reg. int. disciplina l'ipotesi in cui il numero minimo di venticinque deputati per la costituzione di un gruppo politico dovesse venire a mancare: in tal caso il Presidente può autorizzare il gruppo politico “ad esistere fino alla successiva seduta costitutiva del Parlamento a condizione che” i membri del gruppo rappresentino almeno un quinto degli Stati membri e che il gruppo esista da più di un anno. La *ratio* delle previsioni contenute nell'art. 32 Reg. Int. è stata altresì esplicitata nella sent. 2 ottobre 2001, cause T-222/99, T-327/99 e T-329/99 dal Tribunale di primo grado dell'Unione europea, relativamente all'impugnazione da parte di alcuni parlamentari europei del rifiuto di riconoscere la costituzione del gruppo misto “Gruppo tecnico di deputati indipendenti (TDI)”. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a CORBETT - JACOBS - NEVILLE, *The European Parliament*, New York, 2016, 9th edition, 84 ss.

dove, oltre alla presenza di due gruppi dichiaratamente euroscettici ed antieuropeisti (EFDD e ENF), vi sono anche frange considerevoli di posizioni eurocritiche all'interno di gruppi tendenzialmente favorevoli all'integrazione europea (GUE/NGL, Gruppo verde)<sup>9</sup>, oltre che in alcuni membri non iscritti.

#### 4. Ragioni e paradossi dell'euroscetticismo nel Parlamento europeo

Il fenomeno dell'euroscetticismo, dunque, si è sempre manifestato nel panorama politico europeo ma è cresciuto in maniera direttamente proporzionale allo sviluppo dell'integrazione europea e delle nuove attribuzioni previste nei Trattati, nonché ad ogni allargamento dell'UE<sup>10</sup>.

Gli studiosi hanno per molto tempo considerato detti gruppi come una «minoranza debole con opportunità davvero limitate all'interno del sistema

---

<sup>9</sup> Nel corso della II legislatura (1984-1989) vi furono il «Gruppo delle destre europee», di estrema difesa dell'identità nazionale, e il «Gruppo Arcobaleno», con membri dichiaratamente euroscettici. Durante la IV legislatura (1994-1999) si formarono il Gruppo conservatore nazionale dell'«Alleanza democratica europea», quello dell'«Alleanza radicale europea» e il Gruppo degli euroscettici chiamato «degli indipendenti per un'Europa delle Nazioni». Nel corso della V legislatura (1999-2004) si sono riconfermati il gruppo «Unione per un'Europa delle Nazioni» e il gruppo «per una Europa delle democrazie e delle diversità». Nel corso della VI legislatura (2004-2009) si riorganizzò il gruppo «Unione per un'Europa delle Nazioni» mentre si sono formati il gruppo «Indipendenza e democrazia» e, seppur per un solo anno (2007), il gruppo «Identità, tradizione, sovranità». Nel corso della VII legislatura (2009-2014) vi fu il gruppo «Europa della libertà e della democrazia» mentre nell'attuale VIII legislatura (2014-in corso) si registrano il gruppo «dei conservatori e dei riformisti europei», che esprimono posizioni più critiche rispetto al passato, pur non mettendo in discussione l'esistenza dell'UE ma proponendone un importante ridimensionamento; il gruppo «Europa della libertà e della democrazia» (EFDD), costituito principalmente dai deputati inglesi, che insieme a Nigel Farage hanno guidato la campagna referendaria del «leave» del Regno Unito dall'Unione europea, e dai deputati italiani del Movimento 5 stelle, e il gruppo «Europa delle Nazioni e della libertà» (ENF), costituito dai deputati italiani della Lega Nord, da quelli francesi del Front National, dai deputati polacchi euroscettici e da altri deputati provenienti da sette Stati membri. Gruppi all'interno dei quali si sono rafforzate tendenze euroscettiche più forti rispetto al passato sono quelli del «gruppo Verde/Alleanza libera europea» e il «gruppo confederale della Sinistra unitaria/Sinistra nordica». (Fonte: [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu) e CORBETT - JACOBS - NEVILLE, *The European Parliament*, op. cit., p.79 ss.).

<sup>10</sup> PETITHOMME, *Les effets des référendums européens sur les dynamiques de compétition des partis d'opposition: une perspective comparée*, in *Revue internationale de politique comparée*, 18, 2, 2011, 80-81; VASILOPOULOU, *European Integration and the Radical right: three patterns of opposition*, in *Government and opposition*, 46, 2, 2011, 223-227.



istituzionale europeo»<sup>11</sup>. Tuttavia, specie nella legislatura in corso, la loro apparente debolezza è venuta decisamente meno: non solo per il consenso elettorale e la maggior eco registrati nell'opinione pubblica ma anche perché i deputati dichiaratamente euroscettici provengono ormai da molti Paesi membri – anche da quelli di più recente adesione (vedasi i deputati polacchi, rumeni, lituani) – e sono all'incirca 20% dei membri del PE<sup>12</sup>. A ciò si aggiunga, inoltre, che per la prima volta si è celebrato un referendum per l'uscita dall'Unione europea e che il Regno Unito, in conseguenza dell'esito positivo raggiunto, ha dato inizio all'iter previsto all'art. 50 TUE.

Pertanto, una minoranza dei cittadini europei manifesta sempre più un certo scetticismo nei confronti del processo di integrazione europea ed esprime un sentimento di antieuropeismo, manifestato in termini di difesa della propria identità, nazionale e costituzionale. Paradossalmente, dunque, il Parlamento europeo, nel quale non si riconosce l'esistenza di un'opposizione parlamentare tradizionalmente intesa<sup>13</sup>, registra tuttavia la stabile e rafforzata presenza di gruppi parlamentari “antisistema” o euroscettici, la cui «affinità politica» consiste nella volontà di contrastare e mettere in discussione l'esistenza stessa dell'Unione europea, in nome della difesa e della riaffermazione delle prerogative sovrane e identitarie dello Stato di appartenenza, asseritamente “usurpate” da Bruxelles, secondo gli stessi principi ispiratori dei contro limiti.

Alla luce di quanto detto, si rappresentano alcune considerazioni.

In primo luogo, si ritiene che se certamente si apprezza che le suddette istanze di difesa dell'identità nazionale siano espresse, da parte dei cittadini, per mezzo dell'esercizio del diritto di voto e che dunque abbiano sede legittima all'interno del quadro istituzionale – e non soltanto al suo esterno, come potenziale forza sovversiva – è vero anche, tuttavia, che si registra un primo paradosso: quello di deputati eletti al Parlamento europeo rappresentanti ideologie antieuropeiste, che, nei casi estremi, si fanno portatori della finalità ultima di mettere in discussione il sistema dell'UE e/o di incoraggiare l'uscita del proprio Paese. Tale paradosso, che potrebbe definirsi in termini di dubbia “costituzionalità”, è tuttavia possibile poiché in

---

<sup>11</sup> BRACK, *Euroscepticism at the supranational level: the case of the 'untidy right'*, in *the European Parliament*, in *Journal of Common Market Studies*, 51, 1, 2013, 85.

<sup>12</sup> Sui 751 membri del Parlamento europeo, 38 costituiscono il gruppo ENF, 46 l'EFDD, 16 deputati non sono iscritti ad alcun gruppo, 50 appartengono ai verdi e 52 al GUE. Fonte: [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu)

<sup>13</sup> Cfr. sul punto SAITTA *Il rapporto maggioranza-opposizione nel Parlamento europeo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007, 1-2.

nessuna normativa europea – dai Trattati e dal diritto derivato allo stesso Regolamento interno – è previsto un divieto di costituzione di partiti o gruppi parlamentari europei antisistema, al pari, di contro, della XII disp. trans. fin. della Costituzione italiana e dell'art. 21 della Legge Fondamentale tedesca.

In secondo luogo, la presenza di gruppi politici euroscettici è comprensibile anche alla luce del metodo del compromesso che da sempre connota l'operato del PE, in virtù del suo originario debole peso decisionale all'interno del contesto istituzionale. I gruppi parlamentari europei hanno finora esercitato le proprie prerogative attraverso un modello tipicamente consociativo, apparendo più come la sommatoria di singoli partiti nazionali, o l'espressione delle federazioni transnazionali, e non come vere e proprie famiglie di culture politiche europee<sup>14</sup>, accomunati, dunque, da una logica prevalentemente strumentale nella organizzazione dei gruppi<sup>15</sup>.

Tale modello è stato considerato politicamente idoneo nelle prime legislature e coerente al ruolo inizialmente attribuito al Parlamento europeo; oggi, di contro, detto modello funzionale, che ha conosciuto la sua massima stagione nella scorsa prima metà dell'attuale legislatura (la c.d. grande coalizione), non appare più del tutto idoneo al miglior espletamento della funzione rappresentativa. Tendenzialmente, infatti, accade che i gruppi parlamentari più grandi – il PPE e i S&D – coalizzandosi tra di loro e/o attraverso l'appoggio degli altri gruppi numerosi (soprattutto dell'ALDE), riescano di fatto ad escludere un qualsiasi apporto da parte degli altri gruppi: essi detengono il dominio dell'attività legislativa, cercando di raggiungere la maggioranza necessaria senza i voti dei gruppi più piccoli – specie se

---

<sup>14</sup> Come sostiene anche BARONCELLI, *I gruppi parlamentari nell'esperienza del Parlamento europeo*, in S. MERLINI (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi parlamentari, partiti: il contesto europeo*, Torino, 2002, 7 ss., nonostante l'elezione a suffragio universale del Parlamento europeo, i canali di rappresentanza dei cittadini europei non hanno sede nei gruppi parlamentari ma nei partiti nazionali che li compongono, mancando una cultura partitica europea. Ciò è confermato dal fatto che le propagande elettorali europee sono svolte dai partiti nazionali che si presentano quali portavoce a Bruxelles di istanze o programmi politici di stretta ricaduta interna, con ciò confermando la percezione che quelle europee siano elezioni di secondo ordine per gli Stati membri.

<sup>15</sup> BRESSANELLI, *National parties and group membership in the European Parliament: ideology or pragmatism?*, in *Journal of European Public Policy*, 2012, 751, afferma che la maggior parte dei partiti nazionali, una volta che i propri deputati sono eletti al Parlamento europeo, «are conditioned in their transnational affiliation by the pragmatic incentives and the office spoils that group affiliation grants».

antieuropeisti, spesso di fatto marginalizzati<sup>16</sup> –, rendendo irrealistica qualunque tipo di dialettica<sup>17</sup>.

L'inidoneità di tale *modus operandi* e *decidendi* è testimoniata oggi anche dalla rafforzata presenza dei suddetti gruppi, i quali riflettono un sentimento diffuso, nella cittadinanza europea, di assistere ad un modello decisionale poco democratico e trasparente<sup>18</sup>, che oltretutto produce effetti normativi ben tangibili nella realtà socio-economica del singolo cittadino.

#### **4.1. Esempi di istituti “anti opposizione” nel Regolamento interno del Parlamento europeo**

A conferma di quanto detto e guardando al funzionamento dell'assemblea europea, si richiama l'art. 49 Reg. Int., il quale stabilisce che la commissione parlamentare cui è stata deferita una proposta legislativa designa un relatore della proposta, secondo prassi parlamentari (c.d. *gentlemen agreements*). Il deputato titolare del report ricopre un ruolo politicamente di rilievo in quanto prepara la discussione introduttiva sull'oggetto della proposta, presenta il testo base, predispose gli emendamenti, relaziona nell'assemblea e segue gli sviluppi della proposta fino alla conclusione dell'iter. Il ruolo strategico del *rapporteur* fa sì che costui venga individuato mediante metodi che tengano

---

<sup>16</sup> NEUNREITHER, *Governance without opposition: the case of the European Union*, in *Government and opposition*, 33, 4, 1998, 429, sostiene che, se da una parte il sistema negoziale che connota la governance europea dà luogo a quello che viene definito l'*acquis communautaire*, dall'altra parte, però, «as far as political opposition is concerned, this absence of generally agreed goals and principles leads, as compared to national states, to a propensity to raise objections in principle against the system as such, its existence, its scope for action, its undemocratic character, and so on».

<sup>17</sup> BENDJABALLAH, *Des assemblées sans l'opposition? Perspectives comparées sur le Parlement européen et le Congrès américain* in *L'opposition parlementaire*, op. cit., 189, conformemente ritiene che, in riferimento al Parlamento europeo, i gruppi minoritari che non «se «diluer» dans de large coalitions de vote» (p.175) sono considerati come gruppi di contestazione: «la fréquence des compromis pluri-partisan ne doit pas occulter le fait que la manière dont ces derniers se construisent génère en elle-même des formes d'exclusion et d'opposition entre et de la part des élus. Certains, notamment issus des formations eurosceptiques, se définissent même par leur rejet de l'ordre politique européen et du compromis».

<sup>18</sup> NEUNREITHER, *Governance without opposition: the case of the European Union*, op. cit., 437, ritiene che «the lack of transparency concerning the preparation of a decision, its timing, its scope, the consultations with outside interests, the numerous expert preparatory committees, direct lobbying, and many other factors contribute to the image of an opaque machine closed to rational arguments and public dialogue».

conto proporzionalmente della grandezza dei gruppi (solitamente è il metodo D'Hondt). In questo modo, di contro, i gruppi più piccoli riescono difficilmente ad essere *rapporteurs* più volte nel corso della legislatura<sup>19</sup>, specie dei reports politicamente più rilevanti e non risulta essere molto incisiva l'attività che può svolgere il relatore ombra *ex art. 205-bis Reg. Int.*

Per tale ragione, ai gruppi euroscettici non resta altro che fare ricorso ad alcuni strumenti tipici parlamentari – come le interrogazioni, il richiamo al regolamento, le interpellanze, la proposta di risoluzione, la richiesta di discussione su tematiche di attualità – per non vedere del tutto eluso l'esercizio del loro mandato, pur essendo fortemente ridotti gli spazi d'intervento dallo stesso Regolamento del PE. Non a caso il Regolamento, nel corso degli anni, ha sempre di più configurato l'attività parlamentare nell'ottica della maggiore funzionalità e del raggiungimento del consenso, penalizzando, di contro, i gruppi più piccoli.

Si richiama, a tal proposito, un esempio emblematico tratto dalla recente versione del Regolamento Interno, approvata nel dicembre 2016. Il combinato disposto degli art. 170 e 174 Reg. Int. prevede una sorta di “canguro del compromesso” nella ricevibilità e nella votazione degli emendamenti: scaduto il termine per la loro presentazione, con l'accordo del Presidente possono essere proposti emendamenti di compromesso che sono «*presentati dai gruppi politici che rappresentano una maggioranza in Parlamento, dai presidenti o dai relatori delle commissioni interessate o dagli autori di altri emendamenti*» e che «*comportano il ritiro di altri emendamenti sullo stesso punto*». Non solo questi emendamenti, frutto di un accordo raggiunto tra i gruppi più grandi, possono essere presentati anche dopo la chiusura del termine di presentazione, ma sono altresì votati prioritariamente rispetto agli altri, sul presupposto dell'accordo del Presidente del PE, che si raggiunge allor quando egli abbia ottenuto «*il consenso del Parlamento, chiedendo a tal fine se vi sono obiezioni nei confronti della votazione di un emendamento di compromesso. Nel caso in cui vi siano obiezioni, il Parlamento decide a maggioranza dei voti espressi*».

Ad ogni modo, per quanto minoritari, la presenza di gruppi simili produce pur sempre delle conseguenze anche nei lavori parlamentari, sebbene il Regolamento interno tenda a disincentivare comportamenti ostruzionistici *ex art. 164-bis* e il sentimento antieuropeista venga

---

<sup>19</sup> CORBETT - JACOBS - NEVILLE, *The European Parliament*, op. cit., 158-159.

manifestato in modi diversi dai deputati che si professano tali<sup>20</sup>. Inoltre, è necessario rappresentare che dette opposizioni danno ampio spazio alla propria propaganda anche e soprattutto sui rispettivi territori nazionali, mediante una costante sensibilizzazione dell'opinione pubblica.

## **5. Conclusioni. Sulla necessità di positivizzare e razionalizzare la disciplina delle opposizioni politico-parlamentari europee**

Benché alcuni autori ritengano che con il Trattato di Lisbona sia in corso una “parlamentarizzazione” della forma di governo europea<sup>21</sup>, non basta più affermare che nell'Unione europea non esista un'opposizione parlamentare tradizionalmente intesa. Dalla teorizzazione di Dahl<sup>22</sup> fino al più recente report della Commissione di Venezia<sup>23</sup> si riconosce infatti la necessità che l'opposizione politica, e in special modo quella parlamentare, sia istituzionalizzata anche nel quadro europeo, al fine di evitare che l'unica opposizione presente sia, per l'appunto, quella contraria al sistema

---

<sup>20</sup> BRACK, *Euroscpticism at the suprenational level*, op. cit., 92 ss., distingue gli euroscettici tra assenti, oratori pubblici, pragmatici. I primi sono gli euroscettici estremi, in quanto, rifiutando *ex se* l'integrazione europea, ritengono del tutto privo di interesse partecipare all'attività parlamentare e si spendono per di più sul proprio territorio nazionale. Gli oratori pubblici sono invece quei deputati che professano il loro scetticismo dispensando informazioni negative sull'operato dell'UE. I pragmatici sono maggiormente presenti nei lavori parlamentari e concepiscono l'opposizione in termini costruttivi, dando rilievo alla difesa degli interessi nazionali e cercando soluzioni condivisibili in sede di voto. Molto efficace anche la ripartizione effettuata da VASILOPOULOU, *European Integration and the Radical right, three patterns of opposition*, op. cit., p.226 ss. che, all'interno della categoria dei partiti di estrema destra euroscettici, distingue tra: “*rejecting euroscpticists*”, che riconoscono il substrato storico-culturale comune agli Stati europei ma rifiutano la cooperazione tra Nazioni, difendendo la piena sovranità nazionale; i “*conditional euroscpticists*”, che riconoscono la necessità di cooperazione tra gli Stati ma rifiutano di compromettere ulteriormente la sovranità nazionale, e i “*compromising euroscpticists*”, i quali affermano la necessità che ci sia un grado di integrazione tra gli Stati europei, soprattutto per la prosperità economica delle singole Nazioni; tuttavia, essi sostengono la necessità di rinegoziare i Trattati, poiché si è eccessivamente sacrificata la promozione degli interessi e della sovranità nazionale.

<sup>21</sup> A favore CURRERI, *Lo stato dell'opposizione nelle principali democrazie europee*, in *Rivista AIC*, 3, 2016, 13 ss. *contra* RIZZONI, *Opposizione parlamentare e democrazia deliberativa*, op. cit., 308.

<sup>22</sup> Cfr. DAHL (a cura di), *Political opposition*, in *Western democracies*, London, 1966.

<sup>23</sup> COMMISSIONE EUROPEA PER LA DEMOCRAZIA ATTRAVERSO IL DIRITTO, *Report on the role of opposition in a democratic parliament*, 15-16 ottobre 2010, par.23.

istituzionale stesso<sup>24</sup>; opposizione che, per giunta, ben più facilmente trova eco al di fuori delle istituzioni<sup>25</sup>, mediante l'utilizzo (spesso distorto) dei mezzi di comunicazione.

Tuttavia, si rischia di cadere in un *misunderstanding* nel ritenere aprioristicamente che i suddetti sentimenti siano espressione di difesa dell'identità costituzionale. Come autorevole dottrina ha sostenuto<sup>26</sup>, l'antieuropeismo cui assistiamo dentro e fuori dal Parlamento europeo manifesta necessariamente una relazione, problematica potremmo aggiungere, con i principi del costituzionalismo: gli euroscettici, infatti, si professano difensori dell'identità costituzionale che si esplica nella difesa della nazionalità, potendo immaginare che essi ritengano, così, implicitamente violato l' art. 4, par. 2 TUE, nella parte in cui proclama che l'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri, «*insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale*», nonché «*le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale*».

Sembrirebbe, dunque, che gli euroscettici riconoscano al potere costituente un ruolo di assoluta primazia quale fonte dal quale promana il potere del popolo sovrano e il cui esercizio, specie mediante la produzione legislativa, mira a proteggere quella stessa identità nazionale di cui si ergono difensori in sede europea. Detta primazia, tuttavia, viene sovente piegata a favore dell'asserita “volontà del popolo sovrano”<sup>27</sup>, che si traduce

---

<sup>24</sup> Ancora NEUNREITHER, op. cit., 439, ritiene da ultimo che «the absence of a structured opposition renders the system very fragile: even minor, issue-orientated grievances turn themselves against the system itself. Policy-orientated opposition is transformed into systemic opposition, a very dangerous phenomenon».

<sup>25</sup> BRACK, *Euroscepticism at the supranational level*, op. cit., 102, sostiene che «because of this lack of opportunities for dissenting voices cannot organize opposition in the EU, we are then almost forced to organize opposition to the EU. While european citizens are increasingly willing to express dissatisfaction with the EU, the EP as an elected institution has failed to build effective links between the people and the EU. The presence of Eurosceptic MEPs could then help enhance these links by allowing this dissatisfaction to be expressed and engaged with inside the EP and, hence, by making an opposition in the EU possible».

<sup>26</sup> CORRIAS, *Populism in a constitutional key: constituent power, popular sovereignty and constitutional identity*, in *European Constitutional Law Review*, 12. 1, 2016, 8.

<sup>27</sup> CORRIAS, *Populism in a constitutional key*, ult. op. cit., afferma che «the populist will always value ‘the will of the people’ above constitutional rules and procedures and will actively search for ways to overcome or avoid these. In short, the populist reading of constituent power displays a strong preference of the rule of men over the rule of law and, as a consequence, a general distrust of law and procedures».

sostanzialmente in termini di superiorità della volontà politica della Nazione, non soltanto rispetto al sistema dell'Unione europea, ma anche allo stesso potere costituente interno. Dunque, secondo gli euroscettici, quegli stessi principi che sintetizzano l'identità costituzionale di uno Stato sarebbero, in realtà, cedevoli dinanzi alla mitologica superiorità della sovranità popolare.

Alla luce del pericolo obiettivo che si correrebbe nell'adattare una concezione politicizzata di identità nazional-costituzionale all'interno del funzionamento delle istituzioni europee, si ritiene in conclusione necessario, oltre che urgente, il superamento del consociativismo che connota i lavori parlamentari che, nella sua accezione negativa, non fa che alimentare quel sentimento di antieuropeismo sopra descritto e quanto mai diffuso oggi.

Sembra altresì non più procrastinabile, da ultimo, un intervento normativo a livello dei Trattati e del diritto derivato per disciplinare e razionalizzare le prerogative delle minoranze nel PE, all'interno di un rinnovato quadro istituzionale europeo<sup>28</sup>, sì da evitare che dette istanze euroscettiche possano sfociare in atteggiamenti e azioni *extra ordinem*, oltre che *extra* istituzioni, e vengano, piuttosto, manifestate a pieno titolo nell'ambito dei diritti politici delle minoranze, quali diritti risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri *ex art. 6 TUE*, insiti nell'identità costituzionale e nazionale di *tutti* gli Stati europei che si professano democratici.

---

<sup>28</sup> Coerentemente, SAITTA, *Il rapporto maggioranza-opposizione nel Parlamento europeo*, op. cit., 8, osserva che «emerge l'impressione che il disegno del Parlamento europeo è di sicuro pluralismo politico ma non contempla una funzione costituzionale dell'opposizione. Ciò all'evidenza (...) per l'assenza della funzione di opposizione». «Il mancato riconoscimento di un ruolo garantito per l'opposizione parlamentare, forse addirittura, la mancata visione di una contrapposizione dicotomica tra maggioranza e opposizione, quali schieramenti parlamentari stabili in riferimento ad un progetto di indirizzo politico in corso di realizzazione, è una delle spie più significative della incompletezza del disegno costituzionale europeo».

## **THE HUNGARIAN CONSTITUTIONAL COURT AND THE CONCEPT OF NATIONAL CONSTITUTIONAL IDENTITY**

**Katalin Kelemen**

*Senior Lecturer, Örebro University (Sweden)*

*Con una decisione molto attesa, pubblicata nel dicembre 2016, la Corte costituzionale ungherese si è pronunciata su alcune questioni relative alla relazione tra l'ordinamento giuridico dell'Unione europea e l'ordinamento costituzionale dell'Ungheria. Con questa decisione i giudici costituzionali ungheresi offrono un contributo alla definizione di due concetti importanti: sovranità statale e identità costituzionale. Il presente articolo intende presentare la decisione della Corte costituzionale ungherese e discuterla in una prospettiva comparata.*

*In a long-awaited decision published in December 2016, the Hungarian Constitutional Court seems to have settled some of the questions related to the relationship between the EU legal order and Hungary's constitutional order. In this decision, the Hungarian constitutional judges offer some guidance on two important concepts: state sovereignty and constitutional self-identity. This paper aims to present the Hungarian Constitutional Court's decision and to discuss it from a comparative perspective.*

### **Table of contents:**

1. Introduction
2. The Constitutional Court's composition
3. The decision
4. Separate opinions
5. Reference to foreign case-law: An overview or a comparison?
6. Final remarks



## 1. Introduction

In a long-awaited decision delivered in December<sup>1</sup> (the only decision officially translated into English that year)<sup>2</sup> the Hungarian Constitutional Court seems to have settled some of the questions related to the relationship between the European Union's (EU) legal order and Hungary's constitutional order. In this decision, the Hungarian constitutional judges offer some guidance on two important concepts: state sovereignty and constitutional self-identity. With this decision, the Hungarian Constitutional Court deliberately entered the dialogue that is taking place between European domestic courts on the relationship between EU law and national constitutions.<sup>3</sup> Its reasoning clearly builds upon the approach taken by the German Federal Constitutional Court (*BVerfG*) setting limits to the primacy of EU law over national constitutions that was followed by many other courts.

## 2. The Constitutional Court's composition

The Hungarian Constitutional Court was almost unanimous in its conclusions; only one member (Judge Salamon) chose to dissent. Such level of agreement is unsurprising, considering that all ten judges had been appointed by the same parliamentary majority, which had been made possible by a reform of the appointment procedure in 2011.<sup>4</sup> Interestingly, the decision had been delivered the day before four new judges entered into office. The four new judges, unlike the already sitting members, were elected with the support of one of the opposition parties (LMP). However, even if nine of the ten judges share the conclusions, the reasoning of the

---

<sup>1</sup> Decision no. 22/2016 (XII.5.) AB of 30 November 2016, in original Hungarian at <http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/1361AFA3CEA26B84C1257F10005DD958?OpenDocument> accessed 18 July 2017. The (anonymised) text of the petition is also available on the same page.

<sup>2</sup> English translation available at <[http://hunconcourt.hu/letoltesek/en\\_22\\_2016.pdf](http://hunconcourt.hu/letoltesek/en_22_2016.pdf)> accessed 18 July 2017.

<sup>3</sup> The topic is attracting increasing attention in constitutional scholarship. At the last annual ICON-S Conference, held on 5–7 July in Copenhagen, several parallel sessions were dedicated to the issue, with the participation of many eminent scholars.

<sup>4</sup> See KELEMEN, *Cinque nuovi giudici alla Corte costituzionale ungherese*, in *Diritti Comparati*, 1 December 2011, <http://www.diritticomparati.it/cinque-nuovi-giudici-alla-corte-costituzionale-ungherese/> accessed 18 July 2017.

decision is enriched and/or contested by five concurring opinions, some of which in fact get close to a dissenting opinion.

### 3. The decision

The case was initiated by the Ombudsman, who requested the interpretation of two constitutional provisions: the ‘collective expulsion’ clause of art. XIV(1) and the ‘joint exercise of competences’ clause of the EU provision contained in art. E(2). The petition was prompted by the EU’s decision to order the transfer of 1294 asylum seekers from Italy and Greece to Hungary.<sup>5</sup> The Ombudsman first asked the Constitutional Court whether this collective transfer violated the prohibition on the collective expulsion of foreigners provided by art. XIV(1), since the procedure does not provide for ‘the comprehensive examination on the merits of the individual situations of the applicants’.<sup>6</sup> Three more questions were posed by the Ombudsman, which concerned more abstract issues related to the ‘joint exercise of competences’ clause of art. E(2). These included:

1) Are state bodies and institutions entitled or obliged to implement EU measures which are in conflict with fundamental rights protected by the Fundamental Law? And, in case, which Hungarian institution may declare this violation?<sup>7</sup> The question essentially aims to clarify if a fundamental rights-reservation review of EU law might be performed.

2) Where Article E(2) requires that ‘Hungary may, to the extent necessary to exercise the rights and fulfil the obligations set out in the founding treaties, exercise some of its competences deriving from the Fundamental Law jointly with other Member States, through the institutions of the European Union’, does that mean that the implementation of an *ultra vires* act might be restricted? If so, which Hungarian institution may declare that an EU measure was adopted *ultra vires*?<sup>8</sup> The question essentially aims to clarify if an *ultra vires* review of EU law might be performed.

3) Do Articles E and XIV authorise or restrict Hungarian institutions and bodies to allow the transfer of a group of foreign persons collectively,

---

<sup>5</sup> Council Decision (EU) 2015/1601 of 22 September 2015.

<sup>6</sup> Para. 3 of the Decision.

<sup>7</sup> Para. 13.

<sup>8</sup> Para. 14.

without the assessment of their individual and personal situation, without their consent, and without the application of objectively prescribed criteria?<sup>9</sup>

Regrettably, the Constitutional Court decided to detach the first question and to examine it in a separate proceeding.<sup>10</sup> It answered only the latter three questions in this decision. Thus, notwithstanding the law requires that a petition for constitutional interpretation shall concern a concrete constitutional issue,<sup>11</sup> the petitioner's most concrete question has been detached from the rest of the petition. While the petition was phrased in more concrete terms, and the Ombudsman presented all his questions in connection with the controversial EU Decision,<sup>12</sup> the Constitutional Court reasons at a high level of abstraction, and the concepts of state sovereignty and constitutional identity are discussed in very general terms.<sup>13</sup>

Still, the Court offers a few important conclusions. First, as regards the fundamental rights-reservation review (*alapjogi fenntartás*), the Court acknowledges the point of view of the Court of Justice of the European Union (CJEU), but prefers to follow the lead of other national constitutional courts instead.<sup>14</sup> It explicitly refers to, and briefly summarises, the landmark cases of other Member States' constitutional and supreme courts, including Estonia, France, Ireland, Latvia, Poland, Spain, the Czech Republic, the United Kingdom, and Germany.<sup>15</sup> The Court gives an affirmative answer to the Ombudsman's question when it states that «within its own scope of competences ... in exceptional cases and as a resort of *ultima ratio*, i.e. along with paying respect to the constitutional dialogue between the Member States, it can examine whether exercising competences on the basis of Article E(2) of the Fundamental Law results in the violation of human dignity, the essential content of any other fundamental right or the sovereignty (including the extent of the competences transferred by the state)

---

<sup>9</sup> Para. 15.

<sup>10</sup> Para. 29.

<sup>11</sup> Art. 38 of the Constitutional Court Act (Act no. CLI of 2011), available in English at <http://hunconcourt.hu/rules/act-on-the-cc> accessed 18 July 2017.

<sup>12</sup> The text of the petition is available in Hungarian at [http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/1361afa3cea26b84c1257f10005dd958/\\$FILE/X\\_3327\\_0\\_2015\\_inditvany.002.pdf/X\\_3327\\_0\\_2015\\_inditvany.pdf](http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/1361afa3cea26b84c1257f10005dd958/$FILE/X_3327_0_2015_inditvany.002.pdf/X_3327_0_2015_inditvany.pdf) accessed 18 July 2017.

<sup>13</sup> In his concurring opinion, Judge Juhász also expresses criticism of the separation of the petitioner's first question on the ground that it postpones the decision for indefinite time, while the EU Council Decision in question is already applicable (para. 84).

<sup>14</sup> Paras. 32–33.

<sup>15</sup> Paras. 35–44. The Court also refers to a number of other foreign judgments (including six decisions of the Italian Constitutional Court) without, however, presenting their content (in para. 34).

and the constitutional self-identity of Hungary».<sup>16</sup> A further constitutional basis for this conclusion would be Article I(1) of the Fundamental Law, which provides that the protection of the inviolable and inalienable fundamental rights shall be the primary obligation of the state.<sup>17</sup>

In relation to fundamental-rights review, the Hungarian Constitutional Court also refers to a decision of the European Court of Human Rights,<sup>18</sup> which established that a Member State's liability for human rights violation cannot be exempted by making reference to implementing EU law.<sup>19</sup> In addition, the Hungarian Court expressly relies on the BVerfG's *Solange* jurisprudence when declaring that the level of protection for fundamental rights offered by the European Union is adequate. For this reason, the Hungarian Constitutional Court reaches the same conclusion as its German counterpart, i.e. that fundamental-rights review should be performed only as an *ultima ratio*.<sup>20</sup>

Second, as regards *ultra vires* review, the Court imposes two limits on the transfer and joint exercise of competences: Hungary's sovereignty and constitutional self-identity.<sup>21</sup> The review of both would be within the Constitutional Court's competence,<sup>22</sup> which has to examine them with due regard to each other.<sup>23</sup> The Court establishes the presumption of maintained sovereignty (*fenntartott szuverenitás védelme*), according to which, by joining the EU, Hungary has not surrendered its sovereignty.<sup>24</sup> It is done on the basis of Article B(1) of the Fundamental Law, which provides that Hungary shall be an independent, democratic state under the rule of law.<sup>25</sup> The identity review, on the other hand, would be based on art. 4(2) TEU, which provides that the EU shall respect the Member States' national identities.<sup>26</sup> In its reasoning, the Court argues that "national identity" (translated as *nemzeti identitás* in the TEU's official Hungarian translation) means "constitutional self-identity" (*alkotmányos önazonosság*),<sup>27</sup> and gives

---

<sup>16</sup> Para. 46.

<sup>17</sup> Para. 48.

<sup>18</sup> *Matthews v. United Kingdom* (1999) 28 EHRR 361.

<sup>19</sup> Para. 48.

<sup>20</sup> Para. 49.

<sup>21</sup> Para. 54.

<sup>22</sup> Para. 55.

<sup>23</sup> Para. 67.

<sup>24</sup> The Court states that sovereignty is not a competence but 'the ultimate source of competences', and as such it cannot be transferred (para. 60).

<sup>25</sup> Para. 59.

<sup>26</sup> Para. 62.

<sup>27</sup> Para. 64.

a few examples of values that would belong to this concept, such as fundamental freedoms, separation of powers, republican form of state, respect of autonomies under public law, freedom of religion, lawful exercise of power, parliamentarianism, equality before the law, acknowledging the judicial power (whatever that means),<sup>28</sup> and the protection of national minorities. These would be achievements of Hungary's historical constitution, which is a concept coined by the preamble of the Fundamental Law.<sup>29</sup> However, the Court reserves itself the right to «unfold the content of the concept [of constitutional identity] from case to case».<sup>30</sup>

The Court is very succinct in its answer to the petitioner's last question, while that is the only one examined in the present case which is related to the constitutional issue that prompted the petition in more concrete terms. The question was whether the Fundamental law authorises or restricts Hungarian institutions and bodies to allow the transfer of a group of foreign persons collectively, without the assessment of their individual and personal situation, without their consent, and without the application of objectively prescribed criteria. The Court finds that if it is likely that the joint exercise of competence violates human dignity, other fundamental rights, the sovereignty or the constitutional self-identity of Hungary (the latter being based on the historical constitution), it may examine, in the exercise of its competences, the existence of the alleged violation.<sup>31</sup>

#### 4. Separate opinions

The Court's conclusion is downsized by Judge Dienes-Oehm in his concurring opinion. He states that EU law measures cannot be object of (preventive or subsequent) constitutional review or of constitutional complaint, because they do not fall within the notion of «legal rules» (*jogszabályok*) as defined by art. 24(2) of the Fundamental Law.<sup>32</sup> The

---

<sup>28</sup> The original Hungarian phrase reads «a bírói hatalom elismerése», which literally means «the recognition of judicial power», but it still does not offer much guidance on what it exactly means and whether it is different from the principle of judicial independence.

<sup>29</sup> Para. 65. The preamble (named «Avowal of National Faiths») declares: «We honour the achievements of our historical constitution and we honour the Holy Crown, which embodies the constitutional continuity of Hungary's statehood and the unity of the nation. We do not recognise the suspension of our historical constitution due to foreign occupations.»

<sup>30</sup> Para. 64.

<sup>31</sup> Para. 69.

<sup>32</sup> Para. 79.

Constitutional Court may examine the constitutionality of *ultra vires* EU measures only when exercising its competence of interpretation of the constitutional provisions. This would also mean, according to Judge Dienes-Oehm, that the Constitutional Court cannot impose legal consequences.<sup>33</sup>

Another concurring opinion, the one authored by Judge Varga Zs., examines the concept of “historical constitution” more closely and offers a more exhaustive analysis on this point than the majority decision. He argues that «in the case of Hungary, national identity is in particular inseparable from constitutional identity, since the constitutional governance of the country has always been one of the core values the nation has insisted on, even at the times when foreign powers occupied the whole country or part of it».<sup>34</sup> He claims that this legal value has been manifested and can be recognised in historical documents, such as the Golden Bull, the Tripartitum, the Torda Laws, the Pragmatica Sanctio, the laws of April 1848, and the laws of the Austro-Hungarian Compromise of 1867.<sup>35</sup> The values represented by these documents would form Hungary’s constitutional self-identity, which cannot be waived either by way of an international treaty or a constitutional amendment, because «legal facts cannot be changed through lawmaking».<sup>36</sup>

## 5. Reference to foreign case-law: An overview or a comparison?

As pointed out above, the Hungarian Constitutional Court deliberately chose to follow the lead of other national constitutional courts instead of supporting the CJEU’s position. The Court explicitly refers to, and briefly summarises, a number of landmark cases from other Member States’ constitutional and supreme courts.<sup>37</sup> But the overview of foreign cases offered by the Court is far from being complete and it is even less comparative. It does not take into consideration some more recent foreign judgments and does not make any comparison between the cases.

---

<sup>33</sup> Para. 82.

<sup>34</sup> Para. 112 (para. 110 in the English version).

<sup>35</sup> For a brief account of Hungarian constitutional history see KELEMEN, *La storia costituzionale ungherese*, in FERRARI (a cura di), *La nuova Legge fondamentale ungherese*, Torino, 2012, 1.

<sup>36</sup> Para. 112 (para. 110 in the English version).

<sup>37</sup> It quotes from 17 foreign (domestic) judgments, to be precise (in paras. 35–49), and references other 13 (in para. 34).

Most surprisingly, the Hungarian Constitutional Court does not include in its overview the Belgian Constitutional Court's judgment delivered in April the same year,<sup>38</sup> while the two decisions have much in common. The Belgian judgment is even more concise and abstract regarding the question of reviewing the constitutionality of EU law. The Belgian Court's acknowledgement of jurisdiction in this regard is actually merely *obiter dictum*.<sup>39</sup> However, this short *obiter dictum* establishes three limits to the primacy of EU law: constitutional identity, limited attribution of powers, and «the basic values of the protection offered by the Constitution to all legal subjects».<sup>40</sup> At the same time, similarly to the Hungarian decision, it leaves several questions open, such as the procedure to be followed for constitutional review of EU law, the degree of tolerance granted to European institutions, or whether national identity would remain inviolable and what constitutes Belgian national identity.<sup>41</sup>

The Hungarian Constitutional Court's reception of the German solution has been criticised both by scholars and by some of its own members. Two concurring judges expressed their concerns about the reception of a foreign solution without a sufficient justification that would be based on the Hungarian Fundamental Law. Judge Juhász argues that the Court should have analysed the level of protection offered by EU law on the basis of Hungarian constitutional law. He points out that since the adoption of the *Solange II* decision in 1986<sup>42</sup> new directions of examination in time and space have become necessary due to the expansion of the European Union.<sup>43</sup> According to Judge Juhász, the level of protection of the EU cannot be defined in an exact way, and it raises several questions that are still to be answered (such as the relationship between the CJEU and the European Court of Human Rights, for example).<sup>44</sup> Similarly, Judge Stumpf criticises

---

<sup>38</sup> Decision no. 62/2016 of 28 April 2016.

<sup>39</sup> GÉRARD - VERRIJDT, *Belgian Constitutional Court Adopts National Identity Discourse*, in *Eur. Const. L. R.* 2017, 186. The Belgian Constitutional Court did not rule on the merits of the petitions, which were declared inadmissible. While it usually maintains a low threshold when applying admissibility criteria, this time it denied standing to all applicants on the ground that they did not have any personal interest at stake. ID. 184-185.

<sup>40</sup> See part B.8.7 of the Decision. Gérard and Verrijdt interpret the latter as a procedural safeguard, which would aim to safeguard full access to judicial review, even if EU law dictates otherwise. It would be, therefore, an implicit critique of the CJEU's *Melloni* judgment. See GÉRARD – VERRIJDT, cit., 188.

<sup>41</sup> See GÉRARD – VERRIJDT, cit., 197.

<sup>42</sup> BVerfGE, [1987] 3 CMLR 225 (22 October 1986).

<sup>43</sup> Para. 86.

<sup>44</sup> Para. 87.

the Court for having copied one sentence from a German judgment without being justified on the basis of the Hungarian Fundamental Law.<sup>45</sup>

Scholars, on the other hand, criticised the Hungarian Constitutional Court for having misused or, at least, misinterpreted the BVerfG's jurisprudence.<sup>46</sup> Some argued that the Court took the opportunity to make up for the failure of the Seventh Amendment to the Fundamental Law which would have introduced the notion of constitutional identity in several provisions of the Fundamental Law.<sup>47</sup> According to Gábor Halmai, the Constitutional Court essentially «rubber stamped the constitutional identity-defense of the Orbán-government».<sup>48</sup>

The Hungarian Constitutional Court's reasoning, indeed, stands on weak grounds. Many arguments that the Court puts forward are undeveloped. Disregarding the parts of the decision that offer a statement of the case and references to foreign case-law, the reasoning itself is limited to paragraphs 46–69. The Court fails to offer a satisfactory explanation on several points. For example, it is not clear what is meant by *ultima ratio* exercise of the *ultra vires* review.<sup>49</sup> It is hardly a sufficient explanation to state, as the Court

---

<sup>45</sup> According to Judge Stumpf, para. 66 of the majority judgment would be a translation from BVerfG, 2 BvE 2/08, of 30 June 2009. See para. 108 in his concurring opinion (para. 106 in the English version in which the numbering went wrong). As a matter of fact, para. 66 of the Hungarian decision resembles very closely the fourth headnote (*Leitsatz*) of the German *Lissabon-Urteil*, which also refers to the citizens' living conditions, private sphere of their own responsibility, as well as cultural, historical and linguistic perceptions, for the political formation of which sufficient space should be left to the Member States.

<sup>46</sup> See, for example, HALMAI, *The Hungarian Constitutional Court and Constitutional Identity*, in *Verfassungsblog*, 10 January 2017, <<http://verfassungsblog.de/the-hungarian-constitutional-court-and-constitutional-identity/>>; KOVÁCS, *Az alkotmányos identitás árnyéka* [The shadow of constitutional identity], in *Szuverén*, 9 January 2017, <<http://szuveren.hu/jog/az-alkotmanyos-identitas-arnyeka>>; DRINÓCZI, *A 22/2016 (XII. 5.) AB határozat: mit (nem) tartalmaz, és mi következik belőle* [Decision 22/2016 (XII.5) AB: What it does (not) contain, and what follows from it], MTA Law Working Papers 1/2017, <[http://jog.tk.mta.hu/uploads/files/2017\\_01\\_Drinoczi.pdf](http://jog.tk.mta.hu/uploads/files/2017_01_Drinoczi.pdf)>; all accessed 18 July 2017.

<sup>47</sup> DRINÓCZI, cit., 6. The Seventh Amendment would have amended the preamble and arts. E(2), R(4), XIV(1)-(3), and would have added a new fourth paragraph to art. XIV. The full text is available in Hungarian at <<http://www.parlament.hu/irom40/12458/12458.pdf>> accessed 31 May 2017. About the failed adoption of the proposed Seventh Amendment by the Hungarian Parliament see Uitz, *National Constitutional Identity in the European Constitutional Project: A Recipe for Exposing Cover Ups and Masquerades*, in *Verfassungsblog*, 11 November 2016, <<http://verfassungsblog.de/national-constitutional-identity-in-the-european-constitutional-project-a-recipe-for-exposing-cover-ups-and-masquerades/>> accessed 18 July 2017.

<sup>48</sup> HALMAI, cit.

<sup>49</sup> Para. 46. See in this sense, also DRINÓCZI, cit., 11.



does, that respect should be paid to the constitutional dialogue between the Member States. The Court also fails to explain what happens if an EU act is found to violate fundamental rights enshrined in the Hungarian Fundamental Law. As regards *ultra vires* review, it underlines that the direct subject of control is *not* the EU act, the validity of which is not within the competence of the Constitutional Court.<sup>50</sup> However, a similar statement is not made in relation to fundamental-rights review.<sup>51</sup> In addition, even in relation to *ultra vires* review, it is unclear what would the legal consequences be of such a decision. In his concurring opinion, Judge Varga Zs (joined by Judge Pokol), argues that the Court may conclude that a new authorisation of the Parliament (by two-thirds majority) is required to recognise the binding force of the *ultra vires* act.<sup>52</sup> This argument is, however, not taken up by the majority. Moreover, the possibility of making a preliminary reference to the CJEU is not even touched upon by the Court.<sup>53</sup>

As to the concept of constitutional identity, it indeed seems that the Hungarian Constitutional Court copies arguments from the *BVerfG* without, however, a proper foundation in the Hungarian Fundamental Law. Identity review is a part of the *ultra vires* review competence in German constitutional jurisprudence too, but the *BVerfG* anchors it to the German Basic Law's „eternity clause” (*Ewigkeitsklausel*) contained in Article 79(3).<sup>54</sup> The „eternity clause” prohibits the amendment of certain constitutional principles, and it is explicitly invoked by the Basic Law's EU clause as a limit of Germany's participation in European integration.<sup>55</sup> There are no similar provisions in the Hungarian Fundamental Law. The only limit that the Hungarian constitution's EU clause imposes to the joint exercise of competences with other Member States are the «rights and obligations deriving from the Founding Treaties».<sup>56</sup> In addition, the *BVerfG* qualifies the limit by making reference to the principle of openness towards European law (*Europarechtsfreundlichkeit*) and principle of sincere cooperation laid down in Article 4(3) of the TEU.<sup>57</sup> No similar qualification can be found in the Hungarian decision.

---

<sup>50</sup> Para. 56.

<sup>51</sup> See in this sense also DRINÓCZI, cit., 11.

<sup>52</sup> Para. 114 (para. 112 in the English translation).

<sup>53</sup> DRINÓCZI, cit., 13.

<sup>54</sup> 2 BvE 2/08, 30 June 2009, para. 240.

<sup>55</sup> Article 23(1) third sentence of the Basic Law.

<sup>56</sup> Article E(2).

<sup>57</sup> 2 BvE 2/08, 30 June 2009, para. 240.

## 6. Final remarks

While this decision may be seen as offering an answer to some questions concerning the relationship between the new Hungarian Fundamental Law and the EU legal order, the issue is far from being settled. There are at least two circumstances that make it uncertain how the Court's case-law will develop in the future. First, the arrival of four new judges to the Court after this decision might bring about a change in its orientation. Five judges decided to write separately in this case, which shows that the Court already lacks complete unity on these issues. However, all fifteen current members of the Court have been elected by the same governmental majority, so a radical change in orientation is highly unlikely in the near future. Second, the high level of abstraction of the Court's reasoning makes it difficult to foresee how more concrete constitutional problems related to constitutional identity will be solved. The most concrete question raised by the Ombudsman – whether the collective transfer violates the prohibition on the collective expulsion of foreigners –, has been separated from the rest of the petition and is still to be answered.

Considering the lacking use of the comparative method and the unsatisfactory reasoning in this decision, we may wonder whether the Hungarian Constitutional Court did really enter the dialogue on constitutional identity or just paid lip service to it. Unlike the German Federal Constitutional Court in the OMT case, the Hungarian Court did not make a preliminary reference to the CJEU and does not even discuss this possibility in its decision. The EU Decision that prompted the Ombudsman's petition has been completely ignored by the Court, which instead delves into an abstract and theoretical discussion about sovereignty and national identity.



**IL PRIMATO DEL DIRITTO EUROPEO: TRE CASI A CONFRONTO****Floriana Plataroti**

*Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche presso l'Università degli Studi di Siena*

*In questo articolo si analizzeranno tre casi significativi della giurisprudenza europea nei quali la tutela multilivello dei diritti sembra essersi eclissata dietro l'affermazione della primauté del diritto eurounitario anche a discapito dei livelli di maggior tutela garantiti dagli ordinamenti nazionali.*

*Three examples of the European case law in which the multilevel protection of rights seems to disappear behind the claim of the primacy of the European union law, even to the detriment of the greater protection levels guaranteed by national systems, will be discussed in the present article.*

**Sommario:**

1. Premessa
2. Cenni sulla giurisprudenza europea: i casi Niselli e Melloni
3. Taricco: una vicenda singolare
4. L'intervento della Consulta: l'ordinanza n. 24/17
5. Conclusioni

## 1. Premessa

L'ingresso di nuove fonti del diritto ha progressivamente portato al disfacimento del sistema incentrato sulla sovranità degli Stati facendo "tramontare" l'autarchia dello *ius puniendi*.

Infatti, se nello Stato liberale la legge ed il principio di legalità assumevano un ruolo centrale per la qualificazione dello Stato di diritto, oggi anche questi principi appaiono meno "granitici", dato che essi sono in qualche misura sottoposti alle interpretazioni delle Corti sovranazionali.

Un esempio molto chiaro di questo fenomeno è offerto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale, dovendosi misurare sia con ordinamenti di *civil law* che di *common law*, tende a superare l'equiparazione tra norma astratta e norma concreta derivante dall'applicazione di un criterio giurisprudenziale, così che il giudice appare a sua volta non solo come interprete della norma ma anche come "creatore", in qualche modo, della medesima. Questa operazione nel campo della legge penale produce, diverse problematicità rispetto a quegli ordinamenti che hanno regole di stretta legalità poste a livello costituzionale. Infatti, seguendo il percorso dei diritti fondamentali nella dimensione europea e la suggestione del loro massimo livello di salvaguardia realizzabile attraverso la c.d. tutela multilivello, ci si imbatte in pronunce della Corte di Giustizia dell'UE che evidenziano i complessi e difficili rapporti tra diritto penale e diritto europeo.

## 2. Cenni sulla giurisprudenza europea: i casi Niselli e Melloni

A tal riguardo è opportuno richiamare, seppur brevemente, alcuni dei casi più significativi della giurisprudenza europea, quali i casi Niselli, Melloni ed infine -in ordine cronologico- il caso Taricco sul quale ci soffermeremo più puntualmente.

Nella prima vicenda<sup>1</sup> la Corte di Giustizia è stata chiamata a verificare la compatibilità della nozione di rifiuto con quella prevista da una Direttiva

---

<sup>1</sup> Corte di Giustizia, 11 novembre 2004, causa C-457/02. Il caso riguardava Antonio Niselli, legale rappresentante della società ILFER s.p.a., che era stato condannato per il reato di attività di gestione di rifiuti non autorizzata; un semirimorchio della ILFER s.p.a. era stato, infatti, sequestrato perché trasportava rottami ferrosi sprovvisto del modulo d'identificazione dei rifiuti previsto dal decreto legislativo n. 22/1997. Secondo una perizia presentata nel corso del procedimento penale, i materiali posti sotto sequestro provenivano dalla demolizione di

comunitaria dalla quale dipendeva la possibilità di perseguire o meno il reato contestato all'imputato. Più precisamente, la Corte in tale sede precisò che «una direttiva non può avere l'effetto di per sé e indipendentemente da una norma giuridica di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare, aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni»<sup>2</sup> poiché, se così fosse, si riconoscerebbe in capo all'Unione Europea il potere di emanare norme che abbiano l'effetto di creare degli obblighi a carico dei singoli mediante le direttive, mentre «tale competenza le spetta solo laddove le sia attribuito il potere di adottare regolamenti»<sup>3</sup>. Nonostante tale affermazione preliminare, i giudici di Lussemburgo dichiararono l'incompatibilità con il diritto comunitario della norma più favorevole introdotta dal legislatore italiano<sup>4</sup>, escludendo

---

macchinari e di automezzi o dalla raccolta di oggetti di scarto. Essi derivavano da diversi cicli tecnologici, dai quali erano stati estromessi perché non più utilizzabili in tali cicli. Dovendo decidere del seguito del procedimento penale dopo l'entrata in vigore del decreto legge n. 138/2002, il Tribunale penale di Terni si era interrogato in sostanza in merito all'«interpretazione autentica» della nozione di rifiuto fornita dall'art. 14 del decreto legge n. 138/2002, che poteva essere in contrasto con la direttiva 75/442. Secondo una prima interpretazione, i fatti addebitati al Sig. Niselli non costituivano più reato, in quanto i rottami ferrosi posti sotto sequestro erano destinati al riutilizzo e quindi non potevano più essere qualificati come rifiuti. Tuttavia, nell'ipotesi in cui tale interpretazione fosse risultata incompatibile con la direttiva 75/442, il procedimento penale sarebbe dovuto proseguire sulla base dell'imputazione formulata. Il Tribunale penale di Terni, pur precisando che la Commissione aveva promosso contro la Repubblica italiana un procedimento per inadempimento degli obblighi ad essa imposti dalla direttiva 75/442, aveva deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le questioni pregiudiziali, sull'interpretazione delle parole «si disfi», «abbia deciso» o «abbia l'obbligo di disfarsi», recepite in Italia dall'articolo 6, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 22/97, nonché la riconducibilità della nozione di rifiuto per beni o sostanze e materiali residuali di produzione o di consumo riutilizzati nel medesimo o in analogo o diverso ciclo produttivo o di consumo.

<sup>2</sup> Punto 29 della sentenza. V. anche Corte di Giustizia, sentenze 8 ottobre 1987, causa C-80/86, *Kolpinghuis Njimegen*, in *Racc.* I, 3969, punto 13, e 26 settembre 1996, causa C-168/95, *Arcaro*, in *Racc.* I, 4705, punto 37, ma anche ordinanza 19 settembre 2001 c-18/00, *Procedura penale contro Maurizio Perino*, dispositivo nonché ordinanza *Saetti e Frediani*, cit., punto 25 entrambe disponibili sul sito [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int). Da ultimo si veda la sentenza della Corte di Giustizia 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e altri*, disponibile sul medesimo sito internet.

<sup>3</sup> Corte di giustizia, 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, in *Raccolta*, I, 3325, *Faccini* punto 20.

<sup>4</sup> La Corte di Giustizia sul punto ha affermato che nella fattispecie era pacifico che, all'epoca dei fatti che avevano dato luogo al procedimento penale a carico del sig. Niselli, essi potevano, integrare gli estremi di infrazioni sanzionate penalmente. Si veda per approfondimenti, GIUNTA, *La nozione penalistica di rifiuto al cospetto della giurisprudenza CE*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 1036 ss.; VAGLIASINDI, *La definizione di rifiuto tra*

qualsiasi contrasto con il principio di legalità «*dato che i fatti, sono stati commessi sotto la vigenza della normativa incriminatrice originaria e quindi da questa puniti senza che sia la norma comunitaria contenuta in una direttiva a fondare direttamente la responsabilità dell'imputato*».

Tale ragionamento pone un problema di fondo relativo al contrasto tra le norme del codice penale (artt. 2 c.2, e 3) rispetto al primato delle norme europee<sup>5</sup>. Se infatti si ritenesse che il giudice debba disapplicare le norme interne per contrasto con il diritto europeo, ciò comporterebbe di fatto una riespansione della responsabilità penale del singolo, in deroga al principio di retroattività favorevole.

Anche il successivo caso Melloni<sup>6</sup> presenta dei profili di complessità, sia pure sotto il differente punto di vista delle relazioni tra i c.d. “controlimiti”

---

*diritto penale ambientale e diritto comunitario (Prima parte)*, in Riv. Trim. di Dir. Pen. Ec., 2005, 973 ss.; ID., *La definizione di rifiuto tra diritto penale ambientale e diritto comunitario (Parte seconda)*, in Riv. Trim. di Dir. Pen. Ec., 2006, 157 ss.; PAONESSA, *La definizione nazionale di rifiuto approda al vaglio della Consulta*, in Riv. Trim. di Dir. Pen. Ec., 2006, 333 ss..

<sup>5</sup> In proposito, l'avvocato generale nelle conclusioni presentate il 14 ottobre 2004 nelle cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Silvio Berlusconi e altri*, ha osservato che: «*non cambierebbe nulla inoltre se si dovesse considerare il principio dell'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole –contrariamente alla tesi qui sostenuta– non come un principio comunitario, ma solo come una questione di diritto nazionale. Infatti, il diritto comunitario pone limiti alle competenze degli Stati membri anche in sede di applicazione di disposizioni nazionali. Dal primato del diritto comunitario deriva che i giudici del rinvio, nei procedimenti penali pendenti, devono osservare il diritto comunitario, nonché in particolare i precetti e i giudizi di valore del legislatore comunitario che emergono dalle direttive sul diritto societario*» (punto 166).

<sup>6</sup> Corte di Giustizia, 26 febbraio 2013 C- 399/11. Il caso riguardava il cittadino italiano Stefano Melloni, residente in Spagna, condannato in contumacia in Italia per il delitto di bancarotta fraudolenta nel 2004; durante l'iter processuale Melloni era stato rappresentato da avvocati di fiducia, ai quali erano state effettuate tutte le notifiche di rito. In seguito al passaggio in giudicato della sentenza di condanna, le Autorità Giudiziarie emettevano il mandato di arresto europeo, effettivamente eseguito dalla polizia spagnola nell'agosto 2008. Il 12 settembre del medesimo anno, la *Audiencia Nacional di Madrid* ordinava la consegna di Melloni per l'esecuzione della sentenza. Contro tale provvedimento Melloni proponeva *recurso de amparo al Tribunal Constitucional*, lamentando la lesione del diritto ad un processo equo garantito dall'art. 24, secondo comma, della Costituzione spagnola; con ordinanza in data 9 giugno 2011, il *Tribunal constitucional* decideva di sospendere il procedimento e di formulare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, ex art. 267 TFUE, su tre distinte questioni. Con sentenza della Grande Sezione pronunciata il 26 febbraio 2013, la Corte di giustizia rispondeva quanto alla prima questione, che la decisione quadro sul mandato di arresto osta, effettivamente, alla possibilità per lo Stato membro di subordinare la consegna del condannato alla condizione che lo Stato richiedente garantisca la riapertura del processo, anche nell'ipotesi in cui il condannato abbia avuto conoscenza del processo e abbia

in materia di diritti fondamentali e primato del diritto europeo. In tale occasione, ai giudici di Lussemburgo è stata sottoposta la questione inerente la potestà degli Stati membri di applicare i propri “controlimiti” in materia di tutela dei diritti fondamentali nei confronti degli obblighi di adeguamento dell’ordinamento nazionale a quello del diritto dell’Unione Europea. La Corte di Giustizia non ha avuto dubbi nell’affermare che «*nella misura in cui il diritto dell’Unione rispetta i diritti fondamentali tutelati dalla Carta Europea dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, lo Stato membro non può rifiutare di adempiere gli obblighi che ne derivano, neppure nell’ipotesi in cui tali obblighi dovessero risultare in contrasto con i diritti fondamentali garantiti dal proprio ordinamento costituzionale*»<sup>7</sup>. Sembrerebbe, dunque, che le garanzie costituzionali di uno Stato membro debbano essere recessive rispetto ad una normativa europea relativa alla tutela dei diritti, anche se, dal punto di vista dell’ordinamento interno, le garanzie costituzionali parevano essere maggiori rispetto all’ordinamento sovranazionale<sup>8</sup>.

---

volontariamente rinunciato a difendersi; quanto alla seconda questione, veniva statuito che la decisione quadro -così interpretata- è compatibile con i diritti fondamentali di cui agli artt. 47 e 48 CEDU, che non ostano alla possibilità che un processo penale venga celebrato in contumacia, allorché l'imputato, debitamente informato del processo, rinunci volontariamente a partecipare in prima persona al processo; quanto alla terza e decisiva questione, che l'art. 53 CEDU non consente allo Stato membro di rifiutare l'esecuzione degli obblighi discendenti dalla decisione quadro per evitare di violare il diritto a un processo equo, così come definito dal proprio ordinamento interno che -in ipotesi- garantisca a tale diritto un maggior livello di tutela rispetto a quello riconosciuto in sede europea. In sostanza, per la Corte di Giustizia la Spagna non può legittimamente rifiutarsi di eseguire i propri obblighi europei, adducendo che tale esecuzione comporterebbe a sua volta la violazione dei diritti fondamentali del Sig. Melloni, così come riconosciuti nell'ordinamento spagnolo. L'eventuale apposizione di un “controlimite”, derivante dall'esigenza di preservare il maggior livello di tutela dei diritti a un processo equo garantito dall'ordinamento spagnolo risulterebbe, dunque, in aperto contrasto con il diritto UE, così come autoritativamente interpretato dalla Corte di giustizia, poiché lesivo del principio del primato del diritto dell'Unione Europea, in quanto permetterebbe ad uno Stato membro di ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione conformi alla Carta, sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione dello stesso.

<sup>7</sup> VIGANO, *Obblighi di adeguamento al diritto UE e “controlimiti”*: la Corte Costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 9 marzo 2014.

<sup>8</sup> Sul punto la dottrina non è unanime. Per esempio, RUGGERI critica quanto stabilito dai giudici di Lussemburgo nel caso Melloni sostenendo che non sarebbe stata rilevata, in primo luogo la necessità di conciliare, reciprocamente bilanciandoli, il principio del primato e il principio di cui all’articolo 4 del trattato; in secondo luogo, la Corte non avrebbe chiarito che la stessa salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali va rettammente e compiutamente intesa per il modo con cui essi fanno “sistema”. In altre parole, le conclusioni



### 3. Taricco: una vicenda singolare

Da ultimo, il caso Taricco<sup>9</sup>, dove il contrasto tra norma sovranazionale e principi degli Stati, si è particolarmente acuito in quanto la Corte di Giustizia, è entrata nel “giardino proibito” del diritto penale nazionale obliterando ogni forma di “dialogo” con le Corti nazionali ed ignorando del tutto la “grammatica costituzionale” (riguardo al principio di legalità) e penale (sulla natura sostanziale della prescrizione) dell’ordinamento italiano<sup>10</sup>.

Il caso traeva origine da una questione sollevata dal giudice italiano nell’ambito di un procedimento penale per il reato di associazione a delinquere e frodi in materia di IVA, pendente davanti al Tribunale di Cuneo. Il G.U.P., nella fattispecie, osservava che il termine di prescrizione previsto per i reati ascritti non avrebbe consentito ai giudici italiani di pervenire ad una sentenza penale irrevocabile prima del sopraggiungere

---

dell’Avvocato generale Y. Bot -che ha sostenuto che la tutela più intensa non può che essere quella offerta dal diritto dell’Unione Europea, senza avere alcun riguardo per un’eventuale diversa tutela stabilita a livello nazionale, la quale potrebbe acquistare rilievo nel solo caso, che a livello di Unione non si dia una definizione del grado di protezione che dev’essere accordata ad un certo diritto- non pare convincente (RUGGERI, *La Corte di Giustizia, il primato incondizionato del diritto dell’Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare “sistema”*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 2 aprile 2013). Sul punto Cfr. anche MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell’Unione*, Roma, 2011; GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quaderni cost.*, 3, 2012, 533 ss.. Altra parte della dottrina, invece, come CONTI, ha ritenuto che l’affermazione nella sentenza Melloni del principio del primato dell’Unione Europea non può senz’altro essere letta in modo contraddittorio allo spirito stesso del Trattato dell’Unione Europea il quale recita all’articolo 4 che «l’Unione rispetta l’uguaglianza degli Stati membri, davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare la funzione di salvaguardia dell’integrità territoriale, di mantenimento dell’ordine pubblico e di tutela nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro». CONTI, *Da Giudice (nazionale) a Giudice (eurounitario) A cuore aperto dopo il caso Melloni*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 5 aprile 2013. Sul punto cfr. RIZZA, *Il caso Melloni: la Corte di Giustizia risponde con il primato dell’Unione alle pretestuose preoccupazioni dei giudici nazionali. Riconoscimento delle decisioni giudiziarie rese a seguito di procedimenti in absentia*, in *Quaderni eur.*, 53, 2013.

<sup>9</sup>Corte di Giustizia, 8 settembre 2015 C- 105/14.

<sup>10</sup>Tali espressioni sono utilizzate in RICCARDI, “Patti chiari, amicizia lunga”. *La corte costituzionale tenta il ‘dialogo’ nel caso Taricco, esibendo l’arma dei controllimiti*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 27 marzo 2017.

dell'estinzione del reato. Fu dunque chiesto alla Corte di Giustizia di verificare la compatibilità con il diritto dell'Unione Europea degli artt. 160, 161 c. 2 c.p. nella parte in cui, in caso di interruzione della prescrizione, tali norme prevedono un tetto "massimo" di aumento del tempo prescrizione pari ad un quarto del tempo ordinario.

In particolare, ad avviso del giudice rimettente, le due disposizioni del codice penale italiano risultavano contrarie a plurimi principi previsti nel Trattato sul funzionamento dell'U.E. (artt. 101, 107, 119 T.F.U.E.), poiché per i reati tributari il tempo di prescrizione previsto dalla legge era inadeguato, viste le complesse indagini preliminari poste in essere dall'Autorità inquirente per l'accertamento dei medesimi. La Corte di Giustizia ha concluso affermando che l'art. 160 del c.p. pregiudica gli obblighi imposti agli Stati membri dall'art. 325, paragrafi 1 e 2, T.F.U.E. «*nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisce di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare*». Dunque, piena efficacia è riconosciuta all'art. 325 T.F.U.E., in forza del quale il giudice nazionale deve disapplicare, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto quello di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dalla ridetta normativa europea<sup>11</sup>.

La questione, nondimeno, presenta rilevanti profili di complessità.

Si è infatti sostenuto che norme sostanziali, quali quelle degli artt. 160 e 161 c.p., non possono dirsi direttamente incompatibili con un principio generalissimo e programmatico, qual è la tutela degli interessi economico-finanziari dell'U.E. (art. 325 T.F.U.E.)<sup>12</sup>. Spetterebbe al contrario solo al legislatore ordinario stabilire quali siano le opportune modalità normative con cui dare attuazione ai principi programmatici posti alla base del funzionamento dell'U.E., escludendo da tale prerogativa l'autorità giudiziaria. Risulterebbe pericoloso, infatti, attribuire al giudice ordinario il potere di disapplicare una normativa interna sulla base di una presunta non

---

<sup>11</sup> Sul punto si veda AMALFITANO, *Il ruolo dell'art.325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di giustizia?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 9 ottobre 2016.

<sup>12</sup> CIVIELLO, *La prima attuazione della sentenza "Taricco" della C. G. U. E.: il principio di legalità nell'epoca del "minimalismo penale"*, in *Arch. pen.*, 1, 2016.

attuazione sufficiente, congrua ed efficace, di un determinato indirizzo politico generale sancito in via programmatica dal T.F.U.E.. I parametri assegnati dalla Corte di Giustizia ai giudici nazionali per disapplicare o meno il combinato disposto degli artt. 160 e 161 c.p. potrebbero infatti condurre il singolo giudice ad adottare una decisione eccessivamente discrezionale, incompatibile con i principi di legalità e tassatività propri della materia penale<sup>13</sup>.

Per giungere alla decisione la Corte esamina altresì la compatibilità della disapplicazione degli artt. 160 e 161, c. 2 c.p. con l'art. 49 Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.<sup>14</sup>.

Infatti, la suddetta Corte dispone la disapplicazione delle norme con esso contrastanti, dopo aver ribadito che l'art. 325 T.F.U.E. è norma di diritto primario che pone a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso ed incondizionato, produttivo di effetti diretti. In teoria, l'attenzione ai diritti fondamentali non manca, poiché la Corte si richiama implicitamente anche all'art. 49 Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.<sup>15</sup>. Il punto centrale, però, è

---

<sup>13</sup> VIGANO, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in *Arch. pen.*, 2015.

<sup>14</sup> L'art. 49 (rubricato *Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene*) così recita:

«1. Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima.

2. Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni.

3. Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato».

<sup>15</sup> Sul punto i giudici di Lussemburgo hanno deciso (punti 55, 56 e 57 della sentenza) che: «la disapplicazione delle disposizioni nazionali di cui trattasi avrebbe soltanto per effetto di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell'ambito di un procedimento penale pendente, di consentire un effettivo perseguimento dei fatti incriminati nonché di assicurare, all'occorrenza, la parità di trattamento tra le sanzioni volte a tutelare, rispettivamente, gli interessi finanziari dell'Unione e quelli della Repubblica italiana. Una disapplicazione del diritto nazionale siffatta non violerebbe i diritti degli imputati, quali garantiti dall'articolo 49 della Carta ... (omissis) ... La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'articolo 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, che sancisce diritti corrispondenti a quelli garantiti dall'articolo 49 della Carta, avvalorata tale conclusione. Secondo tale giurisprudenza, infatti, la proroga del termine di prescrizione e la sua immediata applicazione non comportano una lesione dei diritti garantiti dall'articolo 7 della suddetta Convenzione, dato che tale disposizione non può essere interpretata nel senso che

che la Corte considera le norme sulla prescrizione come norme meramente processuali e non assimilabili alle norme penali sostanziali, a differenza di quanto si ritiene nell'ordinamento interno. Come tali, esse non godrebbero della copertura costituzionale relativa al principio di legalità e al principio di irretroattività.

Il problema non è di poco conto perché, invece, la consolidata giurisprudenza nazionale e sovranazionale<sup>16</sup> qualificano la prescrizione come un istituto di diritto sostanziale e non meramente processuale e come tale, al contrario, coperto dal principio di legalità<sup>17</sup>; invero, la prescrizione viene calcolata sulla base della pena e di essa costituisce il limite temporale. Ne consegue ancora che sulla base dell'ordinamento interno si applicano le garanzie di irretroattività riconosciute sia dall'art. 25 c. 2 Cost., sia dall'art 7 CEDU.<sup>18</sup>

La questione ha generato un incerto scenario. Con ordinanza del 18 settembre 2015, la Corte d'Appello di Milano ha sollevato questione di legittimità costituzionale della legge n. 130 del 2008 di esecuzione del Trattato sul funzionamento dell'U.E. per contrasto con l'art. 25, c. 2 Cost.<sup>19</sup>

*osta a un allungamento dei termini di prescrizione quando i fatti addebitati non si siano ancora prescritti. V., in tal senso, Corte eur D.U., sentenze Coëme e a. c. Belgio, nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, § 149, CEDU 2000-VII; Scoppola c. Italia (n. 2) del 17 settembre 2009, n. 10249/03, § 110 e giurisprudenza ivi citata, e OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia del 20 settembre 2011, n. 14902/04, §§ 563, 564 e 570 e giurisprudenza ivi citata».*

<sup>16</sup> Nello specifico Corte EDU, *Coeme c. Belgio*, 18 ottobre 2010; sulla natura della prescrizione quale istituto di natura sostanziale, si vedano le voci di A. MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena (diritto penale)*, in *Noviss. Dig. It., XIII*, Torino, Utet, 1966, 680 ss. e la monografia di GIUNTA – MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, 63 ss.; SILVANI, *Il giudizio del tempo*, Bologna, 2009; PULITANO', *Il nodo della prescrizione*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 29 settembre 2014.

<sup>17</sup> Sul punto v. la sentenza della Corte Cost. n. 236/2011 e le riflessioni di MARI, *Retroattività della lex mitior e Convenzione europea dei diritti dell'uomo - osservazioni a Corte Costituzionale, sentenza 19-22 luglio 2011, n. 236*, in *Cass. pen.*, 2011, 4158 ss..

<sup>18</sup> LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 29 febbraio 2016; EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 10 dicembre 2015.

<sup>19</sup> VIGANO, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte Costituzionale ad azionare i contro limiti*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 21 settembre 2015. Nella citata ordinanza si legge «come orientamento assunto al rango di diritto vivente (...) la Corte costituzionale ritiene, quindi, che la riserva di legge contenuta nell'art. 25 Cost. le impedisca di incidere in peius non solo sulla fattispecie incriminatrice e sulla pena, ma anche sugli aspetti inerenti alla punibilità,

nella misura in cui l'art. 325 T.F.U.E. consentirebbe l'applicazione retroattiva di un principio penale sfavorevole (vale a dire il prolungamento del termine prescrizione a seguito della disapplicazione degli artt. 160 e 161 c.p. da parte del giudice interno).

Nel frattempo, però, il 20 gennaio 2016, la Corte di Cassazione<sup>20</sup> depositava una sentenza nella quale dava applicazione alla sentenza Taricco<sup>21</sup>, disapplicando gli artt. 160, 161 c.p. in *parte qua* e implicitamente non condividendo i dubbi di costituzionalità avanzati dalla Corte d'appello di Milano.

Quest'applicazione da parte della Corte di Cassazione ha suscitato diverse problematiche, poiché, condividendo integralmente il ragionamento dei giudici di Lussemburgo<sup>22</sup> in ordine al rispetto del principio di legalità,

---

*tra cui espressamente include la prescrizione». In tono critico rispetto a quanto statuito dalla Corte di Giustizia si esprime CIVIELLO, secondo cui «l'estraneità della prescrizione del reato al fatto tipico è dato ovvio, che non v'era alcuna necessità di ribadire; ma ciò non vuol dire che la prescrizione del reato sia al fatto tipico è un dato ovvio, che non v'era certo alcuna necessità di ribadire; ma ciò non vuol dire che la prescrizione del reato sia un istituto estraneo alla stessa legge penale e al sottostante principi di legalità», CIVIELLO, La prima attuazione della sentenza "Taricco" della C.G.U.E.: il principio di legalità nell'epoca del "minimalismo penale", in Arch. pen., 1, 2016; BERTOLINO, La Corte d'Appello di Milano sollecita la Corte Costituzionale a vagliare la compatibilità dell'obbligo di disapplicazione imposto al giudice italiano dalla sentenza Taricco della Corte di Giustizia con il principio di irretroattività in malam partem della legge penale, in Dir. comm. internaz., 2016, 205 ss..*

<sup>20</sup> Cass. pen., sez. III, 17 settembre 2015-20 gennaio 2016, n. 2210.

<sup>21</sup> Il caso aveva ad oggetto il reato di "dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti" ex art. 2, D.Lgs. n. 74/2000 e rientrava *pleno jure* nei parametri sanciti dalla Corte del Lussemburgo. Nel dettaglio si contestava all'imputato una "attività illegale" che danneggiava non solo l'Erario statale, ma anche l'assetto economico-finanziario dell'UE. Nello specifico la frode fiscale di cui all'imputazione rientrava nei termini "gravità" come richiesto dalla Corte di Lussemburgo.

<sup>22</sup> «Una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella stabilita dal combinato disposto dell'articolo 160, ult. co., c.p., come modificato dalla l. 5 dicembre 2005, n. 251, e dell'art. 161 c.p. –che prevedeva, all'epoca dei fatti di cui al procedimento principale, che l'atto interruttivo verificatosi nell'ambito di procedimenti penali riguardanti frodi gravi in materia di imposta sul valore aggiunto comportasse il prolungamento del termine di prescrizione di solo un quarto della sua durata iniziale – è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE, nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare. Il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire

esclude non solo la “caducazione” giurisprudenziale del tetto massimo di prescrizione *ex artt.* 160 e 161 c.p., ma sembra non considerare gli effetti derivanti da una disapplicazione retroattiva del regime normativo, vale a dire la stessa incompatibilità con il principio di legalità<sup>23</sup>.

Tale ragionamento si fonda su una concezione “minimalistica del principio di legalità”<sup>24</sup>, posto che la riserva di legge e l’irretroattività *ex art.* 25 Cost. riguarderebbero esclusivamente elementi essenziali della fattispecie penale e non già altri elementi cd. accessori, come la prescrizione e la sua interruzione. Tuttavia, questo ragionamento porterebbe lontano. Se infatti si sottraesse alla copertura costituzionale dell’art 25 Cost. ogni istituto penale che non è riconducibile al “fatto tipico” o alla “pena”, non vi sarebbe più alcun limite a che, per esempio, una fonte secondaria disciplinasse una causa di non punibilità non direttamente sussumibile nella fattispecie.

Così delineato, il recepimento della sentenza “Taricco” da parte della Corte di Cassazione potrebbe costituire un vero e proprio *leading-case* per una serie indeterminata di nuove disapplicazioni della legge, con conseguenze molto gravi sul piano della certezza del diritto e della stabilità dell’ordinamento vigente<sup>25</sup>. Seguendo questo tipo di impostazione si potrebbe legittimare qualsiasi giudice penale a disapplicare le disposizioni normative nazionali (anche in *malam partem*), per esempio quando queste si pongono in contrasto con determinati interessi dell’U.E., oppure quando una causa di non punibilità *impedisca* di proteggere altri interessi meritevoli di tutela e in altri casi simili. Del resto, attribuire piena discrezionalità ai giudici di disapplicare una norma penale interna contrasta con il principio di legalità ed il principio di separazione dei poteri, principi generali del nostro ordinamento.

---

*allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall’art. 325, §§ e 2, TFUE».*

<sup>23</sup> Secondo il ragionamento della Corte di Giustizia non si verificherebbe nessuna violazione del principio di legalità poiché nel caso di specie «*non ne deriverebbe affatto una condanna degli imputati per un’azione o un’omissione che, al momento in cui è stata commessa non costituiva reato punito dal diritto nazionale, né l’applicazione di una sanzione che, allo stesso momento non era previsto da tale diritto*». La Corte di Cassazione dunque, condividendo quanto disposto dalla Corte di Giustizia, afferma che il regime normativo di cui agli artt. 160, 161 c.p. - sia esso qualificato come disciplina di carattere sostanziale o *lato sensu* processuale- non gode in alcun modo della copertura di cui all’art. 25 Cost..

<sup>24</sup> CIVIELLO, *La prima attuazione della sentenza “Taricco”*, cit..

<sup>25</sup> MANES, *La svolta Taricco e la potenziale “sovversione del sistema”*: le ragioni dei controlimiti, cit..

Come è stato detto «*la frizione con il patrimonio costituzionale appare troppo grave in questo frangente per poter tollerare un'obbedienza incondizionata al diktat della Corte di Giustizia*»<sup>26</sup>.

#### 4. L'intervento della Consulta: l'ordinanza n. 24/17

A seguito delle rimessioni effettuate dalla Corte di Appello di Milano, la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 24/2017, ha rinviato in via pregiudiziale la questione alla Corte di Giustizia chiamata a precisare la portata dell'art. 325 paragrafi 1 e 2, del T.F.U.E.<sup>27</sup>.

In particolare, i giudici di Lussemburgo dovranno chiarire se l'art. 325 T.F.U.E. «*debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato anche quando:*

a) *si determinerebbe un aggravamento del regime della punibilità di natura retroattiva riguardante anche condotte anteriori alla data di pubblicazione della sentenza Taricco;*

---

<sup>26</sup> MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 9 luglio 2012.

<sup>27</sup> Sul punto v. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone ma non ancora oppone i controllimiti*, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it), 27 gennaio 2017; FERRANTE, *L'ordinanza della Corte Costituzionale sull'affaire Taricco: un decisione "diplomatica" ma ferma*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 29 gennaio 2017; FARRI, *Quando i principi supremi dell'ordinamento italiano prevalgono sul diritto europeo: dalla Corte Costituzionale italiana una pronuncia storica sulla effettività dei controllimiti*, in [www.rivistadirittotributario.it](http://www.rivistadirittotributario.it), 6 febbraio 2017; ARANCI, *Ritorno a Lussemburgo: la Corte di Giustizia nuovamente chiamata a pronunciarsi sul caso Taricco*, in [www.rivista.eurojus.it](http://www.rivista.eurojus.it), 8 febbraio 2017; TAGLIONE, *Brevi considerazioni sull'ordinanza della Corte Costituzionale n. 24 del 2017*, in *Archivio Penale*, 2017, n. 1; MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a Taricco*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 13 febbraio 2017; CUPELLI, *La Corte Costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 30 gennaio 2017; LAURITO, *Brevi considerazioni a "prima lettura" dei tre quesiti oggetto del rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale (ord. n. 24/2017) nel caso Taricco*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), n. 1, 2017.

*b) la prescrizione è parte del diritto penale e soggetta al principio di legalità;*

*d) tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro»<sup>28</sup>.*

In sostanza, la Corte di Lussemburgo dovrà valutare se l'interpretazione proposta dai giudici rimettenti sia l'unica possibile declinazione applicativa dell'art. 325 T.F.U.E., ovvero se sia possibile enucleare «*interpretazioni anche in parte differenti, tali da escludere ogni conflitto con il principio di legalità in materia penale*». Il compito non sarà semplice, perché la Corte Costituzionale, pur rispettando quando statuito con la sentenza Taricco, chiede -di fatto- alla Corte di Giustizia di tornare sui suoi passi, riconoscendo la prevalenza dei principi cardine del nostro ordinamento costituzionale rispetto al diritto dell'Unione Europea.

In questo contesto, le conclusioni dell'Avvocato generale risultano chiare nel voler confermare, seppur con qualche chiarimento, quanto affermato nella sentenza Taricco.

Infatti, relativamente ai quesiti formulati dalla Corte costituzionale l'Avvocato generale invita la corte di Lussemburgo a interpretare l'art 325 TFUE come già fatto nella sentenza Taricco, ribadendo l'obbligo di disapplicazione che ne deriva.

Tale obbligo si fonderebbe «*esclusivamente sulla natura del reato*» la cui definizione è rimessa alla legislatore dell'Unione<sup>29</sup>.

Sul tema della natura della prescrizione, l'Avvocato generale ribadisce la sua natura processuale, arrivando all'esito che «*nulla osta a che il giudice nazionale, nell'attuazione degli obblighi ad esso incombenti ai sensi del diritto dell'Unione, disapplichi le disposizioni di cui all'art. 160, ultimo comma e 161, secondo comma, c.p. nell'ambito dei procedimenti in corso*»<sup>30</sup>.

L'Avvocato generale continua, poi, affrontando la questione relativa al principio di legalità di cui all'art. 25 Cost. contestando la riconducibilità della legalità penale nel novero dei "principi supremi" o "fondamentali" dell'ordinamento costituzionale italiano, attestandosi su una visione estremamente formalistica, in base alla quale «*nella Costituzione italiana, i principi qualificati come fondamentali sono elencati agli articoli da 1 a 12*

---

<sup>28</sup> Dispositivo dell'ordinanza n. 24/2017.

<sup>29</sup> Conclusioni Avvocato generale del 18 luglio 2017, paragrafo 116.

<sup>30</sup> *Ibidem*, paragrafo 141.



*della stessa e il principio di legalità dei reati e delle pene ne è quindi, a priori, escluso»<sup>31</sup>.*

Dunque, l'obbligo stabilito nella sentenza Taricco non lederebbe «l'identità nazionale della Repubblica italiana»<sup>32</sup>.

Tali conclusioni, pur non assumendo nessun valore vincolante per la Corte di Giustizia, certamente segnalano una certa ritrosia nel cercare un punto d'incontro tra le due Corti.

## 5. Conclusioni

A fronte di tale rinvio da parte della Corte, che avrebbe potuto applicare i controlimiti come da più parti segnalato<sup>33</sup>, si è optato -in nome del principio di leale collaborazione- per una soluzione in qualche modo conciliativa, nella convinzione che la Corte di Giustizia non abbia ritenuto che il giudice nazionale debba dare applicazione alla regola «*anche quando essa confligge con un principio cardine dell'ordinamento italiano*».

Dalla motivazione dell'ordinanza, nondimeno, appare piuttosto chiaro che la Corte, in caso di risposta negativa della Corte di Giustizia, potrà far scattare i controlimiti.

Dai casi accennati in definitiva sembrerebbe che la “tutela multilivello dei diritti” si sia eclissata dietro l'affermazione della *primauté* del diritto eurounitario anche a discapito dei livelli di maggior tutela garantiti dagli ordinamenti nazionali.

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, paragrafo 181.

<sup>32</sup> *Ibidem*, paragrafo 186.

<sup>33</sup> LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 15 aprile 2016; PERINI - FARAGUNA, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'Appello di Milano mette la giurisprudenza “Taricco” alla prova dei controlimiti*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 30 marzo 2016. Cfr. CONDINANZI, *I controlimiti come sintesi ideale tra primato da affermare e identità nazionale da rispettare*, in NASCIMBENE (a cura di), *Costa/Enel: Corte Costituzionale e Corte di Giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, Giuffrè, 2015; CELOTTO – GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2004, 1345 ss..

## L'IDENTITÀ COSTITUZIONALE COME CONTROLIMITE

**Simona Polimeni**

*Dottore di ricerca in Diritto ed economia presso l'Università degli Studi  
"Mediterranea" di Reggio Calabria*

*Il saggio esamina il rapporto tra identità costituzionale e controlimiti, tentando di mostrare come entrambi i concetti non siano aprioristicamente determinabili, ma debbano necessariamente formarsi all'interno delle operazioni di bilanciamento che danno origine alle c.d. "ponderazioni fondamentali". Inoltre, attraverso l'analisi della giurisprudenza costituzionale tedesca, italiana e ungherese, di quella della Corte di giustizia, nonché tramite la disamina dei controlimiti "politici" (controllo del rispetto del principio di sussidiarietà da parte dei Parlamenti nazionali e referendum), si proverà a mostrare come sia i controlimiti che l'identità costituzionale possano essere declinati in forma "dialogica", "relazionale" e "bidirezionale" (e non populistica e antieuropeistica), per operare, da ultimo, una mutua e reciproca integrazione tra ordinamento eurounitario e ordinamenti nazionali.*

*The essay examines the relationship between constitutional identity and counter-limits, trying to show that both concepts are not aprioristically determinable, but they necessarily have to be defined by the balancing test that gives rise to the so-called "fundamental-weightings". Moreover, through the analysis of German, Italian, and Hungarian Constitutional jurisprudence, that one of the Court of Justice, and through the consideration of "political" counter-limits (checking compliance with the principle of subsidiarity by national parliaments and referendums) it will try to show how both counter-limits and constitutional identity can be described in a "dialogical", "relational" and "bi-directional" way (and not populist and anti-European one), to operate a mutual integration between the European juridical system and national ones.*

### **Sommario:**

1. Cos'è l'identità costituzionale? Un primo tentativo definitorio
2. Le possibili degenerazioni dell'identità costituzionale: l'antieuropeismo come forma di populismo?
3. Identità costituzionale, *primauté* e controlimiti: CGUE e Corti costituzionali a confronto
4. "Controlimiti politici" e identità costituzionale
5. *L'identità costituzionale come controlimite*: alla ricerca di una composizione dialogica e bidirezionale dei conflitti interordinamentali

*«Avevano visto troppo in grande o troppo in piccolo.  
Ogni patria è sempre la piccolissima parte di un sogno comune».*  
JABÈS, *Perché?*, in  
*Il libro dell'ospitalità* (1991)

## 1. Cos'è l'identità costituzionale? Un primo tentativo definitorio

L'identità costituzionale è un concetto di difficile definizione, perché si presenta ontologicamente fluido e dai contorni flessibili, al punto che – se eccessivamente irrigidito all'interno di descrizioni dal contenuto ideologizzante – rischia persino di degenerare in involontarie forme di nazionalismo.

Per tentare di delineare qualche tratto distintivo dell'identità costituzionale e quale sia la logica sottesa alla formazione ed evoluzione del concetto, in astratto si potrebbe partire dagli elementi costitutivi dello Stato.

Tuttavia, come si sa, il consolidarsi della logica propria del costituzionalismo multilivello per descrivere e regolare i rapporti interordinamentali e l'avvento di nuovi fenomeni la cui origine e regolamentazione è necessariamente trans-nazionale (dalla globalizzazione economica ai flussi migratori) inducono gli studiosi a porsi nuovi interrogativi sulle trasformazioni cui sono soggetti gli elementi costitutivi dello Stato<sup>1</sup>.

Sinteticamente e limitandoci ai rapporti tra Unione europea e Stati Membri e ai fenomeni più noti e attuali che interessano soprattutto i Paesi europei:

- la sovranità – che, come ha notato un'autorevole dottrina, con l'avvento delle Costituzioni democratiche si afferma come *sovranità dei valori*<sup>2</sup> – appare sempre più strettamente *condivisa* con le istituzioni eurounitarie<sup>3</sup>;
- a causa dell'ondata migratoria che ridisegna il volto di interi Paesi, sullo stesso territorio convivono, insieme ai soggetti che tecnicamente

---

<sup>1</sup> Fra i primi, in Italia, ad avvertire la portata del fenomeno, FARIAS, *Stato (filosofia del diritto)*, in *Enc. Dir.*, vol. XLIII, Giuffrè, 1990, 693 ss. Ma, fra gli altri, v., ora, SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/2013, spec. 919 e ss.; RUGGERI, *Lo Stato costituzionale e le sue «mutazioni genetiche»*, in *Quad. cost.*, n. 4/2014, 837 e ss. Per un recente affresco complessivo sull'evoluzione dello Stato, che ne evidenzia puntualmente la crisi dei suoi tradizionali elementi costitutivi in un quadro ormai sovranazionale, cfr. SPADARO *Les évolutions contemporaines de l'État de droit*, in *Civitas Europa, Revue semestrielle de l'Université de Lorraine*, 2/2017, (n. 37), 95 ss., ora in *Lo Stato*, n. 8/2017.

<sup>2</sup> Secondo l'efficace espressione di SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005; ID., *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009.

<sup>3</sup> Per una critica alla “cessione” di porzioni di sovranità nazionale, che sta sostituendo progressivamente la più virtuosa “sovranità condivisa”, cfr., di recente, GUAZZAROTTI, *Sovranità e integrazione europea*, in *Rivista Aic*, n. 3/2017, spec. 8 e ss.

compongono il popolo (i cittadini), gruppi aventi lingua, tradizioni, culture e religioni diverse, innescando i conflitti tipici delle società multiculturali<sup>4</sup> (il che rende quanto mai urgente l'elaborazione di una teoria costituzionale normativa della cittadinanza<sup>5</sup>, volta a rimettere al centro la dignità della persona e la costruzione graduale di una effettiva “democrazia sociale”<sup>6</sup>);

- in relazione al territorio, infine, l'attenzione dello studioso di diritto si è spostata dai confini geografici, sempre più fluidi, a quelli *assiologici*, «che presidiano l'*identità costituzionale* dell'ordinamento»<sup>7</sup>.

Se la determinazione dell'identità costituzionale non può prescindere dal riferimento agli elementi costitutivi dello Stato, nella loro continua evoluzione, e questi ultimi mostrano sempre più chiaramente la loro struttura assiologica, fino a poter essere definiti per mezzo dei valori che li compongono (come nel caso della sovranità) o al cui presidio sono preposti (per il territorio), o ricostruiti tramite la composizione di un “conflitto” tra valori (nel caso, in particolare, del popolo), allora sembra potersi affermare, *prima facie*, che la stessa identità costituzionale abbia innanzitutto un contenuto prettamente *assiologico*.

A ben vedere, però, i valori celano in sé un *potere*<sup>8</sup> che è divenuto l'oggetto ultimo della sovranità e che, sprovvisto oggi di un unico soggetto che ne sia l'interprete, è frammentato in tutto l'apparato istituzionale dello Stato<sup>9</sup>. Tale *potere dei valori* (*rectius*: di quelli più “alti”, c.d. principi

<sup>4</sup> Cfr. spec. P. HÄBERLE, *Stato I) Principi generali*, in *Enc. Giuridica Treccani* (1988-1994), vol. XXXIV, Roma, 2007, 7, ma *passim*; e ora, fra gli altri, BALDINI, *Tutela dei diritti fondamentali e limiti dell'integrazione sociale nello stato multiculturale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2017.

<sup>5</sup> Su cui cfr., in particolare, RAUTI, *Lo ius soli in Italia: alla vigilia di una possibile svolta?*, in *Rivista Aic*, n. 3/2017.

<sup>6</sup> Ha riflettuto di recente sul tema SCHILLACI, *Governo dell'economia e gestione dei conflitti nell'Unione Europea. Appunti sul principio di solidarietà*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2017, spec. 30 e ss.

<sup>7</sup> Come ha sottolineato SALAZAR, *Territorio, confini, “spazio”: coordinate per una mappatura essenziale*, *Relazione di sintesi* al XXXI Convegno annuale nazionale dell'AIC - *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: sovranità rappresentanza territorio. Terza Sessione: Territorio*, Trento 11-12 novembre 2016, in *Rivista Aic*, n. 3/2017.

<sup>8</sup> Di cui parla, in particolare, WEILER, *Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quad. cost.*, n. 3/2002, spec. 531 e ss. Ma cfr., di recente, le riflessioni più generali sulle «contraddizioni» insite nell'età dei diritti, di G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, 2017, 3 e ss.

<sup>9</sup> Di frammentazione della sovranità discute, tra gli altri, RONCHETTI, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Napoli, 2007. Per un'interessante analisi del rapporto che sussisterebbe tra sovranità e identità assiologica (*rectius*: controlimiti), cfr. A. LONGO, *Iuxta propria principia. La corte*

fondamentali e diritti inviolabili) è insieme descrittivo e prescrittivo, ma, se fosse *assoluto*, si giungerebbe alla paventabile tirannia dei valori, di schmittiana memoria.

Senza poter qui neppure accennare al ruolo assunto dal supervalore della dignità umana, intesa come “assoluto costituzionale”, è sufficiente ricordare come il potere dei valori si possa “relativizzare” per mezzo del bilanciamento<sup>10</sup> – tecnica utilizzata tanto dal legislatore quanto dal giudice (costituzionale) – che diventa, in tal modo, *strumento di esercizio della sovranità*.

Dunque, in prima approssimazione, potremmo affermare che *l'identità costituzionale si formi nel bilanciamento tra valori/principi costituzionali* e non sia aprioristicamente determinata o determinabile una volta per tutte, a meno di non volersi rassegnare alla tirannia dei valori, rinunciando alla loro pariordinazione nel sistema costituzionale di riferimento. Il risultato del bilanciamento – o «ponderazione fondamentale»<sup>11</sup> – indica, allora, la *scelta assiologica* specifica che l'ordinamento nel suo complesso (per opera del legislatore e/o del giudice), effettua in un preciso momento, e sarà proprio questa scelta assiologica a rivelarci, di volta in volta, una parte fondamentale dell'identità costituzionale. Se, di converso, si assumesse che l'identità costituzionale fosse una sorta di “parametro” *esterno* che (pre-)orienta la suddetta scelta assiologica, allora, ad avviso di chi scrive, sarebbe molto alto il rischio di ricadere in descrizioni ideologizzate dell'identità costituzionale stessa, nonché di “immobilizzare” l'ordinamento, impedendogli di evolversi, sempre all'interno della “cornice” assiologica tracciata dalla Carta costituzionale (anche in assenza di una Costituzione scritta).

Poiché «nessuno Stato è un'isola nel tempo che viviamo»<sup>12</sup>, bisogna adesso considerare che il ricordato potere dei valori non si esercita soltanto *verso l'interno*, cioè nei confronti dei cittadini e degli altri poteri dello Stato,

*costituzionale tra autocomprensione identitaria, dialogo polemico tra corti e un nuovo tipo di decisione monitoria, a partire dall'ordinanza 24 del 2017*, in *Rivista Aic*, n. 3/2017, spec. 15 e ss.

<sup>10</sup> Come evidenza ormai costantemente la Corte costituzionale italiana, in diverse sentenze, tra cui cfr. soprattutto le notissime sentt. n. 264 del 2012 e n. 85 del 2013.

<sup>11</sup> Secondo la definizione di WEILER, *Diritti fondamentali e confini fondamentali: lo spazio giuridico europeo e il conflitto tra standard e valori nella protezione dei diritti umani*, in *Id.*, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, spec. 181 e s.

<sup>12</sup> La frase virgolettata nel testo – che ricorda quella («no man is an island») di Thomas Merton e, prima ancora, del poeta inglese John Donne – è stata pronunciata dalla nostra Presidente della Camera nel febbraio 2016 al King's College di Londra, in un discorso pubblicato ora, all'interno di una riflessione più ampia sull'Unione Europea, in BOLDRINI, *La comunità possibile. Una nuova rotta per il futuro dell'Europa*, Venezia, 2017, spec. 57 e ss.

ma anche, per ciò che qui più interessa, *verso l'esterno*, e, in particolare, nei confronti dell'ordinamento eurounitario.

Per comprendere quale relazione intercorra tra *identità costituzionale nazionale* e *identità europea*, occorre prendere in considerazione l'assunto – sostenuto da tempo da una parte della dottrina<sup>13</sup> – per cui l'apertura internazionalistica delle moderne Costituzioni, di cui le cc.dd. “clausole europee” (implicite o espresse) costituiscono una chiara evidenza<sup>14</sup> – implica che l'appartenenza all'Unione europea, la condivisione dei valori su cui essa si fonda e il perseguimento degli obiettivi che intende raggiungere, siano parte integrante della stessa identità costituzionale nazionale. Se si accoglie tale assunto, possiamo allora affermare che la difesa dell'identità nazionale non potrebbe mai considerarsi come una forma di antieuropeismo, nella misura in cui decisioni statuali antieuropeistiche andrebbero contro essa stessa, risolvendosi in una sua degenerazione, perché produrrebbero la negazione di un elemento costitutivo necessario affinché si configuri correttamente l'identità costituzionale (almeno fintantoché il Paese sarà membro dell'Unione), determinato dalla (auto)limitazione della sovranità, che permette ad uno Stato di aderire all'Unione europea, accettandone la produzione normativa e giurisprudenziale e consentendone l'applicazione all'interno dell'ordinamento nazionale.

Come si sa, per essere prima candidato e poi membro dell'Unione europea, uno Stato deve dimostrare di avere già una *propria* identità nazionale-costituzionale stabile, che permetta di concorrere ad integrare e inverare i valori e gli obiettivi previsti nei Trattati<sup>15</sup> e che sia idonea a stemperare ed evitare esasperazioni interne, tali da comportare l'insorgere di movimenti nazionalistici e antieuropeistici (da notare che, talvolta, per il

---

<sup>13</sup> Cfr., in particolare, RUGGERI, *La tutela «multilivello» dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, in *Pol. dir.*, n. 3/2007, spec. 319 e ss.

<sup>14</sup> Sul punto, cfr. CLAES, *Le “clausole europee” nelle costituzioni nazionali*, in *Quad. cost.*, n. 2/2005, 283 e ss.

<sup>15</sup> Sono notissimi, a tale riguardo, i cc.dd. “criteri di Copenaghen”, che uno Stato che ambisca ad aderire all'UE deve rispettare; essi sono così schematizzabili: 1) la presenza di istituzioni stabili che garantiscano la democrazia, lo stato di diritto, i diritti dell'uomo, il rispetto delle minoranze e la loro tutela; 2) l'esistenza di un'economia di mercato affidabile e la capacità di far fronte alle forze del mercato e alla pressione concorrenziale all'interno dell'Unione; 3) la capacità di attuare efficacemente le norme, le regole e le politiche che formano il corpo della legislazione dell'UE (il c.d. *acquis communautaire*), nonché l'adesione agli obiettivi dell'unione politica, economica e monetaria.

controllo su tali elementi, le istituzioni eurounitarie trovano un buon alleato nelle Corti costituzionali nazionali)<sup>16</sup>.

La stessa Unione dichiara di rispettare le “identità nazionali” degli Stati Membri (art. 4.2 TUE) e le loro “tradizioni costituzionali comuni” (art. 6.3 TUE), enucleando i diritti fondamentali, intesi come principi generali del diritto eurounitario, anche dall’identità costituzionale degli Stati membri, pur “riformulandoli”, all’occorrenza, per meglio realizzare gli obiettivi previsti nei Trattati<sup>17</sup>. Pertanto, per quanto la stessa idea di Europa sfugga a inquadramenti precisi e quindi sia difficile delineare con chiarezza l’*identità europea*<sup>18</sup>, si può affermare che le istituzioni eurounitarie e, in particolare, la Corte di Giustizia (attraverso la sua giurisprudenza) abbiano contribuito e stiano tutt’ora contribuendo a plasmare l’identità dell’Unione, nella direzione oggi indicata (soprattutto) dall’art. 2 TUE.

Al contrario, per quanto riguarda i Paesi fondatori dell’Unione – e specialmente l’Italia (ma anche, in parte, la Germania) – si può notare come la costruzione di una forte identità costituzionale, nata nell’immediato

---

<sup>16</sup> È questo, per esempio, il caso emblematico dell’Albania, che, dal 27 giugno 2017 ha assunto lo *status* di Paese candidato all’Unione europea. La questione è connessa al fatto che il 25 settembre 2016, i cittadini della Repubblica di Srpska (ove vive la maggioranza serba della Repubblica di Bosnia-Erzegovina) hanno partecipato ad un referendum, indetto dal Presidente nazionalista Dodik, volto a stabilire se il 9 gennaio dovesse essere proclamato giorno di festa nazionale, per ricordare e celebrare lo stesso giorno in cui, nel 1992, i deputati serbo-bosniaci avevano proclamato unilateralmente la Repubblica serba di Bosnia (c.d. *Festa dell’identità*). Il risultato del referendum ha visto una vittoria netta dei “sì”, attestatisi al 99,8% dei voti validi. Ma, nel dicembre successivo, la Corte costituzionale bosniaca, che già aveva annullato la decisione dell’Assemblea popolare di Banja Luka del 15 luglio del 2016 sulla cui base era stato indetto il referendum, annulla la consultazione popolare, ritenendola contraria alla Costituzione e discriminatoria nei confronti dei bosgnacchi (i bosniaci musulmani) e dei croati, che rappresentano gli altri due gruppi etnici presenti in Bosnia. È interessante notare come la Commissione europea abbia di fatto avallato la decisione della Corte costituzionale, affermando che il referendum non ha una base legale, perciò occorre «evitare esasperazioni e continuare il cammino delle riforme intrapreso in Bosnia».

<sup>17</sup> Come evidenzia bene CARTABIA, *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione Europea*, in ID., (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nella Corti europee*, Bologna, 2007, 13 e ss. Cfr., inoltre, SCIARABBA, *Tra fonti e corti: diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008; ORLANDI, *L’evoluzione del primato del diritto dell’Unione europea. Dalla contrapposizione tra sistemi giuridici al dialogo multilaterale*, Torino, 2012; TESAURO, *Sessant’anni dai Trattati di Roma: ciò che dobbiamo alla giustizia dell’Unione*, in *Quest. giust.*, 25 marzo 2017.

<sup>18</sup> Sul tema cfr., *ex multis*: CHABOD, *Storia dell’idea d’Europa*, Roma-Bari, 1961; MIKKELI, *Europa. Storia di un’idea e di un’identità*, Bologna, 2002; P. ROSSI, *L’identità dell’Europa*, Bologna, 2016; PROSPERI, *Identità. L’altra faccia della storia*, Roma-Bari, 2016.

dopoguerra, si sia consolidata in mancanza del perseguimento di una compiuta integrazione politica tra gli Stati membri delle nascenti Comunità europee ed in assenza del riconoscimento del principio di solidarietà politica e sociale tra di essi, in un contesto che privilegiava, com'è noto, l'aspetto economico e di mercato dell'integrazione<sup>19</sup>.

Dopo l'avvento della crisi economico-finanziaria (e delle politiche di *austerity* varate per fronteggiarla), in diversi Stati membri dell'Unione, partiti e movimenti nazionalisti hanno ritrovato il successo elettorale puntando su programmi dai contenuti antieuropeistici e illiberali, ispirati ad un uso strumentale dell'identità costituzionale (*rectius*: di quella che viene presentata da essi come tale) dei diversi ordinamenti nazionali. Tuttavia, si può notare come la degenerazione del valore dell'identità costituzionale possa essere in parte "corretta" proprio grazie all'appartenenza all'Unione europea, (come evidenzia, ad esempio, il caso dell'Ungheria, che sarà esaminato *infra*, par. 3).

Nell'analisi dei possibili modi in cui si manifesta la relazione tra identità costituzionale nazionale e identità europea, chi scrive propone innanzitutto di considerare le possibili degenerazioni dell'identità costituzionale, e l'utilizzo (più o meno virtuoso) che di quest'ultima hanno fatto le Corti costituzionali e gli organi di indirizzo politico di alcuni Paesi membri dell'Unione, nonché la Corte di Giustizia.

## **2. Le possibili degenerazioni dell'identità costituzionale: l'antieuropeismo come forma di populismo?**

In primo luogo, occorre notare come spesso i movimenti antieuropeistici, che si stanno diffondendo, con maggiore o minore intensità, in molti Paesi membri dell'Unione, siano anche percorsi, in vario modo, da venature di populismo<sup>20</sup>: ed è proprio su quest'ultima correlazione che occorre adesso soffermarsi.

---

<sup>19</sup> Cfr., *ex multis*: VACIAGO, *Un'anima per l'Europa*, Bologna, 2014; RAPONE, *Storia dell'integrazione europea*, Roma, 2015; CALANDRI - GUASCONI - RANIERI, *Storia politica e economica dell'integrazione europea. Dal 1945 ad oggi*, Napoli, 2015.

<sup>20</sup> Come nota, tra gli altri, TOURAINE, *Il ritorno della nazione e il futuro del Soggetto*, colloqui con Antonelli, in *Democrazia e Sicurezza*, n. 1/2017, spec. 8 s. Cfr., inoltre, la lucida analisi di BOERI, *Populismo e stato sociale*, Roma-Bari, 2017; e il *Rapporto annuale sulla democrazia e i diritti umani in Europa*, del Segretario generale del Consiglio d'Europa, Thorbjørn JAGLAND, *State of democracy, human rights and the rule of law. Populism – How strong are Europe's checks and balances? Report by the Secretary General*



All'iniziale, su menzionata, mancanza di solidarietà politica e sociale tra i Paesi fondatori non si è posto rimedio neppure negli anni successivi alla nascita delle Comunità, durante il processo di allargamento. Infatti, la Gran Bretagna e i Paesi scandinavi ritenevano che l'Unione avrebbe dovuto costituire principalmente un'area commerciale, per attuare un'imponente operazione di razionalizzazione economica su scala internazionale. Il Portogallo, la Spagna e la Grecia, avendo ormai definitivamente superato gli antichi retaggi dei rispettivi regimi totalitari, erano prettamente interessati ad utilizzare le risorse provenienti da Bruxelles per rafforzare le proprie economie nazionali e riacquistare una posizione dominante soprattutto nell'area del Sud Europa. Parimenti, per i Paesi dell'Est Europa, l'Unione ha rappresentato il riconoscimento dell'affermazione della democrazia e al contempo una tappa essenziale per il loro approdo ad un'economia di mercato.

Così stando le cose, come ha notato Castronovo, appariva chiaro come non fosse «l'unificazione politica a figurare in cima agli obiettivi di buona parte dei paesi associatisi man mano alla Comunità europea, bensì il loro interesse a implementare la propria sovranità»<sup>21</sup>.

---

*of the Council of Europe*, aprile 2017, che dedica particolare attenzione al fenomeno del populismo dilagante nei Paesi della “grande Europa dei 47”, che riguarda, tuttavia, anche i Paesi membri dell'Unione. Sui rischi che tali fenomeni, insieme ad altri, determinano per la democrazia, cfr., di recente, SPADARO, *Su alcuni rischi, forse mortali, della democrazia costituzionale contemporanea. Prime considerazioni*, in *Rivista Aic*, n. 1/2017. Cfr. anche l'interessante analisi di MUDDE, *Europe's populist surge. A long time in the making*, in *Foreign Affairs*, novembre-dicembre 2016, che afferma: «In essence, the populist surge is an illiberal democratic response to decades of undemocratic liberal policies. To stem the populist tide, establishment politicians will have to heed the call to repoliticize the crucial issues of the twenty-first century, such as immigration, neoliberal economics, and European integration, bringing them back into the electoral realm and offering coherent and consistent alternatives to the often short-sighted and simplistic offerings of the populists».

<sup>21</sup> CASTRONOVO, *L'Europa e la rinascita dei nazionalismi*, Roma-Bari, 2016, 58 s. Cfr., inoltre, l'interessante analisi di FABBRINI, «*A Union, not a State*». *La prospettiva dell'Unione federale*, in *Il Mulino*, n. 2/2017, 190 e ss., che scrive: «Per alcuni Stati dell'Europa occidentale e continentale, il processo integrativo doveva servire a tenere sotto controllo il diavolo del nazionalismo autoritario che aveva portato alla drammatica fine delle loro democrazie tra le due guerre mondiali del secolo scorso. Mentre in altri Paesi (come il Regno Unito o i Paesi scandinavi), il nazionalismo aveva assunto [...] un carattere democratico, fornendo le risorse per difendere, nello stesso periodo, le democrazie nazionali dalle aggressioni autoritarie. Con l'allargamento ai Paesi dell'Est europeo, la differenziazione all'interno dell'Ue si è quindi ulteriormente accentuata. A lungo sotto il dominio sovietico, quei Paesi hanno ritrovato nel nazionalismo la fonte di una rinnovata identità nazionale. La loro entrata nel processo di integrazione, dovuta a ragioni di sicurezza geo-politica e di necessità economica, ha finito per creare una situazione paradossale. Il loro nazionalismo ha

Senonché, la crisi economica prima e, in seguito, l'emergenza umanitaria causata dalla pressante ondata migratoria verso le coste europee, hanno messo in luce con drammatica chiarezza che l'assenza di solidarietà tra Stati membri avrebbe reso difficile, se non impossibile, il futuro dell'Unione<sup>22</sup>.

Purtroppo, com'è noto, le misure adottate a livello sovranazionale sono state tardive e spesso antisolidaristiche (v. le cc.dd. misure di *austerità*)<sup>23</sup>, o comunque deboli e parziali (v. il sistema delle quote per gestire l'imponente fenomeno migratorio o il *Piano d'azione* proposto dalla Commissione UE per gestire l'arrivo dei migranti nel Mediterraneo e aumentare la solidarietà tra gli Stati membri)<sup>24</sup>.

faticato a conciliarsi con un progetto post-nazionale, creando tensioni al loro interno trasferite poi sul piano europeo. È evidente che per il primo gruppo di Paesi continentali-occidentali, il progetto integrativo ha una finalità politica (seppure mai chiaramente definita). Mentre per gli altri Paesi del Nord Atlantico e dell'Est europeo, quella finalità è strettamente economica».

<sup>22</sup> Cfr., in particolare, CARAVITA, *Quanta Europa c'è in Europa?*, Torino, 2015; GUAZZAROTTI, *Unione europea e conflitti tra solidarietà*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2016; BALIBAR, *Crisi e fine dell'Europa?*, Torino, 2016; FERRERA, *Rotta di collisione. Euro contro welfare?*, Roma-Bari, 2016; SIMEONI, *Europa/Europe. Conversazioni con Alberto Martinelli, Nadia Urbinati, Vittorio Cotesta*, Roma, 2015.

<sup>23</sup> La letteratura sul punto è sterminata; per una recente e interessante valutazione critica delle vicende politico-giuridiche in tempo di crisi, cfr. D'AGOSTINI, *Diritti fondamentali e governance economica europea*, in *Democrazia e Sicurezza*, n. 3/2016, 19 e ss. Cfr., inoltre, SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 4/2013, 785 e ss.; GAMBINO, *Diritti fondamentali e Unione Europea. Una prospettiva costituzional-comparatistica*, Milano, 2009, spec. 144 e ss.; RAUTI, *La «giustizia sociale» presa sul serio. Prime riflessioni*, in *Forum di Quad. cost.*, 2011; SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista Aic*, n. 4/2011; ID., *La crisi, i diritti sociali e le risposte dell'Europa*, in AA. VV., *Lavoro e diritti sociali. Un confronto tra costituzionalisti e giuslavoristi*, a cura di CARUSO-FONTANA, Bologna, 2015, 15 e ss.; CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2012; GUAZZAROTTI, *Crisi economica e ruolo delle Corti: quali contrappesi alla governance europea e internazionale?*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2013; ID., *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Milano, 2016; CERRI, *La crisi economica e le prospettive europee*, in *Nomos*, 2/2014; ANTONINI (a cura di), *La domanda inevasa. La verifica delle teorie economiche che condizionano la costituzione europea e quella italiana*, Bologna, 2016; PINELLI, *Il doppio cappello dei governi fra Stati e Unione europea*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, n. 3/2016, 639 e ss.; POGGI, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'unione europea*, in *Rivista Aic*, n. 1/2017.

<sup>24</sup> Cfr., *ex multis*: BARBERA, *L'Europa di fronte alle tragedie del Mediterraneo*, in *Quad. cost.*, n. 3/2015, 783 ss.; BONETTI, *I diritti dei non cittadini nelle politiche dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, in AA. VV., *Metamorfofi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, a cura di PANZERA - RAUTI - SALAZAR - SPADARO, Napoli, 2016, 143 ss.; SALAZAR, *I diritti sociali nel “gioco delle tre Carte”*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione*

A ben vedere, in assenza, o in carenza, dell'applicazione del principio di solidarietà (e di sussidiarietà), una simile gestione delle politiche economiche e migratorie ha comportato l'accentuarsi della distanza e della diffidenza tra Unione e Stati membri (nonché degli Stati medesimi tra loro), con la conseguente "verticalizzazione" (estrema) del potere, che è uno degli elementi comuni a ogni forma di populismo, e che comporta la contrapposizione del *popolo*, inteso come soggetto astratto, ad un'"entità" estranea e ostile, che si trova al di sopra e lo opprime.

Tale approccio è particolarmente preoccupante se applicato nei rapporti tra Unione e Stati membri, nella misura in cui – come nota S. Cassese – «una democrazia concepita soltanto in termini verticali (popolo nazionale - suoi

*Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di D'ANDREA - MOSCHELLA - RUGGERI - SAITTA, Milano, 2016, 217 e ss.; PAPA, *Crisi dei rifugiati e principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli stati membri dell'unione europea*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2016, 287 e ss.; RINALDI, *L'Unione europea e le deroghe alla libertà di circolazione in funzione di governo dei flussi migratori*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2016, 325 e ss. Cfr., però, adesso, la sentenza della CGUE (Grande sez.), 6 settembre 2017, cause riunite C-643/15 e C-647/15, *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio dell'Unione europea*.

Per il *Piano d'azione* menzionato nel testo, cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Action plan on measures to support Italy, reduce pressure along the Central Mediteranian route and increase solidarity*, Bruxelles, SEC(2017) 339, 4 luglio 2017, consultabile al sito <https://ec.europa.eu>. Di certo le deboli proposte della Commissione non saranno sufficienti a rassicurare l'Italia su una corretta e solidale gestione del fenomeno migratorio, con una ripartizione degli oneri in modo proporzionale tra tutti gli Stati membri dell'Unione. Tuttavia, alla discutibile "minaccia" dell'Italia di chiudere i porti nazionali per bloccare gli sbarchi – che porrebbe evidenti problemi di tutela dei diritti fondamentali dei migranti, sul piano interno e internazionale, come mostrano bene, nella loro lucida analisi, DE SENA - DE VITTOR, *La "minaccia" italiana di "bloccare" gli sbarchi di migranti e il diritto internazionale*, in *SIDIBlog*, 1 luglio 2017 – sarebbe preferibile, nell'assoluta impossibilità di intavolare un dialogo più proficuo con le istituzioni europolitane e con gli altri Stati membri, optare per l'adozione di misure rivolte non contro i migranti, ma contro l'Unione stessa, ad esempio iniziando a bloccare tutte (o la maggior parte de) le decisioni in cui è richiesta l'unanimità (come propone giustamente CASTELLANETA, *Piano d'azione per "sostenere", rigorosamente solo a parole, l'Italia sui flussi migratori*, in <http://www.marinacastellaneta.it>, 5 luglio 2017). Anche la realizzazione di un "pilastro sociale" sta progredendo a rilento e mostra già le debolezze insite nella scelta di regolare questo settore con strumenti di *soft law*. Per una critica all'uso di tali strumenti, cfr. LA TORRE, *Miseria del costituzionalismo globale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2017, 31 e ss. Per un'interessante analisi sul tema della creazione di un *pilastro europeo dei diritti sociali*, cfr., in particolare, CIANCIO, *Verso un "pilastro europeo dei diritti sociali"*, in *Federalismi.it*, n. 13/2016; e MACCABIANI, *Verso una nuova "sensibilità sociale" nell'unione economico-monetaria*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2016, 23 e ss. Cfr., adesso, la *Raccomandazione della COMMISSIONE EUROPEA sul Pilastro Europeo dei diritti sociali*, Bruxelles, 26 aprile 2017.

rappresentanti) impedisce di comprendere quella che è stata chiamata “horizontal accountability”», ossia la consapevolezza che «ogni governo è circondato da altri organismi politici, dai quali era prima separato e ai quali non doveva rendere conto [...]. Dunque, un governo non deve avere solo la fiducia del suo popolo, ma anche quella degli altri governi europei. Il rapporto di legittimazione e di *accountability* che lega governanti e governati si estende anche, orizzontalmente, ai membri [...] dell’Unione europea. [...] I governi nazionali non sono più responsabili solo nei confronti dei loro popoli, ma anche nei confronti dei governi (e, indirettamente, dei popoli) degli altri Stati europei»<sup>25</sup>.

Invero, nella confusione che ancora impera tra i teorici dell’integrazione europea nella delineazione di un modello descrittivo del rapporto esistente tra Unione e Stati membri<sup>26</sup>, il risalto dato all’elemento “verticale” a scapito di quello “orizzontale” sembra fornire una prima, parziale (nonché discutibile) risposta al «disordinamento giuridico» prodotto dal medesimo processo di integrazione<sup>27</sup>, che rischia, però, di favorire l’insperabile rinascita di una concezione piramidale del rapporto tra ordinamento eurounitario e ordinamenti nazionali, come soluzione più semplice al complesso sistema multilivello, spostando il problema da un piano strettamente torico-giuridico ad un piano politico-sociale<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Così, S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017, spec. 86 e ss. L’A. (a p. 90) conclude affermando che tale duplice responsabilità, prodotta dalla “horizontal accountability”, «non è un limite, ma un arricchimento per la democrazia. Consente a una comunità politica più vasta di far sentire la propria voce in ciascuna delle collettività che ne fanno parte, di stabilire criteri e regole condivisi, di conferire e limitare il potere, che è il fine ultimo della democrazia».

<sup>26</sup> Cfr., in particolare: ROSSA PHELAN, *Revolt or Revolution. The constitutional boundaries of the European Community*, Dublin, 1997; G. ZAGREBLESKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, Roma-Bari, 2003; e ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino 2006.

<sup>27</sup> La nozione di «disordinamento giuridico» è utilizzata da ITZCOVICH, *Integrazione giuridica. Un’analisi concettuale*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2005, 783 e ss., ed è inteso come «continua rottura e spiazzamento dei parametri di legalità interni agli ordinamenti che si integrano». Cfr., inoltre, ID., *Disordinamento giuridico. Crisi finanziaria e sviluppi costituzionali dell’Unione economica e monetaria europea*, in *Dir. e Quest. pubbl.*, n. 1/2017, 87 e ss.

<sup>28</sup> Tale situazione evidenzia, a parere di chi scrive, l’urgente necessità da parte dei teorici del diritto (e, in generale, delle scienze sociali) di ripensare nuovi modelli di integrazione europea, che possano impedire una simile “verticalizzazione” e, al contempo, tendano a risolvere il problema del «disordinamento», quando non addirittura della «disintegrazione» giuridica, all’interno degli ordinamenti nazionali. Non sembra si possano accogliere, invero, con pieno favore le tesi di chi – con il nobile scopo di democratizzare le istituzioni

Al contempo, tali politiche eurounitarie hanno favorito la comparsa di un altro elemento caratteristico del populismo: «L'idea di tradimento, di abuso e sottrazione indebita ai danni degli onesti cittadini», che ha assunto i tratti tipici dell'*angst* tedesca, ossia un misto di paura, ansia e preoccupazione, causate dal clima di profonda incertezza prodotto dalla crisi economica, che ha dato vita ad una forma peculiare di populismo «per ricchi», definito «populismo patrimoniale»<sup>29</sup>.

---

eurounitarie e, soprattutto, la *governance* dell'Eurozona – propone politiche completamente “differenziate” per i Paesi che hanno adottato l'euro, rispetto a quelli rimasti estranei all'Unione monetaria, fino ad arrivare ad un vero e proprio «sdoppiamento» dell'ordinamento eurounitario, che potrebbe comportare, sempre a parere di chi scrive, il rischio, particolarmente attuale, di frammentarlo eccessivamente, indebolendo ulteriormente l'unione (già alquanto instabile) e la solidarietà tra gli Stati membri, sempre più divisi in base alle scelte prodotte dalle diverse politiche nazionali. Cfr., nel senso qui criticato, le proposte di: FABBRINI, *Sdoppiamento. Una prospettiva nuova per l'Europa*, Roma-Bari, 2017; e HENNETTE - PIKETTY - SACRISTE - VAUCHEZ, *Democratizzare l'Europa! Per un Trattato di democratizzazione dell'Europa*, Milano, 2017. Per una critica al progetto del *T-Dem* (Trattato di democratizzazione della *governance* dell'Eurozona) proposto da Piketty et al., cfr., in particolare: CARETTI, *Ambiguità e contraddizioni nelle più recenti proposte di “democratizzazione” della governance europea*; e TOSATO, *Note critiche sul “Progetto Piketty”*, entrambi su [www.ridiam.it](http://www.ridiam.it), *La Questione Europea. Osservatorio riforme europee*, rispettivamente del 4 e del 5 giugno 2017. Si veda, inoltre, l'improbabile proposta di Norbert Hofer, formulata nel corso della campagna elettorale per il ballottaggio-*bis* delle elezioni presidenziali austriache del 2016, che consiste nel creare «un'Unione all'interno dell'Unione», che riunisca alcuni Paesi dell'ex Impero asburgico (Austria, Ungheria, Croazia, Repubblica Ceca), con lo scopo di «adottare politiche in tema di immigrazione e richiedenti asilo più stringenti (in particolare: non ispirate alla c.d. *Willkommens-kultur*, o “*culture of welcoming*”, come sono invece quelle propugnate – secondo Hofer – dalla Cancelliera tedesca Merkel) rispetto a quelle dei Paesi dell'Europa occidentale»: sul punto, cfr. M. MAZZA, *L'onda populista: dalla Brexit a Trump fino al cuore dell'Europa*, in *DPCE on line*, n. 2/2017, 219 (c.vi dell'A.). Nonostante tratti di somiglianza, andrebbe comunque distinto il (discutibile) tentativo di rassegnato “sdoppiamento” dell'Unione fra Paesi esterni all'area euro e Paesi con moneta comune, dal diverso (e meno *tranchant*) approccio di costruzione di un'“Europa federale” in forma consensuale e per gradi, anche attraverso meccanismi istituzionali di “geometria variabile” (*opting out, opting in*), pur entro certi limiti, che assicurino, comunque, un comune intento di proseguire uniti verso la direzione dell'Unione federale, evitando scelte che comportino un'eccessiva frammentazione interna, giuridica e politica, degli Stati membri fra loro.

<sup>29</sup> Così, REYNIÉ, *La crisi populista dell'idea europea*, in *Il Mulino*, n. 3/2014, spec. 420 e ss., che scrive: «Il populismo patrimoniale nasce dal fatto che una parte dell'opinione pubblica teme di dover subire una rimessione in discussione simultanea del patrimonio materiale – il tenore di vita – e di quello immateriale – il modo di vivere. [...] Potendo concentrare l'attenzione sia sulla dimensione materiale dell'esistenza sia su quella immateriale, il populismo patrimoniale permette di mobilitare un largo ventaglio di gruppi sociali, dalle classi più modeste agli strati superiori».

Sussiste, a ben vedere, anche un ulteriore elemento tipico dei movimenti populistici, che qui assume segnatamente la forma dell'antieuropeismo: la rimozione dell'elemento considerato oppressivo (evidentemente rappresentato, in questa prospettiva, dalle politiche eurounitarie o addirittura dall'appartenenza *tout court* all'Unione europea) e la "restaurazione" della sovranità popolare<sup>30</sup>. Rispetto a tale ultimo elemento, si potrebbe dedurre che proprio questa *soggettivizzazione* (estrema e quasi illimitata) della sovranità popolare paradossalmente determini una distorsione dell'identità costituzionale, perché tende ad eludere le «forme e i limiti» imposti dalla Costituzione, entro cui si deve mantenere l'esercizio della sovranità popolare.

Invero, proprio come accadeva per i movimenti populistici degli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso, anche in queste nuove forme di antieuropeismo si può rinvenire un'oscillazione «tra un polo protestatario e un polo identitario ([...] "nazionalista" o "nazional-populista") [e] si riconosce un l'appello al popolo, insieme come *demos* (la plebe, le masse popolari) e come *ethnos* (il popolo come entità etno-nazionale), un appello diretto contro le élite e contro gli stranieri»<sup>31</sup>.

Se si segue la ricostruzione qui proposta, "verticalizzazione" del potere, politiche antisolidaristiche (o comunque non solidaristiche) e disegualianze crescenti tra gli Stati membri potrebbero essere indicate come le cause scatenanti del diffondersi di movimenti populistici e antieuropeistici, con la conseguente affermazione di un'identità costituzionale nazionale *distorta*, spesso presentata in opposizione a quella dell'Unione.

Per evitare simili degenerazioni – accanto all'auspicio della realizzazione di un'unione di tipo federale, "sempre più stretta" tra gli Stati membri, che possa favorire la «transizione epocale, [...] dal diritto *autoritativo-gerarchico* al diritto *dialogico*»<sup>32</sup> – sembra quanto mai opportuno porre al centro del discorso dei rapporti interordinamentali i principi di uguaglianza e solidarietà<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Per una sintetica ma efficace descrizione dei tre elementi del populismo menzionati nel testo, cfr. REVELLI, *Populismo 2.0*, Torino, 2017, 12 e ss.

<sup>31</sup> Cfr., in proposito, la ricca analisi di TAGUIEFF, *L'illusione populista*, Milano, 2003, 57, ma *passim*.

<sup>32</sup> Cfr., sul punto, l'interessante analisi di BOSIO - DELLAVALLE, *Crisi e ridefinizione della sovranità nel contesto plurilivellare*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2016, spec. 153 e ss. (c.vo degli Autori).

<sup>33</sup> Infatti, come nota un'attenta dottrina, «solidarietà ed eguaglianza costituiscono gli strumenti più adeguati e più di frequente utilizzati per spianare il terreno sul quale può essere ridefinita e ricostruita l'identità costituzionale: una identità che [...] non soltanto non è messa

Depurato da qualsivoglia forma di degenerazione (populistica e antieuropeistica), il richiamo al rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri potrebbe fungere addirittura da stimolo nei confronti dell'Unione, per realizzare compiutamente gli obiettivi previsti nei Trattati, nel rispetto delle peculiarità dei singoli ordinamenti, ma sempre in una logica solidaristica, che ne rafforzi parimenti l'unione. Al contempo, essa sembra segnare il limite oltre il quale l'applicazione del diritto eurounitario diventerebbe lesiva delle "ponderazioni fondamentali" interne e l'integrazione delle tutele, sempre auspicabile, non sarebbe possibile. Si potrebbe, cioè, verificare la situazione in cui il diritto eurounitario non si limiti a modificare l'ordinamento interno, nella logica dell'*integrazione*, ma ne produca, di converso, una "*dis-integrazione*", addivenendo così ad una rottura costituzionale, in violazione del (delicatissimo e indefinito "a priori") punto di equilibrio fissato in una data "ponderazione fondamentale", che esprime il contenuto dell'identità costituzionale nazionale in un caso concreto; beninteso, parte del bilanciamento interno è anche il diritto eurounitario rilevante, che "entrerebbe" nella ponderazione per il tramite delle "clausole europee" (dunque, nell'ordinamento italiano, per mezzo dell'art. 11 Cost.). In tale ultimo caso, a ben vedere, l'identità costituzionale nazionale opererebbe nella stessa logica dei *controlimiti*, fino a poter essere con questi identificata, come si tenterà di mostrare meglio *infra*.

Fermo restando quanto appena detto, si potrebbe anticipare da subito una parte degli esiti della presente ricerca: permane un discrimine netto tra identità costituzionale intesa come controlimito e le summenzionate forme di degenerazione della stessa (populismo antieuropeista). Infatti, al di là di ogni

---

a rischio dall'integrazione sovranazionale in corso ma, di contro, può proprio da essa rinvenire la spinta per la sua incessante rigenerazione e l'ulteriore, vigorosa trasmissione nel tempo. E ciò, ove si consideri che l'identità si fa e rinnova attorno ad un patrimonio di valori fondamentali condivisi, tra i quali – si rammenti – è anche quello dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale: un'apertura, certo, non indiscriminata, senza limiti, bensì orientata da quell'autentica *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali che è data dalla ricerca, costante ed infaticabile seppur non di rado sofferta, della ottimale tutela dei diritti (e, per ciò pure, dell'eguaglianza) in ragione delle complessive esigenze del caso, facendo al riguardo specifico affidamento sul "dialogo" tra Corti europee e Corti nazionali. [...] Solidarietà ed eguaglianza sono il punto in cui si saldano gli ordinamenti, quello da cui l'integrazione sovranazionale in corso può, nel modo più stabile, tenersi al fine di portarsi, pur se con non poca fatica e tra non rimosse oscillazioni e contraddizioni, avanti»: così, RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, Relazione al Convegno su *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Napoli 11-13 maggio 2017, in *Rivista Aic*, n. 2/2017, spec. 29 e s. (c.vo dell'A.).

altra considerazione, mentre i controlimiti – come chi scrive proverà a mostrare – si possono connotare in senso *dialogico* e non meramente oppositivo<sup>34</sup>, il populismo antieuropeista esclude del tutto un simile approccio, tendendo invece ad eliminare definitivamente l'elemento che si presume generi oppressione (come mostra chiaramente la *Brexit*, cui si accennerà *infra*, par. 4). Inoltre, la ponderazione fondamentale che dà corpo ai controlimiti si ricava dall'applicazione del canone della ragionevolezza, sotteso al test di bilanciamento; invece l'antieuropeismo si alimenta di emozioni irrazionali (la summenzionata *angst*), che spingono larga parte della popolazione a considerare praticabili anche soluzioni estreme, più "nazionalistiche" che nazionali, pur se controproducenti anche per lo Stato che le pone in essere.

### **3. Identità costituzionale, *primauté* e controlimiti: CGUE e Corti costituzionali a confronto**

Sebbene l'identità costituzionale e i controlimiti sembrano avere entrambi una duplice portata, sia giuridica (e, in particolare, giurisprudenziale) che politica<sup>35</sup> (come si tenterà di mostrare meglio *infra*, par. 5), è dall'angolo visuale della giurisprudenza di alcune Corti costituzionali nazionali che si possono cogliere le più interessanti implicazioni tra questi due concetti.

In particolare, a volte le Corti costituzionali sembrano delineare esse stesse il contenuto dell'identità costituzionale nazionale, enunciando più o meno puntualmente i principi fondamentali o i diritti inviolabili lesi dalle fonti esterne e, in tale accezione, l'identità costituzionale coincide logicamente con i controlimiti. Altre volte, invece, nella giurisprudenza costituzionale si nota un uso strumentale dei controlimiti, che diventano un *mezzo* per tutelare in modo effettivo l'identità costituzionale. Si potrebbe discutere, a questo punto, di *duplicità funzionale* dei controlimiti, per cui questi possono essere alternativamente utilizzati o come istituto sostanziale, identificandosi compiutamente nei principi fondamentali e nei diritti

---

<sup>34</sup> Di «controlimiti temperati» (in relazione all'ordinamento internazionale) discute, invece, GROPPI, *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, in *Consulta online*, dicembre 2014, spec. 3.

<sup>35</sup> Per un'opinione diversa, cfr., invece, DEMURO, *Controlimiti e identità costituzionale*, Relazione al Convegno *Unione europea, Stati e cittadini. Tra antieuropeismo e condizionalità*, I Sessione - *L'identità costituzionale: una forma di antieuropeismo?*, Siena, 22-23 giugno 2017.



inviolabili delle Costituzioni nazionali (così come delineati a seguito di una concreta operazione di bilanciamento) e coincidendo, pertanto, con l'identità costituzionale; oppure come istituto meramente processuale, ossia come una *tecnica* di giudizio – e, segnatamente, il ragionevole bilanciamento tra interessi/principi da cui risulti una determinata “ponderazione fondamentale” – per mezzo della quale si possa identificare, di volta in volta, il contenuto dell'identità costituzionale, che verrà “difesa” con la deroga al principio del primato del diritto dell'Unione, espungendo dall'ordinamento nazionale l'atto lesivo del nucleo duro costituzionale.

In ogni caso, non sempre le Corti costituzionali menzionano espressamente i controlimiti, che sembrano essere impliciti nel ragionamento logico-giuridico che esprimono all'interno delle loro decisioni; invece esse fanno più spesso menzione dell'identità costituzionale da difendere, identificando il contenuto che questa assume nel caso concreto, o spingendosi fino a stilare un elenco aperto di principi e diritti che ne formano il contenuto. Tuttavia, anche se sembra che vi sia, *prima facie*, una comunanza dei principi e dei diritti rientranti nel “nucleo duro” delle Costituzioni nazionali, è altrettanto evidente che spesso le Corti costituzionali, nelle operazioni di bilanciamento, li declinano *in concreto* in modo diverso, come mostra il caso del *principio democratico*, che certamente rientra tanto nell'identità europea (cfr. art. 2 TUE), quanto nelle diverse identità costituzionali nazionali, soprattutto se si guarda alla giurisprudenza costituzionale tedesca e italiana.

La su menzionata duplicità funzionale dei controlimiti sembra evidente nel *controllo d'identità* (*identitätskontrolle*) e in quello *ultra vires* elaborati dal *BVerfG* e, in particolare, in due decisioni molto note: il *caso R* (noto anche come *Solange III*)<sup>36</sup> e il caso *Gauweiler/OMT*<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> 2 BvR 2735/14, 15 dicembre 2015, caso *R*. In questa decisione (resa il 15 dicembre 2015 e pubblicata il 26 gennaio 2016), com'è noto, il *BVerfG* si è discostato dalla giurisprudenza *Melloni*, bloccando l'estradizione in Italia di un cittadino americano, condannato in contumacia a trenta anni di reclusione dalla Corte d'Appello di Firenze, adducendo che, siccome il nostro ordinamento non ammette l'assunzione di prove nel giudizio d'appello (salvo casi eccezionali, espressamente previsti e disciplinati dal codice di procedura penale), all'estradato non sarebbe assicurato il diritto di difesa e sarebbe pertanto violato il principio di non colpevolezza, letto come emanazione del principio supremo di dignità della persona (*ex art. 1 GG*), in combinato disposto con gli artt. 23, I co., e 79, III co., *GG*. Inoltre, in questo caso il *BVerfG* ha espressamente escluso la possibilità di operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, poiché ha ritenuto di trovarsi in presenza di un *acte clair*. Per un commento alla decisione in questione cfr., *ex multis*: FARAGUNA, *Solange III? Il BVerfG colpisce ancora*, in *Quad. cost.*, n. 1/2016, 123 e ss.; HONG DO, *Human Dignity and Constitutional Identity: the Solange-III-decision of the German Constitutional Court*, in

Ebbene, entrambi questi tipi di controllo<sup>38</sup> mostrano come il *BVerfG* si erga a presidio «non tanto e non solo del principio democratico, ma più nello specifico della democrazia rappresentativa e del suo corretto funzionamento, [...] che nasce e si sviluppa all'interno dello Stato-nazione»<sup>39</sup>, utilizzando l'efficace strumento della *responsabilità per l'integrazione* degli organi costituzionali tedeschi, che si sostanzia nell'obbligo di protezione dell'identità nazionale (e, in special modo, del principio democratico), non rendendo esecutivi gli atti eurounitari dichiarati *ultra vires*, perché questi ultimi non godrebbero della copertura del principio del primato.

---

*Verfassungsblog.de*, 18 febbraio 2016; POLI, *Mir gehört die letztentscheidungskompetenzen/ L'ennesimo dialogo-scontro tra Bundesverfassungsgericht e Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Rivista Aic*, n. 3/2016; ANZON DEMMIG, *La Corte costituzionale è ferma sui "controlimiti", ma rovescia sulla Corte europea di Giustizia l'onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*, in *Osservatorio Aic*, n. 2/2017, spec. 11 e ss.

<sup>37</sup> 2 BvR 2728/13, 21 giugno 2016, avente ad oggetto la compatibilità con il diritto eurounitario del programma *Outright Monetary Transactions* (OMT) della BCE. Se la Corte di Giustizia "salva" il programma e, al contempo, "tende una mano" al *BVerfG*, cercando di favorire il "dialogo", *Karlsruhe* risponde con una sentenza mista di inammissibilità e rigetto dei ricorsi individuali e del conflitto fra poteri, ma abbandona l'atteggiamento «euro-amichevole» che aveva caratterizzato i suoi rapporti con la Corte di Lussemburgo nel caso *Mangold*, configurando un vero e proprio "diritto individuale alla democrazia" dal combinato disposto degli artt. 1 (dignità), 23 (il c.d. *Europa-artikel*), 79, III c. (la c.d. clausola di eternità), 20 (diritto di voto) del *Grundgesetz*, e minacciando di azionare il controllo *ultra vires*, nel caso in cui la partecipazione della *Bundesbank* all'attuazione del programma di integrazione (OMT) avvenga senza tenere conto delle condizioni poste dal *BVerfG*, in assenza delle quali gli atti posti in essere si configurerebbero come *ultra vires sufficientemente qualificati*. Per un commento della decisione cfr. FARAGUNA, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul caso OMT/Gauweiler*, in *Diritti Comparati*, n. 1/2016, 1 e ss. Per un'interessante analisi delle opinioni dissenzienti dei giudici di Lussemburgo nella disamina del rinvio pregiudiziale da parte del *BVerfG*, cfr., in particolare, DENNINGER, *L'identità costituzionale tedesca e l'Unione europea: riflessioni a partire dalla pronuncia sulle OMT*, in *Dir. Pubbl. Comp. e Eur.*, n. 1/2016, 216 e ss.; G. BECK, *The Court of Justice, the Bundesverfassungsgericht and legal reasoning during the Euro Crisis: the Rule of Law as Fair-Weather Phenomenon*, in *European Public Law*, n. 20/2014, 539 e ss.; ANZON DEMMIG, *La Corte costituzionale è ferma sui "controlimiti"*, cit., 13 e ss.

<sup>38</sup> ...pur con le loro innegabili differenze, ulteriormente ribadite e chiarificate dal *BVerfG* nel citato caso *OMT II* del 2016, per cui si può affermare che, anche se entrambi questi tipi di giudizio sono volti a garantire il rispetto dell'art. 79 *GG*, per vigilare sui modi in cui l'Unione europea esercita i suoi poteri, il controllo *ultra vires* si concreta in un controllo procedurale, tecnico; mentre il controllo d'identità è di tipo materiale. Per un'approfondita disamina sul punto, cfr., di recente, SAITTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: istanze "controdemocratiche", principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2016, cit., 57 e ss.

<sup>39</sup> SAITTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa*, cit., 29.

A ben vedere, sembra che tale tipo di controllo possa configurarsi come un utile strumento per evitare derive populistiche e antieuropeistiche, senza per questo rinunciare alla “difesa” dell’identità costituzionale. Infatti, se è vero che la democrazia rappresentativa può definirsi come composta da «un misto di sovranità popolare e di limitazioni costituzionali» e che i movimenti e i partiti populistici spesso sostengono di intervenire per riequilibrare tale rapporto, assumendo che le regole procedurali impediscono l’implementazione delle aspettative popolari<sup>40</sup>, allora non può che apprezzarsi questo tipo di controllo posto in essere dal *BVerfG*, nella misura in cui tende a mantenere tale equilibrio, coinvolgendo anche gli organi rappresentativi, a cui viene imputata la responsabilità per l’integrazione. Così agendo, il *BVerfG* non resta isolato nel circuito delle garanzie, ma rimette in circolo il controllo del principio democratico e la “difesa” dell’identità costituzionale *tout court*, solo dopo aver “tarato” la bilancia, per evitare che il riequilibrio sia effettuato direttamente dagli organi politici, paventando forse derive populiste e antieuropeiste da parte di questi ultimi. Si può riconoscere che l’atteggiamento del *BVerfG* non sempre sia stato *Europarechtsfreundlich*, ma ciò non significa che sia definibile “antieuropeo”, almeno nell’accezione negativa di questo termine che chi scrive ha cercato qui di delineare. Semmai si potrebbe discutere di come l’identità costituzionale (e, conseguentemente, i controlimiti) sia costruita, ovvero se l’approccio del *BVerfG* sia *davvero* collaborativo rispetto alle istituzioni eurolunitarie (al di là dei ripetuti richiami effettuati al principio di cooperazione), oppure sostanzialmente stato-centrico.

Uno scenario diverso offre, com’è noto, la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana. Per analizzare (brevemente) il rapporto tra identità costituzionale e controlimiti nel nostro ordinamento, sembra utile (oltre che ricordare appena un punto della sent. n. 73/2001)<sup>41</sup> soffermarsi su un passaggio della notissima ordinanza *Taricco*, la n. 24/2017<sup>42</sup>, in cui, sebbene

---

<sup>40</sup> Cfr. TAGUIEFF, *L’illusione populista*, cit., 86 e ss.

<sup>41</sup> ...in cui si legge: «L’orientamento di apertura dell’ordinamento italiano nei confronti sia delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, sia delle norme internazionali convenzionali [e delle norme comunitarie] incontra i limiti necessari a *garantirne l’identità* e quindi, innanzitutto, *i limiti derivanti dalla Costituzione*» (sent. n. 73/2001, punto 3.1, *Cons. in dir.*).

<sup>42</sup> Su cui, fra moltissimi, cfr. adesso i contributi raccolti in BERNARDI - CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017. Cfr., inoltre: FERRANTE, *L’ordinanza della Corte costituzionale sull’affaire Taricco: una decisione “diplomatica” ma ferma*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2017; MORELLI, *La capacità parametrica del diritto dell’Unione europea privo di efficacia diretta*

la Consulta avochi a sé, decisamente, la competenza a descrivere e “difendere” l’*identità costituzionale* nazionale, non lo fa in modo rigido e auto-referenziale – atteggiamento che sembra, invece, caratterizzare il *BVerfG* – bensì cercando di inserire l’*identità costituzionale* italiana nel più ampio spettro dell’*identità europea* e di interpretare in modo “sistematico” i valori e i principi della nostra Carta costituzionale, «in armonia» con quelli dell’ordinamento europeo, e in particolare con la Carta di Nizza-Strasburgo<sup>43</sup>. Insomma, lungi dal sostituirsi alla Corte di Giustizia

---

*nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2017, spec. par. 3; NADILE, *La Corte Costituzionale sceglie il rinvio pregiudiziale sul “caso Taricco”*, in *Quest. giust.*, 1 febbraio 2017; BIN, *Corte costituzionale. Sul caso Taricco sfida la Corte di giustizia europea*, in *laCostituzione.info*, 26 gennaio 2017; AMALFITANO, *La vicenda Taricco e il (possibile) riconoscimento dell’identità nazionale quale conferma del primato del diritto dell’Unione Europea*, in *Eurojus.it*, 22 maggio 2017. Cfr., ancora, i contributi raccolti in PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017.

<sup>43</sup> Afferma, infatti, la Corte costituzionale: «Questa Corte tiene a sottolineare che l’interpretazione appena delineata, se da un lato serve a preservare l’identità costituzionale della Repubblica italiana, dall’altro non compromette le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell’Unione e si propone pertanto come soluzione conforme al principio di leale cooperazione e di proporzionalità. [...] [La qualificazione della prescrizione come avente natura sostanziale], nel caso di specie, costituisce un livello di protezione più elevato di quello concesso agli imputati dall’art. 49 della Carta di Nizza e dall’art. 7 della CEDU. Esso, perciò, deve ritenersi salvaguardato dallo stesso diritto dell’Unione, ai sensi dell’art. 53 della Carta [...]. Inoltre questa Corte osserva che la sentenza resa in causa Taricco ha escluso l’incompatibilità della regola lì affermata rispetto all’art. 49 della Carta di Nizza con riguardo al solo divieto di retroattività, mentre non ha esaminato l’altro profilo proprio del principio di legalità, ovvero la necessità che la norma relativa al regime di punibilità sia sufficientemente determinata. È questa un’esigenza comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, presente anche nel sistema di tutela della CEDU, e come tale incarna un principio generale del diritto dell’Unione [...]. Anche se si dovesse ritenere che la prescrizione ha natura processuale, o che comunque può essere regolata anche da una normativa posteriore alla commissione del reato, ugualmente resterebbe il principio che l’attività del giudice chiamato ad applicarla deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate. In questo principio si coglie un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di *civil law*. Essi non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in ogni caso ripudiano l’idea che i tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire. Il largo consenso diffuso tra gli Stati membri su tale principio cardine della divisione dei poteri induce a ritenere che l’art. 49 della Carta di Nizza abbia identica portata, ai sensi dell’art. 52, paragrafo 4, della medesima Carta. Tuttavia, l’art. 325 del TFUE, pur formulando un obbligo di risultato chiaro e incondizionato, secondo quanto precisato dalla Corte di giustizia, omette di indicare con sufficiente analiticità il percorso che il giudice penale è tenuto a seguire per conseguire lo scopo. In questo modo però si potrebbe permettere al potere giudiziario di disfarsi, in linea

nell'interpretazione del diritto eurounitario, la Corte Costituzionale sembra invitare i Giudici di Lussemburgo ad operare un'*integrazione bidirezionale delle tutele*, utilizzando le *tradizioni costituzionali* (in questo caso evidentemente intese anche come "parte" dell'identità costituzionale italiana) come elementi per implementare i principi già presenti nell'ordinamento eurounitario, ampliandone la portata e intensificando, così, la relativa tutela<sup>44</sup>.

---

potenziale, di qualsivoglia elemento normativo che attiene alla punibilità o al processo, purché esso sia ritenuto di ostacolo alla repressione del reato. Questa conclusione eccede il limite proprio della funzione giurisdizionale nello Stato di diritto quanto meno nella tradizione continentale, e *non pare conforme al principio di legalità enunciato dall'art. 49 della Carta di Nizza. Se si ritiene che l'art. 325 del TFUE ha un simile significato resta allora da verificarne la coerenza con l'art. 49 della Carta di Nizza, [...] sotto il profilo della carente determinatezza della norma europea, quando interferisce con i diritti degli imputati in un processo penale*» (ord. n. 24/2017, punti 8-9, c.vo aggiunto).

<sup>44</sup> Come notano, di recente, anche FABBRINI - POLLICINO, *Constitutional identity in Italy: European integration as the fulfilment of the Constitution*, in *EUI Working Paper LAW*, n. 06/2017, spec. 23. Nel rimarcare il ruolo che gli organi di garanzia (Presidente della Repubblica e Corte costituzionale) hanno nella definizione dell'identità nazionale, gli Autori notano come «the study of the words and deeds of the two highest constitutional authorities of the Italian State reveals the absence of a constitutional identity mentality in Italy. On the one hand the Italian Presidents of the Republic – and particularly Ciampi, Napolitano and Mattarella – have consistently affirmed the axiological overlap between the process of democratization in Italy and the project of European unification, based on the understanding that both the Italian Constitution and the EU treaties are the product of the resistance movement against Nazi-Fascism. On the other hand, the Italian CC, despite theoretically recognizing potential limits to the primacy of EU law in Italy, has never drawn red-lines against the EU: on the contrary, the CC developed, especially in the last 10 years, a cooperative dialogue with the ECJ aimed at valorising the elements of contact, more than those of conflict, between national constitutional law and EU law»; e sottolineano, infine, che «the Italian constitutional vocabulary is inspired by the language of common constitutional tradition – not by that of individual constitutional identity. In the case of Italy, a founder of the EU, the process of European integration represents the most perfect fulfilment of the Constitution». Non bisogna, però, dimenticare che, nell'ordinanza *Taricco*, la Corte costituzionale è molto ferma nella sua interpretazione e nell'eventuale futura applicazione dei controlimiti; essa, infatti, si spinge fino a chiedere alla Corte di Giustizia di reinterpretare l'art. 325 TFUE, rivedendo, sostanzialmente, una propria decisione per mutare giurisprudenza. Ad ogni modo, com'è stato sostenuto in dottrina, «la tecnica di formulare il rinvio pregiudiziale come una richiesta di conferma di una autonoma e articolata interpretazione del diritto europeo presentata, con determinazione e con finezza argomentativa, come una proposta di soluzione "forte" dei possibili contrasti della normativa europea con i "controlimiti" sembra essere una via efficace per scalfire la rigidità dell'atteggiamento della Corte di Giustizia nei confronti degli Stati membri, perché offre una piattaforma per raggiungere adeguati bilanciamenti delle rispettive esigenze e ricorda a questa Corte che anch'essa è vincolata al principio di collaborazione e non soltanto le istituzioni

Un ulteriore punto particolarmente interessante dell'ordinanza *Taricco* – a cui si può dedicare qui solo un brevissimo cenno – è l'emergere di un contenuto pregnante dell'identità costituzionale italiana, rinvenibile (nel principio di separazione dei poteri, ma soprattutto) nel *ruolo della magistratura*, per cui la Corte costituzionale, in quanto “giudice dei controlimiti”, si erge a difensore del corretto svolgimento della funzione giurisdizionale<sup>45</sup>, accentuando il legame tra art. 1 e art. 101, II co., della Costituzione e coinvolgendo così la magistratura nella concretizzazione dei principi costituzionali, che definiscono l'identità costituzionale nazionale. Ciò che qui preme evidenziare, in contrapposizione a quanto sembra caratterizzare la giurisprudenza del *BVerfG*, è che il *principio democratico* è immediatamente collegato alla funzione giurisdizionale, più che declinato nei termini della democrazia rappresentativa. Per cui sembrerebbe che, secondo la Corte costituzionale italiana, la difesa dell'identità costituzionale passi innanzitutto attraverso la garanzia della corretta concretizzazione dei principi supremi dell'ordinamento, posta in essere (soprattutto) dalla

---

degli Stati membri. Così inteso, e proprio perché formulato come un invito – sia pure molto risoluto, ma non minaccioso – a tale dovere di collaborazione reciproca il rinvio non può dirsi *tout court* un ultimatum, ma l'apertura di un confronto tra pari. [...] Così impostata, l'emersione progressiva dei “controlimiti”, pur coeva alla grave crisi del processo di integrazione, può non tradursi necessariamente in uno strumento di disgregazione dell'Unione, ma, al contrario, può costituire uno strumento utile a bilanciare ragionevolmente le ragioni dell'integrazione e le esigenze identitarie degli Stati crisi e dunque a mitigare la diffidenza e il malcontento diffusi a torto o a ragione verso l'Unione e insieme il pessimismo di chi teme, o auspica, l'inarrestabile tramonto della costruzione europea»: così, ANZON DEMMIG, *La Corte costituzionale è ferma sui “controlimiti”*, cit., 23.

<sup>45</sup> In particolare, la Corte costituzionale afferma: «[...] è necessario interrogarsi, sia sul rispetto della riserva di legge, sia sul grado di determinatezza assunto dall'ordinamento penale in base all'art. 325 del TFUE, con riguardo al potere del giudice, al quale non possono spettare scelte basate su discrezionali valutazioni di politica criminale. In particolare il tempo necessario per la prescrizione di un reato e le operazioni giuridiche da compiersi per calcolarlo devono essere il frutto dell'applicazione, da parte del giudice penale, di regole legali sufficientemente determinate. In caso contrario, il contenuto di queste regole sarebbe deciso da un tribunale caso per caso, cosa che è senza dubbio vietata dal principio di separazione dei poteri di cui l'art. 25, secondo comma, Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale. [...] Nell'ordinamento italiano, come anche nell'ordinamento europeo, l'attività giurisdizionale è soggetta al governo della legge penale; mentre quest'ultima, viceversa, non può limitarsi ad assegnare obiettivi di scopo al giudice. Non si può allora escludere che la legge nazionale possa e debba essere disapplicata se ciò è prescritto in casi specifici dalla normativa europea. Non è invece possibile che il diritto dell'Unione fissi un obiettivo di risultato al giudice penale e che, in difetto di una normativa che predefinisca analiticamente casi e condizioni, quest'ultimo sia tenuto a raggiungerlo con qualunque mezzo rinvenuto nell'ordinamento» (ord. n. 24/2017, punto 5, c.vo aggiunto).

magistratura, piuttosto che attraverso il canale della decisione politica, che assicuri il corretto esercizio degli strumenti propri della democrazia rappresentativa, come avviene in Germania<sup>46</sup>.

L'intento "dialogico" che si ravvisa nell'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale non sembra trovare, però, corrispondenza nelle *Conclusioni* dell'Avvocato Generale Y. Bot, presentate il 18 luglio 2017<sup>47</sup>. Ciò che qui

---

<sup>46</sup> Dal peculiare ruolo assunto dalla magistratura nella difesa dell'identità costituzionale nazionale si potrebbero trarre molte implicazioni, che non possono, tuttavia, essere qui compiutamente sviluppate. In questa prospettiva, è interessante quanto si legge in un passo del *Parere* reso dal Consiglio di Stato, il 23 marzo 2017, in risposta al quesito posto dal Ministro della giustizia, in ordine a uno specifico profilo attuativo della legge n. 27/ 2016 (*"Delega al Governo per la riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace"*), che, in particolare, chiedeva: «a) Se, in sede di attuazione dei criteri di delega in materia di disciplina transitoria, si possano predisporre misure di stabilizzazione con attribuzione dello statuto del pubblico impiegato, quanto meno relativamente ai magistrati onorari i quali, alla scadenza dei quattro quadrienni previsti dal citato comma 17 dell'articolo 2 della Legge, raggiungeranno un'età *"effettivamente incompatibile con un nuovo inserimento nel mercato del lavoro"*; b) se siffatte misure siano, per un verso, compatibili con le finalità e la *ratio* della Legge e, per l'altro, se e in quali limiti siano conciliabili con il complessivo assetto dell'ordinamento interno, delineato, in primo luogo, dai principi costituzionali dell'onorarietà della magistratura non professionale e dell'accesso alla magistratura ordinaria e, più in generale, ai pubblici uffici per concorso, a norma degli articoli 106, primo comma, e 97, ultimo comma, della Costituzione». Al quesito *sub b)* il Consiglio di Stato risponde riprendendo la teoria dei controlimiti, così come stabilita dalla Corte costituzionale, e qualifica l'art. 106 Cost. come principio supremo dell'ordinamento. Infatti, a p. 22 del *Parere* cit. si legge: «In ogni caso, va sottolineato che, per quanto il riconoscimento del primato del diritto dell'Unione sia un dato da tempo acquisito ai sensi dell'articolo 11 della Costituzione, la giurisprudenza costituzionale ha costantemente affermato che l'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona è condizione perché il diritto dell'Unione possa essere applicato in Italia. L'ordine giudiziario, nella sua struttura costituzionale, deve essere caratterizzato dalla professionalità, in funzione della competenza tecnica e della imparzialità dell'intervento del giudice. Non vi è dubbio che l'articolo 106 della Costituzione esprima un principio supremo dell'ordinamento. Qualora l'applicazione del diritto dell'Unione europea comportasse l'ingresso – per la verità *"sommamente improbabile"* – nell'ordinamento giuridico di una regola contraria, ne conseguirebbe l'illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e resi esecutivi i Trattati, nella parte in cui essa consente che quell'ipotesi normativa si realizzi (così la Corte costituzionale nelle sentenze n. 232 del 1989, n. 170 del 1984 e n. 183 del 1973; da ultimo, ordinanza n. 24 del 2017)».

<sup>47</sup> Cfr., in questo senso, i commenti di: BASSINI - POLLICINO, *The opinion of Advocate General Bot in Taricco II: Seven "Deadly" Sins and a Modest Proposal*, in [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de), 2 agosto 2017; CAPOTORTI, *Le conclusioni dell'Avvocato Generale Bot nella causa c.d. Taricco bis stentano a trovare un'auspicabile soluzione di compromesso: verso un conflitto tra le corti?*, in [Eurojus.it](http://Eurojus.it), 8 agosto 2017; DANIELE, *Il seguito del caso Taricco: l'Avvocato generale Bot non apre al dialogo tra Corti*, in *European Papers*, 7

più preme evidenziare (seppure brevemente) è la parte delle suddette conclusioni relativa al rispetto dell'identità nazionale, *ex art. 4.2. TUE*. Nell'escludere l'applicabilità dell'*identity clause* nel caso di specie, l'A.G. utilizza un'interpretazione letteralistica dei principi fondamentali contenuti nella Costituzione italiana (limitando l'analisi ai primi dodici articoli della Carta costituzionale)<sup>48</sup>, per poi ammettere che i principi supremi possono essere individuati anche dalla Corte costituzionale, sebbene non *tutti* i diritti fondamentali possano considerarsi – intesi in un'accezione integrale e completa – parte dell'identità costituzionale di uno Stato membro<sup>49</sup>. L'A.G. ritorce contro la Corte costituzionale un suo stesso argomento, utilizzato nella nota sent. n. 18/1982, che rappresenta la prima applicazione dei controlimiti (avverso il diritto concordatario)<sup>50</sup>, che, al punto 4 del *cons. in dir.*, statuiva: «D'altro canto, il diritto alla tutela giurisdizionale si colloca al dichiarato livello di principio supremo *solo nel suo nucleo più ristretto ed essenziale* [...]; ma tale qualifica non può certo estendersi ai vari istituti in cui esso concretamente si estrinseca e secondo le mutevoli esigenze storicamente si atteggia, pur se taluni di questi istituti siano garantiti da precetti costituzionali» (c.vo aggiunto). Pertanto, a detta dell'A.G., solo il

settembre 2017; RUGGERI, *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*, in *Dir. pen. contemp.*, 2 ottobre 2017; e CUPELLI, *Le conclusioni dell'avvocato generale sul caso Taricco: aspettando la corte di giustizia...il dialogo (non) continua*, *ivi*, 3 ottobre 2017. Questi ultimi due Autori, in particolare, confrontano la rigidità delle conclusioni dell'A.G. Y. Bot, nel prendere in considerazione l'identità costituzionale dello Stato, escludendo la possibilità del ricorso all'art. 4.2 come “deroga” ammessa al principio del primato del diritto dell'Unione, rispetto alla sensibilità verso il medesimo parametro manifestata dall'A.G. M. Bobek, nelle sue *Conclusioni* (presentate il 13 luglio 2017) sul caso *Scialdone* (causa C-574/15).

<sup>48</sup> Cfr. par. 181 *Conclusioni* dell'A.G. Bot sul caso c.d. *Taricco-bis* (Causa C-42/17, *M.A.S., M.B.*), in cui si legge: «Rilevo che, nella Costituzione italiana, i principi qualificati come «fondamentali» sono elencati agli articoli da 1 a 12 della stessa, e il principio di legalità dei reati e delle pene ne è quindi, a priori, escluso».

<sup>49</sup> Cfr. par. 179 *Conclusioni* dell'A.G. Bot, cit.: «Infatti, non si deve confondere quanto rientra in una concezione esigente della tutela di un diritto fondamentale con una lesione dell'identità nazionale o, più precisamente, dell'identità costituzionale di uno Stato membro. Nel caso di specie viene certamente in rilievo un diritto fondamentale protetto dalla Costituzione italiana la cui importanza non può essere sottovalutata, ma questo non significa, di per sé, che debba essere presa in considerazione l'applicazione dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE».

<sup>50</sup> Per un'analisi della sent. n. 18/1982, con riguardo all'applicazione dei controlimiti, cfr., in particolare: CARTABIA, *Principi fondamentali e integrazione europea*, Milano, 1995, 160 e s.; FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015, 82 e ss.; RISOLI, *Oltre il confine stabilito. Teoria e funzionamento dei “controlimiti”*, in *Statoeche.it*, n. 31/2017.



“nucleo essenziale” dei diritti fondamentali sarebbe ricompreso nei controlimiti e tale nucleo essenziale non sarebbe stato, nel caso di specie, scalfito dalla sentenza della Corte di giustizia<sup>51</sup>.

Esula dall'intento del presente lavoro un confronto tra la sent. n. 18/1982 e l'ord. n. 24/2017. Tuttavia, visto che nella prima si è giunti all'applicazione dei controlimiti, sembra utile evidenziare un'assonanza tra le due decisioni, non tanto circa la possibilità che sia lesa o meno il nucleo essenziale del diritto alla tutela giurisdizionale, quanto piuttosto rispetto ad un altro elemento che sembra, a chi scrive, ancora più rilevante (e che potrebbe mostrare la parzialità dell'analisi della giurisprudenza costituzionale italiana effettuata in questo caso dall'A.G. Bot). Infatti, proprio come si è cercato di evidenziare *supra* per l'ordinanza *Taricco*, anche nella sent. n. 18/1982 sembra che alla Corte non interessi soltanto garantire il diritto (fondamentale) alla tutela giurisdizionale, quanto piuttosto *riaffermare il corretto esercizio della funzione giudiziaria, che consente la piena tutela giurisdizionale*, e che la norma concordataria evidentemente distorceva, anzi – utilizzando le incisive parole della Corte – «*mutilava e vanificava*»<sup>52</sup>. In altri termini, sembra che la Corte abbia voluto garantire la

---

<sup>51</sup> Cfr. *Conclusioni* dell'A.G. Bot, cit., parr. 183 e ss.

<sup>52</sup> Cfr., in particolare, sent. n. 18/1982, punto 5 del *cons. in dir.*: «Le norme denunciate [...dai giudici a quibus...] incidono profondamente e radicalmente sui poteri che in via generale sono attribuiti al giudice, in correlazione con i prescritti accertamenti, allorché sia chiamato a dichiarare l'efficacia nell'ordinamento dello Stato italiano di sentenze emesse in ordinamenti a questo estranei. Ed invero, nello speciale procedimento da esse disciplinato, *la mutilazione e la vanificazione dei cennati poteri del giudice italiano*, la preclusione di qualsiasi sindacato che esorbiti dall'accertamento della propria competenza e dalla semplice constatazione che la sentenza di nullità sia anche accompagnata dal decreto del tribunale della Segnatura apostolica e sia stata pronunciata nei confronti di matrimonio canonico trascritto agli effetti civili, *degradano la funzione del procedimento stesso ad un controllo meramente formale*. Così strutturato, nella sua concreta applicazione lo speciale procedimento di delibazione elude due fondamentali esigenze, che il giudice italiano nell'ordinario giudizio di delibazione è tenuto a soddisfare, prima di dischiudere [l']ingresso nel nostro ordinamento a sentenze emanate da organi giurisdizionali ad esso estranei: l'effettivo controllo che nel procedimento, dal quale è scaturita la sentenza, siano stati rispettati gli elementi essenziali del diritto di agire e resistere a difesa dei propri diritti, e la tutela dell'ordine pubblico italiano onde impedire l'attuazione nel nostro ordinamento delle disposizioni contenute nella sentenza medesima, che siano ad esso contrarie. [...]. Il diritto di agire e resistere in giudizio a difesa dei propri diritti – strettamente connesso ed in parte coincidente con il diritto alla tutela giurisdizionale [...] – trova la sua base soprattutto nell'art. 24 della Costituzione. La inderogabile tutela dell'ordine pubblico, e cioè delle regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società, è imposta soprattutto a presidio della sovranità dello Stato, quale affermata nel comma secondo dell'art. 1, e ribadita nel comma

tutela giurisdizionale *per il tramite del controllo della sentenza di nullità del matrimonio canonico da parte della Corte d'Appello*, all'atto di rendere esecutiva la sentenza ecclesiastica, assicurandosi che non fosse contraria tanto al diritto di agire e resistere in giudizio a difesa dei propri diritti, quanto all'*ordine pubblico interno*. Dunque, nella sent. n. 18/1982, la Corte costituzionale non sembra avere riguardo alla sola violazione di un diritto fondamentale (nel suo *nucleo essenziale*), ma sarebbe volta anche (e soprattutto) a garantire il più generale rispetto *del ruolo del giudice, nell'esercizio della propria funzione*.

Così stando le cose, sia nella sent. n. 18/1982 che nell'ord. n. 24/2017, l'elemento davvero caratterizzante l'*identità costituzionale* sarebbe la *distorsione* del ruolo del giudice da parte delle norme esterne: nel primo caso, il diritto concordatario riduceva eccessivamente la discrezionalità del giudice, fino a "trasformarlo" nel mero esecutore di un comando esterno; nel secondo caso, di converso, la sentenza della Corte di giustizia conferisce al giudice interno una discrezionalità così ampia – in una materia "coperta" dal principio di legalità penale – da debordare in arbitrio, giungendo parimenti a distorcerne il ruolo all'interno dell'ordinamento costituzionale nazionale.

Naturalmente, visto che le conclusioni dell'A.G. non vincolano la Corte di giustizia, per sapere se i Giudici di Lussemburgo accoglieranno o meno l'invito al dialogo che proviene – pur con dei "punti fermi" – dalla Corte costituzionale italiana, si dovrà necessariamente attendere la loro risposta.

Un breve cenno merita, adesso, la singolare ricostruzione dell'identità costituzionale effettuata di recente dalla Corte costituzionale ungherese, nella decisione n. 22/2016<sup>53</sup>. Infatti, la Corte ungherese ricalca espressamente la giurisprudenza del *BVerfG* in tema di controlimiti, ma affronta il nodo della questione forse in modo troppo *tranchant*, affermando la coincidenza delle locuzioni «identità nazionale» (*ex art. 4.2 TUE*) e

---

*primo dell'art. 7 della Costituzione. Entrambi questi principi vanno ascritti nel novero dei "principi supremi dell'ordinamento costituzionale", e pertanto ad essi non possono opporre resistenza le denunciate norme, pur assistite dalla menzionata copertura costituzionale, nella parte in cui si pongono in contrasto con i principi medesimi: nella parte, cioè, in cui non dispongono che il giudice italiano, nello speciale procedimento da esse disciplinato, sia tenuto a quegli accertamenti, e sia all'uopo munito dei relativi poteri, volti ad assicurare il rispetto delle fondamentali esigenze dianzi indicate» (c.vi aggiunti).*

<sup>53</sup> Corte Cost. ungherese, Decision no. 22/2016 (XII.5.) AB of 30 November 2016. Per un commento, cfr., in particolare: KELEMEN, *The Hungarian Constitutional Court enters the dialogue on national constitutional identity*, in *Diritti comparati*, 30 marzo 2017; e DRINÓCZI, *The Hungarian Constitutional Court on the Limits of EU Law in the Hungarian Legal System*, in *Int'l J. Const. L. Blog*, Dec. 29, 2016.

«*constitutional self-identity*», avocando a sé la competenza esclusiva di riconoscerla e garantirla (perché essa preesisterebbe alla stessa Costituzione), caso per caso e in base a *tutta* la Costituzione, ed elencando (in una lista aperta) alcuni principi supremi in essa rientranti<sup>54</sup>.

In relazione a questa complessa e interessante decisione<sup>55</sup> – forse troppo duramente accusata di eccessiva astrattezza – sembra utile sottolineare, in particolare, un possibile sviluppo virtuoso, che consisterebbe nell'utilizzare l'identità costituzionale (qui chiaramente intesa come controlimita al diritto dell'Unione) proprio come “arma” che consenta al giudice costituzionale di tracciare un sentiero di tutela dei diritti all'interno delle strette imposte dal regime illiberale (con tratti populistici e antieuropeistici) di Orbàn<sup>56</sup>. Infatti, com'è noto, dopo l'approvazione del IV emendamento alla Costituzione (25 marzo 2013), la Corte costituzionale ungherese ha visto restringersi in modo

---

<sup>54</sup> Cfr. Corte cost. ungherese, Decision no. 22/2016, parr. 64 e ss.: «*The Constitutional Court of Hungary interprets the concept of constitutional identity as Hungary's self-identity and it unfolds the content of this concept from case to case, on the basis of the whole Fundamental Law and certain provisions thereof, in accordance with the National Avowal and the achievements of our historical constitution – as required by Article R) (3) of the Fundamental Law. [65] The constitutional self-identity of Hungary is not a list of static and closed values, nevertheless many of its important components – identical with the constitutional values generally accepted today – can be highlighted as examples: freedoms, the division of powers, republic as the form of government, respect of autonomies under public law, the freedom of religion, exercising lawful authority, parliamentarism, the equality of rights, acknowledging judicial power, the protection of the nationalities living with us. These are, among others, the achievements of our historical constitution, the Fundamental Law and thus the whole Hungarian legal system are based upon. [66] The protection of constitutional self-identity may be raised in the cases having an influence on the living conditions of the individuals, in particular their privacy protected by fundamental rights, on their personal and social security, and on their decision-making responsibility, and when Hungary's linguistic, historical and cultural traditions are affected. [67] The Constitutional Court establishes that the constitutional self-identity of Hungary is a fundamental value not created by the Fundamental Law – it is merely acknowledged by the Fundamental Law. Consequently, constitutional identity cannot be waived by way of an international treaty – Hungary can only be deprived of its constitutional identity through the final termination of its sovereignty, its independent statehood. Therefore the protection of constitutional identity shall remain the duty of the Constitutional Court as long as Hungary is a sovereign State. Accordingly, sovereignty and constitutional identity have several common points, thus their control should be performed with due regard to each other in specific cases» (c.vi aggiunti).*

<sup>55</sup> Per la cui attenta disamina si rinvia, in particolare, a KELEMEN, *The Hungarian Constitutional Court and the concept of national identity*, in questa Rivista.

<sup>56</sup> Cfr., in particolare, VECCHIO, *Il populismo ungherese tra economia e costituzione*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, Special Issue (2015), 133 e ss.

esponenziale le proprie prerogative sul controllo di costituzionalità<sup>57</sup>, in specie per due ragioni: 1) la possibilità di effettuare solo un controllo processuale e non di merito sui nuovi emendamenti alla Costituzione; 2) la caducazione espressa di tutte le sentenze della Corte costituzionale precedenti all'adozione della nuova Legge Fondamentale, con la conseguente impossibilità per la stessa Corte di fare riferimento alla propria giurisprudenza, anche in materia di diritti fondamentali.

Invero – proprio seguendo il ragionamento iniziato nella decisione n. 22/2016 – la Corte ungherese potrebbe azionare il controlimito (meta-giuridico) dell'identità costituzionale non solo *ab extra*, ma soprattutto *ab intra*, avverso gli emendamenti incostituzionali, ricostruendo il nucleo duro e la propria giurisprudenza in tema di diritti fondamentali, in sostanziale elusione di quanto previsto dal IV emendamento, laddove riconosce che *la Costituzione e l'intero ordinamento giuridico ungherese* si fondano sui principi supremi<sup>58</sup>, che formano l'identità costituzionale nazionale. Ma questa possibile evoluzione sarà rimessa al prudente apprezzamento della Corte ungherese e alla valutazione dei delicati equilibri politico-istituzionali che sussistono, in quel Paese, tra organi di indirizzo politico e organi di garanzia.

Questa decisione<sup>59</sup> richiama, come si diceva, il punto centrale dei rapporti interordinamentali in tema di identità costituzionale, ovvero i rapporti tra CGUE e Corti costituzionali nazionali, in relazione all'art. 4.2 TUE.

---

<sup>57</sup> Per un commento al IV emendamento cfr. DE SIMONE, *Ungheria: note sul quarto e quinto emendamento alla Legge Fondamentale*, in *Forum di Quad. cost.*, 14 gennaio 2014. Per un'analisi dettagliata della Costituzione ungherese, cfr., invece – fra gli altri – VECCHIO, *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, Padova, 2013.

<sup>58</sup> Cfr. par. 65 decisione n. 22/2016 cit.

<sup>59</sup> Insieme, ovviamente, ad altre sempre provenienti dalle Corti costituzionali dei Paesi dell'Est (specie Repubblica Ceca e Polonia), a cui non può qui dedicarsi neppure un cenno: cfr., *ex multis*: RIDEAU, *The case-law of the Polish, Hungarian and Czech Constitutional Courts on national identity and the "German model"*, sempre in SAIZ ARNAIZ e ALCOBERRO LLIVINA (a cura di), *National constitutional identity and European integration*, Cambridge, 2013, 243 e ss.; SALVINO, *La teoria dei controlimiti a Brno: riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale ceca che dichiara "ultra vires" una decisione della Corte di Giustizia*, in *Diritti Comparati*, 6 marzo 2012; POLLICINO, *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'est vis à vis il processo di integrazione europea*, in *Diritti Comparati*, 15 novembre 2012; SALVINO, *L'ultravireskontrolle visto dall'est: l'attuazione "degenerativa" della dottrina tedesca*, in *Diritti Comparati*, 13 dicembre 2012; VECCHIO, *Oltre il Lissabon Urteil: la saga delle "pensioni slovacche" e l'applicazione dell'ultra vires review secondo il giudice costituzionale ceco*, in *Riv. della cooperazione giuridica internazionale*, n. 43/2013, 74 e ss. Cfr., inoltre, il noto caso *Dansk Industri/Ajos*, di "disallineamento" della Corte suprema della Danimarca rispetto a quanto

Molto è stato detto in dottrina, com'è noto, sul possibile significato di questa disposizione, che dovrebbe, da ultimo, essere in grado di *relativizzare* il principio del primato del diritto eurounitario su quello interno<sup>60</sup>.

Tuttavia, a parere di chi scrive, per tentare una composizione dei conflitti interordinamentali, prima di ogni altra considerazione, si dovrebbe cercare di comprendere se la nozione espressa dall'art. 4.2 TUE, «identità nazionale», coincida (o meno) esattamente con «identità costituzionale», come sembra ammettere (tra le altre) la Corte costituzionale ungherese, e se davvero si possa affermare, come fa una parte della dottrina costituzionalistica, che la

statuito dalla Corte di Giustizia. Per un commento a questo caso, cfr. RASK MADSEN-PALMER OLSEN-SADL, *Competing Supremacies and Clashing Institutional Rationalities: The Danish Supreme Court's Decision in the Ajos Case and the National Limits of Judicial Cooperation*, in *iCourts Working Paper Series*, n. 85/2017; GLAUCO, "Clash of Titans" 2.0. *From Conflicting EU General Principles to Conflicting Jurisdictional Authorities: The Court of Justice and the Danish Supreme Court in the Dansk Industri Case*, in *European Papers*, 26 marzo 2017; KLINGE, *Dialogue or disobedience between the European Court of Justice and the Danish Constitutional Court? The Danish Supreme Court challenges the Mangold principle*, in *eulawanalysis.blogspot.com*. Cfr., inoltre, DE MICHELE, *Interpretazione conforme, disapplicazione, principio di uguaglianza e non discriminazione: attraverso la Carta di Nizza la Corte di giustizia riafferma la primazia del diritto dell'Unione e la stabilità del sistema giurisdizionale europeo*, in *europenrights.eu*, 10 maggio 2016; PICCONE, *Parità di trattamento e principio di non discriminazione nell'ordinamento integrato*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT*, n. 127/2016, spec. 20 e ss.

<sup>60</sup> La si è considerata, alternativamente, come: un'«europeizzazione» dei controlimiti [RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni. Atti del Convegno annuale del "Gruppo di Pisa"*, Capri, 3-4 giugno 2005, Torino, 2006, 836 e ss.], coincidente con il nucleo duro costituzionale e con i limiti alla revisione costituzionale [cfr. ARNOLD, *L'identità costituzionale: un concetto conflittuale*, in DI BLASE (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, Roma, 2014, 149 e ss.]; una «riserva di competenze statali» [cfr., in particolare, GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionale nel Trattato di Lisbona: tra riserva di competenze statali e «controlimiti europeizzati»*, in *Quad. cost.*, n. 3/2011, 152 e ss.; e ID., *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, 2013]; una «garanzia del contenuto essenziale [...] della sovranità dello Stato membro e dell'appartenenza dei cittadini al popolo dello Stato medesimo» [tale tesi, di A. Bleckmann, è sintetizzata e criticata da DI SALVATORE, *L'identità costituzionale dell'Unione europea e degli Stati membri. Il decentramento politico-istituzionale nel processo di integrazione*, Torino, 2008, 36 e ss.]; avente un contenuto essenzialmente *politico* e non giuridico; strettamente connessa al *principio di leale cooperazione*; strumento prettamente dialogico, «volto a consentire alla Corte di giustizia di prevenire l'emersione dei conflitti [tra diritto dell'Unione e principi costituzionali supremi]» [STARITA, *L'identità costituzionale degli Stati membri dell'Unione europea nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritto e Quest. Pubbl.*, n. 15/2015, spec. 253].

clausola identitaria si risolva effettivamente in una piena «europeizzazione dei controlimiti»; oppure se, al contrario, come ha sottolineato un'altra parte della dottrina – poiché l'articolo ora citato discorre dell'identità nazionale di ciascuno Stato membro, «insita nella [...sua] struttura fondamentale, politica e costituzionale», compreso il sistema delle autonomie locali e regionali e alle funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale – esso vada riferito solo ai principi di organizzazione dello Stato, nei suoi vari livelli e competenze<sup>61</sup>.

Solo nel primo caso (di piena “europeizzazione dei controlimiti”) si potrebbe affermare che il rispetto dell'identità nazionale, *ex art.* 4.2 TUE, copra *per intero* i controlimiti, coincidendo con l'identità costituzionale “difesa” dalle Corti costituzionali nazionali<sup>62</sup>. Se si segue, invece, la seconda opinione, non tutte le ponderazioni fondamentali interne rientrerebbero sotto la protezione dell'*identity clause*.

In altri termini, si potrebbe affermare che l'art. 4.2 TUE si riferisca solo a quella parte dell'identità costituzionale che, differenziando i vari Paesi membri tra loro, diventa un valore (appunto: la *diversità*) da preservare per la stessa Unione, e rappresenta, inoltre, quella porzione di sovranità nazionale che non ha subito limitazioni nel processo d'integrazione europea, ma che è destinata a ridursi progressivamente quanto più ci si avvierà (se e quando ciò avverrà) – per mezzo di una decisione prima *politica* e poi giuridica – verso la costituzione di un'Europa federale. Se, di converso, si

---

<sup>61</sup> Così, L.S. ROSSI, *Come risolvere la “questione Taricco” ... senza far leva sull'art. 4, par. 2, TUE*, in *SIDIBlog*, 17 maggio 2017, spec. 2, che sottolinea, inoltre, come la Corte di giustizia non abbia «ancora elaborato una dottrina compiuta sull'art. 4, par. 2, TUE, ma ha pronunciato una decina di sentenze, in relazione a Stati membri che invocavano, in campi assai diversi fra loro, il rispetto di principi connessi alla loro identità nazionale. Nessuno di questi principi era però relativo al rispetto dei diritti fondamentali; anzi, in taluni casi il principio era invocato dagli Stati proprio per giustificare una deroga a tali diritti (v. ad esempio *Sayn e Bogendorff*)».

<sup>62</sup> Anche se ciò non comporterebbe, *sic et simpliciter*, una conseguente relativizzazione del principio del primato. Sul punto, cfr. di recente le *Conclusioni* dell'A.G. Bot sul caso c.d. *Tricco-bis* (Causa C-42/17, *M.A.S., M.B.*), cit., spec. parr. 172 e ss., in cui si legge: «La posizione che propongo alla Corte di giustizia nella presente causa non porta a negare la necessità di tener conto dell'*identità nazionale degli Stati membri, di cui l'identità costituzionale fa certamente parte*. [...] La Corte di giustizia ha sempre dichiarato che il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una Costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto dell'Unione né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato, e ciò al fine di preservare l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione. Secondo giurisprudenza costante, la validità di tali atti può essere quindi valutata solo in relazione al diritto dell'Unione» (c.vo aggiunto).

interpreta l'art. 4.2 TUE come una "clausola aperta", determinabile senza alcuna riserva dalle Corti costituzionali nazionali, se ne potrebbe paventare un uso simile ad un "cavallo di Troia", entro cui trincerarsi per conservare margini molto ampi di sovranità nazionale, che frammenterebbero eccessivamente l'ordinamento eurounitario, a detrimento del processo di integrazione *tout court*. Invece, l'*unità* a cui dovrebbe aspirare l'UE è proprio la convergenza sui valori fondativi (*ex art. 2 TUE*), che dovrebbero guidare la Corte di Giustizia, da un lato, e le Corti costituzionali nazionali, dall'altro, verso un progressivo ravvicinamento delle rispettive *ponderazioni fondamentali*, che non comprometterebbe la diversità interna esistente negli ordinamenti dei singoli Stati membri.

Difficile, al momento, esprimersi in modo netto e definitivo sulle due prospettive su menzionate: limitando l'analisi ai casi post-Trattato di Lisbona<sup>63</sup>, si può notare come la CGUE si riservi la discrezionalità di scegliere *se l'identità nazionale* (*ex art. 4.2 TUE*) rilevi o meno nel caso concreto e *in che misura* ciò avvenga, spesso evitando di prendere in esame il parametro che era stato espressamente indicato dalle Corti statali e decidendo secondo "altri" parametri che permettono, magari, di riportare la questione in un ambito tutto interno all'Unione. Non sembra, quindi, che la Corte di Giustizia riempia di contenuto la nozione di *identità ex art. 4.2 TUE*. Piuttosto avviene frequentemente che sia lo Stato stesso ad esprimersi in proposito (spesso mediante rinvio pregiudiziale da parte del giudice e/o della Corte costituzionale nazionale).

Tuttavia, il Giudice dell'Unione si riserva di valutarne la rilevanza nel caso concreto, interpretando il rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri non «come un limite esterno (e pertanto "assoluto") al processo di integrazione, ma come un limite "relativo", ossia come un legittimo interesse dello Stato suscettibile di bilanciamento con altri interessi meritevoli di tutela»<sup>64</sup>.

Pertanto, il problema principale non sembra risiedere nell'individuazione dell'*organo* – nazionale o sovranazionale – che interpreti la nozione di identità costituzionale<sup>65</sup>, ma nei *metodi di giudizio* che la CGUE adotta nelle decisioni in cui utilizza come parametro l'4.2 TUE.

---

<sup>63</sup> Cfr., in particolare, *Wardin e Sayn-Wittgestein* (22 dicembre 2010, causa C-208/09), *Runevic-Vardyn* (12 maggio 2011, causa C-391/09) e *Bogendorff* (2 giugno 2016, causa C-438/14).

<sup>64</sup> GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionale nel Trattato di Lisbona*, cit., 154.

<sup>65</sup> Sebbene, ad avviso di chi scrive, sembra che la Corte costituzionale nazionale detenga senz'altro una *better position* per porre in essere una simile operazione. Al contempo, tuttavia, essendo la *identity clause* contenuta in una disposizione del Trattato (art. 4.2 TUE), sarà con ogni probabilità la Corte di giustizia ad avere l'ultima parola, non sul *contenuto* dell'identità

Si potrebbero prospettare, in estrema sintesi, le seguenti ipotesi, in cui la CGUE potrà, alternativamente:

1) considerare/riconoscere l'identità costituzionale *non bilanciabile* con altri interessi e, dunque, *automaticamente prevalente sui valori/principi/diritti/obiettivi eurounitari antagonisti* (in deroga alla *primauté*);

2) *bilanciare l'identity clause*, nella rigida applicazione del principio di proporzionalità, fissando un livello di tutela dei diritti (o comunque di valori costituzionali rilevanti) che potrà essere diverso rispetto a quello stabilito dalla Corte costituzionale nazionale<sup>66</sup>;

3) prevedere quella che potrebbe essere definita una *delega di bilanciamento*, per cui rimetterà la delicata composizione dell'equilibrio tra *primauté* e controlimiti alla Corte costituzionale nazionale (la quale, *ex art. 4.3 TUE*, dovrà agire nel rispetto del principio di leale cooperazione), accettando il risultato della ponderazione e applicandolo nel "solo" territorio nazionale interessato (si tratterebbe, cioè, di una *deroga territorialmente circoscritta* del principio del primato, operata *unilateralmente* dalla Corte nazionale e "tollerata" dalla Corte di Giustizia);

4) porre in essere un *bilanciamento ineguale*, in base al quale essa stessa opererà la ponderazione tra principio del primato e identità costituzionale, ma in questo caso dovrà dare un *peso maggiore* alla seconda, intendendola sempre come *limitation clause*, dotata di una capacità di incisione sul principio del primato maggiore rispetto alle altre clausole di limitazione previste nei Trattati o ricavate dalla stessa Corte di Giustizia. In questa eventualità, occorrerà valutare l'effettivo grado di compromissione del raggiungimento degli obiettivi previsti nei Trattati causato dalla mancata uniforme applicazione del diritto dell'Unione che la deroga al principio del primato comporterà nel caso concreto (in relazione al singolo Stato membro che apporrà l'*identity clause*).

Insomma, per non ridurre l'art. 4.2 TUE ad un mero parametro utilizzato *ad adiuvandum e in abundantiam*, vie praticabili potrebbero essere quella di

nazionale (valutazione che dovrebbe spettare, come appena detto, alla Corte costituzionale nazionale), bensì sul *peso* che essa avrà nel bilanciamento eurounitario e sulla idoneità a fungere da *limitation clause* nell'applicazione del test di proporzionalità.

<sup>66</sup> Sembra essere proprio questo il metodo finora utilizzato dalla CGUE. Sul principio di proporzionalità cfr., per tutti, le dense riflessioni di BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, New York, 2012. Cfr., inoltre, TESAURO, *Proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria*, Incontro delle Corti costituzionali di Portogallo, Spagna e Italia, Roma, 24 ottobre 2013, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); e SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Rivista Aic*, n. 3/2017.



ripensare il bilanciamento della CGUE, assumendo che non possa essere improntato alla rigida applicazione del test di proporzionalità, ma debba invece assumere i tratti del *bilanciamento ineguale* o, addirittura, immaginare una *delega di bilanciamento* a beneficio del risultato della ponderazione fondamentale affermata a livello statale, come si è cercato di mostrare *supra*<sup>67</sup>.

Volendo sviluppare ulteriormente l'argomento della revisione del bilanciamento eurounitario in materia di *identity clause*, sempre a parere di chi scrive, sembra particolarmente evidente che la determinazione dell'identità costituzionale si sposti dal piano dell'enunciazione puntuale di singoli diritti e principi fondamentali contenuti nelle Carte costituzionali, alla enucleazione delle "ponderazioni fondamentali", ossia al risultato (concreto) del bilanciamento posto in essere dalle Corti costituzionali (e, prima, dal legislatore nazionale), che rappresenta l'unico punto di equilibrio che non si può perturbare, se non al caro prezzo di determinare una involuzione dell'identità costituzionale stessa.

Insomma, più in generale, si vorrebbe qui proporre di provare ad inquadrare i conflitti interordinamentali ragionando non direttamente sui singoli diritti e principi in gioco, ma sul *confronto tra due "ponderazioni fondamentali"*, quella *interna* e quella *eurounitaria*. L'equilibrio ricercato per mezzo del ragionevole bilanciamento non è statico, proprio come l'identità costituzionale, che è in continua trasformazione, ma si innesta pur sempre su un nucleo "storico-sociale" che non può essere ignorato, perché traccia il sentiero entro cui le successive modificazioni possono legittimamente configurarsi, senza provocarne un'involuzione.

Se si riflette sulla differenza strutturale dei bilanciamenti posti in essere dalle Corti costituzionali nazionali (solitamente "sistemici") e dalla Corte di giustizia (tendenzialmente "funzionalistici"), perché volti a realizzare gli obiettivi – ancora

---

<sup>67</sup> Una proposta avanzata in dottrina, per raggiungere un *standard* uniforme di tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea (e, dunque, per ridurre progressivamente il ricorso all'*identity clause*, o per "spostare" la sede delle operazioni di bilanciamento proposte nel testo), consiste nel porre in essere una riforma istituzionale, che porti alla creazione di una Corte costituzionale europea. Cfr., in questo senso, CANNIZZARO, *Towards a uniform standard of protection of fundamental rights in Europe*, in *European Papers*, vol. 2/2017, spec. 6 e s., che scrive: «The construction of a value-based common heritage in Europe could be easier made by a different Court, detached from the EU daily judicial business and exclusively devoted to spell out and protect fundamental values in Europe»; sebbene, subito di seguito, l'Autore ammetta parimenti che «the Court of Justice has proved to possess, in the course of the time, a combination of judicial wisdom and political realism that could help identify the most appropriate way to realize this philosophical project. And, after all, the present time does not encourage one to indulge in an exercise of constitutional engineering».

prevalentemente, anche se non esclusivamente, economici – previsti nei Trattati), si comprende con più facilità come anche i medesimi interessi/diritti/principi bilanciati per mezzo dei test di proporzionalità/ragionevolezza dalle Corti nazionali e dalla CGUE potranno determinare “ponderazioni fondamentali” finali diverse e persino antitetiche tra loro.

Dunque, *rebus sic stantibus*, si può forse affermare che il vero punto in cui potrebbe innestarsi l’auspicabile *dialogo* tra le Corti si situi all’interno delle operazioni di bilanciamento, il cui equilibrio – ove possibile – andrà rivisto di volta in volta da entrambe le parti, per favorire un’*integrazione bidirezionale delle tutele* e una graduale evoluzione dei controlimiti e della stessa identità costituzionale in senso *dialogico* e *relazionale* (come si proverà a mostrare meglio *infra*, par. 5)<sup>68</sup>.

#### 4. “Controlimiti politici” e identità costituzionale

I controlimiti “giurisdizionali” sono, per ovvie ragioni, applicabili solo *ex post*, cioè solo dopo che si sia registrata la lesione dell’identità costituzionale nazionale o comunque una minaccia concreta di lesione della stessa, da parte di un atto eurounitario. Per tale ragione, una parte della dottrina ha proposto la rivalutazione di controlimiti che potrebbero definirsi “politici” o “non giurisdizionali”, perché ascrivibili alle pratiche della negoziazione politica,

---

<sup>68</sup> Seguendo questa argomentazione, allora, si comprende come possa risultare discutibile l’operazione ermeneutica (pur obiettivamente complessa) tentata dal rappresentante italiano nella causa *Taricco II* [CGUE, Grande sez., 29 maggio 2017 causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*]. In particolare, «la Repubblica italiana è stata invitata, prima dal giudice relatore e poi (dopo le domande dell’avvocato generale [Bot] anche) da altri membri della Corte, a precisare quali siano gli elementi che, nella loro complessità, costituiscono l’identità costituzionale dello Stato, menzionata tanto dall’ordinanza di rinvio [n. 24/2017, Corte cost.] quanto in sede di discussione, ma senza particolare approfondimento e quale sia il ruolo che la Corte di Giustizia dovrebbe avere nel concorrere alla sua definizione. L’agente della Repubblica ha ritenuto di poter includere nella nozione in esame tutti gli articoli della Costituzione relativi ai “principi fondamentali” (artt. 1-12 Cost.) e tutti quelli della successiva Parte Prima (segnatamente i Titoli I e II), ovvero tutte quelle disposizioni della Carta repubblicana in cui vengono sancite le libertà e i diritti fondamentali della persona»: così ARANCI, *Cronaca da Lussemburgo: l’udienza di discussione nella causa c.d. Taricco-bis*, in *Eurojus.it*, 6 giugno 2017, spec. 5. Ma invero, individuare l’identità costituzionale in modo così schematico, statico e riduttivo non appare un procedimento corretto né per descriverla, né per incentivare il dialogo tra le Corti.

per tutelare *ex ante* i principi supremi che potrebbero essere lesi da fonti esterne<sup>69</sup>.

In estrema sintesi, gli strumenti con cui azionare tali controlimiti, potrebbero essere divisi in due categorie, a seconda che siano azionabili dal singolo Stato o necessariamente da un certo numero di Stati di concerto tra loro.

All'interno della prima categoria potremmo ricomprendere: 1) la previsione, da parte dei Trattati, della *regola dell'unanimità* per adottare decisioni in alcune materie<sup>70</sup>; 2) l'integrazione differenziata negoziata per mezzo delle *clausole di opting-out*<sup>71</sup>.

Alla seconda categoria (controlimiti politici attivabili necessariamente da più Stati membri), sarebbero, invece, ascrivibili le procedure di controllo previste dal *Protocollo sulla sussidiarietà*, che coinvolgono i parlamenti nazionali<sup>72</sup>: 1) il c.d. *early warning*<sup>73</sup>; e 2) il c.d. *veto sostanziale*<sup>74</sup>.

<sup>69</sup> Cfr., in particolare, FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione*, cit., 115 e ss.; ID., *Taking Constitutional Identity away from the Courts*, in *Brooklyn Journal of International Law*, n. 41/2016, spec. 501 e ss.; e, con toni che sembrano più smorzati, ID., *Alla ricerca dell'identità costituzionale. Tra conflitti giurisdizionali e negoziazione politica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2016, 197 e ss. Cfr., inoltre, LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista Aic*, n. 2/2016, spec. 9.

<sup>70</sup> Numerose sono ancora le materie che il TFUE riserva alla regola dell'unanimità; tra queste: politica estera e sicurezza comune (art. 31 TFUE); protezione sociale dei lavoratori (art. 153 TFUE); diritto di famiglia con implicazioni transnazionali (art. 81 TFUE); approvvigionamento energetico (art. 192 TFUE); decisioni relative ai passaporti, alle carte d'identità, ai titoli di soggiorno (art. 77 TFUE). Per un elenco più dettagliato di queste materie, cfr. FARAGUNA, *Alla ricerca dell'identità costituzionale*, cit., spec. 209 e ss.

<sup>71</sup> Non sorprenderà constatare che proprio il Regno Unito ha beneficiato del maggior numero delle clausole di *opting-out*. Si tratta, invero, di uno strumento che risponde ad una logica che spesso rischia di essere eccessivamente ed inutilmente difensiva, con esiti talvolta addirittura paradossali. Si consideri, ad esempio, il caso della Danimarca, che, in alcune materie in cui aveva esercitato l'*opt-out* (riguardanti soprattutto l'area di libertà, sicurezza e giustizia), ha adottato politiche nazionali analoghe a quelle dell'Unione, finendo per replicarle (con una sorta di «legislazione-fotocopia», com'è stata definita), facendo della Danimarca un «*rule-taker*» anziché un «*rule-maker*», ossia «l'esatto contrario [...] di quell'intenzione di tutela sovranista dell'autonomia decisionale che sembrerebbe stare alla base dell'*opt-out*»: così, FARAGUNA, *Alla ricerca dell'identità costituzionale*, cit., 227 e s.

<sup>72</sup> Ci si riferisce, ovviamente, alle procedure di «controllo» previste all'art. 7, nn. 2 e 3, del *Protocollo n. 2*, annesso al Trattato di Lisbona, «*Sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*». Su tali procedure di controllo, su cui non posso qui indugiare, si rinvia necessariamente almeno a: BILANCIA, *L'early warning system nella prassi dello spazio pubblico europeo*, Relazione al Convegno «*Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*», 12-13 maggio 2015, in *Nomos*; MANZELLA, *Sui principi democratici dell'Unione europea*, Napoli, 2013, spec. 22 e ss. I limiti di tali procedure di controllo sono molto bene evidenziati da MORVIDUCCI, *Parlamenti nazionali (ruolo nell'Unione Europea)*, voce, in *Enc. dir.*, Ann. VII, 2013, spec. 613 e ss. Sul ruolo dei

Sebbene si tratti di decisioni (politiche) prese *ex ante*, cioè prima che l'atto dell'Unione sia posto in essere o, comunque, spieghi i suoi effetti, i controlimiti politici solo apparentemente potrebbero tutelare l'identità costituzionale meglio di quanto possano fare i controlimiti giurisdizionali. Infatti, rischiano davvero di frammentare eccessivamente l'*identità europea*, senza che, peraltro, proprio perché adottate *ex ante*, possa dirsi con certezza che *in concreto* l'atto eurounitario lederà i principi supremi dell'ordinamento nazionale: apprezzamento, quest'ultimo, che potrà essere effettuato soltanto dal giudice (soprattutto costituzionale), caso per caso.

I controlimiti "politici", detto altrimenti, potrebbero comportare un'*assolutizzazione* del contenuto dell'identità costituzionale nazionale, che, di converso, dovrebbe essere un concetto *relazionale* costruito tenendo conto dei valori eurounitari, in una prospettiva di reciproca e virtuosa integrazione interordinamentale.

---

Parlamenti nazionali nel sistema multilivello, in generale, cfr., fra i molti: CARETTI, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali prima e dopo il Trattato di Lisbona*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2010; FASONE, *The Struggle of the European Parliament to Participate in the New Economic Governance*, in *EUI Working Papers, Robert Schuman Centre For Advanced Studies*, n. 45/2012; LUPO, *Parlamento europeo e Parlamenti nazionali nella costituzione "composita" nell'UE: le diverse letture possibili*, in *Rivista Aic*, n. 3/2014; ID., *Il terzo «cartellino giallo» e i multiformi usi dell'early warning system*, in *Quad. cost.*, n. 3/2016, 571 e ss.; MANZELLA, *Parlamento europeo e Parlamenti nazionali come sistema*, in *Rivista Aic*, 1/2015; CIANCIO, *Democrazia e sopranazionalità: ripensare il Parlamento europeo*, in *Rivista Aic*, n. 3/2016; CARUSO, *Prassi e funzioni del sistema di early warning*, in *Nomos*, n. 1/2016; PICCIACCHIA, *Un fenomeno in crescente espansione: il dialogo politico dei parlamenti nazionali nell'UE*, in *Nomos*, n. 1/2016; BILANCIA (a cura di), *Il ruolo dei Parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea*, Padova, 2016.

<sup>73</sup> Si tratta, come si sa, di una *richiesta di riesame* (c.d. *early warning*), espressa mediante pareri motivati da parte di un terzo dei Parlamenti nazionali, in relazione ad ogni progetto di atto legislativo (*quorum* che si abbassa ad un quarto con riguardo alle materie ricomprese nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia); a questo controllo preventivo si aggiunge la facoltà per i Parlamenti nazionali di adire, tramite i rispettivi governi, la Corte di Giustizia, per far valere, *ex art.* 263 TFUE, la violazione del principio di sussidiarietà.

<sup>74</sup> Si tratta di un *potere di veto sostanziale* sull'iniziativa legislativa, in relazione ai progetti legislativi che seguono la procedura di co-decisione, quando la maggioranza dei parlamenti nazionali, con la maggioranza dei voti espressi nel Parlamento europeo, ritenga che la proposta legislativa non sia compatibile con il principio di sussidiarietà. Nonostante la macchinosità delle procedure e la necessaria espressione, in tali casi (in cui sarebbero azionati una sorta di "controlimiti maggioritari"), non si può escludere che, tramite la salvaguardia del principio di sussidiarietà, si possa incidere anche sulla tutela delle identità assiologico-costituzionali degli Stati membri (che, a ben vedere, non sempre e necessariamente coincidono con le c.d. tradizionali costituzionali comuni).

I controlimiti politici si muovono, verosimilmente, all'interno del circuito della democrazia rappresentativa e/o della negoziazione politica, coinvolgendo i rappresentanti dei Governi e/o i Parlamenti nazionali e concorrono a delineare una nozione più rigida di identità costituzionale, con conseguente ritardo sui tempi dell'integrazione sovranazionale, ma non si registrano casi di degenerazioni populistiche e/o (fortemente) antieuropeistiche, sebbene a volte non siano esenti da strumentalizzazioni politiche.

Qualche dubbio sorge, invece, se si considerano i controlimiti "politici" che si attuano mediante strumenti di democrazia diretta, che solitamente sono connotati da maggior concretezza rispetto a quelli su menzionati (perché sovente intervengono dopo che le istituzioni eurounitarie abbiano posto in essere determinati atti che, *in concreto*, si ritiene possano nuocere all'ordinamento nazionale), ma anche più esposti a "derive" populistiche e antieuropeistiche. Ci si riferisce, in particolare, al *referendum* greco del 5 luglio 2015<sup>75</sup> e a quello inglese del 23 giugno 2016<sup>76</sup>.

Per quel che più qui interessa, chi scrive vorrebbe evidenziare come nel caso greco il *referendum* sia stato utilizzato per difendere un aspetto

<sup>75</sup> Sulla vicenda cfr., *ex multis*: CARAVITA, "Parlamentarizzare" la crisi greca, e ARAVANTINOUS LEONIDI, *La sfida di Atene all'Europa dell'austerità: il referendum del 5 luglio 2015*, entrambi in *Federalismi.it*, 14/2015; YANNAKOUROU, *Challenging austerity measures affecting work rights at domestic and international level. The case of Greece*, in AA.VV., *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges*, Fiesole, 2014, 19 ss.

<sup>76</sup> Sul punto la letteratura è amplissima; cfr., *ex multis*: GOLDONI - MARTINICO, *Il ritiro della marea? Alcune considerazioni giuridico-costituzionali sul c.d. Brexit*, in *Federalismi.it*, n. 18/2016, 2 e ss., e bibliografia *ivi* citata; TORCHIA, *In crisi per sempre? L'Europa fra ideali e realtà*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2016, spec. 617 e ss. Cfr., inoltre, la sentenza della *High Court of Justice* – confermata dalla *Supreme Court* nella sentenza del 24 gennaio 2017 – che ha statuito che l'attivazione del procedimento che si conclude con il recesso dall'Unione Europea, disciplinato dall'art. 50 del TUE, è un atto di natura duumvirale, ossia richiede la previa manifestazione di volontà del Parlamento, il solo organo in grado di autorizzare il Governo a comunicare alle istituzioni eurounitarie la decisione adottata dall'ordinamento britannico. Per un commento alla decisione della *High Court*, cfr., *ex multis*, MARTINELLI, *La Brexit tra Crown's prerogative e diritti fondamentali: nota alla sentenza della High Court of Justice sul caso "Miller"*, in *diritticomparati.it*, 5 dicembre 2016. Cfr., inoltre, la sentenza della Corte Suprema del Regno Unito, del 24 gennaio 2017, che ha confermato la decisione della *High Court*, del 3 dicembre 2016. Cfr., sul punto, i commenti raccolti nel forum online *Brexit strategy*, consultabili al sito dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo ([www.dpce.it](http://www.dpce.it)), e in particolare: CARBONI, *Gli effetti del referendum sulla Brexit alla luce della sentenza della Corte Suprema*; FERRARI, *La Corte Suprema, Brexit e le sorti del costituzionalismo britannico*; MARTINELLI, *I poteri costituzionali di fronte alla Brexit: la UKSC fissa i confini*; ROSA, *Westminster first*.

peculiare dell'identità nazionale-costituzionale greca, ossia un *certo modello di welfare*, che rischiava di essere “smantellato” dalle misure di *austerità*, in particolare da quelle imposte dalla *Troika* agli Stati che hanno sottoscritto il c.d. *memorandum d'intesa*. Invero, tali misure proprio per la loro eccessiva rigidità (irragionevolezza?) ponevano qualche dubbio circa la loro compatibilità con quanto disposto nei Trattati (cfr., in particolare, la c.d. “clausola di non regresso sociale”, ex art. 9 TFUE) e soprattutto nella Carta di Nizza, ma, com'è noto, il Giudice dell'Unione, in diverse decisioni – che la dottrina non ha esitato a definire «pilatesche»<sup>77</sup> – ha rifiutato di esaminare nel merito le misure nazionali di *austerità* e, in ogni caso, ha omesso di utilizzare la Carta di Nizza come parametro per il controllo di validità.

Tale situazione potrebbe indurre a considerare il *referendum* greco in una prospettiva peculiare: non solo come risposta (nazionale) al noto *deficit* democratico che ancora affligge le istituzioni eurounitarie – come evidenzia la mancata parlamentarizzazione della crisi greca<sup>78</sup> – ma anche come “denuncia” di una più generale carenza nel circuito eurounitario delle garanzie, al massimo livello<sup>79</sup>.

In altri termini, sembra che l'identità costituzionale greca sia stata affermata *dal basso*, ma non in opposizione a quella eurounitaria (dunque in assenza di tratti antieuropeistici), bensì in modo “sussidiario” rispetto a questa, proprio perché è stato lo strumento “giuridico-politico” per mezzo del quale la Grecia ha tentato di rigettare le stringenti misure di *austerità*, sottolineandone così l'incompatibilità con i diritti sociali tutelati nel sistema

---

<sup>77</sup> Così, BRONZINI, *Le misure di austerità e la giurisprudenza “multilivello”. Verso lo scollamento tra protezione europea e protezione interna?*, in *Quest. giust.*, n. 3/2015, 82 e ss.

<sup>78</sup> Giustamente auspicata in dottrina: cfr., in particolare, CARAVITA, “*Parlamentarizzare la crisi greca*”, cit.

<sup>79</sup> A proposito, cfr. l'amara riflessione di RODOTÀ, *Il pensiero debole dell'Europa che s'accontenta*, in *MicroMega*, 10 gennaio 2014 (e in *Repubblica*, 9 gennaio 2014), che scriveva: «Quel che sta accadendo nell'Unione europea è appunto [...] una decostituzionalizzazione. Il suo sistema è stato amputato della Carta dei diritti fondamentali, del suo *Bill of Rights*, che pure, com'è scritto nell'articolo 6 del Trattato di Lisbona, “ha lo stesso valore giuridico dei trattati”. [...] Oggi l'orizzonte è mutato, l'Unione agisce come se la Carta non vi fosse, nega ai cittadini il valore aggiunto ad essa affidato proprio per acquisire legittimità attraverso la loro adesione, e muta i cittadini da attori del processo europeo in puri spettatori, impotenti e sfiduciati di fronte all'arrivo da Bruxelles di imposizione di sacrifici e non di garanzie dei diritti. V'è in tutto questo una contraddizione, un abbandono della logica che volle il passaggio dell'espressione “Mercato unico” a “Unione europea”, che avrebbe dovuto avvicinare istituzioni e cittadini, e questi tra loro. E vi è pure un abbandono di quanto è scritto nel Preambolo della Carta, dove si afferma l'Unione “pone la persona al centro della sua azione”».

di *welfare* nazionale, ma, al contempo, (indirettamente) anche con i valori sanciti dai Trattati e dalla Carta di Nizza, là dove gli organi di garanzia dell'Unione (e, segnatamente, la Corte di giustizia) non ci sono riusciti.

Tratti populistici e antieuropeistici sembrano, invece, potersi ravvisare nell'esito del *referendum* inglese sulla *Brexit*, non solo per le evidenze mostrate dall'analisi del voto, circa il numero e la tipologia dei votanti che hanno preso parte alla consultazione, bensì anche alla luce della tormentata storia dell'integrazione europea che caratterizza il Regno Unito. In un simile scenario, il referendum ha mostrato la "scelta tragica" di fronte a cui potrebbero trovarsi maggiormente i Paesi che prediligono la via dell'integrazione differenziata, non per realizzare un'Europa *a più velocità* (cosa possibile, entro certi limiti), ma per optare per un'Europa *à la carte*, che è il preludio della sua disgregazione. Infatti, l'Inghilterra ha adoperato molto lo strumento dell'*opting-out*, ma, alla luce dell'esito a cui si è giunti con la *Brexit*, sembra potersi affermare che tali clausole siano state utilizzate non tanto per tutelare (*ex ante*) la propria "identità" nazional-costituzionale, quanto piuttosto per conservare gelosamente parti di "sovranità" politica che non ha voluto "condividere" con l'Unione, in una prospettiva di limitazione comune della sovranità nazionale, da parte di *tutti* gli Stati membri, fino a degenerare in un nazionalismo euroscettico (*rectius*: antieuropeistico) di ritorno, che ne ha determinato, infine, l'uscita dall'Unione<sup>80</sup>.

Invero, è da considerarsi con favore il tentativo della *Supreme Court* di ricondurre la «decisione politica fondamentale»<sup>81</sup> nel circuito democratico-rappresentativo (parlamentare), che ha però riconfermato il voto popolare<sup>82</sup>. In tale – pur lodevole – espediente si può ravvisare una disfunzione *ab origine* nel rapporto tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta. Infatti, la seconda dovrebbe completare la prima, non sostituirsi ad essa,

---

<sup>80</sup> Sul punto, scrive FABBRINI, «*A Union, not a State*», cit., 196: «L'Ue è un'unione di Stati con [le] loro identità nazional[i]. Queste ultime hanno alcuni aspetti storici in comune, ma anche significative differenze. Riconoscere quelle differenze è una condizione esistenziale per l'Ue. Solamente riconoscendo le identità nazionali si previene la loro trasformazione in nazionalismi. L'identità nazionale rappresenta una realtà empirica della vita collettiva, il nazionalismo è invece una costruzione ideologica di quest'ultima. La prima è inclusiva, il secondo è esclusivo. Ed è tra queste due poco plausibili alternative che si sono affermate le varie formule dell'Europea a diverse velocità».

<sup>81</sup> Così, MORELLI, *È possibile svolgere un referendum d'indirizzo sulla permanenza dell'Italia nell'Unione europea?*, in *Osservatorio Aic*, n. 2/2016, spec. 6 e s.

<sup>82</sup> Con l'*European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017*, che ha ricevuto il *royal assent* il 16 marzo 2017, con cui si è provveduto ad autorizzare il Primo Ministro, Theresa May, a presentare la lettera di notifica al Presidente del Consiglio europeo, Donald Tusk (del 29 marzo 2017).

riducendola alla ratifica di decisioni prese da una parte del popolo mediante referendum (consultivo). Inoltre, in questo caso, la costruzione dell'identità costituzionale nazionale è avvenuta in netta opposizione a quella dell'Unione europea, accusata di aver prodotto alcuni mali che affliggevano la società inglese.

Come si proverà a mostrare subito *infra*, par. 5, è proprio questo procedimento di determinazione e affermazione dell'identità costituzionale – difensivo ed escludente – che ne determina la degenerazione, assumendo tratti chiaramente antieuropeistici e populistici.

### **5. L'identità costituzionale come controlimite: alla ricerca di una composizione dialogica e bidirezionale dei conflitti interordinamentali**

Il Segretario generale del Consiglio d'Europa, Jagland, nel citato *Report*, descrive i partiti e i movimenti populistici come «those political forces which appeal to widespread public grievances while seeking to exclude other voices»<sup>83</sup>.

Rispetto a tale voce *esclusiva* ed *escludente*, a ben vedere i controlimiti potrebbero consentire di ripristinare un dialogo che è intrinseco nella logica «inter-livello»<sup>84</sup> (inevitabilmente conflittuale<sup>85</sup>, ma pur sempre volta all'*integrazione* e non alla *dis-integrazione* della pluralità di sistemi che si relazionano fra loro), dando *voce* alle Corti costituzionali, che altrimenti rischierebbero di essere emarginate nel processo di definizione e tutela dell'identità costituzionale nazionale<sup>86</sup>.

Come nota da tempo un'autorevole dottrina (con riferimento alla giurisprudenza costituzionale italiana), la possibilità di *voce* «allude [...] all'impiego da parte della Corte costituzionale di quegli strumenti persuasivi

<sup>83</sup> JAGLAND, *State of democracy, human rights and the rule of law. Populism – How strong are Europe's checks and balances? Report by the Secretary General of the Council of Europe 2017*, cit., 8.

<sup>84</sup> L'espressione è di D'ANDREA, *Brevi riflessioni su governance globale e costituzionalismo interlivello*, in *Consulta Online*, 6 ottobre 2014.

<sup>85</sup> Cfr. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2009; ID., *Il potenziale sovversivo dell'identità nazionale alla luce dell'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, in BERNARDI - CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., 241 e ss.; DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013.

<sup>86</sup> Cfr. S. CASSESE, *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, in *Ars Interpretandi*, n. 1/2015.



e interpretativi, che [...] permettano di far presente a livello comunitario (e alla Corte di Giustizia innanzitutto) le esigenze del sistema costituzionale italiano e dei suoi elementi fondativi»<sup>87</sup>, anche per mezzo di strumenti (più o meno) dialogici (come ad esempio il rinvio pregiudiziale o il semplice “disallineamento” dalla giurisprudenza di Lussemburgo), senza giungere necessariamente ad una declaratoria di incostituzionalità volta a espungere dall’ordinamento l’atto esterno lesivo dell’identità costituzionale, e certamente senza potere (né volere) determinare addirittura l’uscita del Paese dall’Unione (con una caducazione *tout court* della legge di esecuzione dei Trattati).

Come si è anticipato *supra* (par. 1), l’identità costituzionale sembra essere un concetto ontologicamente fluido, che sfugge a inquadramenti predefiniti, ma forse, a questo punto, si potrebbe tentare di tracciare qualche tratto definitorio più preciso.

Innanzitutto, pare che sia, al contempo, un concetto storico-sociologico, giuridico e politico. È storico-sociologico perché rimanda, almeno in parte (non coincidendo in tutto con l’identità “nazionale”), ad un passato che ha segnato la cultura, i modi di vivere, l’economia di un Paese e del suo popolo.

È anche giuridico, perché una parte più rilevante di questi valori sono stati trasposti in *principi* costituzionali che sono *fondamentali* proprio perché gettano le basi (le fondamenta, appunto) affinché il particolare tipo di società dato si possa sviluppare seguendo i valori che l’hanno originariamente composta ad unità; in questa accezione giuridica, l’identità perde ogni connotato di rigidità che può derivare dal radicamento nel passato, perché riesce a sviluppare e implementare i principi, che, sempre radicati sugli antichi valori, si possono *evolvere*.

Infine, l’identità costituzionale è pure un concetto politico, perché condiziona l’azione delle forze politiche, che, da un lato, non potranno rinnegarla senza sovvertire l’ordinamento, e dall’altro dovranno riuscire a determinare la convergenza sui valori identitari senza degenerazioni ideologiche, che trasformino l’identità nazionale in nazionalismo e l’azione democratica in comportamenti populistici: detto altrimenti, dovranno incanalare la forza generativa del *demos* all’interno delle *forme e dei limiti della Costituzione* (per usare la suggestiva espressione dell’art. 1 della nostra Costituzione).

Per un Paese membro dell’Unione, le su menzionate tre declinazioni dell’identità costituzionale assumono tratti peculiari. Infatti, sul piano

---

<sup>87</sup> Così, CARTABIA, *Principi fondamentali e integrazione europea*, cit., 260.

*storico-sociologico*, la storia nazionale si lega inscindibilmente al processo di creazione e di integrazione (delle Comunità, prima, e ora) dell'Unione europea e alla storia degli altri Paesi membri. Sul piano *giuridico*, i principi costituzionali – tra cui, è bene ricordarlo ancora, rientra anche la clausola europea che permette limitazioni di sovranità in favore di un ordinamento sovranazionale – vanno contemperati anche con i valori su cui si fonda l'Unione (per come interpretati dalla Corte di giustizia), dovendo concorrere ad averli ed essere, a loro volta, da questi implementati. Infine, anche dal punto di vista *politico*, lo Stato non può più disconoscere gli obiettivi dell'Unione europea e deve concorrere al loro raggiungimento; ma, al contempo, l'Unione non può ignorare le politiche nazionali e deve intervenire ogniqualvolta lo Stato si trovi in difficoltà, perché non riesce a gestire fenomeni transnazionali che incidono direttamente sulla programmazione, attuazione e direzione delle politiche interne (si pensi ai Paesi del Mediterraneo, particolarmente esposti ai flussi migratori provenienti soprattutto dal nord Africa): solo così ci si potrà sentire parte di un'unione (anche politica) sempre più stretta.

In una simile prospettiva, allora forse l'identità costituzionale degli Stati membri dovrebbe divenire, per definizione, *identità dialogica*, che si costruisce gradualmente e per mezzo del dialogo con le istituzioni eurounitarie (*in primis* la CGUE), nella consapevolezza che «l'identità non è un dato fisso, acquisito una volta per tutte, bensì un punto di riferimento mobile, relativamente fluido, sottoposto a continue verifiche e a mutamenti indotti dall'esterno»<sup>88</sup>. Mutamenti che, ovviamente, non sono sempre possibili, ma i cui limiti (*rectius*: controlimiti) vanno definiti in modo *relazionale* e *bidirezionale* (seguendo la logica propria del costituzionalismo *interlivello*), non esclusivamente nazionale, altrimenti l'identità costituzionale potrebbe facilmente degenerare in forme di nazionalismo e/o antieuropeismo.

D'altronde, occorre considerare la peculiare posizione delle istituzioni nazionali (e soprattutto delle Corti costituzionali) all'interno dello spazio giuridico europeo, per cui queste «non sono più responsabili solamente nei confronti dell'ordinamento che le ha istituite quali garanti della Costituzione, ma sono collettivamente coinvolte nella costruzione di un diritto pubblico europeo per uno spazio giuridico europeo di libertà, sicurezza e giustizia» e appaiono “strette” nella morsa di una «*doppia fedeltà*»: verso il proprio

---

<sup>88</sup> Cfr. FERRAROTTI, *Identità dialogica*, Pisa, 2007, 81, da cui si è attinto anche per la locuzione scelta nel testo, che ho tentato di traslare dal campo sociologico a quello giuridico.

ordinamento e verso il diritto pubblico europeo<sup>89</sup>. Sebbene la “fedeltà ultima” sia ancora riconosciuta in capo alle istituzioni nazionali, che creano e legittimano l’Unione europea, a chi scrive sembra che i conflitti interordinamentali non si prestino ad essere risolti in modo “decisionistico”, secondo una logica binaria ed escludente, volta a dare l’ultima parola a chi con maggior forza riesce a definire il (presunto) contenuto dell’identità costituzionale.

In assenza di una più stretta unione politica e di una graduale trasformazione federalista dell’UE – come scriveva suggestivamente, in un contesto diverso, ormai due secoli fa Victor Hugo – «in un’epoca in cui la discussione è così accanita, così dura, così assolutamente esasperata che solo due parole vengono oggi ascoltate, comprese e applaudite, il sì e il no», anche chi scrive, nel suo piccolo, proprio come affermava Hugo, sente di non far parte «né di coloro che negano, né di coloro che affermano», ma piuttosto «di coloro che sperano»<sup>90</sup>.

L’obiettivo – perseguibile nel rispetto dei principi di *relazionalità*, *bidirezionalità* e *dialogicità* – dovrebbe allora essere quello di provare a “rileggere” l’identità costituzionale dei Paesi membri dell’Unione, oltre il dato meramente nazionale, per tentare di realizzare un modello di *ius publicum* europeo che vada sempre più nella direzione di uno «*ius commune europeo dei diritti fondamentali*»<sup>91</sup>, senza che la difesa dell’identità costituzionale nazionale degeneri pericolosamente in teorie “sovraniste”, foriere di paventabili nazionalismi, che alla fine si ritorcono contro la stessa vera identità costituzionale dei Paesi europei.

---

<sup>89</sup> VON BOGDANDY - GRABENWARTER - HUBER, *Il diritto costituzionale nel diritto pubblico europeo. L’esempio della rete istituzionalizzata della giustizia costituzionale*, in *Rivista Aic*, n. 4/2015, 16.

<sup>90</sup> HUGO, *Prefazione a I canti del crepuscolo*, 1835.

<sup>91</sup> Secondo la bella espressione utilizzata da SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, n. 1/2006, 7 e ss.

## **POLITICHE MIGRATORIE E DEMOCRAZIA DIRETTA: LE NUOVE SFIDE DELL'UNIONE EUROPEA**

**Simona Rodriquez**

*Ricercatrice di Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Genova*

*Il saggio vuole dar conto delle consultazioni referendarie svoltesi in Europa negli ultimi mesi. Se è vero, da un lato, che il ricorso alla democrazia diretta è aumentato in modo esponenziale a partire dagli anni Settanta sino ai giorni nostri, dall'altro lato, deve ammettersi che questa spinta verso gli strumenti di democrazia diretta tende oggi ad avere oggetto tematiche sempre più complesse e decisive, quali le politiche migratorie. L'Unione europea si trova dinanzi a nuove sfide. Per un verso, nuove comunità nazionali, sempre più composte da non-cittadini; per altro verso, spinte disgregatrici e retoriche populiste anti-europee, che puntano a costruire barriere – tanto ideologiche quanto fisiche – tra gli Stati dell'Unione.*

*The paper is aimed at studying how direct democracy measures, specifically referendums, are increasingly being used – since Seventies – to address problematic and complex issues, such as immigration. The recent referendums reflect widespread alienation from politics and anger at the governing class. Support for old political parties has withered, while populist, anti-EU parties are gaining ground. Consequently, the debate about referendum should revolve around the question to what extent our democratic systems of representation should be and can be complemented by more direct means of citizen influence. It is obviously in this context that the arguments for or against referenda have to be made and evaluated. Such a debate becomes particularly complex in relation to the EU political trends driven by anti-immigration populist movements.*

### **Sommario:**

1. Il controllo delle frontiere dinanzi alle grandi migrazioni globali tra egoismi nazionali ed inefficienza
2. L'uso dello strumento referendario per la decisione circa le “grandi” scelte nazionali
3. Le esperienze del Regno Unito e dell'Ungheria: qualche riflessione sparsa, con cenni al caso svizzero
4. La diffidenza “verso lo straniero”, tra intolleranza e tutela degli interessi esclusivi delle collettività nazionali

## 1. Il controllo delle frontiere dinanzi alle grandi migrazioni globali, tra egoismi nazionali ed inefficienza

La drammatica crisi dei rifugiati e il fenomeno delle migrazioni globali ha portato, da più parti, a fare appello a una politica migratoria europea fondata sulla solidarietà e sull'equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri, valori che si scontrano – in alcuni casi – con reazioni ostili nei tessuti sociali, volte a privilegiare gli interessi distributivi dei cittadini sui diritti dei «non-cittadini»<sup>1</sup>.

Ridotto ai suoi termini essenziali, il tema dell'immigrazione è così complesso da coinvolgere questioni cruciali quali la capacità degli Stati di controllare le proprie frontiere, la libertà di ingresso e di soggiorno dello straniero, l'autodeterminazione nazionale<sup>2</sup>, la c.d. «cultural defence of Nations»<sup>3</sup>.

A partire dalla Commissione europea presieduta da Jean-Claude Juncker, insediatasi il 1° novembre 2014, si sono susseguiti innumerevoli documenti – tra proposte di nuovi atti normativi e rapporti sull'attuazione delle misure adottate<sup>4</sup> – con un attivismo che, probabilmente, non ha pari in nessun'altra politica dell'Unione. Le nuove misure hanno concorso a determinare il superamento della dimensione nazionale nell'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, ponendo in discussione il principio cardine secondo cui il controllo delle frontiere e la decisione sull'ingresso e il soggiorno di uno straniero sono da considerarsi di competenza esclusiva di uno Stato<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr., in materia, tra i tanti, JOPPKE, *Citizenship and Immigration*, Cambridge, 2010. Meno recente, RUBIO-MARÍN, *Immigration as a Democratic Challenge*, Cambridge, 2000. Nella dottrina italiana, si rinvia, ad esempio, allo studio di MORRONE, *Le forme della cittadinanza nel terzo millennio*, in *Quad. cost.*, 2015, vol. 2, 303 ss., in part. 310, per ampi riferimenti alla disciplina della cittadinanza nella Costituzione italiana e alla tutela del non-cittadino da parte della giurisprudenza costituzionale.

<sup>2</sup> Di recente, cfr. lo studio di SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quad. cost.*, 2017, 41.

<sup>3</sup> Così nel lavoro di ORGAD, *'Cultural Defence' of Nations: Cultural Citizenship in France, Germany and the Netherlands*, in *Eur. Law J.*, 2009, vol. 15, 719.

<sup>4</sup> Danno un quadro dell'evoluzione della crisi migratoria e delle politiche europee di immigrazione e di asilo, AZOULAI - DE VRIES (eds.), *EU Migration Law, Legal Complexities and Political Rationales*, Oxford, 2014; CAGGIANO (a cura di), *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, 2016.

<sup>5</sup> La bibliografia è già copiosa, sebbene l'emergenza sia recente. Si veda ad esempio CASSESE, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Bologna, 2016. Sul punto, di recente, cfr. anche CHERCHI, *I diritti dello straniero e la democrazia*, in *www.gruppodipisa.it.*, 2016, in part. 47.

Sino ad ora, tuttavia, gli strumenti individuati per far fronte alla crisi migratoria – quali le note decisioni sulla ricollocazione e le raccomandazioni sul reinsediamento<sup>6</sup> – pur innovativi nel quadro giuridico dell’Unione, sono risultati «troppo macchinosi, scarsi in termini di numero di persone coinvolte e condizionati nella loro applicazione alla volontà dei singoli Stati»<sup>7</sup>. Ciò ha indotto taluni Stati membri a ripristinare i controlli alle frontiere interne, seguiti anche dagli Stati della rotta balcanica fuori dell’area Schengen, i quali hanno annunciato e poi praticato il blocco del transito nei loro territori ai migranti e ai richiedenti asilo<sup>8</sup>.

In questo contesto, il Parlamento europeo nella sua Risoluzione del 18 maggio 2017 su «come far funzionare la procedura di ricollocazione» ha espresso «il proprio rammarico per il mancato rispetto da parte degli Stati membri degli impegni a favore della solidarietà e della condivisione di responsabilità», esortando gli stessi ad adempiere ai propri obblighi<sup>9</sup>.

L’esempio più eclatante del fallimento degli strumenti di gestione del fenomeno migratorio introdotti dall’Unione europea è il piano di ricollocazione dei migranti approvato con Decisione (UE) del Consiglio, il 22 settembre 2015<sup>10</sup>.

A fronte di tale meccanismo, basato sull’individuazione di quote stabilite attraverso l’applicazione di un complesso algoritmo a determinati valori base, quali popolazione, numero di stranieri già presenti, tasso di disoccupazione e prodotto interno lordo, si delineava un piano biennale di «ricollocazione» per 120 mila persone. Giunti ormai alla conclusione del programma, tuttavia, sono *ictu oculi* palesi i fallimenti di quanto introdotto, se è vero che secondo l’ultimo *Report on Relocation and Resettlement* della Commissione europea, al 9 giugno 2017, delle oltre 98 mila persone previste, ne risultano ricollocate meno di 21 mila<sup>11</sup>. Le ragioni di questo fallimento sono da ricondurre, soprattutto, alla mancata previsione di

---

<sup>6</sup> Tra le ultime, si veda la Decisione di esecuzione (UE) 2016/894 del Consiglio del 12 maggio 2016, recante una raccomandazione per un controllo temporaneo alla frontiera interna in circostanze eccezionali in cui è a rischio il funzionamento globale dello spazio Schengen.

<sup>7</sup> Così nello studio di FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Dir. umani e dir. intern.*, 2016, vol. 10, 405 ss.

<sup>8</sup> Commissione europea, *Member States’ notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 et seq. of the Schengen Borders Code*, disponibile su [www.ec.europa.eu/dgs/home-affairs/](http://www.ec.europa.eu/dgs/home-affairs/).

<sup>9</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 18 maggio 2017 su come far funzionare la procedura di ricollocazione, 2017/2685(RSP).

<sup>10</sup> Decisione (UE) 2015/1601 del Consiglio, del 22 settembre 2015.

<sup>11</sup> «Thirteenth Report on Relocation and Resettlement», 13 June 2017, COM (2017) 330 fin.

sanzioni per i Paesi che non danno esecuzione alla decisione del Consiglio, se non il rischio dell'ordinario procedimento di infrazione della Commissione europea<sup>12</sup>.

La decisione che ha introdotto il piano di ricollocazione dei migranti, in effetti, è stata approvata dal Consiglio a maggioranza qualificata, con l'opposizione di Ungheria, Polonia, Repubblica ceca e Repubblica slovacca.

Tali Paesi hanno poi impugnato la decisione presso la Corte di giustizia, contestando sia il fondamento giuridico, sia, più in generale, la possibilità per l'Unione di obbligare uno Stato membro ad accettare richiedenti asilo provenienti da un altro Paese, oltre a sostenere l'inidoneità della misura a rispondere alla crisi migratoria<sup>13</sup>. Eppure, non solo l'art. 80 del TFUE sancisce il principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati

---

<sup>12</sup> Sulla crisi migratoria, si veda, oltre alla bibliografia già citata, tra gli altri, DI FILIPPO, *Le misure sulla ricollocazione dei richiedenti asilo adottate dall'Unione europea nel 2015: considerazioni critiche e prospettive*, in *Dir. immigrazione e cittadinanza*, 2015, 33 ss.

<sup>13</sup> Si tratta dei ricorsi C-643/15 e C-647/15, pubblicati nell'*Official Journal of the European Union*, vol. 59, 1<sup>st</sup> February 2016. Cfr. in particolare, il ricorso più articolato promosso dall'Ungheria, in cui si legge, in sintesi: «The contested decision infringes the principles of legal certainty and legislative clarity, since it fails to explain various aspects of how its provisions are to be applied and what relation those provisions are to have to the provisions of Regulation No 604/2013. Those unclear aspects include the issue of the application of procedural rules and guarantees in respect of the adoption of the relocation decision, as well as the fact that the contested decision does not clearly establish the selection criteria for the purpose of relocation and fails to regulate adequately the status of applicants in the Member State of relocation. [...] The contested decision infringes the principles of necessity and of proportionality. Given that, in contrast with the Commission's initial proposal, Hungary is no longer included among the beneficiary Member States, the provision in the contested decision for the relocation of 120 000 applicants for international protection is groundless. In view of the fact that, in the contested decision, provision is no longer made for any relocation from Hungary, the figure of 120 000 applicants proposed initially is now an arbitrary figure, unconnected to the situation set out in the Commission's proposal and which it was actually intended to address. It is unacceptable — particularly in the case of a provisional measure adopted on the basis of Article 78(3) TFEU — that, as regards almost half of the applicants that fall within its scope, a definitive relocation decision be taken in the light of subsequent circumstances. In the alternative, the Hungarian Government submits that the contested decision infringes the principle of proportionality in respect of Hungary, since — despite the well-known fact that a large number of irregular migrants have entered Hungary and a large number of applications for international protection have been made there — obligatory quotas are imposed upon it as a host Member State. The contested decision does not comply, as regards Hungary, with Article 78(3) TFEU, since the requirement laid down in that provision, according to which such measures may be adopted for the benefit of Member States concerned by a sudden inflow of nationals of third countries, is not met by a measure that, as regards one such Member State, merely imposes obligations».

membri in tali materie, ma l'art. 78, comma 3 del TFUE prevede che il Consiglio possa adottare una misura straordinaria per affrontare situazioni di emergenza caratterizzate da un afflusso improvviso di cittadini terzi<sup>14</sup>.

Con la recente sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2017, i giudici di Lussemburgo hanno respinto integralmente i ricorsi di Slovacchia e Ungheria<sup>15</sup>. Tra le diverse argomentazioni, dopo aver ricostruito storicamente la situazione di crisi nel Mediterraneo, aggravatisi a partire dal 2015, la Corte osserva che l'art. 78, comma 3 del TFUE consente alle Istituzioni dell'Unione di adottare tutte le misure temporanee necessarie a rispondere in modo effettivo e rapido ad una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di migranti<sup>16</sup>. Dette misure – ritengono i giudici – possono derogare anche ad atti legislativi a condizione, segnatamente, che siano circoscritte sotto il profilo del loro ambito di applicazione sia sostanziale che temporale<sup>17</sup>, e che non abbiano per oggetto o per effetto di sostituire o di modificare in modo permanente siffatti atti, condizioni rispettate nel caso di specie<sup>18</sup>.

La Corte considera, inoltre, che il meccanismo di ricollocazione previsto dalla decisione impugnata non costituisce una misura manifestamente inadatta a contribuire al raggiungimento del suo obiettivo, ossia la cooperazione con Grecia e Italia nella soluzione della crisi migratoria del 2015. Importanti, ancora, le osservazioni dei giudici europei, secondo cui «il numero poco elevato di ricollocazioni effettuate a tutt'oggi in applicazione della decisione impugnata può spiegarsi con un insieme di elementi che il Consiglio non poteva prevedere al momento dell'adozione di quest'ultima, tra cui, segnatamente, la mancanza di cooperazione di alcuni Stati membri»<sup>19</sup>.

La Commissione europea, forte dei principi enunciati nella pronuncia della Corte di giustizia, ha recentemente affermato di valutare la concreta possibilità di deferimenti alla stessa Corte di quei Paesi membri che

---

<sup>14</sup> Su questo punto, ancora CHERCHI, *I diritti dello straniero e la democrazia*, cit., 48.

<sup>15</sup> Corte di giustizia UE, sent. 6 settembre 2017, nelle cause riunite C-643/15 E C-647/15. Il testo della sentenza è per esempio reperibile integralmente su [www.consultaonline.it](http://www.consultaonline.it).

<sup>16</sup> La sentenza è molto articolata. Una sintesi dei punti essenziali della motivazioni si può ritrovare nel Comunicato stampa n. 91/17, del 6 settembre 2017, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>17</sup> I giudici di Lussemburgo rilevano infatti che l'ambito di applicazione temporale della decisione impugnata (ossia dal 25 settembre 2015 al 26 settembre 2017) è circoscritto in maniera precisa, cosicché il suo carattere temporaneo non può essere messo in discussione.

<sup>18</sup> La Corte chiarisce del pari che, poiché la decisione impugnata costituisce un atto non legislativo, la sua adozione non era assoggettata ai requisiti riguardanti la partecipazione dei parlamenti nazionali e il carattere pubblico delle deliberazioni e dei voti in seno al Consiglio (applicandosi siffatti requisiti soltanto agli atti legislativi).

<sup>19</sup> Cfr. ancora il testo della decisione pubblicato integralmente su [www.consultaonline.it](http://www.consultaonline.it).



risultassero inadempienti nei mesi a venire<sup>20</sup>. Lo stesso Commissario europeo all'immigrazione Dimitri Avramopoulos ha precisato, infatti, che qualora i Paesi membri non cambiassero il loro approccio nella risoluzione della crisi migratoria, sarà posto in essere l'«ultimo passo» della procedura di infrazione, con il deferimento di Ungheria, Repubblica Ceca e Polonia dinanzi alla Corte europea di Giustizia<sup>21</sup>.

In effetti, la stessa Commissione europea, nei suoi rapporti periodici sullo stato della ricollocazione, aveva più volte criticato il mancato rispetto degli obblighi da parte di alcuni Stati membri e, di fronte al reiterato rifiuto di ricollocazione, era stata aperta la procedura di infrazione per violazione del diritto comunitario contro Ungheria, Polonia e Repubblica Ceca.

Allo stato attuale, le sanzioni in cui potrebbero incorrere i governi che si oppongono al sistema di quote di migranti non sembrano, tuttavia, in grado di scalfire il profondo dissenso verso le politiche migratorie comuni. Anzi, il rischio è quello di un inasprimento delle posizioni e di un rafforzamento dell'euroscetticismo già molto forte e radicato nei paesi in questione.

In questo contesto già di per sé critico, si innestano altri fattori, in parte legati alla contingenza storica, segnata da una perdurante crisi economica e dal concomitante arretramento dello Stato sociale<sup>22</sup>.

La crisi economica e finanziaria che dagli Stati Uniti ha invaso i Paesi dell'Eurozona ha reso ancora più incerto il quadro politico ed istituzionale<sup>23</sup> e ha, forse, ancor di più innescato dinamiche decisionali in termini antagonistici nelle relazioni tra cittadini e stranieri. Di qui la tendenza degli stessi cittadini (e loro rappresentanti) ad operare scelte di tipo egoistico e “difensivo”, orientate a salvaguardare gli interessi esclusivi della collettività nazionale<sup>24</sup>.

Le politiche di austerità hanno dato luogo anche a forme di vero e proprio egoismo fiscale dei singoli enti decentrati, accentuando le spinte

---

<sup>20</sup> Così si legge nel commento di MARIANI, *Migranti: Corte di Giustizia impone a Ungheria e Slovacchia il ricollocaimento*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), 7 settembre 2017.

<sup>21</sup> Cfr. ancora MARIANI, *Migranti: Corte di Giustizia impone a Ungheria e Slovacchia il ricollocaimento*, cit.

<sup>22</sup> Su questo punto, ancora lo studio di SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, cit., 45.

<sup>23</sup> In argomento, in generale, sull'impatto della crisi sul sistema amministrativo europeo, si fa riferimento, ad esempio, a CHITI, *In the Aftermath of the Crisis – The Eu Administrative System between Impediments and Momentum*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2015, 311.

<sup>24</sup> Cfr. lo studio di ORGAV, *The Cultural Defense of Nations: A Liberal Theory of Majority Rights*, Oxford, 2015, in cui viene trattato del diritto di difesa di interesse e cultura nazionale.

secessioniste di alcuni territori (si pensi al caso della Catalogna<sup>25</sup> e alla nuova minaccia di indipendenza da alcuni già soprannominata «Catalexit»<sup>26</sup>) e finanche – se si pensa alla recente storia del Regno Unito – le tendenze alla disintegrazione del progetto europeo<sup>27</sup>.

Se si guarda all'Italia, ciò è avvenuto, ad esempio, con i tentativi indipendentisti del Veneto, frenati dall'intervento della Consulta nel 2015, volto a ribadire i fondamentali principi di unità e indivisibilità della Repubblica di cui all'art. 5 della nostra Costituzione<sup>28</sup> e, per un certo verso,

---

<sup>25</sup> In Spagna, il crollo finanziario ha comportato – tra l'altro – il timore di perdere le posizioni di benessere socio-economico raggiunte negli ultimi vent'anni. Gli scandali di corruzione politica, lo stato di perdurante emergenza economica, la crescita esponenziale del tasso di disoccupazione, hanno trascinato il paese in una situazione di profondo degrado politico-istituzionale, intensificando l'indignazione collettiva e l'esigenza di una totale rigenerazione democratica. Tra i tanti, cfr. ad esempio RUIZ ALMENDRAL, *The Spanish Legal Framework for Curbing the Public Debt and the Deficit*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 2013, 189-204.

<sup>26</sup> Come noto dalle cronache recenti, la *Generalitat de Catalunya* ha promosso un nuovo referendum sull'indipendenza della Catalogna (secondo le intenzioni della comunità autonoma catalana, avente natura vincolante), tenutosi il 1 ottobre 2017. Il 7 settembre 2017 il Tribunale costituzionale spagnolo aveva in realtà sospeso il referendum e le norme correlate, accogliendo così il ricorso d'urgenza presentato dal governo spagnolo di Mariano Rajoy, con il quale si chiedeva l'annullamento per incostituzionalità della legge regionale catalana che istituiva il referendum. La vicenda si sta concludendo – al momento in cui si scrive – con la richiesta di incriminazione, da parte del Procuratore generale di Stato della Spagna, del Presidente catalano Carles Puigdemont e degli altri membri del governo, per sedizione e appropriazione indebita. In dottrina, per un'ampia analisi, CARAVITA, *La Catalogna di fronte all'Europa*, in *federalismi.it*, 2017, n. 19, 11 ottobre 2017.

<sup>27</sup> Sul referendum sulla «Brexit» e sulla dottrina intervenuta, cfr. *infra* par. 3.

<sup>28</sup> Con l.r. n. 16/2014 («Indizione del referendum consultivo sull'autonomia del Veneto»), si stabiliva che il Presidente della Giunta regionale del Veneto avesse la facoltà di indire un referendum consultivo per conoscere la volontà degli elettori del Veneto sull'indipendenza. Con sentenza n. 118/2015, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'intera legge n. 16/2014 per violazione dell'art. 5, 114, 138 e 139 perché il referendum consultivo riguardava scelte fondamentali di livello costituzionale precluse ai referendum regionali e «suggeri[va] sovvertimenti istituzionali radicalmente incompatibili con i fondamentali principi di unità e indivisibilità della Repubblica di cui all'art. 5 cost.». Deve dirsi che la Regione Veneto non è nuova a tentativi – finora rimasti incompiuti – di seguire la via referendaria per legittimare la richiesta di maggiori spazi di autonomia. Per i precedenti interventi della Consulta (Corte cost., sent. n. 470/1992 e, più di recente, Corte cost., sent. n. 496/2000), cfr. MORRONE, *Avanti popolo ... regionale*, in *Quad. cost.*, 2012, 615 ss. Più di recente, su Corte cost., sent. n. 118/2015, cfr. CONTE, *La Corte costituzionale sui referendum per l'autonomia e l'indipendenza del Veneto. Non c'è due senza tre. Anche se...*, in *Quad. cost.*, 2015, 759 ss.

con i recenti referendum consultivi «sull'autonomia» di Veneto e Lombardia del 22 ottobre 2017, che hanno fatto registrare un'affluenza considerevole<sup>29</sup>.

La crisi economica e finanziaria ha così favorito l'emergere di una forte esigenza di rinnovamento morale, generazionale e politica e l'inevitabile crescita di sentimenti populistici. Accanto a spinte centripete indotte dal processo di integrazione sovranazionale europea, si sono manifestate spinte centrifughe volte alla rottura dell'unità politica, che hanno evidenziato la fragilità degli Stati nazionali contemporanei e dei rimedi approntati dall'odierno costituzionalismo<sup>30</sup>.

A questi fattori, si aggiunge l'antica e radicata crisi di rappresentanza politica, che interessa tutte le moderne democrazie<sup>31</sup>, Istituzioni dell'Unione europea comprese<sup>32</sup>.

## 2. L'uso dello strumento referendario per la decisione circa le “grandi” scelte nazionali

Nell'intento di integrare e dare vigore alla democrazia rappresentativa e non già a sostituirla, una tendenza sembra essere quella dell'ampio ricorso, da parte delle deboli Istituzioni rappresentative, agli strumenti di partecipazione diretta del corpo elettorale<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Sulle due consultazioni referendarie, svolge una recente analisi MORRONE, *Populismo referendario. La strada impervia della secessione all'italiana*, in *federalismi.it.*, 2017, n. 20, 25 ottobre 2017.

<sup>30</sup> Cfr. in particolare CARROZZA, *Secessionismi, integrazione europea, sovranità: nuovi e vecchi problemi del costituzionalismo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014, XIX.

<sup>31</sup> Impossibile sarebbe citare anche solo una parte della bibliografia sul tema. Studi sociologici, politologici e giuridici hanno ampiamente dedicato la loro attenzione al tema e una (piccola) parte dei riferimenti bibliografici può rinvenirsi in RODRIQUEZ, *Rappresentanza democratica e strumenti di partecipazione. Esperienze di diritto comparato*, Napoli, 2017. A solo titolo d'esempio, BARBERA, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, in *Quad. cost.*, 2008, 853 ss., in part. 870. L'A. individua tra i segni della crisi, la frammentazione dei partiti, lo sradicamento territoriale, la paralisi decisionale nella concertazione con le comunità locali. In tema, anche ZAGREBELSKY, *La sovranità e la rappresentanza politica*, in AA.VV., *Lo Stato delle istituzioni italiane. Problemi e prospettive*, Milano, 1994, 85 ss., in part. 86, il quale sottolinea come in Parlamento «si rappresent[ino] sempre più interessi particolari e sempre meno [...] unità politica».

<sup>32</sup> In una bibliografia sterminata, si consenta il riferimento, anche per i rinvii alla dottrina sul tema della crisi di legittimazione democratica che interessa l'Unione europea, a RODRIQUEZ, *Law-making e policy-formulation: il ruolo della società civile nell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, f. 1, 125-161

<sup>33</sup> Se i partiti politici non rappresentano più quei soggetti in grado di svolgere efficacemente e stabilmente il compito di intermediari nel circuito rappresentativo corpo

Sempre più spesso si sente il bisogno di ricorrere agli strumenti referendari, per cercare quella legittimazione che sembra perduta, per investire il corpo elettorale di decisioni che le Istituzioni (o meglio, i partiti politici) non sembrano in grado di compiere, senza dimenticare finalità puramente plebiscitarie o di rafforzamento autoritario del potere governativo<sup>34</sup>.

La spinta verso gli strumenti di democrazia diretta tende inoltre ad avere ad oggetto tematiche sempre più complesse, quali le politiche migratorie. L'*Economist* ha recentemente chiamato questo fenomeno "referendumania", tentando di spiegarne le ragioni a fondamento, legate proprio alla crisi delle tradizionali forme di rappresentanza politica e al tentativo di far sentire gli elettori maggiormente coinvolti nell'esercizio della cosa pubblica<sup>35</sup>.

A partire dagli anni Settanta sino ai giorni nostri, in effetti, il ricorso alla democrazia diretta è aumentato in modo considerevole. Uno sviluppo particolare hanno avuto, in particolare, quelle tipologie di referendum utilizzate per la soluzione di questioni istituzionali e per la decisione circa profondi mutamenti politici nazionali. La distinzione, in questi ultimi casi, è netta rispetto alla tipologia di referendum ordinario o legislativo<sup>36</sup>, non avendo la consultazione ad oggetto un preciso testo normativo<sup>37</sup>.

elettorale-Parlamento, diviene infatti necessario cercare altre vie di realizzazione ed arricchimento dei canali attraverso i quali può essere esercitato quel principio di sovranità popolare che costituisce il «cuore pulsante di ogni forma di democrazia». «Un'integrazione a vicenda» – come affermava Bobbio – può realizzarsi proprio tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta: BOBBIO, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta*, in QUAZZA (a cura di), *Democrazia e partecipazione*, Torino, 1978, 22 ss.: «Democrazia rappresentativa e democrazia diretta non sono due sistemi alternativi, nel senso che laddove c'è l'una non ci può essere l'altra, ma sono due sistemi che possono integrarsi a vicenda». Su questo punto, anche SARTORI, *Democrazia. Cosa è*, Milano, 1993, in part. 78: «l'edificio della democrazia rappresentativa non esclude né la partecipazione né il referendum, ma li include come elementi subordinati. Partecipazione sì, dove compete; ma non in sostituzione dei compiti demandati alla rappresentanza».

<sup>34</sup> Cfr. *infra* par. 3 sul caso ungherese.

<sup>35</sup> «Plebiscites in Europa. Referendumania», 19th May 2016, in [www.economist.com](http://www.economist.com).

<sup>36</sup> Si propone questa distinzione nel capitolo introduttivo in AUER - BÜTZER (eds.), *Direct Democracy: the Eastern and Central European Experience*, Aldershot, Hants, England: Ashgate, 2001.

<sup>37</sup> Alcuni, in dottrina, hanno assimilato tali consultazioni non già alla categoria del referendum in senso proprio, quanto piuttosto ai plebisciti, il ricorso ai quali può non essere disciplinato dalla Costituzione, ma è pur sempre compatibile con i principi di un ordinamento democratico, come verifica della volontà popolare: cfr. CHIAPPETTI, voce *Plebiscito*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, 954 ss.

Si pensi, ad esempio, ai referendum il cui esito è stato determinante per la fondazione di nuovi Stati<sup>38</sup>, a quelli indetti per creare nuovi modelli di «sub-state autonomy»<sup>39</sup>, o per trasferire parte dei poteri sovrani dallo Stato alle Istituzioni internazionali<sup>40</sup> o, ancora, alle consultazioni popolari previste in caso di secessione da uno Stato o divisione di uno Stato<sup>41</sup>.

Si tratta di una peculiare valorizzazione della partecipazione popolare al governo dello Stato, attraverso la quale si giunge a riconoscere al corpo elettorale la funzione non di propulsore o controllore dell'attività dei

---

<sup>38</sup> Si fa riferimento, ad esempio, ai negoziati iniziati nel 1999 dai Governi di Portogallo e Indonesia per indire un referendum sull'indipendenza del territorio, o al referendum sull'indipendenza in Montenegro, tenutosi il 21 maggio 2006. Su quest'ultimo, si segnala, ad esempio, SCARCIGLIA, *Profili costituzionali della secessione: dall'esperienza canadese all'indipendenza del Kosovo*, in *Il diritto della Regione*, 2009, 163 ss.

<sup>39</sup> Così si esprime TIERNEY, *Constitutional Referendums: A Theoretical Enquiry*, in *Modern Law Review*, 2009, 360.

<sup>40</sup> Si pensi, ad esempio, al referendum irlandese del 12 giugno 2008 sul Trattato di Lisbona («Constitutional facilitation of ratification of Treaty of Lisbon»). Più in generale, sull'utilizzo dello strumento referendario in Irlanda, cfr. BARRETT, *The Use of Referendums in Ireland: Looking Back in a Time of Crisis*, in SÁENZ ROYO - CONTRERAS CASADO, *La participación política directa. Referéndum y consultas populares*, Colección Derecho Constitucional y Ciencia Política, 2013, 95 ss. Sull'impiego del referendum nel Regno Unito e sul dibattito sulla compatibilità della democrazia diretta con la democrazia delegata, si rinvia, anche per gli ampi riferimenti bibliografici, a TORRE, *Il referendum nel Regno Unito. Radici sparse, pianta rigogliosa*, in TORRE - FROSINI (a cura di), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Rimini, 2012, 11 ss.

<sup>41</sup> Sia consentito il richiamo, anche per i riferimenti bibliografici, a RODRIQUEZ, *Rappresentanza democratica e strumenti di partecipazione. Esperienze di diritto comparato*, cit., 185 ss. Gli esempi più recenti sono quelli del referendum sull'indipendenza della Scozia e, in una certa misura, sia pur con innumerevoli differenze, della Catalogna. Tra i tanti, cfr. ad esempio FROSINI, *L'indipendenza della Scozia: l'uscita da due unioni?*, in *Quad. cost.*, 2013, 442, in part. 443; TORRE, *Scozia: devolution, quasi-federalismo, indipendenza?*, in *Istituzioni del federalismo*, 1, 2013, 137 ss. Per un maggior approfondimento, si rinvia anche agli studi di CARBONI, *I referendum mai realizzati e ancora da realizzare* e di MARZULLI, *Il "prossimo" referendum sull'indipendenza della Scozia. Un'analisi costituzionale*, entrambi in TORRE - FROSINI (a cura di), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, cit., 398 e 427. La bibliografia sulla vicenda della prima consultazione referendaria in Catalogna e sui suoi rapporti con Madrid è davvero copiosa. Ci citano, solo come esempio, anche sugli interventi del Tribunale costituzionale spagnolo, IBRIDO, *Il "derecho a decidir" e il tabù della sovranità catalana. A proposito di una recente sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo*, in *federalismi.it.*, 14, 2014; CASTELLÀ ANDREU, *El problemático encaje constitucional del "derecho a decidir" de Cataluña y sus vías de ejercicio*, in *Percorsi costituzionali*, 2014, 807. Sulla seconda consultazione referendaria tenutasi il 1 ottobre 2017, la bibliografia è ancora scarsa. Si richiama nuovamente l'analisi di CARAVITA, *La Catalogna di fronte all'Europa*, cit.

governanti, bensì di “decisore ultimo”, sebbene quest’ultima accezione debba essere precisata.

Molto del potenziale democratico insito in questo strumento di democrazia referendaria viene, infatti, offuscato o, comunque, limitato, dal carattere non vincolante di tali referendum. Ad esempio, nel caso di consultazioni referendarie utilizzate per decisioni relative alle variazioni territoriali di uno Stato e, in particolare, nei processi di divisione di uno Stato e di (anche solo tentata) secessione da uno Stato centrale, i referendum operano quale fattore di legittimazione di aspirazioni politiche di stampo separatista: costituiscono, in altri termini, fonte di legittimazione politica per il Governo regionale al fine di avviare un successivo negoziato relativo alla fuoriuscita di una porzione di territorio dallo Stato di appartenenza<sup>42</sup>. Rappresentano, inoltre, chiaro indicatore della volontà popolare di tale territorio, a cui difficilmente il Governo centrale potrà rimanere indifferente.

È innegabile come la natura consultiva di questa tipologia di referendum li renda di per sé incapaci di alterare lo *status quo*, essendo come tali bisognosi di interventi ulteriori per l’implementazione effettiva del loro risultato, in caso di esito favorevole del voto<sup>43</sup>. È altrettanto vero, tuttavia, che il corpo elettorale, in tali casi, viene chiamato ad esercitare la sovranità che gli appartiene in modo diretto e sostanziale, attraverso il compimento di una scelta istituzionale e politica. Ciò implica una nozione di sovranità popolare non meramente consegnata alle forme della democrazia rappresentativa, «substituting the people directly for the representational role traditionally played by the democratic constitution»<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Ad esempio, nel caso della questione del Quebec e dei suoi rapporti con il resto della Federazione canadese, un’eventuale maggioranza di voto a favore della secessione in una delle due consultazioni referendarie non avrebbe comportato automaticamente un distacco territoriale vero e proprio, ma prima ancora avrebbe portato ad un negoziato fra il Governo canadese ed il Quebec, durante il quale la Provincia avrebbe avuto la legittimazione politica di ridiscutere la definizione della complessa suddivisione delle competenze. In una bibliografia sterminata, cfr. ROLLA, *Il referendum sulla sovranità del Québec ed il futuro del Canada. Alcuni paradossi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1996, 3269. Si parla di una «Costituzione bloccata» nello studio di GROPPI, *Federalismo e Costituzione. La revisione costituzionale negli stati federali*, Milano, 2001, in part. 187. Per una riflessione su diversi temi legati all’ordinamento costituzionale del Canada, CECCHERINI (a cura di), *A trent’anni dalla Patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, Genova, 2013.

<sup>43</sup> Si interroga sulla natura (consultiva o vincolante, in taluni casi) delle consultazioni referendarie finora tenutesi sul tema dell’integrazione europea, TOSI, *Il ricorso al referendum nel processo di integrazione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014, IV, 1590, in part. 1602 ss.

<sup>44</sup> Così TIERNEY, *Constitutional Referendums: A Theoretical Enquiry*, cit., 361 ss.

Alcuni assunti, tuttavia, devono essere sottolineati. Non tutte le recenti consultazioni referendarie svoltesi possono considerarsi esempi *virtuosi* di partecipazione popolare alla *res publica* ed anzi, guardando alle esperienze dei recenti referendum nel Regno Unito e in Ungheria, v'è in effetti da chiedersi se non siano da difendere i meriti della democrazia rappresentativa contro i rischi della democrazia diretta.

In uno studio del 1993, Sartori già affermava che «nella democrazia referendaria non c'è negoziato né scambio [...]. Insomma, la democrazia referendaria centuplica i rischi di manipolazione e di imbroglio del *demos*»<sup>45</sup>.

Si pensa comunemente che la democrazia diretta stimoli il dibattito, ma quale tipo di dibattito, esattamente? Quali le insidie nascoste dietro l'uso (*rectius*, l'abuso) di questo strumento?

### **3. Le esperienze del Regno Unito e dell'Ungheria: qualche riflessione sparsa, con cenni al caso svizzero**

L'incapacità delle tradizionali vie rappresentative di risolvere le tematiche attinenti ai flussi migratori ha permesso che si instaurasse un controverso legame tra “referendum” e “immigrazione” (o forse, ancor meglio, tra referendum e timore ed intolleranza, allo stesso tempo, verso il fenomeno migratorio) che sembra caratterizzare le più recenti consultazioni referendarie svoltesi nel nostro Continente<sup>46</sup>.

Si pensi al referendum del Regno Unito sulla *Brexit* del giugno 2016, il cui oggetto non fu direttamente la questione migratoria ma il cui risultato inaspettato è tuttavia da ricondursi – tra le diverse componenti – anche ad una certa diffidenza di una parte dei cittadini britannici verso l'immigrazione<sup>47</sup>. Già qualche mese prima del referendum, alcuni analisti

---

<sup>45</sup> Cfr. SARTORI, *Democrazia. Cosa è*, cit., in part. 85.

<sup>46</sup> Per una recente analisi della crisi della democrazia rappresentativa e della difficoltà delle vie tradizionali rappresentative di rispondere alle nuove esigenze delle società multiculturali, si fa riferimento a CAVAGGION, *La democrazia rappresentativa e le sfide della società multiculturale*, in *federalismi.it.*, 2017, 2 ottobre 2017.

<sup>47</sup> Si fa riferimento ad un ampio *Focus* sulla *Brexit*, in *federalismi.it.*, n. 16 del 9 agosto 2017, che rappresenta la pubblicazione degli atti del Convegno “Brexit: ad un anno dal referendum, a che punto è la notte?”, tenutosi il 23 giugno 2017, presso il Centro Congressi d'Ateneo dell'Università La Sapienza di Roma. In una bibliografia già molto copiosa, cfr. anche, solo a titolo esemplificativo, PALICI DI SUNI, *I britannici hanno detto sì alla Brexit: uno choc per l'Europa*, in *Dir. pubbl. comp. eur. - on line*, 2016-2, la quale svolge anche un'analisi comparata dei casi in cui sono stati indetti referendum sull'Unione europea e sull'Europa (dal referendum nel Regno Unito del 1975, al referendum svoltosi nei Paesi Bassi

avevano dichiarato che i cittadini britannici avrebbero votato a favore dell'uscita dell'Unione europea, proprio per evitare la condivisione degli oneri dell'immigrazione<sup>48</sup>.

All'indomani della consultazione, alcuni avevano considerato la scelta del Primo Ministro Cameron un «azzardo sciagurato», ritenendo come «la scorciatoia della scelta tra un sì e un no si prest[i] a ogni sorta di stravolgimento demagogico ed emotivo [e che] le strade della democrazia rappresentativa rest[i]no le più idonee e le più solide»<sup>49</sup>.

Diversamente dalle altre consultazioni già celebrate nel Regno Unito<sup>50</sup>, il referendum *Brexit* ha rappresentato uno strumento attivato per accrescere il potere negoziale del Governo britannico al tavolo delle trattative con le Istituzioni europee e, secondo alcuni, è stato indetto per ragioni interne al partito di Cameron, secondo «un uso del tutto strumentale» di un istituto che, da mezzo di democrazia diretta e partecipazione, è divenuto strumento distorto di un appello al popolo, «peraltro un popolo disinformato»<sup>51</sup>.

Le conseguenze (geopolitiche ed economiche) di un evento così deflagrante sono state evidenti<sup>52</sup> ed immediate su tutto il Continente, chiamato ora a fare i conti con un'ondata di euroscetticismo senza precedenti<sup>53</sup>.

del 2005). Cfr. altresì CARBONI, *A proposito della Brexit: gli effetti del referendum sul Regno Unito e l'Unione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur. - on line*, 2016-2.

<sup>48</sup> *Brexit, la crisi dei rifugiati è il fattore paura che alimenta l'uscita dall'Unione europea*, 27 aprile 2016, in <http://www.stopeuro.org>.

<sup>49</sup> Cfr. l'intervento «a caldo» dell'ex Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano in un'intervista a *La Repubblica*, su [www.huffingtonpost.it](http://www.huffingtonpost.it), del 25 giugno 2016.

<sup>50</sup> Si allude al *referendum day* del 18 settembre 2014 sull'indipendenza della Scozia, caratterizzato da un'elevatissima affluenza (l'84,65% degli aventi diritto), a dimostrazione di quanto la questione fosse percepita come fondamentale dai cittadini scozzesi, i quali hanno dato vita ad una mobilitazione senza precedenti nella storia britannica, che ha portato alcuni studiosi ad affermare, all'indomani del voto, che «the winner [was]... the Referendum»: Cfr. STANTON, *Democracy and Scotland: Turning Out for Something Special*, e TIERNEY, «*And the Winner is ... the Referendum*»: *Scottish Independence and the Deliberative Participation of Citizens*, in <http://ukconstitutionallaw.org>, risp. 19 Sept. 2014 e 29 Sept. 2014.

<sup>51</sup> Cfr. intervista di S. Rodotà, in *Il Secolo XIX*, 27 giugno 2016.

<sup>52</sup> Aveva già tentato di interrogarsi sulle conseguenze del referendum del giugno 2016, CAPRIGLIONE, *Il referendum Uk e l'ipotesi di Brexit. (La prospettiva del way out e la convenienza a 'restare uniti')*, in *federalismi.it.*, 7, 2016, il quale metteva a confronto i possibili benefici economici e finanziari derivanti dall'uscita dall'UE con le contrapposte implicazioni negative riscontrabili sui saldi delle partite correnti e dei movimenti di capitale, sul mercato azionario e obbligazionario, su quello immobiliare britannico, oltre che sulla sterlina.

<sup>53</sup> Sulle nuove sfide che attendono ora l'Unione europea, ALLEGRI, *Brexit, questione sociale, sovranismi: ever loser Union*, in *federalismi.it.*, 23, 2015. Più di recente, BORIA, *L'impatto della Brexit sugli equilibri geopolitici*, in *federalismi.it.*, 16, 2017.



Un esempio recente di come uno strumento di democrazia diretta possa essere distorto per altri fini lo si ritrova anche nella già richiamata consultazione referendaria svoltasi in Ungheria il 2 ottobre 2016, indetta il 24 febbraio 2016 dal partito di maggioranza – la *Fidesz* – e da altre organizzazioni politiche o sociali filo-governative ed approvata dall'Assemblea nazionale.

La proposta del Governo prendeva le mosse dalla reazione ad una serie di iniziative promosse dall'Unione europea nell'ambito dell'Agenda europea sulla migrazione<sup>54</sup>, con particolare riferimento alle misure in materia di asilo e alla annunciata presentazione, tra le altre, di una «Proposta quadro» in materia di reinsediamento<sup>55</sup>; reazione che aveva già condotto, nel novembre del 2015, all'adozione di una sorta di legge “manifesto” intitolata «Iniziativa contro la ricollocazione obbligatoria in difesa dell'Europa e dell'Ungheria»<sup>56</sup>.

La consultazione, avente ad oggetto la domanda dal tenore decisamente plebiscitario «volete o no che l'Unione europea imponga a ogni suo paese membro quote di ripartizioni di migranti, senza consultare governo e parlamento nazionali e sovrani magiari?», non ha raggiunto il quorum del cinquanta per cento degli aventi diritto di voto, come richiesto dal testo costituzionale modificato nel 2011<sup>57</sup>. Tuttavia, è da registrare che circa il novantotto per cento dei cittadini ungheresi che si sono recati alle urne ha risposto «no» al quesito referendario, con ciò a ulteriormente comprovare il sentimento di contrarietà di una parte della società civile verso le politiche migratorie seguite dall'Unione europea.

Sembra evidente, inoltre, dalla lettura del quesito referendario sottoposto al corpo elettorale, che il reale scopo della consultazione referendaria ungherese fosse in realtà quello di rispondere all'esigenza autoritaria di rafforzamento del potere governativo, anche attraverso un uso populistico di

---

<sup>54</sup> Agenda europea sulla migrazione, COM (2015) 240 del 13 maggio 2015. Si veda, ad esempio, CHERUBINI, *L'Agenda europea sulla migrazione: la macchina ora (forse?) funziona, ma ne occorre comunque un'altra*, in *SIDIBlog* del 3 giugno 2015, in [www.sidi-isil.org](http://www.sidi-isil.org).

<sup>55</sup> Effettivamente avvenuta il 13 luglio 2016, COM (2016) 468, Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento e modifica del Regolamento (Ue) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio.

<sup>56</sup> Cfr., per maggiori dettagli, Nota n. 68, Servizio Studi del Senato, in <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00990819.pdf>.

<sup>57</sup> Si è trattato di profonde modifiche al nuovo testo costituzionale (*Magyarország Alaptörvénye*), approvate dall'Assemblea nazionale il 19 aprile 2011 ed entrate in vigore il 1° gennaio 2012. Sul punto, FERRARI (a cura di), *La nuova Legge fondamentale ungherese*, Torino, 2012; DAU, *L'esperienza costituzionale ungherese e l'equilibrio tra democrazia e principio rappresentativo*, in *federalismi.it*, 24, 2011.

strumenti democratici, oltre che di proseguire la politica di forza contro la direzione europea, ritenuta invasiva della sovranità statale<sup>58</sup>.

Dando poi uno sguardo al sito della delegazione al Parlamento europeo del partito *Fidesz*, risulta chiaro l'intento governativo di far leva sul timore dei cittadini magiari di un'«invasione» straniera che minacciasse i valori culturali ed identitari dell'Ungheria e della stessa Unione europea, affermando come il «No» fosse uno strumento per salvare l'Unione europea – e i suoi Stati – dallo sfaldamento e per riportarla sulla strada di un effettivo rafforzamento interno ed esterno: «Prime Minister Viktor Orbán has spoken unequivocally about the government's support for a strong EU, and stated quite publicly his hope that the United Kingdom would remain. Hungary's referendum puts Brussels' compulsory migrant resettlement quota system before the voters. We see the policy as a mistake. It will be a pull factor for migrants and will turn more citizens against the EU. Neither of these would benefit the European project. By holding the referendum, Hungary wants to save the EU from going down a path that will further destabilize the EU and member state governments»<sup>59</sup>.

Al di là di considerazioni puramente politologiche, la vicenda ungherese mostra chiaramente come l'esercizio della democrazia diretta possa determinare conflitti (non sempre facilmente superabili) con il diritto costituzionale e con il diritto internazionale e comunitario, se si pensa che l'art. 8 della Carta costituzionale ungherese individua una serie di materie per le quali il referendum non è ammissibile, tra cui, alla lett. *d*), «ogni obbligazione derivante da trattati internazionali»<sup>60</sup>.

Eppure, con decisione del maggio 2016, la Corte suprema ungherese ha validato la richiesta referendaria, già sottoposta al vaglio del Comitato elettorale<sup>61</sup>, considerandola conforme al dettato costituzionale e ritenendo che il quesito referendario non fosse finalizzato a recare alcuna modifica al Trattato di adesione dell'Ungheria all'Unione europea; «poiché la ricollocazione dei rifugiati non è materia di competenza esclusiva dell'Unione

<sup>58</sup> Così MAINARDI, *Ungheria. Quote migranti: il referendum di Orbán manca il quorum*, in *federalismi.it*, 2016.

<sup>59</sup> Cfr. *The Deliberate Misinterpretation of Hungary's Referendum on Migration*, in <http://fidesz-eu.hu>

<sup>60</sup> Nella versione inglese, l'art. 8 della Carta costituzionale ungherese, intitolato «National Referendums», recita che «No National referendum may be held on: [...] *d*) any obligation arising from international treaties».

<sup>61</sup> Decisione n. Kvk.IV.37.222/2016/9 del 3 maggio 2016, testo reperibile in [www.lb.hu/hu/print/nepszavugy/kvkv3784920163-szamu-hatarozat](http://www.lb.hu/hu/print/nepszavugy/kvkv3784920163-szamu-hatarozat).

europea, il quesito referendario non viola gli obblighi internazionali derivanti dall'appartenenza dell'Ungheria all'Unione europea».

Successivamente, la Corte costituzionale, con sentenza del 5 maggio 2016, senza entrare nel merito e prendendo in considerazione solo profili procedurali, ha respinto le questioni per le quali l'opposizione parlamentare ed alcuni gruppi non governativi (*Hungarian Helsinki Committee, Hungarian Civil Liberties Union, Eötvös Károly Institute, Political Capital*) profilavano un'illegittimità costituzionale, attraverso la violazione del già richiamato art. 8, co. 3, lett. d), Cost. che vieta la sottoposizione a referendum di determinate materie, tra cui quelle inerenti gli obblighi provenienti dai trattati internazionali<sup>62</sup>.

Le reazioni dell'opposizione politica sono state immediate, giungendo a classificare il referendum non solo quale strumento utilizzato per distogliere l'attenzione dai reali problemi interni al Paese, tra cui l'elevato livello di corruzione e la drammatica situazione del sistema sanitario nazionale, ma anche come mezzo a mera "parvenza democratica" ed il primo passo verso il distacco dall'Unione<sup>63</sup>.

Gli ultimi sviluppi della questione ungherese non sono incoraggianti.

A seguito del fallito referendum sulle quote migranti, il Governo Orbán ha elaborato e sottoposto all'approvazione del Parlamento il progetto della VII revisione della Legge fondamentale del 2011. Tale revisione avrebbe esplicitamente introdotto, tra gli altri principi, la tutela dell'identità costituzionale ungherese, sottolineando ancora di più il profilo nazionalista della Legge fondamentale ed erigendo contro-limiti piuttosto penetranti nei confronti delle fonti di diritto europee<sup>64</sup>.

La votazione sul progetto, svoltasi l'8 novembre 2016, non ha raggiunto (per soli due voti) la maggioranza dei due terzi dei componenti richiesta per la revisione costituzionale, ma "in soccorso" al Governo è giunta una

<sup>62</sup> In questo caso, infatti, la Corte ha respinto i quattro ricorsi presentati adducendo, solo vizi di forma circa le modalità e l'effettiva capacità di uno dei ricorrenti a presentare domanda, senza entrare nel merito costituzionale della questione sottoposta. Per approfondimenti si rimanda a <http://hunconcourt.hu/sajto/news/press-release-regarding-the-refugee-quota-referendum>.

<sup>63</sup> L'iniziativa referendaria è stata definitiva come il "referendum Potemkin di Viktor Orbán", alludendo alla vicenda del "villaggio Potemkin": cfr. ancora, per ogni approfondimento, MAINARDI, *Ungheria. Quote migranti: il referendum di Orbán manca il quorum*, cit.

<sup>64</sup> Per i primi commenti, DI GREGORIO, *La Corte costituzionale ungherese pronuncia un'importante sentenza sui contro-limiti (tutela dell'identità nazionale)*, in *Diritto Pubblico dei Paesi dell'Europa Centro-Orientale, Cronache costituzionali*, reperibile in [www.users2.unimi.it/dirpubbesteu](http://www.users2.unimi.it/dirpubbesteu).

pronuncia della Corte costituzionale ungherese del 30 novembre 2016, la quale ha affermato a chiare lettere che la tutela dell'identità costituzionale, derivante dalla Costituzione storica magiara, non può essere messa in discussione dalle esigenze dell'integrazione europea<sup>65</sup>.

Come attenta dottrina ha osservato, «the decision can [...] be considered as an attempt of derogation from Hungary's obligation under EU law, claiming that transposing the quota system into national law conflicts with legitimate interests and principles which are deeply entrenched in the Hungarian national constitutional identity. [...] The case of Hungary [...] will have a negative impact on countries with genuine and legitimate national constitutional identity claims, and on constitutional pluralism in the EU»<sup>66</sup>.

La questione migratoria e, in particolare, l'incapacità dell'Unione europea di gestirla efficacemente ha, dunque, favorito una raffigurazione in termini antagonisti delle relazioni di interesse tra i cittadini dei singoli Stati membri e gli stranieri migranti, innescando la perversa tendenza di alcuni Decisori ad operare scelte di tipo "difensivo" orientate a salvaguardare gli interessi esclusivi della collettività nazionale.

Un altro esempio si può rinvenire nel referendum del 25 settembre 2016, svoltosi nel piccolo Canton Ticino<sup>67</sup>. Sebbene si sia trattata di una consultazione referendaria tenutasi in un paese che non è membro dell'Unione europea, non si può negare l'importanza degli Accordi settoriali bilaterali che legano l'Unione europea alla Svizzera, situata proprio nel cuore dell'Europa e partner economico-finanziario di rilievo fondamentale<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> Sul punto, per un quadro della questione ungherese, HALMAI, *The Hungarian National(ist) Constitutional Identity*, in *Quad. cost.*, 2017, 151 ss., in cui si rinvergono forti critiche alla politica di «constitutional identity defense of the Orbán-government».

<sup>66</sup> Cfr. ancora HALMAI, *The Hungarian National(ist) Constitutional Identity*, cit., 153.

<sup>67</sup> Si consenta il riferimento, per maggiori approfondimenti, a RODRIQUEZ, *I limiti della democrazia diretta. L'iniziativa popolare nell'esperienza svizzera e statunitense, con uno sguardo all'Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, f. 2, 451 ss.

<sup>68</sup> Come noto, dopo il rifiuto – da parte del cinquantatré per cento dell'elettorato svizzero – di ratificare l'Accordo sullo Spazio Economico europeo del 6 dicembre 1992, la Svizzera ha «imboccato» la via bilaterale, al fine di disciplinare i suoi rapporti con l'Unione europea. Tale scelta ha comportato l'adozione, nel 1999 e nel 2004, degli Accordi bilaterali I e II, a garantire – tra l'altro – ampio accesso reciproco al mercato del lavoro. Sugli accordi del 1999 conclusi tra Svizzera e Unione europea, WINKLER, *Gli accordi del 1999 tra la Svizzera e l'Unione europea*, in *Riv. st. pol. intern.*, 2002, 545 ss. Più in generale, sui rapporti tra la Svizzera e l'Unione europea, utile la lettura di TACCHI, *L'adesione della Confederazione elvetica all'UE: da "obiettivo strategico" a "semplice opzione"*, in *Quad. cost.*, 2006, 373-375.

La consultazione aveva ad oggetto una corposa modifica della Costituzione cantonale, a seguito dell'iniziativa popolare denominata «Prima i nostri», volta a reintrodurre principi quali la “la preferenza indigena” nel mercato del lavoro<sup>69</sup>.

Le «incoerenze giuridiche multilivello» che l'esito del referendum del 25 settembre 2016 ha evocato sono, in realtà, così numerose che può ragionevolmente dubitarsi della vincolatività dell'esito referendario<sup>70</sup>. Gli obiettivi che ci si propone di conseguire con il nuovo testo costituzionale, infatti, potranno essere raggiunti solo nel quadro delle competenze cantonali e soltanto nei limiti del diritto nazionale e internazionale superiore; ciò riduce di molto la reale possibilità di concretizzazione della riforma, che appare invero – ad oggi – assai limitata<sup>71</sup>.

Non si può negare, tuttavia, come il risultato della consultazione ticinese sia frutto del forte malcontento e della contrarietà degli elettori svizzeri verso la politica di immigrazione adottata dalla Federazione svizzera, di concerto con le Istituzioni comunitarie. La volontà popolare che emerge dalla consultazione, ispirata al principio di “preferenza indigena”, è in un certo senso inquietante e si inquadra bene nella (preoccupante) tendenza di cui si è parlato in questo saggio.

---

<sup>69</sup> Per riprendere gli auspici degli stessi promotori, «votando l'iniziativa [...], il cittadino svizzero che abita nel cantone Ticino manifesta concretamente la sua volontà di agire sulla Costituzione al fine di reintrodurre la “preferenza indigena” nel mercato del lavoro»: come si legge al link dell'iniziativa <https://primainostri-blog.ch/iniziativa>. All'art. 4 della Costituzione cantonale, in particolare, sono stati aggiunti principi volti ad introdurre una sorta di freno ai poteri confederali in ambito internazionale, laddove si precisa che il cantone vigilerà affinché «i trattati internazionali conclusi dalla Confederazione e le leggi straniere da questi eventualmente richiamate siano applicati senza ledere i diritti individuali e sociali di chi vive sul suo territorio e nel pieno rispetto del *criterio di reciprocità* fra Stati». Una clausola di reciprocità menzionata in via generale all'art. 4, ma che viene a «scomporsi» in disposizioni più puntuali, per esempio all'art. 14, lett. c), b) e j) della Costituzione, secondo cui il cantone garantisce che «sul mercato del lavoro venga privilegiato a pari qualifiche professionali chi vive sul suo territorio per rapporto a chi proviene dall'estero; [...] nessuno Stato estero ostacoli l'accesso di persone fisiche o giuridiche svizzere al suo mercato interno in modo contrario allo spirito dei trattati internazionali conclusi con la Confederazione; [...] nessun cittadino del suo territorio venga licenziato a seguito di una decisione discriminatoria di sostituzione della manodopera indigena con quella straniera [...] oppure debba accettare sensibili riduzioni di salario a causa dell'afflusso indiscriminato della manodopera estera».

<sup>70</sup> Così si pronuncia FERRI, *È rosso l'allarme svizzero? Note sul referendum ticinese del 25 settembre 2016*, in *federalismi.it.*, 2016, 21, in part. 11.

<sup>71</sup> Cfr. ancora, per approfondimenti, RODRIQUEZ, *I limiti della democrazia diretta. L'iniziativa popolare nell'esperienza svizzera e statunitense, con uno sguardo all'Italia*, cit.

#### 4. La diffidenza “verso lo straniero”, tra intolleranza e tutela degli interessi esclusivi delle collettività nazionali

Il substrato storico, politico e giuridico, che caratterizza le esperienze richiamate è mutevole e, sotto molti aspetti, difficilmente comparabile. Ciò che sembra essere, tuttavia, un punto fermo è che la gestione della politica migratoria non può prescindere dalla collaborazione di tutti i Paesi interessati, anche se non più membri dell'Unione europea.

Se è vero che uno dei fattori determinanti per il risultato della *Brexit* può ricondursi ad una certa intolleranza verso l'immigrazione di una parte dei cittadini britannici ed al timore che il proprio sistema di *welfare* subisse il tracollo<sup>72</sup>, all'indomani della consultazione, la questione non può considerarsi di certo risolta, divenendo ora impellente la soluzione delle questioni relative all'accoglienza dei cittadini comunitari e non<sup>73</sup>.

Nella Dichiarazione finale congiunta stilata in occasione della Riunione informale dei 27 *leader* europei, tenutasi a Bratislava il 16 settembre 2016, si afferma espressamente che «l'Unione europea non è perfetta ma è lo strumento più efficace di cui disponiamo per affrontare le nuove sfide che ci attendono»<sup>74</sup>. Gli obiettivi principali che vengono considerati come urgenti riguardano proprio la questione migratoria e il controllo delle frontiere esterne<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> Sulla sentenza del 14 giugno 2016 della I Sezione della Corte di Lussemburgo, emessa proprio a pochi giorni dalla consultazione referendaria nel Regno Unito, si veda lo studio di CIERVO, *Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione europea tra "sistema hotspot" e Brexit*, in *Costituzionalismo.it.*, 2016, in part. 114.

<sup>73</sup> Tenta di esaminare i fattori che hanno determinato l'esito del referendum sulla *Brexit* il recente studio di LEYLAND, *Referendums and the Uk Constitution: Parliamentary Democracy versus the explosion of Popular sovereignty*, in *federalismi.it*, 2017, 2 ottobre 2017: «In seeking to account for the leave result in the Brexit referendum some obvious but more negative points might be identified. The first concerns the genuine complexity of the economic and political issues associated with EU membership set against the wider public perception of what the EU represents. The second concerns the emergence of a new populism sweeping across Europe and the United States. This emerging force has attracted many voters who have been alienated from traditional parties and politics. Undeniably, the demonization of Europe by the popular press and hostile political forces proved extremely effective. The 'leave' campaign led by UKIP and the Euro sceptic wing of the Conservative Party successfully tapped into issues which resonate with the wider population. To take one example, it was possible to establish an association between a perceived fear of immigration and the lack of border controls throughout the EU».

<sup>74</sup> Reperibile in [www.consilium.europa.eu/it/](http://www.consilium.europa.eu/it/)

<sup>75</sup> Si legge, a pag. 3 del Documento, che tra gli obiettivi prossimi vi sono: «Non consentire mai la ripresa dei flussi incontrollati dello scorso anno e ridurre ulteriormente il

Al di là di affermazioni ridondanti e di principio, resta da chiedersi quanto, nel concreto, le Istituzioni sia nazionali che comunitarie riusciranno ad attuare, al fine di porre in essere quel necessario coordinamento per il controllo delle frontiere e di porre un argine ad una situazione (umanitaria) che sta divenendo insostenibile. È del luglio 2017 il Piano d'azione presentato dalla Commissione europea per alleviare la pressione migratoria sulle coste italiane e “aumentare la solidarietà”, ma la reale efficacia di quest'ultimo pacchetto di misure potrà valutarsi solo nei mesi a venire.

Non può negarsi come la costruzione di un'architettura non solo giuridica ma anche politica (e sociale), di condivisione nella promozione dei valori e nella tutela dei diritti fondamentali, stia subendo un brusco arresto<sup>76</sup>.

Nuove sfide attendono oggi sia i Paesi membri dell'Unione europea che le stesse Istituzioni comunitarie: da un lato, nuove comunità nazionali, sempre più composte da non-cittadini; dall'altro lato, spinte disgregatrici e retoriche anti-europee, che puntano a costruire barriere (tanto ideologiche quanto fisiche) tra gli Stati dell'Unione. In questa seconda tendenza si pone quella parte dell'opinione pubblica favorevole alla chiusura delle frontiere (interne, oltre che esterne) dell'Unione, forse perché esasperata «dalla presenza di un così alto numero di cittadini extracomunitari nei singoli territori nazionali, una presenza che i *massmedia* non esitano ad enfatizzare, declinandola soprattutto in una prospettiva securitaria, non appena i fatti di cronaca ne offrano l'occasione»<sup>77</sup>.

Una situazione emergenziale che investe l'intero territorio europeo, senza dimenticare l'impatto della “Grande crisi” economico-finanziaria e la profonda frattura sociale che «allontana le ipotesi di solidarietà continentale, confinando garanzie e tutele sociali nei perimetri, sempre più insufficienti ed escludenti, delle sovranità statali»<sup>78</sup>.

numero dei migranti irregolari; assicurare il pieno controllo delle nostre frontiere esterne e tornare a Schengen; ampliare il consenso dell'UE sulla politica migratoria a lungo termine e applicare i principi di responsabilità e solidarietà».

<sup>76</sup> Cfr. MORRONE, *Le forme della cittadinanza nel terzo millennio*, cit., 318: «il sentimento antieuropeo e la caduta progressiva del progetto di un'Europa unita, che si manifestano con prepotenza negli anni della crisi economico finanziaria, dimostrano più e meglio d'ogni teoria tutti i limiti di un processo che non ha mai intrapreso la strada verso un'effettiva cittadinanza politica».

<sup>77</sup> Così nello studio di CIERVO, *Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione europea tra “sistema hotspot” e Brexit*, cit., in part. 83.

<sup>78</sup> Per una ricostruzione dell'acuirsi delle fratture sociali europee dentro le diverse crisi dell'Eurozona, cfr. ad esempio, ALLEGRI - BRONZINI, *Sogno europeo o incubo?*, Roma, 2014.

L'odierna complessità sociale, alimentata anche dalle trasformazioni indotte dalla globalizzazione, impone un'attenta considerazione sull'uso (e non abuso) della nozione stessa di democrazia e di democrazia diretta, in quel delicato equilibrio tra sistema rappresentativo e partecipazione, nella consapevolezza del rischio di strumentalizzazione alla quale i populismi contemporanei stanno sottoponendo quel concetto, distorcendone lo stesso significato profondo.

L'incapacità delle Istituzioni politico-rappresentative di proporre soluzioni concrete alle grandi migrazioni globali e alle attuali condizioni di insicurezza sociale ha indubbiamente favorito le scelte elettorali verso un nuovo populismo nazionalista, sovranista e sociale, esplicitato – ad esempio – dai consensi ottenuti dal *Front National* per l'Europarlamento 2014 e al primo turno delle elezioni regionali francesi del 6 dicembre 2015<sup>79</sup>.

Peraltro, uno dei rischi maggiormente temuti è l'«effetto domino» e, cioè, il moltiplicarsi in tutta Europa d'iniziative referendarie analoghe a quella britannica, per un rapido ed inesorabile sfaldamento dell'Unione europea. Le dichiarazioni espresse in tal senso da *leader* “euroscettici” non sono mancate: da quelle dell'olandese Geert Wilders, capo del partito di estrema destra PVV, a quelle della *leader* francese del *Front National* Marine Le Pen, che aveva promesso un referendum come quello che ha sancito la *Brexit* nel caso in cui il suo partito avesse vinto le elezioni della primavera del 2017; iniziative analoghe sono state prospettate dai partiti di estrema destra ed antieuropei di Austria, Paesi Bassi, Svezia e di altri Paesi membri dell'Unione<sup>80</sup>. È notizia di qualche mese che il Presidente della Polonia, Andrzej Duda, sta valutando la possibilità di indire un referendum popolare per decidere sul sistema delle quote, che obbliga Varsavia ad accogliere almeno 7 mila rifugiati<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Cfr. ALLEGRI, *Elezioni europee 2014 in Francia: una campagna elettorale tra crisi economica, neo-populismi e voto-sanzione nazionale*, in *federalismi.it*, 28 maggio 2014, n. 11. Sulla vittoria di Macron al secondo turno delle elezioni presidenziali francesi del 2017, si veda sempre ALLEGRI, *La Francia di Macron tra questione europea, domande sociali ed elezioni legislative*, in *federalismi.it*, 2017, 10, ove si dà conto della polarizzazione tra l'estremismo nazionalista, antieuropeista e “anti-sistema” di Le Pen e la visione europeista di Macron.

<sup>80</sup> Cfr., su questo punto, MORELLI, *È possibile svolgere un referendum d'indirizzo sulla permanenza dell'Italia nell'Unione europea?*, in *Osservatorio costituzionale, Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2, 2016, in part. 3 ss.

<sup>81</sup> Notizia reperibile in [www.corriere.it/esteri/17\\_giugno\\_13/migranti-ricolloccamento-profughi-sanzioni-ue](http://www.corriere.it/esteri/17_giugno_13/migranti-ricolloccamento-profughi-sanzioni-ue).



È evidente che classi politiche instabili, fortemente divise al proprio interno e “lontane” dal corpo elettorale<sup>82</sup>, non siano in grado né di arginare le rivendicazioni indipendentiste e nazionaliste – che portano alla costruzione di barriere (di diverso tipo, non solo fisico) o a procedimenti di distacco – né di captare il malcontento di quella parte di popolazione verso le politiche di libera circolazione delle persone e dei lavoratori. L’instabilità del sentire sociale tende allora «a trovare sfogo, se non adeguatamente veicolato, in scelte forse non adeguatamente ponderate»<sup>83</sup>. In altri casi, come in Ungheria, i Decisori pubblici hanno invece «cavalcato» l’onda di quel malcontento, all’unico fine di rafforzare il potere governativo, anche a rischio di provocare lo sfaldamento dell’architettura europea.

Le condizioni di “competizione” tra cittadini e non-cittadini hanno contribuito ad aumentare quel fermento sociale che già sedimentava in una parte della comunità civile, insieme al bisogno di rivendicare sia la difesa della propria nazionalità sia (pericolosi) sentimenti di intolleranza verso lo straniero.

Quel triangolo essenziale della rappresentanza politica dato dagli eletti, dai partiti politici e dagli elettori si è progressivamente dissolto sia a livello nazionale che – anche e soprattutto – a livello comunitario e, ad oggi, le Istituzioni rappresentative sembrano finalmente averne acquisito piena consapevolezza<sup>84</sup>.

Alla progressiva perdita di legittimazione, tuttavia, non può porsi rimedio favorendo l’emergere dei populismi. Il rimedio non può neanche essere rappresentato – nella dimensione di uno Stato costituzionale (e di una democrazia rappresentativa) – dall’utilizzo di strumenti a mera “parvenza” democratica, soprattutto se ad oggetto delle consultazioni referendarie vengono posti temi essenziali attinenti il governo dello Stato, quali le problematiche attinenti ai flussi migratori.

<sup>82</sup> Secondo GOLDONI - MARTINICO, *Il ritiro della marea? Alcune considerazioni giuridico-costituzionali sul c.d. Brexit*, in *federalismi.it.*, 18, 2016, 6, il risultato referendario sulla *Brexit* «risponde alla qualità di una classe politica assolutamente inadatta, capace solo di scorporare le questioni spinose dalla propria agenda».

<sup>83</sup> Cfr. l’interessante analisi di RIVERA, *Il referendum del 23 giugno 2016 e la Brexit: possibili scenari evolutivi nel processo di integrazione europea*, in *Consulta on-line*, 2017, f. 1, 194, in part. 213.

<sup>84</sup> Si cita il recente studio di DOGLIANI, *Costituzione e antipolitica. Il Parlamento alla prova delle riforme*, Collana Citoyens, Roma, 2016, in part. 193, il quale propone una serie di strade percorribili, tra le quali quella di «riportare le nostre Istituzioni al loro dover essere. All’idea di democrazia che trae la sua forza dalla forza dei soggetti che attraverso essa confliggono e ‘concorrono’».

Peraltro, come attenta dottrina ha già sottolineato, nel diritto dell'immigrazione, i non cittadini – a differenza di altre minoranze – sono formalmente esclusi dal circuito decisionale anche quando ne sono i principali destinatari, perché privi del diritto di voto<sup>85</sup>. Da questo assunto, emerge quel fattore *strutturale* di squilibrio che può far ulteriormente dubitare dell'opportunità politica e giuridica di indire consultazioni referendarie in cui le scelte della maggioranza dei cittadini incidono sulle libertà di altri soggetti esclusi dalle decisioni collettive<sup>86</sup>.

I temi a cui si è fatto cenno in questa analisi sono così complessi che l'unico obiettivo non può che essere quello di evidenziare qualche spunto di riflessione, senza alcuna ambizione né di essere esaustivi né di proporre soluzioni<sup>87</sup>.

Le vicende recenti hanno chiaramente mostrato come vi sia un «mutamento in atto dell'Europa che, da spazio aperto alla libera circolazione delle persone, si sta trasformando in uno spazio vuoto e chiuso, isolato dal

<sup>85</sup> Cfr. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, cit., 44. L'Autore fa notare come il problema sia solo in parte coincidente con quello – noto – della c.d. «tirannia della maggioranza»: «in materia di immigrazione, vi è qualcosa di più e di diverso. [...] I non cittadini, a differenza di altre minoranze, sono formalmente esclusi dal circuito democratico, perché privi del diritto di voto». L'affermazione fa implicito riferimento al complesso tema della «collision between judicial review and direct democracy» e della continua tensione tra «majority rule and minority interests»: nella dottrina americana, cfr. ad esempio SLONIM - LOWE, *Judicial Review of Laws Enacted by Popular Vote*, in *Washington Law Review*, 1979-1980, vol. 55, 175, in part. 182, nt. 42, in cui ben si centra il fulcro della questione: «Direct democracy not only promoted the expression of the majority will on general political legislation, but also permitted oppression of minorities and the imposition of a particular set of social or moral values. The history of direct democracy is permeated with this tension between effecting the will of the majority and protecting the rights of the minority». Cfr. anche BOSNIAK, *Being Here: Ethical Territoriality and the Rights of Immigrants*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2007, vol. 8, 389, in part. 393, in cui si fa riferimento a una «political and social tyranny» a cui sarebbero soggetti gli immigranti che vivono in una «national community», ma «are not recognized as members».

<sup>86</sup> SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, cit., 44, parla di una «legalità fortemente asimmetrica» come fattore determinante della specialità dell'immigrazione. Tale specialità, dunque, non risiederebbe tanto nel primato assiologico dell'autodeterminazione collettiva (nazionale) su quella individuale (dei migranti), quanto piuttosto proprio nel fattore strutturale di squilibrio a cui si è fatto cenno.

<sup>87</sup> Il tema intreccia anche profili socio-culturali. Cfr. ORGAD, 'Cultural Defence' of Nations: Cultural Citizenship in France, Germany and the Netherlands, cit., 721: «Western values and lifestyles are also different. Immigrants are arriving into societies whose values they often do not share. True, a gap between values and lifestyles of native and immigrant groups existed in the past, but today's gap is more difficult to reconcile». Cfr. anche MORRONE, *Le forme della cittadinanza nel terzo millennio*, cit., 315, il quale parla di «eterogeneità» e di «potenziale incomunicabilità dei sistemi valoriali di riferimento».

resto del mondo, una fortezza invalicabile, fatta di catene di acciaio, speroni e filo spinato»<sup>88</sup>.

La disciplina dell'immigrazione riflette chiaramente quella tensione tra la necessità di ricorrere agli strumenti offerti dal diritto dell'Unione e la volontà degli Stati di preservare competenze e di continuare ad esercitare la propria sovranità. Tuttavia, dinanzi ad un fenomeno che trascende i confini nazionali, è divenuta improrogabile una politica comune, che trovi attuazione in regole chiare ed efficaci, volte ad armonizzare il diritto nazionale.

Una visione condivisa dell'integrazione europea, in grado di recuperare quel giusto equilibrio tra accoglienza, promozione della diversità culturale e tutela delle identità nazionali, è – oggi più che mai – indispensabile, se si vogliono arginare le spinte centrifughe e il progressivo sfaldamento della struttura europea e se si vogliono evitare pericolosi “scompensi” in materie sensibili che vedono il coinvolgimento dei diritti fondamentali e della dignità dell'uomo.

Resta infine da riconoscere che il diritto (e soprattutto il diritto costituzionale) non può tutto. Una volta risolti i problemi di inquadramento giuridico, occorre riconoscere che spetta alla politica utilizzare gli strumenti più adeguati per comporre contrasti non altrimenti sanabili sul solo piano della logica giuridica. Non può essere sufficiente il diritto, ma occorre una volontà politica condivisa, un atteggiamento sociale e politico volto al riconoscimento delle differenze, delle minoranze.

Da un lato, le esigenze delle società contemporanee impongono un ripensamento, una ridefinizione di molte categorie concettuali del diritto costituzionale su cui ci si è formati. Dall'altro lato, all'interno del difficile equilibrio tra unità e diversità, l'accomodazione politica propria degli Stati plurinazionali diviene l'unico modo per evitare la disgregazione, la dissoluzione, la secessione, attraverso pratiche di riconoscimento delle diversità.

---

<sup>88</sup> Si richiamano le profonde riflessioni di CIERVO, *Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione europea tra “sistema hotspot” e Brexit*, cit., in part. 80, nel commentare un murales apparso nel 2012 sul muro doganale che segna il confine tra l'*enclave* spagnola di Melilla e il Marocco.

## THE RISE AND FALL OF CONDITIONALITY IN EU ECONOMIC GOVERNANCE: TOWARDS SYMMETRY?

**Federico Di Dario**

*Ph.D. candidate in International Perspectives in Corporate Governance and Public Administration at University of Teramo, Faculty of Political Science*

*L'articolo analizza l'evoluzione delle politiche di condizionalità durante la crisi dell'euro, prendendo anzitutto in esame i nuovi strumenti di assistenza agli Stati membri in difficoltà finanziaria e le riforme adottate per rafforzare il coordinamento delle politiche economiche e la sorveglianza sulle politiche di bilancio. In secondo luogo, si discute il ruolo della condizionalità quale metodo generale di gestione della governance economica europea. In terzo luogo, si esamina criticamente l'impiego delle politiche di condizionalità, negli ultimi anni, che non ha ridotto le asimmetrie nel contesto dell'UEM ma, al contrario, le ha accentuate. Infine, si avanza una proposta per l'adozione di un sistema di condizionalità bilaterale che favorisca, alla luce dei principi e degli obiettivi emergenti dal diritto primario, la simmetria tra le politiche economiche degli Stati membri e la condivisione degli oneri di aggiustamento macroeconomico.*

*This paper aims at analysing the evolution of conditionality since the beginning of the crisis. First, it provides a brief overview of both financial tools developed during the last few years to help Member States in difficulty and the reforms to reinforce macroeconomic coordination and budgetary surveillance; second, it draws a distinction between conditionality stricto sensu and lato sensu, meaning that conditionality is not merely macroeconomic conditionality but a general concept enshrined in EU economic governance; third, it discusses critically the issue of symmetry, which is the core problem of the euro area; finally, it advances the proposal for a system of bilateral conditionality, based on EU principles and objectives, in which the burden of macroeconomic adjustment is shared between debtors and creditors.*

### **Table of content:**

1. Introduction
2. Dealing with sovereign debt crises: a new framework
3. Shades of conditionality in EU economic governance
4. The “neglected variable”, asymmetries and the fall of conditionality
5. What can be done: towards bilateral conditionality in EMU?
6. Conclusions

## 1. Introduction

Over the last decade, conditionality has assumed an increasing role in EU economic governance. Currently, it is considered the *trait d'union* between economic policies coordination and the adoption of financial assistance programmes to help Member States in difficulty. At the very beginning of the crisis, conditionality was perceived as the best tool to ensure macroeconomic adjustment by Member States in deficit while leaving them ownership of requested reforms. Nowadays, there is a widespread debate about issues raised by the deployment of conditionality especially in euro area Member States and its capability of solving the asymmetrical relationship between debtors and creditors.

This paper aims at analysing the evolution of conditionality since the beginning of the crisis. First, it provides a brief overview of both financial tools developed during the last few years to help Member States in difficulty and the reforms to reinforce macroeconomic coordination and budgetary surveillance; second, it draws a distinction between conditionality *stricto sensu* and *lato sensu*, meaning that conditionality is not merely macroeconomic conditionality but a general concept enshrined in EU economic governance; third, it discusses critically the issue of symmetry, which is the core problem of the euro area; finally, it advances the proposal for a system of bilateral conditionality, based on EU principles and objectives, in which the burden of macroeconomic adjustment is shared between debtors and creditors.

## 2. Dealing with sovereign debt crises: a new framework

When Greece was put under enormous pressure by financial markets in 2010 and financial instability was spreading throughout the euro area, the EU primary law framework offered no quick solutions to the debt crisis problem. While for EU Member States with derogation, articles 143 and 144 TFEU provide tools for balance of payments difficulties through mutual assistance and, if needed, financial assistance, there is no such mechanism for euro area Members<sup>1</sup>. The reasons behind this asymmetry can be found in the preparatory documents of the European Commission before the signature of the Treaty of Maastricht: the belief was that balance of payments between

---

<sup>1</sup> See Council Regulation (EC) No 332/2002 of 18 February 2002 establishing a facility providing medium-term financial assistance for Member States' balances of payments.

Member States would have disappeared with a currency union. This would have been possible through the role of capital markets, acting as a sort of private clearing union and forcing to automatic adjustments (real convergence) the Members of the Union<sup>2</sup>. If one looks at the euro crisis as a balance of payments crisis between the peripheral and the core Member States, it will soon be clear that the euro crisis is, first and foremost, more related to governance than public debt, and, specifically with the lack of both a short-term mechanism to deal with sudden stops and a long-term mechanism to rebalance current account disequilibria and restore confidence and growth<sup>3</sup>. To overcome these fundamental flaws, many measures were adopted over the last few years. As for Greece, bilateral loans of EU member States were assembled by the EU Commission along with the financial assistance of the International Monetary Fund<sup>4</sup>. At the same time, two financial mechanisms were created with different structures and legal bases: the EFSF and EFSM<sup>5</sup>. While the former was the result of an intergovernmental agreement between euro area Members, the latter was the expression of art. 122 TFEU and thus an integral part of the EU legal framework. Despite the differences, conditionality is a common feature of these two tools<sup>6</sup>. According to the Preamble of the EFSF Agreement, the availability of financial means is «conditional upon the relevant euro area Member States which request such loans entering into memoranda of understanding». After the request for a loan is advanced by a euro area Member State, the MoU is negotiated by the EU Commission along with the ECB and, eventually, the IMF under the supervision of the Council. After

---

<sup>2</sup> European Commission, *One Market, One Money: An evaluation of the potential benefits and costs of forming a monetary union*, in *European Economy*, 1990, n. 44, 95.

<sup>3</sup> See MERLER - J. PISANI-FERRY, *Sudden Stops in the Euro Area*, in *Bruegel Policy Contributions*, March 2012, 2.

<sup>4</sup> The Greek government in the beginning of 2010 submitted a request to both the IMF and the euro area Member States for loans. The conditions of the so-called first bail-out programme were outlined in the *Memorandum of Understanding on specific economic conditionality* signed on 3 May 2010, published in *The Economic Adjustment Programme for Greece*, in *European Economy Occasional Papers*, 61, 2010, 59. The conditions of the IMF assistance were coordinated with those of the euro area but formally separated: see *Memorandum of Economic and Financial Policies* and the *Technical Memorandum of Understanding*.

<sup>5</sup> See Council Conclusions, Economic and Financial Affairs, Council Extraordinary meeting Brussels, 9/10 May 2010.

<sup>6</sup> See, for details, DE GREGORIO MERINO, *Legal developments in the Economic and Monetary Union during the debt crisis: The mechanisms of financial assistance*, in *Common Market Law Review*, 2012, 1618.

the revision of the Agreement in 2011, the EFSF could provide new forms of assistance to requiring Member States as long as “policy conditionality” is imposed. As for the EFSM, art. 3 of Regulation 407/2010 provides that the Council decision to grant a loan or a credit shall include the «general economic policy conditions which are attached to the Union financial assistance». Loans or credits through the EFSM are granted after a “discussion” between the Member State seeking assistance and the Commission, together with the ECB.

Since both the EFSF and the EFSM were supposed to be temporary tools, the persisting financial instability of the euro area made it clear that a permanent mechanism to deal with financial distress and sovereign debt issues was needed. The Report of the Task Force on economic governance to the European Council already suggested the establishment of «a credible crisis resolution framework for the euro area, capable of addressing financial distress and avoiding contagion» by operating with «very strong conditionality»<sup>7</sup>. In line with this recommendation, the ESM was established through an international agreement while the European Council started the simplified revision procedure to amend the TFEU in order to create a proper legal basis for such a mechanism and in March 2011 the Decision amending art. 136 TFEU was adopted<sup>8</sup>. Therefore, the concept of “strict conditionality” has gained a primary law status, even though the effects of the Treaty amendment as well as its relationship with the ESM Treaty have been questioned<sup>9</sup>. At any rate, the ESM’s fundamental aim is that of ensuring «the financial stability of the euro area as a whole and of its Member States» by means of stability support «under strict conditionality, appropriate to the financial assistance instrument chosen»<sup>10</sup>. Art. 12 of the Treaty further clarifies that: «conditionality may range from a macro-economic adjustment programme to continuous respect of pre-established eligibility conditions».

Alongside financial assistance measures, a substantial reform of EU fiscal and macroeconomic surveillance took place as a result of the financial crisis.

---

<sup>7</sup> See *Strengthening Economic Governance in the EU, Report of the Task Force to the European Council*, Brussels, 21 October 2010, 11.

<sup>8</sup> See European Council Decision of 25 March 2011 amending Article 136 of the Treaty on the Functioning of the European Union with regard to a stability mechanism for Member States whose currency is the euro.

<sup>9</sup> See, among others, CRAIG, *Legal Reasoning, Text, Purpose and Teleology*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, 5 et. seq. and DE WITTE - T. BEUKERS, *The Court of Justice approves the creation of the European Stability Mechanism outside the EU legal order: Pringle*, in *Common Market Law Review*, 2013, 805 et seq.

<sup>10</sup> See art. 3 of the Treaty Establishing a European Stability Mechanism.

According to the main interpretation, endorsed by both the then French and German governments, the lack of fiscal discipline by peripheral Member States, during the previous years, was the main cause of the sovereign debt crisis. For this reason, fiscal surveillance was reinforced through an overall reform of the Stability and Growth Pact and the signature of an international agreement, the Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union<sup>11</sup>. The latter is linked to the ESM financial assistance as the Preamble of the ESM Treaty states that: «It is acknowledged and agreed that the granting of financial assistance in the framework of new programmes under the ESM *will be conditional*, as of 1 March 2013, on the ratification of the TSCG by the ESM Member concerned and, upon expiration of the transposition period referred to in Article 3(2) TSCG on compliance with the requirements of that article»<sup>12</sup>.

Moreover, a new framework to deal with macroeconomic imbalances across the Union, with a corrective arm only for euro area Members, was introduced. In particular, the main scope of the Macroeconomic Imbalance Procedure (MIP) is to tackle current account imbalances between euro area Member States<sup>13</sup>. The logic behind this framework is outlined in the Report of the Task Force on EU Economic Governance: «Given vulnerabilities and the magnitude of the adjustment required, the need for policy action is particularly pressing in Member States showing persistently large current-account deficits and large competitiveness losses. Also, in Member States

---

<sup>11</sup> The reform of the Stability and Growth Pact was announced by the Commission in May 2010. Both the preventive and corrective arms of the Pact were emended by Regulation (EU) No 1175/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 amending Council Regulation (EC) No 1466/97 on the strengthening of the surveillance of budgetary positions and the surveillance and coordination of economic policies and Council Regulation (EU) No 1177/2011 of 8 November 2011 amending Regulation (EC) No 1467/97 on speeding up and clarifying the implementation of the excessive deficit procedure. On legal issues raised by the Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union, see CRAIG, *The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principles, Politics and Pragmatism*, in *European Law Review*, 2012, 231 et. seq.; PEERS, *The Stability Treaty: Permanent Austerity or Gesture Politics?*, in *European Constitutional Law Review*, 2012, 441 et. seq.

<sup>12</sup> See ESM Treaty, Whereas No (5). The same link can be found in the Preamble of the Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union.

<sup>13</sup> The preventive arm of the MIP is laid down in Regulation (EU) No 1176/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 on the prevention and correction of macroeconomic imbalances while the corrective arm was introduced by Regulation (EU) No 1174/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 on enforcement measures to correct excessive macroeconomic imbalances in the euro area.



that have accumulated large current account surpluses, policies should aim to identify and implement the structural reforms that help strengthen their domestic demand and growth potential»<sup>14</sup>.

The need to correct macroeconomic imbalances was perceived in both deficit and surplus Countries but in deficit Countries was considered *particularly pressing*. This is why some authors have argued that the MIP has an asymmetrical structure as it is more centred on current account deficits than current account surplus: asymmetry that is apparently not grounded on economic reasons<sup>15</sup>.

### 3. Shades of conditionality in EU economic governance

In recent years, the term conditionality has been used to describe political, economic and social implications of macroeconomic adjustment programmes in the euro area. This form of conditionality has the same features of that of the IMF: lacking not only a legal basis but even a model for euro area conditionality, the IMF policy «of providing loans and financial aid to developing countries under a strict set of macroeconomic conditions»<sup>16</sup> was considered as an archetype by EU institutions and Member States. Even in the IMF context, the debate over conditionality has a long history. It began during the Bretton Woods Conference and it was, essentially, a debate between creditors and debtors. Keynes, who represented a deficit Country (the UK), was in favour of an automatic system to offset balance of payments deficits. On the other side, White, in representation of a surplus Country (the USA), was against an automatic or semi-automatic system for financing balance of payments deficits and supported some sort of policy scrutiny before granting assistance<sup>17</sup>. The outcome of the Bretton Woods conference on the topic is well-known: art. V of the Article Agreement was the result of a compromise between the American and the British proposals with an unclear formulation. Thus, conditionality was

---

<sup>14</sup> See *Strengthening Economic Governance in the EU*, cit., 8.

<sup>15</sup> DE GRAUWE, *In search of symmetry in the eurozone*, in *CEPS Commentary*, 2 May 2012, 4-5. See *infra*.

<sup>16</sup> Cf. BARAGGIA, *Conditionality Measures within the Euro Area Crisis: A Challenge to the Democratic Principle?*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2015, 270.

<sup>17</sup> LOWENFELD, *International Economic Law*, Oxford, 2003, 513.

attached to IMF loans only through an evolutive interpretation of art. V<sup>18</sup>. Only after the reform of the Fund, a proper legal basis for conditionality was included in the Article Agreement. The debate on IMF conditionality is relevant as long as it reveals that the discussion over conditionality basically regards the position of debtors and creditors in the international economic system. As suggested by R. M. Lastra, the imposition of policy conditions is similar to a collateral used by a commercial bank as a guarantee for a loan. Indeed, from a creditor's point of view, this reasoning could appear simply logical because «a country with external payments problems is spending more than is taking in. Unless economic reform takes place, it will continue to spend more than it takes in»<sup>19</sup>. This rationale, which inspired the policies of the IMF, is similar to the one which regulates financial assistance in the euro area. Creditor Member States, mainly due to domestic policy motivations, were simply not willing to grant financial assistance without any collateral. The collateral took the form of macroeconomic adjustment programmes negotiated by the so-called Troika (now the Institutions), with the Member State requiring assistance.

In this respect, conditionality - now defined in art. 136, par. 3, TFEU as *strict conditionality* - is a new concept for the euro area and, generally, for the EU. However, with regards to its evolution, Bini-Smaghi has underlined that conditionality can be seen as a broader (and older) concept in the EU legal order<sup>20</sup>. It is impossible to address all the various shapes that conditionality could take in different areas and policies of the EU. Looking solely at EU economic governance, conditionality cannot be merely identified with a tool designed to regulate financial assistance to euro area Members.

Firstly, conditionality is applied in case of mutual assistance and, specifically, when medium-term financial assistance is provided to a

---

<sup>18</sup> Once the IMF was operational, on the meaning and the implications of art. V, Section 3, there was a «a strenuous controversy between those who argued that the Fund could challenge a member's representation and refuse a request or postpone action on it, and those who insisted that there was no such power and that a request must be honoured». See GOLD, *Use of the International Monetary Fund's Resources: "Conditionality" and "Unconditionality" as Legal Categories*, in *The Journal of International Law and Economics*, 1971, 1. According to Gold, the first definition of conditionality in the practice of the IMF appeared already in the Annual Report of 1964.

<sup>19</sup> See LASTRA, *The International Monetary Fund in Historical Perspective*, in *Journal of International Economic Law*, 2000, 516 – 517.

<sup>20</sup> BINI-SMAGHI, *Governance and Conditionality: Toward a Sustainable Framework?*, in *Journal of European Integration*, 2015, 757.

Member State with derogation. Indeed, once mutual assistance is granted, the Council «shall adopt directives or decisions laying down the conditions and details of such assistance»<sup>21</sup>. In addition, following a Commission's initiative or a Member State's request, the Council shall decide on «the economic policy conditions attaching to the medium-term financial assistance with a view to re-establishing or ensuring a sustainable balance of payments situation»<sup>22</sup>. As mentioned, medium-term financial assistance is just one of the tools to give effect to articles 143 and 144 TFEU. According to art. 143 TFEU, the Commission shall investigate the position of the Member State with balance of payments difficulties as far as «such difficulties are liable in particular to jeopardise the functioning of the internal market». This is to say that the ultimate objective of mutual assistance is to preserve the functioning of the internal market since balance of payments crises can disrupt intra-EU trade and capital flows. It is also worth noting that, before the Treaty of Maastricht, mutual assistance was the general arrangement to deal with economic and financial distress in the EEC, under articles 108 and 109 TCEE. Historically, mutual assistance has been applied few times. To give an example, the Council granted mutual assistance to Italy, in 1974, during the energy crisis, providing also financial assistance through the then medium-term fund<sup>23</sup>. In the case of Italy, the Directive contained a set of broad policy conditions such as the restriction of «the expenditure and number of semi-public bodies», an increase of direct taxation and a decrease in petroleum products consumption<sup>24</sup>.

Secondly, the abrogation of a derogation necessary for the introduction of the euro in a Member State is based on conditionality. The Council decides whether a Member State fulfils the conditions on the basis of the four nominal criteria, namely price stability, government budgetary sustainability, observance of normal fluctuation margins in the ESM and long-term interest rates durability<sup>25</sup>.

Thirdly, the ECB's monetary policy has been characterized in the last few years by an increasing role of conditionality. At the beginning, ECB's conditionality was just “implicit”, meaning that it was not formalised in a

---

<sup>21</sup> Cf. art. 143, par. 2, TFEU.

<sup>22</sup> See art. 3, par. 2 (b), of Regulation (EC) No 332/2002.

<sup>23</sup> See Council Directive of 17 December 1974 granting medium-term financial assistance to the Italian Republic (74/637/EEC) on the basis of Council Decision of 21 December 1978 amending Decision 71/143/EEC setting up machinery for medium-term financial assistance.

<sup>24</sup> See art. 7 of Council Directive 74/637/EEC.

<sup>25</sup> Art. 140 TFEU.

document like a MoU<sup>26</sup>. According to A. Viterbo, “implicit conditionality” took various shapes during the crisis through: the assessment of the adequacy of certain Member States’ bonds as eligible assets for refinancing operations in the Eurosystem; the monitoring on national authorities of the ECB’s Governing Council on Emergency Liquidity Assistance provided by National Central Banks; pressures on governments in financial distress during the SMP and so on. With the launch of the OMT programme, the ECB’s conditionality became explicit: «A necessary condition for Outright Monetary Transactions is strict and effective conditionality attached to an appropriate European Financial Stability Facility/European Stability Mechanism (EFSF/ESM) programme»<sup>27</sup>.

Furthermore, the relationship between the ESM and fiscal surveillance in EMU is governed by conditionality. As mentioned, the ESM assistance is conditional on the ratification of the TSCGE. Moreover, in the *Pringle* judgment, the Court of Justice clarified that conditionality is not important *per se* but as long as it ensures the respect of EU law in providing financial assistance<sup>28</sup>. In particular, conditionality, under the ESM Treaty, «can take the form of a macro-economic adjustment programme» and «is intended to ensure that the activities of the ESM are compatible with, inter alia, Article 125 TFEU and the coordinating measures adopted by the Union»<sup>29</sup>. In this sense, conditionality is the *trait d’union* of financial assistance and economic policy coordination. A similar (even if not equal) conclusion was reached by the Court in the *Gauweiler* case<sup>30</sup>. Discussing the link between conditionality and the activation of the OMT programme, the Court states that it serves as a preclusion for the purchasing programme to act «as an incentive to those States to dispense with fiscal consolidation». To put it differently, by making the implementation of the OMT conditional upon full compliance with

---

<sup>26</sup> See VITERBO, *La politica di condizionalità della BCE: problematiche e prospettive*, in PORCHIA (ed.), *Governance economica europea. Strumenti dell’Unione, rapporti con l’ordinamento internazionale e ricadute nell’ordinamento interno*, Napoli, 2015, 100 et seq. and SACCHI, *Conditionality by other means: EU involvement in Italy’s structural reforms in the sovereign debt crisis*, in *Comparative European Politics*, 2015, 79 et seq.

<sup>27</sup> See ECB Press Release *Technical Features of Outright Monetary Transactions*, 6 September 2012, available on [www.ecb.europa.eu](http://www.ecb.europa.eu). For details, see VITERBO, *La politica di condizionalità della BCE: problematiche e prospettive*, cit.

<sup>28</sup> Case C-370/12 *Pringle v. Government of Ireland*, Judgment of the Court 27 November 2012, (no. 72).

<sup>29</sup> *Pringle*, (no. 111).

<sup>30</sup> Case C-62/14 *Gauweiler and Others v. Deutscher Bundestag*, Judgment of the Court 16 June 2015 (120).

macroeconomic adjustment programmes, coherence between monetary policy and fiscal consolidation would be ensured. Ironically, while in both the *Pringle* and *Gauweiler* judgements conditionality is regarded as a tool to safeguard EU law, many prominent scholars consider conditionality a threat to the rule of law. It is far beyond the scope of this article to discuss the potential or actual conflict between the rule of law and the euro area bail-out programmes<sup>31</sup>. However, there is a link between such conflict and the attempt to complete the process of institutionalisation of conditionality<sup>32</sup>. Apart from the amendment of art. 136 TFEU, this attempt has been made through Regulation 473/2013<sup>33</sup>. Indeed, according to the ECB's opinion, the Regulation's purpose is to give «an explicit basis to the practice of stronger monitoring of Member States experiencing financial market tensions or receiving financial assistance»<sup>34</sup>. Similarly, the Commission considers the Regulation as an attempt «to embed in the EU legal framework the working practices established under [...] intergovernmental instruments»<sup>35</sup>.

Finally, it is well-known that there is no central government in EMU. Macroeconomic convergence in EMU is essentially based on market conditionality, that is to say the ability of a Member State to respect conditions imposed by market forces. This is evident in the multilateral surveillance procedure, where, if it is established that the economic policies of a Member State are not consistent with the broad guidelines on economic policies, the Council could eventually make its recommendations public<sup>36</sup>. The *rationale* of such publicity is that of warning financial markets so they can start pressuring the Member State concerned, mainly via the level of interest rates on government bonds. This mechanism was explicitly suggested by the Delors Report: «Market forces can exert a disciplinary

---

<sup>31</sup> On this discussion, see KILPATRICK, *On the Rule of Law and Economic Emergency: The Degradation of Basic Legal Values in Europe's Bailouts*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, 325.

<sup>32</sup> See BARAGGIA, *Conditionality Measures within the Euro Area Crisis: A Challenge to the Democratic Principle?*, cit., 273; IOANNIDIS, *EU Financial Assistance Conditionality after 'Two Pack'*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2014, 2.

<sup>33</sup> Regulation (EU) No 472/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on the strengthening of economic and budgetary surveillance of Member States in the euro area experiencing or threatened with serious difficulties with respect to their financial stability.

<sup>34</sup> Opinion of the European Central Bank of 7 March 2012 on strengthened economic governance of the euro area (CON/2012/18).

<sup>35</sup> EU Commission Memo, *'Two-Pack' enters into force, completing budgetary surveillance cycle and further improving economic governance for the euro area*, 27 May, 2013.

<sup>36</sup> See art. 121, par. 4, TFEU.

influence. Financial markets, consumers and investors would respond to differences in macroeconomic developments in individual countries and regions, assess their budgetary and financial positions, *penalize* deviations from commonly agreed budgetary guidelines or wage settlements, and thus exert pressure for sounder policies»<sup>37</sup>.

So, this sort of conditionality through market, which can be also depicted as “implicit”, is at the root of the EMU project.

The above examples suggest that there is a *lato sensu* conditionality, which encompasses the entire EMU governance and is not merely related to a macroeconomic adjustment programme. As stated by the Court of Justice, conditionality «can take the form of a macro-economic adjustment programme»<sup>38</sup> but can also be deployed by other means, in different contexts, with either soft and hard law instruments and can be even implicit as in the case of ECB and market conditionality.

#### 4. The “neglected variable”, asymmetries and the fall of conditionality

There is a new consensus among economists about the roots of the euro crisis: the accumulation of macroeconomic imbalances between core and peripheral Member States. This is made clear if one looks at current accounts before and during the financial crisis. Giavazzi and Spaventa already defined current accounts as the “neglected variable” of the euro area<sup>39</sup>. Along with them, economists with different and sometimes opposite backgrounds converge on the view that the root of the sovereign debt crisis could not simply be identified with excessive government deficits in some undisciplined Member States but was a more complex phenomenon related to the accumulation of divergences which eventually led to balance of payments disequilibria in the euro area<sup>40</sup>. As previously noted, before the

---

<sup>37</sup> Committee for the Study of Economic and Monetary Union, *Report on Economic and Monetary Union in the European Community*, 17 April 1989, 15.

<sup>38</sup> Pringle, (no. 111).

<sup>39</sup> See GIAVAZZI - SPAVENTA, *Why the Current Account May Matter in a Monetary Union: Lessons from the Financial Crisis in the Euro Area*, in *CEPR Discussion Paper*, 2010, 1.

<sup>40</sup> See, among others, GROS, *The Eurozone crisis and foreign debt*, in BALDWIN - GIAVAZZI, *The Eurozone Crisis. A Consensus View of the Causes and a Few Possible Remedies*, London, 2015, 121 et seq., MERLER - PISANI-FERRY, *Sudden Stops in the Euro Area*, cit. 2; CESARATTO, *Controversial and novel features of the Eurozone crisis as a balance of payment crisis*, in *Quaderni del Dipartimento di Economia Politica e Statistica*, 2012, 1; SINN - WOLLMERSHÄUSER, *Target loans, current account balances and capital flows: The*

EMU was launched, the Commission excluded that a balance of payments crisis could occur within a monetary union. In the same vein, IMF staff considered a balance of payments crisis and, consequently, the usage of Fund resources in EMU, extremely unlikely<sup>41</sup>. Thus, even the IMF, was caught unprepared by the crisis. In particular, a recent paper of the IMF acknowledges that «there was no discussion of how to design conditionality in Fund-supported programs in currency union members»<sup>42</sup>. In other words, if it is correct to say that IMF policy on conditionality inspired euro area conditionality, it is equally fair to say that the former was not conceived to be deployed in a monetary union such as the euro area. Then, the IEO final Report on euro crisis and the IMF confirm the criticisms, specifically, on euro area structural conditionality which was «extensive and intrusive»<sup>43</sup>. Besides, the strategy of imposing conditionality to achieve internal devaluation and restore competitiveness «in the absence of currency depreciation as a policy instrument [...] did not work as quickly or effectively as envisaged, especially against an external environment of low inflation and slow growth»<sup>44</sup>.

The dilemma faced by the IMF is that in a currency union many economic policy tools are outside the control of the Member State concerned but under the control of a supranational institution (e.g. the ECB) and other Member States. In particular, if one acknowledges that the crisis is due to current account imbalances, Member States in surplus exercise a *de facto* hegemony on the entire currency union. This is exactly what happened in the euro area, where core Member States forced the entire euro area to restrictive fiscal policies. These policies, however, have neither reduced macroeconomic imbalances among Member States nor resolved the euro area stagnation (low growth and low inflation). In fact, painful austerity

---

*ECB's rescue facility*, in *International Tax and Public Finance*, 2012, 468. To be precise, the euro area crisis is related to “foreign borrowing” and not to public finances. The crisis, however, did not evolve as a conventional balance of payments crisis because «the Eurosystem (consisting of the ECB and national central banks) provided liquidity to crisis countries (and their banks) through facilities such as Long-Term Refinancing Operations (LTRO) and Emergency Liquidity Assistance (ELA), as well as through the area-wide settlement system known as TARGET2». See IEO, *The IMF and the Crises in Greece, Ireland, and Portugal*, 2016, 9 – 10.

<sup>41</sup> Cf. RUSSELL KINCAID, *The IMF's Role in the Euro Area Crisis: What are the Lessons from the IMF's Participation in the Troika?*, in *IEO Background Paper*, July 8 2016, 3.

<sup>42</sup> See, for details, TAN, *IMF Engagement with the Euro Area versus Other Currency Unions*, in *IEO Background Paper*, July 8 2016, 21.

<sup>43</sup> IEO, *The IMF and the Crises in Greece, Ireland, and Portugal*, cit., 25.

<sup>44</sup> *Ibidem*, 26.

measures to reduce imbalances by peripheral Member States have not been counterbalanced by internal revaluation by means of an increase of prices and wages in core Member States<sup>45</sup>. Even the European Commission, which, at the beginning of the crisis, was depicted as one of the main advocates of austerity, has finally drawn some conclusions on the lack of symmetrical policies during the crisis. At the start of the 2017 annual cycle of the European Semester of economic policy coordination, the Commission stressed the need for an expansionary fiscal policy by «those who have fiscal space»<sup>46</sup>. According to the Commission's approach, a positive fiscal stance in the euro area as a whole would boost growth, thus reducing internal imbalances, and would help lower the euro area's current account surplus with the rest of the world<sup>47</sup>. The Commission warns that the reduction of asymmetries within the euro area is not just an economic problem but has its own legal dimension. In fact, while there are rules «essentially designed to prevent excessive levels of deficit and government debt»<sup>48</sup>, expansionary policies can only be recommended not enforced. This is described as «an asymmetry of the EU fiscal framework: the rules can proscribe high deficits (also to avoid high debt) but they can only prescribe the reduction of budgetary surpluses, without imposing it»<sup>49</sup>.

## 5. What can be done: towards bilateral conditionality in EMU?

The problem of symmetry in EMU has a long history. The most macroscopic asymmetry is that between monetary and economic policy: while the former is conducted at a supranational level, the latter is managed by national authorities<sup>50</sup>. This asymmetry has shown all its limits during the euro crisis and is perceived as the main threat to EMU's future. Without any doubt, the development of a budgetary capacity to overcome the economic

---

<sup>45</sup> DE GRAUWE, *In Search of Symmetry in the Eurozone*, in *CEPS Policy Brief*, No. 268, May 2012, 3.

<sup>46</sup> Commission's Communication, *Towards a Positive Fiscal Stance in the Euro Area*, (COM(2016) 727 final), 2.

<sup>47</sup> On the benefits of an expansionary fiscal stance in the euro area, recently B. EICHENGREEN, *Is Germany Unbalanced or Unhinged?*, in *Project Syndicate*, May 11 2017.

<sup>48</sup> COM(2016) 727 final, 2.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> See, among others, CAFARO, *L'Unione economica e monetaria dopo la crisi*, Napoli, 2017, 4; VERDUN, *An "Asymmetrical" Economic and Monetary Union in the EU: Perceptions of Monetary Authorities and Social Partners*, in *Revue d'intégration européenne*, 1996, 59.



crisis and asymmetrical shocks within a federal political system would be the best solution to the problem of asymmetry. Nevertheless, there are overwhelming legal and political constraints to fiscal integration. First and foremost, fiscal integration has different meanings in different Member States. While in some Countries economic integration means the development of a Union of solidarity, namely a transfer union within a federal system, in core Member States, such as Germany or The Netherlands, economic integration means the restoration of the Union of stability enshrined in the Maastricht order, namely sound public finances and monetary stability through the temporary mutualisation of national public debts<sup>51</sup>. Secondly, emending EU primary law seems not only politically difficult but it could also lead to constitutional disputes<sup>52</sup>. The development of a transfer Union, having the promotion of jobs and growth as main objective, might be perceived as the end of the Union of stability by the *BVerfG*, for example. Furthermore, deploying a redemption fund to restore the Union of stability might have disruptive effects on social and economic rights and even on national identities. For these reasons, while fiscal federalism is certainly a noble political idea, in order to tackle asymmetries in euro area policies, a more pragmatic approach is needed.

Assuming that the main tool to restore symmetry in the euro area, as suggested by many economists, is an internal revaluation in Member States in surplus, that is to say policies to boost domestic demand and reduce net exports, the issue of how to promote an expansionary fiscal stance can be considered *de iure condito* and *de iure condendo*. In the current framework, it is true, as pointed out by the Commission, that expansionary policies can only be recommended by way of the procedure laid down in art. 121 TFEU. A more effective, even if indirect, way to promote expansionary policies could be the enforcement of the MIP. As anticipated, the main aim of the MIP is to prevent the emergence of internal and external imbalances, with particular attention to current account disequilibria among Member States<sup>53</sup>. However, once in force, the regulations on macroeconomic imbalances have produced poor outcomes. This is due to several reasons related, among other

---

<sup>51</sup> See, for example, the proposal by the German Council of Economic Experts of a European Redemption Fund advanced in 2012, available on [www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de](http://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de).

<sup>52</sup> Similarly, WOLF, *Emmanuel Macron and the battle for the eurozone*, in *Financial Times*, 16 May 2017.

<sup>53</sup> For a detailed description of the MIP, see EU Commission, *The Macroeconomic Imbalance Procedure. Rationale, Process, Application: A Compendium*, in *European Economy, Institutional Paper*, 2016, 15.

things, to the development of the MIP scoreboard by the Commission (containing a sort of favour for current account surpluses)<sup>54</sup>. At any rate, the main paradox is that, while through the preventive arm of the Stability and Growth Pact a Member State is asked to reach the medium-term objective (MTO), namely a budgetary position close to balance or in surplus, lowering macroeconomic imbalances, so as to comply with the MIP framework, could imply expansionary fiscal policies derogating from the MTO rule<sup>55</sup>.

In a *de iure condendo* perspective, supporting expansionary policies requires the introduction of a secondary law framework with a new regulation or with amendments to existing ones. The main aim of the new framework would be to reconcile the aforementioned conundrum between the MTO rule and the need to lower current account surpluses. A solution would be the provision of a waiver to the MTO rule as long as a correction of macroeconomic imbalances is needed. Moreover, the European Commission should be responsible for setting the expansionary fiscal target, whilst the composition and quality of the fiscal stance can only be recommended as the ultimate decision falls under the competence of Member States. Such an advancement would be just a starting point to reduce asymmetries in EMU without altering EU primary law.

There are several legal bases for the introduction of such framework. Firstly, since persistent current account surpluses may lead to instability, by jeopardising the proper functioning of both the EMU and the internal market and provoking disruptive phenomena, such as massive capital outflow, credit crunch, collapse of financial institutions and so on, the new overarching principle of financial stability could be used to help prevent new crises<sup>56</sup>. Secondly, art. 119 TFEU considers the sustainability of balance of payments as a guiding principle of the EMU not only for member States with a derogation but even for euro area Member States. Thirdly, general principles

---

<sup>54</sup> For the scoreboard developed by the Commission, according to art. 4 of Regulation 1176/2011, see Commission Staff Working Paper, *Scoreboard for the surveillance of macroeconomic imbalances: envisaged initial design*, SEC(2011) 1361 final.

<sup>55</sup> It is worth adding that, according to art. 1 of the *Fiscal Compact*, which is part of the Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union, the balance budget rule is respected when the structural balance reaches the MTO «with a lower limit of a structural deficit of 0,5 % of the gross domestic product at market prices». When the debt/GDP ratio is significantly below 60% and there is no risk for sustainability of public finances, the lower limit can reach 1% GDP.

<sup>56</sup> On the development of the principle of financial stability during the crisis, see LO SCHIAVO, *The Role of Financial Stability in EU Law and Policy*, Alphen aan den Rijn, 2017, 61.

of EU law, such as solidarity and cooperation, require that the burden of macroeconomic adjustment is shared between creditors and debtors. One way to further enhance this last argument would be the introduction of *bilateral conditionality* if a Member State is experiencing financial distress and is subject to enhanced surveillance according to Regulation 472/2013. In other words, when a Member State is facing a current account deficit and has to adopt a restrictive fiscal stance, Member States with current account surpluses should cooperate to help lower the macroeconomic imbalance by means of internal revaluation measures, thus ensuring symmetry in tackling crises within EMU. In this respect, it is worth noting that art. 2, par. 2, of Regulation 472/2013 already provides that the alert mechanism established by the MIP shall be used to assess whether a member State is threatened by serious difficulties. Nothing prevents the Commission from assessing the position of Member States with persistent and substantial current account surpluses and, where appropriate, to force them to enhanced surveillance.

Another problem in promoting symmetrical policies in Member States in surplus is that of incentives. It is known that EU economic governance is based on two kinds of sanctions: economic sanctions (a non-interest bearing deposit or a fine) and market sanctions (mainly, in the form of higher interest rates on public debt). While budgetary surveillance is based on the possibility to adopt an economic sanction, the multilateral surveillance, as noted above, is based on financial markets pressures<sup>57</sup>. Both types of sanctions could be useless in incentivising a positive fiscal stance. As for the economic sanctions, the imposition of a 0,1% GDP deposit to Member States running a 7 or 8% GDP surplus, as laid down by art. 3 of Regulation 1174/2011, is likely to be ineffective. With respect to capital markets, the current levels of interest rates on German bonds confirm that financial markets tend to reward, rather than punish, exporting countries, even if they are members of a monetary union. A new framework to incentivise expansionary fiscal policies should therefore be based on other means. As the current account position is directly related to trade balance, the best solution would be to allow national authorities of a deficit Member State to impose restrictions to the free movement of goods or capitals *vis-à-vis* the Member State in surplus. Although this would be the most effective mechanism, issues of compatibility with EU primary law would certainly raise. A simpler option would be to set the amount of sanctions on the basis

---

<sup>57</sup> See *supra*.

of the volume of the surplus in order to reach a point where running a current account surplus is no longer advantageous for the Member State concerned.

## 6. Conclusions

Although conditionality has been strongly criticized in the last few years, it remains a crucial tool for EU economic governance. The Greek experience with macroeconomic adjustment programmes certainly represents a paradigm of the “fall” of conditionality in the euro area. On the whole, structural measures failed to impose internal devaluation and ended up being politically, socially and even economically unsustainable. This is not to say that internal devaluation through conditionality was unnecessary but it was not counterbalanced by symmetrical policies by core Member States. Overcoming conditionality would require a decisive step towards a fiscal and political union. Since this hypothesis is not likely to happen in the near future, we follow the opinion of Bini-Smaghi in claiming that the priority is that of «improving the current model of conditionality»<sup>58</sup>. Conditionality is an encompassing concept of EMU governance, not just related to macroeconomic adjustment programmes. This is why conditionality can be a useful instrument to promote symmetrical policies in the euro area, especially between creditor and debtor Member States. In particular, this paper advances the proposal of moving from a system of unilateral conditionality to a system of bilateral conditionality in which the burden of macroeconomic adjustment is shared among Member States. The Commission already recommended a positive fiscal stance by those who have fiscal space in order to reduce internal and external imbalances. While the Commission’s approach has to be welcomed, some secondary law amendments would certainly be beneficial to design symmetrical policies in case of macroeconomic imbalances, tackle financial and economic instability and enhance cooperation and solidarity among Member States.

---

<sup>58</sup> BINI-SMAGHI, *Governance and Conditionality: Toward a Sustainable Framework?*, cit., 757.



**I DIRITTI SOCIALI ALLA PROVA DEGLI EQUILIBRI DI  
FINANZA PUBBLICA STATALE E REGIONALE.  
UN DIFFICILE RAPPORTO DI RECIPROCA CONDIZIONALITÀ\***

**Francesco E. Grisostolo**

*Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università degli Studi di Udine*

**Ilaria Rivera**

*Assegnista di ricerca in Juridical Sciences presso la LUISS-Guido Carli*

*La nuova versione dell'art. 81 Cost. – introdotta con l.cost. n. 1 del 2012 – si ricollega alla governance economica europea fin dal proprio momento genetico, ponendosi in esecuzione dell'obbligo assunto con l'art. 3, par. 2 del c.d. Fiscal compact. Fin da subito intensa è stata la sua "vitalità" nella giurisprudenza costituzionale sotto il duplice versante della tutela dei diritti sociali e dell'autonomia finanziaria regionale, profili che a loro volta s'intrecciano sotto alcuni aspetti. Si tenterà prima di tutto di ripercorrere le maglie più rilevanti di quella giurisprudenza costituzionale che ricerca un possibile equilibrio tra il difficile bilanciamento tra l'esigenza di rispettare l'equilibrio di bilancio e quella di assicurare la protezione dei diritti sociali gli interessi costituzionali sopra esposti. Dall'altro lato, si porrà in luce come da subito – e fin da prima della sua (formale) entrata in vigore – la nuova formulazione dell'art. 81 ha dimostrato una forte capacità d'impatto sull'autonomia finanziaria regionale. Dapprima, si è fatto più intenso il sindacato sulla copertura finanziaria delle leggi regionali in generale. Allo stesso tempo, le leggi finanziarie e di bilancio regionali sono state oggetto più volte di declaratoria d'illegittimità costituzionale sulla base del parametro in esame. Quasi specularmente, però, quando il legislatore regionale ha cercato di tagliare arbitrariamente fondi destinati a finanziare diritti incompressibili o funzioni fondamentali di altri enti territoriali (le province), si è scontrato con la reale precettività dei principi costituzionali in materia sociale, già ripresi al punto precedente, con conseguente limitazione della propria discrezionalità politica nell'allocazione delle risorse.*

*The new version of art. 81 Cost. – introduced by Constitutional Law no. 1 of 2012 – is linked with European economic governance since its genetic moment, being adopted in fulfillment of the obligation assumed by art. 3, par. 2 of the so-called "Fiscal compact". Its vitality in constitutional case law was immediately intense under the scope of both the protection of social rights and the regional financial autonomy. These two profiles are also related in some respects. Firstly, we will try to reconstruct the difficult relationship between the balance budget principle and the protection of social rights. In this sense, we will try to retrace the most relevant aspects of that constitutional case law, which is currently trying to find a possible balance between these constitutional principles. On the other hand, since before its (formal) entry into force, the new version of art. 81 has demonstrated a strong ability of impact on regional financial autonomy. At first, the control of the Constitutional Courts over the financial cover of regional laws has become more intense. At the same time, the regional budget laws have been subjected several times to declarations of unconstitutionality based on art. 81 Cost. However, it's also important to underline that, when the regional legislature sought to arbitrarily cut funds to finance fundamental rights or essential functions of other local authorities (such as provinces), it was sanctioned by the*

---

\* Pur nella comune concezione degli autori, i parr. 1 e 2 sono da attribuire a I. Rivera mentre i parr. 3 e 4 a F.E. Grisostolo.

*Constitutional Court because of the violation of constitutional principles in social matters. In this case law, these principles show their effectivity, limiting the political discretion in the allocation of resources.*

**Sommario:**

1. Il quadro normativo europeo e nazionale
2. Diritti sociali e vincoli di bilancio
3. Il punto di vista dell'autonomia finanziaria regionale
4. Conclusioni

## 1. Il quadro normativo europeo e nazionale

Non è agevole cercare di dipanare le criticità che importa un argomento complesso come l'impatto che la nuova *governance* finanziaria europea ha avuto – e tuttora ha – sul livello di tutela dei diritti sociali<sup>1</sup> da parte dello Stato e delle Regioni. Per questo, oltre a ripercorrere il quadro normativo europeo e nazionale, si sceglie di tracciare per ognuno dei due profili in considerazione quelle che sembrano essere le linee essenziali, per poi soffermarsi su alcune recenti pronunce della giurisprudenza costituzionale.

La forte crisi economico-finanziaria che ha interessato l'Europa a partire dal 2008 ha posto in evidenza la necessità di adottare una serie di misure - a livello europeo e a livello nazionale<sup>2</sup> - per assicurare una convergenza delle politiche di bilancio degli Stati membri, nel rispetto dei parametri imposti dai Trattati europei. Si tratta di meccanismi, che, come si anticipava, hanno innovato il panorama giuridico europeo e internazionale<sup>3</sup> e che hanno

---

<sup>1</sup> Sull'interrelazione dei due concetti, si vedano, *ex plurimis*, AA.Vv., *Crisi economica e trasformazioni nella dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, in R. BIFULCO-ROSELLI (a cura di), Torino, 2013; SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 4, 2013; CIOLLI, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Roma, 2012; FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in *Forumcostituzionale*, 27 novembre 2013; GABRIELE, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione – in attuazione della parte prima (quella "intoccabile") della Costituzione*, in *Rivista AIC*, 3, 2013; MIDIRI, *Diritti sociali e vincoli di bilancio nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.Vv., *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. III, Napoli, 2011; PINELLI, *Diritti sociali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in ID. (a cura di), *Nel lungo andare. Una costituzione alla prova dell'esperienza. Scritti scelti 1985-2011*, Napoli, 2012. Diritti che, proprio perché condizionati alla disponibilità economica dei singoli Stati, sono caratterizzati in nuce da una debolezza ontologica (cfr. VANTIN, *I diritti sociali in tempo di crisi*, in *Riv.fil.dir.*, 2, 2015, 430).

<sup>2</sup> Ben osserva MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionali in Europa*, in *Quad.cost.*, 1, 2014, 80 che «In molti Paesi, la crisi economica-finanziaria ha fatto da cornice a gravi crisi di governo, che hanno spinto quasi inevitabilmente a ricercare soluzioni di compromesso o di convergenza politica nel nome dell'unità ...».

<sup>3</sup> Per una ricostruzione puntuale degli atti che compongono quella che può definirsi la nuova *governance* economica europea, cfr. TOSATO, *La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno*, in "Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012". Seminario di studio - Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013, 3 ss.; DICKMANN, *Governance economica europea e misure nazionali per l'equilibrio dei bilanci pubblici*, Napoli, 2013; PERONI, *La crisi dell'Euro: limiti e rimedi dell'Unione economica e monetaria*, Milano, 2012; DELLA



comportato l'istituzione di procedure di monitoraggio e di vigilanza da parte delle Istituzioni europee sulle politiche economico-finanziarie degli Stati europei per una convergenza multilaterale verso una condizione di equilibrio finanziario.

Quello che sembra rappresentare il nucleo essenziale delle misure introdotte nel quadro della *governance* economica europea è l'introduzione del principio di equilibrio di bilancio, che – come si può desumere dalla stessa dizione – mira a conseguire un risultato di sostanziale parità tra entrate e spese (non solo dello Stato ma anche delle articolazioni territoriali). L'espressione richiamata – “*sostanziale*” – non è di certo casuale poiché rivela la *ratio* della riforma, ossia il perseguimento di una politica finanziaria flessibile e dinamica, che permette un disallineamento tra entrate e spese, purché contenuto entro certe percentuali.

Le misure cui si faceva cenno sono state diverse<sup>4</sup>. La base giuridica è sicuramente rinvenibile nel Patto di Stabilità e Crescita<sup>5</sup> (PSC) del 1997, costituito da una risoluzione<sup>6</sup> e da due regolamenti<sup>7</sup> che pongono la disciplina in materia di coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri e la procedura da adottare in caso di disavanzi eccessivi, precisando gli aspetti tecnici.

---

CANANEA, *L'ordinamento giuridico dell'Unione europea dopo i nuovi accordi intergovernativi*, in *Com.int.*, 1, 2012, 3 ss.

<sup>4</sup> Evidenziano la pericolosità dell'ampiezza delle misure che si sono in qualche modo andando a stratificare, MARE'-SARCINELLI, *La regola di bilancio in pareggio: come assicurarla e a quale livello di governo?*, in “*Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*”, cit., 27, i quali osservano che «V'è la necessità di regole complete, ma all'aumentare della dimensione e del perimetro di riferimento, le regole non possono che diventare più complesse – e quindi più difficili da applicare, controllare, far rispettare».

<sup>5</sup> Che ha ripreso e sviluppato i parametri previsti dal Trattato di Maastricht del 1993. Sul Patto di stabilità e crescita, cfr. DELLA CANANEA, *Il patto di stabilità e le finanze pubbliche nazionali*, in *Riv.dir.fin.scien.fin.*, 4, 2011; PEREZ, *Il patto di stabilità: verso un patto di flessibilità*, in *Gior.dir.amm.*, 9, 2012, 1000 ss.

<sup>6</sup> Risoluzione del Consiglio europeo relativa al patto di stabilità e di crescita del 17 giugno 1997.

<sup>7</sup> Regolamento (CE) n. 1467/97 del Consiglio, del 7 luglio 1997 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi, e il Regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio del 7 luglio 1997 per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche.

La crisi economica<sup>8</sup> che ha interessato gli Stati dell'eurozona e non solo ha posto in evidenza l'esigenza di rafforzare le modalità operative di controllo delle politiche di bilancio nazionali per un coordinamento tra le stesse<sup>9</sup> e, di conseguenza, la tenuta degli ordinamenti nazionali dinnanzi all'aumento del debito pubblico. In tal senso, sono stati adottati il *Six Pact*<sup>10</sup> e il *Two Pact*<sup>11</sup>, nonché a livello internazionale il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* (c.d. *Fiscal Compact*), che reso maggiormente stringenti i parametri già previsti dal Patto di Stabilità e Crescita e che è sottoscritto dai 25 Paesi dell'Unione europea.

Esso prescrive, a mente dell'art. 3, par. 2, l'introduzione negli ordinamenti nazionali, mediante una disposizione a carattere permanente, «preferibilmente costituzionale», l'obbligo di rispettare l'equilibrio di bilancio, consentendo un disavanzo dello 0,5% dall'obiettivo di medio termine (OMT<sup>12</sup>).

Con riferimento al c.d. *Fiscal Compact*, attenta dottrina<sup>13</sup> si è interrogata sulla portata del Trattato, ossia se questo rientri nel quadro normativo europeo o in quello internazionale. Per una corretta risoluzione della questione, sembrerebbero soccorrere ai nostri fini due elementi, uno

<sup>8</sup> È interessante la riflessione di GUAZZAROTTI, *Crisi economica e ruolo delle Corti: quali contrappesi alla governance europea e internazionale*, in *Dir.publ.*, 3, 2013, 1013, ponendo l'accento sulla considerazione che «la crisi morale, prima ancora che politica, delle istituzioni democratiche (e della società in genere) sia tra le maggiori cause (e non tra le conseguenze) della crisi economica che ci affligge».

<sup>9</sup> Ha una visione piuttosto amara FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, cit., 11, il quale, sebbene accetti l'adozione delle misure economico-finanziarie europee, sottolinea che, in questo modo, comunque le politiche di bilancio nazionali vengono espropriate a favore del Consiglio e della BCE, superando il filtro degli organi rappresentativi dei cittadini europei.

<sup>10</sup> Si tratta di un pacchetto composto da cinque Regolamenti e una Direttiva. In particolare, si fa riferimento al Regolamento n. 1173 del 16/11/2011 su sanzioni e ammende; Regolamento n. 1174 del 16/11/2011, ancora su ammende; Regolamento n. 1175 del 16/11/2011 - modifica del reg CE n. 1466/97; 4) Regolamento n. 1176/2011 su meccanismo di allerta e quadro di valutazione; Regolamento n. 1177/2011, di modifica del Regolamento CE n. 1467/97 e la Direttiva n. 85 dell'8/11/2011 sulle regole di bilancio degli Stati nazionali.

<sup>11</sup> Regolamento n. 472 del 10/05/2013 sulla sorveglianza rafforzata agli Stati in difficoltà e il Regolamento n. 473 del 21/05/2013 sul monitoraggio rafforzato delle politiche di bilancio degli Stati.

<sup>12</sup> Si tratta di un obiettivo al netto della componente ciclica e degli effetti delle misure *una tantum*.

<sup>13</sup> Si rinvia all'approfondimento di BONVICINI-BRUGNOLI, *Il Fiscal Compact*, Quaderni IAI, Roma, 2012.

*sostanziale* e uno *procedurale*<sup>14</sup>. Il primo guarda all'ambito *soggettivo* di applicazione e, quindi, agli Stati contraenti. Questi non coincidono del tutto con quelli che sono membri dell'Unione europea (si tratta di 17 Stati europei che fanno parte dell'eurozona e 7 Stati membri UE che esulano dall'area euro) registrando la mancata partecipazione del Regno Unito (non ci si dilungherà sulle ulteriori implicazioni che potrebbero darsi nel caso del perfezionamento della Brexit) e della Repubblica ceca. Questo sembrerebbe qualificare l'atto come un trattato internazionale, vincolante esclusivamente per gli Stati sottoscrittori e, dunque, al di fuori del contesto europeo. Elemento, peraltro, che sarebbe rafforzato anche dall'art. 2, par. 2, FC, che chiarisce che il trattato si applica conformemente al diritto europeo, lasciando intendere la complementarità sì ma soprattutto la separazione delle fonti di diritto.

D'altra parte, dal punto di vista *procedurale*, sono parimenti rintracciabili disposizioni che rivelerebbero la matrice europea. Si fa innanzitutto rinvio all'art. 8, par. 1, FC (*Fiscal Compact*), che attribuisce alla Commissione europea il potere di verificare il rispetto da parte di uno Stato contraente della disposizione di cui all'art. 3, par. 2, che introduce – come detto – il principio di equilibrio di bilancio. Nella stessa norma, si prevede la facoltà della Corte di giustizia dell'Unione europea di sindacare l'effettiva introduzione a livello nazionale del principio in parola<sup>15</sup>.

Inoltre, particolarmente significativo, nella operazione di verifica dei rapporti tra ordinamento europeo e quello internazionale, è l'art. 16 FC, che stabilisce che «*Al più tardi entro cinque anni dalla data di entrata in vigore del presente trattato ... sono adottate in conformità del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea le misure necessarie per incorporare il contenuto del presente trattato nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*». È evidente, a voler valorizzare il dato testuale, l'intenzione di far rientrare il Trattato nella più ampia prospettiva europea; possibilità, peraltro, che emergerebbe anche dalla facoltà concessa agli Stati membri dell'Unione europea che lo abbiano originariamente sottoscritto di aderire in via successiva.

---

<sup>14</sup> Cfr. PEREZ, *Fiscal compact e diritti sociali*, in *Riv.giur.mezz.*, 1-2, 2013, 108, sottolinea che dal punto di vista procedurale per l'adozione del trattato in esame si è fatto ricorso al metodo intergovernativo, in luogo di quello comunitario, per evitare che vi fosse un'attribuzione ulteriore di competenze in favore dell'Unione europea.

<sup>15</sup> «*Una parte contraente può adire la Corte di giustizia anche qualora ritenga, indipendentemente dalla relazione della Commissione, che un'altra parte contraente non abbia rispettato l'articolo 3, paragrafo 2*».

Quello che si è andato strutturando è un circuito di sorveglianza sugli Stati membri nell'adozione delle rispettive politiche di bilancio, che ha permesso una procedura di dialogo in maniera organica tra gli Stati e le Istituzioni europee. Il coordinamento verticale tra i soggetti istituzionali in considerazione si è concretato nel meccanismo del Semestre europeo<sup>16</sup>, che rappresenta difatti una procedura contenutistica e procedurale che si articola nel corso di un anno, nel quale gli organismi europei (Commissione europea e Consiglio europeo) forniscono agli Stati membri degli orientamenti da tener presente prima dell'adozione dei rispettivi piani economici nazionali e, in via successiva, sulle eventuali modificazioni da apportare.

Tornando più nello specifico ai dettami che possono essere considerati a fondamento delle misure adottate a livello europeo, questi sono rintracciabili, come detto, nel Patto di Stabilità e Crescita, che disciplina i criteri in base ai quali è possibile aprire nei confronti degli Stati membri la procedura per disavanzi eccessivi. In particolare, i criteri che devono essere rispettati sono quelli del 3% nel rapporto tra deficit/PIL e del 60% nel rapporto tra debito pubblico e PIL. La procedura prevede la concertazione tra Commissione europea e Consiglio dell'Unione europea, e porta, nel caso della mancata conformazione dello Stato membro alle raccomandazioni inviate dal Consiglio, alla comminazione di sanzioni, che si sostanziano – per i Paesi dell'eurozona – nella creazione di un deposito fruttifero pari allo 0,2% del PIL (c.d. braccio preventivo) e nell'istituzione di un deposito fruttifero pari allo 0,2% nella fase correttiva (c.d. braccio correttivo). Deposito, questo, che si trasformerà in ammenda nell'ipotesi in cui lo Stato membro non risponda in modo adeguato alla procedura.

I parametri individuati sono stati poi trasposti nell'art. 126 TFUE (*ex art.* 104 TCE), che stabilisce, al par. 2, che spetta alla Commissione europea valutare la conformità delle politiche economiche nazionali a criteri stabiliti dai Trattati, essendo chiamata, peraltro, a esaminare se il rapporto tra disavanzo pubblico e PIL superi il valore di riferimento ovvero se si discosti di poco e, se del caso, se tale superamento sia del tutto eccezionale e temporaneo.

Le misure hanno interessato la dimensione europea, determinando l'assunzione di un insieme di atti volti a rafforzare le procedure di sorveglianza sulle politiche economiche degli Stati membri e, inoltre, a consentire meccanismi di finanziamento e di sostegno nei confronti degli

---

<sup>16</sup> Si rinvia, per un'analisi puntuale a RIVOSECCHI, *Il governo europeo dei conti pubblici tra crisi economico-finanziaria e riflessi sul sistema delle fonti*, in *Oss.fon.*, 1, 2011.

Stati appartenenti all'eurozona in condizione di insolvibilità finanziaria<sup>17</sup>. In questa prospettiva, si inserisce il Meccanismo di Economia e Stabilità (MES), che ha istituito – come risulta dallo stesso Trattato – un'«*international financial institution*», costituita da un Consiglio di governatori e da un Consiglio di amministrazione. Il fulcro del MES si rinviene nell'art. 136 TFUE, come modificato con decisione del Consiglio dell'UE il 24 e 25 marzo 2011, secondo la procedura semplificata di revisione dei trattati, cui è stato aggiunto il seguente paragrafo: «*Gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità*». Il MES, entrato in vigore nel 2012, ha preso il posto del Fondo Europeo di Stabilità Finanziaria (FESF) ed del Meccanismo Europeo di Stabilizzazione Finanziaria (MESF).

Condizione obbligatoria per poter accedere all'assistenza finanziaria del MES – che si sostanzia globalmente in un capitale di 700 miliardi euro (composta da quote versate e quote richiamabili) - è che lo Stato abbia ratificato il Trattato sul *Fiscal Compact*. Altro presupposto per godere del “prestito” è la valutazione della sostenibilità del debito pubblico da parte della Commissione europea di concerto con la Banca centrale europea (art. 13 MES). Circa la natura giuridica del Trattato in questione, come si è anticipato anche in riferimento al *Fiscal Compact*, viene in dubbio se questo si inserisca nel contesto normativo europeo. Posto che il MES<sup>18</sup> dà origine ad una istituzione internazionale, il cui fondo è alimentato proporzionalmente dagli Stati dell'eurozona, il coinvolgimento delle Istituzioni europee nella procedura che vede lo stanziamento delle risorse finanziarie a sostegno degli Stati richiedenti sembra comportare un inevitabile collegamento con l'ordinamento europeo, come intuibile anche dalla modifica dell'art. 136 TFUE.

---

<sup>17</sup> Cfr. art. 3 che stabilisce che lo scopo è quello di «*mobilizzare risorse finanziarie e fornire un sostegno alla stabilità, secondo condizioni rigorose commisurate allo strumento di assistenza finanziaria scelto, a beneficio dei membri del MES che già si trovino o rischiano di trovarsi in gravi problemi finanziari, se indispensabile per salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso e quella dei suoi Stati membri*».

<sup>18</sup> Per un'ampia panoramica sul contesto giuridico in cui si inserisce, sulla natura (dubbia) del Trattato e sulle possibili applicazioni (con le conseguenti implicazioni politiche), si veda NAPOLITANO, *La nuova governance economica europea: il Meccanismo di stabilità e il Fiscal Compact*, in *Gior.dir.amm.*, 5, 2012, 461 ss.

Il quadro normativo complessivo che si è tentato di delineare rientra in quella che è stata definita da più parti la c.d. *governance* economica europea<sup>19</sup>.

Le disposizioni sovranazionali sono state recepite a livello nazionale<sup>20</sup> sia attraverso una modifica del testo costituzionale (ad esempio, l'Italia e la Spagna) sia attraverso l'adozione di una normativa di tipo rafforzato (si pensi, alle leggi organiche adottate in Francia<sup>21</sup>).

Ciò che spesso è stata censurato nel dibattito scientifico è la rapidità che ha portato all'approvazione delle proposte di revisione costituzionale, rispettivamente in Spagna e in Italia. In Spagna, ad esempio, la proposta di riforma d'iniziativa governativa è stata approvata dal Congresso dei Deputati il 2 settembre 2011 e dal Senato il 7 settembre dello stesso anno. Infine è stata promulgata dal Re il 27 settembre (*Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011*). La rapidità in questo caso sembrava trovare giustificazione nell'accordo tra i principali partiti e nell'esigenza di rispondere prontamente agli inviti sempre più pressanti da parte degli altri Stati europei (es. Germania). La riforma ha portato, come noto, alla modifica dell'art. 135 della Costituzione spagnola, che stabilisce, al comma primo, che «*Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria*» (che troverà applicazione a partire dal 2020).

Anche nel caso dell'ordinamento italiano, la riforma che ha introdotto il cd. "equilibrio di bilancio" in Costituzione<sup>22</sup> – con l. cost. 20 aprile 2012, n. 1 (*Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta*

---

<sup>19</sup> Cfr. AA.VV., *Governance europea tra Lisbona e Fiscal Compact*, in IACOVIELLO (a cura di), *Atti del Convegno del 29.30 ottobre 2014 a Roma*, Milano, 2016.

<sup>20</sup> Per una comparazione tra i Paesi dell'area euro, cfr. CIOLLI, *I paesi dell'eurozona e i vincoli di bilancio. Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari*, in *Rivista AIC*, n1, 2012.

<sup>21</sup> *Loi organique n. 2012-1403 du 17 décembre 2012 relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques*. Si ricorda, a proposito, che il *Conseil constitutionnel* nella decisione n° 2012-653 DC del 9 août 2012 ha chiarito che «*si, pour respecter l'engagement énoncé au paragraphe 1 de l'article 3, la France fait le choix de prendre, sur le fondement de la seconde branche de l'alternative de la première phrase du paragraphe 2 de l'article 3, des dispositions organiques ayant l'effet imposé par ce paragraphe 2, l'autorisation de ratifier le traité ne devra pas être précédée d'une révision de la Constitution*» (par. 48).

<sup>22</sup> Cfr., tra i tanti, BOGNETTI, *Il pareggio di bilancio nella Carta costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2012; LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano, 2015, 1673 ss.; AA.VV., *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, cit.

*costituzionale*”) – è stata giudicata affrettata<sup>23</sup>, anche perché sembra non aver risolto i maggiori nodi problematici.

La *ratio* della novella costituzionale in Italia è l’introduzione del principio dell’equilibrio di bilancio in particolare all’interno dell’art. 81 Cost., il cui nuovo ultimo comma (c. 6) rimanda ad apposita legge rinforzata<sup>24</sup> la definizione de «*le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare il rispetto*» dello stesso. Se si guarda a questa legge (24 dicembre 2012, n. 243 – “*Disposizioni per l’attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell’articolo 81, sesto comma, della Costituzione*”<sup>25</sup>), si può affermare (con il *caveat* che – come si vedrà – il discorso è diverso per le autonomie territoriali) che le disposizioni in essa contenute manifestano un certo grado di *flessibilità*. Prima di tutto l’obiettivo finanziario non è il pareggio, ma l’obiettivo di medio termine definito sulla base della normativa europea (art. 3, c. 2), ma soprattutto esso può essere raggiunto in maniera progressiva (art. 8) e compatibilmente con la situazione macroeconomica, in particolare con la crisi finanziaria ovvero in presenza di eventi eccezionali che consentano il ricorso all’indebitamento (art. 6). In altri termini, la discrezionalità in capo al decisore politico rimane ampia. D’altra parte, la scelta discrezionale sulla possibilità di derogare alla rigida regola di corrispondenza tra entrate e spese, per la parte statale, sembra poggiarsi a

---

<sup>23</sup> Cfr. DE IOANNA, *La nuova cornice costituzionale: nuove dinamiche politico istituzionali. Elementi per una riflessione*, in *Atti del Seminario presso l’Università Luiss Guido Carli La nuova governance fiscale europea. Fiscal Pact, cornice europea e modifiche costituzionali in Italia: problemi aperti e prospettive*, in [www.fondazionebrunovisentini.eu](http://www.fondazionebrunovisentini.eu), 29 novembre 2012, sottolinea come risulti, dal nuovo art. 81, un sistema di fonti «estremamente complesso»; VEGAS, *Il bilancio pubblico*, Bologna, 2014, 64.

<sup>24</sup> Si interroga sulla natura organica ovvero rinforzata della legge di cui all’art. 81, comma sesto, Cost. PACINI, *Un rinforzo debole? La legge ex art. 81, comma 6 Cost. nel sistema delle fonti del diritto*, in *Federalismi*, 26, 2016, 11, arrivando però ad escludere la qualifica di legge organica in ragione del fatto che «sarebbe arduo attribuire l’appellativo di “legge organica”, in quanto insuscettibile di disciplinare porzioni dell’ordinamento ampie, e risultando piuttosto confinata entro limiti materiali assai stretti».

<sup>25</sup> Per un commento, si vedano DICKMANN, *Brevi considerazioni sulla natura rinforzata della legge 24 dicembre 2012, n. 243, di attuazione del principio costituzionale del pareggio dei bilanci pubblici*, in *Federalismi.it*, 6, 2013; CABRAS, *La legge di attuazione del principio costituzionale del pareggio di bilancio*, in *Quad.cost.*, 2013, 124 ss.; SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in *Rivista AIC*, n3, 2012, 7, che riflette sulla portata della legge n. 243, che diventa essa stessa parametro di riferimento rispetto alla legge di bilancio, andando a configurarsi come «una vera e propria “norma sulla normazione”, dotata – in quanto tale – di prevalenza gerarchica di tipo contenutistico-sostanziale sulla legge di bilancio e autorizzata, quindi, a imporre a quest’ultima limiti di validità costituzionalmente sindacabili».

volte sulla “confusione” dei parametri di riferimento. Ad esempio, all’art. 3, par. 1, lett. d) FC, si stabilisce che «*il limite inferiore per l’obiettivo di medio termine di cui alla lettera b) può arrivare fino a un disavanzo strutturale massimo dell’1,0% del prodotto interno lordo ai prezzi di mercato*». Al contrario, nella legge n. 243 del 2012, si fa riferimento ai criteri stabiliti dall’ordinamento dell’Unione europea e, come stabilito dall’art. 6, par. 3, lettera a), del Reg. (CE) n. 1466/1997, come modificato dal Reg. (CE) n. 1175/2011, la «*deviazione significativa*» rispetto all’OMT si ha qualora la deviazione del saldo strutturale corrisponda «*almeno allo 0,5 per cento del PIL in un singolo anno o almeno allo 0,25 per cento del PIL in media annua per due anni consecutivi*». È evidente, quindi, che i parametri indicati dal *Fiscal Compact* e dal Patto di Stabilità e Crescita, come modificato nel 2011 – rispettivamente dell’1% e dell’0,5% – rischiano di creare situazioni di dubbia applicazione delle norme evocate, con conseguente difficoltà anche nel rispetto delle stesse.

La nozione di “equilibrio di bilancio” tradisce sicuramente la natura *dinamica* del principio. Allo stesso tempo, l’obbligo di equilibrio di bilancio, da assicurare nei differenti livelli di governo, sembra trasformarsi da obbligo meramente politico ad obbligo giuridico<sup>26</sup>, come tale sanzionabile in sede giurisdizionale dal giudice costituzionale.

Taluni Autori<sup>27</sup> hanno sottolineato che, in realtà, l’equilibrio di bilancio fosse già contenuto nella formulazione dell’art. 81 Cost. antecedente alla novella costituzionale<sup>28</sup>, in particolare al precedente ultimo comma, laddove si statuiva che «*Ogni altra legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte*». In questo senso, veniva sancito il principio di previa copertura finanziaria, secondo il quale ogni (altra) legge che avesse comportato oneri finanziari avrebbe dovuto indicare anche le risorse per farvi fronte; risorse, peraltro, effettivamente disponibili<sup>29</sup>. L’assimilazione

---

<sup>26</sup> E’ d’obbligo richiamare le riflessioni di ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Milano, 1969, che riteneva che il pareggio di bilancio non fosse un obbligo giuridico ma un obiettivo politico.

<sup>27</sup> Tra tutti, cfr., GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell’equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quad.cost.*, 2014, 1, 54.

<sup>28</sup> Tra tutti, cfr., LUCIANI, *L’equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in “*Il principio dell’equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*”, cit., 8 ss.; PACE, *Pareggio di bilancio: qualcosa si può fare*, in *Rivista AIC*, 2011, 3, 1.

<sup>29</sup> Si veda, ad esempio, Corte cost. sentenza 15 gennaio 2014, n. 4, nella quale si ribadisce che «*il principio della previa copertura della spesa in sede legislativa è inderogabile e che la forza espansiva dell’art. 81, quarto comma, Cost., presidio degli equilibri di finanza pubblica, si sostanzia in una vera e propria clausola generale in grado di invalidare tutti gli*



tra questo principio a quello che impone l'osservanza dell'equilibrio di bilancio, in sostanza, si fonda sulla considerazione che l'obbligo di copertura finanziaria imprime la necessità di assicurare la corrispondenza tra le spese che vengono previste e le risorse finanziarie che devono essere effettivamente stanziare a copertura delle singole voci di bilancio.

La modificazione della lettera costituzionale, che origina dalla necessità di dare attuazione ai dettami sovranazionali, pare inserirsi nel dialogo tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo, laddove l'art. 8 FC stabilisce la competenza della Corte di giustizia dell'Unione europea a verificare l'effettiva introduzione negli ordinamenti degli Stati membri dell'obbligo di equilibrio di bilancio. Si pone, in questo modo, la questione di assicurare la convergenza del sindacato operato dal giudice di Lussemburgo con quello effettuato dal giudice costituzionale nazionale, per evitare potenziali sovrapposizioni in ordine alla giustiziabilità del pareggio di bilancio.

Queste considerazioni devono poi essere poste a sistema con l'osservazione del concreto funzionamento dei rapporti Unione-Stati membri relativamente alle decisioni finanziarie. A questo livello, il controllo sul rispetto delle regole si svolge secondo meccanismi di natura essenzialmente amministrativa, prima, e *politica*, poi, implicando un intenso negoziato fra i diversi attori e quindi una costante l'interazione *soggettiva*, non solo a livello nazionale, ma anche a livello sovranazionale, tra i diversi operatori giuridici nell'opera di affinamento delle regole economico-finanziarie e nell'armonizzazione delle politiche di bilancio statali.

A fronte del permanere di tale grado di discrezionalità, è evidente che il principio dell'equilibrio finanziario non può divenire un "superprincipio" idoneo a giustificare qualsiasi taglio sulla spesa sociale, ma può e deve essere sottoposto al vaglio del giudice costituzionale in ordine alla sua ragionevolezza e al livello di sacrificio tollerabile dei diritti sociali costituzionalmente garantiti.

D'altro canto, come emerge dalla giurisprudenza richiamata, l'analisi dell'impatto dei vincoli finanziari europei negli ordinamenti nazionali si

---

*enunciati normativi che non sono coerenti con i principi della sana gestione finanziaria e contabile (sentenza n. 192 del 2012). Corollario di tale regola è che l'esistenza di oneri nascenti dal contenuto della legge determina la necessità dell'indicazione dei mezzi finanziari per farvi fronte. Verrebbe altrimenti «disatteso un obbligo costituzionale di indicazione al quale il legislatore, anche regionale (ex plurimis, sentenza n. 68 del 2011), non può sottrarsi, ogni qual volta esso preveda attività che non possano realizzarsi se non per mezzo di una spesa» (sentenza n. 51 del 2013)» (Cons.dir. 4.1.)*

presenta complicata dalle gravi difficoltà che in punto di *fatto* investono le finanze pubbliche nazionali.

## 2. Diritti sociali e vincoli di bilancio

In linea generale, è ragionevole affermare che l'imposizione dell'obbligo dell'equilibrio di bilancio ha determinato l'esigenza dello Stato di adottare decisioni – spesso volte non condivisibili<sup>30</sup> – atte a contribuire ad una contrazione della spesa pubblica<sup>31</sup>. Questo tende a minare la struttura stesso dello Stato sociale – qual è appunto il nostro – la cui affermazione ha costituito un obiettivo da subito perseguito già in sede dell'Assemblea costituente<sup>32</sup>.

Come più volte dalla giurisprudenza costituzionale, i diritti sociali<sup>33</sup> si caratterizzano per l'obbligo in capo allo Stato di porre in essere le misure più

---

<sup>30</sup> In senso analogo, cfr. CISOTTA, *Democrazia e diritti sociali: forma della governance economica e scelte dell'UE*, in *Pol.soc.*, 1, 2015, 177, osserva, appunto, che «le decisioni sui sacrifici imposti dalla crisi e sulle politiche per trovare una via d'uscita siano il più possibile condivise e tracciate nell'ambito di processi inclusivi e trasparenti».

<sup>31</sup> Ad ogni modo, OCCHINO, *I diritti sociali nell'interpretazione costituzionale*, in *Riv.dir.sic.soc.*, 1, 2017, 11, che l'equilibrio di bilancio – da non confondersi con il pareggio di bilancio – non potrebbe considerarsi come un “supervalore”, insuscettibile in quanto tale di qualsivoglia bilanciamento.

<sup>32</sup> Osserva l'On. Condorelli nella seduta del 15 marzo del 1947 nella Discussione sui principi fondamentali, in riferimento alla più ampia platea, che si è voluto creare «... lo Stato sociale, imprimere un carattere fortemente sociale allo Stato italiano. La rivoluzione francese era sorta con l'accordo teorico o con la spinta, non sappiamo, dell'individualismo razionalista che metteva l'individuo al centro di tutti i valori, talché lo Stato assumeva una giustificazione in quanto mezzo per l'individuo, come garanzia della sua libertà. Il diritto, nella formulazione di Kant, era considerato come la condizione della coesistenza dell'arbitrio di ciascuno con l'arbitrio di tutti. Si svolge tutto un travaglio spirituale dal secolo XIX a questo secolo, che pone in evidenza il carattere sociale e storico dell'uomo: l'individuo non è che una astrazione. La realtà sostanziale che deve essere il centro di tutto quanto il sistema etico, giuridico, economico, non è questo scarnito individuo che è una astrazione, ma l'uomo, che è contemporaneamente, come diceva poco fa il collega Giordani, famiglia, classe economica, Nazione, Stato, Chiesa. È l'uomo sociale. Questo voi avete voluto affermare. Da ciò un nuovo concetto di libertà che, per altro, era acquisito alla scienza, alla filosofia, al nostro stesso diritto positivo. La libertà, intesa non più in senso soltanto negativo, ma anche e più in senso positivo, cioè come possibilità data all'uomo di attuare sé stesso, di svolgere la sua personalità».

<sup>33</sup> Per una ricostruzione dell'origine e delle forme di tutela, tra tutti, cfr. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc.dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 180 ss.; BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc.dir.*, vol. XI, Roma, 1989, 10 ss.

opportune al fine di garantire il loro soddisfacimento. Si tratta, quindi, di diritti “a prestazione positiva”, che richiedono, pertanto, un comportamento attivo a carico delle autorità pubbliche per la loro concreta attuazione. Trattandosi di diritti che abbisognano di un *facere* da parte dello Stato, viene in rilievo il problema di predisporre i mezzi finanziari sufficienti per garantirne l’effettività<sup>34</sup>. Questi sono così passibili di essere considerati *diritti economicamente condizionati*<sup>35</sup>, in quanto la predisposizione delle risorse finanziarie è funzionale alla loro salvaguardia<sup>36</sup>.

La protezione dei diritti sociali si impone nello Stato costituzionale contemporaneo in osservanza al principio di eguaglianza sostanziale di cui

---

<sup>34</sup> Suggestiva è la riflessione di GUASTINI, *Diritti*, in COMANUCCI-GUASTINI, *Analisi e diritto*, Torino, 1994, 170, che pone in evidenza proprio la difficile attuazione dei diritti sociali – anche per gli elevati costi che questa richiede – e che si propongono in quanto tali come “diritti di carta”.

<sup>35</sup> Cfr. Corte cost. sent. Sentenza 15 giugno 2016, n. 203, nella quale si chiarisce, in ordine all’erogazione delle prestazioni sanitarie, «è viceversa la spesa a dover essere commisurata alle effettive disponibilità finanziarie, le quali condizionano la quantità ed il livello delle prestazioni sanitarie, da determinarsi previa valutazione delle priorità e delle compatibilità e tenuto ovviamente conto delle fondamentali esigenze connesse alla tutela del diritto alla salute, certamente non compromesse con le misure ora in esame» (sentenza n. 356 del 1992)» (Cons.dir. 6.2.).

<sup>36</sup> Ad esempio, in Corte cost. sentenza 15 marzo 2017, n. 169, la Consulta evidenzia che «...deve essere rinnovato al legislatore l’invito a corredare le iniziative legislative incidenti sull’erogazione delle prestazioni sociali di rango primario con un’appropriata istruttoria finanziaria. Ciò soprattutto al fine di definire in modo appropriato, anche tenendo conto delle scansioni temporali dei cicli di bilancio e più in generale della situazione economica del Paese, il quadro delle relazioni finanziarie tra lo Stato, le Regioni e gli enti locali ...» (Cons.dir. 9.1.). Peraltro, la pronuncia aggiunge che «... spetta al legislatore predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione di esso, affinché la sua affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale [di talché] è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione» (sentenza n. 275 del 2016), non vi è dubbio che le Regioni stesse debbano collaborare all’individuazione di metodologie parametriche in grado di separare il fabbisogno finanziario destinato a spese incompressibili da quello afferente ad altri servizi sanitari suscettibili di un giudizio in termini di sostenibilità finanziaria» (Cons.dir. 9.3.2.). La Corte sottolinea quindi che deve essere garantito il fabbisogno standard in ordine alle prestazioni sanitarie, con la conseguenza le spese sanitarie da sostenere, relative alla prestazione dei LEA, nel cui ambito rientrano i LEP, devono essere oggetto di oculata concertazione e cooperazione tra lo Stato e gli enti regionali. In tal senso, la Corte chiarisce che la spesa sanitaria costituisce una “spesa costituzionalmente necessaria” e che l’erogazione dei servizi sanitari non può subire un’irragionevole riduzione di spesa, al fine di non compromettere la qualità, la qualità e la tempistica dell’erogazione degli stessi.

all'art. 3, comma secondo, Cost.<sup>37</sup>, in considerazione del quale si *esprime* il principio solidarista. Il riconoscimento dei diritti sociali si rende necessario in una duplice prospettiva: sia perché si ricollega all'individuo come persona, che deve essere preservato nella sua dignità, sia perché attiene alla rete relazionale nella quale i singoli individui interagiscono. I diritti sociali, a ben vedere, si completano nella visione *individualista* e *pluralista* che li caratterizza.

Ad ogni modo, la dimensione dello Stato sociale dipende per la sua definizione dalle risorse economiche a disposizione<sup>38</sup>.

Il complesso coordinamento tra la tutela dei diritti sociali e la sostenibilità finanziaria (statale e regionale) è stato messo alla prova dall'estensione *oggettiva* e *soggettiva* dei diritti in considerazione. Si fa riferimento ad una sorta di estensione *oggettiva*<sup>39</sup> perché si è assistito nel corso del tempo ad un ampliamento della categoria dei diritti sociali; viceversa, si parla di estensione in senso *soggettivo* perché è cambiata negli anni la platea dei soggetti che accedono alle prestazioni sociali, con il pericolo di compromettere lo *standard* di tutela dei diritti da parte del legislatore (come detto, statale e regionale<sup>40</sup>).

Non sono mancate, infatti, pronunce nelle quali la Corte costituzionale ha ampliato la tutela di tali diritti anche agli stranieri nell'ottica di assicurare il rispetto del principio di non discriminazione (in tal senso, sent. n. 230 del 2015<sup>41</sup>). L'intento, però, definito in via di principio, di riconoscere la tutela

---

<sup>37</sup> Ne evidenzia lo stretto collegamento LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Manlio Mazzotti Di Celso*, II ed., Padova, 1995, 101, il quale osserva che «le difficoltà dell'uguaglianza sono state, allo stesso tempo, le difficoltà dei diritti sociali, che da quel principio hanno tratto, storicamente, alimento e giustificazione».

<sup>38</sup> In questo senso, tra le altre, si veda la citata sentenza n. 169 del 2017, nella quale i giudici costituzionali ribadiscono l'imprescindibile correlazione tra la disponibilità delle risorse finanziarie e il soddisfacimento dei diritti sociali. Infatti l'effettività dei diritti in rilievo «non può che derivare dalla certezza delle disponibilità finanziarie per il soddisfacimento del medesimo diritto» (sentenza n. 275 del 2016)» (Cons.dir. 9.3.2.)

<sup>39</sup> Cfr. SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it).

<sup>40</sup> Al riguardo, sottolinea efficacemente VIMERCATI, *L'aggiornamento dei LEA e il coordinamento della finanza pubblica nel regionalismo italiano: il doppio intreccio dei diritti sociali*, in *Le Regioni*, 1-2, 2017, 156, che «L'inserimento nell'ordito costituzionale dei vincoli ai bilanci pubblici, avvenuta nel pieno di una contingenza economica emergenziale, ha acuito il problema del policentrismo dei centri di spesa e ha amplificato la necessità dell'individuazione di un'efficace coordinamento tra unità e differenziazione nella gestione della spesa pubblica». (corsivi nostri).

<sup>41</sup> La pronuncia riguarda la corresponsione della pensione d'invalidità per sordi anche ai cittadini extracomunitari che soggiornano nel territorio italiano. Viene in rilievo, come

dei diritti sociali anche agli stranieri rischia di dover bilanciarsi la sostenibilità in punto di fatto. Come sottolineato da taluni<sup>42</sup>, la disponibilità finanziaria in capo allo Stato viene a costituire l'ago della bilancia nella possibilità di assicurare le prestazioni sociali anche agli stranieri, con la conseguenza che questa potrebbe inverare parossistico risultato di escludere dalla festa proprio coloro per i quali questa è stata organizzata.

L'allocatione delle risorse finanziarie ha subito una forte contrazione della spesa pubblica per l'erogazione delle prestazioni sociali in misura direttamente proporzionale alla progressiva strutturazione dei vincoli finanziari europei. Come a dire che più si tira la coperta da un lato e più rimane scoperto l'altro<sup>43</sup>.

La situazione che si è venuta a delineare a livello nazionale (e non solo) è stata l'incisione sul soddisfacimento delle prestazioni sociali in favore della collettività; in altre parole, le misure economiche hanno influito sulla struttura stessa dello Stato sociale<sup>44</sup>. In tal senso, sorge l'esigenza di trovare un punto di equilibrio nel rapporto tra l'osservanza del pareggio economico e la tutela dei diritti fondamentali<sup>45</sup>, in particolare dei diritti sociali<sup>46</sup>. Si

elemento di discriminazione, il possesso della carta di soggiorno. Al riguardo, la Corte, nel riconoscere tale diritto anche agli stranieri legalmente soggiornanti, sottolinea che «*Si tratta, infatti, anche in questo caso, di prestazioni economiche peculiari, che si fondano sull'esigenza di assicurare – in una dimensione costituzionale orientata verso la solidarietà come dovere inderogabile (art. 2 Cost.), verso la tutela del diritto alla salute anche nel senso dell'accessibilità ai mezzi più appropriati per garantirla (art. 32 Cost.), nonché verso la protezione sociale più ampia e sostenibile (art. 38 Cost.) – un ausilio in favore di persone svantaggiate, in quanto affette da patologie o menomazioni fortemente invalidanti per l'ordinaria vita di relazione e, di conseguenza, per le capacità di lavoro e di sostentamento; benefici erogabili, quanto alla pensione, in presenza di condizioni reddituali limitate, tali, perciò, da configurare la medesima come misura di sostegno per le indispensabili necessità di una vita dignitosa*» (Cons.dir. 2.2.)

<sup>42</sup> Cfr. GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, cit., 4.

<sup>43</sup> L'espressione è ripresa da SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, 4. 2011, 5.

<sup>44</sup> Sulle caratteristiche dello Stato sociale, cfr. RITTER, *Storia dello Stato sociale*, trad.it., Roma-Bari, 1996; RIMOLI, *Stato sociale*, in *Enc. giur.*, vol. XX, Roma, 2004.

<sup>45</sup> Per una distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali, cfr. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 13 ss.

<sup>46</sup> Evidenzia efficacemente FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, 1, 2017, 7, che in questo quadro spetta alla Corte costituzionale bilanciare la tutela dei diritti sociali con le esigenze finanziarie, con la possibilità di dare prevalenza ad una legge limitativa della loro tutela «trovando adeguata copertura costituzionale nel principio dell'equilibrio finanziario». D'altra parte, GRASSO, *I*

prescinde qui da un ragionamento sistematico sulla classificazione, in considerazione della specifica natura, dei singoli diritti, che, peraltro, sarebbe ulteriormente complicato dall'interpretazione di recente imposta che tende a ravvisare anche nei tradizionali diritti di libertà una pretesa nei confronti dello Stato (di recente, si pensi alla discussione sul diritto all'identità sessuale e al matrimonio).

La contrazione della spesa pubblica ha cagionato una riduzione delle prestazioni sociali<sup>47</sup> alla comunità, nonostante la retorica dei provvedimenti di riduzione della spesa pubblica “con invarianza dei servizi per i cittadini” – così frequente nella recente produzione normativa – tenda a far pensare il contrario. Ad ogni modo, la giurisprudenza costituzionale ha posto in luce la necessaria garanzia, anche in situazioni di difficoltà finanziaria, del *nucleo essenziale*<sup>48</sup> di tali diritti, come tale intangibile e incompressibile<sup>49</sup>. Ciò si evince anche dalla lettera dell'art. 117, comma secondo, lett. m), Cost. che attribuisce alla Stato la competenza legislativa esclusiva in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali<sup>50</sup>. In tal senso, andrebbero salvaguardati, pur nell'ipotesi di crisi finanziaria, i livelli essenziali di tutela, la cui individuazione spetta al decisore politico e può essere sanzionata dal giudice delle leggi solo in caso

*diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2016, 22, chiarisce che la crisi si combatte, in realtà, proprio innalzando il livello di tutela dei diritti complessivamente intesi, e quindi anche quelli sociali.

<sup>47</sup> Si possono riprendere le belle parole di HOLMES-SUSTEIN, *The costs of rights. Why liberty depends on taxes*, New York, 1999, 250 ss., che chiariscono che il fatto che i diritti non abbiano un costo è sicuramente un'illusione ma soprattutto questa condizione non può essere considerata come se fosse «un'offesa al buon costume».

<sup>48</sup> Cfr. MONE, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio ed il potenziale vulnus alla teoria dei controlimiti*, in *Rivista AIC*, 3, 2014.

<sup>49</sup> Ben osserva COSTAMAGNA, *Riduzione delle risorse disponibili e abbassamento dei livelli di tutela dei diritti sociali: il rispetto del nucleo minimo quale limite all'adozione di misure regressive*, in *Dir.um.dir.int.*, 2, 2014, 381, che «il riferimento ai ‘bisogni essenziali’ non sia affatto decisivo per ciò che concerne l'individuazione degli obblighi facenti parte del nucleo minimo. L'essenzialità del bisogno, infatti, è destinata a mutare a seconda del contesto socio-economico preso in considerazione», cosicché non è possibile individuare «una soglia universalmente applicabile»

<sup>50</sup> Per un approfondimento, cfr. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regione (a proposito dell'art. 117 co. 2 lett. m) della Costituzione*, in *San. Pubbl.*, 2002, 1025; PINELLI, *Sui livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, comma 2, lett. m), Cost.*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 887; TRUCCO, *I livelli essenziali delle prestazioni e la sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, in *www.gruppodipisa.it*. È esemplificativa l'immagine offerta da BALBONI, *I livelli essenziali e i procedimenti per la loro determinazione*, in *Le Regioni*, 2003, 1191 ss., che assimila i LEP ad una scatola vuota, che può essere liberamente – e quindi discrezionalmente – riempita dal legislatore.

di *manifesta irragionevolezza*<sup>51</sup>, non potendo ingerire nel merito delle opzioni politiche prescelte<sup>52</sup>.

I diritti sociali, parafrasando più autorevole definizione, non possono essere considerati come diritti fantasma<sup>53</sup>, che ora ci sono e in altro tempo spariscono. Il corollario di una siffatta tesi è che anche la più importante crisi economica, come quella che sta interessando l'Europa, non può giustificare una compressione *tout court* dei diritti sociali.

Costituisce una efficace esemplificazione ai nostri fini la tutela del diritto alla salute, che deve essere preservata nella sua *essenza*, ancorché possa ammettersi una *deminutio* in ragione delle mutate condizioni economiche. Quello che può considerarsi il *leading case* nell'orientamento in questione è rappresentato dalla sent. n. 455 del 1990, nella quale la Corte costituzionale chiarisce che «*il diritto alla salute è riconosciuto e garantito dall'art. 32 della Costituzione come un "diritto primario e fondamentale che (...) impone piena ed esaustiva tutela" (v. sent. n. 992 del 1988, nonché sentt. nn. 88 del 1979, 184 del 1986, 559 del 1987, 1011 del 1988, 298 e 307 del 1990) ... il diritto a ottenere trattamenti sanitari ... è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento (v. spec. sentt. nn. 175 del 1982, 212 del 1983 e 1011 del 1988)*» (cons.dir. 3.). A parere del giudice costituzionale, il diritto alla salute, tra gli altri, è l'unico diritto definito dal testo costituzionale come «fondamentale»<sup>54</sup>, a riprova dell'importanza assunta nell'ordinamento

---

<sup>51</sup> Si tratta di un sindacato che, come evidenziato da ONIDA, *Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del parlamento*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81 u.c. della Costituzione*. Atti del Seminario svoltosi a Roma l'8-9 novembre 1991, Milano, 1993, 19, non va ad allocare risorse ma si muove nell'allocatione delle risorse finanziarie già stanziata dal legislatore.

<sup>52</sup> Cfr. COLAPIETRO, *Garanzia e promozione dei diritti sociali nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur.it*, 4, 1995, che parla del ricorso da parte della Corte a meccanismi di dosaggio e di gradualità per evitare ingerenze nell'ambito d'azione del legislatore.

<sup>53</sup> Parla, più precisamente, di diritti "a scomparsa" parla GABRIELE, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte prima (quella "intoccabile") della Costituzione*, cit., 18.

<sup>54</sup> In senso analogo, nella citata sent. n. 203 del 2016, con la quale la Corte ribadisce che «la tutela del diritto alla salute non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone», con la precisazione che «le

nazionale. Peraltro, la tutela della salute dell'individuo, sia come singolo sia in raffronto alla comunità civile, assume la massima rilevanza nel processo di sviluppo dell'uomo, nell'esercizio della propria capacità di autodeterminazione, in osservanza dell'art. 2 Cost<sup>55</sup>.

Cercando di volgere lo sguardo alla più completa categoria dei diritti sociali, trova conforto proprio questa riflessione: i diritti sociali sono intimamente connessi alla protezione della dignità dell'uomo. Spettano *all'uomo in quanto tale e all'uomo nel rapporto con l'autorità pubblica*. Così intesi, sembra ragionevole sussumerli nella definizione di diritti fondamentali<sup>56</sup>.

In generale, il difficile equilibrio tra i diversi interessi che possono venire in considerazione e comportare una contrazione della tutela dei diritti ha posto non pochi problemi nella individuazione del valore cui assicurare la preminenza in sede giurisdizionale. Come precisato infatti nella sent. 85 del 2013 della Corte costituzionale, sul noto caso "Ilva", la Costituzione rappresenta la sintesi di valori costituzionalmente rilevanti – che però non vanno a costituire una gerarchia predeterminata ed immodificabile nella struttura espressiva, nella quale nessun valore può porsi come *tiranno*

*esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana» (sentenza n. 309 del 1999; nello stesso senso, sentenze n. 267 del 1998, n. 416 del 1995, n. 304 e n. 218 del 1994, n. 247 del 1992 e n. 455 del 1990). In questi termini, «nell'ambito della tutela costituzionale accordata al "diritto alla salute" dall'art. 32 della Costituzione, il diritto a trattamenti sanitari "è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento" (v. sent. n. 455 del 1990; v. anche sentt. nn. 218 del 1994, 247 del 1992, 40 del 1991, 1011 del 1988, 212 del 1983, 175 del 1982)» (sentenza n. 304 del 1994; nello stesso senso, sentenza n. 200 del 2005)» (Cons.dir. 7.).*

<sup>55</sup> Più in generale, FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali*, cit., 22, chiarisce che «Il rapporto tra diritti sociali e risorse finanziarie non può non tenere conto ... del primato della persona umana e della sua dignità ... della natura fondamentale dei diritti sociali quali derivati dal principio di uguaglianza sostanziale ...».

<sup>56</sup> Cfr. PERFETTI, *I diritti sociali come diritti fondamentali*, in *Dir pubbl.*, n. 1, 2013, 120, per il quale «I diritti sociali, quindi, sono diritti fondamentali, raccolgono pretese differenziate che sono assistite da tecniche di tutela anch'esse differenziate ... Poiché sono diritti fondamentali che si trattengono nell'area della sovranità individuale, non è l'autorità a crearli o garantirli e, giacché albergano nella dimensione sociale della persona, fondativa dell'ordine costituzionale, sono oggetto di riconoscimento proprio nel momento in cui quell'ordine si costituisce (art. 2 Cost.)».



rispetto agli altri – per cui la valutazione nella fattispecie concreta sembra determinarsi alla luce delle caratteristiche di volta in volta rilevanti. Non è possibile individuare, in modo assoluto e irreversibile, una gerarchia assiologica predeterminata<sup>57</sup> dei valori costituzionali meritevoli di tutela. È preferibile, al contrario, un approccio “casistico”, che tenga conto delle fattispecie concrete e delle loro peculiarità<sup>58</sup>. Non è detto infatti che ciò che risulta cedevole in un determinato caso non sia, invece, prevalente in un altro.

Nella prospettiva delineata di bilanciamento tra le esigenze finanziarie, da un lato, e la tutela dei diritti sociali, dall’altro, sembra trovare giustificazione la recente sentenza n. 275 del 2016, nella quale la Corte costituzionale pone a sistema l’esigenza di assicurare il diritto all’istruzione dei disabili e la riduzione delle risorse finanziarie stanziare in favore della Provincia. Attraverso un composito e complesso ragionamento, il giudice costituzionale rappresenta l’importanza di rispettare il nucleo essenziale del diritto (all’istruzione), precisando che *«una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all’educazione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali, è di tutta evidenza che la pretesa violazione dell’art. 81 Cost. è frutto di una visione non corretta del concetto di equilibrio del bilancio, sia con riguardo alla Regione che alla Provincia cofinanziatrice. È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»* (cons.dir. 11.).

Come si tenterà di evidenziare *infra*, la tesi che sembra emergere tra le trame della sentenza è quella della responsabilità intergenerazionale<sup>59</sup>, che si configura in capo al legislatore (statale e regionale), e che condiziona inevitabilmente le scelte allocative finanziarie. Ovviamente incombe sul

---

<sup>57</sup> In questo senso, anche GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1992; BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

<sup>58</sup> Il bilanciamento tra i valori in discussione spetta infatti al giudice costituzionale, che deve trovare la soluzione al caso sulla base del quadro risultante, «nella consapevolezza che proprio la ricchezza dello strumentario a sua disposizione costituisce la garanzia di un intervento sempre efficace» (cfr. COLAPIETRO, *Garanzia e promozione dei diritti sociali nella più recente giurisprudenza costituzionale*, cit., 16)

<sup>59</sup> Per una disamina completa dei diversi settori nei quali si pone la problematica di non pregiudicare il diritto delle generazioni future al godimento dei diritti, si veda R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future: problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008.

tracciato percorso dal legislatore il dettato costituzionale, che rappresenta la sintesi di una visione *intragenerazionale* e di un'altra *intergenerazionale*. La previsione di norme precettive e di norme programmatiche risponde proprio al fine di guardare al benessere collettivo presente, senza portare nocumento a quello futuro. In altre parole, la questione della responsabilità verso le generazioni future si inquadra nella necessità di affermare una giustizia sociale che si dispiega in senso diacronico, oltre che sincronico, nei termini detti nel senso dei soggetti che possono essere destinatari.

Mutuando l'espressione utilizzata dalla Corte, è la garanzia dei diritti – *anche in prospettiva futura* – a condizionare l'equilibrio di bilancio, e non viceversa. È quest'ultima affermazione che pare costituire il nerbo di tutta l'argomentazione della Corte. In fondo, è questa l'impostazione che sottende alla tutela dei diritti sociali, ossia quella di assicurare l'effettiva erogazione delle prestazioni sociali in favore dei cittadini, in considerazione e nel rispetto del principio solidaristico che informa l'ordinamento statale. Le scelte finanziarie adottate nel momento presente avranno conseguenze che si ripercuoteranno anche nel futuro, a favore ovvero a detrimento delle generazioni future. È da questa premessa che occorre partire per verificare la *ragionevolezza* delle misure adottate dal decisore politico e che spetta, in ultima istanza, sindacare al giudice costituzionale.

Come detto, i diritti sociali costituiscono il valido contrappeso alle politiche finanziarie, rappresentandone il limite applicativo e il parametro di valutazione. Ad esempio, le sentenze nn. 70 e 178 del 2015 della Corte costituzionale sottolineano proprio la preminenza dei diritti dei singoli alle prestazioni sociali nel bilanciamento con l'art. 81 Cost. (che entra direttamente nel sindacato giurisdizionale costituzionale come canone direttamente applicabile, come emerge nella sent. n. 10 del 2015).

Posto che non si intende qui entrare addentrarsi nelle complesse considerazioni che sono state sollevate nel dibattito scientifico che ha accompagnato la pubblicazione delle due pronunce e che hanno raccolto le perplessità di molti, si ritiene utile guardare brevemente all'approccio adottato dalla Corte costituzionale nelle citate sentt. 10 e 70 del 2015. Nell'un caso, come noto, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale *pro futuro* per far salvo il prelievo fiscale precedentemente operato, in ragione della crisi finanziaria e per assicurare il rispetto dell'equilibrio di bilancio, sancito all'art. 81 Cost. Nell'altro caso, la Corte costituzionale ha censurato il blocco della rivalutazione monetaria dei trattamenti pensionistici, fondando essenzialmente la propria pronuncia sulla crisi finanziaria contingente, che nella questione portata all'attenzione della Corte non sarebbe stata rappresentata adeguatamente dal Governo nel provvedimento.

La pronuncia, come si sa, ha determinato l'adozione del d.l. 65 del 2015, in recepimento delle indicazioni fornite dalla Corte. In entrambi i casi, viene in rilievo l'art. 81 Cost., la rilevanza nel giudizio sembra essere rimessa alla scelta discrezionale della Corte.

Le prestazioni che lo Stato assicura nel rispetto del principio *solidale* espresso nella lettera costituzionale trovano attuazione mediante l'allocazione di adeguate risorse, e, in ogni caso, non possono subire un'indebita compressione nel perseguimento dell'obbligo dell'equilibrio finanziario. In tale contesto, sembra inquadrarsi anche la sentenza n. 173 del 2016 sul "contributo di solidarietà" sulle cc.dd. pensioni d'oro, che pare costituire la cifra esemplificativa della tendenza alla preservazione del principio solidaristico nella considerazione della contingenza economico-finanziaria. Tale contributo consisteva in una riduzione percentuale delle pensioni stesse, con destinazione del minor esborso al sostentamento della gestione degli enti previdenziali eroganti, e quindi con finalità endo-previdenziali.

Riprendendo le parole della Corte, *«Il contributo, dunque, deve operare all'interno dell'ordinamento previdenziale, come misura di solidarietà "forte", mirata a puntellare il sistema pensionistico, e di sostegno previdenziale ai più deboli, anche in un'ottica di mutualità intergenerazionale, siccome imposta da una situazione di grave crisi del sistema stesso, indotta da vari fattori – endogeni ed esogeni (il più delle volte tra loro intrecciati: crisi economica internazionale, impatto sulla economia nazionale, disoccupazione, mancata alimentazione della previdenza, riforme strutturali del sistema pensionistico) – che devono essere oggetto di attenta ponderazione da parte del legislatore ... Inoltre, l'incidenza sulle pensioni (ancorché) "più elevate" deve essere contenuta in limiti di sostenibilità e non superare livelli apprezzabili: per cui, le aliquote di prelievo non possono essere eccessive e devono rispettare il principio di proporzionalità, che è esso stesso criterio, in sé, di ragionevolezza della misura. In definitiva, il contributo di solidarietà, ... deve: operare all'interno del complessivo sistema della previdenza; essere imposto dalla crisi contingente e grave del predetto sistema; incidere sulle pensioni più elevate (in rapporto alle pensioni minime); presentarsi come prelievo sostenibile; rispettare il principio di proporzionalità; essere comunque utilizzato come misura una tantum»* (cons.dir. 11. e 11.1.). Come può evincersi dall'articolato assetto motivazionale, il prelievo sulle pensioni più elevate trova giustificazione nella predisposizione di un sostegno sociale effettivo ed omogeneo a favore delle fasce della popolazione più deboli. D'altro canto, il contributo di solidarietà non può in ogni caso risultare

eccessivo e sproporzionato, altrimenti rischierebbe di configurare una discriminazione *a contrario*.

La tutela del nucleo essenziale dei diritti sociali necessita uno sforzo operativo oculato da parte della pubblica autorità al fine di evitare di tradire l'essenza dell'architettura statutale, ossia la portata solidaristica dell'ordinamento. La questione della sostenibilità finanziaria dei diritti sociali, come si è cercato di evidenziare, pone il problema di rintracciare un equilibrio tra le due esigenze nella più ampia prospettiva sovranazionale, che ormai risulta compenetrare la normativa interna e dettarne la portata esplicativa.

Una breve disamina del panorama europeo – nel quale diversi Stati membri hanno adottato, in ossequio ai vincoli economico-finanziari, discipline restrittive delle prestazioni sociali a detrimento della collettività – offre alcuni esempi analoghi. Giova rammentare, in tale contesto, la nota pronuncia del Tribunale costituzionale portoghese n. 187 del 2013 del 5 aprile 2013<sup>60</sup>, che sembra far assurgere la tutela dei diritti sociali – nel caso di specie, il salario dei dipendenti pubblici – a “controlimito” all’attuazione incondizionata degli stringenti parametri europei. Il *Tribunal Constitucional* portoghese statuisce chiaramente che non è esclusa in linea di principio «*la possibilità che, in circostanze economico finanziarie eccezionali e al fine di ridurre il deficit pubblico, il legislatore riduca le retribuzioni dei dipendenti della Pubblica Amministrazione, anche se tale misura portasse a un trattamento diseguale comparato a quello dei dipendenti del settore economico privato*» (trad. nostra). Ad ogni modo, il Tribunale portoghese conclude, nella pronuncia citata, per la non fondatezza della questione di incostituzionalità delle misure imposte per la riduzione del debito pubblico poiché queste sono giustificate da ragioni del tutto eccezionali e temporanee. Parimenti, il Consiglio di Stato greco (sent. n. 668 del 2012) è stato chiamato

---

<sup>60</sup> Cfr. BUTTURINI, *Portogallo: Le norme nazionali imposte dall'austerità europea di fronte al giudizio di costituzionalità*, in *Forumcostituzionale*, 31 maggio 2013. Più ampiamente, ripercorre le vicende che hanno condotto le Corti costituzionali europee (spagnola, portoghese e italiana) a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle politiche di bilancio adottate in osservanza dei parametri europei, ADDIS, *Vincoli di bilancio e retribuzione dei dipendenti pubblici: il ruolo delle Corti*, in *Federalismi.it*, 26, 2016. È interessante l'approfondimento di IANNELLA, *Condizionalità e diritti sociali: spunti dal caso portoghese*, in *Dir.soc.*, 1, 2016, 115 ss., che ricostruisce il quadro della tutela dei diritti sociali nell'ordinamento portoghese, alla luce del principio dell'equilibrio di bilancio, previsto dal FC, che, in specie, non potendo assumere rango costituzionale per mancato raggiungimento del *quorum* richiesto per l'approvazione, l'obbligo in questione è stato introdotto con un emendamento alla legge quadro di bilancio.

a valutare la legittimità delle misure statali di riduzione della retribuzione e delle prestazioni pensionistiche, concludendo per la loro *irragionevolezza* nel tentativo di contrastare il crescente debito pubblico nazionale e porre un freno alla situazione finanziaria contingente del tutto eccezionale.

È possibile ricavare dalla breve ricostruzione operata che la tutela dei diritti fondamentali, e in particolare dei diritti sociali, è scaturigine del principio della salvaguardia della dignità umana, la quale, proprio per la specifica connotazione assunta, non può essere irrimediabilmente sacrificata sull'altare dei vincoli finanziari imposti, salvo in taluni casi, come visto, nei quali i giudici costituzionali sembrano far leva, per giustificare la prevalenza delle misure economiche adottate, sulla loro portata contingente e del tutto eccezionale.

Una siffatta impostazione non sempre è stata coerentemente espressa nella dimensione multilivello. Sia consentito il riferimento alla sentenza n. 264 del 2012, sulla questione relativa alla possibilità che la retribuzione percepita all'estero, da porre a base del calcolo della pensione, potesse essere riproporzionata al fine di stabilire lo stesso rapporto percentuale previsto per i contributi versati nel nostro Paese nel medesimo periodo (cc.dd. "pensioni svizzere"<sup>61</sup>). La Corte costituzionale italiana non manca di rimarcare la diversità ontologica e funzionale del proprio sindacato rispetto a quello operato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che si pone in una visione sistematica e senz'altro non parcellizzata degli interessi in gioco. Nel caso di specie, il giudice costituzionale giustifica una compressione del diritto al trattamento pensionistico per motivi di interesse generale<sup>62</sup>, rappresentati in

---

<sup>61</sup> Questione, peraltro, ripresa da Corte cost. sentenza 20 giugno 2017, n. 166, nella quale la Corte costituzionale prende atto della mancata individuazione da parte del legislatore nazionale della soglia minima per il ricalcolo delle pensioni svizzere, tale da evitare la compressione del nucleo essenziale del diritto al trattamento pensionistico, concludendo per l'inammissibilità della stessa, lanciando però un monito al legislatore, poiché «*non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema segnalato dalla Corte di Strasburgo*».

<sup>62</sup> Cfr. «*Nell'attività di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti*» la Corte valuta se sussistono «*quindi quei preminenti interessi generali che giustificano il ricorso alla legislazione retroattiva*».

*Ed infatti, gli effetti di detta disposizione ricadono nell'ambito di un sistema previdenziale tendente alla corrispondenza tra le risorse disponibili e le prestazioni erogate, anche in ossequio al vincolo imposto dall'articolo 81, quarto comma, della Costituzione, ed assicura la razionalità complessiva del sistema stesso (sent. n. 172 del 2008), impedendo alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri, e così garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro*

concreto dalle esigenze di contenimento della spesa pubblica dettate dalla crisi economico-finanziaria europea. Sulla stessa fattispecie, si è pronunciata peraltro la Corte di Strasburgo (caso *Maggio c. Italia* del 31 maggio 2011), che è giunta ad una soluzione diametralmente opposta, non potendo lo Stato incidere sui diritti dei soggetti interessati al fine di assicurare la prevalenza dei vincoli di bilancio<sup>63</sup> (nel caso, del regime pensionistico attraverso una legge di interpretazione autentica).

Il *trend* che sembra consolidarsi nell'orientamento della Corte costituzionale è quello che porta sì a riconoscere la rilevanza del contesto economico nazionale, che si inquadra nel più ampio panorama europeo, senza legittimare, tuttavia, un sacrificio assoluto dei diritti sociali. Ad esempio, nella sentenza n. 192 del 2017, in tema di adozione di piani sanitari di rientro, il giudice costituzionale chiarisce che *«la garanzia di servizi effettivi, che corrispondono a diritti costituzionali, richiede certezza delle disponibilità finanziarie, nel quadro dei compositi rapporti tra gli enti coinvolti (sentenza n. 275 del 2016). Anche la tutela del diritto alla salute non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie disponibili (da ultimo, sentenza n. 203 del 2016), senza però che possa essere compromessa la garanzia del suo nucleo essenziale. A maggior ragione, tuttavia, la quantificazione delle risorse in modo funzionale alla realizzazione degli obiettivi previsti dalla legislazione vigente si impone, anche in questo ambito, come canone fondamentale e presupposto del buon andamento dell'amministrazione, che deve sempre essere rispettato da parte del legislatore (sentenza n. 10 del 2016)»* (cons.dir. 9.2.3.).

Alla luce di quanto detto, forse, occorre interrogarsi su un nodo cruciale nel contesto giuridico contemporaneo, ossia se «i diritti sociali (e i diritti in

---

*carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali.*

*È ispirata, invero, ai principi di uguaglianza e di proporzionalità una legge che tenga conto della circostanza che i contributi versati in Svizzera siano quattro volte inferiori a quelli versati in Italia e operi, quindi, una riparametrazione diretta a rendere i contributi proporzionati alle prestazioni, a livellare i trattamenti, per evitare sperequazioni e a rendere sostenibile l'equilibrio del sistema previdenziale a garanzia di coloro che usufruiscono delle sue prestazioni»* (Cons.dir. 5.3.).

<sup>63</sup> Cfr. «47. La Corte ha ...ritenuto che le considerazioni finanziarie non possono da sole determinare le controversie (vedi *Scordino c. l'Italia* (n. 1) [GC], n. 36813/97, § 132, CEDU 2006-V, e *Cabourdin c. la Francia*, n. 60796/00, § 37, 11 aprile 2006)», circa l'ingerenza dello Stato nell'amministrazione della giustizia, con conseguente dichiarazione della violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU (diritto ad equo processo)».

genere) godano, o no, di buona salute»<sup>64</sup> e la risposta, come si vedrà, risente anche del livello di tutela apprestato a livello territoriale.

### 3. Il punto di vista dell'autonomia finanziaria regionale

Il tema dell'autonomia finanziaria a livello infrastatale è strettamente collegato ai diritti sociali sotto molteplici profili, di natura materiale, formale e financo teorico generale. Sul piano materiale, non bisogna dimenticare come la spesa regionale sia essenzialmente spesa *sociale* vista la natura preponderante che – sul piano quantitativo – rivestono ad esempio la spesa sanitaria e quella relativa al trasporto pubblico<sup>65</sup>. Nello studio della giurisprudenza costituzionale sulle relazioni finanziarie tra livelli di governo questo aspetto rischia talvolta di essere perso di vista in quanto in genere – nelle parole del giudice costituzionale che più di frequente è stato relatore nei giudizi in materia – «*il confronto tra esigenze sociali e vincoli di spesa rimane sullo sfondo delle relazioni economiche tra le parti in causa*»<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> L'espressione è ripresa da RUGGERI, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come "sistema" (notazioni di metodo)*, in *giur.cost.*, II, 2015, 551.

<sup>65</sup> Nello stesso senso ad es. BUGLIONE, *Regional Finance in Italy: Past and Future*, in MANGIAMELI (ed.), *Italian Regionalism: Between Unitary Traditions and Federal Processes. Investigating Italy's Form of State*, Springer, 2014, 308 ss. I dati sono messi a disposizione (almeno fino al 2012) sul sito dell'ISSIRFA ([www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it)), sezione *Osservatorio Finanziario Regionale*, nonché all'interno delle relazioni annuali della CORTE DEI CONTI, SEZIONE DELLE AUTONOMIE, (da ultimo) *Relazione sulla gestione finanziaria delle Regioni. Esercizio 2015*, in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it). CARBONI, *Federalismo fiscale comparato*, Napoli, 2013, 136 ss. classifica l'esperienza italiana, assieme a quelle di Spagna e Regno Unito, all'interno del c.d. "federalismo fiscale di spesa" – contrapposto ai modelli "solidale" e "competitivo" – categoria caratterizzata dal permanere di un forte potere di coordinamento del livello centrale di governo e nella quale «*l'autonomia ... è posta generalmente in correlazione con alcune categorie di spesa (essenziali, fondamentali, ecc.) che corrispondono alla erogazione di servizi connessi ai diritti fondamentali dello Stato sociale e considerati di interesse nazionale*».

<sup>66</sup> Cfr. CAROSI, *Prestazioni sociali e vincoli di bilancio. Incontro di studio trilaterale Italia-Spagna-Portogallo (7 ottobre 2016)*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 8. Bisogna del resto ricordare che la Corte ha sempre mantenuto il conflitto sul piano delle competenze anche quando – nella fase più acuta della crisi economico-finanziaria – era lo Stato a invocare eccezioni rispetto al riparto costituzionalmente stabilito sulla base del principio di necessità, statuendo che nemmeno «*il principio salus rei publicae suprema lex esto non può essere invocato al fine di sospendere le garanzie costituzionali di autonomia degli enti territoriali stabilite dalla Costituzione*» (sent. n. 151 del 2012). Ciò non toglie che le esigenze manifestate dallo Stato abbiano trovato spesso ascolto presso la Corte tramite l'interpretazione

Dal punto di vista formale e processuale, i maggiori spazi di sindacabilità dei provvedimenti legislativi regionali rispetto a quelli statali agevolano l'emergere di questioni che toccano il rapporto fra vincoli finanziari e diritti sociali, come nel caso delle già richiamate sentt. n. 275 del 2016 e 192 del 2017<sup>67</sup>. La platea dei soggetti legittimati a porre in questione la legittimità delle leggi regionali sotto il profilo finanziario comprende infatti, oltre al Governo in sede di giudizio in via principale, la sezione regionale di controllo della Corte dei conti in via incidentale, in sede di giudizio di parifica del bilancio regionale<sup>68</sup>, nonché – ove sia intaccata l'autonomia finanziaria provinciale – i Tribunali Amministrativi Regionali nel giudizio d'impugnazione avverso i provvedimenti amministrativi delle Giunte regionali applicativi delle disposizioni finanziarie controverse<sup>69</sup>.

---

dello stesso riparto di competenze, come si vedrà *infra* a proposito della competenza concorrente relativa alla potestà di coordinamento della finanza pubblica.

<sup>67</sup> La difficile giustiziabilità dei principi introdotti dalla l.cost. 1 del 2012 nei confronti delle leggi statali di spesa venne subito notata ad esempio da SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, cit.: questione centrale è proprio fra l'altro la «fisiologica carenza di soggetti interessati all'impugnazione» (p. 4).

<sup>68</sup> Cfr. da ultimo sent. n. 89 del 2017. È opportuno ricordare che il giudizio di parificazione del bilancio regionale è stato introdotto in via generalizzata (essendo già presente in alcune Regioni a Statuto Speciale), con d.l. 174 del 2012, convertito con modificazioni con l. 213 del 2012, proprio al fine di intensificare i controlli sulla c.d. finanza pubblica allargata, comprensiva di quella delle autonomie, e «*quale necessario contrappeso della valorizzazione dell'autonomia, anche finanziaria, dei livelli di governo territoriali operata dalla riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione*», come ricorda MORGANTE, *I nuovi presidi della finanza regionale e il ruolo della Corte dei Conti nel d.l. n. 174/2012*, in *Federalismi.it*, 2 gennaio 2013.

<sup>69</sup> Cfr. sent. n. 10 del 2016. Si noti che i rapporti finanziari fra Regioni e Province hanno dato modo alla Corte di rendere giustiziabile il principio di sufficienza finanziaria, ovvero il principio di connessione risorse-funzioni stabilito dall'art. 119, c. 4, Cost. che si presenta sicuramente a essere uno dei principi cardine dell'autonomia finanziaria in un sistema basato essenzialmente sulle compartecipazioni delle Autonomie territoriali ai tributi erariali. Afferma infatti la Corte che «*l'entità della riduzione delle risorse necessarie per le funzioni conferite alle Province piemontesi si riverbera sull'autonomia di queste ultime, entrando in contrasto con detti parametri costituzionali, nella misura in cui non consente di finanziare adeguatamente le funzioni stesse*» (cons.dir. 6.1.). Di assoluto rilievo il collegamento che la Corte istituisce fra detto principio e quello di eguaglianza sostanziale, violato «*a causa dell'evidente pregiudizio al godimento dei diritti conseguente al mancato finanziamento dei relativi servizi*» (cons.dir. 6.3.). Si noti che la giustiziabilità del principio di connessione sul versante dei rapporti Regioni-Stato si rivela più arduo: per costante giurisprudenza della Corte, viene infatti giudicato inammissibile il ricorso della Regione che, lamentando la lesione del principio di connessione, non dimostri che i tagli rendono impossibile lo svolgimento delle funzioni regionali (v. ad es. sent. n. 89 del 2015), addossando quindi alle



A livello teorico generale, infine, l'elaborazione sul federalismo fiscale, nei suoi fondamenti, mira a coniugare i principi di autonomia e responsabilità, che si ripropongono alla pari nella riflessione sullo stato sociale<sup>70</sup>. Autonomia intesa come (autentica) discrezionalità politica nel determinare le priorità nell'allocazione delle risorse, cercando di rispondere alle istanze provenienti dalla società; specularmente, responsabilità come assunzione delle conseguenze giuridiche e politiche delle proprie decisioni, ma anche attenzione alla sostenibilità del sistema, anche sul piano intergenerazionale<sup>71</sup>.

È proprio con riferimento alle autonomie territoriali che d'altro canto la riforma costituzionale del 2012 si è rivelata più incisiva<sup>72</sup>. Questa affermazione trova già precisi riscontri in una rapida analisi del quadro normativo di riferimento. In primo luogo, l'art. 119, nuova formulazione, non mette a disposizione del legislatore regionale gli stessi spazi di manovra

Regioni una *probatio diabolica*, specialmente in assenza di un'opera strutturale di quantificazione dei costi *standard*.

<sup>70</sup> Questa riflessione si deve a BERTOLISSI, *Stato sociale e federalismo fiscale*, in ID., *Autonomia e responsabilità sono un punto di vista*, Napoli, 2015, 359 ss.

<sup>71</sup> Il livello di entrambi i fattori, peraltro, sembra al momento insoddisfacente. Per quanto riguarda l'*autonomia* finanziaria, si può concordare con il giudizio recentemente espresso da BALDINI, *Le autonomie territoriali tra bisogni dello stato sociale e vincoli degli interessi sovranazionali*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2017, 14, secondo il quale essa «rischia di essere eccessivamente compressa dai vincoli di spesa imposti, al riguardo, dalle fonti internazionali e comunitarie, come da quelle nazionali (queste ultime, con riferimento precipuo alle prime...), limitando di conseguenza la realizzazione delle politiche sociali a cui le istituzioni territoriali rappresentative sono chiamate». Si veda anche l'Editoriale, significativo fin dal titolo, di RIVOSECCHI, *Quel che resta dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, II, 2017. La *responsabilità* rischia di essere spesso ineffettiva, ove alle anticipazioni di cassa da parte del MEF nei confronti degli enti territoriali in situazione di difficoltà non si accompagni una sempre adeguata sorveglianza sulle leggi regionali di bilancio, specialmente nei casi in cui l'omessa impugnazione delle stesse sia determinata dalla contiguità politica tra esecutivi statale e regionale: v. sul punto ANTONINI, *I segni dei tempi: dal Veneto al Molise quale futuro per il regionalismo italiano?* in *Federalismi.it*, 22 febbraio 2017. Se si riconosce (come dimostra di fare ad esempio BALDINI, cit., 15) che la questione tocca «l'identità costituzionale dello Stato», espressa nell'opzione costituzionale a favore dell'autonomia territoriale in generale (art. 5 Cost.), e del regionalismo in particolare, essa non è di poco conto. Tanto più trattandosi dell'implementazione di vincoli derivanti dall'ordinamento UE si dovrebbe forse tenere in considerazione che la clausola del rispetto dell'identità nazionale (art. 4, par. 2, TUE), considera fra l'altro la stessa «insita nella struttura fondamentale [degli Stati membri], politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali».

<sup>72</sup> Per un quadro più ampio cfr. ad esempio SALERNO, *Autonomia finanziaria regionale e vincoli europei di bilancio*, Napoli, 2013.

con finalità anticicliche riconosciuti al legislatore statale dall'art. 81, tanto che solo per le autonomie si può dire viga rigorosamente il principio del pareggio (e non equilibrio) di bilancio. La modifica introdotta all'art. 117, con spostamento della materia "armonizzazione dei bilanci pubblici" dalla competenza concorrente a quella esclusiva statale, abilita il legislatore statale ad adottare norme di dettaglio sul punto. Ancora l'art. 119, c. 6, stabilisce limiti all'indebitamento delle Regioni, al quale è lecito ricorrere «*solo per finanziare spese di investimento, con la contestuale definizione di piani di ammortamento e a condizione che per il complesso degli enti di ciascuna Regione sia rispettato l'equilibrio di bilancio*». Sulla stessa linea, come anticipato, la legge rinforzata n. 243 del 2012 (artt. 9-12) disciplina in maniera decisamente più stringente la finanza regionale, a partire dall'equilibrio finanziario inteso come «*un saldo non negativo*», in termini di competenza e di cassa, tra le entrate e le spese, finali e correnti, sia nella fase di previsione che di rendiconto (art. 9)<sup>73</sup>.

In generale, si può affermare – con la dottrina pressoché unanime – che i vincoli finanziari europei e la loro ricezione a livello costituzionale hanno impresso una netta spinta centripeta nella nostra forma di Stato sul piano verticale<sup>74</sup>. Su questa linea, il legislatore statale ha cominciato a drenare

---

<sup>73</sup> La legge rinforzata è stata adottata sulla base dell'art. 81, c. 6, che demanda alla stessa di definire, nel rispetto dei principi stabiliti con legge costituzionale, «*il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito complesso delle pubbliche amministrazioni*» (ivi compresi naturalmente Regioni ed EE.LL.). Anche sulla base della sentenza della Corte cost. che si pronuncia sulla tale legge (n. 88 del 2014), la dottrina ha osservato come la potestà di coordinamento che si esplica tramite la legge rinforzata non subisca le stesse limitazioni del "coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario" previsto dall'art. 117, c. 3, Cost. (limitato – in teoria – alle sole norme di principio, trattandosi di potestà legislativa concorrente), potendo dunque includere anche norme di dettaglio: così (in senso critico) BRANCASI, *La Corte costituzionale al bivio tra il tradizionale paradigma del coordinamento finanziario e la riforma costituzionale "introduttiva del pareggio di bilancio"*, in *Giur.cost.*, 2, 2014, 1633 ss. e RIVOSECCHI, *Armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario (art. 177.3 )*, in R. BIFULCO-CELOTTO (a cura di), *Le materie dell'art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001. Analisi sistematica della giurisprudenza costituzionale sul riparto di competenze tra Stato e Regioni 2001-2014*, Napoli, 2015, 401 ss.

<sup>74</sup> Per dare alcuni riferimenti, all'interno di una bibliografia ampissima, cfr. ANTONINI, *L'autonomia finanziaria delle Regioni tra riforme tentate, crisi economica e prospettive*, in *Rivista AIC*, 4, 2014; BARTOLE, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni anche alla luce della legge costituzionale n. 1 del 2012*, in *Atti del Seminario di Studio "Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e delle Regioni. La lezione dell'esperienza"* (Palazzo della Consulta, 15 maggio 2015), disponibili in

risorse dai territori e a imporre alle Regioni vincoli di spesa sempre più stringenti e dettagliati, intervenendo anche su materie appartenenti alla potestà legislativa concorrente e alla potestà legislativa esclusiva delle regioni, giustificando tali misure come declinazioni della propria potestà di “coordinamento della finanza pubblica”, anche in riferimento al nuovo quadro normativo europeo<sup>75</sup>.

Il comportamento del legislatore statale, tuttavia, non è in sé sufficiente a determinare l’effettiva dinamica delle relazioni finanziarie all’interno di un sistema come quello italiano, a riparto di competenze costituzionalizzato e garantito dalla possibilità di rivolgersi al giudice costituzionale in caso di violazioni: l’analisi della giurisprudenza costituzionale si rivela dunque centrale per definire l’effettivo livello di garanzia dell’autonomia finanziaria regionale e l’impatto che sulla stessa ha avuto il mutamento del quadro normativo a livello sovranazionale<sup>76</sup>. In questo caso, il giudice delle leggi ha

*www.cortecostituzionale.it*; CARBONI, *Lo Stato regionale al tempo del rigore finanziario*, in *Rivista AIC*, 2, 2014.

<sup>75</sup> Se per quanto riguarda il *trend* generale l’affermazione può essere fatta in maniera netta, non si può però perdere di vista il fatto che – superata la fase più acuta della crisi – il legislatore ha cercato di approntare meccanismi meno invasivi rispetto all’autonomia finanziaria regionale. BELLETTI, *Corte costituzionale e spesa pubblica. Le dinamiche del coordinamento finanziario ai tempi dell’equilibrio di bilancio*, Torino, 2016, 143 ss. classifica queste misure come: coordinamento virtuoso (interventi tesi alla massima valorizzazione delle libertà economiche e della concorrenza, al fine di incentivare la ripresa); coordinamento per obiettivi (previsione del contributo di ciascun ente al risanamento della finanza pubblica, di certo più rispettosa dell’autonomia finanziaria rispetto alla posizione di un limite quantitativo a un preciso aggregato di spesa); intervento sussidiario del legislatore statale (norme in cui il legislatore prevede un meccanismo di riduzione della spesa volto a operare solo in assenza di un intervento regionale che assicuri il medesimo obiettivo); autocoordinamento (previsione di un’intesa all’interno della Conferenza unificata al fine di operare il riparto del contributo alla finanza pubblica delle Regioni per ambiti di spesa pubblica).

<sup>76</sup> Il ruolo del giudice costituzionale è a maggior ragione preponderante ove ci si trovi in presenza di esperienze (e conseguentemente di categorie dogmatiche) non consolidate come quella del “regionalismo” in generale, con la sua natura di forma intermedia fra stato federale e unitario: questo vale tanto con riferimento al caso italiano quanto a quello della Spagna, che non a caso è stata definita “stato giurisprudenziale autonomico” (LOPEZ GUERRA, *Il Tribunale costituzionale spagnolo e le autonomie regionali*, in D’ATENA (a cura di), *Federalismo e regionalismo in Europa*, Milano, 1994, 277). Sul piano teorico risulta peraltro ormai consolidato che l’articolazione del potere tra i diversi livelli non si presenta come un dato statico bensì dinamico, sottoposto a spinte centrifughe o centripete di natura fattuale o giuridica, come teorizzato da FRIEDRICH, *Trends of Federalism in Theory and in Practice*, London-New York, s.d. (richiamato da REPOSO, *Profili dello Stato autonomico. Federalismo e regionalismo*, II ed., Torino, 2005, 117 ss.). Le tensioni proprie del decentramento inteso come processo si rispecchiano non a caso nel... processo costituzionale (tanto quello sulle leggi in via di azione, quanto quello sui conflitti fra enti), nel quale si fronteggiano i diversi

nel complesso avallato gli interventi del legislatore statale sulla base proprio di una lettura ampia della potestà di “coordinamento della finanza pubblica”, la quale costituisce una funzione piuttosto che un ambito materiale di competenza. Il coordinamento risultando finalizzato, da un lato, ad affrontare l'emergenza finanziaria e, dall'altro, proprio a garantire il rispetto da parte dello Stato dei vincoli finanziari stabiliti a livello europeo, può limitare l'autonomia finanziaria anche in modo pregnante<sup>77</sup>. I requisiti di legittimità posti dalla giurisprudenza nei confronti delle norme statali “di coordinamento” che pongono limiti al potere di spese delle Regioni (globalità/non esaustività e temporaneità delle disposizioni) sono stati interpretati nel tempo in maniera piuttosto labile: il requisito della globalità e non esaustività delle disposizioni non impedisce di intervenire direttamente anche su *specifiche* voci di spesa, se le stesse sono di particolare rilevanza sul piano quantitativo<sup>78</sup>; il mancato rispetto del requisito della temporaneità, d'altra parte, non comporta la caducazione della norma ma l'adozione da parte della Corte di una sentenza additiva con la quale la Corte individua il termine finale della loro vigenza in un triennio<sup>79</sup>.

Le ricadute di questo quadro sui diritti sociali si rende evidente se si guarda ai settori materiali investiti dalle norme. Per violazione delle norme di coordinamento poste dallo Stato in materia di personale, per guardare a una recente pronuncia (sent. n. 72 del 2017), è stata dichiarata incostituzionale una legge della Regione Basilicata esplicitamente volta ad «assicurare la continuità nell'erogazione dei servizi sanitari, dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA) e l'ottimale funzionamento delle strutture», e in particolare la disposizione che stabiliva che le spese volte a coprire alcune carenze di personale non si computassero agli effetti del rispetto di tutti i vincoli di spesa complessiva del personale stabiliti dalla normativa nazionale. Come si vede, la finalità di garantire i LEA non vale a giustificare il mancato rispetto delle norme di coordinamento finanziario: in altri termini, in caso di finanze regionali dissestate la compromissione degli stessi livelli

---

soggetti coinvolti, spettando poi alla fine al giudice costituzionale di tracciare le linee lungo le quali si svolgono le relazioni fra livelli di governo.

<sup>77</sup> La questione è approfondita ad esempio da ALBANESI, *La giurisprudenza ed il ruolo della Corte costituzionale nel delineare i rapporti tra Stato e Regioni alla luce del principio di equilibrio di bilancio (nel contesto della crisi economica)*, in AA.VV., *Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*, Napoli, 2016.

<sup>78</sup> Cfr. ad es. sentt. nn. 69 del 2011 e 289 del 2013.

<sup>79</sup> Cfr. ad es. sent. n. 64 del 2016. BELLETTI, *Corte costituzionale e spesa pubblica*, cit., osserva come la Corte aggiunga talvolta il requisito della proporzionalità dell'intervento statale rispetto alla situazione economica concreta della Regione (sent. n. 272 del 2015).

essenziali delle prestazioni può essere talora un prezzo da pagare alle regole di finanza pubblica<sup>80</sup>.

Descritta la tendenza generale, sembra però possibile trarre dallo studio della giurisprudenza che più direttamente investe la manovra di finanza pubblica regionale (leggi di approvazione del bilancio preventivo, del rendiconto, legge finanziaria regionale) alcune considerazioni più problematiche, che mettono in luce l'intreccio nelle questioni in esame delle nuove regole sovranazionali con le contingenti esigenze di contenimento e controllo della spesa pubblica di un sistema che presentava già in sé elementi di crisi strutturale e con gli interventi che la giurisprudenza e il legislatore nazionale avevano autonomamente posto in essere per cercare di farvi fronte. Per cominciare, risulta di sicuro interesse la sentenza n. 184 del 2016, inerente la disciplina di finanza pubblica introdotta dalla Regione Toscana: in essa il giudice costituzionale afferma che lo spostamento della materia "armonizzazione dei bilanci pubblici" dalla competenza legislativa concorrente a quella esclusiva statale, compiuto dalla l.cost. 1 del 2012, si sarebbe reso necessario in quanto la verificabilità del rispetto delle regole comunitarie necessita l'aggregabilità dei dati della finanza pubblica allargata, ovvero il consolidamento dei conti. In effetti, un vincolo finanziario introdotto in un contesto di disomogeneità contabile è un vincolo in realtà indeterminato, in quanto allo stesso dato aggregato possono essere dati significati diversi<sup>81</sup>. Il d.lgs. 118 del 2011, in materia di armonizzazione

---

<sup>80</sup> Non è possibile in questa sede approfondire la delicata questione relativa ai piani di rientro sanitari, che rappresentano un'altra questione rilevante nel panorama della finanza regionale: essi – in caso di dissesto finanziario del sistema sanitario – mirano a conciliare l'esigenza del rispetto dei LEA con la sostenibilità finanziaria del sistema e, in virtù della espressa norma statale che conferisce agli stessi carattere vincolante, costituiscono principi di coordinamento della finanza pubblica (v. ad es. sentt. nn. 141 del 2010, 77 del 2011, 123 del 2011, 91 del 2012). Come osserva tuttavia ELTRUDIS, *Le implicazioni dei piani di rientro sull'autonomia finanziaria regionale*, Dicembre 2014, in [www.csfederalismo.it](http://www.csfederalismo.it), spesso il ruolo preponderante svolto dal MEF fa sì che le esigenze finanziarie risultino prevalenti anche rispetto alla garanzia effettiva dei livelli essenziali delle prestazioni.

<sup>81</sup> È il fenomeno dei c.d. "dialetti contabili", derivante dall'attribuzione della materia "armonizzazione dei bilanci pubblici" da parte della riforma del 2001 alla competenza legislativa concorrente, per il quale convivevano all'interno del sistema significative diversità nella redazione dei documenti contabili, con l'effetto che si veniva a creare «*un anomalo federalismo contabile che impediva quella confrontabilità delle politiche che costituisce, invece, la ragione stessa del federalismo fiscale*» (ANTONINI, *Armonizzazione contabile e autonomia finanziaria degli enti territoriali*, in *Rivista AIC*, 1, 2017, 2). In altri termini – per tornare al binomio delineato all'inizio del paragrafo – l'autonomia e responsabilità non si ponevano in correlazione ma in conflitto. Un esempio può essere utile a chiarire il rapporto fra vincoli finanziari e armonizzazione contabile. Nell'ordinamento contabile della Regione

dei bilanci degli enti territoriali, viene dunque elevato a norma interposta nel giudizio di costituzionalità e costituisce “limite esterno” alla discrezionalità del legislatore regionale, che non può aggirarne i vincoli, ma può introdurre regole più stringenti o declinare ulteriori contenuti dei documenti finanziari, al fine ad esempio di renderli più comprensibili ai non addetti ai lavori<sup>82</sup>.

Si notino però in questo ragionamento gli aspetti cronologici. Il d.lgs. del 2011 – introdotto in attuazione della legge delega sul federalismo fiscale n. 42 del 2009 – viene considerato norma interposta nel giudizio di costituzionalità avente come parametro l’art. 117, c. 2 come novellato dalla l.cost. 1 del 2012. Questo *iter* argomentativo pone bene in luce l’intrecciarsi del percorso di attuazione del c.d. federalismo fiscale, come già avviato in Italia dal 2009, e le nuove regole poste in attuazione dei vincoli europei<sup>83</sup>.

---

Friuli Venezia Giulia era ad esempio presente un istituto (superato proprio nell’ottica dell’armonizzazione contabile) denominato “debito potenziale”, ovvero debito autorizzato ma non emesso – avendo la Regione fatto fronte alle spese con altri mezzi – che nel tempo aveva assunto un’entità superiore al debito effettivo. Tale debito (si ricordi, meramente potenziale) generava però cospicui residui attivi che concorrevano alla determinazione dell’avanzo finanziario: il mantenimento di tale espediente, con evidente funzione acceleratoria della spesa, sarebbe stato quindi incompatibile con l’applicazione omogenea del vincolo del pareggio di bilancio (maggiori riferimenti in CORTE DEI CONTI – SEZIONE DI CONTROLLO DELLA REGIONE FRIULI VENEZIA GIULIA, *Relazione sul rendiconto generale della Regione Friuli Venezia Giulia per l’esercizio finanziario 2014*, dep. 5 agosto 2015, disponibile sul sito istituzionale della Corte).

<sup>82</sup> Più specificamente su questa sentenza, v. DELLEDONNE, *Le leggi regionali di contabilità, dopo l’entrata in vigore della legge costituzionale n. 1/2012. Alcune considerazioni sulla sentenza n. 184/2016 della Corte costituzionale*, in *Osservatoriosullefonti*, 3, 2016.

<sup>83</sup> La l. 42 del 2009 sul federalismo fiscale è stata lungamente attesa dopo la riforma costituzionale del 2001. La Corte costituzionale aveva infatti stabilito, almeno con riferimento alle Regioni ordinarie, che l’autonomia impositiva delle stesse non potesse esercitarsi senza un intervento normativo di coordinamento del legislatore statale, che ne definisse forme e limiti (v. ad es. sentt. nn. 37 del 2004 e 102 del 2008). I numerosi commenti alla stessa (fra i quali ci si limita a richiamare D’IGNAZIO-GAMBINO (a cura di), *Il federalismo fiscale. Commento articolo per articolo della legge n. 42*, Rimini, 2009; NICOTRA-PIZZETTI-SCOZZESE (a cura di), *Il federalismo fiscale*, Roma, 2009; FERRARA-SALERNO (a cura di), *Il federalismo fiscale*, Napoli, 2010) hanno messo da subito in luce il carattere ampio e indeterminato dei criteri direttivi della legge delega, destinati a dover essere riempiti di contenuto dai decreti di attuazione. Questi tuttavia hanno fatto ampio ricorso all’ulteriore differimento delle determinazioni concrete volte a far “partire” il federalismo fiscale, adottando ulteriori deleghe a provvedimenti governativi non ancora adottati, in quello che è stato definito «gioco all’ulteriore rinvio» (così CARROZZA, *La legge sul federalismo fiscale. Alcuni spunti di riflessione*, in CAMPANELLI (a cura di), *Quali prospettive per il federalismo fiscale. L’attuazione della legge delega tra analisi del procedimento e valutazione dei contenuti*, Torino, 2011). La coincidenza della crisi economico-finanziaria con l’attuazione del

Si può ancora osservare come lo scrutinio del giudice costituzionale sulle leggi regionali di bilancio – fino alla recentissima sentenza n. 89 del 2017 – è stato svolto finora sempre sulla base della vecchia formulazione dell’art. 81 Cost., e non quindi ancora sulla versione introdotta dalla riforma del 2012. Nonostante questo, è osservazione comune che la Corte avrebbe operato una sostanziale “anticipazione” della regola dell’equilibrio di bilancio ricavandola in via interpretativa dall’art. 81, c. 4, Cost. (testo vigente *ratione temporis*), ovvero ritenendo applicabile – in maniera peraltro contestata – l’obbligo di copertura ivi previsto anche alla legge regionale di bilancio e non solo alle leggi di spesa<sup>84</sup>.

Particolarmente penetrante può essere sul punto il sindacato della Corte, in quanto – sempre nelle parole della più recente pronuncia – «*la regolarizzazione della tenuta dei conti non consiste nel mero rispetto della sequenza temporale degli adempimenti legislativi ed amministrativi afferenti al bilancio preventivo e consuntivo. Il nucleo della sana gestione finanziaria consiste, al contrario, nella corretta determinazione della situazione economico-finanziaria da cui prende le mosse e a cui, successivamente, approda la gestione finanziaria*» (cons.dir. 8.)<sup>85</sup>. Nella dinamica di questa

federalismo fiscale ha tuttavia avuto un impatto determinante sulla stessa, a causa delle pressanti esigenze di contenimento della spesa, tanto che vi è chi ha parlato di un federalismo della crisi, «*tutto attento ai profili della spesa... poco attento a quelli dell’entrata*» (URICCHIO, *Il federalismo della crisi o la crisi del federalismo?*, Bari, 2012, 15 ss.). Icastico, sull’attuale stato del federalismo fiscale, il passaggio nel manuale D’ATENA, *Diritto regionale*, dalla Seconda (2013) alla Terza edizione (2017), relativamente alla l. 42/2009 dal sottotitolo «... e la sua attuazione» a quello «... e la sua attuazione/inattuazione».

<sup>84</sup> Classico esempio è la sent. n. 70 del 2012, sulla quale RIVOSECCHI, *Il c.d. pareggio di bilancio tra corte e legislatore, anche nei suoi riflessi sulle regioni: quando la paura prevale sulla ragione*, in *Rivista AIC*, 3, 2012, 5 ss., osservava come la stessa potesse essere letta come un intervento quasi “d’anticipo” della giurisprudenza costituzionale rispetto al legislatore – il parlamento stava appunto vagliando l’introduzione del pareggio di bilancio in Costituzione – e come costituisse un *novum* nella stessa giurisprudenza «*la scelta di estendere l’obbligo costituzionale di copertura alla legge regionale di bilancio, atteso che... si tratta comunque dell’unica legge non espressamente soggetta all’obbligo di copertura*»: fino ad allora l’obbligo di copertura era stato sanzionato quasi esclusivamente nei confronti di leggi regionali di spesa. Da allora la Corte, come si vede anche dalla più recente pronuncia, ha sempre mantenuto costante questa scelta interpretativa, volta evidentemente a rispondere già in via d’interpretazione all’esigenza di controllo della finanza pubblica allargata.

<sup>85</sup> Il ragionamento compiuto dalla Corte si inserisce in un processo di evoluzione del concetto di *legalità finanziaria*, che affonda a sua volta le radici anche nell’ordinamento europeo: COGLIANDRO, *La legalità finanziaria nell’ordinamento italiano ed in quello europeo*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 4, 2010, 168 ss. delinea a questo proposito una contrapposizione fra il tradizionale approccio astratto e formale seguito nel controllo a quello concreto e sostanziale proprio dell’Audit europeo, per il quale il fine è non solo e non tanto

valutazione del giudice costituzionale assume un'importanza centrale il precedente controllo sulla gestione svolto dalla Sezione regionale di controllo della Corte dei conti, che rappresenta il primo vaglio oggettivo e imparziale sulla regolarità della gestione regionale: non a caso vi è chi parla di “contabilizzazione” del giudizio costituzionale<sup>86</sup>. Anche la situazione di *fatto* è considerata con attenzione al fine di valutare la regolarità della tenuta della contabilità regionale (e la natura meramente formale o piuttosto sostanziale delle irregolarità) e la “credibilità” delle risultanze finanziarie: la sottoposizione della Regione a una procedura di rientro in materia sanitaria<sup>87</sup>, come anche dalla necessità di ricevere anticipazioni di cassa da parte dello Stato<sup>88</sup>, offrono argomenti per ricostruire la situazione in via induttiva. La Corte dimostra dunque di tenere in considerazione la peculiare situazione di grave dissesto finanziario in cui alcune realtà si trovano nel

---

rilevare la congruità o meno del fatto contabile con il parametro astratto (secondo lo schema dicotomico validità/invalidità, regolarità/irregolarità), quanto valutare la qualità effettiva della gestione e – in caso di irregolarità – il *follow up*, ovvero la correzione dell'errore e l'adozione delle prassi corrette. Peraltro, la legalità finanziaria sembra in questo modo inserirsi appieno nella parabola dello stesso *principio di legalità* dell'azione amministrativa in generale, sia con riferimento all'integrazione con le fonti sovranazionali, sia rispetto alla maggiore importanza assunta dai profili sostanziali rispetto a quelli formali, come emerge anche dallo studio comparato di D'ORLANDO, *Lo statuto costituzionale della pubblica amministrazione. Contributo allo studio dei fenomeni di convergenza tra ordinamenti nello spazio giuridico europeo*, Padova, 2013.

<sup>86</sup> Cfr. MOLLI CA POETA, *L'autonomia degli enti territoriali alla prova della crisi economica: nuovi vincoli ed equilibrio di bilancio*, in *www.gruppodipisa.it*. L'espressione non deve peraltro generare l'impressione (sbagliata) che i controlli della Corte dei conti abbiano la funzione di comprimere e limitare l'autonomia finanziaria regionale. Nella propria funzione di presidio della corretta gestione finanziaria, la Corte può svolgere al contrario anche un'importante funzione di tutela dell'autonomia stessa: è ad esempio il caso trattato dalla sent. n. 188 del 2016 della Corte costituzionale, sull'extragetito IMU relativo ai Comuni della Regione Friuli Venezia Giulia, nel quale – in presenza di una situazione di contestazione dei dati contabili tra Stato e Regione – gli accertamenti compiuti, in sede di parificazione del rendiconto regionale 2014, dalla Corte dei conti, sezione regionale di controllo, hanno avuto una posizione preminente ai fini della prova della lesione subita dalla Regione sul piano finanziario. Per una descrizione del quadro complessivo in cui si inserisce la controversia, v. AA.VV., *La finanza locale*, in D'ORLANDO-MEZZETTI, *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Friuli Venezia Giulia*, Torino, 2017 (in corso di pubblicazione). La dinamica descritta è peraltro coerente con la funzione della Corte dei conti come organo dello Stato-comunità e non dello Stato-apparato, più volte ribadita dalla Corte cost. (v. ad es. sent. n. 60 del 2013): sul punto ci si permette di rinviare a RIVERA, *Il coordinamento della finanza pubblica tra riforma istituzionale e giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 1, 2017, part. 934 ss.

<sup>87</sup> Cfr. anche sent. n. 107 del 2016.

<sup>88</sup> Cfr. ad es. sent. n. 89 del 2017.



sindacare gli atti legislativi che compongono le rispettive manovre finanziarie<sup>89</sup>.

Una pronuncia emblematica dell'ultimo anno è infine senza dubbio la n. 107 del 2016, relativa alla legge di assestamento del bilancio di previsione 2014 della Regione Molise<sup>90</sup>: il parametro è sempre costituito dalla precedente formulazione dell'art. 81. Tralasciando i profili strettamente contabili, il punto essenziale della pronuncia è costituito senza dubbio dal monito nei confronti dello Stato, che non impugnando la precedente legge di bilancio (avente funzione autorizzatoria della spesa) non avrebbe impedito la spendita delle risorse finanziarie a disposizione della Regione, che avrebbero dovuto essere destinate a risanare il quadro di esposizione debitoria dell'ente. L'azione a tutela del principio di equilibrio di bilancio, ora esplicitamente contenuto nell'art. 81 Cost., risulterebbe dunque "obbligatoria" per lo Stato, quale custode della finanza pubblica allargata, che la deve esercitare con un criterio di «*assoluta imparzialità, trasparenza e coerenza*» (cons. dir. 3.)<sup>91</sup>.

Anche in questa pronuncia il "peso" dei vincoli europei rimane essenzialmente recessivo: gli effetti della *mala gestio* di alcuni enti territoriali sono valutati soprattutto nell'ottica della loro ricaduta sulla situazione finanziaria dei medesimi, «*anche in termini di equità intergenerazionale*», ove per il loro riassorbimento siano necessari periodi di tempo molto lunghi (cons.dir. 4.1.). In questo stesso senso, ritornando alla sentenza n. 184 del 2016, in uno dei passaggi di più ampio respiro la Corte collega strettamente la qualità della gestione finanziaria con la democraticità del sistema, definendo il bilancio come un "bene pubblico", «*nel senso che è funzionale a sintetizzare e rendere certe le scelte dell'ente territoriale, sia in ordine all'acquisizione delle entrate, sia all'individuazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche, onere inderogabile per chi è chiamato ad amministrare una determinata collettività ed a sottoporsi al giudizio finale afferente al confronto tra il programmato e il realizzato*» (cons.dir. 3.).

---

<sup>89</sup> Il tema del "fatto" è stato di recente considerato organicamente da OLIVITO, *Il fatto nel giudizio sulle leggi*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it) (versione provvisoria), la quale pone da subito il problema dell'ingresso del dato di fatto all'interno del processo costituzionale: relativamente ai documenti finanziari in ogni caso l'istruttoria ha natura essenzialmente cartolare, basandosi sui dati contabili messi a disposizione da soggetti diversi dall'ente territoriale (in genere il MEF) e sulle risultanze dei controlli.

<sup>90</sup> Sulla quale, è opportuno richiamare ANTONINI, *I segni dei tempi*, cit.

<sup>91</sup> In questo senso MOLLICA POETA, *L'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione per violazione dell'art. 81 Cost. Riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 107 del 2016*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2017.

La Corte pone così chiaramente in luce i termini in cui si svolge un *virtuoso* rapporto tra autonomia e responsabilità: un'autentica autonomia si concretizza nell'assunzione di responsabilità da parte del livello di governo territoriale che decide di adottare determinate politiche, nel rispetto del canone della loro sostenibilità a livello finanziario e del dovere di renderne conto in maniera trasparente agli elettori. In altri termini, la «*coessenzialità tra principio democratico e autonomia finanziaria*» segna il confine «*tra armonizzazione e differenziazione contabile*»<sup>92</sup>.

#### 4. Conclusioni

Il quadro giurisprudenziale offerto è sicuramente complesso e variegato e rende difficile trarre delle conclusioni nette. Ma è forse proprio la *complessità* in sé e per sé, assieme al continuo intrecciarsi tra profili fattuali e giuridici, ad essere il vero dato costitutivo di quello che è stato chiamato “costituzionalismo della crisi”, posto di fronte all'impossibilità di porre regole apparentemente solide e certe e costretto invece a continui e controversi bilanciamenti dettati dalle contingenze<sup>93</sup>.

La dialettica che emerge dalle pronunce esaminate è evidente: da un lato, il nuovo ordinamento finanziario – profondamente mutato sulla base della normativa europea – rappresenta un vincolo per lo Stato e per i diversi livelli di governi substatuali nell'allocazione delle risorse economiche; d'altra parte, il testo costituzionale costituisce una tavola valoriale<sup>94</sup> nel cui tracciato deve inserirsi la garanzia delle prestazioni sociali, il cui ridimensionamento è rimesso alla determinazione discrezionale del legislatore statale e regionale,

---

<sup>92</sup> Cfr. ANTONINI, *Armonizzazione contabile e autonomia finanziaria degli enti territoriali*, cit., 14.

<sup>93</sup> L'espressione è mutuata da GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012. L'impatto della crisi sugli ordinamenti costituzionali si rende evidente sotto molteplici aspetti: da quello della forma di stato (compressione dei diritti sociali, costituzionalizzazione di nuovi principi in materia di politica economica, ruolo dei diversi livelli di governo territoriale), a quello della forma di governo (con uno sbilanciamento a favore degli Esecutivi rispetto ai Parlamenti, dovuto alla maggiore “responsività” dei primi alle emergenze e alla posizione di interlocutore diretto con le istituzioni sovranazionali), fino al ruolo della giustizia costituzionale. Sul punto, anche in chiave comparata, attraverso lo studio degli Stati che si sottopongono a misure di *bail-out*, cfr. BARAGGIA, *La “stretta condizionalità” negli ordinamenti costituzionali degli Stati in bailout: verso una “constitutional mutation”?* in questa Rivista.

<sup>94</sup> In tal senso, sent. n. 10 del 2016.

che, però, non deve trasmodare in una definizione arbitraria dei valori costituzionali da tutelare e in una compressione del “nucleo duro” dei singoli diritti.

Sul piano dei rapporti verticali emerge poi un atteggiamento piuttosto contraddittorio del livello statale nell’attuazione dei vincoli europei, non sempre forse contrastato con la dovuta decisione dal giudice costituzionale: da un lato, l’interpretazione pervasiva e accentratrice dei propri poteri di coordinamento con sacrificio dell’autonomia di spesa anche degli enti più virtuosi, dall’altro, la clamorosa omessa vigilanza nei confronti di Regioni che manifestano una notoria tendenza al non rispetto dei medesimi vincoli, con impatto su tutto il sistema.

In sintesi, la sostenibilità della finanza pubblica – nella dimensione *complessa* delle sue articolazioni territoriali – non può essere rimessa alla *bontà* degli attori politici coinvolti, bensì, al contrario, al loro *buon senso* nella visione solidarista che sintetizza la portata dell’ordinamento nazionale: sulle loro scelte vigila il giudice costituzionale, conscio che la condizionalità finanziaria non può giustificare un eccessivo sacrificio dei diritti sociali ma che – allo stesso tempo – una finanza pubblica sana è condizione di sostenibilità del sistema, anche in ottica intergenerazionale<sup>95</sup>. Riprendendo il titolo: un difficile rapporto di reciproca condizionalità.

---

<sup>95</sup> Come si è potuto notare nel corso del contributo, la giurisprudenza costituzionale richiama ormai non raramente l’impatto intergenerazionale delle decisioni finanziarie quale profilo da considerare ai fini del giudizio: gli attuali decisori politici sono quindi chiamati a valutare le conseguenze delle politiche adottate sulle generazioni future (non solo sotto il profilo finanziario ma anche, ad esempio, su quello ambientale, etc.). Sebbene si tratti di una questione troppo ampia per essere trattata in questa sede, ci si limita a segnalare come ci si sia posti il problema di quale sia il fondamento di tale responsabilità. Sul piano filosofico, punto di riferimento resta la teoria di JONAS, *Das Prinzip Verantwortung* (1979), trad.it. *Il principio di responsabilità. Un’etica per il futuro*, Torino, 1993, particolarmente correlata con lo sviluppo della tecnica – che rende possibile all’agire dell’uomo di produrre cambiamenti irreversibili e porre in gioco la stessa esistenza del mondo – secondo la quale l’azione umana deve essere quantomeno compatibile (a livello macroscopico) con la sopravvivenza della vita umana sulla terra. Il principio di responsabilità grava, a giudizio dell’Autore, non solo sul singolo individuo ma anche sullo Stato complessivamente inteso. In ambito giuridico si può richiamare la posizione di R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, cit., il quale – riprendendo il pensiero hartiano circa la configurabilità di un “contenuto minimo” di diritto naturale in ogni sistema giuridico – considera la responsabilità intergenerazionale come diretta espressione di un siffatto concetto, che è suscettibile, quindi, di esplicitarsi non solo in senso sincronico, ma anche diacronico.

## **CARROTS, STICKS, AND THE RULE OF LAW. EU POLITICAL CONDITIONALITY BEFORE AND AFTER ACCESSION**

**Matteo Bonelli**

*Phd Researcher, Faculty of Law, Maastricht University*

*Le istituzioni europee non hanno ancora saputo trovare soluzioni efficaci alle crisi costituzionali in Ungheria e Polonia. La UE si scontra con un 'dilemma di Copenaghen': fino al momento dell'adesione è in vigore un robusto sistema di condizionalità politica, ma da quel momento in avanti la UE non ha più a sua disposizione meccanismi di 'carota e bastone'. Il ruolo delle istituzioni UE rimane oggetto di contestazioni e gli altri meccanismi esistenti si sono dimostrati inadeguati. Ulteriori discussioni sulla possibile estensione di meccanismi di condizionalità politica dopo l'allargamento paiono necessarie.*

*EU institutions have so far failed to find effective answers to the backsliding of Hungary and Poland. The EU faces a 'Copenhagen dilemma': while before accession it has put in place a robust system of political conditionality, after accession the EU does not have at its disposal 'carrot and stick' mechanisms. The role of EU institutions is still contested and existing procedures have proved inadequate. Further reflections on the possible extension of political conditionality schemes after accession are necessary.*

### **Table of contents:**

1. Introduction
2. Political conditionality, carrots, and sticks in the enlargement policy
3. The Copenhagen Dilemma
4. The contested role of the EU
5. The shortcomings of current post- accession mechanisms
6. Post-accession conditionality? Challenges and future

## 1. Introduction

Since its adoption in April 2011, the Hungarian Basic Law has been the subject of much international scrutiny. According to several observers, the new constitutional text contributed to the transformation of the country into an «illiberal democracy».<sup>1</sup> Other European states,<sup>2</sup> the Council of Europe,<sup>3</sup> and even the United States<sup>4</sup> expressed their concerns. This development raised complex dilemmas for the “European Constitutional Area”<sup>5</sup> and in particular for the European Union. EU institutions were forced to reflect on how they could uphold the rule of law and other EU values<sup>6</sup> when a Member State takes measures threatening or breaching them. After more than six years, the EU has yet to find a convincing answer to the question. Indeed, despite the activation of infringement proceedings and the adoption of several European Parliament resolutions,<sup>7</sup> Viktor Orban and his government have not backed down from their illiberal project,<sup>8</sup> as the approval, in Spring

---

<sup>1</sup> On the concept of «illiberal democracies», see e.g. ZAKARIA, *The Rise of Illiberal Democracies*, in *Foreign Affairs*, 1997, 22.

<sup>2</sup> EUOBSERVER, *Germany to Hungary: New constitution breaches EU values*, 19-04-2011, [www.euobserver.com/justice/32208](http://www.euobserver.com/justice/32208), last accessed on 20-10-2017.

<sup>3</sup> See e.g. Venice Commission, Opinion no. 621/2011 on the new Constitution of Hungary, 17–18 June 2011, CDL-AD(2011)016 and Opinion no. 70/2013 on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary, 17 June 2013, CDL-AD(2013)012.

<sup>4</sup> REUTERS, *Clinton concerned about democratic freedoms in Hungary*, 30-06-2011, <http://www.reuters.com/article/us-hungary-clinton-idUSTRE75T2IY20110630>, last accessed on 20-10-2017.

<sup>5</sup> VON BOGDANDY – SONNEVEND (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area – Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Oxford, 2015.

<sup>6</sup> See Article 2 TEU: «The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities».

<sup>7</sup> See in particular: European Parliament, Resolution of 5 July 2011 on the Revised Hungarian Constitution, Doc. P7TA(2011)0315; Resolution of 16 February 2012 on the recent political developments in Hungary, Doc. P7\_TA(2012)0053; Report of 25 June 2013 on the situation of fundamental rights: standards and practices in Hungary, Doc. A7-0229/2013; Resolution of 17 May 2017 on the situation in Hungary, Doc 2017/2656(RSP)).

<sup>8</sup> Orban himself argued that his project entails the creation of “an illiberal state, a non-liberal state”: see Viktor Orban, Speech at the 25th Bálványos Summer Free University and Student Camp’, 26 July 2014, [www.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/prime-minister-viktor-orban-s-speech-at-the-25th-balvanyos-summer-free-university-and-student-camp](http://www.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/prime-minister-viktor-orban-s-speech-at-the-25th-balvanyos-summer-free-university-and-student-camp), last accessed on 20-10-2017.

2017, of the so-called “CEU law” and of restrictive measures against foreign-funded NGOs show.<sup>9</sup>

Furthermore, Hungary has not remained an isolated case. Romania has experienced a “constitutional crisis” in 2012 and another intense political crisis in January 2017.<sup>10</sup> Perhaps most significantly, the other great success story of EU enlargement, Poland, has seen its Constitutional Tribunal paralyzed and later “packed” by the new Law and Justice majority, which has then attempted to push forward a full-scale reform of the judicial system.<sup>11</sup> In several EU Member States, therefore, the foundation of the European project on democracy, the rule of law, and human rights seems to be threatened.<sup>12</sup>

The key question for the EU today is less one of institutional commitment to the protection of the values - this has been strengthened in many respects - and more one of EU *capacity* to achieve concrete results. While EU institutions<sup>13</sup> took action against both Hungary and Poland, the outcome of EU’s intervention is widely considered disappointing.<sup>14</sup> The grasp on power of Fidesz and PiS seem consolidating, rather than declining, with key institutions dismantled or captured by the leading parties.

---

<sup>9</sup> REUTERS, *Hungary passes law targeting Soros-founded university, thousands protest*, 04-04-2017, [www.reuters.com/article/us-hungary-soros-parliament-idUSKBN17619Q](http://www.reuters.com/article/us-hungary-soros-parliament-idUSKBN17619Q), last accessed on 20-07-2017.

<sup>10</sup> On the 2012 crisis: VON BOGDANDY – SONNEVEND (eds.), *supra* fn. 5.

<sup>11</sup> On Poland, see *infra* Section 5.

<sup>12</sup> This paper does not aim to analyze the *reasons* of these threats, but the emergence of “populism” may certainly be seen as one of the key elements in this respect. On the concept of populism, see MULLER, *What is Populism?*, Philadelphia, 2016; on the effects of the populist growth on European values, see PINELLI, *The Populist Challenge to Constitutional Democracy*, in *European Constitutional Law Review*, 2011.

<sup>13</sup> The exceptions are the Council and the European Council, which have mostly remained silent: see OLIVER – STEFANELLI, *Strengthening the Rule of Law in the EU: The Council’s Inaction*, in *JCMS*, 2016, 1075. It is a positive sign, however, that in May 2017, for the first time, the Council held a discussion on the rule of law developments in Poland: see General Affairs Council, Outcome of the Council Meeting, Brussels, 16 May 2017, Doc. 9299/17.

<sup>14</sup> In this sense, almost all the contributions in CLOSA - KOCHENOV (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge, 2016; JAKAB – KOCHENOV (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values*, Oxford, 2017. See also the editorials of leading EU (constitutional) law journals: CMLR – EDITORIAL COMMENTS, *Safeguarding EU values in the Member States – Is something finally happening?*, in *Common Market Law Review*, 2015, 619; EUPAPERS – EDITORIAL COMMENTS, *Enforcing the Rule of Law in the EU. In the Name of Whom?*, in *European Papers*, 2016, 711; EUCONST – EDITORIAL COMMENTS, *Talking about European Democracy*, in *European Constitutional Law Review*, 2017, 207.

This difficulty in exercising post-accession oversight has been defined as the EU “Copenhagen dilemma”.<sup>15</sup> The reference is to the system of political conditionality based on the Copenhagen criteria – in particular, the political criterion - applicable in the enlargement policy.<sup>16</sup> This paper reflects on this dilemma and on the difficulties currently faced by the Union by contrasting the experience of post-accession oversight with the comprehensive and intensive system of scrutiny in place in the enlargement policy. Whereas pre-accession political conditionality is based on a “carrot and stick” approach (or rather carrots and sticks), the same framework is not applicable once a country has joined the Union. After accession, it is questionable whether we can at all speak of *political conditionality*, as will be showed later.

This paper begins therefore with an overview, presented in Section I, of the framework of political conditionality created by Art.49 TEU and the Copenhagen criteria. Then, the focus shifts in Section II on the post-accession context and the emergence of the Copenhagen dilemma. This work argues that two are the main difficulties faced by the EU in upholding values after accession: first, the *role* of the EU is contested (Section III); secondly, existing *mechanisms* present significant weaknesses (Section IV).<sup>17</sup> Finally, the conclusive part of the paper (Section V) discusses whether and how the system in place in the enlargement policy could be translated to the post-accession phase, whether it can inspire further reforms of the system aimed at strengthening the ability of the EU to uphold its values in its Member States.

## 2. Political conditionality, carrots, and sticks in the enlargement policy

Originally, membership of the European Economic Community was regulated simply by a geographic criterion: “Any *European* state” could apply to become a EEC member.<sup>18</sup> The original Treaties did not provide explicit political conditions to be fulfilled by present or future members of the organization, reflecting the “silence” of the EEC Treaty in terms of

---

<sup>15</sup> See e.g. VIVIANE REDING, *Safeguarding the rule of law and solving the "Copenhagen dilemma": Towards a new EU-mechanism*, Luxembourg 22 April 2013, SPEECH/13/348.

<sup>16</sup> See *infra* Section 2.

<sup>17</sup> There is a third issue which will not be touched in this paper and may be common to the pre-accession phase: the difficulty to agree on a shared understanding of the concepts of democracy and the rule of law and to develop clear standards.

<sup>18</sup> See Article 237 EEC.

human rights and other political values.<sup>19</sup> It was only the Southern round of enlargement towards Greece, Portugal, and Spain to trigger for the first time questions on the stability of candidate countries' political systems. The first reaction of EEC Member States was the adoption of the "Declaration on Democracy," which stated that "respect for and maintenance of representative democracy and human rights ... are essential elements of membership".<sup>20</sup> Then, the Commission Opinions on the applications for membership, for the first time, examined the democratic situation in the countries.<sup>21</sup> As a whole, however, the scrutiny of the candidates' political systems was minimal. The Commission considered sufficient that the three countries had put in place a more or less stable democratic structure<sup>22</sup> and improved human rights conditions, but did not set up true system of conditionality, including for example a procedure to monitor progresses of the candidates.

Later, when the geopolitical shifts of the late 1980s and early 1990s sparked the discussion on membership of Central and Eastern European states, the newly-created European Union finally started to build a stronger and stricter mechanism of conditionality in its enlargement policy. Despite the fact that the Maastricht Treaty had not formally amended the membership provisions of the TEU, the Commission confirmed in several documents the commitment of the EU to overseeing democratic conditions and respect for human rights in the candidate countries.<sup>23</sup> Famously, this commitment was then formalized by the Copenhagen European Council in 1993, which created the three-folded Copenhagen criteria: a political criterion, demanding "stability of institutions guaranteeing democracy, the rule of law, human rights and respect for and protection of minorities"; an economic criterion, requiring to develop a "functioning market economy and the capacity to cope with competition and market forces"; and an *acquis communautaire* criterion, according to which candidate countries should

---

<sup>19</sup> On the topic, see DE BURCA, *The Road Not Taken: The EU as a Global Human Rights Actor*, in *American Journal of International Law*, 2011, 649.

<sup>20</sup> European Council, Declaration on Democracy, Copenhagen, 7-8 April 1978.

<sup>21</sup> See e.g. EU Commission, Opinion of 23 May 1979 on the application for accession to the European Communities by the Hellenic Republic, OJ 1979 L291/3.

<sup>22</sup> The stability of the Spanish system was called into question by the failed military coup d'état. European Parliament, Resolution on the attempted coup d'état in Spain, Strasbourg, 8 March 1981, OJ 77/85.

<sup>23</sup> See Commission, Communication - Europe and the Challenge of Enlargement, 24 June 1992; Communication - Towards a closer association with the countries of Central and Eastern Europe, Brussels 18 May 1993, SEC(93) 648 final.



have demonstrated the ability to “take on the obligations of membership” and “effectively implement the *acquis*”.<sup>24</sup> The focus of this paper is on the first of these three criteria, the political one.

A system of conditionality, which following the definition by Smith should be understood as “the linking, by a state or an international organization, of benefits desired by another state to the fulfillment of certain conditions”,<sup>25</sup> was thus set up only in Copenhagen in 1993. Specifically, this was a form of *political* conditionality: membership – the main benefit deriving from accession process - was explicitly linked to the fulfillment of *political* conditions.

Having established the system in Copenhagen, the following challenge was to operationalize the general commitment candidate countries had to undertake, giving concrete content to the political values affirmed by the Union and developing procedures and instruments to monitor candidate countries’ commitments. The Commission did so in its Country Reports, adopted between 1997 and 2002. It preferred to follow a case-by-case approach, focusing on different issues for each candidate, rather than developing a general set of detailed criteria, standards, and benchmarks. The analysis under the Copenhagen political criteria covered specifically two sub-sections: “Democracy and the Rule of Law” and “Fundamental Rights and the rights of minorities”.<sup>26</sup>

It is at this stage that the “carrot and stick” approach was created. As for the incentive element, there is of course the final goal of gaining membership of the Union, but several “carrots” were also available at different stages of the process, in the form of financial assistance offered by the EU to support the process of political, economic, and legal transformation undertaken by the candidate countries.<sup>27</sup> In parallel, the EU

---

<sup>24</sup> European Council, Conclusions of the Presidency, Copenhagen, 21-22 June 1993, SN 180/1/93 REV 1.

<sup>25</sup> SMITH, *The Evolution and Application of EU Membership Conditionality*, in CREMONA (ed.), *The Enlargement of the European Union*, Oxford, 2003, p 109.

<sup>26</sup> The system has been extensively described for example by SMITH, *supra* fn. 25; HILLION, *The Copenhagen Criteria and their Progeny*, in HILLION (ed.), *EU Enlargement: a legal approach*, Oxford, 2004. For a more critical analysis: KOCHENOV, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality*, Alphen aan den Rijn, 2008.

<sup>27</sup> See in general Council Regulation (EC) No 622/98 of 16 March 1998 on assistance to the applicant States in the framework of the pre-accession strategy, and in particular on the establishment of Accession Partnerships. Objectives, priorities, and concrete financial resources were established in the specific Accession Partnerships with each candidate. See also EU Commission, *EU Enlargement and the Accession Partnerships*, Brussels, 27 March 1998, Doc Memo 98/21.

put in place a system of sanctions, including the suspension of financial assistance. The ultimate, most severe stick was obviously the suspension of accession talks. The Commission was in charge of constantly monitoring national developments, delivering the financial and technical carrots, and where progresses were not adequate, requesting to the Council to use its “sticks”, including the suspension of pre-accession assistance.<sup>28</sup>

The Eastern Enlargement was finalized between 2004 and 2007, while Croatia joined later in 2013. It is Art.49 TEU to regulate the accession process after the entry into force of the Lisbon Treaty. The provision makes the commitment to political values an explicit condition for membership, by saying that “Any European State which *respects the values* referred to in Article 2 and is committed to *promoting them* may apply to become a member of the Union” and that “The conditions of eligibility agreed upon by the European Council shall be taken into account”, a reference to the Copenhagen criteria. Currently, political conditionality is exercised in three different ways.

A first scrutiny of the political and constitutional framework takes place at the moment in which a country submits its membership application, hence before the start of official membership talks. It is the Council, at unanimity, to decide on the opening of accession negotiations, after consulting the Commission and receiving consent of the European Parliament. At this first stage, the scrutiny is minimal and would only serve to rule out very obvious cases of illiberal regimes. It shows however that the political criterion has an implicit priority over the other two.

Once membership talks are officially opened, the Commission begins its regular assessment of candidate countries’ performances in terms of “stability of institutions guaranteeing democracy, the rule of law, human rights and respect for and protection of minorities”, as affirmed in Copenhagen. It is at this stage that the carrots and sticks approach becomes applicable. The 2015 Enlargement Strategy<sup>29</sup> presented by the Juncker Commission has changed the structure of the Reports, which currently contain five more detailed headings: (a) democracy; (b) the rule of law; (c) fundamental rights including protection of minorities; (d) public administration reforms and (e) regional issues and international obligations.

---

<sup>28</sup> See Article 4 of the Regulation 662/98.

<sup>29</sup> See EU Commission, Communication - EU Enlargement Strategy, Brussels, 10 November 2015, Doc. COM(2015) 611 final.

The new Strategy underlines the “focus on the fundamentals linked to core EU values”, which are to be considered the “backbone” of enlargement.<sup>30</sup>

Finally, rule of law and human rights issues comes into consideration under the *acquis communautaire* criterion too. There is indeed a growing *acquis* in EU secondary law imposing specific fundamental rights obligations - for example in EU anti-discrimination law<sup>31</sup> or data protection<sup>32</sup> - but also setting requirements for independent institutions or for judicial proceedings.<sup>33</sup> Here, the Commission monitoring focuses therefore on concrete EU law obligations. Since the beginning of negotiations with Croatia and Turkey, the scrutiny of the *acquis communautaire* is divided into different chapters.<sup>34</sup> Chapter 23, on the “Judiciary and fundamental rights”<sup>35</sup> and Chapter 24 on “Justice, Freedom and Security”<sup>36</sup> are particularly relevant in this respect. The “new approach” presented in the 2012 and 2015 Enlargement Strategies, complemented by the “focus on the fundamentals”, requires that the two Chapters are opened at an early stage of membership talks and closed only at the last moment, in order to ensure a thorough analysis. The Commission moreover identified interim benchmarks, which guide the entire process, and established a system of sanctions to be deployed when severe issues threaten the accession talks.

---

<sup>30</sup> *Ivi*, pp. 3 – 4.

<sup>31</sup> See Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin; and Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.

<sup>32</sup> See Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data; in 2018, a new Data Protection Regulation will enter into force: Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.

<sup>33</sup> The above-mentioned directives for example contain provisions imposing a shift of the burden of proof in certain discrimination cases, or demand the creation of anti-discrimination and data protection offices in the Member States.

<sup>34</sup> The systems of chapters, and the identification of opening and losing benchmarks, through which the Commission assess candidate countries’ performances, has been used for the first time to conduct negotiations with Croatia, and is now used with the five official candidates (Albania, Macedonia, Montenegro, Serbia and Turkey). Chapters 23 and 24 were introduced in 2005.

<sup>35</sup> Chapter 23 includes: the judiciary; fight against corruption; fundamental rights, including freedom of expression; EU citizens’ rights.

<sup>36</sup> Chapter 24 deals with *acquis* in the Area of Freedom, Security and Justice, containing several provisions dealing with fundamental rights and the rule of law.

Hence, over the last 25 years, the EU has developed a robust system of political conditionality in its enlargement policy, which applies to all the steps of the accession process and covers a growing range of substantive issues. The system provides for both incentives (carrots) and sanctions (sticks) along the entire process, with obviously the biggest incentive being the acquisition of full membership - and conversely the threat of suspension of accession talks, if progresses are not achieved or there is backsliding. The steps taken in the recent Enlargement Strategies have the objective to further strengthen this system of incentives and sanctions, developing more concrete benchmarks to objectively measure progresses along the way. There is therefore a constant, intense and even intrusive monitoring by the Commission, supported by the carrots and sticks instruments. It is clear which institution is responsible for the procedures - the Commission - and which role is to be played by the other ones. The legitimacy of the system is not questioned because candidate countries willingly accept to undergo this form of oversight, in order to be accepted in the EU club.

### **3. The Copenhagen dilemma**

The context radically changes after accession, however. Once a country joins the Union – or to be more precise, when all the chapters of accession negotiations are closed – the Commission interrupts its monitoring activities. More generally, the very basis of the conditionality framework before accession is not applicable any more: the main incentive, becoming a EU Member, has been achieved, while obviously the most extreme sanction, interruption of membership negotiations, will not be available after accession. It is the analyzed “linking” between membership and respect for the values of Art.2 TEU to vanish after accession. Participation to the Union and the enjoyment of membership rights do not explicitly depend on fulfillment on precise political conditions. This, in a nutshell, is the “Copenhagen dilemma” of the EU.

The architects of the system seemed to be persuaded that once countries had fulfilled the political criterion of Copenhagen, they would have constantly respected the values of Art.2 TEU and that breaches would have been only extremely exceptional. In other words, the system is based on the idea that once countries have achieved the standards required in the accession phase, there is no necessity of general oversight and there is a presumption that Member States respect the common values on the EU. This

may also explain the emphasis on institution-building during the enlargement process, with the Commission focusing by and large on constitutional structures and procedures: it is creating robust state structures that candidate countries can guarantee the long-term commitment to democracy, the rule of law, and human rights, as well as resolving domestic conflicts, so the EU suggests by focusing mostly on the institutional transformation of applicants.<sup>37</sup> In Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR,<sup>38</sup> the Court of Justice has accepted the existence of a presumption according to which Member States should in ordinary circumstances be considered as complying with the values of Art.2 TEU. This presumption works as a constitutional basis for mutual trust.<sup>39</sup>

In abstract, this would not create a true “dilemma” for the EU. Constant monitoring of Member States performances and a strict conditionality system would be superfluous if the constitutional structures of all Member States would prove solid enough to prevent widespread violations of human rights or rule of law and democratic backsliding. For a relatively long period, between 2004 and 2011, the system seemed to work. There was little, if any, talk on the topic, as the pre-accession system apparently had guaranteed a smooth transition and consolidation of democratic systems in Central and Eastern Europe. In addition, even if a problematic situation had arisen, existing crisis mechanisms could have proved sufficient and effective in addressing it. As noted by Sadurski,<sup>40</sup> it was precisely in the context of the Eastern enlargement that the Member States decided to introduce, first, and then strengthen<sup>41</sup> Art.7 TEU, in order to complement pre-accession procedures with post-accession mechanisms. However, it appears today that

---

<sup>37</sup> This approach has been increasingly criticized however: see e.g. KOCHENOV, *supra* fn. 26 NICOLAIDIS - KLEINFELD, *Rethinking Europe's "Rule of Law" and Enlargement Agenda: The Fundamental Dilemma*, in *Sigma Paper – OECD*, 2012; BLOKKER, *New Democracies in Crisis?*, Oxford, 2013.

<sup>38</sup> CJEU, Opinion 2/13 on accession of the EU to the ECHR [2014] ECLI:EU:C:2014:2454.

<sup>39</sup> Ivi, para 168: “This legal structure is based on the fundamental premiss that each Member State shares with all the other Member States, and recognises that they share with it, a set of common values on which the EU is founded, as stated in Article 2 TEU. That premiss implies and justifies the existence of mutual trust between the Member States that those values will be recognised and, therefore, that the law of the EU that implements them will be respected”. See also paras 191-192.

<sup>40</sup> SADURSKI, *Constitutionalism and the Enlargement of Europe*, Oxford, 2012.

<sup>41</sup> With the Nice Treaty, after the so-called “Haider affair”. On the Austrian crisis, see MERLINGEN – MUDDE – SEDELMEIER, *The Right and the Righteous? European Norms, Domestic Politics and the Sanctions Against Austria*, in *JCMS*, 2001, 59.

on the one hand, constitutional systems are under attack in several Member States, and on the other that the system of Art.7 has failed to provide the EU with adequate answers to cases of threats or breaches of the values, as will be shown later.<sup>42</sup>

The EU has yet to find a convincing answer to the Copenhagen dilemma and to remedy current threats to its founding values. The incapacity of the institutions to obtain concrete results is increasingly undermining the idea of the EU as a “Union of values”, puts obstacles to the functioning of legal instruments based on mutual trust, and undermines the effectiveness of EU’s external action. The difficulty of the EU is not only a matter of procedures, however. After accession, EU institutions are called to operate in a radically different context in which the very possibility of a system of political conditionality may be called into question. There are significant constitutional challenges to be addressed, in terms of horizontal division of tasks between EU institutions as well as when it comes to vertical relationship between the EU and the Member States, to be explored in the following sections.

#### **4. The contested role of the EU**

The first obstacle the EU is confronted with, when exercising post-accession oversight, is that there continues to be disagreement on what exactly should be the role exercised by the EU and its institution. There are at least two profiles in which this disagreement clearly emerges, in contrast to the widely accepted and formalized system existing before accession.

In the first place, there is disagreement and contestation about whether the EU possesses any competence to act. It must not be forgotten that, for many decades of the integration process, the institutional and constitutional structure of Member States was not a matter of concern for the common institutions. Issues such as the composition and functioning of a constitutional court, or the organization of the judiciary were considered as falling within the sovereign domain of the Member States and therefore outside any sphere of control by the EU institutions. Even the extension of EU’s fundamental rights scrutiny over Member States activities was

---

<sup>42</sup> *Infra*, Section IV.

affirmed only relatively late in the process of integration.<sup>43</sup> It was then during the Eastern Enlargement process that institutions and Member States began to reflect not only on pre-accession mechanism to guide the constitutional transformation of CEE countries, but also on how to guarantee that commitment post-accession.<sup>44</sup>

However, the extension of EU oversight over these often very sensitive areas challenged traditional understandings of the EU constitutional framework. European integration had traditionally took place “within limited fields”,<sup>45</sup> precisely delimited by the Treaties and by the principle of conferred competences. Until 1992, these competences were first and foremost of economic nature and therefore they did not require any direct intervention over national constitutional systems, if not indirectly.<sup>46</sup> Even successive amendments of the Treaties did not confer to the EU a general competence to harmonize national constitutional frameworks and institutions. For example, in the field of human rights, the EU does not have a general competence to adopt human rights norms,<sup>47</sup> but only specific fundamental rights legal basis – as in the case of data protection<sup>48</sup> and non-discrimination<sup>49</sup> – as well as an obligation to take into account fundamental rights when legislating under other competences.<sup>50</sup> According to the principle of conferral therefore, the EU does not have competence to adopt harmonization measures, imposing its own version of democracy or the rule of law over national actors.

Along with the principle of conferred competences, there is another norm of the TEU which may be read as posing a barrier to EU’s oversight:

---

<sup>43</sup> CJEU, C-5/88 *Wachauf v Germany* [1989] ECLI:EU:C:1989:321 on Member States implementing EU law and C-260/89 *ERT* [1991] ECLI:EU:C:1991:254 on Member States derogating from EU law.

<sup>44</sup> See SADURSKI, *supra* fn. 40. See also DE WITTE, *The Impact of Enlargement on the Constitution of the European Union*, in CREMONA, *supra* fn. 25.

<sup>45</sup> CJEU, C-26/62 *Van Gend en Loos* [1963] ECLI:EU:C:1963:1; C-6/64 *Costa v ENEL* [1964] ECLI:EU:C:1964:66.

<sup>46</sup> The Court had already affirmed the primacy of EU law over national constitutional norms in CJEU C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECLI:EU:C:1970:114,

<sup>47</sup> This was clarified by the CJEU in Opinion 2/94 on Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [1996] ECLI:EU:C:1996:140, and the situation has not changed since, despite the reforms of Article 6 TEU.

<sup>48</sup> Article 16(2) TFEU.

<sup>49</sup> Article 19 TFEU.

<sup>50</sup> See Article 51 of the Charter. Yet, this obligation does not confer to the EU a competence to take direct action.

Art.4(2) TEU, the national and constitutional identity provision.<sup>51</sup> This has been subject of intense discussions since its introduction by the Lisbon Treaty. The CJEU, on the one hand, and constitutional courts, on the other, have offered contrasting views of the concept and there is some anxiety over the possibility that national identity is used as a cover-up for anti-European positions, with the effect of undermining the overall integration process.<sup>52</sup> The clause has been evoked quite frequently in the *rule of law debate* as well. Hungarian and Polish actors referred to the idea of national and constitutional identity in order to escape EU oversight, arguing that the provision authorizes them to take decisions such as the adoption of a new constitution or Constitutional Courts reforms purely according to national preferences.<sup>53</sup> These arguments suggest diverging views in the interpretation of Artt.2 and 4(2) TEU. For EU institutions, the former has priority, and constitutional identity is only acceptable if it respects the common framework of values. National actors propose almost the opposite interpretation. As they are autonomous in organizing their institutional and constitutional structure, they determine what is common according to Art.2, with EU institutions being unable to impose on them any allegedly common standard.

At this first level, therefore, the very existence of a EU *mandate* in values' oversight is contested. There are also more nuanced versions of the argument, however, which relates to the internal and external division of tasks between EU institutions and between the EU and the CoE. The question is not whether the EU has a mandate, but rather who should be in charge for exercising such a mandate and how it should use it. CoE bodies have argued for example that EU intervention should "avoid duplication" and that any new initiative should not "[undermine] the role of the Council of Europe or of the Convention system in the pan-European human rights architecture".<sup>54</sup> There are also proposals for "outsourcing" the oversight to

---

<sup>51</sup> Article 4(2) TEU: "The Union shall respect the equality of Member States before the Treaties as well as their *national identities*, inherent in their fundamental structures, political and *constitutional*, inclusive of regional and local self-government".

<sup>52</sup> The decision of the CJEU in C-208/09 *Sayn Wittgenstein* ECLI:EU:C:2010:806 can be contrasted with the judgment of the Hungarian Constitutional Court, Decision 22/2016 (XII. 5.) AB on the Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law.

<sup>53</sup> On Hungary, see SZENTE, *Challenging the Basic Values – Problems in the Rule of Law in Hungary and the Failure of the EU to Tackle Them*, in JAKAB – KOCENOV (eds.), supra fn. 14.

<sup>54</sup> COE, Parliamentary Assembly Recommendation 2027/2013 - European Union and Council of



the Venice Commission of the CoE.<sup>55</sup> Internally, what seems the most controversial aspect of the post-accession scheme is the role to be played by the European Commission. Traditionally, the Commission has a key function in ensuring the *rule of EU law*, acting as “the guardian of the Treaties”.<sup>56</sup> This function is exercised mainly through the infringement procedure of Art.258 TFEU as well as the pre-contentious phases preceding the formal activation of 258. The question is whether this paradigm can be extended from enforcement of EU law *stricto sensu* to the oversight of EU values as a whole. The Commission has indeed attempted to take up a central role in this field, both rhetorically and with the creation and deployment of a new procedure, the Rule of Law Framework.<sup>57</sup> The new mechanism encountered resistance both within EU institutions and in (some) Member States. In particular, the Legal Service of the Council delivered a negative opinion on the new Framework, considering it outside the scope of the Treaties.<sup>58</sup> This opinion led the Council to adopt yet another instrument, the Rule of Law Dialogue.<sup>59</sup> The key question is therefore not *whether* the EU should act, but *who* should act, and specifically if it should be the Commission to take up oversight functions as it does both in the pre-accession phase and in the enforcement of ordinary EU law.

Compared to the rather stable system in place in the accession policy since the early 1990s, the scrutiny of EU Member States is still very much subject of heated discussions. There is uncertainty on whether the EU should act, when it should do it, what it should do, and who should be in charge. It is true that some of the arguments brought forward are clearly based on an

---

Europe Human Rights Agendas: Synergies not Duplication!, Strasbourg, 2 October 2013 D.13321. See in particular the Explanatory memorandum of rapporteur McNamara, stating that “The situation in Hungary should not become a precedent for duplicating the work of the Council of Europe and that reinventing existing norms and setting up parallel structures creates double standards”. Therefore, “any future mechanism should take into account the existing monitoring bodies in the Council of Europe”. See also COE, Committee of Ministers, Reply to the Parliamentary Assembly Recommendation, Strasbourg, 24 February 2014 CM/AS(2014)Rec2027final.

<sup>55</sup> TUORI, *From Copenhagen to Venice*, CLOSA - KOCHENOV (eds.), supra fn. 14.

<sup>56</sup> According to Article 17 TEU, The Commission “shall ensure the application of the Treaties, and of measures adopted by the institutions pursuant to them. It shall oversee the application of Union law under the control of the Court of Justice of the European Union”.

<sup>57</sup> EU Commission, Communication - A new EU Framework to strengthen the Rule of Law, Brussels, 19 March 2014, COM(2014)158 final/2.

<sup>58</sup> Council, Opinion of the Legal Service, Brussels, 27 May 2014, Doc 10296/14.

<sup>59</sup> Council, Note from the Presidency - Ensuring the respect for the rule of law - Dialogue and exchange of views, Brussels, 9 November 2015, Doc 13744/15.

instrumental view of the situation. Nonetheless, even the most radical arguments are telling in the sense that there is a full denial of the possibility of EU intervention, which is simply not the case in pre-accession policies. Even once these arguments are discounted, and it is accepted that there a EU mandate exists, the precise content of this mandate is still hard to grasp.

## 5. The shortcomings of current post-accession mechanisms

The second prong of the Copenhagen dilemma, perhaps the most evident and discussed one, relates to the inadequacy of existing mechanisms and procedures. The instruments that have been deployed by the institutions in order to tackle democratic and rule of law backsliding have proved unable to achieve the desired results and to trigger a change on the ground. Art.7, on the other hand, has remained a “dead letter”.<sup>60</sup> So, while the previous paragraphs have showed that the decision to take action is contested, this section addresses the “next” point: once action is taken, does the EU possess mechanisms capable of resolving threats to the rule of law and its founding values?

Unfortunately, the answer at the moment seems to be a negative one. The two main constitutional crises the EU has been facing – Hungary and Poland - show clearly all the weaknesses of current procedures and strategies. Institutionally, the Commission and the EP have been the main actors on the scene, while the Council and the European Council have remained mostly silent<sup>61</sup> and procedures before the CJEU have been triggered in only two occasions. As for the EP, it has mostly attempted to exercise political pressure via the adoption of Resolutions.<sup>62</sup> While this is possibly the main instrument in the hands of the EP, the Parliament would also have the power to call for the activation of Article 7(1) TEU, the preventive mechanism, which can lead to the determination that there is “a clear risk of a serious breach” of Art.2 in a Member State. Despite several references to the procedures of Art.7 TEU both in the case of Hungary and of Poland, the EP decided to formally trigger the procedure only in May 2017 in adopting a

---

<sup>60</sup> WILLIAMS, *The indifferent gesture: Article 7 TEU, the Fundamental Rights Agency and the UK's invasion of Iraq*, in *European Law Review*, 2006, 27.

<sup>61</sup> See OLIVER – STEFANELLI, *supra* fn. 13.

<sup>62</sup> See fn 7 for Resolutions on Hungary; on Poland, see e.g. European Parliament, Resolution of 13 April 2016 on the situation in Poland, Doc. 2015/3031(RSP).

resolution on Hungary after the adoption of the CEU law and of the NGOs financing's norms.<sup>63</sup> It is still to be seen whether and how the procedure will develop, as Art.7 TEU has remained until today a taboo within EU institutions.

The Commission has instead followed two different approaches in reacting to Hungarian and Polish developments. *Vis-à-vis* Hungary, it has addressed critical profiles of constitutional reforms and other institutional choices through the infringement procedure of Art.258 TFEU. The system of Article 258 allows the Commission to bring an action if it considers “that a Member State has failed to fulfill an obligation under the Treaties”. This is traditionally read as requiring a link between the alleged infringement and a specific piece of EU law. In other words, the prevailing interpretation, shared by the Commission,<sup>64</sup> is that an Art.258 action *cannot* be based directly on an infringement of the rule of law or other EU values in Art.2 TEU.<sup>65</sup> Regardless of the arguments supporting one or the other interpretation, until today the Commission has only initiated Art.258 where one of the contested developments raised questions of compatibility with specific pieces of EU law. The Commission initiated three procedures in 2012, following the entry into force of the Hungarian Basic Law and other institutional reforms. Those procedures concerned (a) provisions on the age of retirement for judges; (b) the independence of the data protection supervisor; and (c) the independence of the Central Bank. More recently, the Commission took action against the new Hungarian asylum law,<sup>66</sup> as well as on the CEU and the NGOs laws.<sup>67</sup>

The experience of the first set of actions, however, sends a note of skepticism on the use of the infringement procedure in order to tackle systemic threats to democracy and the rule of law. The Commission may have won all the three battles – the provisions on the Central Bank were modified in order to comply with the Commission demands, while the CJEU

---

<sup>63</sup> See fn 7.

<sup>64</sup> See Commission, *supra* fn. 57, p 5: “infringement procedures can be launched by the Commission only where these concerns [rule of law concerns] constitute, at the same time, a breach of a specific provision of EU law”.

<sup>65</sup> There are however different views: HILLION, *Overseeing the rule of law in the EU: legal mandate and means*, and SCHEPPELE, *Enforcing the basic principles of EU law through systemic infringement actions*, in CLOSA – KOCHENOV (eds), *supra* fn. 14

<sup>66</sup> EU Commission, Press Release - Commission follows up on infringement procedure against Hungary concerning its asylum law, Brussels, 17 May 2017, IP/17/1285.

<sup>67</sup> EU Commission, Remarks of First Vice-President Frans Timmermans after the College discussion on legal issues relating to Hungary, Brussels, 12 April 2017, SPEECH/17/966.

found an infringement of EU law in the other two cases<sup>68</sup> - but can hardly be seen as winning the war. As signaled by several reports, but also EP Resolutions and ultimately the decision to call for the activation of Art.7 TEU, the situation in the country has further deteriorated despite the successful actions brought by the Commission.<sup>69</sup> The key problem is that infringement actions, framed in the traditional way, can only cover specific fields related to EU law but does not address the overall situation, leaving to national authorities the possibility to comply with the Court's judgment by engaging in what has been defined as "creative and symbolic compliance".<sup>70</sup>

Similar concerns about the effectiveness of EU's action, however, have been expressed in relation to the Rule of Law Framework, which the Commission has used to monitor developments in Poland, specifically on the issues of the composition and functioning of the Constitutional Tribunal.<sup>71</sup> The Commission delivered an Opinion in June 2016 and three Recommendations in the following months.<sup>72</sup> The process foreseen by the Framework is one of structured political dialogue between the Commission and the national government of the Member State and it is built on the idea that dialogue can lead to a successful resolution of the systemic threat to the rule of law identified by the Commission. The Polish case is however showing that the presumption at the basis of the mechanism may be misplaced. Poland refused to implement the measures suggested in the two Rule of Law Recommendations, denying that the EU and the Commission have any business in intervening on the national provisions regulating the Constitutional Tribunal.<sup>73</sup> The Polish crisis is showing the inherent weak

---

<sup>68</sup> CJEU, C-286/12 *European Commission v Hungary* [2012] ECLI:EU:C:2012:687. CJEU, C-288/12 *European Commission v Hungary* [2014] ECLI:EU:C:2014:327.

<sup>69</sup> See the mentioned resolutions of the EP, and also NGOs reports, such as FIDH – International Federation for Human Rights, *Hungary: Democracy under Threat – Six Years of Attacks against the Rule of Law*, November 2016.

<sup>70</sup> BATORY, *Defying the Commission: Creative Compliance and Respect for the Rule of Law in the EU*, in *Public Administration*, 2016, 685. See also SCHEPPELE, *supra* fn. 65

<sup>71</sup> EU Commission, College Orientation Debate on recent developments in Poland and the Rule of Law Framework: Questions & Answers, Brussels, 13 January 2016.

<sup>72</sup> EU Commission, Opinion regarding the Rule of Law in Poland, Brussels, 1 June 2016; Recommendation regarding the Rule of Law in Poland, Brussels, 27 July 2016, Doc. C(2016) 5703 final.; Recommendation Regarding the Rule of Law in Poland, Brussels, 21 December 2016, Doc. C(2016) 8950 final.; Recommendation regarding the rule of law in Poland complementary to Commission Recommendations (EU) 2016/1374 and (EU) 2017/146, Brussels, 26 July 2017, Doc. C(2017) 5320 final.

<sup>73</sup> Minister of Foreign Affairs of the Republic of Poland, 'MFA statement on Poland's response to European Commission's complementary Recommendation of 21 December

nature of the Rule of Law Framework, which does not provide for any form of carrot or stick, to go back to the metaphor used for pre-accession mechanisms.<sup>74</sup>

The natural follow-up to the Rule of Law Framework, if dialogue cannot resolve the threat, would be the system of Art.7 TEU. Yet, Art.7 has not been considered a viable option in most of the institutional debates taking place over the past few years. It has become to be known as the “nuclear option”,<sup>75</sup> a label both unhelpful and mistaken. Unhelpful, because it *de facto* deprives the EU of the only Treaty procedures available when contested measures are taken outside the scope of EU law:<sup>76</sup> nuclear options serve only a deterrent effect, but are not to be actually deployed. But also mistaken, as the label fails to capture in particular the nature of Art.7(1), the preventive part of the system, and more generally the graduated range of response available even under Art.7(2) and (3).<sup>77</sup> What would be the only possible stick and the basis of system of EU post-accession oversight becomes an “empty gesture”,<sup>78</sup> and conditionality seems to dissolve completely in the absence of both carrots and sticks.

In conclusion, existing mechanisms have not worked well enough. While EU institutions may have won some battles, the general sense is that they are losing the war against the Hungarian and Polish governments. Infringement procedures have proved unable to capture the overall threats to EU values and to force the national government to a comprehensive shift of its

---

2016’, 20 February 2017, <[www.msz.gov.pl/en/c/MOBILE/news/mfa\\_statement\\_on\\_poland\\_s\\_response\\_to\\_european\\_commission\\_s\\_complementary\\_recommendation\\_of\\_21\\_december\\_2016](http://www.msz.gov.pl/en/c/MOBILE/news/mfa_statement_on_poland_s_response_to_european_commission_s_complementary_recommendation_of_21_december_2016)>, last accessed on 20-10-2017.

<sup>74</sup> On the weak nature of the framework: KOCHENOV – PECH, *Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rhetoric and Reality*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, 512.

<sup>75</sup> REDING, *supra* fn. 15; BARROSO, State of Union Address 2013, Strasbourg, 11 September 2013, SPEECH/13/684. This label has been used by the new Commission President as well: see Le Soir, *Jean-Claude Juncker au «Soir»: «Il y a un sérieux problème de gouvernance en Europe*, 05-11-2016, <[www.lesoir.be/1360084/article/actualite/union-europeenne/2016-11-04/juncker-au-soir-il-y-un-serieux-probleme-gouvernance-en-europe](http://www.lesoir.be/1360084/article/actualite/union-europeenne/2016-11-04/juncker-au-soir-il-y-un-serieux-probleme-gouvernance-en-europe)>, last accessed on 20-10-2017.

<sup>76</sup> Article 7 is “not confined to areas covered by Union law” but have a horizontal and general scope: Commission Communication to the Council and the European Parliament on article 7 TEU “Respect for and promotion of the values on which the Union is based”, Brussels 15 October 2003, COM/2003/0606 final.

<sup>77</sup> See BESSELINK, *The Bite, the Bark and the Howl: Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, in JAKAB – KOCHENOV, *supra* fn. 14.

<sup>78</sup> WILLIAMS, *supra* fn. 60.

institutional choices, while the Rule of Law Framework lacks “bite” when national authorities are unwilling to truly cooperate with the Commission. With the mechanisms of Art.7 TEU outside the picture, as seems realistic in the current institutional and political climate, the EU system misses its ultimate stick and any linkage between respect for the values and the enjoyment of membership’s benefits disappears.

It should not be forgotten, furthermore, that another key element of the pre-accession conditionality system is not replicated after accession: there is no overall monitoring scheme, evaluating the performances of current Member States in the fields of democracy, the rule of law, and human rights. It is true that the Commission, on the one hand, monitors respect for concrete obligations deriving from EU law, and on the other has developed specific schemes for certain areas, such as the functioning of justice systems monitored under the EU Justice Scoreboard<sup>79</sup> and corruption efforts under the Anti-Corruption Report.<sup>80</sup> However, the range of matters covered by these monitoring activities falls well short of the comprehensive analysis conducted under the Copenhagen political criterion. For example, the EU Justice Scoreboard does not cover criminal justice systems nor does it offer an analysis of how the justice systems concretely protect human rights.

Furthermore, the monitoring competences of the Fundamental Rights Agency (FRA) are mostly directed towards the activities of EU institutions, while they cover Member States’ actions only when they are implementing EU law, following the limitation of Art.51(1) of the Charter.<sup>81</sup> The scope of FRA activities is also narrower than the Copenhagen criteria from a substantive point view, as it covers only one of Article 2 values: human rights. It does not therefore have the same reach of the Network of Independent Experts on Fundamental Rights, which was set up in 2020 as a response to the European Parliament 2000 Fundamental Rights Report.<sup>82</sup> The Network elaborated Annual country reports, covering the whole range of

---

<sup>79</sup> See EU Commission, Communication, ‘The EU Justice Scoreboard A tool to promote effective justice and growth’, Brussels, 27 March 2013, Doc COM/2013/0160 final.

<sup>80</sup> EU Commission, Report - EU Anti-Corruption Report 2014, Brussels, 3 February 2014, COM(2014) 38 final. The instrument was meant to be bi-annual but has been discontinued in 2016.

<sup>81</sup> See Council Regulation (EC) No 168/2007 of 15 February 2007 establishing a European Union Agency for Fundamental Rights, Article 2.

<sup>82</sup> European Parliament, Resolution on the situation as regards fundamental rights in the European Union (2000) (2000/2231(INI)), 5 July 2001.

Member States' actions,<sup>83</sup> and was directly linked to the procedure of Article 7, inasmuch the assessment of the situation in each Member State could provide other EU institutions sufficient and objective information for the exercise of their competences under Article 7. This type of monitoring was not replicated when setting up the FRA.

## 6. Post-accession conditionality? Challenges and future

The primary goal of this paper was to understand the root causes of the EU Copenhagen dilemma, by comparing the different realities of post-accession oversight and of political conditionality in the enlargement policy. In the latter context, what is in place is a proper system of *conditionality*: any progress in enlargement negotiations depends on the realization of certain objectives, with the Commission, supported by the other institutions, in charge of a robust and intensive system of scrutiny which allows for sanctions (the use of “sticks”) in cases of deviations from EU obligations. After accession, however, there is no explicit linkage between participation to the EU and enjoyment of the benefits deriving from membership, on the one hand, and respect for the basic values of Art.2, on the other. In other words, the carrots do not formally depend on Member States' respect for the common standards, in the absence of a comprehensive monitoring instrument, and the sticks are either not strong enough (as in the case of the Rule of Law Framework and infringement actions), or EU institutions have been too reluctant to deploy them (Art.7 TEU). Moreover, it is even contested whether the EU has any competence at all to exercise forms of scrutiny over Member States constitutional systems.

The last question to be addressed in this concluding section is whether the enlargement system may offer a valuable model to re-think and strengthen the post-accession framework. Of course, to simply translate the system is

---

<sup>83</sup> This was possible because notwithstanding the limited scope of application of the Charter under Article 51, “the Network ... took the view that the Charter also constitutes a catalogue of common values of the Member States of the Union” and connected therefore monitoring to the application of Article 7 TEU. In other words, “it is Article 7 EU which explains the reliance on the Charter [by the network] even with regard to situations which, under Article 51 of the Charter, would in principle not fall under its scope of application”. DE SCHUTTER – ALSTON, *Addressing Challenges Confronting the EU Fundamental Rights Agency*, in ALSTON – DE SCHUTTER (eds.), *Monitoring Fundamental Rights in the EU. The Contribution of the Fundamental Rights Agency*, Oxford, 2008, pp 6-8.

unthinkable, considering the different context which emerges once a country has acceded to the EU: the main incentive, membership, has already been achieved, and in the current framework the harshest sanction conceivable, expulsion, is not available.<sup>84</sup> The difficulties do not stop there, however. In the first place, a broader reflection on the effectiveness of conditionality as an instrument to achieve EU objectives – and the same may be true for other international organizations – is needed. The cases discussed in this paper show that while a system of conditionality may contribute to democratic and rule of law reforms, it does not necessarily ensure the long-term stability of those legal and institutional reforms if they are not internalized and more widely accepted by political actors and society at large. A purely instrumental view, in which democracy, the rule of law, and human rights are only upheld insofar as they bring economic benefits to a country may make Member States more prone to constitutional crises and backsliding, especially in a context of economic crises or when the benefits are not fairly re-distributed. Similarly, it is to a large extent still to be seen whether the “strict conditionality”<sup>85</sup> requirements in EU financial assistance schemes will ensure the achievement EU macro-economic objectives in the medium and long run.

Furthermore, the type of relationship existing between the Member States and the EU legal order is of a radically different nature than link between the EU and candidate countries in the accession process. While the latter is a functional one, which depends and ultimately relies of the willingness of candidates to comply with EU standards – political, economic, and legal – in order to join the Union and enjoy the benefits of membership, the former is based a complex and delicate constitutional equilibrium. This equilibrium is in many senses still unsettled and open to contestation at all levels.<sup>86</sup> This is to say that the exercise of oversight after accession creates a set of constitutional challenges which are simply not present in the enlargement process. A number of unresolved questions are still to be addressed. Who defines the common values? To what extent are Member States still free to determine their own constitutional arrangements? How can we identify clear standards under Art.2 TEU?? The complexity of the EU task has been

---

<sup>84</sup> Article 7(3) clearly provides that only *certain* of the rights deriving from membership may be suspended, not all of them let alone expulsion. And Article 50 TEU does not have an equivalent.

<sup>85</sup> See Article 136 TFEU.

<sup>86</sup> See e.g. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, 541.



illustrated in Section III, underlining that national actors still contest whether the EU has any competence at all to intervene in domestic constitutional matters. The risk that the EU's "intrusion" may be actually counter-productive, bolstering Euro-skepticism in the country, especially if national governments are willing and able to present the conflict as one between "us" and "them" in a populist manner, is undeniable.<sup>87</sup>

A plain replication of pre-accession instruments would thus not be possible or desirable. Nonetheless, there are some elements of the enlargement system which may work as an inspiration for any reform aimed at improving the capacity of the EU to uphold values post-accession. As rightly pointed out by the Commission, it is crucial, in such a contested context, that EU's intervention is as objective as possible, avoids double standards, and grounded on concrete evidence.<sup>88</sup> In this light, the creation of an overall monitoring system post-accession, similar, but not identical to pre-accession monitoring, can therefore be considered a priority. In the first place, it would envisage a balanced and not excessively intrusive form of intervention, especially if it were not automatically linked to a system of sanctions. Moreover, it would guarantee more objectivity and contribute to avoiding the double standards often mentioned in the current debate, a criticism that is to some extent well-deserved: for example, it is hard to explain why the Commission has decided for example to activate the Rule of Law Framework against Poland, but not against Hungary, in the absence of a full assessment of the situation.

There are certainly many concrete questions to be addressed if the choice to set up an overall post-accession monitoring system is taken. The EP has developed a first proposal.<sup>89</sup> Some of the key questions concern who should be in charge of the monitoring – the Commission, the FRA, a new body similar to the Copenhagen Commission proposed by Muller<sup>90</sup> -, how it

---

<sup>87</sup> The possibility of a backlash was already addressed by the three 'Wise Men' reporting on sanctions against Austria in 2000: AHTISAARI - FROWEIN - OREJA, *Report on the Austrian Government's Commitment to the Common European Values, in particular concerning the Rights of Minorities, Refugees and Immigrants, and the Evolution of the Political Nature of the FPO* ('The Wise Men Report'), 8 September 2000, in *International Legal Materials*, 2001.

<sup>88</sup> See Commission, *supra* fn. 57

<sup>89</sup> European Parliament, Resolution of 25 October 2016 with recommendations to the Commission on the establishment of an EU mechanism on democracy, the rule of law and fundamental rights, Doc. 2015/2254(INL).

<sup>90</sup> MULLER, 'Protecting the rule of law (and democracy!) in the European Union: the idea of a Copenhagen Commission', in CLOSA – KOCHENOV (eds.), *supra* fn. 14.

should relate to existing EU mechanisms, including Art.7 and the Rule of Law Framework, whether the analysis should be primarily quantitative (a “Scoreboard”) or qualitative, and on which legal basis it could be adopted. These questions cannot be tackled in detail in this work, but there is a point which may be worthy to underline as it shows a difference with pre-accession instruments: it is at least debatable whether the Commission should be in charge of the post-accession monitoring. Due to the politically contested nature of the exercise, it is questionable whether an increasingly political actor such as the Commission could exercise that role in a truly objective fashion and mostly be perceived as legitimate. Party divisions indeed are indeed playing a significant role in the current debate.<sup>91</sup>

A second element to be considered is the possible re-construction of a “linkage” between respect for the values and the enjoyment of membership benefits. In the current Treaty framework, it cannot be membership itself to be dependent on respect for the values, as expulsion of a Member State is clearly not allowed even under Art.7 TEU and an amendment of the Treaties in the sense of providing for expulsion does not seem a realistic solution at the moment. Thus, recent proposals have argued instead that cohesion or structural funds could (and should) be suspended if a Member State is breaching Art.2 values. For Member States such as Hungary and Poland, structural funds are of fundamental importance and indeed one of the main benefits deriving from EU membership.<sup>92</sup>

Kim Lane Scheppele was among the first to suggest exploring this route. In her proposal, the CJEU, following a final determination in a “systemic infringement action” case that a Member State does not comply with Art.2, could impose sanctions in the form of suspension of funds.<sup>93</sup> The suspension of structural funds is also conceivable as one of the rights suspended after an Art.7(3) decision by the Council. The idea of suspending EU funding was also evoked in a letter by four EU Ministers of Foreign Affairs in 2013<sup>94</sup> and more recently in a German position paper on the EU budget, arguing that “it would be worth exploring the possibility of making EU cohesion funding

---

<sup>91</sup> KELEMEN, *Europe’s Other Democratic Deficit: National Authoritarianism in Europe’s Democratic Union, Government and Opposition*, 2017, 211.

<sup>92</sup> Data on cohesion funds are available at [www.cohesiondata.ec.europa.eu](http://www.cohesiondata.ec.europa.eu).

<sup>93</sup> See SCHEPPELE, *supra* fn. 65.

<sup>94</sup> “As a last resort, the suspension of EU funding should be possible”, Letter of four Ministers of Foreign Affairs to President of the Commission, 6 March 2013: <[www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/brieven/2013/03/13/brief-aaneuropese-commissie-over-opzetten-rechtsstatelijkheidsmechanisme/brief-aan-europese-commissieover-opzetten-rechtsstatelijkheidsmechanisme.pdf](http://www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/brieven/2013/03/13/brief-aaneuropese-commissie-over-opzetten-rechtsstatelijkheidsmechanisme/brief-aan-europese-commissieover-opzetten-rechtsstatelijkheidsmechanisme.pdf)>, last accessed on 20-10-2017.

subject to compliance with the basic principles underpinning the rule of law”.<sup>95</sup> These proposals would certainly need further elaboration should the debate on political conditionality post-accession continue. As a form of sanction, either after a judgment under Art.260 TFEU or after an Art.7(3) proceeding, the impact of the proposal would not be groundbreaking. On the one hand, Art.260 TFEU already allows for the imposition of fines on Member States, thus the suspension of funding would only be technical instrument to receive the payment; on the other, the complexity of activating Art.7 would still be an obstacle to be addressed.

It is also conceivable, however, to make the conferral of funding conditional upon respect for the values not as a form of sanction under Art.7 TEU or 258 TFEU, but in the context of a strengthened monitoring scheme, as suggested above, or as a form of *ex ante* condition under the cohesion funding regulation itself. This proposal is at the same time more stimulating and more controversial and immediately raises several institutional and, once again, constitutional questions, which are however beyond the scope of this paper. What should be recalled, however, is that Regulation 1303/2013, setting the common provisions for all EU cohesion funds, already provides several conditions to be fulfilled by the Member States in order to get access to structural funds.<sup>96</sup> The expansion of the scope of those conditions could be an opportunity to be considered and would allow the EU to play a more active role in shaping Member States’ policies on human rights, inclusion, and non-discrimination, for example.

Another option would be to extend conditionality schemes to other areas of EU law, especially when the application of the piece of legislation in question may affect human rights or national rule of law systems. An example may be the European Arrest Warrant system. Already today, the EAW Decision provides that participation of a Member State to the scheme

---

<sup>95</sup> Joint statement by the German government and the German Länder on EU Cohesion Policy beyond 2020, <http://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Downloads/S-T/stellungnahme-bund-landes-kohaesionspolitik.html>, last accessed on 20-10-2017.

<sup>96</sup> See Regulation (EU) No 1303/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2013 laying down common provisions on structural funds. Some of these conditions require respect for specific fundamental rights and rule of law profiles. Conditions can be both general (general *ex ante* conditionality) and specific to the structural fund in question (thematic conditionality). For example, for the signature of “Partnership Agreement” between the EU and the national authorities, Member States must create partnerships with regional and local authorities and with “bodies representing civil society, including environmental partners, non-governmental organisations, and bodies responsible for promoting social inclusion, gender equality and non-discrimination”: See Article 5(1)(c) of the Regulation.

is suspended if there is a determination under Art.7(2) of a serious and persistent breach of EU values.<sup>97</sup> An option which could be considered is to lower such threshold, suspending the application of the EAW already when a EU monitoring body, or perhaps even actors external to the EU – for example, the ECtHR in a pilot judgment procedure – signals the existence of widespread rule of law or human rights problem<sup>98</sup>

These questions shall remain open for the time being, as the debate on political conditionality post-accession is still at an early stage and will require further research. While the proposals indicated would arguably strengthen the EU capacity to react to systemic threats in the Member States and reinforce the idea that the EU takes its values seriously, the impact on the current constitutional settlement would be significant. It has to be acknowledged that it seems at least unlikely that all the Member States would support such an extension of EU procedures for oversight in the current political climate. One may also wonder whether these proposals would not introduce in the EU legal order an element of “reciprocity”, which, while being typical in international law, is largely extraneous to EU law.<sup>99</sup> The impact over mutual trust schemes should also be taken into account. Ultimately, further reflection would be needed on whether political conditionality truly consolidates democracy, the rule of law, and human rights, in particular in the medium and long term, in the light of the recent crises in countries once considered successful models of transformation.

If the current debate on EU values’ oversight has mostly focused on strengthening judicial proceedings before courts<sup>100</sup> or on more political mechanisms,<sup>101</sup> the creation of political conditionality schemes *post-accession* would be a third avenue to take into consideration. Those three approaches can be seen as complementary rather than alternative and combined into an overall “Values Strategy”. In any event, while the EU

---

<sup>97</sup> See consideration (10) of the preamble of the EAW Framework Decision.

<sup>98</sup> The recent decision of CJEU, Joined Cases C-404/15 & C-59/15 PPU *Aranyosi and Căldăraru* [2016] ECLI:EU:C:2016:198 shows how the existence of systemic problems in a Member State may disrupt the smooth functioning of the EAW system.

<sup>99</sup> As recognized by the CJEU case law, for example in CJEU C-5/94 *Hedley Lomas* [1996] ECLI:EU:C:1996:205.

<sup>100</sup> See in particular the “Reverse Solange” proposal of the Heidelberg group, the “systemic infringement action” of Scheppele, or the suggestion to make the CFREU applicable in purely domestic cases advanced by Jakab. These procedures are discussed in CLOSA – KOCHENOV (eds.) and JAKAB – KOCHENOV (eds.), *supra* fn. 14.

<sup>101</sup> The “Copenhagen Commission” of Muller would be an example, as well as suggestions to lower the requirements of Art.7 TEU, see *ivi*.

reflects on how to reinforce its instruments for the future, there is a parallel need to give responses to the current crises in Hungary and Poland. Reflection should therefore be accompanied by concrete actions, involving all EU institutions and making full use of the potential of current instruments, including Art.7 TEU.

## BIBLIOGRAPHY

### ACADEMIC CONTRIBUTIONS:

- AHTISAARI – FROWEIN – OREJA, *Report on the Austrian Government's Commitment to the Common European Values, in particular concerning the Rights of Minorities, Refugees and Immigrants, and the Evolution of the Political Nature of the FPO* ('The Wise Men Report'), 8 September 2000, *International Legal Materials*, 2001
- BATORY, *Defying the Commission: Creative Compliance and Respect for the Rule of Law in the EU*, *Public Administration*, 2016, 685.
- VON BOGDANDY – SONNEVEND (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area – Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Oxford, 2015
- BLOKKER, *New Democracies in Crisis?*, Oxford, 2013.
- DE BURCA, *The Road Not Taken: The EU as a Global Human Rights Actor*, *American Journal of International Law*, 2011, 649
- CLOSA – KOCHENOV (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge, 2016
- CMLR – EDITORIAL COMMENTS, *Safeguarding EU values in the Member States – Is something finally happening?*, *Common Market Law Review*, 2015, 619
- EUCONST – EDITORIAL COMMENTS, *Talking about European Democracy*, *European Constitutional Law Review*, 2017, 207
- EUPAPERS – EDITORIAL COMMENTS, *Enforcing the Rule of Law in the EU. In the Name of Whom?*, *European Papers*, 2016, 711
- FIDH – INTERNATIONAL FEDERATION FOR HUMAN RIGHTS, *Hungary: Democracy under Threat – Six Years of Attacks against the Rule of Law*, November 2016
- HILLION, *The Copenhagen Criteria and their Progeny*, HILLION (ed.), *EU Enlargement: a legal approach*, Oxford, 2004
- JAKAB – KOCHENOV (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values*, Oxford, 2017
- KELEMEN, *Europe's Other Democratic Deficit: National Authoritarianism in Europe's Democratic Union, Government and Opposition*, 2017, 211
- KOCHENOV, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality*, Alphen aan den Rijn, 2008
- KOCHENOV – PECH, *Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rhetoric and Reality*, *European Constitutional Law Review* 2015, 512
- MERLINGEN – MUDDE – SEDELMEIER, *The Right and the Righteous? European Norms, Domestic Politics and the Sanctions Against Austria*, *JCMS*, 2001, 59
- MULLER, *What is Populism?*, Philadelphia, 2016
- NICOLAIDIS – KLEINFELD, *Rethinking Europe's "Rule of Law" and Enlargement Agenda: The Fundamental Dilemma*, *Sigma Paper – OECD*, 2012
- OLIVER – STEFANELLI, *Strengthening the Rule of Law in the EU: The Council's Inaction*, *JCMS*, 2016, 1075
- PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, *European Constitutional Law Review*, 2015, 541
- PINELLI, *The Populist Challenge to Constitutional Democracy*, *European Constitutional Law Review*, 2011
- SADURSKI, *Constitutionalism and the Enlargement of Europe*, Oxford, 2012
- DE SCHUTTER – ALSTON, *Addressing Challenges Confronting the EU Fundamental Rights Agency*, in ALSTON – DE SCHUTTER (eds.), *Monitoring Fundamental Rights in the EU. The Contribution of the Fundamental Rights Agency*, Oxford, 2008
- SMITH, *The Evolution and Application of EU Membership Conditionality*, in CREMONA (ed.), *The Enlargement of the European Union*, Oxford, 2003

WILLIAMS, *The indifferent gesture: Article 7 TEU, the Fundamental Rights Agency and the UK's invasion of Iraq*, *European Law Review*, 2006, 27

DE WITTE, *The Impact of Enlargement on the Constitution of the European Union*, in CREMONA (ed.), *The Enlargement of the European Union*

ZAKARIA, *The Rise of Illiberal Democracies*, in *Foreign Affairs*, 1997, 22

COUNCIL OF EUROPE:

Committee of Ministers, Reply to the Parliamentary Assembly Recommendation, Strasbourg, 24 February 2014 CM/AS(2014)Rec2027final

Parliamentary Assembly Recommendation 2027/2013 - European Union and Council of Europe Human Rights Agendas: Synergies not Duplication!, Strasbourg, 2 October 2013 D.13321

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION:

Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data

Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin

Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.

General Affairs Council, Outcome of the Council Meeting, Brussels, 16 May 2017, Doc. 9299/17

Note from the Presidency , Ensuring the respect for the rule of law – Dialogue and exchange of views, Brussels, 9 November 2015, Doc 13744/15

Opinion of the Legal Service, Brussels, 27 May 2014, Doc 10296/14

Regulation (EC) No 622/98 of 16 March 1998 on assistance to the applicant States in the framework of the pre-accession strategy, and in particular on the establishment of Accession Partnerships. Objectives, priorities, and concrete financial resources were established in the specific Accession Partnerships with each candidate

Regulation (EC) No 168/2007 of 15 February 2007 establishing a European Union Agency for Fundamental Rights

Regulation (EU) No 1303/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2013 laying down common provisions on structural funds

Regulation (EU) No 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.

COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION:

C-26/62 *Van Gend en Loos* [1963] ECLI:EU:C:1963:1

C-6/64 *Costa v ENEL* [1964] ECLI:EU:C:1964:66

C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECLI:EU:C:1970:114

C-5/88 *Wachauf v Germany* [1989] ECLI:EU:C:1989:321

C-260/89 *ERT* [1991] ECLI:EU:C:1991:254

Opinion 2/94 on Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [1996] ECLI:EU:C:1996:140

C-5/94 *Hedley Lomas* [1996] ECLI:EU:C:1996:205

C-208/09 *Sayn Wittgenstein* [2010] ECLI:EU:C:2010:806

C-286/12 *European Commission v Hungary* [2012] ECLI:EU:C:2012:687

C-288/12 *European Commission v Hungary* [2014] ECLI:EU:C:2014:327

Joined Cases C-404/15 & C-59/15 *PPU Aranyosi and Caldaru* [2016] ECLI:EU:C:2016:198

Opinion 2/13 on accession of the EU to the ECHR [2014] ECLI:EU:C:2014:2454.

EUROPEAN COMMISSION:

College Orientation Debate on recent developments in Poland and the Rule of Law Framework: Questions & Answers, Brussels, 13 January 2016

Communication, Europe and the Challenge of Enlargement, 24 June 1992

Communication, Towards a closer association with the countries of Central and Eastern Europe, Brussels 18 May 1993, SEC(93) 648 final.

Communication, The EU Justice Scoreboard A tool to promote effective justice and growth, Brussels, 27 March 2013, Doc. COM/2013/0160 final

Communication, A new EU Framework to strengthen the Rule of Law, Brussels, 19 March 2014, COM(2014)158 final/2

Communication, EU Enlargement Strategy, Brussels, 10 November 2015, Doc. COM(2015) 611 final  
Memorandum, EU Enlargement and the Accession Partnerships, Brussels, 27 March 1998, Doc Memo 98/21.

Opinion of 23 May 1979 on the application for accession to the European Communities by the Hellenic Republic, OJ 1979 L291/3

Opinion regarding the Rule of Law in Poland, Brussels, 1 June 2016

Press Release – Commission follows up on infringement procedure against Hungary concerning its asylum law, Brussels, 17 May 2017, IP/17/1285

Recommendation regarding the Rule of Law in Poland, Brussels, 27 July 2016, Doc. C(2016) 5703 final

Recommendation Regarding the Rule of Law in Poland, Brussels, 21 December 2016, Doc. C(2016) 8950 final

Recommendation regarding the rule of law in Poland complementary to Commission Recommendations (EU) 2016/1374 and (EU) 2017/146, Brussels, 26 July 2017, Doc. C(2017) 5320 final  
Remarks of First Vice-President Frans Timmermans after the College discussion on legal issues relating to Hungary, Brussels, 12 April 2017, SPEECH/17/966

Report , EU Anti-Corruption Report 2014, Brussels, 3 February 2014, COM(2014) 38 final

Speech of Viviane Reding, *Safeguarding the rule of law and solving the “Copenhagen dilemma”*: Towards a new EU-mechanism, Luxembourg 22 April 2013, SPEECH/13/348

Speech of Jose Manuel Barroso, State of Union Address 2013, Strasbourg, 11 September 2013, SPEECH/13/684

EUROPEAN COUNCIL:

Conclusions of the Presidency, Copenhagen, 21-22 June 1993, SN 180/1/93 REV 1

Declaration on Democracy, Copenhagen, 7-8 April 1978.

EUROPEAN PARLIAMENT:

Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data

Regulation (EU) No 1303/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2013 laying down common provisions on structural funds

Regulation (EU) No 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data

Report of 25 June 2013 on the situation of fundamental rights: standards and practices in Hungary, Doc. A7-0229/2013

Resolution on the attempted coup d'état in Spain, Strasbourg, 8 March 1981, OJ 77/85.



Resolution of 5 July 2001 on the situation as regards fundamental rights in the European Union (2000) (2000/2231(INI))

Resolution of 5 July 2011 on the Revised Hungarian Constitution, Doc. P7TA(2011)0315

Resolution of 16 February 2012 on the recent political developments in Hungary, Doc. P7\_TA(2012)0053

Resolution of 13 April 2016 on the situation in Poland, Doc. 2015/3031(RSP)

Resolution of 25 October 2016 with recommendations to the Commission on the establishment of an EU mechanism on democracy, the rule of law and fundamental rights, Doc. 2015/2254(INL).

Resolution of 17 May 2017 on the situation in Hungary, Doc 2017/2656(RSP)

#### HUNGARY:

Constitutional Court, Decision 22/2016 (XII. 5.) AB on the Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law

#### ONLINE SOURCES:

EUObserver *Germany to Hungary: New constitution breaches EU values*, 19-04-2011, <[www.euobserver.com/justice/32208](http://www.euobserver.com/justice/32208)>

Dutch Government, Letter of four Ministers of Foreign Affairs to President of the Commission, 6 March 2013: <[www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/brieven/2013/03/13/brief-aaneuropese-commissie-over-opzetten-rechtsstatelijkheidsmechanisme/brief-aan-europese-commissieover-opzetten-rechtsstatelijkheidsmechanisme.pdf](http://www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/brieven/2013/03/13/brief-aaneuropese-commissie-over-opzetten-rechtsstatelijkheidsmechanisme/brief-aan-europese-commissieover-opzetten-rechtsstatelijkheidsmechanisme.pdf)>

Hungarian government, Speech by Viktor Orban at the 25<sup>th</sup> Bálványos Summer Free University and Student Camp', 26 July 2014, <[www.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/prime-minister-viktor-orban-s-speech-at-the-25th-balvanyos-summer-free-university-and-student-camp](http://www.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/prime-minister-viktor-orban-s-speech-at-the-25th-balvanyos-summer-free-university-and-student-camp)>

Joint statement by the German government and the German Länder on EU Cohesion Policy beyond 2020, <[http://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Downloads/S-T/stellungnahme-bund-laneder-kohaesionspolitik.html?](http://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Downloads/S-T/stellungnahme-bund-laneder-kohaesionspolitik.html?__blob=publicationFile)>

Minister of Foreign Affairs of the Republic of Poland, 'MFA statement on Poland's response to European Commission's complementary Recommendation of 21 December 2016', 20 February 2017,

<[www.msz.gov.pl/en/c/MOBILE/news/mfa\\_statement\\_on\\_poland\\_s\\_response\\_to\\_european\\_commission\\_s\\_complementary\\_recommendation\\_of\\_21\\_december\\_2016](http://www.msz.gov.pl/en/c/MOBILE/news/mfa_statement_on_poland_s_response_to_european_commission_s_complementary_recommendation_of_21_december_2016)>

Reuters, *Clinton concerned about democratic freedoms in Hungary*, 30-06-2011, <<http://www.reuters.com/article/us-hungary-clinton-idUSTRE75T2IY20110630>>

Reuters, *Hungary passes law targeting Soros-founded university, thousands protest*, 04-04-2017, <[www.reuters.com/article/us-hungary-soros-parliament-idUSKBN17619Q](http://www.reuters.com/article/us-hungary-soros-parliament-idUSKBN17619Q)>

Le Soir, *Jean-Claude Juncker au «Soir»: «Il y a un sérieux problème de gouvernance en Europe*, 05-11-2016, <[www.lesoir.be/1360084/article/actualite/union-europeenne/2016-11-04/juncker-au-soir-il-y-un-serieux-probleme-gouvernance-en-europe](http://www.lesoir.be/1360084/article/actualite/union-europeenne/2016-11-04/juncker-au-soir-il-y-un-serieux-probleme-gouvernance-en-europe)>

#### VENICE COMMISSION:

Opinion no. 621/2011 'on the new Constitution of Hungary, 17–18 June 2011, CDL-AD(2011)016

Venice Commission, Opinion no. 70/2013 'on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary', 17 June 2013, CDL-AD(2013)012

## **«STRENGTHENING THE RULE OF LAW»: SKETCHING A COMPARISON BETWEEN THE “DOMESTIC” AND “EXTERNAL” CONSTRUCTIONS OF AN EU FOUNDATIONAL PRINCIPLE**

**Sara Cocchi**

*Dottore di ricerca in Diritto comparato presso l'Università degli Studi di Firenze*

*Pur senza definirne i caratteri, l'art. 2 TUE annovera la rule of law fra i principi fondanti l'UE, includendola altresì (art. 21 TUE) fra gli assi strategici fondamentali delle politiche e strategie messe a punto dalla Commissione (DG DEVCO e NEAR) e attuate in coordinamento con il Servizio di Azione Esterna della UE nei Paesi Candidati (attuali o potenziali) e negli altri Paesi partner. Questo scritto esplora la relazione fra le concezioni europee “interna” e “esterna” della rule of law. A seguito di una panoramica sulla rule of law come pilastro dell'ordinamento giuridico della UE e di quello degli Stati Membri, la prima parte analizzerà il rinnovato impegno delle istituzioni europee nella protezione della rule of law nell'Unione. La seconda parte si concentrerà sugli interventi esterni volti a promuovere e rafforzare la rule of law nei Paesi Candidati o del Vicinato, riservando particolare attenzione ai documenti strategici e ai rapporti-Paese annuali. La sezione conclusiva del paper offrirà alcuni spunti comparatistici con riferimento ai due profili sopra delineati, in cerca di sovrapposizioni e divergenze e ricordando le soluzioni proposte per interpretare e riconciliare le differenze, esistenti o potenziali.*

*Though not defined in its features, the rule of law is mentioned in art. 2 TEU as one of the key principles upon which the EU is founded. Additionally, it represents one of the backbones of the EU External Action deployed in current/potential EU Candidate Countries as well as in other partner Countries according to art. 21 TEU. This paper investigates the relationship between “domestic” and “external” EU concepts of the rule of law. Following an overview on the rule of law as a cornerstone of the EU legal system and a pillar in the legal order of the EU Member States, the first part of the paper will address the recently renewed commitment of EU institutions in protecting the rule of law within the Union. The second part will focus on EU external interventions aimed at promoting and strengthening the rule of law in Candidate or Neighbouring Countries, by paying special attention to strategic documents and yearly country reports issued by DGs DEVCO and NEAR. The final section of this paper will compare the two frameworks in search of overlappings and divergences and reviewing the solutions proposed to interpret and reconcile actual or potential discrepancies.*

### **Table of contents:**

1. More than one rule of law?
2. Two spare thoughts on the rule of law (with the EU context in mind)
3. Defining the rule of law within the EU: the Rule of Law and the Member States
4. Promoting the rule of law outside the EU: a different definition?
5. Comparing the rule(s?) of law. Concluding remarks

## 1. More than one rule of law?

Art. 2 TEU gives the rule of law a place of honour among the values upon which the EU is founded, alongside respect for human dignity, freedom, democracy, equality, respect for human rights and minorities. Coherently, art. 21 TEU features the rule of law, as one of the main principles by which the Union's External Action shall be inspired and to whose consolidation the Union shall cooperate with third countries and other international organisations. The rule of law being labelled as a «value common to the Member States», a *prima facie* reading of the above-mentioned articles would suggest a shared “domestic” understanding of it and conceptual consistency in its promotion by EU institutions outside its boundaries. As logical as it may seem, the congruence between “domestic” and “external” conceptions of the rule of law became the subject of a heated debate investigating whether the same standard is applied when it comes to guaranteeing or promoting the rule of law “at home” or “abroad”. In recent years, the debate has been reinvigorated by the entrenchment of respect for the rule of law as a precondition for EU membership application (art. 49.1 TEU), its relevance for the establishment of sound neighbouring partnerships (and the subsequent allocation of considerable resources for cooperation in the field) and the growing demand for the establishment of internal mechanisms aimed at protecting the rule of law in EU Member States.

Following an overview of traditional definitions of the rule of law and its features, the paper investigates the presence of and the relationship between two different concepts of the rule of law - “domestic” as opposed to “external” – relying on relevant EU sources as well as on EU external aid strategic planning documents. The final section will compare the findings and point out a few concluding remarks.

## 2. Two spare thoughts on the rule of law (with the EU context in mind)

A quick overview of different rule of law experiences across Europe clearly highlights that each of them unavoidably possesses its own legal tradition-specific connotations resulting from a unique combination of historical and institutional background, legal culture and landmark events. However, if we assume with Pietro Costa that the rule of law - in its most general terms - is a formula connecting “political power”, “law” and

“individuals” so that the position of the latter is reinforced against the first by means of law<sup>1</sup>, a closer look at the three main Continental European patterns reveals prominent common trends. The answers they provide suggest strikingly different technical solutions aimed at preventing political power from “invading” the citizens’ private sphere composed of individual rights and freedoms. The German *Rechtstaat* points at the law (i.e., the procedure-compliant and formally consistent source expressed by the Parliament) as the sole instrument capable of restraining the State’s sovereign authority and therefore ensuring the protection of individual rights<sup>2</sup> against arbitrariness perpetrated by the executive and the judicial branches. The French *État de droit* “downgrades” the Parliament from a *primus inter pares* (formally) *pares* to one of the three branches in which political power is divided. Therefore, stressing the need to counterbalance its potentially unlimited power, it recalls the relevance of the Constitution as the source of the Parliament’s powers and the yardstick against which its acts must be checked both procedure- and content-wise. Continental approaches were subsequently enhanced by the introduction of judicial review as the key consequence of the hierarchical, compliance-based construction of the sources of law proposed by Hans Kelsen, locating a now truly rigid Constitution at its top<sup>3</sup>. On the other side of the Channel, the English tradition addresses the conundrum represented by the relationship between the principle of parliamentary supremacy and the potential arbitrariness into which it may develop by relying on the «lawmaking synergy<sup>4</sup>» between statutory law and common law, entrusting the latter with the task of supervising the (equal) implementation of the first and allowing solutions designed by the common law to be transposed into statutory law.

The presence of different European archetypes does not necessarily imply a still-frame landscape nor prevents cross-fertilisation between them. Prominent Italian scholar Danilo Zolo identifies two main common trends capable of reducing the differences sketched above and lays the foundations

---

<sup>1</sup> COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in COSTA - ZOLO (eds.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, p. 90.

<sup>2</sup> According to this construction, individual rights are the product of the State’s self-restraint, too; see BALDASSARRE, entry *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. XII, Roma, 1989.

<sup>3</sup> Kelsen’s intervention on the *Rechtstaat* pattern is discussed in details in COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, pp. 131-136.

<sup>4</sup> ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in COSTA - ZOLO (eds.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, p. 24.

for a common European rule of law pattern<sup>5</sup> revolving around the individual and his rights and attributing to the law the role of restraining political power's authoritarian tendencies<sup>6</sup>. Its features are: *a*) distribution of power among individuals entitled to fundamental rights and having the power of implementing legally relevant choices; *b*) differentiation of the legal and political system from other social organisational systems<sup>7</sup> and as a progressively specialised system in itself. Further interconnected principles stem from these, namely: equality before the law, legal certainty (encompassing predictability, intelligible formulation, accessibility and non-retroactivity of legal precepts, respect for the natural judge principle), constitutional recognition of fundamental rights, on the one side; secularisation of the law, identification of a public sphere (as opposed to a private one), separation between legislative and executive/administrative functions, the principle of legality, respect for constitutional fundamental rights by the legislator, independence of the judiciary, on the other side<sup>8</sup>.

In time, different systematisations of these components have been variously combined into *formal* or "thin" and *substantive* or "thick" versions of the rule of law, according to a progressively cumulative criterion running from the focus on mere procedural legality to the inclusion of content requirements in the formulation of the law<sup>9</sup>. The current trend towards substantive versions is exemplified by the recent definition provided by the Council of Europe (CoE) in its 2011 report, which lists protection of human rights and compliance by the state with its obligations in both national and

---

<sup>5</sup> Not surprisingly, the Venice Commission's 2011 report on the rule of law significantly aims «to reconcile [...] the notions of "Rule of Law", "Rechtsstaat" and "État de droit», all ultimately addressing «the exercise of power and the relationship between the individual and the state»; EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Report on the Rule of Law*, 4 April 2011, CDL-AD(2011)003rev, p. 3 para. 5 and p. 5 para. 16, available at [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-e)

<sup>6</sup> ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, pp. 33-34.

<sup>7</sup> In proposing a new tripartite classification of legal systems, Ugo Mattei defines the Western legal tradition as the one based on the *rule of professional law*, whose distinguishing feature is the «separation between law and politics and the separation between law and religious and/or philosophical tradition», so that «the legitimacy of the law is [...] of a technical nature»; MATTEI, *Three patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 45, No. 1 (Winter, 1997), p. 23.

<sup>8</sup> ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, pp. 37-44.

<sup>9</sup> For an extensive account of "thin" and "thick" theories on the rule of law, see TAMANAHA, *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge, 2004, pp. 91-113.

international law among the «8 ingredients» composing the rule of law<sup>10</sup>. Additionally, in its 2016 *Rule of Law Checklist*, the CoE highlights the close ties between the rule of law, respect for human rights and democracy, and further “thickens” the meaning of the rule of law by adding on another layer (i.e., «the involvement of the people in the decision-making process in a society<sup>11</sup>»). However, as the CoE itself warns, the implementation of the rule of law is a process which must take into account *legal* as well as *non-legal* factors, thus showing relevant points in common with the “teleological” (as opposed to an “anatomical”, checklist-structured one) construction of the rule of law developed by Martin Krygier<sup>12</sup>. While laying theoretical frameworks and systematisations is certainly useful for a proper understanding of the rule of law, its protection and promotion (both “at home” and “abroad”) should not overlook those social, political and cultural factors which can facilitate or hamper its reinforcement and ownership.

### 3. Defining the rule of law within the EU: the rule of law and the Member States

Against this backdrop, it is now possible to explore the “domestic” understanding of the rule of law within the European Union, bearing in mind at least one preliminary observation and an important linguistic clarification. As far as the first one is concerned, it must be highlighted that the rule of law as one of the values upon which the EU is founded may be analysed at least from three different – though closely intertwined and mutually reinforcing – viewpoints, as it may be regarded as:

i) a principle governing the functioning of the EU itself as a supranational legal order;

ii) a principle which EU Member States are built upon and which they must comply with; in this second meaning, one further subdivision applies, being Member States compliance with (specific aspects of) the rule of law (take the principle of legality as one outstanding example) “bi-directional”, i.e.:

---

<sup>10</sup> VENICE COMMISSION, *Report on the Rule of Law*, p. 9 para. 37.

<sup>11</sup> EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Rule of Law Checklist*, 18 March 2016, CDL-AD(2016)007, p. 9 para. 33, available at [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e)

<sup>12</sup> KRYGIER, *The Rule of Law: Legality, Teleology, Sociology*, University of New South Wales Faculty of Law Legal Studies Research Paper No. 2007-65, available at <https://ssrn.com/abstract=1218982>

- a) internal to their own legal system, and
- b) external to it but internal to the EU legal system;
- iii) a policy objective and a guiding principle of the EU's foreign policy.

While an account of no. *iii* will be attempted at in para. 4, this paragraph will focus on no. *ii.a*, and more specifically on the definition provided by the EU Commission (EC) in its 2014 Communication, establishing *A new EU framework to strengthen the Rule of Law*<sup>13</sup>.

Significantly, almost thirty years after its mention in the European Court of Justice judgement *Les Verts*<sup>14</sup> as a foundational principle of the then-European Community, the EC offers the first EU definition of the rule of law in the very document setting a new procedural framework for protecting it from the threats which may occur *within* the legal systems of EU Member States. Without eschewing its intrinsic multifaceted nature and its Country-specific nuances and building on the work already done by other EU institutions and the CoE, the EC provides a list of features pertaining to the rule of law as the «backbone of any modern constitutional democracy<sup>15</sup>». These include: a) *legality* (implying a transparent, accountable, democratic and pluralistic process for enacting laws); b) *legal certainty* (requiring inter alia that all the rules are clear and predictable and cannot be retrospectively changes); c) *prohibition of arbitrariness of the executive powers* (in the words of the CJEU, meaning that «any intervention by public authorities in the sphere of private activities must have a legal basis and be justified on the grounds laid down by law»); d) *independent and impartial courts plus effective judicial review including respect for fundamental rights*; e) *equality before the law*<sup>16</sup>. In proposing a substantive understanding of its components, the EC affirms the inextricable link between the rule of law, respect for democracy and respect for fundamental rights, thus rejecting “thin” conceptions and making a decided move towards a «mixed [but non-cumulative] model» of rule of law, in which all three principles are interdependent<sup>17</sup>. Although criticised for leaving out some (assumedly

---

<sup>13</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *A new EU Framework to strengthen the Rule of Law*, 13 March 2014, COM(2014) 15 final/2.

<sup>14</sup> *Les Verts v. European Parliament* (1986), C-294/83.

<sup>15</sup> *A new EU Framework to strengthen the Rule of Law*, p. 1.

<sup>16</sup> *A new EU Framework to strengthen the Rule of Law*, Annex 1, pp. 1-2.

<sup>17</sup> PECH, ‘*A Union Founded on the Rule of Law*’: *Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law*, in *European Constitutional Law Review*, no. 6, 2010, p. 368, grounded his definition on a pre-2014, CJEU case law-based analysis. On a different post-2014 basis, other scholars criticised this lack of clear distinction between the rule of law, democracy and fundamental/human rights as the foundational values enshrined in

fundamental) elements<sup>18</sup>, this self-declaredly non-exhaustive list marks an extremely significant advancement for the construction of an EU understanding of the rule of law.

Firstly, it must be noted that the attempt at defining a cluster of soundly accepted principles stemming from the constitutional traditions of the Member States implies endorsing conceptual coherence beyond the linguistic discrepancies underlining different national and historical constitutional identities<sup>19</sup> (see art. 4.2 TEU) and construing an originally State-related principle (*Rechtsstaat/État de droit/Stato di diritto...*) in the context of a non-State supranational legal order<sup>20</sup>. Moreover, it represents an unprecedented effort to systematise what had been so far defined mainly – if not exclusively - through the CJEU case law<sup>21</sup>.

Secondly, but not less remarkably, it comes along with the formal rejection of the “presumption of compliance” with the rule of law applied so far with reference to Member States<sup>22</sup>. When their authorities are either perpetrating or tolerating «systemic threats» to the rule of law within their own national legal systems (i.e, when the «political, institutional and/or legal order of a Member State as such, its constitutional structure, separation of powers, the independence or impartiality of the judiciary, or its system of judicial review including constitutional justice where it exists» are

art. 2 TEU, which may cause interpretive troubles *vis à vis* the procedure under art. 7 TEU; see MAGEN, *Cracks in the foundations: understanding the great rule of law debate in the EU*, in *Journal of Common Market Studies*, Vol. 54, no. 5, p. 1055.

<sup>18</sup> Even though the Communication specifies that the principles listed define the «core meaning» of the rule of law according to art. 2 TEU (*A new EU Framework to strengthen the Rule of Law*, p.4), some scholars regretted that the EC did not include elements such as access to the law (intelligibility, clarity, predictability and publicity of law; however, these are partially mentioned under the label of “legality”), “conscience légitime” and proportionality (KOCHENOV – PECH - PLATON, *Ni panacée, ni gadget: le nouveau cadre de l’Union européenne pour renforcer l’État de droit*, in *Revue trimestrielle de droit européenne*, no. 4, octobre-décembre 2015, p. 705), absence of corruption, access to justice and civilian control of security forces (MAGEN, *Cracks in the foundations*, p. 1054).

<sup>19</sup> COSTA, *Lo Stato di diritto: un’introduzione storica*, p. 121.

<sup>20</sup> PECH, *‘A Union Founded on the Rule of Law’*, pp. 364.

<sup>21</sup> An extensive account of the ECJ-CJEU case law on the rule of law (in its multiple dimensions described in this paragraph) is provided by VON DANWITZ, *The rule of law in the recent jurisprudence of the ECJ*, in *Fordham International Law Journal*, Vol. 37, 2013-2014, pp. 1311-1347.

<sup>22</sup> «However, recent events in some Member States have demonstrated that a lack of respect for the rule of law and, as a consequence, also for the fundamental values which the rule of law aims to protect, can become a matter of serious concern»; *A new EU Framework to strengthen the Rule of Law*, p. 1.



endangered<sup>23</sup>), they may be subject to the three-stage procedure envisaged by the new Framework.

Thirdly, in setting up a framework as imperfect and incomplete as it may be, but nonetheless aimed at tackling rule of law-related violations perpetrated at the national level<sup>24</sup>, the EC makes clear that violations of this founding principle *by* and *within* Member States do matter for the functioning of an EU based on mutual trust among Member States and confidence in the further development of the Union into an area of freedom, security and justice<sup>25</sup>. Therefore, the “domestic” construction of the rule of law is a necessarily multi-tiered one: though perfect congruence is not possible because of unavoidable national specificities, the “national-domestic” and “EU-domestic” levels of implementation and protection of the rule of law – as sketched under *i*) and *ii*) above - appear to be inextricably intertwined and working as the «normative glue that holds the entire political and legal edifice together<sup>26</sup>».

A further step towards the formal definition of the rule of law has been taken by a recent EU Parliament Resolution (25 October 2016) recommending to the EC the creation of a comprehensive «EU mechanism on democracy, the rule of law and fundamental rights»<sup>27</sup> under art. 295 TFEU. In proposing a dedicated Union Pact outlining a yearly policy cycle to be jointly conducted by the EU institutions, the Parliament explicitly qualifies the rule of law as a principle pertaining to the EU «constitutional core<sup>28</sup>», whose erosion poses a serious threat to the stability of the Union<sup>29</sup>,

---

<sup>23</sup> *A new EU Framework to strengthen the Rule of Law*, p. 7. KOCHENOV – PECH - PLATON, *Ni panacée, ni gadget*, pp. 705-708, offer critical review of this definition. It must be noted that an assumedly loose or unclear definition of «systemic threat» could be functional to leaving the EC – a highly technical but ultimately, political body of the EU - enough margin of appreciation in applying the mechanism to those breaches of the rule of law when soft power or “moral suasion” instruments do not suffice and other procedures (the so-called “nuclear option” envisaged by art. 7 TEU or the infringement procedure based on art. 258 TFEU) do not apply.

<sup>24</sup> On the different proposals concerning possible gap-filling mechanisms for addressing and sanctioning rule of law violations by Member States, see CLOSA – KOCHENOV - WEILER, *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, RSCAS Paper no. 2014/25, EUI Working Papers, available at <https://ssrn.com/abstract=2404260>.

<sup>25</sup> *A new EU Framework to strengthen the Rule of Law*, p. 1.

<sup>26</sup> This powerful metaphor is borrowed from MAGEN, *Cracks in the foundations*, p. 1055.

<sup>27</sup> EU Parliament Resolution P8\_TA(2016)0409 (25 October 2016) *with recommendations to the Commission on the establishment of an EU mechanism on democracy, the rule of law and fundamental rights* (2015/2254(INL)).

<sup>28</sup> EU Parliament Resolution *EU mechanism on democracy, the rule of law and fundamental rights*, Preamble sub D.

as well as to the protection of fundamental rights and the proper implementation of EU economic *and* social policies. While analysing the policy cycle proposed by the Parliament is outside the scope of this paper, it is worth mentioning a couple of interesting points in the perspective of a “multi-directional” approach to the rule of law. By stressing the «duty» of the EU and its Member States to intervene in «situations where a Member State no longer guarantees respect for democracy, the rule of law and fundamental rights, or in cases of a breach of the rule of law» in order to «protect the integrity and application of the Treaties and to protect the rights of everyone within its jurisdiction<sup>30</sup>», the Parliament recognises the intersections between the two domestic dimensions of the rule of law just like the EC did in its 2014 Communication. Moreover, the Parliament goes beyond the importance of a consistent domestic understanding of the rule of law and advocates for the same coherent approach between «internal and external democracy, rule of law and fundamental rights policy» as the «key to the credibility of the Union<sup>31</sup>». Recognising the need to assess on a regular basis whether Member States laws and practices continue to comply with the common values upon which the Union is founded, the Parliament seems to admit that a double standard of compliance with the Copenhagen criteria is applied to Member States *vis à vis* candidate Countries<sup>32</sup>.

If a double standard really applies, does it mean that a different “external” definition of the rule of law applies, too?

#### 4. Promoting the rule of law outside the EU: a different definition?

Before venturing out in search of an EU “external” definition of the rule of law as a *guiding principle* of the Union’s external action (art. 21 TEU), it may be worth recalling that – just as it happens with reference to its “domestic” understanding – no “official” description of its features is offered in the Treaties. Though not surprising, given its nature of “foreign policy objective” from which no particular enforceable obligation arises for either

---

<sup>29</sup> EU Parliament Resolution *EU mechanism on democracy, the rule of law and fundamental rights*, Preamble sub H.

<sup>30</sup> EU Parliament Resolution *EU mechanism on democracy, the rule of law and fundamental rights*, Preamble sub AE.

<sup>31</sup> EU Parliament Resolution *EU mechanism on democracy, the rule of law and fundamental rights*, Preamble sub U.

<sup>32</sup> EU Parliament Resolution *EU mechanism on democracy, the rule of law and fundamental rights*, Preamble sub R, S.

EU institutions or Member States<sup>33</sup>, it may become at least questionable when the rule of law itself becomes a benchmark to be attained by those countries wishing to join the EU (art. 49 TEU). Additionally, no document so far has tried to establish a set of shared criteria according to which the rule of law “external” concept can be defined (and against which compliance with it can be tested). However, an attempt can be done at extracting the main “rule of law ingredients” from the core legal and policy documents relating to the EU external action, focusing on two of its main “geographical” directions, i.e., EU enlargement and neighbourhood partnership, given their paramount importance in terms of assistance programmes implemented and financial resources allocated.

Even a quick look at the dedicated webpages on the Commission’s website shows that the main policies and strategies designed by the Commission’s DG NEAR and implemented in coordination with the EEAS through the EU’s external aid instruments place significant relevance on strengthening the rule of law in current/potential EU Candidate Countries as well as in Eastern and Southern neighbouring Countries. However, the relevant regulatory framework for cooperation and assistance provides no details as far as rule of law-related interventions are concerned.

In establishing the Instrument of Pre-Accession (2007-2013), through which assistance is provided to Candidate Countries in their «progressive alignment with the standards and policies of the European Union [...] with a view to membership<sup>34</sup>», Reg. EC 1085/2006 only *mentions* the rule of law alongside a list of target fields of interventions such as (among others) the strengthening of democratic institutions, public administration and economic reform, promotion of human rights, minority rights and gender equality and support to civil society<sup>35</sup>. Along the same line is Reg. EC 1638/2006, instituting the European Neighbourhood and Partnership Instrument to provide assistance to neighbouring Countries «for the development of an area of prosperity and good neighbourliness<sup>36</sup>» (ENPI, 2007-2013)<sup>37</sup>, which

---

<sup>33</sup> PECH, *Rule of law as a guiding principle of the European Union’s external action*, CLEER Working Papers 2012/3, available at <http://www.asser.nl/media/1632/cleer2012-3web.pdf>, p. 12.

<sup>34</sup> Reg. EC 1085/2006, art. 1 para. 1.

<sup>35</sup> See Reg. EC 1085/2006, Preamble, para. 13, art. 2 para. 1 (a).

<sup>36</sup> Reg. EC 1638/2006, art. 1 para. 1. The partner Countries listed in Annex 1 are: Algeria, Armenia, Azerbaijan, Belarus, Egypt, Georgia, Israel, Jordan, Lebanon, Libya, Moldova, Morocco, Palestinian Authority of the West Bank and Gaza Strip, Russian Federation, Syria, Tunisia, Ukraine.

<sup>37</sup> See Reg. EC 1638/2006, Preamble para. 4, art. 1 para. 3, art. 2 para. 2 (d).

also features “good governance” beside the rule of law, as part of an oft-repeated doublet whose fortune will increase in the years to come<sup>38</sup>.

A notable change in attitude is detectable in Reg. EU 232/2014, establishing the European Neighbourhood Instrument (ENI), under whose scope ENP interventions are funded. Art. 2 para. 1 clarifies that Union’s support shall target in particular «[the promotion of] human rights and fundamental freedoms, the rule of law, principles of equality and the fight against discrimination in all its forms, establishing deep and sustainable democracy, promoting good governance, fighting corruption, strengthening institutional capacity at all levels and developing a thriving civil society including social partners». An even more noteworthy advancement can be seen in Reg. EU 231/2014, whose Annex II lists thematic priorities to be funded under IPA II and features «[e]stablishing and promoting from an early stage the proper functioning of the institutions necessary in order to secure the rule of law». Interventions in this area will be directed at establishing «independent, accountable and efficient judicial systems [...], ensuring the establishment of robust systems to protect the borders, manage migration flows and provide asylum to those in need; developing effective tools to prevent and fight organised crime and corruption; promoting and protecting human rights, rights of persons belonging to minorities [...] and fundamental freedoms, including freedom of the media<sup>39</sup>».

Quite differently from the *ENI Strategic Priorities 2014-2020*, where democracy and respect for human rights are mentioned instead of the rule of law<sup>40</sup>, the programming documents adopted under IPA II reveal a strong

---

<sup>38</sup> Both sources contain a *caveat* concerning respect for (among others) the rule of law as a condition for the continuation of sound partnerships. Under IPA, non-compliance may result in the Member States taking «appropriate steps with regard to any assistance granted under this regulation» (art. 21 para. 2), while under ENPI (art. 7 para. 6) a crisis or a threat to democracy, the rule of law, human rights and fundamental freedoms may entail an *ad hoc* review of the programming documents featuring financial allocations (i.e., Country/Multi-Country Strategy Papers).

<sup>39</sup> Reg. EU 231/2014, Annex II, para. (b). The establishment of an independent judiciary includes «transparent and merit-based recruitment, evaluation and promotion systems and effective disciplinary procedures in cases of wrongdoing», while the fundamental rights of minorities include those of «Roma as well as lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex persons».

<sup>40</sup> EEAS - EUROPEAN COMMISSION DG DEVCO, *Programming of the European Neighbourhood Instrument (ENI) 2014-2020. Strategic Priorities 2014-2020 and Multi-annual Indicative Programme 2014-2017. European Neighbourhood-wide measures*. Of course, this does not mean that interventions aimed at supporting justice reform (including reform of penitentiary systems), the fight against corruption and organised crime have not

focus on the rule of law as one of the crucial pre-accession challenges. This is especially true following the adoption of a new rule of law approach by the Enlargement Strategy 2012-2013, which lists strengthening the judiciary (in terms of independence, accountability, efficiency and effective enforcement of judicial decisions), the fight against corruption and organised crime, broad public administration reform, protection and promotion of fundamental rights (including the rights of vulnerable groups and minorities) and freedom of the media as the key areas of rule of law-related interventions<sup>41</sup>. Along with economic governance and public administration reform, since 2014 the rule of law (including the strengthening of democratic institutions) has become one of the three pillars upon which the enlargement process is based. Components of the rule of law set in 2012-2013 are confirmed by the 2014<sup>42</sup> and 2015<sup>43</sup> Enlargement Strategies, while in 2016 «terrorism and radicalisation» can be found under the rule of law-related paragraph as a new priority to be addressed through criminal and anti-terrorism legislation reform<sup>44</sup>.

---

taken place under ENPI-ENI, as it can be seen from the allocation of resources summarised in the DG DEVCO document *European Neighbourhood Partnership Instrument 2007-2013. Overview of Activities and Results*, available at

[https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/overview\\_of\\_enpi\\_results\\_2007-2013\\_en\\_0.pdf](https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/overview_of_enpi_results_2007-2013_en_0.pdf)

However, «[e]nsuring the rule of law and independent and effective justice systems» capable of protecting human rights and featuring transparent, impartial and depoliticised judiciary and accountable central and local public administration remains a priority in the *Review of the European Neighbourhood Policy* jointly conducted by the Commission and the High Representative for Foreign Affairs and Security Policy in 2015; see EC-HRFASP Joint Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Review of the European Neighbourhood Policy*, COM(2015) 50 final, pp. 5-6.

<sup>41</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *Enlargement Strategy and Main Challenges 2012-2013*, COM(2012) 600 final, pp. 4-6. The relevant chapter is significantly titled *Putting the rule of law at the centre of enlargement policy*.

<sup>42</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Enlargement Strategy and Main Challenges 2014-15*, pp. 10-16

<sup>43</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *EU Enlargement Strategy*, COM(2015) 611 final, pp. 5-6.

<sup>44</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *2016 Communication on EU Enlargement Policy*, p. 3.

More recently, the *DG NEAR Strategic Plan 2016-2020*<sup>45</sup> set a new comprehensive framework for its activity, through the identification of three general objectives applying to both Neighbourhood and Enlargement policies and a number of specific objectives for each of them. Support to the rule of law<sup>46</sup> acquires significant importance under *General Objective 1* («Making the EU a stronger global actor»). Specific objectives are nonetheless different for ENP and Enlargement: while the first is generally formulated as an increase in stability in political, economic and security terms, the latter is more specifically focused on the «readiness» of Candidate Countries to join the Union. In this respect, coherently with the above-mentioned planning documents, tailored «readiness indicators» will aim at assessing the progress of EU candidates in key areas such as the functioning of the judiciary, fight against corruption and organised crime, freedom of expression and public administration reform. Notably, in 2018 DG NEAR will launch two interim thematic evaluations in the fields of rule of law and public administration reform.

Bearing in mind that the strategic documents analysed here only limitedly take into account Country-specific issue and priorities<sup>47</sup>, the picture described above suggests some provisional conclusions. The first one relates to the different attitudes towards the rule of law in the Neighbourhood and the Enlargement dimensions of the EU external action. Though founded on the same premises, rule of law priorities are more specifically defined with respect to the latter rather than the first, where the focus is more on broader – though intertwined – values and principles such as political stability, democracy, good governance or human rights. This can be explained by the higher level of commitment that Candidate Countries have towards EU accession and the consequently stricter compliance requirements they have

---

<sup>45</sup> DG NEAR, *Strategic Plan 2016-2020*, 12.04.2016, available at [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/strategic-plan-2016-2020-dg-near\\_april2016\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/strategic-plan-2016-2020-dg-near_april2016_en.pdf), p. 37.

<sup>46</sup> Under objectives such as poverty reduction, human development, inclusive and sustainable growth and human rights, but via financing instruments other than IPA II and ENI, DG DEVCO Strategic Plan 2016-2020 will promote «democracy, human rights, rule of law, gender equality and empowerment of women, the economic and social inclusion of vulnerable groups» and «support the civil society and local authorities». DG DEVCO, *Strategic Plan 2016-2020*, 10.05.2016, available at [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/strategic-plan-2016-2020-dg-devco\\_may2016\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/strategic-plan-2016-2020-dg-devco_may2016_en.pdf), p. 41.

<sup>47</sup> Detailed programmes for each Country can be found in Indicative Strategy Papers (for EU Candidates) and Annual Action Programmes (for ENP Countries) available at [https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/news\\_corner/key-documents\\_en](https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/news_corner/key-documents_en)

to meet in the process. However, it is also necessary to remember that – as different as their “starting points” might have been – Candidate Countries already passed a preliminary screening when their candidacy for EU membership was accepted. Because of that, and irrespective of the differences in progressing towards EU accession, Candidate Countries appear a more homogeneous group than ENP Countries, and therefore a more homogeneous characterisation of interventions aimed at strengthening the rule of law applies to them.

In this respect, documents and sources in this section clearly show that the external Enlargement-related EU support to the rule of law is essentially based on four pillars. These are: *a)* independence, accountability, efficiency of the judiciary and effectiveness in the implementation of judicial decisions; *b)* fight against corruption; *c)* fight against organised crime; *d)* protection and promotion of fundamental (and minorities) rights and freedom of the media in particular. Public administration reform – as another key area of the EU enlargement strategy – complements the picture. At first glance, it may be argued that the above-listed entries only partially coincide with the Commission’s 2014 rule of law framework definition. Does it mean that “external” and “internal” understanding differ?

## **5. Comparing the rule(s?) of law. Concluding remarks**

The answer can be affirmative only if based on the assumption that “priorities” and “ingredients” of the rule of law are interchangeable terms, which, of course, are not. Leaving aside ENP Countries for the moment and focusing on the Enlargement policy, a closer look at the *priorities* expressed by the IPA II regulation reveals that they are all connected with one or more *ingredients* listed in the 2014 EU framework definition. The focus on the justice system at large and the promotion of fundamental rights are perfectly in line with points *d)* and *e)* of Annex I of the EU Framework, while it would be difficult to argue that a State where organised crime and corruption hamper the proper functioning of public institutions, civil society and economy does not need to reinforce the rule of law, especially when accepting a “thick” conception of it as the EU Framework clearly does. The identification of a set of policy *priorities* in line with the commitments undertaken by Candidate Countries clearly does not exclude the existence of

*other* possible fields of intervention falling under the scope of the great «umbrella principle<sup>48</sup>» represented by the rule of law.

Following the introduction of the 2014 EU Framework, the oft-criticised lack of a once-and-for-all description of the “external” understanding of the rule of law may be scaled down by the very presence of the definition therein offered: in bridging the “domestic and the “external” dimensions of EU policies aimed at strengthening the rule of law, it can be considered the meta-benchmark against which consistency of rule of law-related external action should be ensured<sup>49</sup>, without attaching excessive importance to necessary Country-specific variations. This is even more true with reference to ENP Countries<sup>50</sup>, as bilateral cooperation and rule of law interventions needs to adapt to far more different political and institutional contexts, as shaped by variously combining «drivers of diversity<sup>51</sup>» and resulting in a wide and ever-evolving spectrum of regimes and legal systems that requires flexibility more than a one-size-fits-all type of policy.

If context-sensitiveness in policy design is highly desirable according to prominent law and development scholars<sup>52</sup> and political advantages of maintaining flexibility in external relations are self-evident<sup>53</sup>, different conclusions apply when coming to *measuring* a Country’s compliance with rule of law-related benchmarks. As far as EU Candidates are concerned, the provision of detailed *opening*, *interim* and *closing* benchmarks under Chapters 23 (judiciary and fundamental rights) and 24 (justice, freedom and security), and the possibility of stopping negotiations on other chapters if progress on Chapters 23 and 24 lags behind<sup>54</sup>, demonstrates the will to

---

<sup>48</sup> PECH, *Rule of law as a guiding principle of the European Union’s external action*, p. 26.

<sup>49</sup> See BURLUYUK, *Variation in EU external policies as a virtue: EU rule of law promotion in the Neighbourhood*, in *Journal of Common Market Studies*, Vol. 53, no. 3, 2015, p. 513.

<sup>50</sup> ID., *infra*.

<sup>51</sup> MAGEN, *Overcoming the diversity-consistency dilemmas in EU Rule of Law external action*, in *Asia Europe Journal*, Vol. 14, No. 1, 2016, pp. 31-35.

<sup>52</sup> See, among others, CAROTHERS, *Promoting the rule of law abroad. The problem of knowledge*, Carnegie Endowment Rule of Law Series Working Papers, No. 34, 2003, available at <http://carnegieendowment.org/files/wp34.pdf>. The

<sup>53</sup> PECH, *Rule of law as a guiding principle of the European Union’s external action*, pp. 25-26.

<sup>54</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Enlargement Strategy and Main Challenges 2014-15*, COM(2014) 700 final, pp. 1, 12-13.



closely monitor progresses in the field throughout all stages of the EU accession process.

Broad and coherent monitoring mechanisms should be applied to EU Member States with the same rigour. The comprehensive monitoring cycle proposed by the EU Parliament in its 2016 Resolution suggests relevant steps in that direction. Building a set of rule of law benchmarks for EU Member States would clearly be the challenging task of striking a balance between general, non-negotiable thresholds of compliance and tailor-made indicators based on national specificities, legal traditions and baselines. Nonetheless, interesting examples of Country-specific (transitory) monitoring mechanisms are already in place: the Cooperation and Verification Mechanism established in 2006 aims at assessing progresses made by Romania and Bulgaria with reference to specific rule of law-related areas, namely the effectiveness, transparency and professionalism of the judicial system, fight against corruption and – for Bulgaria only – fight against organised crime. For each Country, a detailed set of benchmarks has been established, against which progresses are monitored on a yearly basis<sup>55</sup>. The Commission Recommendation regarding the rule of law in Poland, adopted in 2016 under the new EU framework to strengthen the rule of law, provides something vaguely similar in its final paragraph, though with a far more punctual and case-specific perspective relating to the criticalities reported in the previous Commission Opinion<sup>56</sup>. In a long-term perspective, it would be interesting to explore possibilities for the incorporation of Country-specific benchmarks in the rule of law policy cycle proposed by the EU Parliament for monitoring Member States compliance. In this respect, the Venice Commission *Rule of Law Checklist*<sup>57</sup> could definitely offer sound bases for further elaboration.

---

<sup>55</sup> See Commission Decisions 2006/928/EC and 2006/929/EC of 13 December 2006. Progress reports are available at [https://ec.europa.eu/info/effective-justice/rule-law/assistance-bulgaria-and-romania-under-cvm/reports-progress-bulgaria-and-romania\\_en](https://ec.europa.eu/info/effective-justice/rule-law/assistance-bulgaria-and-romania-under-cvm/reports-progress-bulgaria-and-romania_en)

<sup>56</sup> See Commission Recommendation *regarding the rule of law in Poland*, C(2016) 5703 final, para. 6, available at [http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/recommendation-rule-of-law-poland-20160727\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/recommendation-rule-of-law-poland-20160727_en.pdf)

<sup>57</sup> EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Rule of Law Checklist*, pp. 11 ff.

## RECENTI SVILUPPI SUL MONITORAGGIO DELLA *RULE OF LAW* ALL'INTERNO DELL'UNIONE EUROPEA NEL RISPETTO DEI SUOI VALORI IDENTITARI

Daniela Fanciullo e Anna Iermano\*

*Dottori di ricerca in Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia presso l'Università degli Studi di Salerno*

*Il presente studio intende soffermarsi sul recente ed ambizioso obiettivo delle Istituzioni europee di elaborare uno strumento integrato di indicatori oggettivi concernenti i diritti fondamentali, al fine di verificarne la conformità ai "valori comuni", cristallizzati, com'è noto, dall'articolo 2 del Trattato sull'Unione europea; valori, questi, fondativi dell'Unione, il cui rispetto è, tra l'altro, imposto quale condizione per divenire membri dell'UE (art. 49 TUE).*

*Siffatti valori – e, in particolare, la rule of law – non appaiono, allo stato, sufficientemente protetti da strumenti efficaci che ne garantiscano il rispetto all'interno dell'Unione europea (vedi, in particolare, le minacce sistemiche alla rule of law in Romania, Ungheria e Polonia). Le soluzioni sinora prospettate risultano eccessivamente deboli – l'art. 7 del TUE rimanendo l'unica strada percorribile – e rischiano di minare la credibilità dell'Unione e le sue fondamenta. Pertanto, essi dovrebbero essere sostenuti sia dalle Istituzioni dell'Unione europea che dagli Stati membri mediante l'adozione – in fieri – del Patto sulla democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali, che include la definizione, l'elaborazione, l'attuazione e (per quanto qui interessa) il monitoraggio dei già citati valori.*

*Un'operazione, quest'ultima, sicuramente non agevole, come testimonia, d'altra parte, il complesso iter avviato dalle Istituzioni europee al fine di pervenire ad uno strumento integrato di indicatori oggettivi, non soggetti ad influenze esterne, soprattutto da parte del potere politico. Un'operazione, al contempo, resa necessaria alla luce del noto parere 2/13 della Corte di giustizia dell'Unione europea che – arginato il controllo "esterno" della Corte europea dei diritti dell'uomo – rende più che mai opportuno un controllo ab intra sul rispetto di tali valori da parte dell'Unione europea.*

*Pertanto, in tale contesto, il presente contributo intende partire dalle pertinenti disposizioni della recente Risoluzione del Parlamento europeo recante raccomandazioni alla Commissione sull'istituzione di un meccanismo dell'UE in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali del 25 ottobre 2016 e dall'Opinione 2/2016 dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali on the development of an integrated tool of objective fundamental rights indicators able to measure compliance with the shared values listed in Article 2 TEU based on existing sources of information.*

*Attraverso l'analisi delle richiamate fonti, lo studio intende soffermarsi sui seguenti interrogativi: in che modo può essere garantito un efficace meccanismo di monitoraggio della rule of law? Sono sufficienti gli strumenti già esistenti oppure è necessario un ulteriore intervento legislativo o la creazione di un apposito organismo? Ancora, in che misura gli indicatori dei diritti umani utilizzati da altre Organizzazioni internazionali, quali l'ONU ed il Consiglio d'Europa, possono fungere da esempio all'Unione europea nell'istituzione del meccanismo di monitoraggio sopra richiamato?*

*This study will focus on the recent and ambitious purpose of the European Institutions to develop an integrated tool of "objective indicators" relating to fundamental rights in order to*

---

\* La Dott.ssa Anna Iermano è autrice della parte prima; la dott.ssa Daniela Fanciullo è autrice della parte seconda.

verify their compliance with the “core values”, crystallized, as it is known, by Article 2 of the Treaty on European Union; these are EU’s founding values and their compliance is, among other things, imposed as a condition to become member of the EU (Art. 49 TEU).

Such values – and, in particular, the rule of law – do not appear, at present, sufficiently protected by effective tools that ensure the compliance within the European Union (see, in particular, the systemic threats to the rule of law in Romania, Hungary and Poland). The proposed solutions until now are too weak – the Art. 7 TEU remains the only way forward – and they risk to undermine the credibility of the Union and its foundations. Therefore, this values should be supported both by the EU Institutions and Member States through the adoption – in fieri – of the European Union Pact on democracy, the rule of law and fundamental rights, which provides for the definition, elaboration, enforcement and (especially for the present study) monitoring of the aforementioned values.

It is not an easy operation, as evidenced, on the other hand, by the complex process started by the European Institutions in order to achieve an integrated tool of objective indicators, not subject to external influences, especially by the politic power. An operation, at the same time, necessary in the light of the Opinion 2/13 of the Court of Justice of the European Union which – dammed the “external” control by the European Court of Human Rights – makes it appropriate a control *ab intra* on the respect of these values by the European Union.

Therefore, in this context, the present paper intends to start by the relevant provisions of the recent European Parliament Resolution with recommendations to the Commission on the establishment of an EU mechanism on democracy, the rule of law and fundamental rights of 25 October 2016 and by the Opinion 2/2016 the European Union Agency for fundamental rights on the development of an integrated tool of objective fundamental rights indicators able to measure compliance with the shared values listed in Article 2 TEU based on existing sources of information.

Through the analysis of the mentioned sources, the study intends to focus on the following questions: how an effective monitoring mechanism of the rule of law can be ensured? Are sufficient the already existing tools, or is it necessary a further legislative action or the creation of a special body? Besides, how the human rights indicators used by other International Organizations such as the UN and the Council of Europe can serve as an example to the European Union in the establishment of the above described monitoring mechanism?.

## **Sommario:**

### **I: Il monitoraggio della *rule of law* nell’Unione europea**

1. Premessa
2. Gli strumenti di reazione delle istituzioni europee alla violazione dei valori comuni: limiti applicativi
3. Il costituendo Patto dell’Unione sulla democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali: a proposito del progetto di accordo del 25 ottobre 2016
4. Considerazioni finali

### **II: Verso un sistema europeo unico di monitoraggio della *rule of law*?**

1. Profili introduttivi
2. Suggestimenti in tema di monitoraggio della *rule of law*: la Risoluzione del Parlamento europeo del 2016 e l’Opinione 2/2016 dell’Agenzia dell’Unione europea per i diritti fondamentali
3. L’influsso dei meccanismi internazionali di monitoraggio esistenti, con particolare riferimento a quelli previsti dal Consiglio d’Europa
4. Qualche riflessione conclusiva

## I: Il monitoraggio della *rule of law* nell'Unione europea

### 1. Premessa

L'Unione europea, come è noto, si fonda su una serie di “valori comuni” sanciti all'art. 2 del Trattato sull'Unione europea (TUE), quali il «rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto<sup>1</sup>, (...) dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze», la cui promozione rientra fra gli obiettivi dell'UE<sup>2</sup> e la cui osservanza è, tra l'altro, imposta quale condizione per divenirne membri<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Per un approfondimento cfr. CAGGIANO, *Dialogo sullo Stato di diritto negli Stati membri dell'Unione europea*, in AAVV, *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, 513; CASOLARI, *Il rispetto della rule of law nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea: un dramma in due atti*, in DPCE *on line*, 2016, n. 4, 133 ss.; MASTROIANNI, *Stato di diritto o ragion di Stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell'Unione negli Stati membri*, in AAVV, *Dialoghi con Ugo Villani*, cit., 605; VON BOGDANDY - IOANNIDIS, *Systemic deficiency in the rule of law: what it is, what has been done, what can be done*, in *C.M.L. rev.*, 2014, 59 ss.

<sup>2</sup> Art. 3 Trattato sull'Unione europea (TUE): «L'Unione si prefigge di promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli. (...) L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore. Essa promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri. Essa rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo. (...) Nelle relazioni con il resto del mondo l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini. Contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli, al commercio libero ed equo, all'eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani, in particolare dei diritti del minore, e alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite. (...)».

<sup>3</sup> Art. 49 TUE: «Ogni Stato europeo che rispetti i valori di cui all'articolo 2 e si impegni a promuoverli può domandare di diventare membro dell'Unione. Il Parlamento europeo e i parlamenti nazionali sono informati di tale domanda. Lo Stato richiedente trasmette la sua domanda al Consiglio, che si pronuncia all'unanimità, previa consultazione della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, che si pronuncia a maggioranza dei membri che lo compongono. Si tiene conto dei criteri di ammissibilità convenuti dal Consiglio europeo. Le condizioni per l'ammissione e gli adattamenti dei trattati su cui è fondata l'Unione, da essa determinati, formano l'oggetto di un accordo tra gli Stati membri e lo Stato richiedente. Tale accordo è sottoposto a ratifica da tutti gli Stati contraenti conformemente alle loro rispettive norme costituzionali».

Oggi l'Unione – quale Comunità di diritto<sup>4</sup> e di valori – è costretta a misurarsi, in particolare, con la crisi di uno di essi, la *rule of law*<sup>5</sup>, di cui sono emblematici i mutamenti costituzionali verificatisi in Ungheria<sup>6</sup>, Polonia<sup>7</sup> e Romania<sup>8</sup>; mutamenti che, in virtù della loro portata sistemica e strutturale hanno determinato un significativo allontanamento di tali Paesi dalla base valoriale di riferimento.

Ebbene, in un clima di condivisione di valori comuni e di reciproca fiducia tra gli Stati membri<sup>9</sup> è sufficiente che anche solo un Paese UE venga meno all'impegno assunto di rispettare la base valoriale su cui si fonda l'Unione, per metterne in crisi il funzionamento complessivo.

Ne consegue, pertanto, che le istituzioni europee si pongono, oggi, l'ambizioso obiettivo di elaborare uno strumento integrato di indicatori oggettivi concernenti i diritti fondamentali, al fine di garantire la conformità effettiva ai valori medesimi.

---

<sup>4</sup> Corte di giustizia, sentenza del 24 aprile 1986, causa 294/83, *Parti ecologiste Le Verts c. Parlamento europeo*, par. 23.

<sup>5</sup> Al riguardo Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo e al Consiglio “*Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*”, doc. COM (2014) def., 11 marzo 2014, punto 2. Per *rule of law*, quantomeno a livello europeo, è da intendersi un meta-concetto che include, al suo interno, diversi principi e, in particolare, «*legalità (secondo cui il processo legislativo deve essere trasparente, responsabile, democratico e pluralistico); certezza del diritto; divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; indipendenza e imparzialità del giudice; controllo giurisdizionale effettivo, anche per quanto riguarda il rispetto dei diritti fondamentali; uguaglianza davanti alla legge*».

<sup>6</sup> Cfr. BUGARIČ, *Protecting Democracy inside the EU. On Article 7 TEU and the Hungarian Turn to Authoritarianism*, in CLOSA - KOCHENOV (eds.), *Reinforcing rule of law oversight in the European Union*, Cambridge, 2016, 82 ss.

<sup>7</sup> Cfr. CURTI GIALDINO, *La Commissione europea dinanzi alla crisi costituzionale polacca: considerazioni sulla tutela dello stato di diritto nell'Unione*, in *Federalismi.it*, 2016, n. 2, 1 ss.; MORI, *Il rispetto dello Stato di diritto: “affari interni” o questione europea? I nuovi meccanismi di controllo dell'Unione alla prova della Polonia*, in *Federalismi.it*, 2016, n. 25, 1 ss.

<sup>8</sup> VON BOGDANDY- SONNEVEND (eds), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area: Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Oxford, 2015.

<sup>9</sup> «*Una siffatta costruzione giuridica poggia sulla premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, una serie di valori comuni sui quali l'Unione si fonda, così come precisato all'articolo 2 TUE. Questa premessa implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, dunque, al rispetto del diritto dell'Unione che li attua*» (Così, Corte di giustizia, Seduta plenaria, parere 2/13 del 18 dicembre 2014, sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU, punto 168).

## 2. Gli strumenti di reazione delle istituzioni europee alla violazione dei valori comuni

Allo stato, le istituzioni UE dispongono di una serie di strumenti per far fronte alle minacce rispetto ai valori dell'Unione, le quali sono risultate finora inadeguate.

Si pensi, anzitutto, alla procedura attivabile in caso di violazioni gravi e persistenti *ex art. 7 TUE*<sup>10</sup>, introdotta con il Trattato di Amsterdam<sup>11</sup>. Si tratta di un controllo di natura prevalentemente politica, spettante al Consiglio europeo (par. 2), il quale, tra l'altro, può anche decidere di sospendere alcuni dei diritti derivanti allo Stato dalla sua partecipazione all'Unione, compresi i diritti di voto in seno al Consiglio (par. 3)<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Art. 7 TUE: «1. Su proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione europea, il Consiglio, deliberando alla maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri previa approvazione del Parlamento europeo, può constatare che esiste un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'articolo 2. Prima di procedere a tale constatazione il Consiglio ascolta lo Stato membro in questione e può rivolgergli delle raccomandazioni, deliberando secondo la stessa procedura. Il Consiglio verifica regolarmente se i motivi che hanno condotto a tale constatazione permangono validi. 2. Il Consiglio europeo, deliberando all'unanimità su proposta di un terzo degli Stati membri o della Commissione europea e previa approvazione del Parlamento europeo, può constatare l'esistenza di una violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'articolo 2, dopo aver invitato tale Stato membro a presentare osservazioni. 3. Qualora sia stata effettuata la constatazione di cui al paragrafo 2, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può decidere di sospendere alcuni dei diritti derivanti allo Stato membro in questione dall'applicazione dei trattati, compresi i diritti di voto del rappresentante del governo di tale Stato membro in seno al Consiglio. Nell'agire in tal senso, il Consiglio tiene conto delle possibili conseguenze di una siffatta sospensione sui diritti e sugli obblighi delle persone fisiche e giuridiche. Lo Stato membro in questione continua in ogni caso ad essere vincolato dagli obblighi che gli derivano dai trattati. 4. Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può successivamente decidere di modificare o revocare le misure adottate a norma del paragrafo 3, per rispondere ai cambiamenti nella situazione che ha portato alla loro imposizione. 5. Le modalità di voto che, ai fini del presente articolo, si applicano al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio sono stabilite nell'articolo 354 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea». Per approfondimenti cfr. NASCIMBENE, *Lo Stato di diritto e la violazione grave degli obblighi posti dal Trattato UE*, in *Eurojus*, 24 ottobre 2017.

<sup>11</sup> Trattato di Amsterdam che modifica il trattato sull'Unione europea, i trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi, in GUCE C 340, 10.11.1997, 1-144.

<sup>12</sup> Relativamente alla sospensione dei diritti, art. 354 TFUE: «Ai fini dell'articolo 7 del trattato sull'Unione europea relativo alla sospensione di taluni diritti derivanti dall'appartenenza all'Unione, il membro del Consiglio europeo o del Consiglio che rappresenta lo Stato membro in questione non partecipa al voto e nel calcolo del terzo o dei quattro quinti degli Stati membri di cui ai paragrafi 1 e 2 di detto articolo non si tiene conto dello Stato membro in questione. L'astensione

Lo stesso articolo, poi, a partire dal Trattato di Nizza<sup>13</sup> contempla, altresì, un sistema di *early warning* che permette all'UE di intervenire preventivamente nel caso di un "evidente rischio di violazione grave" dei valori dell'Unione (par. 1).

A tal riguardo, la Commissione precisa che sia la violazione conclamata, che il rischio di violazione cui si riferisce il Trattato devono travalicare le singole situazioni ed assumere le dimensioni di un problema sistematico: «*devono, cioè, essere minacciati l'ordinamento politico, istituzionale e/o giuridico di uno Stato membro in quanto tale, la sua struttura costituzionale, la separazione dei poteri, l'indipendenza o l'imparzialità della magistratura, ovvero il suo sistema di controllo giurisdizionale compresa, ove prevista, la giustizia costituzionale – ad esempio in seguito all'adozione di nuove misure oppure di prassi diffuse delle autorità pubbliche e alla mancanza di mezzi di ricorso a livello nazionale*»<sup>14</sup>.

Allorquando poi i meccanismi nazionali di salvaguardia dello Stato di diritto non siano in grado di fronteggiare efficacemente tali minacce, si ricorre alla procedura di cui all'art. 7 TUE, che mira a risolvere la violazione mediante un'azione politica e globale, lungi dalla risoluzione di singoli casi come avviene con i procedimenti giurisdizionali.

*di membri presenti o rappresentati non osta all'adozione delle decisioni di cui al paragrafo 2 di detto articolo. Per l'adozione delle decisioni di cui all'articolo 7, paragrafi 3 e 4 del trattato sull'Unione europea, per maggioranza qualificata s'intende quella definita conformemente all'articolo 238, paragrafo 3, lettera b) del presente trattato. Qualora, a seguito di una decisione di sospensione dei diritti di voto adottata a norma dell'articolo 7, paragrafo 3 del trattato sull'Unione europea, il Consiglio deliberi a maggioranza qualificata sulla base di una delle disposizioni dei trattati, per maggioranza qualificata s'intende quella definita conformemente all'articolo 238, paragrafo 3, lettera b) del presente trattato o, qualora il Consiglio agisca su proposta della Commissione o dell'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, quella definita conformemente all'articolo 238, paragrafo 3, lettera a). Ai fini dell'articolo 7 del trattato sull'Unione europea, il Parlamento europeo delibera alla maggioranza dei due terzi dei voti espressi, che rappresenta la maggioranza dei membri che lo compongono».*

<sup>13</sup> Trattato di Nizza che modifica il Trattato sull'Unione europea, i Trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi, in GUCE C 80, 10.3.2001, 1-87. Al riguardo, sul cd. caso *Haider* (dal nome del leader austriaco del partito di estrema destra, ultranazionalista e xenofobo) che suggerì l'adozione della procedura di allarme preventivo (le preoccupazioni dell'epoca erano, essenzialmente, legate al timore che tale partito potesse partecipare alla formazione del nuovo governo austriaco) cfr. RUOTOLO, *Le sanzioni dell'Unione europea contro la violazione dei principi fondamentali alla luce del trattato di Nizza*, Milano, 2005, p. 1301 ss.

<sup>14</sup> Comunicazione della Commissione europea al Consiglio e al Parlamento europeo in merito all'articolo 7 del Trattato sull'Unione europea. *Rispettare e promuovere i valori sui quali è fondata l'Unione*, doc. COM (2003) 606 def., 15 ottobre 2003, 7, punto 4.1.

Purtroppo, però, l'art. 7 TUE è uno strumento ritenuto eccessivamente gravoso e sostanzialmente inutilizzato a causa della complessità della procedura e delle difficoltà di conseguire le maggioranze richieste per l'adozione di sanzioni.

Nondimeno risulta inefficace anche la procedura di infrazione disciplinata agli artt. 258-260 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) – che, come è noto, viene attivata contro uno Stato che viola gli obblighi imposti dal diritto UE – la quale non è particolarmente idonea a reagire a violazioni sistemiche dei valori di fondo europei, giacché è preordinata semplicemente a risolvere singoli casi di violazione e a garantire che gli Stati membri adempiano i loro obblighi nel più breve tempo possibile; essa, pertanto, non risulta idonea a preservare le fondamenta dell'ordinamento europeo come accade, invece, per l'art. 7 TUE.

Vero è che l'ostacolo di cui si è detto potrebbe essere superato, in linea teorica, applicando la procedura di infrazione per diretta violazione dell'art. 2 TUE. Tuttavia occorre tenere conto di due ulteriori aspetti: in primo luogo si consideri che la procedura di infrazione, quali che siano gli inadempimenti cui si riferisce, riguarda solo violazioni conclamate e non può essere attivata anche per situazioni di mero rischio di violazione, come, invece, è possibile ai sensi dell'art. 7, par. 1, TUE; in secondo luogo, la procedura è attivabile solo laddove la violazione ricada nell'ambito di applicazione del diritto UE, come previsto, altresì, per il rinvio pregiudiziale di interpretazione, di cui talvolta viene fatto un uso alternativo per dichiarare che la normativa o la prassi di uno Stato contravviene a specifiche norme dell'UE (così si è verificato, ad esempio, con riferimento a talune disposizioni dell'ordinamento ungherese). Al contrario, l'art. 7 TUE ben può attivarsi anche con riferimento ad una fattispecie puramente interna allo Stato.

Tanto esposto, le soluzioni sinora prospettate risultano, dunque, eccessivamente deboli – l'art. 7 TUE rimanendo l'unica strada percorribile sia pure con i suoi limiti – e rischiano seriamente di minare la credibilità dell'Unione e le sue fondamenta.

### **3. Il costituendo Patto dell'Unione sulla democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali: a proposito del progetto di accordo del 25 ottobre 2016**

Preso atto dei limiti degli strumenti esistenti, in breve esaminati, il Parlamento europeo, il 25 ottobre 2016, adotta una Risoluzione *recante raccomandazioni alla Commissione sull'istituzione di un meccanismo dell'UE in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali* con la quale si



chiede alla Commissione di presentare, entro settembre 2017, sulla base dell'art. 295 TFUE, una proposta per la conclusione di un Patto dell'Unione sulla democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali (cd. Patto Dsd), che includa la definizione, l'elaborazione, il monitoraggio e l'attuazione di tali valori e principi, rivolgendosi sia agli Stati membri che alle Istituzioni UE (art. 1), in una prospettiva di tutela sia preventiva che correttiva.

Tale Patto, nella forma di un accordo interistituzionale<sup>15</sup>, è chiamato a stabilire «*le modalità atte a facilitare la cooperazione delle istituzioni dell'Unione e degli Stati membri nell'ambito dell'articolo 7 TUE e integrare, allineare e completare i meccanismi esistenti*». Si tratta, dunque, di un “meccanismo globale” dell'UE per la democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali, volto ad introdurre strumenti complementari a quelli dell'art. 7, che ne consentano più facilmente l'attivazione.

Esso, inoltre, va ad integrare in un singolo strumento a livello UE sia il Quadro per lo Stato di diritto proposto dalla Commissione europea nel 2014<sup>16</sup> che il dialogo sullo Stato di diritto<sup>17</sup>, il quale si tiene a cadenza annuale presso il Consiglio UE. Il primo, in particolare, prevede una procedura attivabile in caso di violazioni sistemiche dello Stato, che si articola in tre fasi: 1) parere della Commissione sullo Stato di diritto, previo dialogo con il Paese in questione; 2) raccomandazione della Commissione rivolta allo Stato interessato; 3) follow-up della raccomandazione, al termine della quale, se risulta che lo Stato non vi ha dato alcun seguito, la Commissione può attivare l'art. 7.

Nello specifico, il Patto *de quo* intende garantire che tutti gli Stati membri rispettino i valori sanciti dai trattati e che i loro criteri di valutazione su democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali, siano basati su “riscontri oggettivi” e non soggetti ad influenze esterne di tipo politico. A tal uopo – ai sensi dell'art. 2 della dettagliata bozza di accordo interistituzionale allegata alla Risoluzione – tale meccanismo prevede, anzitutto:

---

<sup>15</sup> Art. 295 TFUE: «*Il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione procedono a reciproche consultazioni e definiscono di comune accordo le modalità della cooperazione. A tale scopo, nel rispetto dei trattati, possono concludere accordi interistituzionali che possono assumere carattere vincolante*».

<sup>16</sup> Comunicazione della Commissione “*Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*”, COM/2014/0158 final.

<sup>17</sup> Raccomandazioni dettagliate per un progetto di accordo interistituzionale sulle misure concernenti le procedure di monitoraggio e seguito della situazione della democrazia, dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali negli Stati membri e in seno alle istituzioni dell'UE - Progetto di accordo interistituzionale - Patto dell'Unione europea sulla democrazia, lo stato di diritto e i diritti fondamentali, del 25 ottobre 2016, art. 3.

– una relazione annuale sulla democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali (relazione europea DSD) elaborata dalla Commissione<sup>18</sup> con un gruppo di esperti indipendenti<sup>19</sup> (gruppo di esperti DSD)<sup>20</sup>, che consta di una parte generale e di raccomandazioni specifiche per ogni Stato membro (art. 4) sulla base degli indicatori di cui all'art. 7 del progetto di accordo<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Progetto di accordo interistituzionale, cit., art. 4, ul. par.: «*Qualora la Commissione non adotti a tempo debito la relazione europea DSD, incluse le raccomandazioni specifiche per paese, la commissione competente del Parlamento europeo può chiedere formalmente alla Commissione di fornire spiegazioni per il ritardo e di proceder tempestivamente all'adozione, al fine di non ritardare ulteriormente lo svolgimento del processo.*».

<sup>19</sup> Progetto di accordo interistituzionale, cit., art. 9: «*Il gruppo di esperti DSD valuta ciascuno Stato membro per quanto attiene agli aspetti di cui all'articolo 7 e individua gli eventuali rischi e infrazioni. Ciascun membro del gruppo di esperti effettua l'analisi in modo anonimo e indipendente, onde salvaguardare l'indipendenza del gruppo di esperti e l'obiettività della relazione europea DSD. I membri del gruppo di esperti possono, tuttavia, consultarsi a vicenda per discutere dei metodi e delle norme concordati. I metodi di valutazione sono sottoposti a un riesame su base annuale da parte del gruppo di esperti e, ove necessario, sono oggetto di ulteriore elaborazione, definizione, integrazione e modifica di comune accordo tra il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione, previa consultazione con i parlamenti nazionali, gli esperti e la società civile.*».

<sup>20</sup> Progetto di accordo interistituzionale, cit., art. 8.1: «*Il gruppo di esperti DSD è composto dai seguenti membri: un esperto indipendente designato dal parlamento nazionale di ogni Stato membro che sia un giudice qualificato delle corti costituzionali o supreme, attualmente non in servizio; altri dieci esperti nominati dal Parlamento europeo a maggioranza di due terzi, a partire da un elenco di esperti nominati dai seguenti organismi: i) la federazione All European Academies (ALLEA); ii) la Rete europea delle istituzioni nazionali per i diritti umani (ENNHRI); iii) il Consiglio d'Europa (compresi la Commissione di Venezia, il GRECO e il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa); iv) la CEPEJ e il Consiglio degli ordini forensi europei (CCBE); v) le Nazioni Unite, l'OSCE e l'OCSE.*».

<sup>21</sup> Progetto di accordo interistituzionale, cit., art. 7: «*La relazione europea sulla democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali è presentata in un formato armonizzato, è accompagnata da raccomandazioni specifiche per paese ed è elaborata prestando particolare attenzione ai seguenti aspetti: la separazione dei poteri; la natura imparziale dello Stato; la reversibilità delle decisioni politiche dopo le elezioni; l'esistenza di controlli ed equilibri istituzionali atti a garantire che l'imparzialità dello Stato non venga messa in discussione; la continuità dello Stato e delle istituzioni, basata sull'immutabilità della Costituzione; la libertà e il pluralismo dei media; la libertà di espressione e la libertà di riunione; la promozione dello spazio civico e i meccanismi efficaci per il dialogo civile; il diritto alla partecipazione democratica attiva e passiva nell'ambito delle elezioni e democrazia partecipativa; l'integrità e l'assenza di corruzione; la trasparenza e la responsabilità; la legalità; la certezza giuridica; la prevenzione dell'abuso o dello sviamento di potere; l'uguaglianza dinanzi alla legge e la non discriminazione; l'accesso alla giustizia: indipendenza e imparzialità, giusto processo, giustizia costituzionale (ove applicabile), una professione legale indipendente; gli aspetti particolarmente problematici legati allo Stato di diritto: corruzione, conflitto di interessi, raccolta di dati personali e sorveglianza; i titoli da I a VI della Carta; la CEDU e i relativi protocolli.*».

L'elaborazione di tale relazione si avvarrà di diverse fonti e degli strumenti vigenti per la valutazione, la segnalazione e il monitoraggio delle attività degli Stati membri (art. 6), come pure dei contributi delle autorità competenti degli Stati UE in materia di rispetto della democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali; dell'Agenzia dell'UE per i diritti fondamentali; delle agenzie specializzate dell'UE (Garante europeo della protezione dei dati, Istituto europeo per l'uguaglianza di genere,...); degli esperti, rappresentanti del mondo accademico, organizzazioni della società civile, associazioni professionali e di categoria (ad es. giudici, avvocati e giornalisti), in quanto – a dire del Parlamento – un meccanismo può ritenersi efficace soltanto se dispone di un ampio sostegno da parte dei cittadini dell'Unione; di organizzazioni internazionali e ONG; del Consiglio d'Europa, in particolare della Commissione di Venezia, del gruppo di Stati contro la corruzione (GRECO), del Congresso dei poteri locali e regionali del Consiglio d'Europa e della Commissione europea per l'efficienza della giustizia; di organizzazioni internazionali, quali l'ONU, l'OSCE e l'OCSE; della giurisprudenza della Corte di giustizia, della Corte europea dei diritti dell'uomo; del Parlamento europeo (es. relazione annuale sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione); delle istituzioni dell'Unione. Con riguardo a quest'ultimo punto, ad esempio, il Parlamento invita, inter alia, il Mediatore europeo, tenendo conto delle opinioni della società, ad evidenziare e consolidare all'interno di uno specifico capitolo nell'ambito della sua relazione annuale i casi, le raccomandazioni e le decisioni connessi ai diritti fondamentali dei cittadini, nonché ai principi della democrazia e dello Stato di diritto.

Ad ogni modo tali contributi, come pure il progetto di relazione europea saranno resi pubblici sul sito web della Commissione e la relazione verrà, quindi, trasmessa al Parlamento europeo, al Consiglio e ai Parlamenti nazionali.

– Segue, poi una discussione interparlamentare annuale organizzata dal Parlamento UE sulla base della relazione europea, in modo da assicurare la definizione dei parametri e degli obiettivi da raggiungere, nonché fornire gli strumenti per valutare i cambiamenti da un anno all'altro.

Quindi, in un'ottica di cooperazione e sussidiarietà tra le istituzioni europee, tale meccanismo prevede una stretta collaborazione tra di esse: una volta resa pubblica la relazione, ne dovrà dibattere sia il Parlamento europeo, adottando una successiva risoluzione, sia il Consiglio dell'Unione europea che formulerà le sue conclusioni, invitando, a loro volta, i Parlamenti nazionali a fornire una risposta alla relazione europea, alle proposte o alle riforme in materia.

E qui giova sottolineare il ruolo fondamentale che il Parlamento UE e i Parlamenti nazionali saranno tenuti a svolgere nella valutazione dei progressi e nel monitoraggio della conformità ai valori comuni dell'Unione; nonché il

rilevante compito attribuito al Parlamento europeo di favorire un dialogo continuo e permanente con gli Stati, coinvolgendo la società civile, l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali e il Consiglio d'Europa. Tale dialogo consente, altresì, di porre l'attenzione su situazioni problematiche, prima che gravi violazioni si materializzino.

Sulla base della relazione europea, se vi sono i presupposti, la Commissione – tenuta al dialogo con i Paesi in cui la situazione dello stato di diritto risulta particolarmente problematica – può, dunque, decidere di avviare una procedura di “infrazione sistemica” a norma dell’art. 2 TUE e dell’art. 258 TFUE, raggruppando diversi casi di infrazione; oppure è possibile ricorrere all’attivazione dell’art. 7 TUE<sup>22</sup>, oltre che a meccanismi sanzionatori paralleli (ad es. sanzioni pecuniarie o sospensione di finanziamenti dell’Unione europea).

– Infine è previsto un ciclo programmatico annuale per la democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali in seno alle istituzioni dell’Unione e unitamente a tale ciclo la presentazione di relazioni annuali del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione relative all’applicazione e al rispetto dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali da parte delle istituzioni europee, quali la relazione annuale sull’applicazione della Carta, quella sull’applicazione del diritto dell’Unione, oltre che sull’applicazione del regolamento (CE) n. 1049/2001 relativo all’accesso del pubblico ai documenti del Parlamento, del Consiglio e della Commissione.

---

<sup>22</sup> Progetto di accordo interistituzionale, cit., par. 10: «10.1. Sulla base della relazione europea DSD, se uno Stato membro ottempera a tutti gli aspetti di cui all’articolo 7 non sono necessarie ulteriori azioni. 10.2. Sulla base della relazione europea DSD, se uno Stato membro non adempie a uno o più aspetti tra quelli elencati all’articolo 7, la Commissione procede senza indugio ad avviare un dialogo con lo Stato membro in questione, tenendo conto delle raccomandazioni specifiche per paese. 10.2.1. Se la raccomandazione specifica per paese su uno Stato membro include una valutazione del gruppo di esperti in base alla quale esiste un evidente rischio di violazione grave dei valori di cui all’articolo 2 TUE e vi sono motivi sufficienti per invocare l’articolo 7, paragrafo 1, TUE, il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione, senza indugio, svolgono ciascuno una discussione sulla questione e adottano una decisione motivata, che è resa pubblica. 10.3. Sulla base della relazione europea DSD, se le raccomandazioni specifiche per paese su uno Stato membro includono una valutazione del gruppo di esperti in base alla quale esiste una violazione grave e persistente – ossia che aumenta o rimane invariata nell’arco di almeno due anni – dei valori di cui all’articolo 2 TUE e vi sono motivi sufficienti per invocare l’articolo 7, paragrafo 2, TUE, il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione, senza indugio, svolgono ciascuno una discussione sulla questione e ogni istituzione adotta una decisione motivata, che è resa pubblica».

Inoltre, l'allegato alla Risoluzione prevede l'istituzione di un gruppo di lavoro interistituzionale sulla valutazione d'impatto, allo scopo di creare una cultura del rispetto dei diritti fondamentali e dello Stato di diritto<sup>23</sup> (art. 12).

Oltre all'accordo interistituzionale proposto, il Parlamento raccomanda, altresì, l'adozione di una serie di misure non legislative supplementari, al fine di garantire un approccio globale orientato al rispetto dei valori comuni, in particolare per quanto concerne l'accesso alla giustizia a livello europeo. Ad esempio, a tal riguardo, il Parlamento invita la Commissione ad adottare misure volte ad assicurare, in linea con l'art. 47 della Carta di Nizza/Strasburgo, un accesso generalizzato dei cittadini all'assistenza legale per le persone e le organizzazioni che agiscono in giudizio nelle cause relative a violazioni della democrazia, dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali da parte di governi nazionali o delle istituzioni dell'Unione; il tutto proiettato nell'ottica di una tutela effettiva.

#### 4. Considerazioni finali

In sintesi, se è vero che l'UE dispone di diversi strumenti per garantire che i principi della democrazia, dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali siano rispettati, sussistono ancora lacune sostanziali e nella pratica tali strumenti sono spesso inadeguati, inefficaci e limitati in termini di ambito di applicazione, o comunque difficilmente utilizzati, in quanto il loro impiego eterogeneo è percepito come un accanimento politico, arbitrario ed ingiusto nei confronti di alcuni Paesi.

Con tale Patto ci si proietta, dunque, verso un meccanismo che superi tali limiti e che consenta un monitoraggio imparziale e completo di tutti gli Stati membri dell'UE e delle sue istituzioni, che risulti sistematico e non dettato

---

<sup>23</sup> Progetto di accordo interistituzionale, cit., art. 12 : «(...) Il gruppo consulta gli esperti nazionali già nella fase iniziale in modo da essere in grado di prevedere meglio i problemi relativi all'attuazione negli Stati membri e contribuire a superare le differenze di interpretazione e comprensione tra le diverse istituzioni dell'Unione per quanto riguarda l'impatto dei diritti fondamentali e dello Stato di diritto sugli atti legislativi dell'Unione. Il gruppo di lavoro si basa sugli orientamenti del Consiglio sulle misure metodologiche da adottare per verificare la compatibilità con i diritti fondamentali in seno agli organi preparatori del Consiglio, sulla strategia della Commissione per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sugli orientamenti operativi della Commissione per tenere conto dei diritti fondamentali nelle valutazioni d'impatto della Commissione, sullo strumento n. 24 dello strumentario (toolbox) per legiferare meglio, nonché sull'articolo 38 del regolamento del Parlamento europeo, al fine di assicurare il rispetto e la promozione della democrazia, dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali».

dall'emergenza, in conformità al considerando 4 del progetto di accordo sopra esaminato, ove si precisa che «*l'elaborazione di definizioni, norme e parametri relativi alla democrazia, allo Stato di diritto e ai diritti fondamentali non è una decisione una tantum, ma un processo permanente e interattivo che si basa sulla consultazione e il dibattito pubblico di ampia portata, il riesame periodico e la condivisione delle migliori prassi*».

A livello europeo si auspica, pertanto, un nuovo quadro unico efficace che sia oggettivo, basato su elementi concreti e che includa sia la dimensione preventiva che quella correttiva per far fronte alle future crisi della *rule of law*.

## **II: Verso un sistema europeo unico di monitoraggio della *rule of law*?**

### **1. Profili introduttivi**

L'Unione europea dispone di diversi strumenti e procedure volti a garantire l'applicazione dei principi e dei valori sanciti dal Trattato di Lisbona ma, come dimostrano gli ultimi accadimenti in alcuni Stati membri, manca una risposta efficace e rapida da parte delle sue Istituzioni, soprattutto per quanto concerne la valutazione ed il monitoraggio della *rule of law*<sup>24</sup>. La situazione appare ancor più grave se si considera che alcuni Stati membri negano addirittura che il rispetto dei principi e dei valori dell'Unione costituisca un "obbligo" scaturente dai trattati o che l'Unione stessa abbia "titolo" per garantire tale rispetto.

In tale contesto, il monitoraggio della *rule of law* all'interno dell'Unione europea rappresenta un'operazione sicuramente non agevole, come testimonia, d'altra parte, il complesso *iter* – di cui si è ampiamente discusso nella parte prima del presente lavoro – avviato dalle Istituzioni europee al fine di pervenire ad uno strumento integrato di indicatori oggettivi, non soggetti ad influenze esterne, soprattutto da parte del potere politico.

Un'operazione, al contempo, resa necessaria alla luce del noto parere 2/13 della Corte di giustizia dell'Unione europea (del 18 dicembre 2014) che

---

<sup>24</sup> Sulla *rule of law* v. *supra*, nota 1. Cfr., altresì, tra i più recenti contributi, ARNOLD - MARTÍNEZ-ESTAY (eds.), *Rule of Law, Human Rights and Judicial Control of Power: Some Reflections from National and International Law*, Cham, 2017; VON BOGDANDY - IOANNIDIS - ANTPÖHLER, *Protecting EU Values Reverse Solange and the Rule of Law Framework*, in JAKAB - KOCHENOV (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values. Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2017, 218-233; KONSTADINIDES, *The Rule of Law in the European Union. The Internal Dimension*, Portland - Oregon, 2017; SCHROEDER (ed.), *Strengthening the Rule of Law in Europe. From a Common Concept to Mechanisms of Implementation*, Oxford - Portland - Oregon, 2016.

– arginato il controllo “esterno” della Corte europea dei diritti dell’uomo – rende più che mai opportuno un controllo *ab intra* sul rispetto di tali valori da parte della stessa Unione europea<sup>25</sup>.

## 2. Suggerimenti in tema di monitoraggio della *rule of law*: la Risoluzione del Parlamento europeo del 2016 e l’Opinione 2/2016 dell’Agenzia dell’Unione europea per i diritti fondamentali

Proprio per il monitoraggio della *rule of law* spunti interessanti sono forniti dalle pertinenti disposizioni della già menzionata Risoluzione del Parlamento europeo recante raccomandazioni alla Commissione sull’istituzione di un meccanismo dell’UE in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali<sup>26</sup>. Essa parte dalla considerazione che il rispetto

---

<sup>25</sup> Parere 2/13 della Corte di giustizia (Seduta Plenaria), del 18 dicembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, il cui dispositivo è stato pubblicato in GUUE C 65, del 23 febbraio 2015, p. 2. Com’è noto, con tale parere la Corte di giustizia si è pronunciata sulla totale incompatibilità del progetto di accordo di adesione rispetto al diritto dell’Unione europea. Precisamente, la Corte di Lussemburgo ha ritenuto, in maniera categorica, che l’accordo sull’adesione dell’UE alla CEDU, nella versione del 5 aprile 2013, non sia compatibile né con l’articolo 6, par. 2, del TUE, né con il Protocollo n. 8 (ad esso relativo), che reca disposizioni in merito alla salvaguardia delle caratteristiche specifiche dell’Unione e del diritto dell’Unione. Cfr., tra i primi commenti, EDITORIAL COMMENTS, *The EU’s Accession to the ECHR – a “NO” from the ECJ!*, in *Common Mark. Law Rev.*, 2015, n. 1, 1-15; ZANGHÌ, *La mancata adesione dell’Unione Europea alla CEDU nel parere negativo della Corte di giustizia UE*, in *Rivista OIDU*, 2015, n. 1, 129-157. Ci si permette di rinviare a FANCIULLO, *Il «decisum» della Corte di giustizia sul Draft Agreement on the Accession of the EU to the ECHR: a proposito del parere 2/13*, in CASSETTI (a cura di), *Diritti, garanzie ed evoluzioni dei sistemi di protezione*, Perugia, 2016, quaderno n. 2, 508-535; ID., *Il Parere 2/13 della Corte di giustizia: la novissima quaestio dell’adesione dell’Unione europea alla CEDU*, in *Federalismi.it, Focus Human Rights*, n. 9, del 3 aprile 2015, 1-26. Sulla vetero-nova questio dell’adesione dell’Unione europea alla CEDU v., per tutti, DI STASI, *La vetero-nova quaestio dell’adesione dell’Unione europea alla CEDU nella prassi delle istituzioni europee*, in *Grotius*, Numero speciale, 2012, 7-18; ID., *Diritti umani e sicurezza regionale. Il «sistema» europeo*, Napoli, ristampa alla II ed. con aggiornamenti, in part. 276-285 e la ricca bibliografia ivi richiamata.

<sup>26</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2016 recante raccomandazioni alla Commissione sull’istituzione di un meccanismo dell’UE in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali (2015/2254(INL)). Dedicava uno specifico capitolo alla Risoluzione del Parlamento europeo, descrivendo lo stato del dibattito, il recente dossier “La tutela dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali nell’ambito dell’Unione europea” preparato dal Servizio Studi del Senato della Repubblica e dall’Ufficio Rapporti con l’Unione Europea della Camera dei Deputati e consultabile al seguente indirizzo: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01028417.pdf>. Tra l’altro, vi si legge che «(...) sulla risoluzione del Parlamento europeo, il 26 gennaio 2017, la I Commissione (Affari costituzionali) della Camera dei deputati ha approvato un documento finale, recante una valutazione favorevole con le seguenti osservazioni: 1) è necessario che la

della *rule of law* all'interno dell'Unione rappresenti «una condizione essenziale per la protezione dei diritti fondamentali e per il rispetto di tutti i diritti e di tutti gli obblighi derivanti dai trattati e dal diritto internazionale ed (...) una condizione essenziale per il riconoscimento e la fiducia reciproci che sono fattori importanti in settori quali il mercato interno, la crescita e l'occupazione, la lotta alla discriminazione, l'inclusione sociale, la cooperazione giudiziaria e di polizia, lo spazio Schengen e le politiche in materia di asilo e migrazione e che, di conseguenza, l'erosione dello Stato di diritto, della governance democratica e dei diritti fondamentali costituiscono

---

Commissione europea dia puntuale seguito all'invito, rivolto dal Parlamento europeo, di presentare, entro il mese di settembre 2017, la proposta di un accordo interistituzionale volto ad istituire una procedura per la democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali rispettando in linea di principio le raccomandazioni contenute nella risoluzione del Parlamento europeo; 2) per quanto riguarda le modalità di coinvolgimento dei Parlamenti nazionali nel ciclo annuale DSD, occorre pervenire a soluzioni equilibrate che ne valorizzino il ruolo nella procedura prefigurata dal Parlamento europeo; 3) è necessario che la Commissione europea utilizzi pienamente e senza remore gli strumenti che già ha a disposizione in base alla normativa vigente, dimostrando in questo ambito un'attenzione almeno pari a quella che manifesta in presenza di violazioni puntuali di singole norme dell'ordinamento europeo, con il conseguente avvio di procedure di infrazione, ovvero in presenza di scostamenti anche limitati rispetto ai vincoli relativi alla finanza pubblica; 4) è necessario che la Commissione europea sia richiamata affinché non trascuri di considerare i profili che attengono al rispetto dei diritti fondamentali per quanto concerne gli impegni gravanti sugli Stati membri in materia di migrazione e asilo. In tal senso, gli atteggiamenti palesemente ostruzionistici finora tenuti da alcuni Stati membri nei confronti delle politiche dell'Unione in materia di asilo ispirate ai principi di solidarietà e corresponsabilità, che si sono peraltro tradotte in specifici obblighi giuridici, non soltanto dovrebbero determinare una ferma reazione delle Istituzioni europee in termini di misure sanzionatorie potenziate, ma dovrebbero altresì essere configurate quali fattispecie tipiche di violazione dei principi previsti nei Trattati e nella Carta europea dei diritti fondamentali, giustificando, di conseguenza, l'attivazione dell'articolo 7 del Trattato sull'Unione europea, che contempla la sospensione degli Stati membri irrispettosi di tali principi dai diritti previsti dai Trattati (ivi compreso il diritto di voto in sede di Consiglio) ovvero l'attivazione di procedure di infrazione; 5) è opportuno rafforzare le misure di carattere preventivo, volte a garantire il rispetto da parte degli Stati membri dei principi della democrazia, dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali, avvalendosi di tutti gli elementi utili allo scopo di effettuare un puntuale monitoraggio, valorizzando il contributo di conoscenza e analisi che possono fornire organismi specializzati, a cominciare dalle Agenzie europee operanti in queste materie; 6) allo stesso fine, si devono valutare tutte le proposte utili, sul piano sanzionatorio, compresa l'introduzione di clausole di condizionalità che subordinino l'accesso degli Stati membri alle risorse del bilancio UE al rispetto di tali valori, in altre parole sanzionando, in ultima istanza, lo Stato inadempiente con la sospensione dell'erogazione dei fondi stanziati dall'UE, come proposto nel 2013 da parte dei Ministri degli esteri tedesco, olandese, danese e finlandese all'allora Presidente della Commissione europea».



una grave minaccia alla stabilità dell'Unione, dell'unione monetaria e dello spazio comune di sicurezza e giustizia e alla prosperità dell'Unione»<sup>27</sup>.

Orbene, se, da un lato, con tale Risoluzione il Parlamento europeo ha incoraggiato la creazione del *Patto dell'Unione sulla democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali* (di cui si è ampiamente detto nella parte prima del lavoro) al fine di prevenire e correggere le violazioni dei valori dell'Unione nonché allo scopo di individuare possibili sanzioni che possano fungere da deterrente efficace, dall'altro esso ha invitato, tra l'altro, la Commissione europea a presentare, entro giugno 2017, un nuovo progetto di accordo relativo all'adesione dell'Unione europea alla CEDU, al fine di ottemperare agli obblighi sanciti nell'articolo 6 del TUE e di superare la fase di stallo creata dal già citato parere 2/13 della Corte di giustizia<sup>28</sup>.

Inoltre, la Risoluzione *de qua* ha sottolineato il ruolo fondamentale che il Parlamento europeo ed i parlamenti nazionali dovrebbero svolgere nella valutazione dei progressi e nel monitoraggio della conformità ai valori comuni dell'Unione sanciti dal più volte menzionato articolo 2 del TUE<sup>29</sup>.

D'altra parte – e questo rappresenta sicuramente uno degli aspetti di maggiore impatto della Risoluzione del 2016 – il Parlamento europeo ha suggerito una serie di modifiche da apportare al testo del trattato di Lisbona, ove in futuro si intenda procedere ad una sua revisione. In buona sostanza, l'Istituzione europea ha proposto di:

- «rendere l'articolo 2 TUE e la Carta una base giuridica per le misure legislative da adottare a norma della procedura legislativa ordinaria;
- consentire ai giudici nazionali, ai sensi dell'articolo 2 TUE e della Carta, di sottoporre alla Corte di giustizia controversie sulla legittimità delle azioni degli Stati membri;
- rivedere l'articolo 7 TUE allo scopo di rendere pertinenti e applicabili le sanzioni contro gli Stati membri indicando chiaramente i diritti (oltre al diritto di voto in Consiglio) che possono essere sospesi per gli Stati membri

---

<sup>27</sup> Lett. H della citata Risoluzione. V., altresì, la successiva lett. I della stessa Risoluzione ove si legge che «(...) il modo in cui lo Stato di diritto è attuato negli Stati membri riveste un ruolo essenziale nel garantire la fiducia reciproca tra Stati membri e i rispettivi sistemi giuridici e che è pertanto di vitale importanza istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza confini interni». Sullo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia v., per tutti, DI STASI, *Spazio europeo e diritti di giustizia. Il Capo VI della Carta dei diritti fondamentali nell'applicazione giurisprudenziale*, Padova, 2014.

<sup>28</sup> Al contempo, non meno significativa appare la richiesta al Consiglio d'Europa di aprire la Carta sociale europea alla firma di terzi, per consentire alla Commissione di avviare i negoziati per l'adesione da parte dell'Unione.

<sup>29</sup> P.to 9 della Risoluzione, cit.

inadempienti, ad esempio sanzioni pecuniarie o la sospensione dei finanziamenti dell'Unione;

- consentire a un terzo dei deputati al Parlamento di impugnare un atto legislativo dell'Unione dinanzi alla Corte di giustizia dopo la sua adozione e prima della sua attuazione;

- consentire alle persone fisiche e a quelle giuridiche direttamente e individualmente interessate da un'azione di promuovere ricorsi dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea per presunte violazioni della Carta da parte delle istituzioni dell'Unione o di uno Stato membro, modificando gli articoli 258 e 259 TFUE;

- sopprimere l'articolo 51 della Carta e trasformare la Carta in una Carta dei diritti dell'Unione;

- rivedere il requisito dell'unanimità nei settori relativi al rispetto, alla tutela e alla promozione dei diritti fondamentali, come l'uguaglianza e la non discriminazione»<sup>30</sup>.

Se le indicazioni del Parlamento europeo, *supra* citate, appaiono non facilmente realizzabili nell'immediato futuro, molto più concrete si presentano, al contrario, le considerazioni svolte dall'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali nella *Opinion 2/2016 on the development of an integrated tool of objective fundamental rights indicators able to measure compliance with the shared values listed in Article 2 TEU based on existing sources of information*<sup>31</sup>.

L'agenzia dell'UE parte dall'idea che qualsiasi "meccanismo" avente l'obiettivo di monitorare il rispetto dei valori elencati nell'articolo 2 del Trattato sull'Unione europea – e, dunque, per quanto qui interessa, della *rule of law* – debba basarsi sulle disposizioni contenute nella Carta dei diritti fondamentali e, al contempo, debba riconoscere l'importanza dei meccanismi internazionali esistenti.

Quanto appena detto consente di riflettere su due interrogativi: sono sufficienti gli strumenti già esistenti per il monitoraggio della *rule of law* nell'Unione europea o è necessario un ulteriore intervento legislativo o la creazione di un apposito organismo? Ancora, in che misura gli indicatori dei diritti umani utilizzati da altre Organizzazioni internazionali, in particolare il Consiglio d'Europa, possono fungere da esempio all'Unione europea nell'istituzione del meccanismo di monitoraggio della *rule of law*?

---

<sup>30</sup> P.to 20 della Risoluzione, cit.

<sup>31</sup> Vienna, 8 aprile 2016. L'*Opinion* è consultabile al seguente indirizzo: <http://fra.europa.eu/en/opinion/2016/fra-opinion-eu-shared-values-tool>.

Per quanto concerne il primo interrogativo – come constatato anche nella parte prima del lavoro – non appaiono chiaramente adeguati gli strumenti attualmente esistenti, né sarà sufficiente la creazione di un apposito organismo di monitoraggio: occorrerà, infatti, sperimentare l’attuazione di politiche “effettive”, “concrete”, che consentano di verificare, in pratica, se e in che modo le persone godano dei loro diritti fondamentali.

Per raggiungere tale risultato e monitorare efficacemente il rispetto dei valori di cui all’articolo 2 del TUE, l’Agenzia dell’Unione europea per i diritti fondamentali individua tre “indicatori”:

1. “*commitment*” (indicatori strutturali: adozione della legislazione; creazione di organismi);
2. “*efforts*” (indicatori procedurali: adozione e attuazione di politiche concrete);
3. “*results*” (indicatori di risultato: verifica di come i diritti siano rispettati in pratica)<sup>32</sup>.

D’altra parte, tali indicatori sono stati utilizzati anche dall’Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani, in relazione ai diritti sanciti dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo: ne costituisce un esempio l’art. 19 della citata Dichiarazione, concernente il diritto alla libertà di opinione e di espressione, per il cui monitoraggio sono stati individuati all’incirca 40 indicatori (tra gli altri, il numero di denunce da parte dei giornalisti riguardo alle restrizioni alla libertà di stampa; l’adesione agli strumenti internazionali che tutelano tali libertà, ecc.)<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Secondo l’Agenzia dell’Unione europea per i diritti fondamentali «To effectively assess adherence to the values of Article 2 of the TEU, its measurement has to go beyond legislation or the creation of institutions. Emphasis should be given to implementing concrete policies and analysing their ‘real-life’ effect on the ground, namely to what extent people fully enjoy fundamental rights. Therefore, indicators that are developed to monitor compliance with Article 2 of the TEU need to capture three aspects: commitment (structural indicators), effort (process indicators) and results (outcome indicators). In doing so, indicators will capture EU Member States commitment to international human rights instruments, their implementation efforts and the outcome for the rights holders. To achieve a comprehensive picture of the situation on the ground, a contextual analysis (for example based on monitoring information of human rights treaty bodies or input by other expert or civil society actors) should complement the indicators’ measurement of fundamental rights compliance» (p. 12 della *Opinion*, cit.).

<sup>33</sup> V. il p.to 5 della già citata *Opinion*. Ai sensi dell’art. 19 della Dichiarazione Universale «Ogni individuo ha diritto alla libertà di opinione e di espressione incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere».

### 3. L'influsso dei meccanismi internazionali di monitoraggio esistenti, con particolare riferimento a quelli previsti dal Consiglio d'Europa

Se gli strumenti dell'Unione europea non appaiono sufficienti, in che misura – e questo consente di rispondere al secondo interrogativo posto in premessa – gli indicatori della *rule of law* e dei diritti umani utilizzati da altre Organizzazioni internazionali possono fungere alla stessa UE da *benchmark* nell'istituzione del meccanismo di monitoraggio sopra richiamato?

Ebbene, non vi è dubbio che ogni meccanismo “comunitario” messo in atto per monitorare il rispetto della *rule of law* dovrebbe basarsi e fare “sistema” anche (e soprattutto) con i preziosi dati e informazioni derivanti dai già esistenti meccanismi internazionali di monitoraggio dei diritti umani. Tanto vale soprattutto per il Consiglio d'Europa che condivide, com'è noto, con l'Unione europea la responsabilità di preservare la coerenza e l'efficienza del “sistema europeo” di protezione e tutela dei diritti umani<sup>34</sup>.

Proprio il Consiglio d'Europa affianca ad organismi di controllo più noti – quali la Corte europea dei diritti dell'uomo ed il Comitato europeo dei diritti sociali – una serie di organismi di controllo aggiuntivi, concernenti ad esempio le minoranze nazionali, la non discriminazione e la violenza sulle donne, ecc. Siffatti meccanismi di controllo risultano, sovente, il frutto di iniziative isolate di singoli organismi: ne costituisce un esempio la Risoluzione n. 1115 del 1997 con la quale l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa ha previsto un apposito Comitato di monitoraggio con l'obiettivo di verificare periodicamente l'adempimento degli obblighi scaturenti dalla partecipazione al Consiglio d'Europa e alle principali convenzioni in materia di diritti umani<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Cfr. BREUER, *Establishing common standards and securing the rule of law*, in SCHMAHL - BREUER (eds.), *The Council of Europe. Its Law and Policies*, Oxford, 2017, 639-670. Con particolare riferimento alle Nazioni Unite cfr., recentemente, ELGEBEILY, *The Rule of Law in the United Nations Security Council Decision-Making Process. Turning the Focus Inwards*, London - New York, 2017; FEINÄUGLE (ed.), *The Rule of Law and Its Application to the United Nations*, Baden-Baden, 2016. Cfr., inoltre, la nota orientativa del Segretario Generale dell'ONU, *UN Approach to the Rule of Law Assistance*, april 2008, consultabile al seguente indirizzo: <https://www.un.org/ruleoflaw/files/RoL%20Guidance%20Note%20UN%20Approach%20FINAL.pdf>. Quest'ultima è, a sua volta, richiamata dalla più volte citata Risoluzione del Parlamento europeo del 2016, alla lett. O, ove si legge che tale nota «(...) raccomanda che lo Stato di diritto comporti una società pubblica e civile che contribuisca a rafforzare lo Stato di diritto e a garantire la responsabilità dei funzionari pubblici e delle istituzioni pubbliche».

<sup>35</sup> Assemblea Parlamentare, Risoluzione n. 1115 del 29 gennaio 1997, *Setting up of an Assembly committee on the honouring of obligations and commitments by member states of the Council of Europe (Monitoring Committee)*, consultabile al seguente link:

Senza contare che lo stesso Consiglio d'Europa può sospendere dal diritto di rappresentanza e persino espellere, ai sensi dell'art. 8 del suo Statuto, lo Stato che contravvenga ai principi della preminenza del diritto e dei diritti dell'uomo<sup>36</sup>. Meccanismo che, al pari di quello previsto dall'art. 7 del TUE non ha mai trovato attuazione.

D'altra parte, è ben noto che l'esigenza di monitorare la *rule of law* è stata avvertita anche dalla Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto, nota come "Commissione di Venezia", organo consultivo del Consiglio d'Europa, che in occasione della sua 106a sessione plenaria, il 18 marzo 2016, ha stilato una vera e propria "lista di controllo"<sup>37</sup>.

Questi, ed altri, strumenti internazionali di monitoraggio e controllo del rispetto dei diritti offrono all'Unione europea un'ampia gamma di dati, informazioni e analisi cui attingere (si pensi anche al recente quarto rapporto annuale del Consiglio d'Europa, pubblicato il 20 aprile 2017, sulla situazione della democrazia, dei diritti umani e dello stato di diritto in Europa<sup>38</sup>): tuttavia, questa ricchezza di risorse non è facilmente accessibile e i diversi strumenti di monitoraggio non appaiono sufficientemente legati, giacché le informazioni si disperdono in una varietà di fonti diverse. È necessario, pertanto, migliorare l'utilizzo di tali risorse mediante la creazione di un unico punto di accesso, un sistema di informazione unico dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

D'altronde, solide basi affinché questo avvenga sono rinvenibili proprio nella bozza del *Patto sulla democrazia, lo Stato di diritto e i diritti*

<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16526&lang=en>. In particolare, come si legge al p.to 5: «The Monitoring Committee shall be responsible for verifying the fulfilment of the obligations assumed by the member states under the terms of the Council of Europe Statute, the European Convention on Human Rights and all other Council of Europe conventions to which they are parties, as well as the honouring of the commitments entered into by the authorities of member states upon their accession to the Council of Europe».

<sup>36</sup> Ai sensi di tale articolo, «Any member of the Council of Europe which has seriously violated Article 3 may be suspended from its rights of representation and requested by the Committee of Ministers to withdraw under Article 7. If such member does not comply with this request, the Committee may decide that it has ceased to be a member of the Council as from such date as the Committee may determine».

<sup>37</sup> European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Rule of law checklist*, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016), consultabile al seguente link: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e). Sulla Commissione di Venezia cfr., tra gli altri, HOFFMANN-RIEM, *The Venice Commission of the European Council: Standards and Impact*, in *Eur. Journ. Int. Law*, 2014, n. 2, pp. 579-597.

<sup>38</sup> Report del Segretario Generale del Consiglio d'Europa, *State of democracy, human rights and the rule of law. Populism – How strong are Europe's checks and balances?*, 2017.

*fondamentali* che in più punti riconosce l'importanza di altri strumenti internazionali. Ne costituisce un esempio il già citato art. 6 che, ai fini dell'elaborazione della *Relazione europea sulla democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali*, richiama diverse fonti e strumenti vigenti per la valutazione, la segnalazione e il monitoraggio delle attività degli Stati membri, tra cui, per quanto qui interessa: «gli attuali indici e parametri di riferimento elaborati da organizzazioni internazionali e ONG; il Consiglio d'Europa, in particolare la Commissione di Venezia, il gruppo di Stati contro la corruzione (GRECO) e il Congresso dei poteri locali e regionali del Consiglio d'Europa, e la Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ); organizzazioni internazionali quali le Nazioni Unite, l'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OSCE) e l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE); la giurisprudenza della Corte di giustizia, della Corte europea dei diritti dell'uomo e di altre corti, tribunali e organi previsti dai trattati a livello internazionale».

#### 4. Qualche riflessione conclusiva

In conclusione, l'istituzione di un meccanismo di monitoraggio della *rule of law* non può prescindere dal “dialogo”, dalla collaborazione e dalla condivisione di *best practices* tra differenti organizzazioni internazionali al fine di plasmare una “cultura condivisa” della *rule of law*, quale «spina dorsale di ogni democrazia costituzionale moderna»<sup>39</sup>.

Detto altrimenti, il monitoraggio effettivo della *rule of law* richiede l'adozione di un approccio “globale”, “sistematico”, “strutturato” nei confronti dei potenziali rischi di grave violazione dei valori fondamentali in un dato Stato membro; un approccio che, dunque, non può prescindere dalla collaborazione tra i diversi “responsabili” del mantenimento dello Stato di diritto in Europa.

Pertanto, a dieci anni dalla firma del *Memorandum d'intesa* tra il Consiglio d'Europa e l'Unione europea<sup>40</sup> – in cui si era affermato, tra l'altro,

---

<sup>39</sup> Così Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, COM/2014/0158 final. V., per tutti, PALLADINO, *Il “nuovo quadro” dell'UE per rafforzare lo stato di diritto: un “contrappeso” ai limiti di applicazione della Carta ex art. 51?*, in [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org), maggio 2014.

<sup>40</sup> Memorandum of Understanding Between the Council of Europe and the European Union, adopted at the 117th Session of the Committee of Ministers held in Strasbourg on May 10-11, 2007. Secondo quanto riportato in tale atto, l'Unione europea considera il Consiglio d'Europa come fonte di riferimento per la tutela dei diritti umani e, conseguentemente, si

che il Consiglio d'Europa «rimarrà il punto di riferimento dei diritti umani, dello Stato di diritto e della democrazia in Europa» – è necessario proseguire sulla scia della cooperazione tra le due organizzazioni, specie per quanto concerne il rispetto ed il monitoraggio dello Stato di diritto.

In questa ottica, appaiono condivisibili le considerazioni di chi – dopo aver osservato come la crisi politica, istituzionale ed economica che sta attraversando lo spazio europeo minacci i valori ed i principi che costituiscono un patrimonio comune delle due organizzazioni (Consiglio d'Europa e Unione Europea), quali la democrazia, i diritti umani, lo Stato di diritto – ritiene che per andare avanti in una prospettiva positiva, l'Unione europea dovrebbe condividere la cultura giuridica del Consiglio d'Europa (...) Bruxelles e Strasburgo dovrebbero essere complementari (...) perché i valori non possono avere due letture differenti, ma identiche<sup>41</sup>.

---

impegna a citare le più rilevanti norme del Consiglio d'Europa nei suoi documenti e a prendere in considerazione le decisioni e le conclusioni dei suoi organi di controllo. Come si legge al p.to 16 del citato Memorandum: «The Council of Europe and the European Union will base their cooperation on the principles of indivisibility and universality of human rights, respect for the standards set out in this field by the fundamental texts of the United Nations and the Council of Europe, in particular the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and the preservation of the cohesion of the human rights protection system in Europe». V., inoltre, Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, Risoluzione 2029(2015), *The implementation of the Memorandum of Understanding between the Council of Europe and the European Union*, adottata il 27 gennaio 2015, ove si precisa che mentre lo strumento giuridico del Memorandum costituisce una solida base per continuare a disciplinare le relazioni tra l'Unione europea e il Consiglio d'Europa, soltanto una «genuine, continuous and substantial» cooperazione tra le due organizzazioni internazionali può contribuire a creare «a truly secure and just European Union where human rights and the rule of law are fully respected, protected and promoted» (corsivo aggiunto). Cfr., altresì, Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, Raccomandazione 2060(2015), *The implementation of the Memorandum of Understanding between the Council of Europe and the European Union*, adottata il 27 gennaio 2015, ove si legge che l'obiettivo delle due organizzazioni internazionali è, evidentemente, quello di realizzare la costruzione di un «common space for human rights protection» nonché di assicurare «coherence of standards and the monitoring of their implementation in Europe» (p.to 3). In particolare, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa è invitato a «(...) strengthen regular, institutionalised dialogue with European Union institutions, at all levels, especially on normative developments in the fields of human rights, justice, the rule of law and home affairs, and promote coherence of normative activities through consultations at an early stage» (corsivo aggiunto).

<sup>41</sup> In tal senso cfr. PERRAKIS, *Les valeurs Européennes en question dans l'Europe des crises d'aujourd'hui. Défis, perspectives et le rôle du Conseil de l'Europe*, in *Rivista OIDU*, 2017, n. 1, 8-23.

## **CITTADINANZA E INTEGRAZIONE. PRIME RIFLESSIONI SULL'EVOLUZIONE DELLA CITTADINANZA EUROPEA E LE SUE PROSPETTIVE**

**Francesca Raimondo**

*Dottoranda in Scienze Giuridiche presso l'Università degli Studi di Bologna*

*La cittadinanza europea, sin dalla sua istituzione con il Trattato di Maastricht del 1992, è stata considerata uno strumento fondamentale per promuovere l'integrazione tra i Paesi membri. Sebbene non unanimemente, la sua introduzione è stata accolta con favore al fine di dare impulso al cammino di integrazione sociale e politica – in aggiunta a quella economica e tecnica – e per sostenere la creazione di un'identità europea alla luce dei diritti fondamentali e dei valori comuni. Invero, nonostante il suo carattere derivativo, la cittadinanza europea ha progressivamente acquisito una maggiore importanza ed autonomia, soprattutto grazie alle pronunce della Corte di Giustizia Europea. Di conseguenza, tale autonomia rende più difficile oggi giustificare l'esclusione dal riconoscimento della cittadinanza europea dei cittadini dei Paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio dell'Unione, fino ad avanzare l'ipotesi di riconoscerla anche ai migranti, anche se non sono cittadini di uno Stato membro. Pertanto, sebbene le più recenti decisioni della Corte di Giustizia tendano verso interpretazioni più restrittive della cittadinanza dell'Unione, il dibattito è aperto e il presente lavoro ha l'obiettivo di delineare i principali profili della cittadinanza europea ed esplorare le linee di tendenza per quanto riguarda il rapporto tra cittadinanza e integrazione.*

*European citizenship has been considered a key status for transnational integration among Member States, since its institutionalization under the Treaty of Maastricht in 1992. Although not unanimously, it has been welcomed as a pivotal tool to foster the political and social integration – in addition to the economic and technical ones – and to promote the creation of an European identity in the light of fundamental rights and common values. Indeed, despite the European citizenship has derivative and additional character it has progressively acquired greater importance and an autonomous status thanks above all to the decisions of the European Court of Justice. Therefore, the progressive autonomy that this status has reached through years makes more difficult to justify the exclusion of the third country nationals legally residing in the Union from the entitlement of the European citizenship. Furthermore, it has been advanced the idea that the European citizenship could be granted to immigrants, even lacking a Member State nationality. Therefore, even though the more recent ECJ's decisions have marked a shift in the direction of a rather restrictive interpretation, the debate is still open and the present paper aims to explore the main features of the European Union citizenship and investigate the general trends regarding the relationship between citizenship and integration.*

### **Sommario:**

1. Introduzione
2. La cittadinanza europea: l'evoluzione verso uno *status* autonomo
3. La nuova frontiera: cittadinanza europea e integrazione dei cittadini dei Paesi terzi
4. Riflessioni conclusive



## 1. Introduzione

L'obiettivo primario alla base dell'istituzione di una cittadinanza europea consisteva nel favorire un'integrazione politica e sociale che, provando a superare la logica dei *diritti speciali*<sup>1</sup>, intendeva sostenere la costituzione di uno *status* comune che favorisse simbolicamente la creazione di un popolo europeo, oltre il profilo economico<sup>2</sup> connesso alla formazione del mercato unico<sup>3</sup>. La Corte di Giustizia nel noto caso *Grzelczyk* del 2001 sostiene che la cittadinanza europea è destinata a diventare «lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri»<sup>4</sup>. Sebbene in questa pronuncia la Corte stesse indicando un'aspirazione piuttosto che un dato oggettivo, è possibile affermare che si inaugura una nuova stagione in cui la cittadinanza rileva in quanto tale, come una «cittadinanza sociale». Fino a che punto è giunto questo processo? In che posizione si pongono i cittadini dei Paesi terzi?

Il presente lavoro ha l'obiettivo di delineare i principali profili della cittadinanza europea ed esplorare le linee di tendenza finora tracciate in relazione al rapporto tra cittadinanza europea e integrazione, soprattutto con riferimento ai cittadini dei Paesi terzi (TCNs: *third country nationals*). L'analisi sarà articolata in due parti: nella prima si esamineranno brevemente

---

<sup>1</sup> «[L]a tematica della cittadinanza europea è stata profondamente condizionata dalla prospettiva dei 'diritti speciali' ed ha assunto i connotati di una forma di *trattamento privilegiato degli stranieri-cittadini comunitari nell'ambito degli Stati membri*, piuttosto che quelli di un vero e proprio status dei cittadini europei». CARTABIA, voce *La cittadinanza europea*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. VI, Roma, 1994, 1.

<sup>2</sup> Tuttavia, come criticamente mette in evidenza Kochenov: «Although EU citizenship and the Internal Market have parted ways, which created 'a fundamental freedom beyond the market', this parting of ways has not, as of yet, been accompanied by the formulation of any fundamental principle of law which would supply a moral essence or a durable principled foundation for EU citizenship». KOCHENOV, *The essence of EU Citizenship emerging from the last ten years of academic debate: beyond the cherry blossoms and the moon?*, in *ICLQ*, 2013, 111.

<sup>3</sup> Becker distingue tre concezioni di cittadinanza europea: *legal-participatory* in cui, prediligendo un approccio pratico, si mettono in evidenza i diritti civili e politici che scaturiscono direttamente dalla cittadinanza europea; *cultural-identity based* secondo la quale la cittadinanza europea intende al contempo valorizzare la comunanza di storia e cultura, al di là delle differenze tra i popoli europei, e promuovere la costruzione di un'identità europea; infine la *constructive citizenship* che, combinando i principali elementi delle due concezioni precedenti, considera la cittadinanza europea un progetto che «privileges inclusion over exclusion, diversity over assimilation, and which, in turn, is itself a legitimizing force of supranational governance». BECKER, *Managing Diversity in the European Union: Inclusive European Citizenship and Third-Country Nationals*, in *Yale Human Rights and Development Law Journal*, 2004, 145.

<sup>4</sup> Causa C-184/99, *Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, 20 settembre, 2001, punto 31.

gli elementi distintivi della cittadinanza europea e se ne evidenzieranno le linee evolutive; nella seconda, si analizzeranno le principali caratteristiche del rapporto tra cittadinanza e integrazione in relazione ai cittadini dei Paesi terzi e, in ultimo, le conclusioni tracceranno le attuali dinamiche e le prospettive future.

## 2. La cittadinanza europea: l'evoluzione verso uno *status* autonomo

La cittadinanza europea è stata ufficialmente istituita con il Trattato di Maastricht del 1992<sup>5</sup>, sebbene le sue radici affondino già nei decenni precedenti, durante i quali erano state presentate proposte per la costruzione della cd. Europa dei cittadini. L'obiettivo era quello di perseguire una più incisiva integrazione, non più esclusivamente economica, ma anche di natura politica, sociale e identitaria. Si intendeva realizzare un'autentica *integrazione transnazionale*, in forza della quale i cittadini europei, in virtù di tale *status*, potessero circolare liberamente all'interno dei confini dell'Unione e godere, anche al di fuori del proprio Stato, del medesimo trattamento riservato ai cittadini del Paese ospitante<sup>6</sup>.

La cittadinanza europea è uno *status* peculiare; la disciplina contenuta nel Trattato delinea il suo carattere secondario e derivato. Ai sensi dell'art. 20 TFUE, sono titolari della cittadinanza dell'Unione coloro che sono cittadini di uno Stato membro; la norma precisa che la cittadinanza europea si aggiunge a quella nazionale e non la sostituisce. Si tratta di uno *status* strettamente connesso alla cittadinanza nazionale e, dunque, privo di autonomia posto che l'acquisto e la perdita della stessa dipendono dalla disciplina sancita nei singoli Paesi membri. Oltretutto, il fatto che la cittadinanza europea sia dipendente dalla cittadinanza nazionale lascia automaticamente fuori i cittadini dei Paesi terzi, oggetto di attenzione del presente lavoro, rendendo evidente il suo carattere escludente<sup>7</sup>. Questo

---

<sup>5</sup> Articolo 8, Trattato di Maastricht. Jacobs mette in evidenza che molti ritengono che già nel Trattato di Roma del 1957 si possono notare le prime caratteristiche "embrionali" della cittadinanza europea. JACOB, *Citizenship of the European Union – A legal Analysis*, in *European Law Journal*, 2007, 592.

<sup>6</sup> AZOULAI, *A comment on the Ruiz Zambrano judgement: a genuine European integration*, [www.eudo-citizenship.eu](http://www.eudo-citizenship.eu)

<sup>7</sup> «The creation of European citizenship has had the unfortunate side effect of more explicitly distinguishing and excluding TCNs from European society, even those already "whit in the Fortress"», BECKER, *Managing Diversity in the European Union: Inclusive European Citizenship and Third-Country Nationals*, cit., 158.

aspetto è stato sin da subito criticato da parte della dottrina: «[E]uropean citizenship did nothing to address the situation of the 12-13 million ‘denizens’ resident in the EU, legal permanent residents with broad social and economic rights but highly restricted, if any, political rights»<sup>8</sup>. Tuttavia, altra parte della dottrina ha messo in luce i risvolti positivi di tale mancanza di autonomia. La connessione con la cittadinanza statale parrebbe compensare il fatto che la cittadinanza europea non presenta, al pari delle cittadinanze nazionali, i requisiti di appartenenza e partecipazione<sup>9</sup>. Difatti, l’Unione Europea non può definirsi uno Stato, bensì un’entità risultante da un processo di integrazione fra Paesi e, dunque, pare difficile attribuire alla cittadinanza europea le dimensioni di appartenenza e partecipazione che caratterizzano le cittadinanze nazionali. Inoltre, come è stato spesso rilevato, la cittadinanza europea non presenta quei caratteri di comunità politica legata ad un’entità statale e anche i diritti da essa derivanti – enunciati negli art. 20 (co. 2) e ss. TFUE in un catalogo che non ha pretesa di esaustività e di esclusività – si risolvono «in un insieme di posizioni soggettive, di diritti speciali [...] che non esprimono la dimensione di soggezione dell’individuo allo Stato né il correlato aspetto partecipativo che si manifesta attraverso l’esercizio di diritti caratterizzanti il contributo dell’individuo alla vita politica dello Stato»<sup>10</sup>. Pertanto, come osserva Shaw, se si prendono in considerazione gli elementi costitutivi della cittadinanza – appartenenza, partecipazione e diritti – la cittadinanza europea è sicuramente più forte per quanto concerne i diritti che da essa direttamente discendono, mentre paiono carenti i profili di appartenenza e di partecipazione<sup>11</sup>.

Ciò nonostante, come si vedrà nel corso dell’analisi, la cittadinanza europea ha acquisito una crescente autonomia e una progressiva importanza. Dimitry Kochenov individua tre fattori trainanti in forza dei quali «a federal European citizenship is emerging»<sup>12</sup>: le pronunce della Corte di Giustizia<sup>13</sup> e

---

<sup>8</sup> HANSEN, *A European citizenship or a Europe of citizens? Third country nationals in the EU*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 1998, 753.

<sup>9</sup> GARGIULO, *Le forme della cittadinanza. Tra cittadinanza europea e cittadinanza nazionale*, Roma, 2012, 110.

<sup>10</sup> NASCIMBENE, voce *Cittadinanza dell’Unione europea*, in *D. disc. pubbl.*, Torino, 2012.

<sup>11</sup> SHAW, *Citizenship: contrasting dynamics at the interface of integration and constitutionalism*, in *EUI Working Papers*, 2010, 3.

<sup>12</sup> KOCHENOV, *The essence of EU Citizenship emerging from the last ten years of academic debate: beyond the cherry blossoms and the moon?*, cit., 98-99.

<sup>13</sup> A questo proposito si veda THYM, *Towards ‘Real’ Citizenship? The Judicial Construction of Union Citizenship and its Limits* in ADAMS, MEUSEN, STRAETMAND, DE WAELE (eds.), *Judging Europe’s Judges. The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice Examined*, Abingdon, 2013; JACOB, cit., 593 e ss.

le opinioni degli Avvocati generali, gli sviluppi legislativi a livello nazionale e internazionale e, infine, il ruolo dell'accademia.

In primo luogo, molti commentatori hanno evidenziato che il carattere secondario e derivato della cittadinanza europea incide unicamente sulle modalità di accesso alla stessa, non sui diritti da essa derivanti<sup>14</sup>. Nelle parole dell'Avvocato Generale Maduro nel caso *Rottman*: «That is the miracle of Union citizenship: it strengthens the ties between us and our States (in so far as we are European citizens precisely because we are nationals of our States) and, at the same time, it emancipates us from them (in so far as we are now citizens beyond our States). Access to European citizenship is gained through nationality of a Member State, (...) it forms the basis for a new political area from which rights and duties emerge, which are laid down by Community law and do not depend on the State»<sup>15</sup>. A ciò si aggiunga che la cittadinanza europea, infatti, non soltanto conferisce direttamente una serie di diritti civili, politici e sociali, sanciti nei trattati, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nella direttiva 2004/38/CE<sup>16</sup> (cd. *Citizens Rights Directive*), ma in forza del principio di uguale trattamento, i diritti che lo Stato riconosce ai propri cittadini sono estesi anche agli stranieri che siano titolari della cittadinanza europea.

Inoltre, il caso *Rottman* dimostra come il carattere derivato della cittadinanza europea è idoneo a funzionare anche “in senso contrario”. Pur restando ferma la competenza statale per quanto concerne la titolarità della cittadinanza nazionale, le decisioni relative all'acquisto o la perdita della stessa devono rispettare i principi comunitari – tra i quali rileva il principio di proporzionalità<sup>17</sup> – per le potenziali conseguenze in rapporto al diritto

---

<sup>14</sup> KOCHENOV, *The essence of EU Citizenship emerging from the last ten years of academic debate: beyond the cherry blossoms and the moon?*, cit., 103-104.

<sup>15</sup> Opinion of AG Poiras Maduro in Case C-135/08, *Janko Rottmann v. Freistaat Bayern*, delivered on 30 September 2009. A questo proposito, si osservi che, la precedente formulazione (*ex art. 17 del Trattato*), definiva la cittadinanza europea come un *complemento* della cittadinanza nazionale, mentre l'attuale articolo 20 la qualifica come status aggiuntivo. Tale sottile differenza è idonea ad identificare una più incisiva autonomia della cittadinanza europea, soprattutto in relazione ai diritti che da essa scaturiscono i quali sono aggiuntivi e non meramente complementari a quelli che derivano dalla cittadinanza nazionale.

<sup>16</sup> Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

<sup>17</sup> Gargiulo osserva che l'estensione del principio di proporzionalità alla revoca della cittadinanza, sancita nel caso *Rottman* conduce da un lato alla limitazione della competenza

dell'Unione<sup>18</sup>. Difatti, come ribadito anche in *Zambrano* l'art. 20 TFUE «osta a provvedimenti nazionali che abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferiti dal loro *status* di cittadini dell'Unione»<sup>19</sup>. Si osservi che il caso *Zambrano* ha stabilito un ulteriore passo avanti nella disciplina della cittadinanza europea, dato che la sua operatività e la garanzia dei diritti da essa derivanti vengono definitivamente svincolati dall'elemento transfrontaliero e dalla necessarietà della mobilità dell'individuo tra gli Stati membri. Come evidenziato da Azoulai: «this case highlights another dimension of European citizenship, namely the protection of the rights of Union citizens as genuine 'Europeans' committed to the European Union, its territory and its common values, and not only to member states»<sup>20</sup>. Inoltre, in *Zambrano*, seguendo la linea già tracciata in *Rottman*, la Corte di Giustizia concentra la sua attenzione sull'importanza del pieno ed effettivo godimento dei diritti derivanti dalla cittadinanza europea, segnando definitivamente il passaggio da una cittadinanza che rileva unicamente nella sua natura transnazionale legata ad interessi di natura economica ad una cittadinanza in cui, al pari di quelle nazionali, rileva il *genuine enjoyment of the substance of the rights*. Sebbene in alcune pronunce immediatamente successive<sup>21</sup> la Corte di Giustizia abbia dimostrato che quello che Thym definisce il *substance of rights test*<sup>22</sup> trovi applicazione solo in casi limite (e.g. perdita della cittadinanza, espulsione dal territorio dell'Unione), esso indubbiamente

---

statale in un settore in cui gli Stati intendevano conservare la propria sovranità e rafforza il ruolo e l'autonomia della cittadinanza europea. GARGIULO, *Le forme della cittadinanza. Tra cittadinanza europea e cittadinanza nazionale*, cit, 128.

<sup>18</sup> Il caso *Rottman* viene considerato la logica continuazione del caso *Micheletti*: «La determinazione dei modi di acquisto e di perdita della cittadinanza rientra (...) nella competenza di ciascuno Stato membro, competenza che deve essere esercitata nel rispetto del diritto comunitario. Non spetta, invece, alla legislazione di uno Stato membro limitare gli effetti dell'attribuzione della cittadinanza di un altro Stato membro, pretendendo un requisito ulteriore per il riconoscimento di tale cittadinanza al fine dell'esercizio delle libertà fondamentali previste dal Trattato». Causa C-369/90 *Micheletti e Delegación del Gobierno en Cantabria*, 7 luglio 1992, punto 10.

<sup>19</sup> Causa C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi*, 8 marzo 2011, punto 42.

<sup>20</sup> AZOULAI, *A comment on the Ruiz Rambrano judgement: a genuine European integration*, cit.

<sup>21</sup> Tra gli altri si veda Causa C-434/09, *Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home department*, 5 maggio 2011; Causa C-256/11, *Murat Dereci et al. c. Bundesministerium für Inneres*, 15 novembre 2011.

<sup>22</sup> THYM, *Towards 'Real' Citizenship? The Judicial Construction of Union Citizenship and its Limits*, cit., 169.

rappresenta un elemento profondamente innovativo circa l'operatività della cittadinanza europea<sup>23</sup>.

Si rilevi che l'obiettivo iniziale di superare la visione mercantilistica della libertà di circolazione e soggiorno, e dunque, della cittadinanza europea e di porre al centro l'individuo e i suoi diritti ha trovato la sua più compiuta applicazione nel diritto di accesso all'assistenza sociale in Stati membri diversi da quello di nazionalità, riconosciuto dalle norme dell'Unione, e rispetto al quale la Corte di Giustizia ha giocato un ruolo particolarmente rilevante<sup>24</sup>. Tale diritto era inizialmente applicato ai lavoratori subordinati e successivamente è stato esteso anche ad altre categorie, compresi soggetti non economicamente attivi. Pare opportuno menzionare il caso *Bidar*<sup>25</sup>, concernente gli aiuti economici a favore di studenti cittadini europei in un altro Paese membro, in cui la Corte afferma che la disparità di trattamento tra studenti del Paese di riferimento e gli stranieri è giustificata solo se si basa su considerazioni oggettive *indipendenti dalla cittadinanza delle persone interessate*. Tuttavia, i giudici di Lussemburgo precisano che gli Stati hanno il compito vigilare affinché gli aiuti a favore degli studenti provenienti da altri Paesi membri non diventino un onere irragionevole e affermano, inoltre, che sia legittimo che tali aiuti vengano riconosciuti solo agli studenti che «abbiano dato prova di un certo grado di *integrazione* nella società di tale Stato»<sup>26</sup>. Il diritto di accesso all'assistenza sociale, infatti, «manifesta in modo emblematico la tensione esistente tra i meccanismi di protezione dei sistemi di welfare nazionali e la portata transnazionale dei diritti e delle prestazioni connesse alla cittadinanza europea»<sup>27</sup>. Ad un iniziale estensione massima di tale diritto anche nelle ipotesi in cui non fosse presente l'autosufficienza economica, è seguito, più recentemente, un approccio restrittivo, notevolmente acuito dalla crisi economica<sup>28</sup>. Pertanto, i

---

<sup>23</sup> Si vedano le più recenti pronunce della Corte di Giustizia: Causa C-165/14, *Rendón Marín c. Administración del Estado*, 13 settembre 2016; Causa C-304/14, *Secretary of State for the Home Department c. CS*, 13 settembre 2016; Causa c-133/15, *Chavez-Vilchez et al*, 10 maggio 2017.

<sup>24</sup> GIUBBONI, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e solidarietà transnazionale: un riesame critico*, in *Politiche Sociali*, 2016, 174-175.

<sup>25</sup> Causa C-209/03, *R (Bidar) v London Borough of Ealing and Secretary of State for Education and Skills*, 15 marzo 2005.

<sup>26</sup> *Id.*, para. 57.

<sup>27</sup> BIONDI DAL MONTE, *Cittadinanza Europea, libera circolazione e parità di trattamento. Il diritto all'assistenza sociale dei cittadini dell'Unione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2012, 38.

<sup>28</sup> Si veda, tra le altre, Causa C-140/12, *Pensionsversicherungsanstalt c. Peter Brey*, 19 settembre 2013, C-333/13, *Dano c. Jobcenter Leipzig*, 11 novembre 2014.

cittadini europei che decidono di esercitare il proprio diritto di circolare all'interno dei confini dell'Unione devono possedere risorse sufficienti affinché non diventino un onere irragionevole per lo Stato ospitante, nonché un'assicurazione finanziaria.

Pare opportuno menzionare che la dottrina ha messo in evidenza come la cittadinanza europea non solo è capace di limitare la piena sovranità degli Stati in relazione alla cittadinanza<sup>29</sup> ma, indirettamente, ne influenza anche la disciplina interna. Difatti, lo *status* di cittadino europeo è idoneo a conferire di fatto la *quasi-cittadinanza* del Paese di residenza a quei cittadini europei che risiedono in un Paese diverso. A questo proposito si osservi che in alcune legislazioni nazionali – come, ad esempio, in Italia<sup>30</sup> – i cittadini europei beneficiano di una posizione di vantaggio nell'acquisizione della cittadinanza nazionale rispetto ai *third country nationals*.

Pertanto, sebbene sia chiaro che la cittadinanza europea da *status* secondario e derivato è giunta a limitare sempre più incisivamente la sovranità nazionale<sup>31</sup> e ha acquisito una progressiva autonomia, è importante rilevare che non si tratta di un processo che può dirsi completo o privo di complicazioni. In particolare, oltre alle potenzialità e ai limiti connessi allo status legale della cittadinanza europea, molteplici fattori extra-giuridici possono giocare un ruolo determinante. Si pensi all'attuale emergenza migratoria o agli effetti dirompenti della crisi economica sull'Unione europea. La dottrina ha evidenziato come quest'ultima abbia determinato una battuta d'arresto nelle pronunce concernenti la cittadinanza e i diritti da essa derivati (soprattutto rispetto ai *third country nationals*), considerato che gli Stati membri sono meno propensi ad ammettere una progressiva espansione dei benefici individuali alla luce dei costi ad essi connessi<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> A questo proposito, occorre evidenziare che la Corte di Giustizia nelle sue pronunce lascia un margine di discrezionalità agli Stati, soprattutto in relazione a quei casi che concernono questioni politicamente e culturalmente più sensibili e che coinvolgono l'identità costituzionale del Paese. THYM, *Towards 'Real' Citizenship? The Judicial Construction of Union Citizenship and its Limits*, cit., 160.

<sup>30</sup> Ai cittadini europei sono sufficienti quattro anni di residenza legale per la concessione della cittadinanza italiana, a fronte dei dieci anni richiesti ai cittadini dei Paesi terzi. Cfr. art. 9, Legge n. 91/1992.

<sup>31</sup> «A derivative status of EU citizenship comes to affect the Member State nationalities from which it is derived» KOCHENOV, *The essence of EU Citizenship emerging from the last ten years of academic debate: beyond the cherry blossoms and the moon?*, in cit., 118

<sup>32</sup> SADL, MADSEN, *Did the Financial Crisis Change European Citizenship Law? An Analysis of Citizenship Rights Adjudication Before and After the Financial Crisis*, in *European Law Journal*, 2016, 42.

### 3. La nuova frontiera: cittadinanza europea e integrazione dei cittadini dei Paesi terzi

Kees Groenendijk distingue tre prospettive in riferimento al rapporto tra diritto e integrazione. In primo luogo, l'acquisizione di uno status certo come quello di cittadino (o, anche se in misura minore, di residente permanente) può essere ritenuta un fattore propulsivo dell'integrazione degli stranieri; in secondo luogo, invece, la naturalizzazione viene considerata come l'ultimo tassello di un positivo percorso di integrazione («naturalisation is the crown on a successfully completed integration»); infine, la mancanza di integrazione o la sua supposta inidoneità possono essere adoperati come motivi per il rifiuto dell'ammissione all'interno della comunità statale<sup>33</sup>. Si osservi, tuttavia, che la seconda concezione sembra prevalere negli ultimi anni, soprattutto alla luce dei crescenti flussi migratori di persone provenienti da Paesi in conflitto o dalle aree più povere del mondo. A questo proposito, Sergio Carrera parla di *expansionism*<sup>34</sup>, osservando che il requisito dell'integrazione in alcuni Paesi ha travalicato il suo ambito "naturale" di operatività – il processo di acquisizione della cittadinanza – essendo richiesto già per l'ammissione e la residenza legale nel Paese. Si pensi al contratto (o accordo) di accoglienza e integrazione adottato da molti Paesi europei<sup>35</sup> e che, ad esempio, in Italia deve essere sottoscritto da parte degli stranieri extracomunitari, di età superiore a 16 anni, che facciano per la prima volta ingresso nel territorio dello Stato e richiedano un permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno.

In questo contesto, qual è il ruolo che la cittadinanza europea potrebbe rivestire in relazione all'integrazione dei cittadini dei Paesi terzi? Indubbiamente, negli ultimi tempi l'attenzione è stata maggiormente volta alla gestione degli arrivi alle frontiere esterne, all'accoglienza e alla ripartizione dei migranti tra i Paesi membri dell'Unione. Tuttavia, in una prospettiva di lungo periodo, pare opportuno evidenziare il cammino già intrapreso in questo senso in ambito europeo.

---

<sup>33</sup> GROENENDIJK, *Legal Concepts of Integration in EU Migration Law*, in *European Journal of Migration and Law*, 2004, 113.

<sup>34</sup> CARRERA, *Nationality, Immigration and 'the Republican Integration' in France: Normativisation, Expansionism and Externalisation*, in GUILD, GROENENDIJK, CARRERA (a cura di), *Illiberal Liberal States: immigration, citizenship and integration in the EU*, Farnham, 2009, 315 e ss.

<sup>35</sup> Si veda MIELE, *L'accordo di integrazione Stato/immigrati*, in *Gli Stranieri*, 2009, 467.



Come stato già evidenziato, la dottrina ha in alcuni casi messo in luce l'*incompletezza* della cittadinanza europea nel momento in cui non si prendono in considerazione i cittadini dei Paesi terzi. Difatti, come rileva Kochenov, la loro automatica esclusione da tale *status* risulta meno convincente considerato che la cittadinanza europea, sebbene sia tuttora connessa a quella nazionale, ha acquisito una sua autonomia ed è «different in principle from the nationalities of the Member States»<sup>36</sup>. Le modalità attraverso cui realizzare tale apertura potrebbero essere la formale attribuzione della cittadinanza europea ai *third country nationals* o il riconoscimento della titolarità di alcuni diritti. A quest'ultimo proposito, si osservi che la progressiva evoluzione della cittadinanza europea ha posto il quesito se i diritti dei cittadini europei possano essere estesi ai TCNs, sulla base della residenza<sup>37</sup>, dello stabilimento e del soggiorno sul territorio dell'Unione.

Indubbiamente, il riconoscimento della cittadinanza europea ai cittadini dei Paesi terzi, dopo un certo numero di anni di residenza legale, assicurerebbe una maggiore coerenza nella disciplina dell'immigrazione europea che ad oggi pare particolarmente frammentaria<sup>38</sup>. Inoltre, faciliterebbe l'integrazione degli immigrati nei Paesi membri e, soprattutto, garantirebbe l'estensione dei principi e delle politiche dell'integrazione economica anche alla disciplina dell'ingresso e dello *status* dei cittadini dei TCNs. Difatti, pare una contraddizione mantenere una diversa regolamentazione a seconda del Paese membro per quanto concerne status e diritti dei cittadini dei Paesi terzi, mentre in materia economica si sostiene la creazione di un mercato comune, o ancora consentire che la libera circolazione dei beni trovi applicazione anche nel caso di beni provenienti dai Paesi terzi, mentre lo stesso non può dirsi per la libertà di circolazione delle persone. In particolare, occorre evidenziare che le stesse caratteristiche della cittadinanza europea consentirebbero di confutare l'obiezione più frequentemente avanzata da chi si oppone all'estensione della cittadinanza europea ai TCNs, ossia la mancanza di valori comuni con i cittadini dei Paesi terzi. Difatti, in primo luogo, l'istituzione della cittadinanza europea

---

<sup>36</sup> KOCHENOV, *The essence of EU Citizenship emerging from the last ten years of academic debate: beyond the cherry blossoms and the moon?*, cit. 106.

<sup>37</sup> Si veda il modello della cd. *denizenship*, cfr. HAMMAR, *Democracy and the Nation State*, Aldershot, 1990.

<sup>38</sup> WIESBROCK, *Granting Citizenship-related Rights to Third Country Nationals: An Alternative to the Full Extension of European Union Citizenship?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2012, 90.

aveva l'obiettivo di promuovere un'identità comune tra popoli diversi ("unità nella diversità") e inoltre tale *status*, unito alla libertà di circolazione delle persone, ha già nettamente contribuito alla multietnicità dei Paesi europei<sup>39</sup>.

Sebbene ad oggi la cittadinanza in base alla residenza non esiste, è opportuno ricordare che l'Unione europea attribuisce alcuni diritti e posizioni di vantaggio a favore dei TCNs legalmente residenti per mezzo dei trattati o della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, o in forza dei principi generali del diritto comunitario (e.g. principio di proporzionalità, principio di non discriminazione), o attraverso il diritto derivato, purché una determinata situazione rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e, soprattutto, grazie alle decisioni della Corte di Giustizia. I principi ispiratori delle politiche comunitarie in materia sono la parità di trattamento tra cittadini di Paesi terzi e cittadini comunitari, l'uguaglianza dei diritti e dei doveri dei migranti all'interno dei diversi Paesi membri e la lotta ad ogni forma di discriminazione, in particolare quelle basate sulla nazionalità.

In primo luogo, l'art. 79 del TFUE stabilisce il principio di equità per quanto riguarda il trattamento dei cittadini dei Paesi terzi regolarmente soggiornanti sul territorio dell'Unione. Inoltre, è lo stesso Trattato a riconoscere determinati diritti anche alle persone fisiche o giuridiche che risiedono o abbiano la propria sede sociale in uno Stato membro (diritto di petizione *ex art. 227 TFUE*, diritto di ricorrere al Mediatore europeo *ex art. 228 TFUE*). Al contempo, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea estende molti dei diritti enunciati al Titolo V – dedicato alla cittadinanza – ai residenti (e alle persone giuridiche che hanno la sede sociale in uno Stato membro) e, in alcuni casi, alle persone *tout court* (e.g. diritto ad una buona amministrazione *ex art. 41*). A questo proposito Elspeth Guild sostiene che la Carta dei diritti fondamentali, muovendo verso un'equiparazione dei diritti per tutti, ha notevolmente colmato la distanza tra cittadini europei e cittadini dei Paesi terzi, evidenziando che: «[O]ne can say that third country nationals in the EU are entitled to enact citizenship in the EU now via the exercise of the Charter rights»<sup>40</sup>. Tuttavia, i diritti sanciti nella Carta non trovano una generale applicazione, ma sono strettamente connessi al diritto comunitario; infatti, devono essere rispettati dalle

---

<sup>39</sup> BECKER, *Managing Diversity in the European Union: Inclusive European Citizenship and Third-Country Nationals*, cit., 159 ss.

<sup>40</sup> GUILD, *The European union after the Treaty of Lisbon. Fundamental Rights and EU Citizenship*, in *CESP Liberty and Security in Europe*, 2010, 5.

istituzioni comunitarie e dagli Stati membri quando implementano il diritto dell'Unione. Inoltre, anche la stessa giurisprudenza ha mostrato un atteggiamento di apertura in relazione all'estensione dei diritti fondamentali di cittadinanza ai soggetti residenti<sup>41</sup>. I giudici di Lussemburgo, infatti, hanno cominciato ad interpretare i diritti dei cittadini dei Paesi terzi in analogia con le situazioni che riguardano i cittadini dell'Unione Europea, anche se sta in capo ai TCNs provare che la loro condizione rientri nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, in virtù di direttive<sup>42</sup> o di accordi conclusi tra Unione europea e Paesi terzi<sup>43</sup>. In particolare, la direttiva che disciplina i soggiornanti di lungo periodo<sup>44</sup> ha creato uno *status* che può essere definito come una “forma sussidiaria” di cittadinanza europea che gli

---

<sup>41</sup> «Quanto all'art. 19, n. 2, CE (art. 22 TFUE ndr), se esso prevede che i cittadini di uno Stato membro godono del diritto di elettorato attivo e passivo nel proprio Paese ed impone agli Stati membri di riconoscere tali diritti ai cittadini dell'Unione che risiedono sul loro territorio, non se ne può tuttavia dedurre che uno Stato membro non possa concedere il diritto di elettorato attivo e passivo a *determinate persone aventi con esso uno stretto legame, pur non possedendo la cittadinanza di questo o di un altro Stato membro*». Massime della sentenza, Corte (Grande Sezione), causa C-145/04, Regno di Spagna c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord.

<sup>42</sup> Numerose sono le direttive che garantiscono l'ingresso e il soggiorno a determinate categorie di cittadini di Paesi terzi: e.g. 2004/114/CE del Consiglio del 13 dicembre 2004 relativa alle condizioni di ammissione dei cittadini di Paesi terzi per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontariato; 2005/71/CE del Consiglio del 12 ottobre 2005 relativa ad una specifica procedura per l'ammissione di cittadini di Paesi terzi con scopi di ricerca scientifica; 2009/50/EC del Consiglio del 25 maggio 2009 sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di Paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati; 2011/98/EU del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 relativa ad una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di Paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di Paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro; 2014/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di Paesi terzi per motivi di impiego in qualità di lavoratori stagionali; 2014/66/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di Paesi terzi nell'ambito di trasferimenti intrasocietari.

<sup>43</sup> E.g. Accordo EEA (*European Economic Area*), 1997; accordi con la Svizzera; accordo di associazione con la Turchia (c.d. Accordo di Ankara) 1963; accordo Euromediterraneo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri e Tunisia (1998), Marocco (2000), Israele (2000), Giordania (2002), Egitto (2004), Algeria (2005), Libano (2006), accordo di stabilizzazione e associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri e Macedonia (2004), Albania (2009), Montenegro (2010), Serbia (2013), Bosnia Erzegovina (2015), Kosovo (2016).

<sup>44</sup> Direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003 relativa allo status dei cittadini dei paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo.

Stati membri sono tenuti a riconoscere nel momento in cui vengono integrati i presupposti sanciti nella direttiva<sup>45</sup>. Wiesbrock sostiene che il riconoscimento dei diritti dei cittadini comunitari in capo ai cittadini dei Paesi terzi rappresenta un'alternativa all'estensione della piena cittadinanza europea ai TCNs<sup>46</sup>. A questo proposito, tuttavia, bisogna precisare che lo *status* legale e i diritti riconosciuti in capo ai cittadini di Paesi terzi possono diversificarsi notevolmente e causare potenziali ineguaglianze in base a due variabili: il Paese d'origine, nell'ipotesi in cui l'Unione europea abbia concluso accordi con Paesi terzi, e il Paese membro di residenza, la cui politica d'integrazione può essere più o meno restrittiva<sup>47</sup>.

Per quanto concerne la cittadinanza, occorre evidenziare che fin dagli anni Ottanta, la Commissione europea si riferiva alla naturalizzazione come uno dei fattori per favorire l'integrazione dei cittadini stranieri. Tuttavia, una riflessione più approfondita in relazione al ruolo giocato dall'Unione europea nel senso di favorire l'acquisizione della cittadinanza nazionale (e dunque europea) da parte dei cittadini dei Paesi terzi, è essenzialmente connessa alla normativa concernente l'immigrazione e l'integrazione dei cittadini dei Paesi terzi. Una comune disciplina su queste materie ha incontrato molteplici resistenze. Innanzitutto, i Paesi membri intendono conservare una piena sovranità sul proprio territorio ed in particolare in materia di cittadinanza. Inoltre, se in un primo momento la questione non veniva percepita come prioritaria, dato che si volevano tutelare primariamente i diritti dei cittadini comunitari che circolavano all'interno dell'Unione, successivamente la crisi economica e le questioni connesse a terrorismo e sicurezza hanno inciso fortemente su tali temi in maniera restrittiva.

Con la creazione di uno «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» nel Trattato di Amsterdam si procede verso la cd. comunitarizzazione delle politiche in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne le quali si fondano sul principio di *solidarietà* tra gli Stati membri e di *equità* nei confronti dei cittadini dei Paesi terzi<sup>48</sup>. In questo ambito, un ruolo essenziale è stato svolto dai piani quinquennali adottati dal Consiglio

---

<sup>45</sup> ACOSTA ARCARAZO, *Civic Citizenship Reintroduced? The Long-Term Residence Directive as a Post-National Form of Membership*, in *European Law Review*, 2015, 200.

<sup>46</sup> WIESBROCK, *Granting Citizenship-related Rights to Third Country Nationals: An Alternative to the Full Extension of European Union Citizenship?*, cit., 69.

<sup>47</sup> BECKER, *Managing Diversity in the European Union: Inclusive European Citizenship and Third-Country Nationals*, cit., 150 ss.

<sup>48</sup> Art. 67, para. 2 TFUE.

Europeo (Tampere, 1999; Aja, 2004; Stoccolma, 2009; Ypres, 2014) che fissano le iniziative e gli orientamenti per la realizzazione di uno spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia. Questi, dunque, sono stabiliti nell'interesse non solo dei cittadini europei, ma di tutti coloro che legalmente risiedono nei confini dell'Unione.

Inizialmente, la cittadinanza riceveva esplicita menzione in tali programmi e negli atti ad essa collegati. A questo proposito sono di particolare interesse i caposaldi del Programma di Tampere (1999-2004) in cui, oltre alla necessità di armonizzare le legislazioni nazionali in materia di ingresso e soggiorno degli immigrati, si fissava l'obiettivo dell'equo trattamento tra cittadini europei e coloro che soggiornano legalmente negli Stati membri<sup>49</sup>, perseguito mediante l'adozione nel 2003 di due direttive disciplinanti rispettivamente lo *status* di soggiornante di lungo periodo<sup>50</sup> e il ricongiungimento familiare<sup>51</sup>. Pertanto, al fine di favorire «un'integrazione più incisiva» si mirava a garantire ai cittadini dei Paesi terzi diritti e obblighi analoghi a quelli dei cittadini dell'Unione<sup>52</sup> e si mirava a ravvicinarne lo status giuridico<sup>53</sup>. Infine, il Consiglio approvava l'obiettivo di offrire ai cittadini dei Paesi terzi l'opportunità di ottenere la cittadinanza del Paese di residenza<sup>54</sup>.

In sostanza, sia la cittadinanza nazionale dello Stato membro, sia la cd. cittadinanza civica o civile servono lo scopo di favorire l'integrazione nei Paesi membri. La prima facilita l'integrazione dei migranti perché accresce il

---

<sup>49</sup> «L'Unione europea ha già posto in atto per i suoi cittadini i principali elementi di uno spazio comune di prosperità e pace (...) [L]a sfida insita nel trattato di Amsterdam è ora quella di garantire che tale libertà (...) possa essere goduta in condizioni di sicurezza e giustizia accessibili a tutti. (...) Tale libertà non dovrebbe, tuttavia, essere considerata appannaggio esclusivo dei cittadini dell'unione. (...) Sarebbe contrario alle tradizioni europee negare tale libertà a coloro che sono stati legittimamente indotti dalle circostanze a cercare accesso nel nostro territorio» Consiglio Europeo di Tampere 15 e 16 ottobre 1999, Conclusioni della Presidenza, punto 2-3.

<sup>50</sup> Direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003 relativa allo status dei cittadini dei paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo.

<sup>51</sup> Direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003 relativa al diritto al ricongiungimento familiare.

<sup>52</sup> *Ibidem*, punto 18.

<sup>53</sup> «Alle persone che hanno soggiornato legalmente in uno Stato membro per un periodo di tempo da definire e che sono in possesso di un permesso di soggiorno di lunga durata dovrebbe essere garantita in tale Stato membro una serie di diritti uniformi il più possibile simili a quelli di cui beneficiano i cittadini dell'UE, ad esempio il diritto a ottenere la residenza, ricevere un'istruzione, esercitare un'attività in qualità di lavoratore dipendente o autonomo». *Ibidem*, n. 20.

<sup>54</sup> *Ibidem.*, n. 21.

senso di appartenenza e incentiva la piena partecipazione alla vita politica sociale e culturale del Paese. A tal proposito in una comunicazione del 2003, la Commissione europea metteva in evidenza che, sebbene rimanesse nella disponibilità degli Stati stabilire i tempi di residenza e i livelli linguistici necessari e di operare le opportune verifiche sulla condotta del soggetto, la naturalizzazione dovesse avere criteri chiari in modo tale da ridurre la discrezionalità al minimo. Inoltre, la Commissione giudicava ragionevole che la disciplina per l'acquisizione della cittadinanza dovesse tenere in considerazione il periodo di soggiorno nel Paese e che, comunque, le modalità e le tempistiche fossero parametrare alle generazioni di migranti<sup>55</sup>.

La cittadinanza civile o civica, invece, è stata introdotta dalla Commissione in una comunicazione del novembre del 2000, ove si prospettava che la Carta dei diritti fondamentali avrebbe potuto costituire il punto di riferimento per la sua definizione<sup>56</sup>. Si tratta di uno *status* intermedio che comprende un nucleo di diritti e doveri a favore dei cittadini dei Paesi terzi – riconosciuti dopo un minimo di anni di soggiorno legale nel territorio dell'Unione (dunque, essenzialmente legato alla residenza) – idoneo a rendere più forte il senso di appartenenza alla società<sup>57</sup>. Lo scopo è quello di garantire un trattamento equo rispetto ai cittadini comunitari, prima della naturalizzazione. La Commissione riteneva che la cittadinanza civica facilitasse il processo di inserimento del migrante nella società e costituisse un primo passo verso l'acquisizione della nazionalità dello Stato membro. In particolare, nella comunicazione del 2003, la Commissione metteva in luce che «dal punto di vista dell'integrazione, è ovvio che il diritto di voto a livello locale deve discendere dalla stabilità del soggiorno, più che dalla nazionalità»<sup>58</sup> e, a questo proposito, la cittadinanza civile avrebbe potuto rivestire un ruolo rilevante dato che avrebbe dato la possibilità esercitare i diritti politici nel Paese ospitante.

Il programma di Tampere, tuttavia, non ha avuto molto successo a causa delle difficoltà di natura economica e della crescente attenzione al tema della sicurezza. Difatti, il successivo programma quinquennale dell'Aja (2004-

---

<sup>55</sup> Comunicazione su immigrazione, integrazione e occupazione, COM (2003) 336, Bruxelles, 3.6.2003.

<sup>56</sup> Comunicazione su una politica comunitaria in materia di immigrazione, COM (2000) 757, Bruxelles, 22.11.2000.

<sup>57</sup> Comunicazione su un'agenda comune per l'integrazione dei cittadini di paesi terzi nell'Unione europea, COM (2005) 389, Bruxelles, 1.9.2005.

<sup>58</sup> Comunicazione su immigrazione, integrazione e occupazione, cit., 25.

2009)<sup>59</sup> non menziona la cittadinanza civile come *status* intermedio per favorire l'integrazione e la naturalizzazione dei cittadini non comunitari. Occorre evidenziare che, sebbene si sottolinei la necessità di un maggiore *coordinamento fra le politiche nazionali di integrazione e le iniziative dell'Unione Europea* e, a questo fine, si mettesse in evidenza il suo carattere di *processo continuo, dinamico e bilaterale* che coinvolga sia i cittadini non comunitari che il Paese ospitante<sup>60</sup>, nella pratica viene attribuita molta rilevanza alla «necessità di adattamento degli immigrati e alle loro responsabilità verso lo Stato membro di residenza rispetto alle opportunità che la società ospitante deve garantire per consentire la loro piena partecipazione alla vita economica, sociale, culturale e politica»<sup>61</sup>. Inoltre, la questione della cittadinanza come elemento di integrazione viene relegata ad oggetto di ulteriori indagini conoscitive. In generale, dunque, è possibile notare un atteggiamento meno aperto rispetto ai temi dell'immigrazione e dell'integrazione alla luce di un quadro complessivo profondamente mutato sia in relazione al processo di integrazione europeo sia per l'emergere di problemi economici e di sicurezza<sup>62</sup>.

Il Programma di Stoccolma (2010-2014) prosegue nell'inversione di tendenza inaugurata all'Aja dove, messi da parte gli ambiziosi obiettivi dei capisaldi di Tampere, si riporta l'attenzione ai bisogni e agli interessi dei cittadini dell'Unione<sup>63</sup>. Sebbene si accenni alla necessità di garantire l'equo trattamento dei cittadini dei Paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio dell'Unione riconoscendo loro diritti e obblighi analoghi ai cittadini europei, non si fa alcun riferimento alla cittadinanza nazionale o civica per favorire l'integrazione. L'attenzione è volta, invece, alla regolamentazione della migrazione legale «tenendo conto delle priorità, delle esigenze e delle capacità di accoglienza stabilite da ciascuno Stato membro e

---

<sup>59</sup> Programma dell'Aia: rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'unione Europea. 3.3.2005.

<sup>60</sup> Si osservi che in una comunicazione della Commissione del 2011 sull'integrazione dei cittadini dei Paesi terzi si menziona anche il coinvolgimento dei Paesi d'origine degli immigrati che avrebbero il compito, da un lato, di implementare misure a sostegno dell'integrazione prima della partenza e, dall'altro, di favorire una migrazione temporanea e circolare, con il ritorno ai Paesi d'origine. Comunicazione della commissione, Agenda europea per l'integrazione dei cittadini di Paesi terzi, COM (2011) 455, Bruxelles, 30.7.2011, C.

<sup>61</sup> GARGIULO, *Le forme della cittadinanza. Tra cittadinanza europea e cittadinanza nazionale*, cit., 251.

<sup>62</sup> MONTANARI, *La cittadinanza in Europa: alcune riflessioni sugli sviluppi più recenti*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2/2012, 14.

<sup>63</sup> Programma di Stoccolma - Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini, 4.5.2010.

favorire l'integrazione»<sup>64</sup> e alla lotta alla immigrazione clandestina, aspetti che sono centrali anche nell'ultimo Programma quinquennale (2015-2020) approvato a Ypres nel 2014<sup>65</sup>.

#### 4. Riflessioni conclusive

Come ricordato, la Corte di Lussemburgo nel caso *Grzelczyk* del 2001 afferma che la cittadinanza europea è destinata a diventare «lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri»<sup>66</sup>. Indubbiamente, tale *status* ha acquisito negli ultimi anni una progressiva autonomia, grazie soprattutto alle pronunce della Corte di Giustizia che ne hanno segnato importanti sviluppi.

Come è noto, inoltre, la cittadinanza europea ha creato grandi aspettative per quanto concerne lo *status* dei cittadini dei Paesi terzi dato che, pur derivando la sua attribuzione dalla cittadinanza statale, non è connessa alla sola dimensione nazionale, essendo disciplinata da norme comunitarie e, dunque, ha presente in sé un potenziale fattore di inclusività<sup>67</sup>. A questo proposito si ricordi che l'equo trattamento tra cittadini di Paesi terzi e cittadini comunitari, l'uguaglianza dei diritti e dei doveri dei migranti all'interno dei diversi Paesi membri e la lotta ad ogni forma di discriminazione, in particolare quelle basate sulla nazionalità, costituiscono dei capisaldi comunitari. Pertanto, a partire dai Trattati e dalla Carta dei diritti fondamentali vengono estesi anche ai residenti (o alle persone *tout court*) alcuni diritti di cittadinanza. Di conseguenza, nonostante alcuni parziali arresti su questo campo è innegabile come la *nuova frontiera* della cittadinanza europea riguardi lo *status* giuridico dei cittadini dei Paesi terzi, *in primis* nei casi in cui si tratti dei *family members* di cittadini europei<sup>68</sup>. Daniel Thym evidenzia che i diritti dei familiari non cittadini mettono in tensione la potenziale estensione della cittadinanza europea e i suoi limiti sostanziali dato che i *third country nationals family members* non sono direttamente titolari dei diritti di cittadinanza, ma sono idonei a beneficiarne

---

<sup>64</sup> *Ibidem*, punto 6.

<sup>65</sup> EUCO 79/14.

<sup>66</sup> Causa C-184/99, *Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, 20 settembre, 2001, punto 31.

<sup>67</sup> N. PARISI, *Immigrazione, cittadinanza europea e cittadinanza residenziale dell'unione europea*, *I quaderni europei*, n. 67, 2014, 6.

<sup>68</sup> THYM, *Towards 'Real' Citizenship? The Judicial Construction of Union Citizenship and its Limits*, cit..



in maniera riflessa e derivata in quanto familiari di un cittadino europeo. A ciò si aggiunga che, stante la progressiva autonomia della cittadinanza europea, l'automatica esclusione dai suoi benefici in capo ai cittadini dei Paesi terzi residenti stabilmente nel territorio dell'Unione appare sempre più difficile da giustificare. Pertanto, essa rappresenta la frontiera per il prossimo futuro, al fine di abbattere quello che è stato provocatoriamente definito da Étienne Balibar l'*apartheid européen*<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> BALIBAR, *Nous, citoyens d'Europe: Les frontières, l'État, le peuple*, Paris, 2001.

## **LA CORTE DI LUSSEMBURGO E LE CORTI COSTITUZIONALI. IL LORO RAPPORTO OSSERVATO DAL PRISMA DEL RINVIO PREGIUDIZIALE**

**Marco Antonio Simonelli**

*Dottorando in Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Siena*

*Il lavoro analizza le vicende relative ai rinvii pregiudiziali promossi dalle quattro principali giurisdizioni costituzionali europee: Francia, Germania, Italia e Spagna. Lo scopo che si prefigge è di evidenziare le criticità di questa procedura e individuare le ragioni della persistente reticenza delle Corti costituzionali a sottoporre questioni alla Corte di Lussemburgo. Nel paragrafo conclusivo si tenterà altresì prospettare alcuni possibili esiti della vicenda Taricco.*

*The paper analyses the cases originated by the requests for a preliminary ruling by the four major constitutional jurisdictions in Europe namely: France, Germany, Italy and Spain. Its goal is to point out the critical aspects in the procedure of Art. 267 TFEU as well as to identify the reasons why Constitutional Courts are still reluctant to ask for a preliminary ruling to the Court of Justice. In the conclusion it will also try to put forward the possible outcomes of the Taricco case.*

### **Sommario:**

1. Introduzione
  2. I casi italiani
  3. Il caso Melloni e il rinvio del *Conseil constitutionnel*
  4. Il rinvio del BVG sull'OMT
  5. Considerazioni conclusive
- .

## 1. Introduzione

Che il rinvio pregiudiziale sia stato e sia tutt'ora uno dei pilastri del processo di integrazione europea, è un fatto sul quale tutti gli studiosi sono oramai concordi<sup>1</sup>.

Questa idea trova inoltre puntuale riscontro nelle statistiche della Corte lussemburghese. Nel 2016, su 692 nuovi casi introdotti, ben 453 sono state domande pregiudiziali ex art. 267 TFUE<sup>2</sup>.

Questo dato - che si inserisce in un trend di graduale aumento della percentuale di rinvii pregiudiziali sul totale delle cause introdotte<sup>3</sup> - riflette la centralità dello strumento nella giurisprudenza della Corte di giustizia nonché la sua popolarità tra i giudici nazionali. Nondimeno esistono alcuni "coni d'ombra".

Il principale è senz'altro rappresentato dalla persistente reticenza da parte dei giudici costituzionali a fare uso di questo strumento. Se prendiamo ad esempio le Corti costituzionali dei quattro maggiori paesi dell'Unione Europea - Germania, Francia, Italia e Spagna - queste hanno promosso complessivamente 6 rinvii pregiudiziali. Un confronto con le domande provenienti dalle Corti supreme ordinarie di questi paesi rende ancora più significativo il dato: di fatti il numero totale di questioni sollevato da queste Corti è di 547<sup>4</sup>.

Una possibile spiegazione può essere rintracciata nel *judicial ego* di queste Corti, poco inclini a vincolarsi alle statuizioni di un altro giudicante<sup>5</sup>.

Tuttavia se si pensa che ai sensi dell'art. 267 par. 3 TFUE, le Corti di ultima istanza - fatta salva l'applicazione dei criteri *Cilfit*<sup>6</sup> - sono tenute a

<sup>1</sup> Vd. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, 2.

<sup>2</sup> Cfr. *CJEU Annual Report 2016. The Year in Review*, 27; disponibile all'url: [https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-04/ragp-2016\\_final\\_en\\_web.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-04/ragp-2016_final_en_web.pdf) (ultima visita 15 lug. 2017).

<sup>3</sup> Cfr. *CJEU Annual Report 2016. Judicial Activity*, 105; disponibile all'url: [https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-03/ra\\_jur\\_2016\\_en\\_web.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-03/ra_jur_2016_en_web.pdf) (ultima visita 15 lug. 2017).

<sup>4</sup> La cifra è stata ricavata dai dati riportati in: *Ibidem*, 109.

<sup>5</sup> L'espressione, utilizzata per la prima volta da J. Weiler, è richiamata in: CLAES, *Luxembourg, Here We Come? Constitutional Courts and the Preliminary Reference Procedure*, in *German Law Journal*, vol. 16, n. 6/2015, 1332.

<sup>6</sup> I c.d. criteri *Cilfit* sono stati definiti nella sentenza C-283/81, *S.r.l. Cilfit e Lanificio Gavardo S.p.a. c. Ministero della sanità*; e prevedono che non sussista obbligo di rinvio per le corti di ultima istanza qualora:

sollevare rinvio pregiudiziale in caso sorga un dubbio interpretativo su una norma del diritto europeo, si iniziano a intravedere le ragioni che giustificano un'indagine sul tema. Peraltro, considerando che tutte le Costituzioni di questi paesi contengono delle "clausole europee", di talché problematiche relative all'interpretazione del diritto dell'Unione assumono anche una veste costituzionale<sup>7</sup>, l'atteggiamento di queste Corti diviene difficilmente giustificabile.

Se è vero, come è stato fatto notare, che il dialogo tra le Corti costituzionali e la Corte di Lussemburgo è comunque intenso ma avviene attraverso canali informali<sup>8</sup>, quali la Conferenza delle Corti costituzionali europee, non si può fare a meno di giungere alla conclusione che la causa della ritrosia sia da attribuire alla procedura ex art. 267 TFUE.

Posto che le Corti costituzionali sono attrici protagoniste nel sistema di protezione dei diritti fondamentali nel continente europeo, un rafforzamento del ruolo della Corte di giustizia come organo di tutela dei diritti dei cittadini europei passa, anche e soprattutto, da una cooperazione più stretta tra i giudici costituzionali nazionali e la Corte di Lussemburgo, in particolare attraverso un uso più attivo da parte dei primi del rinvio pregiudiziale.

Pertanto, muovendo dalle procedure attivate dalle Corti costituzionali, si cercherà di individuare i profili di criticità e le migliorie che possono essere apportate alla procedura, affinché lo strumento dell'art. 267 TFUE possa divenire un più effettivo strumento per l'affermazione di una condizionalità forte europea anche in tema di diritti.

Per ogni sentenza ex art. 267 TFUE, si analizzeranno tutti gli atti del procedimento, verificando la corrispondenza tra domande e risposte e cercando altresì di evidenziare i profili comuni alle diverse vicende.

Nel primo paragrafo sono analizzate le prime due questioni pregiudiziali sollevate dalla Corte costituzionale italiana, con una maggiore attenzione al caso Mascolo, in particolare per quanto riguarda l'attuazione del *dictum* della Corte di giustizia da parte della Corte costituzionale italiana.

---

la questione riguardante il diritto europeo non si ponga come pregiudiziale rispetto alla causa di merito;

vi sia «una giurisprudenza costante della Corte che, indipendentemente dalla natura dei procedimenti da cui sia stata prodotta, risolve il punto di diritto litigioso anche in mancanza di una stretta identità tra le materie del contendere» (cd. teoria dell'*acte éclairé*);

«la corretta applicazione del diritto dell'UE può imporsi senza lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata» (cd. teoria dell'*acte clair*).

<sup>7</sup> CARTABIA, *Europe as a Space of Constitutional Interdependence: New Questions about Preliminary Ruling*, in *German Law Journal*, vol. 16, n. 6/2015, 1791.

<sup>8</sup> CLAES, *Luxembourg, Here We Come?*, cit. 1337.

Nel secondo paragrafo si analizzano invece le due questioni pregiudiziali con le quali la Corte di Lussemburgo ha chiarito la portata della disciplina comunitaria in tema di mandato di arresto europeo. Ovviamente, in questo caso, il focus sarà posto sulla sentenza *Melloni*, richiamata tanto nell'ordinanza 24/2017 della Corte italiana quanto nelle conclusioni dell'Avvocato Generale.

Il terzo paragrafo sarà invece dedicato all'analisi della vicenda scaturita dal rinvio pregiudiziale del BVG sull' OMT. Un'analisi di questa vicenda consentirà di formulare considerazioni prospettiche riguardo l'esito dell'ultima questione pregiudiziale sollevata dalla Consulta, permettendo altresì di evidenziare alcuni errori "strategici" che la stessa ha commesso nella sua ordinanza.

Infine, nelle conclusioni si cercheranno di sviluppare alcune considerazioni prospettiche. In particolare, ci si soffermerà sul rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale nel caso *Taricco*<sup>9</sup>. Alla luce dell'analisi compiuta sugli altri casi, si tenterà di prevedere la risposta della Corte lussemburghese e altresì di ipotizzare quali "margini di manovra" residuino alla Consulta, dopo avere pronunciato un'ordinanza decisamente "assertiva"<sup>10</sup>.

## 2. I casi italiani

Tra quelle considerate, la prima Corte in ordine temporale a sollevare una questione di fronte alla Corte di giustizia, è stata quella italiana con l'ordinanza n. 103/2008.

L'assoluta peculiarità di questo provvedimento, oltre ovviamente ad aver per la prima volta riconosciuto la competenza della Corte a sollevare una questione pregiudiziale<sup>11</sup>, è senz'altro la ricostruzione del quadro normativo: l'esposizione della normativa rilevante occupa otto pagine su un totale di quattordici<sup>12</sup>. Al di là dei segnalati profili di interesse, l'ordinanza in parola

---

<sup>9</sup> C-105/14, *Taricco e altri*.

<sup>10</sup> Si veda in questo senso: TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, su *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 1, (<http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/06/tega.pdf>) ultima visita 15 lug. 2017).

<sup>11</sup> Per un commento all'ordinanza si veda: BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, in *Le Regioni*, 2008, 808 ss.

<sup>12</sup> Forse preoccupata da un'eventuale ignoranza della Corte lussemburghese della normativa italiana in materia, la Consulta si preoccupa di riportare integralmente il testo degli artt. 11 e 117 comma 1 Cost.; dell'art. 8 dello Statuto della regione Sardegna; dell'art. 4 della

non presenta ulteriori spunti utili al nostro scopo, atteso che era stato il Governo - nell'ambito di un giudizio in via principale - a chiedere di sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per valutare la compatibilità della legge regionale con le norme europee<sup>13</sup> e che tanto l'Avvocato generale quanto la Corte rispondono in senso conforme ai "desiderata" del Governo Italiano<sup>14</sup>. La Corte costituzionale, con la sent. 216/2010 ha accolto l'interpretazione della Corte di giustizia dichiarando l'illegittimità costituzionale della normativa regionale senza nemmeno motivare la propria decisione, ma limitandosi a riportare il testo delle risposte della Corte di Giustizia<sup>15</sup>.

Per il secondo rinvio da parte della Consulta, si sono dovuti attendere cinque anni, quando con l'ordinanza 207/2013 veniva chiesto alla Corte di giustizia «*se la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE debba essere interpretata nel senso che osta all'applicazione dell'art. 4, commi 1, ultima proposizione, e 11, della legge 3 maggio 1999, n. 124 (Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico) i quali, dopo avere disciplinato il conferimento di supplenze annuali su posti «che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre» dispongono che si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali «in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo» disposizione la quale consente che si faccia ricorso a contratti a tempo determinato senza indicare tempi certi per l'espletamento dei concorsi e in una condizione che non prevede il diritto al risarcimento del danno*»<sup>16</sup>. Questo provvedimento si segnala per essere il primo con il quale la Corte ha

---

1. reg. 3/2006; di 12 articoli del Codice della navigazione; di 2 articoli del d.P.R. 600/1973 e di 3 articoli del Codice della nautica da diporto. Inoltre, nel provvedimento viene riprodotto il testo di alcuni articoli di diversi Regolamenti europei.

<sup>13</sup> Tra l'altro, trattandosi di norme che istituivano un regime tributario agevolato per le imprese aventi domicilio fiscale in Sardegna, ed essendo quest'ultima una regione a statuto speciale, si potrebbe ritenere che la normativa europea, nel caso di specie, rappresentava l'unico mezzo per fare valere l'illegittimità costituzionale della legge regionale.

<sup>14</sup> Il testo delle Conclusioni dell'Avvocato generale e la sentenza della Corte possono essere consultati al seguente indirizzo:

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=PREJ%252C&nat=or&oq=IT%252C&dates=&lg=&language=it&jur=C&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&td=%3B ALL&pcs=Oor&avg=&page=1&mat=or&parties=Presidente%2Bdel%2BConsiglio%2Bdei%2BMinistri&jge=&for=&cid=948217> (ultima visita 15 luglio 2017).

<sup>15</sup> Cfr. Corte cost., sent. 216/2010, *Considerato in diritto*, par. 3

<sup>16</sup> Corte cost., ord. 207/2013, *Dispositivo*.

ricosciuto la propria facoltà di proporre una domanda pregiudiziale anche nell'ambito di un giudizio di via incidentale<sup>17</sup>. In questo caso però, la norma della cui compatibilità con il diritto europeo si dubitava era una legge e l'Avvocatura dello stato si era costituita in giudizio insistendo per il rigetto della domanda dei rimettenti.

La Corte, nel disporre il rinvio pregiudiziale, si preoccupa qui di indicare alla Corte di giustizia non tanto la normativa rilevante, quanto piuttosto le circostanze che dovrebbero indurre a ritenere che la normativa sia giustificata da «ragioni obiettive» ai sensi della norma europea e segnatamente: «mutamenti continui della popolazione scolastica; attribuzione delle cattedre, in larga percentuale ad insegnanti donne, specie per i cicli di formazione primaria, che esigono forme di tutela quanto ai congedi di maternità; fenomeni di immigrazione [...]; flussi migratori interni da regione a regione; scelta di indirizzi scolastici da parte delle famiglie; trasferimenti di personale docente di ruolo; presenza di sedi disagiate e assegnazioni provvisorie».

È significativo notare, e lo si vedrà meglio in seguito, che la Corte non insista sulla circostanza che la stabilizzazione dei docenti assunti con contratto a tempo determinato potrebbe causare un *vulnus* all'art. 97 Cost., secondo il quale al pubblico impiego si accede mediante concorso.

Delle conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar sorprende l'interpretazione della domanda rivolta dalla Consulta<sup>18</sup>. In apertura è dato leggere: «Una normativa nazionale che consenta la stipulazione di contratti di lavoro a tempo determinato con docenti e personale amministrativo, tecnico ed ausiliario, che svolgono supplenze nel settore della scuola pubblica, vale a dire per diversi anni, e senza che sia stato fissato un termine preciso per l'espletamento di concorsi di assunzione prevede misure sufficienti a sanzionare il ricorso abusivo a tali contratti ai sensi della clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato»<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Per un commento al provvedimento si rimanda a: REPETTO, *La Corte costituzionale effettua il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE anche in sede di giudizio incidentale: non c'è mai fine ai nuovi inizi*, su *Diritti Comparati* (<http://www.diritticomparati.it/la-corte-costituzionale-effettua-il-rinvio-pregiudiziale-alla-corte-di-giustizia-ue-anche-in-sede-di/>) (ultima visita 15 luglio 2017).

<sup>18</sup> In realtà, come noto, con la sentenza *Mascolo* (C-22/13; C-61/13; C-62/13; C-418/13) insieme alla domanda della Corte costituzionale, la Corte di giustizia ha risposto anche a tre domande sollevate con tre diverse ordinanze dal Tribunale di Napoli.

<sup>19</sup> *Conclusioni dell'avvocato generale Szpunar del 17 luglio 2014*, par. 1. Il testo delle Conclusioni è consultabile al link:

Evidentemente la risposta è già contenuta nella domanda, ma è palese come una simile trasposizione non sia fedele rispetto al *petitum* della Corte. La seconda questione presentata dalla Corte costituzionale era infatti se «costituiscano ragioni obiettive ai sensi della clausola 5, punto 1, della direttiva 28 giugno 1999 n. 1999/70/CE, le esigenze di organizzazione del sistema scolastico italiano come sopra delineato, tali da rendere compatibile con il diritto dell'unione una normativa come quella italiana che per l'assunzione del personale scolastico a tempo determinato non prevede il diritto al risarcimento del danno».

Di fatto, sebbene la Corte costituzionale ponga due questioni distinte, l'Avvocato generale non sembra avere prestato troppa attenzione a questa distinzione. Ciò che la Corte costituzionale domanda con la prima questione è, in buona sostanza, se in assenza di date certe per l'espletamento dei concorsi una disciplina che non preveda limiti al numero di contratti a tempo determinato, né il diritto al risarcimento del danno per il lavoratore sia compatibile con il diritto comunitario. Con la seconda questione, invece, la Corte chiede, indipendentemente dalla disciplina generale, se il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato nel settore scolastico debba essere sempre sanzionato con un risarcimento pecuniario a favore del lavoratore anche in presenza di esigenze organizzative e di bilancio.

Si ha ragione di ritenere, alla luce soprattutto della sent. 187/2016 – ossia la sentenza emessa dalla Consulta ad esito della decisione in *Mascolo*<sup>20</sup> – che i giudici costituzionali si aspettassero una risposta affermativa alla prima questione, ma che quanto alla seconda questione ritenessero di aver sufficientemente motivato le ragioni in base alle quali la Corte di giustizia potesse dichiarare la compatibilità della disciplina. L'Avvocato generale, ad ogni modo, appare ignorare completamente questo secondo profilo dell'ordinanza di rimessione.

Nella sentenza della Corte, al contrario, al par. 118 si dà una risposta molto netta sul punto, dichiarando che seppure sia da riconoscere un margine di discrezionalità allo Stato nell'attuazione degli obiettivi fissati dall'accordo-quadro, questo non può spingersi fino al punto di esimere lo Stato dall'obbligo di «prevedere una misura adeguata per sanzionare debitamente il ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato». Invero, a fronte di una sentenza ampiamente motivata,

---

<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62013CC0022&lang1=it&type=TXT&ancre=>  
(ultima visita 15 lug. 2017).

<sup>20</sup> C-22/13, *Raffaella Mascolo e altri contro Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e Comune di Napoli*.



il passaggio dedicato a questa seconda domanda appare eccessivamente stringato. Oltre a non chiarire, infatti, come debbano essere interpretati concetti come “sufficiente effettività” e “dissuasività”, la Corte lussemburghese omette altresì di dare una qualsivoglia spiegazione in ordine all’ampiezza di tale margine di discrezionalità e, ciò che è più grave, non risponde in modo diretto ed esplicito alla questione. L’impressione che si ricava da un’attenta lettura della sentenza è che i giudici europei si siano preoccupati più di dare un’interpretazione valida *erga omnes* della clausola 5 dell’accordo quadro che di dare al giudice del rinvio una soluzione da applicare al caso concreto.

La vicenda, in seguito a un rinvio d’udienza disposto dalla Corte costituzionale, si è conclusa con la sentenza 187 del 15 giugno 2016.

La Corte costituzionale sembra accettare pienamente la statuizione sulla sua prima questione dichiarando consequenzialmente l’illegittimità costituzionale dell’art. 4, commi 1 e 11, della legge n. 124/1999 nella parte in cui autorizza, in mancanza di limiti effettivi alla durata massima totale dei rapporti di lavoro successivi, il rinnovo potenzialmente illimitato di contratti di lavoro a tempo determinato. Tuttavia, quanto alla seconda questione, la Corte ritiene di non aver ricevuto alcuna risposta dal giudicante europeo, dichiarandolo apertamente: «La sentenza dunque, anche se ritiene di precisare alcune delle misure che possono essere adottate [...] non ne esclude altre purché rispondenti ai requisiti ricordati. In tal modo, tuttavia, essa non dà risposta alla questione della necessità o meno del diritto al risarcimento»<sup>21</sup>. Dunque, nel pronunciarsi sull’assenza di misure sanzionatorie del ricorso abusivo a contratti a tempo determinato la Corte costituzionale si ritiene svincolata dalle indicazioni del giudice comunitario, fatto salvo quanto ai caratteri della sanzione (proporzionalità, effettività, dissuasività). In assenza dell’intervento del Legislatore la soluzione sarebbe stata di difficile soluzione. La Corte, infatti, priva di linee guida precise da parte dei giudici lussemburghesi, difficilmente avrebbe potuto dare piena esecuzione al *dictum* di *Mascolo*, in quanto, come rilevato dall’Avvocatura dello Stato nonché dalla stessa Corte di giustizia, si davano una pluralità di soluzioni per sanzionare l’abuso di contratti a tempo determinato e comunque il riconoscimento di un diritto al risarcimento avrebbe sollevato una problematica alla luce dell’art. 81 Cost.. Questa è dunque la ragione per la quale la Corte costituzionale ha rinviato la trattazione della causa, inizialmente prevista per il 23 maggio 2015: l’entrata in vigore della l.

---

<sup>21</sup> Corte cost., sent. 187/2016, *Considerato in diritto*, par. 12.

107/2015 sulla c.d. “buona scuola” ha “tolto d’imbarazzo” la Consulta, evitandole di dichiarare un’illegitimità costituzionale costosa e inopportuna.

Dunque, in ultima analisi, la parte motiva della sentenza 187/2016, dichiarando la compatibilità con i principi europei della nuova disciplina, la quale non prevede, per i docenti assunti in violazione delle norme sui contratti a tempo determinato, il diritto al risarcimento del danno; risulta andare in direzione contraria rispetto a quella indicata data dalla Corte di giustizia, secondo la quale «[s]ebbene, certamente, uno Stato membro possa legittimamente [...] prendere in considerazione esigenze di un settore specifico come quello dell’insegnamento [...] tale facoltà non può essere intesa nel senso di consentirgli di esimersi dall’osservanza dell’obbligo di prevedere una misura adeguata *per sanzionare debitamente* il ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato»<sup>22</sup>. La Corte costituzionale, infatti, nella motivazione ha dichiarato costituzionalmente legittima - e quindi compatibile con il diritto europeo - una normativa che non prevede alcuna misura sanzionatoria - perlomeno per i docenti - arrivando al contrario a definire la previsione di forme di selezione blanda e di graduatorie ad esaurimento, «una scelta più lungimirante» rispetto alla tutela risarcitoria, contraddicendo quindi apertamente la Corte lussemburghese. Come è stato osservato<sup>23</sup>, l’unica soluzione per non incorrere nel paradosso di una sentenza che dichiara di eseguire il giudicato europeo e al contempo ne distorce completamente il significato è quella di non considerare quei paragrafi in cui si vaglia la compatibilità con le norme europee della c.d. legge sulla buona scuola, considerando vincolante solamente il dispositivo di accoglimento.

### 3. Il caso Melloni e il rinvio del *Conseil constitutionnel*

I rinvii pregiudiziali del *Tribunal constitucional* spagnolo e del *Conseil constitutionnel* francese, riguardano invece la medesima tematica e pertanto possono essere trattati congiuntamente.

Il rinvio pregiudiziale del Tribunale Spagnolo nel caso Melloni si segnala, innanzitutto, perché si chiede alla Corte di giustizia se una disposizione di rango costituzionale possa (*rectius* debba) essere interpretata

---

<sup>22</sup> C-22/13, *Mascolo e altri*, par. 118

<sup>23</sup> CALVANO, “Cattivi consigli” sulla “buona scuola”? La Corte esclude il risarcimento del danno per i docenti precari della scuola in violazione della sentenza della Corte di giustizia sul caso *Mascolo*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016, 9-10.

restrittivamente alla luce del diritto europeo<sup>24</sup>. Si deve qui rimarcare come, sebbene tanto la dottrina quanto la giurisprudenza spagnola riconoscano il concetto di “controlimiti”, l’*auto* 86/2011, con il quale il *Tribunal constitucional* ha rimesso la questione alla Corte di giustizia, non fa alcun riferimento, sia pure velato, alla possibilità di una loro attivazione<sup>25</sup>.

Il giudice spagnolo, infatti, si limita a fare notare ai giudici europei che l’esecuzione del mandato d’arresto e la conseguente estradizione del ricorrente, producono come risultato una *deminutio* della tutela dei diritti di quest’ultimo rispetto a quella garantita dalla Costituzione spagnola.

Inoltre, analogamente a quanto farà la Corte costituzionale italiana con l’ordinanza 24/2017, il *Tribunal constitucional* ha posto tre questioni alla Corte di giustizia in via gradata. Con la prima questione si chiede se la decisione quadro 2002/584/CE impedisca ai giudici spagnoli di rifiutare l’extradizione quando la condanna di cui si chiede l’esecuzione non può essere oggetto di revisione nello Stato richiedente. La Corte non presenta tuttavia particolari argomenti che giustificerebbero una mancata applicazione della normativa europea. Con la seconda domanda, invece, si pone una questione di validità, chiedendo alla Corte di effettuare un *judicial review* della norma europea con gli art. 47, 48 e 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea.

Da ultimo, si domanda se la norma in questione sia compatibile con l’art. 24 della Costituzione spagnola, che conferisce maggiore ampiezza al diritto di difesa nei procedimenti penali.

Come riconosciuto dall’Avvocato Generale Yves Bot la questione, così come sollevata dal *Tribunal constitucional*, costituisce un ottimo esempio «del modo in cui deve essere esaminata la coesistenza dei differenti strumenti a tutela dei diritti fondamentali»<sup>26</sup>.

L’Avvocato generale ammette in primo luogo come la decisione quadro 584/2002 consentisse di rifiutare la richiesta qualora la condanna fosse stata emessa *in absentia* o se l’imputato non fosse stato avvisato personalmente

---

<sup>24</sup> Per ampie considerazioni sul primo rinvio pregiudiziale del Tribunale costituzionale spagnolo si rimanda a: CASTAÑO *La cuestión prejudicial europea y el Tribunal Constitucional : el asunto Melloni*, Barcelona, 2014, 123 ss.

<sup>25</sup> Sul punto si veda: FAGGIANI, *La sentenza del TC sul caso Melloni: esempio del dialogo giudiziario europeo o di un monologo?*, su *Forum dei quaderni costituzionali*, 2015, 1-2; (<http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/03/faggiani.pdf>, ultima visita 15 lug. 2017).

<sup>26</sup> Cfr. C-399/11, *Stefano Melloni contro Ministerio Fiscal*, Conclusioni dell’Avvocato generale Bot del 2 ottobre 2012, par. 2

dell'udienza che ha portato alla decisione; tuttavia la disposizione è stata abrogata dalla decisione quadro 2009/299.

Poi, dopo avere risposto alle questioni sulla ricevibilità della domanda pregiudiziale, passa ad affrontare le tre questioni proposte dal Tribunale spagnolo.

La risposta negativa alla prima domanda si fonda sulla circostanza che, alla luce del mutato quadro normativo europeo, il giudice nazionale è privo di ogni discrezionalità nell'esecuzione di un mandato d'arresto europeo, dovendosi limitare a valutare se l'interessato è stato correttamente informato della pendenza di un processo a suo carico.

Per rispondere alla seconda questione, si fa invece riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU in tema di processo *in absentia*<sup>27</sup>. La risposta data dall'Avvocato è nel senso che l'accordo quadro non solo è in linea con il diritto convenzionale, ma anzi consente di darne piena attuazione in quanto «l'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro permette quindi di rafforzare i diritti processuali delle persone che sono sottoposte a un procedimento penale, allineando il diritto dell'Unione allo standard di protezione definito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sua giurisprudenza, facilitando allo stesso tempo la cooperazione giudiziaria in materia penale»<sup>28</sup>.

Assai controverso è invece il paragrafo 84 delle Conclusioni in cui l'Avvocato afferma che «la circostanza che la decisione quadro 2009/299 sia frutto dell'iniziativa di sette Stati membri e che sia stata adottata dalla totalità dei membri dell'Unione, permette infatti di presumere, con un sufficiente grado di certezza, che la grande maggioranza degli Stati membri non condivide l'opinione sostenuta dal *Tribunal constitucional* nella sua giurisprudenza». Una simile affermazione, oltre a porre inopportuno confronto la volontà politica degli Stati di concludere un accordo - peraltro non limitato al profilo in questione - con l'interpretazione giuridica di una disposizione da parte di un tribunale, non pone il *focus* dove dovrebbe essere, ossia sul fatto che la Costituzione spagnola, così come interpretata

---

<sup>27</sup> Il riferimento è in particolare alla sentenza *Sejdovic c. Italia* del 1 marzo 2006, nel quale la Corte Edu ha affermato la violazione dell'art. 6 CEDU in quanto lo stato italiano non riconosceva la possibilità automatica, per un soggetto mai personalmente notificato della pendenza di un processo penale a suo carico, di impugnare la sentenza una volta venutone a conoscenza. Per un commento al caso si rimanda a: TAMIETTI, *Processo contumaciale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: la Corte di Strasburgo sollecita l'Italia ad adottare riforme legislative*, in *Cassazione Penale*, 2005, 989 ss.

<sup>28</sup> *Conclusioni dell'Avvocato Bot del 2 ottobre 2012*, par. 81.

dal *Tribunal constitucional*, offre una tutela del diritto di difesa più ampia rispetto a quella garantita dalle norme europee.

Anche nel dare parere negativo circa l'accoglimento della terza questione, l'Avvocato pur dimostrando di aver attentamente letto il provvedimento, non si sofferma sul fatto che l'applicazione del principio di primazia del diritto dell'Unione, nel caso di specie, risulti lesivo di un diritto fondamentale sancito dalla Costituzione di uno stato membro.

Più convincente, perlomeno ad avviso di chi scrive, la motivazione fornita dalla Corte. Secondo quest'ultima, con la decisione quadro si è voluto rimediare alle «difficoltà del riconoscimento reciproco delle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al suo processo, che derivano dall'esistenza, negli Stati membri, di differenze nella tutela dei diritti fondamentali»<sup>29</sup> e che dunque la finalità della suddetta decisione altro non sia che l'armonizzazione delle discipline nazionali e l'uniformità nell'applicazione del diritto dell'Unione. Nondimeno, al passaggio successivo la Corte per ancorare la propria pronuncia a precedenti giurisprudenziali appoggia il proprio *dictum* sul principio della primazia del diritto comunitario anche su norme di rango costituzionale<sup>30</sup>. Pertanto si afferma che qualora il diritto dell'Unione sia compatibile con le disposizioni della Carta dei diritti, le norme costituzionali degli Stati membri, anche se offrono una tutela maggiore, non possono trovare applicazione. Tuttavia, la Corte omette di fornire un'interpretazione alternativa rispetto a quella data dal *Tribunal constitucional* dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali. La sentenza della Corte si presenta quindi come una sorta di Giano bifronte: da un lato, adotta un approccio estremamente casistico alla vicenda - omettendo di fornire un'interpretazione valida *erga omnes* dell'art. 53 - e, dall'altro, afferma in maniera assoluta e incondizionata il principio di primazia del diritto europeo. Forse se la Corte avesse fatto proprie le ragioni espresse nel *voto particular* del Giudice Perez Tremps nell'auto 86/2011, l'esito sarebbe stato più accettabile per il giudice spagnolo. Nella sua opinione è infatti dato leggere: «uno Stato dell'Unione europea non può, in linea di principio, imporre agli altri Stati il suo parametro nazionale di protezione dei diritti fondamentali, dovendosi muovere nelle sue relazioni all'interno del parametro comune sostanziale e processuale». Certamente anche questa non può essere considerata una statuizione di natura giuridica

---

<sup>29</sup> (Melloni, C-399/11, 62)

<sup>30</sup> Sono richiamate le pronunce C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contro Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* e C-409/06, *Winner Wetten GmbH contro Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*.

*tout court*, ma appare evidente come argomentazioni insistenti sulla necessità di armonizzazione delle garanzie processuali negli Stati membri dell'Unione, tenendo come standard minimo il livello di tutela garantito dalla Carta dei diritti, siano ben più convincenti rispetto ad argomentazioni incentrate su una mera riaffermazione del primato incondizionato del diritto europeo.

Ad ogni modo, lo si ribadisce, sorprende che la Corte ometta di dare un'interpretazione chiara ed univoca di una disposizione controversa come l'art. 53 della Carta, non assolvendo così a quella che sarebbe la finalità propria dello strumento previsto all'art. 267 TFUE: l'interpretazione del diritto dell'Unione.

Con la sentenza 26/2014 il *Tribunal constitucional* ha dato esecuzione alla sentenza Melloni correggendo la propria giurisprudenza in tema di violazione indiretta.

Tuttavia un lettore che si avvicini alla sentenza senza già conoscerne l'esito, difficilmente avrebbe potuto pronosticarlo con successo. Innanzitutto a testimonianza di quanto il *Tribunal constitucional* abbia mal "digerito" un'affermazione così radicale della primazia del diritto europeo, la pronuncia si apre ricordando la propria *Declaracion* 1/2004 nella quale si afferma che la primazia del diritto europeo ha come presupposto «el respeto de las estructuras constitucionales básicas nacionales entre las que se encuentran los derechos fundamentales» e che dunque, nel «caso difícilmente concebible» che il diritto europeo contrasti con la Costituzione spagnola, il Tribunale potrà giudicare della costituzionalità delle norme europee «a través de los procedimientos constitucionales pertinentes»<sup>31</sup>.

Contrariamente a quanto questa dichiarazione di apertura così dura farebbe presagire, il Tribunale accetta l'interpretazione della Corte di Lussemburgo rigettando il *recurso de amparo* di Melloni.

Nondimeno, la pronuncia da un punto di vista del dialogo tra le due Corti si mostra quanto mai insoddisfacente. Il Tribunale, infatti, disapplica la propria giurisprudenza sulle "violazioni indirette" solamente in quanto le garanzie approntate dall'art. 24.2 Cost., nel caso di specie sono proiettate *ad extra*, ossia in Italia e quindi al di fuori dell'ordinamento nazionale. I Giudici spagnoli lasciano quindi intendere che qualora una simile compressione di una garanzia fondamentale dovesse avere luogo *ad intra*, i controlimiti potrebbero essere azionati. Ma vi è di più. A leggere la motivazione, il Tribunale pare fondare la propria statuizione non sulla base del *dictum* del

---

<sup>31</sup> Sentencia TC 26/2014, (BOE n. 60, 11/03/2014), par. 3.

Giudice di Lussemburgo, quanto sul contenuto attribuito al diritto di difesa dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali, operando quindi una impropria e per questo voluta, equiparazione dei due strumenti. A ben vedere, infatti il ricorso poteva - e doveva - essere rigettato solamente avendo riguardo all'interpretazione data dalla Corte di giustizia all'art. 4-bis della decisione quadro; il fatto che il giudice spagnolo abbia voluto dire di più, sembra quindi determinato non tanto da esigenze processuali quanto piuttosto dalla necessità di rivendicare una propria autonomia rispetto alle statuizioni del giudice dell'Unione europea. Peraltro questa tecnica è la stessa che è stata adoperata, come abbiamo visto, dalla Corte costituzionale italiana con la sent. 187/2016, anche in questo caso - integrando il parametro del giudizio di costituzionalità con la nuova norma, la c.d. legge sulla buona scuola ed effettuando uno scrutinio di costituzionalità su una norma non impugnata nel giudizio principale - si dichiara che la questione *non si esaurisce in quella oggetto del rinvio pregiudiziale*, quando invece è proprio così.

Peraltro le due vicende - *Mascolo* e *Melloni* - sono accomunate anche dal fatto che le Corti nazionali hanno manifestato alla Corte lussemburghese una chiara preferenza per un determinato esito della controversia, ma che hanno entrambe viste disconosciute le proprie ragioni.

Un primo dato che quindi possiamo ricavare è che le Corti costituzionali mal tollerano una concezione del rinvio pregiudiziale in chiave di rapporto di subordinazione, ma questa non può risultare una sorpresa.

A meno di due mesi di distanza dalla sentenza *Melloni*, il 4 aprile 2013, anche il *Conseil constitutionnel* sottometteva la sua prima questione pregiudiziale alla Corte di giustizia<sup>32</sup>.

La questione posta alla Corte di giustizia era, essenzialmente, se dalla normativa europea discendesse l'impossibilità di proporre ricorso avverso le

---

<sup>32</sup> Décision n° 2013-314P, QPC du 4 avril 2013. Per un commento a questa decisione si veda, nella dottrina italiana: CATALANO, *Il primo rinvio pregiudiziale del Conseil constitutionnel alla Corte di giustizia dell'Unione europea: contesto e ragioni di una decisione non rivoluzionaria*, in *Osservatorio AIC*, 2013; consultabile al link [www.osservatorioaic.it/download/N0DVJFYaVSo4\\_3tEBS.../nota-catalano-bis.pdf](http://www.osservatorioaic.it/download/N0DVJFYaVSo4_3tEBS.../nota-catalano-bis.pdf) (ultima visita 15 lug. 2017). Nella dottrina francese invece: MILLET, *How much lenience for how much cooperation? On the first preliminary reference of the French Constitutional Council to the Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, vol. 51, n. 1/2014, 195 ss.; BONNET, *Le paradoxe apparent d'une question prioritaire de constitutionnalité instrument de l'avènement des rapports de systèmes... Le Conseil constitutionnel et le mandat d'arrêt européen : à propos de la décision n°2013-314P QPC du 4 avril 2013, de l'arrêt préjudiciel C-168/13 PPU de la CJUE du 30 mai 2013 et de la décision n° 2013-314 QPC du 14 juin 2013*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n. 5, 2013, 1229 ss.

decisioni in tema di mandato d'arresto europeo, in quanto quest'ultime devono essere adottate entro 30 giorni.

Già la *Cour de cassation* aveva manifestato dubbi sul fatto che l'inoppugnabilità delle decisioni del giudice dell'istruzione trovasse copertura nell'art. 88-2 della Costituzione il quale stabilisce che «[l]a loi fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris par les institutions de l'Union européenne» e il *Conseil constitutionnel*, per una volta in linea con i giudici di legittimità<sup>33</sup>, decide di rinviare la questione alla Corte di giustizia perché chiarisca il significato degli artt. 27 par. 4 e 29 par. 3 della decisione quadro 2002/584 e in particolare se dette norme impediscano la previsione nell'ordinamento nazionale di «un recours suspendant l'exécution de la décision de l'autorité judiciaire qui statue, dans un délai de trente jours à compter de la réception de la demande»<sup>34</sup>.

Vale la pena sottolineare come, stante la formulazione dell'art. 23 della legge organica di attuazione dell'art. 61-1 - che ha introdotto la questione prioritaria di costituzionalità - il *Conseil constitutionnel* si debba pronunciare entro 3 mesi dal ricevimento del ricorso, pertanto lo stesso chiedeva alla Corte di giustizia di attivare il procedimento di urgenza ai sensi dell'art. 23-bis dello Statuto della Corte di giustizia<sup>35</sup>.

La Corte di giustizia accoglieva la richiesta e pertanto emetteva la sua sentenza senza che venissero rassegnate le conclusioni da parte dell'Avvocato generale.

L'arresto della Corte riconosce innanzitutto che «la decisione quadro non disciplina esplicitamente»<sup>36</sup> la possibilità di un ricorso sospensivo contro le decisioni per accordare l'assenso all'azione penale, alla condanna o alla detenzione nei confronti di una persona ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà per un reato commesso prima della sua consegna diverso da quello per cui è stata consegnata a seguito di un mandato d'arresto europeo.

---

<sup>33</sup> Solo due anni prima nell'affaire *Melki*, la Cour de Cassation aveva dato vita ad una *guerre des juges*, contestando di fronte alla Corte lussemburghese la compatibilità con l'art. 267 TFUE del meccanismo della *question prioritaire de constitutionnalité*. Per un approfondimento su questa complessa vicenda si rinvia a: GALETTA, *Autonomia procedurale e dialogo costruttivo fra giudici alla luce della sentenza Melki*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011, 228 ss.

<sup>34</sup> Décision n° 2013-314P, Article 1er.

<sup>35</sup> Vi sono dunque fondate ragioni di ritenere che per tutti gli ulteriori eventuali rinvii pregiudiziali da parte del *Conseil constitutionnel* verrà chiesta l'attivazione della procedura d'urgenza.

<sup>36</sup> Cfr. C-168/13 PPU, *Jeremy F. contre Premier ministre*, par. 38.



Subito dopo, però, si precisa che le norme europee non sono ostative rispetto alla previsione di detto ricorso sebbene la discrezionalità degli Stati membri nel regolarlo non sia assoluta. In particolare, qualora sia prevista la possibilità di impugnazione, la decisione definitiva dovrà comunque intervenire nei termini di cui all'art. 17 dell'Accordo quadro. Nella sua successiva decisione il *Conseil constitutionnel* dichiara quindi l'incostituzionalità dell'art. 695-46 del Codice procedura penale limitatamente alle parole «sans recours».

Questa vicenda processuale, continuando a rintracciare delle analogie, si presta ad un'assimilazione con la vicenda *Presidente del Consiglio dei Ministri contro Regione Sardegna*, poiché tra quelle qui analizzate, sono le sole nelle quali le Corti nazionali hanno seguito fedelmente l'interpretazione della Corte di giustizia senza manifestare segnali di insofferenza. Del resto, è sufficiente leggere gli atti di promovimento per rendersi conto che la loro sostanziale "neutralità" era un segnale di apertura a qualunque risposta sarebbe arrivata da Lussemburgo.

#### 4. Il rinvio del BVG sull'OMT

Sebbene fosse il primo rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale tedesca, le reazioni della dottrina dopo averne letto il testo sono state tutt'altro che entusiastiche<sup>37</sup>. In primo luogo si deve osservare che il BVG, analogamente a quanto fatto dalla Corte spagnola con la seconda questione dell'*auto* 86/2011, pone non già una questione interpretativa, bensì una questione di validità. Nella questione, sostanzialmente, si chiede alla Corte di Lussemburgo di valutare la compatibilità del programma OMT - che in estrema sintesi consente alla BCE di effettuare acquisti di obbligazioni in quantità pressoché illimitate nel mercato secondario - con le norme dei trattati.

Ciò che il secondo Senato del BVG chiede alla Corte di giustizia è in sostanza di dichiarare gli atti della BCE *ultra vires*. In altre parole si chiede al giudice europeo di applicare una dottrina di elaborazione tedesca secondo la quale gli atti dell'Unione Europea che eccedono gli scopi del *Zustimmungsgesetz* - l'atto con il quale il Bundestag ha acconsentito alle limitazioni di sovranità imposte dalla partecipazione all'Unione europea - sarebbero privi di efficacia vincolante nell'ordinamento tedesco. Ma è

---

<sup>37</sup> Su tutti si veda: MAYER, *Rebels Without a Cause? A Critical Analysis of the German Constitutional Court's OMT Reference*, in *German Law Journal*, vol. 15, n. 2/2014, 111 ss.

evidente come ciò si traduca, in ultima istanza, in una competenza da parte del Tribunale costituzionale tedesco di sindacare la validità del diritto europeo.

È dunque in questo quadro che si deve leggere il secondo titolo della sentenza nella quale la Corte fornisce la propria interpretazione del diritto europeo. Ciò che colpisce di queste righe è proprio il fatto che il BvG non sembra dubitare circa la corretta interpretazione da dare al diritto europeo, espressioni come «according to these principles, is likely that the Omt decision [...] is not covered by the mandate of the ECB» e «In the view of the BvG the OMT decision exceeds the of general economic policies in the European Union»<sup>38</sup> sono affermazioni talmente suggestive che viene da chiedersi perché il BvG abbia posto la questione se conosceva già la risposta<sup>39</sup>. Peraltro il BvG non si limita ad esprimere con forza eccessiva la propria preferenza per una determinata risposta, ma elabora anche delle condizioni che potrebbero rendere compatibile con il diritto europeo il meccanismo e segnatamente: 1) l'eliminazione di una possibilità del taglio del debito pubblico 2) la previsione di un limite *ex ante* alla quantità di titoli acquistabili 3) l'impossibilità di acquistare titoli quando ciò potrebbe comportare un'alterazione nella normale formazione del prezzo di mercato. Di fatto, come è stato fatto notare, il rispetto di queste condizioni avrebbe completamente mutato la fisionomia dello strumento, rendendolo inutile rispetto allo scopo che l'OMT avrebbe dovuto perseguire.

Nelle sue conclusioni, l'Avvocato generale Villalón tiene una linea "morbida" riconoscendo come valide, almeno parzialmente, le motivazioni del BvG. In particolare in risposta alla prima questione, segnatamente il fatto che l'OMT sarebbe un atto di politica economica in quanto tale esorbitante dalle competenze della BCE<sup>40</sup>, l'Avvocato ritiene che perché l'OMT sia configurabile come uno strumento di politica monetaria è necessario che la BCE si astenga dal prendere parte ai programmi di assistenza finanziaria del MES o del FESF (rispettivamente Meccanismo europeo di stabilità e Fondo europeo di stabilità finanziaria).

---

<sup>38</sup> BVerfG, 2 BvR 2728/1, par. 69. La traduzione inglese è quella fornita dal sito ufficiale del Bundesverfassungsgericht ed è reperibile all'url: [http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2014/01/rs20140114\\_2bvr272813en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2014/01/rs20140114_2bvr272813en.html) (ultima visita 15 lug. 2017).

<sup>39</sup> MAYER, *Rebels Without a Cause?*, cit., 114.

<sup>40</sup> Sulla definizione di politica monetaria in ambito europeo, conviene rinviare ai relativi paragrafi della sentenza della Corte di giustizia: C-62/14, *Gauweiler e altri contro Deutscher Bundestag*, parr. 46-65.

Per quanto riguarda la seconda questione, ossia se l'eventuale attuazione dell'OMT determini una violazione del divieto di cui all'articolo 123, paragrafo 1, TFUE, in forza del quale è vietato l'acquisto diretto di titoli di debito presso gli Stati membri da parte della BCE, l'Avvocato ritiene, giustificando in questo modo le preoccupazioni del giudice tedesco, che la BCE si dovrebbe astenere dall'acquistare titoli prima che sia formato un prezzo di mercato dei titoli di Stato.

Decisamente più netta è la risposta della Corte di giustizia. La sola concessione che viene fatta ai giudici di Karlsruhe è quella di affermare che l'azionamento dell'OMT non potrà risultare in una misura di assistenza finanziaria ad uno Stato membro, pertanto il SEBC (Sistema Europeo Banche Centrali) non potrà procedere ad acquisti dalle «autorità e gli organismi pubblici degli Stati membri» né potrà dare «un annuncio anticipato circa la propria decisione di procedere a simili riacquisti o il volume degli acquisti previsto»<sup>41</sup>.

La risposta del BVG ha rappresentato una parziale sorpresa per i commentatori dell'ordinanza di rinvio<sup>42</sup>. In quanto, pur senza farle mancare critiche - in particolare sulla possibilità che l'OMT si possa concretamente configurare come strumento di politica economica - la sentenza appare rispettosa le statuizioni della Corte di giustizia dichiarando inammissibili i ricorsi<sup>43</sup>.

## 5. Considerazioni conclusive

Un'analisi complessiva di queste vicende processuali consente di evidenziare quelli che appaiono essere i principali ostacoli alla cooperazione tra le Corti costituzionali e la Corte di giustizia: da un lato il principio del primato incondizionato del diritto europeo, dall'altro il fatto che le Corti

---

<sup>41</sup> C-62/14, *Gauweiler e altri contro Deutscher Bundestag*, par. 104-106

<sup>42</sup> KUMM, *Rebel Without a Good Cause: Karlsruhe's Misguided Attempt to Draw the CJEU into a Game of "Chicken" and What the CJEU Might do About It*, in *German Law Journal*, vol. 15, n. 2/2014, 203.

<sup>43</sup> Per un breve commento alla sentenza si veda: DE PETRIS, *Un compromesso responsabile: la risposta del Tribunale Costituzionale Federale tedesco alla sentenza della Corte di Giustizia sul rinvio pregiudiziale di Karlsruhe*, in *Federalismi*, n.13/2016; consultabile all'url:

<http://federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=32124&dpath=document&dfile=29062016153207.pdf&content=La+risposta+del+Tribunale+Costituzionale+tedesco+alla+sentenza+CGUE+sul+rinvio+pregiudiziale++stato++dottrina++> (ultima visita 15 lug. 2017).

costituzionali nei rapporti con la Corte di giustizia spesso assumono una posizione sovranista rispetto alle prerogative statali.

A tale riguardo devono essere nondimeno fatte alcune precisazioni.

Quando la *primauté* del diritto dell'Unione viene messa in discussione dai giudici costituzionali perché potenzialmente lesiva degli interessi finanziari dello stato, essa non trova un reale contrappeso nelle Costituzioni statali - a meno di non volere ricorrere ad ingegnosi artifici come quello del BVG - e dunque la resistenza al diritto europeo appare piuttosto determinata da anacronistiche ragioni di difesa della sovranità statale. Questo è appunto il caso del rinvio pregiudiziale nel caso *Mascolo*, dove peraltro la Corte omette persino di indicare ragioni di tono costituzionale che osterebbero ad una applicazione del diritto europeo, ma soprattutto del rinvio pregiudiziale del BVG.

Al contrario quando si afferma in maniera incondizionata la supremazia del diritto europeo sulle Costituzioni nazionali, anche quando queste prevedono una più ampia tutela dei diritti in questione, la ribellione delle Corti nazionali potrebbe essere ricondotta al concetto di disobbedienza funzionale<sup>44</sup> e quindi tesa ad un ripensamento giurisprudenziale da parte dei giudici lussemburghesi. Tuttavia, anche questa seconda ipotesi, alla quale sembrano potersi ricondurre l'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale italiana e l'*auto* 86/2011 del *Tribunal constitucional* spagnolo non sono esenti da censure. Appare tutto sommato poco convincente la posizione del *Tribunal constitucional*, al quale nemmeno gli stessi giudici spagnoli sembrano credere, che l'estradizione di Mascolo avrebbe comportato una lesione del suo inviolabile diritto di difesa. Ma se dunque tale diritto fondamentale era stato garantito nelle sue linee fondamentali, a che scopo ricordare la possibilità dell'azionamento di controlimiti?

Più complesso è il caso Taricco. Con l'ordinanza 24/2017 il Giudice delle leggi ha per la prima volta paventato l'attivazione dei controlimiti con riguardo a una norma del diritto europeo, nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia<sup>45</sup>. La vicenda per la sua notorietà, può essere ripercorsa

---

<sup>44</sup> MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e disobbedienza funzionale. Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni (CEDU e Convenzione americana sui diritti umani)*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3/2015, 303 e ss.

<sup>45</sup> Tra i numerosissimi commenti al provvedimento si segnalano qui: TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, cit.; REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, su *Diritti Comparati*, 2017, <http://www.diritticomparati.it/una-raagionevole-apologia-della-supremacy-in-margine-allordinanza-della-corte-costituzionale-sul-caso/> (ultima visita 15 lug. 2017); MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"* (note

solamente nei tratti essenziali. Nel 2013 il GIP presso il Tribunale di Cuneo sollevava questione pregiudiziale alla CGUE chiedendo in sostanza se la mancata sospensione della prescrizione in corso di processo, e il prolungamento massimo di un quarto del termine prescrizione a seguito di atto interruttivo, costituisca una violazione del diritto europeo qualora ciò pregiudichi gli interessi finanziari dell'Unione. Dalla lettura dell'ordinanza del giudice piemontese emergeva chiaramente come quest'ultimo chiedesse alla Corte di dichiarare l'incompatibilità della norma con il diritto europeo<sup>46</sup>.

La prospettiva assunta dalla Corte costituzionale è invece diametralmente opposta.

Il disaccordo, come a tutti noto, deriva dalla diversa qualificazione data dell'istituto della prescrizione dal giudice di Lussemburgo e da quello italiano: per il primo è istituto di diritto processuale per il secondo, al contrario, è istituto di diritto penale sostanziale, di talché un sua modifica retroattiva, con conseguenze sfavorevoli per l'imputato si tradurrebbe in una violazione del principio di legalità. Di questa ordinanza si è ampiamente discusso nelle sedi più diverse<sup>47</sup>, ci limitiamo dunque a individuare i profili più strettamente correlati al nostro scopo.

In primo luogo un'annotazione formale: in linea con le raccomandazioni della Corte di giustizia<sup>48</sup> e contrariamente alla propria prassi, la Corte ha numerato i paragrafi della propria ordinanza.

Sul piano sostanziale, si deve invece fare notare come, differentemente dalle sue precedenti ordinanze di rinvio, i giudici costituzionali sembrano suggerire una risposta alla Corte di Lussemburgo, prendendo nettamente posizione addirittura arrivando a fornire l'interpretazione da dare alla sentenza *Taricco*: «Il convincimento di questa Corte, del quale si chiede conferma alla Corte di giustizia, è che con tali asserzioni si sia inteso affermare che la regola tratta dall'art. 325 TFUE è applicabile solo se è compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro, e che spetta all'autorità di questo Stato farsi carico di questa valutazione»<sup>49</sup>.

*minime all'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del*, su Diritto penale contemporaneo, 2017, [http://www.penalecontemporaneo.it/upload/MANES\\_2017a.pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/MANES_2017a.pdf) (ultima visita 15 lug. 2017).

<sup>46</sup> Non sono mancati gli autori che hanno criticato l'eccessiva politicizzazione del provvedimento. Cfr. CALVANO, *Una questione pregiudiziale al quadrato...o forse al cubo: sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 11, n. 1/2017, 303.

<sup>47</sup> Si vedano, a titolo meramente esemplificativo, i lavori di:

<sup>48</sup> 2016/C439/01, *Recommendations to national courts and tribunals, in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings*, 8.

<sup>49</sup> Corte cost. ord. 24/2017, *Considerato in diritto*, par. 7.

Da ultimo, una precisazione sulle domande contenute nel dispositivo. Con riferimento alle precedenti due ordinanze, esse appaiono assai più dettagliate e disposte secondo una *climax* ascendente in modo che una risposta negativa alla prima domanda impone comunque di rispondere alla seconda e così anche per la terza<sup>50</sup>. La Corte costituzionale vuole infatti evitare quanto accaduto in *Mascolo*, con la Corte lussemburghese che ha in parte non risposto alla sua seconda domanda e ha dichiarato assorbite le altre poste dal Tribunale di Napoli.

In ultima analisi, sebbene la Corte italiana abbia lanciato negli ultimi anni segnali di apertura alla Corte di Giustizia, larga parte delle possibilità una futura cooperazione sembrano dipendere dall'esito del rinvio pregiudiziale sul caso *Taricco*. A prima vista, l'instaurazione di un dialogo sembrerebbe pregiudicata dal fatto che la Corte abbia preventivamente qualificato il principio dell'irretroattività delle norme in materia di non procedibilità per decorso del tempo come un principio supremo precludendosi quindi qualsiasi dialogo con la Corte di giustizia.

Peraltro, stante la recente approvazione della riforma del processo penale<sup>51</sup>, che ha riformato la disciplina della prescrizione, sospendendone il decorso in appello e in Cassazione, la Corte di Lussemburgo avrebbe avuto la possibilità di assecondare parzialmente le ragioni della Corte italiana, senza per questo vedere pregiudicata la primazia del diritto UE né i sottostanti interessi finanziari dell'Unione.

In attesa della sentenza della Corte di giustizia, è possibile solamente illustrare quali risposte i giudici di Lussemburgo potrebbero dare alla Corte italiana.

Ad avviso di chi scrive, ciò che la Corte di giustizia non farà è dichiarare inammissibile la questione opponendo alla Corte italiana la teoria dell'*acte clair*. Anche nella sentenza *Gauweiler*, infatti, nonostante ci fossero buone ragioni per farlo, e 8 governi europei, il Parlamento e la Commissione insistessero in questo senso, la Corte non ha dichiarato irricevibile la questione proposta dal giudice costituzionale tedesco. Non avendo mostrato timore di confrontarsi con il più autorevole giudice dell'Unione difficilmente esiterà a rispondere alla Corte italiana<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Si veda *supra*, par. 2.

<sup>51</sup> L. 23 giugno 2017, n. 103. Tra le numerose modifiche apportate al Codice penale, la novella ha anche introdotto una sospensione massima del decorso della prescrizione di un anno e 6 mesi in secondo grado e in Cassazione.

<sup>52</sup> Del resto nelle Conclusioni dell'Avvocato generale Bot del 18 luglio 2017 (C-42/17), il problema della ricevibilità delle questioni non viene nemmeno preso in considerazione.

Ciò che la Corte non dovrà fare è invece ribadire pedissequamente quanto affermato in *Taricco* o ancora peggio chiedere l'applicazione dell'art. 325 TFUE sulla base del principio del primato del diritto europeo, il che indurrebbe senz'altro la Corte italiana ad azionare i controlimiti.

Ciò che invece sarebbe auspicabile facesse è precisare quanto statuito in *Taricco*, in particolare sui profili di criticità pure esistenti evidenziati dalla Corte italiana in merito all'insufficiente indeterminatezza del precetto rivolto ai giudici penali italiani.

Le conclusioni dell'Avvocato generale Bot sembrano andare proprio in questa direzione, giacché affermano al contempo la primazia del diritto europeo, pur restringendo notevolmente l'effettiva portata precettiva di *Taricco*, confinandola ai soli reati aventi un collegamento con il territorio di due o più Stati membri e che comportano un danno di importo totale superiore alla soglia di 10 milioni di Euro<sup>53</sup>.

In conclusione, se la Corte di giustizia non vuole abdicare al suo ruolo di giudice dei diritti, dovrà mostrarsi più sensibile alle argomentazioni avanzate dalle Corti costituzionali che insieme a lei sono attrici protagoniste nel sistema europeo di tutela multilivello dei diritti fondamentali. In particolare, la Corte dovrà astenersi dall'utilizzare come strategia argomentativa il ricorso al principio del primato incondizionato del diritto europeo. Questo principio, sebbene troppo spesso venga messo in discussione, costituisce il presupposto logico e giuridico dell'art. 267 TFUE e non può quindi essere chiamato a sopperire ad eventuali carenze dell'impianto motivazionale.

Dal canto loro, le Corti costituzionali dovranno abbandonare un atteggiamento di eccessiva gelosia delle proprie prerogative che Joseph Weiler ha efficacemente definito come *judicial ego*.

In ultima analisi, perché ciò avvenga è necessario che tanto la Corte di Lussemburgo quanto le corti costituzionali abbandonino una concezione del rinvio pregiudiziale come strumento di difesa della supremazia del diritto europeo e ne riconoscano invece l'imprescindibilità in uno spazio costituzionale pluralistico come quello dell'Unione Europea.

---

<sup>53</sup> Cfr., C-42/17, *Conclusioni dell'Avvocato generale Bot*, 18 lug. 2017, par. 117.

## **LA SENTENZA TELE2 SVERIGE: VERSO UNA DIGITAL RULE OF LAW EUROPEA?**

**Elisa Spiller**

*Dottoranda in diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Padova*

*Nel dicembre 2016 la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è pronunciata sul ricorso Tele2 Sverige, l'ultimo atto di lunga querelle in tema di data retention. Tale decisione ha chiarito la portata della precedente sentenza Digital Rights Ireland all'interno degli ordinamenti nazionali, circoscrivendo il ricorso alla conservazione dei dati di traffico quale misura di contrasto al terrorismo ed altri gravi reati. Ricostruendo gli argomenti proposti dalla giurisprudenza, si andranno ad analizzare i profili inerenti le garanzie dello Stato di diritto. La Corte, infatti, valorizzando la tutela della privacy e la protezione dei dati personali ha individuato le condizioni necessarie all'utilizzo delle informazioni elettroniche nell'ambito dell'attività d'indagine, limitando così le interferenze pubbliche nella sfera privata. Una ricognizione di questo paradigmatico percorso contribuirà dunque ad evidenziare i passaggi ermeneutici che hanno permesso di integrare questi mezzi nell'alveo di una digital rule of law: dei passi fondamentali per promuovere, anche in tempi così incerti, i valori dello Stato democratico.*

*In December 2016, the Court of Justice of European Union decided the case Tele2 Sverige. This is last act of a long-standing dispute on the retention of data generated or processed by providers of electronic communication services: a set of measures part of the broader international strategy to contrast terrorism and other serious crimes. This essay offers a brief overview on the UE case-law concerning this theme, analyzing the profile of the Rule of Law. The CJEU indeed in Digital Rights Ireland opted for a human rights-oriented approach, direct to ensure a high level of protection of privacy, especially with regard to the processing of personal data (Articles 7 and 8 of the Charter). In so doing, the Court provided specific requirements to regulate the storing of metadata and the access by public authorities to this information, limiting the interference of public powers in the private sphere. This study aims to a systematic view of this prominent legal reasoning. The value of these decisions is that they have extended this Digital Rule of Law including these measures in the European constitutional framework: these points represent a significant achievement to preserve the very core of a democratic system.*

### **Sommario:**

1. Introduzione
2. Rule of law e data retention. L'esigenza di normalizzare l'eccezione
3. La Direttiva 2006/24: una visione comune oltre i meri costi economici
4. Precise condizioni sostanziali e procedurali...
5. ...solo per interventi circoscritti e mirati
6. Conclusioni



## 1. Introduzione

Negli ultimi anni, davanti ad un mondo sempre più *digital*, la Corte di Giustizia dell'Unione europea non ha perso occasione per confermare il suo ruolo di *human rights adjudicator*<sup>1</sup>. Con la sua giurisprudenza<sup>2</sup>, infatti, sta contribuendo alla fioritura di una vera e propria tradizione costituzionale sui diritti in rete<sup>3</sup>, in particolare per quanto riguarda l'elaborazione di un nuovo *digital right to privacy*<sup>4</sup>. Tale riflessione, tuttavia, ha messo in luce la complementare esigenza di individuare le condizioni e i limiti per l'utilizzo di queste nuove informazioni. In un processo di c.d. *datizzazione*, infatti, la loro disponibilità richiede di essere regolamentata, non solo nei confronti dei privati ma anche delle autorità pubbliche, integrando dunque di nuovi profili le garanzie dello Stato di diritto.

Il presente scritto, riprendendo l'ormai paradigmatica *querelle* sulla *data retention*, propone una ricostruzione del percorso svolto fino alla recente sentenza *Tele2 Sverige*<sup>5</sup>, evidenziando come un approccio *fundamental rights oriented*<sup>6</sup> abbia contribuito alla parallela elaborazione di una *digital rule of law*. Il tema di fondo, invero, intercetta questioni di immediata attualità. In «*tempo di*

---

<sup>1</sup> CARTABIA, *I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2015, par. 2; DE BÚRCA, *After The EU Charter of Fundamental Rights: The Court Of Justice As A Human Rights Adjudicator?*, in *Masst. J. Eur. & Comp. L.*, 2013.

<sup>2</sup> Ci si rifà soprattutto alla sent. 13 maggio 2014, *Google Spain SL e Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, Mario Costeja González, C-131/12 (diritto all'oblio); alla sent. 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland e a./Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a.*, cause riunite C-293/12 e C-594/12 e alla successiva sent. 6 ottobre 2015 *Schrems/Data Protection Commissioner*, C-362/14 (*e-privacy* nell'ambito delle misure sulla *data retention*).

<sup>3</sup> POLLICINO, *Diritto all'oblio e conservazione dei dati. La Corte di Giustizia a piedi uniti: verso un digital right to privacy*, in *Giur. cost.*, 2014, 2949; BRONZINI, *La Carta dei diritti dell'Unione europea come strumento di rafforzamento e protezione dello Stato di diritto*, in *Pol. dir.*, 2016, 20.

<sup>4</sup> POLLICINO, *Interpretazione o manipolazione? La Corte di giustizia definisce un nuovo diritto alla privacy digitale*, in *federalismi.it*, 2014; ID., *I nuovi scenari della tutela della privacy nell'era della digitalizzazione alla luce delle recenti pronunce sul diritto all'oblio*, in *federalismi.it*, 2015; BIFULCO, *La sentenza Schrems e la costruzione del diritto europeo della privacy*, in *Giur. cost.*, 2016, 289ss; PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, Torino, 2016.

<sup>5</sup> Sent. 21 dicembre 2016, *Tele2 Sverige / Post och telestyrelsen e Secretary of State for the Home Department / Watson e al.*, cause riunite C-203/15 e C-698/15.

<sup>6</sup> TIBERI, *Il caso Tele2 Sverige/Watson: un'iconica sentenza della Corte di Giustizia nella saga sulla data retention*, in *Quad. cost.*, 2017, 436.

*ordinario terrorismo*»<sup>7</sup> il rapporto tra regola ed eccezione tende a confondersi, e così misure investigative inizialmente straordinarie, assumendo i tratti della normalità, richiedono una più attenta ponderazione<sup>8</sup>. Questa parabola ha interessato, tra le altre, anche la disciplina sulla conservazione dei metadati per attività di contrasto alla criminalità organizzata, rispetto alle quali è stato fondamentale ridefinire i rapporti tra *privacy* e sicurezza, alla ricerca di un diverso punto di equilibrio. In questo contesto, in cui l'utilizzo delle tecnologie si presta ad essere esaltato per le sue inedite potenzialità, diventa necessario infatti reinterpretare e *tradurre*<sup>9</sup> le garanzie costituzionali, attualizzandone la portata a fronte di queste nuove dinamiche.

Ripercorrendo dunque l'evoluzione dell'esperienza europea dall'approvazione della Direttiva 2006/24<sup>10</sup> fino al caso *Tele2*, si andranno ad individuare i passaggi più significativi, evidenziando come la Corte con i suoi interventi abbia contribuito a "normalizzare" l'utilizzo di queste misure attraverso garanzie e limiti compatibili con l'ordinamento democratico.

## **2. Rule of law e data retention. L'esigenza di normalizzare l'eccezione**

La Direttiva 2006/24 «riguardo la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica per il contrasto alla criminalità organizzata» è probabilmente una delle iniziative comunitarie più controverse nella storia dell'Unione. Ad uno sguardo più ampio, tuttavia, il tema della *data retention* ha cominciato a porre importanti interrogati ben prima dell'adozione di tale normativa, già nella prima attuazione delle strategie internazionali per la lotta al terrorismo.

All'indomani dell'11 settembre, su entrambe le sponde dell'Atlantico sono stati approvati provvedimenti straordinari per contenere questo tipo di

---

<sup>7</sup> Come acutamente definito in DE MINICO, *Le libertà fondamentali in tempo di ordinario terrorismo*, in *federalismi.it*, 2015, 3.

<sup>8</sup> BARTOLI, *Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale*, in *Dir. pubbl.*, 2010.

<sup>9</sup> LESSIG, *Reading the Constitution in the Cyberspace*, in *Emory Law Review*, 45/3, 1996; SAJÒ - RYAN, *Judicial Reasoning and New Technology*, in POLLICINO - ROMEO (a cura di), *The Internet and Constitutional Law: The protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe*, Londra - New York, 2016.

<sup>10</sup> Dir. 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la dir. 2002/58/CE.

minacce e salvaguardare la sicurezza pubblica<sup>11</sup>. La caratteristica comune a questi interventi è stata principalmente la loro eccezionalità. Derogando alla normali garanzie costituzionali<sup>12</sup>, queste politiche sono state ammesse, infatti, solo per un periodo transitorio, auspicandone il contenimento non appena le condizioni lo avessero consentito. Il susseguirsi degli eventi, tuttavia, racconta una storia ben diversa, in cui il livello di allarme negli anni non ha accennato a diminuire (anzi!)<sup>13</sup>. Con il passare del tempo, si è così avvertita l'esigenza di riconsiderare le premesse e la funzione degli strumenti adottati, onde evitare che le contingenze potessero diventare l'occasione di una prolungata costrizione dello Stato di diritto<sup>14</sup>.

La legittimità di simili misure – ora come allora – continua dunque ad essere un argomento sensibile e controverso. Nonostante il capitolo “sicurezza” sia stato assimilato ed integrato da diversi ordinamenti costituzionali<sup>15</sup>, il ricorso a mezzi *extra*-ordinari desta ancora serie perplessità. Non è pacifico, infatti, dove collocare il limite ultimo alla loro adozione e, di conseguenza, spesso non è immediato individuare le garanzie minime per un loro buon utilizzo<sup>16</sup>.

In quest'aggiornamento della *rule of law*, la ricerca di un nuovo punto di equilibrio per l'Unione europea ha rappresentato un importante banco di

---

<sup>11</sup> MURPHY, *EU Counter-Terrorism Law. Pre-Emption and the Rule of Law*, Oxford - Portland, 2012; MITSILEGAS, *The Transformation of Privacy in an Era of Pre-emptive Surveillance*, in *Tilburg L. Rev.*, 2015;

<sup>12</sup> VEDASCHI, *I programmi di sorveglianza di massa nello Stato di diritto. La “data retention” al test di legittimità*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014, 1225. Più specificamente, così come constatato dall'Autrice, di fronte alla comune minaccia, se gli Stati Uniti si avevano dichiarato lo *stato di emergenza*, in Europa le Istituzioni comunitarie – e con esse la maggior parte degli Stati membri – erano ricorse alla diversa ipotesi dell'*eccezione costituzionale*: modelli diversi, e tuttavia con esiti sostanzialmente assimilabili.

<sup>13</sup> Si osserva infatti in DE MINICO, *Le libertà fondamentali in tempo di ordinario terrorismo*, come siano cambiati fondamentalmente i tratti stessi del fenomeno: «quotidianità e sovversività sono quindi i tratti identificativi del terrorismo di oggi, che influenzano in prima battuta il modo di essere del criterio di legittimità, cioè il parametro diretto a orientare il decisore politico, e, per suo tramite, la sua scelta della misura normativa più ragionevole rispetto alla gravità della situazione» (3). In tal senso, dunque, sono mutate le caratteristiche della risposta ordinamentale (*ibidem*, 5-8).

<sup>14</sup> JAKAB, *The rule of law, fundamental rights and the terrorist challenge in Europe and elsewhere*, in *id.*, *European Constitutional Language*, Cambridge, 2016, 124-129, 141-142.

<sup>15</sup> TUORI, *The insecure security constitution*, in *id.*, *European Constitutionalism*, Cambridge, 2015.

<sup>16</sup> JAKAB, *The rule of law, fundamental rights and the terrorist challenge in Europe and elsewhere*, *cit.*, 124-129, 141-142.

prova<sup>17</sup>. Chiamata a ridefinire i rapporti tra controllo pubblico e libertà individuali, la Corte di giustizia si è infatti contraddistinta per un approccio originale<sup>18</sup> – e talora in controtendenza –, contribuendo a riaffermare i valori propri del costituzionalismo europeo, sia nell’attuazione delle strategie internazionali, sia nell’elaborazione di quelle continentali<sup>19</sup>.

La conservazione e l’accesso ai metadati prodotti dalle comunicazioni elettroniche si collocano proprio in questo contesto, in un complesso piano di *data surveillance*<sup>20</sup> deciso a sfruttare le potenzialità delle nuove tecnologie per contrastare il fenomeno terroristico. Nel vecchio continente, tuttavia, l’utilizzo di questi strumenti ha cominciato a sollevare particolari domande solo a distanza di qualche anno, in seguito agli attentati di Madrid (2004) e Londra (2005). Fino a quel momento, gli Stati membri avevano adottato autonomamente delle misure di sorveglianza proprie, differenti tra loro in funzione della diverse sensibilità alla questione. Gli attacchi ad alcune città europee avevano però messo in luce i limiti di un approccio così frammentario, lasciando affiorare l’esigenza di una più chiara agenda comune su questi temi<sup>21</sup>. Tali istanze si sono tradotte in proposte preliminari, volte ad elaborare una specifica disciplina comunitaria. Si intendeva, infatti, risolvere in via sussidiaria i problemi emersi nelle singole esperienze

---

<sup>17</sup> Sent. 30 maggio 2006, *Parlamento europeo/Consiglio dell’Unione Europea (PNR)*, cause riunite C-317/04 e C-318/04; sent. 3 ottobre 2008, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation/Consiglio*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P; sent. 21 settembre 2005, *Yusuf, Al Barakaat International Foundation/Consiglio*, causa T-306/01; sent. 21 settembre 2005, *Kadi/Consiglio e Commissione*, causa T-315/01.

<sup>18</sup> FABBRINI, *Human Rights in the Digital Age: The European Court of Justice in the Data Retention Case and Its Lessons for the Privacy and Surveillance in the United States*, in *Harv. Hum. Rts. J.*, 2015.

<sup>19</sup> Consiglio dell’UE, *Dichiarazione sulla lotta al terrorismo*, doc. 7906/04, 31.03.04. In dottrina, *ex multis*, MITSILEGAS, *Transatlantic counterterrorism cooperation and European values*, cit.

<sup>20</sup> MURPHY, *EU Counter-Terrorism Law. Pre-Emption and the Rule of Law*, cit., 147 ss.

<sup>21</sup> Si veda, *in primis*, dir. 2006/24, *Considerando* n. 10 e, per quanto attiene alle precedenti valutazioni di merito, Consiglio dell’UE, *Dichiarazione sulla lotta al terrorismo*, cit., 5-6; Consiglio dell’UE, *EU Plan of Action on Combating Terrorism*, doc. 10586/04, 15.06.04; Consiglio dell’UE, *Progetto di decisione quadro sulla conservazione dei dati trattati e memorizzati nel quadro della fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche accessibili al pubblico o dei dati sulle reti pubbliche di comunicazione a fini di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento della criminalità e dei reati, compreso il terrorismo*, doc. 8958/04, 20.12.2004. VEDASCHI, *I programmi di sorveglianza di massa nello Stato di diritto. La “data retention” al test di legittimità*, cit., 1228; in particolare, si evidenzia come, in seguito a quei primi attentati europei si assista ad un vero e proprio «*revirement securitario*», passando da una politica volta ad incoraggiare la *data protection* (segnatamente con le dir. 95/46 e 2002/58) alla graduale legittimazione della *data retention* (in quella che sarà per l’appunto la c.d. Direttiva Frattini).

nazionali, in un percorso che avrebbe avuto come primo esito l'adozione della Direttiva 2006/24.

### 3. La Direttiva 2006/24: una visione comune oltre i meri costi economici

Ad onor del vero, un tema come la *data retention*, per la sua portata avrebbe meritato fin dall'inizio un approccio unitario, se non altro perché andava a collocarsi in un settore di storica matrice europea quale la tutela della *privacy*.

Il fatto che in un ambito come questo ogni Stato si fosse determinato in modo del tutto indipendente ha posto essenzialmente tre ordini di problemi. Innanzitutto, sul versante della *sicurezza*, un simile *patchwork* normativo si contrapponeva al rafforzamento della cooperazione giudiziaria ed investigativa in materia penale. La conservazione di dati diversi per periodi diversi, infatti, andava ad incoraggiare un utilizzo "selettivo" dei mezzi, convogliando indirettamente le attività criminali verso i sistemi informativi sottoposti ad una disciplina più mite<sup>22</sup>. In secondo luogo, l'imposizione di obblighi così disomogenei moltiplicava i *costi* in capo ai fornitori di servizi<sup>23</sup>. Questi ultimi, a tali condizioni, dovendo comunque garantire un adeguato livello di protezione dei dati conservati<sup>24</sup>, si trovavano onerati di numerosi adempimenti, specifici per ogni giurisdizione (una situazione che certo non prometteva di incoraggiare lo sviluppo del mercato interno)<sup>25</sup>. Ultimo ma non ultimo, l'archiviazione di una così vasta quantità di informazioni, costituiva una *forte ingerenza nei diritti* alla *privacy* e alla protezione dei dati personali; e ciò ancor prima di un eventuale accesso da

---

<sup>22</sup> Una delle opzioni considerate anche a livello europeo, infatti, prevedeva l'ipotesi di limitare al conservazione ai soli dati già trattati nell'ambito di erogazione dei servizi, senza definire uno *standard* comune. Tuttavia, si era osservato come una simile scelta avrebbe potuto dirottare le attività criminose verso quei servizi meno interessati alla conservazione di tali informazioni, vanificando l'utilità della misura (rif. Consiglio dell'UE, *Progetto di decisione quadro sulla conservazione dei dati trattati e memorizzati nel quadro della fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche accessibili al pubblico o dei dati sulle reti pubbliche di comunicazione a fini di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento della criminalità e dei reati, compreso il terrorismo*, doc. 15098/04, 23.11.2004).

<sup>23</sup> Dir. 2006/24, *Considerando* nn. 5 e 6.

<sup>24</sup> Dir. 2006/24, art. 7.

<sup>25</sup> Un obiettivo che, per quanto documentato al tempo dell'adozione dell'atto, risulta ancora ben lontano da raggiungere, come rappresentano i dati in seguito emersi nella relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Valutazioni dell'applicazione della Direttiva sulla conservazione dei dati (Direttiva 2006/24/CE)*, COM (2011), 28 ss.

parte delle autorità pubbliche. Si finiva, infatti, con il prevedere un trattamento ulteriore proprio laddove escluso dalla disciplina ordinaria<sup>26</sup>, favorendo una scelta in aperta contrapposizione non solo con la tradizionale normativa europea sulla *privacy*<sup>27</sup>, ma anche con quanto allora recentemente sancito dalla Carta di Nizza<sup>28</sup>.

Considerata la politicITÀ del tema, elaborare una risposta a questi problemi si è rivelato un'impresa particolarmente ardua. Contestualizzando la vicenda nel processo di integrazione europea, il Trattato di Maastricht aveva incluso la cooperazione giudiziaria in materia penale nell'ambito delle competenze dell'Unione, ammettendo la possibilità di regolare questi settori, seppur dovendo ricorrere al tradizionale metodo intergovernativo<sup>29</sup>. D'altro canto, per salvaguardare l'*acquis* comunitario, l'art. 47 TUE aveva riconosciuto una *primauté* al primo pilastro<sup>30</sup>; e ciò onde evitare che, di fronte all'alternativa tra diverse basi giuridiche, venisse preferito un ritorno alle procedure del diritto internazionale a discapito dell'esperienza europea. In questa luce, la *data retention* – per i profili di criticità ricordati – presentava delle sfaccettature poliedriche, collocandosi a metà strada tra aree diverse, come una sorta di competenza “interpilastro”<sup>31</sup>. A fronte di quest'incertezza, dunque, nonostante alcuni Governi avessero proposto l'adozione di una decisione nell'ambito delle nuove materie incluse *ex artt.*

---

<sup>26</sup> Dir. 2006/24, *Considerando* nn. 3 e, specificamente, art. 3 in deroga a quanto previsto dalla dir. 2002/58, artt. 5, 6 e 9.

<sup>27</sup> PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, cit., 128-130. Come l'Autore infatti sottolinea, non solo la formulazione del diritto alla *privacy* e alla protezione dei dati personali ha costituito un'attuazione molto evolutiva di quanto previsto dall'art. 8 della CEDU, ma, ben prima del Trattato di Lisbona, la dir. 95/46 ne aveva sancito una tutela completa (così come, peraltro, confermato anche dalla CGUE nella sent. 24 novembre 2011, *Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) e Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEMD) / Administración del Estado*, cause riunite C-468/10, C-469/10, par. 28-29).

<sup>28</sup> GROPPI, *Art. 7*, e DONATI, *Art. 8*, in BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001; TIBERI, *Riservatezza e protezione dei dati personali*, in CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, 368 ss.

<sup>29</sup> *Ex multis*, DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, 226 ss.

<sup>30</sup> Più diffusamente, sul punto si rimanda a MASTROIANNI, *Art. 47 TUE*, in TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, 167.

<sup>31</sup> PALADINI, *I conflitti fra pilastri dell'Unione europea e le prospettive del Trattato di Lisbona*, in *Dir. UE.*, 2010, 87-90, 102-105; FONTANELLI, *La Corte di Giustizia e il “favor communitatis”*. Il percorso della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee sul fondamento normativo degli atti dell'Unione, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010.

31, n. 1, lett. c) e 34, n. 2, lett. b) UE<sup>32</sup>, Parlamento e Commissione giunsero all'adozione della Direttiva Frattini (2006/24) ancorandola alle previsioni dell'art. 95 CE secondo una prospettiva *market-oriented*<sup>33</sup>.

In accordo con la base giuridica così indicata, la portata di questa nuova normativa fu circoscritta alla sola armonizzazione degli obblighi imposti agli operatori<sup>34</sup>, uniformando le categorie di dati trattati<sup>35</sup> e riducendo la discrezionalità sui tempi di conservazione<sup>36</sup>. Uno degli aspetti più rilevanti della nuova disciplina, tuttavia, riguardava la natura delle prescrizioni rivolte agli Stati, radicalmente diverse da quanto previsto in precedenza dall'art. 15 della Direttiva 2002/58<sup>37</sup> (c.d. Direttiva sull'*e-privacy*). Tale norma, infatti, solo in casi particolari (quali appunto – tra i vari – la sicurezza nazionale, la difesa, e il contrasto di reati gravi) permetteva di derogare alle ordinarie garanzie per la tutela della *privacy* “elettronica”, ammettendo la sospensione dell'obbligo di cancellazione dei metadati. In questi specifici frangenti, dunque, si finiva con il legittimare in via straordinaria il ricorso alla *data retention*, purché ciò avvenisse entro i limiti imposti dal diritto

---

<sup>32</sup> Nello specifico, un progetto presentato dal Francia, Inghilterra, Regno Unito e Irlanda, *Draft Framework Decision on the retention of data processed and stored in connection with the provision of publicly available electronic communications services or data on public communications networks for the purpose of prevention, investigation, detect*, doc. 8958/04, 20.12.2004.

<sup>33</sup> Consiglio dell'UE, *Progetto di decisione quadro sulla conservazione dei dati trattati e memorizzati nel quadro della fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche accessibili al pubblico o dei dati sulle reti pubbliche di comunicazione a fini di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento della criminalità e dei reati, compreso il terrorismo - Base giuridica*, doc. 7688/05, 05.04.2005, spec. 2–7.

<sup>34</sup> Dir. 2006/24, art. 3, includendo – peraltro in termini tutt'altro che restrittivi – i dati necessari per rintracciare e per identificare le fonte e la destinazione di una comunicazione, così da stabilirne la natura, la data, l'ora e la durata, l'ubicazione degli utenti e il tipo di strumentazione utilizzata.

<sup>35</sup> Dir. 2006/24, art. 5.

<sup>36</sup> Dir. 2006/24, art. 6.

<sup>37</sup> Dir. 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002 relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (dir. relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche). È nell'adozione di questa direttiva che si avverte per la prima volta il mutato clima del *post 11* settembre. A differenza della dir. 95/46, infatti, la “novella” del 2002, alla luce degli avvenimenti dell'anno prima, stempera i toni garantisti, limitando tuttavia la possibilità della *data retention* ad una mera facoltà rimessa al legislatore. Sarà solo la dir. 2006/24, dopo i fatti di Madrid e Londra, a cambiare definitivamente la rotta, trasformando un'eventuale eccezione in obbligo. (v. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, cit., 129; VEDASCHI, *I programmi di sorveglianza di massa nello Stato di diritto. La “data retention” al test di legittimità*, cit., 1229).

comunitario<sup>38</sup>. Fino a quel momento, pertanto, i singoli interventi statali si erano fondati sull'eccezione contemplata da tale disposizione, nell'esercizio della *facoltà* ivi concessa al legislatore nazionale<sup>39</sup>. Se però la possibilità di ricorrere a tali misure nella previgente regolazione rappresentava un'ipotesi solo eventuale, la nuova Direttiva – con effetti “costitutivi” – la concepiva come un *obbligo*<sup>40</sup>, imponendo l'utilizzo di questi strumenti come un normale metodo investigativo per la repressione di gravi reati.

Nel disporre in tal senso, l'atto si limitava a considerare principalmente i profili inerenti la portata degli adempimenti privati, delegando ai singoli Governi la definizione dei presupposti e delle garanzie per ricorrervi<sup>41</sup>. Questa scelta, sebbene inizialmente avvalorata dalla Corte di Giustizia<sup>42</sup>, ha continuato però a destare pesanti critiche<sup>43</sup>. La normativa, infatti, aveva imposto degli obblighi destinati a comportare una grave compromissione della *privacy* e del trattamento dei dati senza comunque definire contestualmente un adeguato sistema di garanzie. Il testo, a riguardo, non si spingeva oltre a meri richiami al rispetto dei diritti in questione<sup>44</sup>; cenni,

---

<sup>38</sup> Dir. 2002/58, art. 15, par. 1, ultimo periodo: «*Tutte le misure di cui al presente paragrafo sono conformi ai principi generali del diritto comunitario, compresi quelli di cui all'articolo 6, paragrafi 1 e 2, del trattato sull'Unione europea.*». Norma che, in definitiva, andava ad includere anche i principi inerenti la tutela dei diritti fondamentali così come previsti, dapprima, dalla CEDU e dalla tradizione costituzionale degli Stati membri e, in seguito, dalla Carta di Nizza.

<sup>39</sup> Dir. 2002/58, art. 15, par. 1, primo periodo, in cui si legge «*Gli Stati membri possono adottare disposizioni legislative volte a limitare i diritti e gli obblighi...*».

<sup>40</sup> Dir. 2006/24, art. 3, par. 1, in cui diventa: «*In deroga agli articoli 5, 6 e 9 della Direttiva 2002/58/CE, gli Stati membri adottano misure per garantire che i dati [...] siano conservati conformemente alle disposizioni della presente Direttiva*»

<sup>41</sup> Dir. 2006/24, art. 4.

<sup>42</sup> Sent. 10 febbraio 2009, *Irlanda/Parlamento e Consiglio*, causa C-301/06, in cui la Corte ha confermato la scelta della base giuridica osservando come la disciplina, limitandosi ai profili privatistici e vincolando la portata delle misure al rispetto del diritto comunitario, potesse (e dovesse: par. 78) essere adottata sui presupposti dell'art. 95 CE. FONTANELLI, *La Corte di Giustizia e il "favor communitatis"*, cit.

<sup>43</sup> BIGNAMI, *Protecting Privacy Against the Police in the European Union: The Data Retention Directive*, in BOT (a cura di), *Melanges en l'Honneur de Philippe Leger: le droit a la mesure de l'homme*, Parigi, 2006; ID, *Privacy and Law Enforcement in the European Union: the Data Retention Directive*, in *Chi. J. Intl. L.*, 2007; FEILER, *The Legality of the Data Retention Directive in Light of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection*, in *EJLT*, 2010; KOSTA, *The Way to Luxemburg: National Court Decisions on the Compatibility of the Data Protection Directive with the Rights to Privacy and Data Protection*, in *Scripted*, 2013.

<sup>44</sup> Dir. 2006/24, art. 4, ultimo periodo, in cui si legge: «*Le procedure da seguire e le condizioni da rispettare per avere accesso ai dati conservati in conformità dei criteri di*



questi, assolutamente insufficienti a compensare le limitazioni introdotte (soprattutto alla luce di quanto stabilito in merito dalla Carta di Nizza)<sup>45</sup>.

Per questi motivi, la Direttiva Frattini è stata oggetto di un acceso dibattito e la discussione sui contenuti da essa ereditati è ancora in là dal sopirsi. Fin dall'inizio, se la Commissione, da un lato, aveva sanzionato severamente i legislatori inadempienti al recepimento<sup>46</sup>, dall'altro, le Corti nazionali avevano dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina di attuazione<sup>47</sup>; una serie di dinamiche che – tutto sommato – hanno invitato ad una più equilibrata revisione della materia.

Nel susseguirsi delle pronunce la complessa natura della disciplina era stata dunque messa in forte discussione. Si è avvertita così l'esigenza di ridefinire i valori in gioco, non limitandosi a considerare i meri interessi economici della prima ora, ma estendendo l'analisi anche ai profili fino a quel momento trascurati, *in primis* la tutela dei diritti. La Corte di giustizia, dunque, finalmente interpellata dalla Corte costituzionale austriaca e dalla Corte suprema irlandese, nel 2012, con la sentenza *Digital Rights Ireland*, ha

---

*necessità e di proporzionalità sono definite da ogni Stato membro nella legislazione nazionale, con riserva delle disposizioni in materia del diritto dell'Unione europea o del diritto pubblico internazionale e in particolare della CEDU, secondo l'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo.»*

<sup>45</sup> Anche il mero riferimento all'esigenza di includere le previsioni nella legislazione nazionale, senza soffermarsi sulle caratteristiche minime dell'atto di recepimento, è stato oggetto di analisi. Nella ricostruzione offerta dell'AG nel caso *Tele2 Sverige*, infatti, anche la sola individuazione di una corretta base giuridica risulta problematica, a fronte del fatto che lo stesso significato della parola "legge" o di locuzioni tipo "misura legislativa" può assumere un significato diverso nei singoli contesti nazionali, individuando fonti con un diverso grado di specificità e vincolatività (*Tele2 Sverige*, Conclusioni AG, par. 144ss.)

<sup>46</sup> Sent. 26 novembre 2009, *Commissione/Grecia*, causa C-211/09; Sent. 26 novembre 2009, *Commissione/Irlanda*, causa C-202/09; sent. 4 febbraio 2010, *Commissione/Svezia*, causa C-185/09; sent. 29 luglio 2010, *Commissione/Austria*, causa C-189/2009. In particolare, inoltre, va ricordata un'ulteriore procedura che, in seguito, ha visto coinvolta nuovamente la Svezia, condannata al pagamento di una somma forfettaria di 3 milioni di euro (sent. 30 maggio 2013, *Commissione/Svezia*, causa C-270/2011).

<sup>47</sup> Si erano, infatti, pronunciate nel frattempo la Corte suprema amministrativa bulgara (2008); la Corte suprema rumena (2009); il Tribunale costituzionale federale tedesco (2009); la Corte suprema cipriota (2011) e la Corte costituzionale ceca (2011); senza contare i ricorsi pendenti al momento del rinvio alla CGUE, avanti la Corte costituzionale polacca (2011) e la Corte costituzionale slovacca (2012). In dottrina si rimanda a KOSTA, *The Way to Luxembourg: National Court Decisions on the Compatibility of the Data Protection Directive with the Rights to Privacy and Data Protection*, cit.; DURICA, *Directive on the Retention of Data on Electronic Communication in the Rulings of the Constitutional Courts of the EU Member States and Efforts for its Renewed Implementation*, TQL, 2013; VEDASCHI - LUBELLO, *Data Retention and its Implications for the Fundamental Right to Privacy*, *Tilburg L. Rev.*, 2015, 22–26.

colto l'occasione per rispondere alla numerose perplessità emerse fino ad allora. Incentrando lo scrutinio sugli artt. 7, 8 e 52, § 1 della Carta, questa pronuncia – unitamente alla successiva giurisprudenza – ha gradualmente messo a fuoco due prospettive complementari. Enfatizzando, infatti, gli aspetti inerenti la legittima limitazione delle libertà fondamentali, dapprima, ha elaborato più *precise condizioni procedurali* per l'utilizzo di queste misure, limitandone poi il ricorso – sotto il profilo sostanziale – *solo per interventi circoscritti e mirati*.

#### 4. Precise condizioni procedurali...

Come accennato, le Corti nazionali avevano messo in luce quanto la normativa europea fosse finita con il “normalizzare” le misure di *data retention* senza corredarle delle opportune garanzie. Auspicando una più attenta ponderazione degli interessi coinvolti, tali previsioni erano state censurate a più riprese perché eccessivamente intrusive rispetto alla tutela della sfera privata: un'indicazione che le CGUE ha accolto e sviluppato.

A riguardo, non si può trascurare come il mutato assetto istituzionale abbia contribuito alla maturazione di questa diversa sensibilità. Il Trattato di Lisbona, infatti, riconoscendo pieno valore alla Carta di Nizza, aveva confermato la centralità del proprio *bill of rights* nell'ambito del diritto europeo. Alla luce di queste evoluzioni, la giurisprudenza sulla competenza svelava dunque tutta la sua fragilità, ora mostrando – addirittura – delle profonde contraddizioni<sup>48</sup>. Dal piano nazionale la questione *costituzionale* ha acquisito, pertanto, una rilevanza *europea*, dovendosi chiarire se e in che misura le istituzioni comunitarie potessero limitare con i loro atti la portata dei diritti fondamentali previsti dalla Carta<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Riprendendo, infatti, le considerazioni svolte in precedenza – in occasione della sent. *Irlanda/Parlamento e Consiglio* – nel ricorso *Digital Rights Ireland* è stato proposto un ulteriore motivo sulla corretta individuazione della base giuridica. La Corte nella sua decisione, analizzando dapprima la questione alla luce degli artt. 7 e 8, non arriva a decidere del punto ma nelle Conclusioni dell'AG Cruz Villalón il problema viene affrontato in modo più compiuto: l'ingerenza della conservazione nella sfera della vita privata era sproporzionata per una misura volta alla sola tutela del mercato interno e, allo stesso tempo, l'unico presupposto che avrebbe permesso di confermare la legittimità della base giuridica non avrebbe potuto essere altro se non l'art. 95 CE (par. 102).

<sup>49</sup> L'AG, infatti, introducendo le proprie conclusioni, esordisce sottolineando come i due ricorsi offrano alla Corte «*le offre l'occasione di pronunciarsi sulle condizioni alle quali è costituzionalmente possibile per l'Unione europea prevedere una limitazione all'esercizio dei diritti fondamentali nel senso particolare di cui all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei*

A tal proposito la Corte formalmente non arriva a discostarsi dalla sua precedente decisione<sup>50</sup>. Tuttavia, facendo leva su questi nuovi elementi, si è prodigata in un'attenta rivalutazione delle questioni in oggetto. Pur riconoscendo l'importanza di armonizzare gli oneri imposti ai gestori privati, ha evidenziato come essi, da soli, costituissero un motivo insufficiente a giustificare simili ingerenze nella vita privata<sup>51</sup>. Questa prima constatazione ha permesso, dunque, di riconsiderare la portata della Direttiva nella sua totalità, approfondendone l'analisi in dialogo con quanto affermato dalle magistrature nazionali.

Il paradosso cui aveva condotto la scelta del fondamento giuridico era ormai evidente. Incardinando la disciplina nell'ambito del primo pilastro, la Direttiva aveva finito per regolare soprattutto i profili inerenti la tutela del mercato, evitando di limitare ulteriormente l'autonomia nazionale in altri settori. A motivo di questa decisione, però, la struttura dell'articolato risultava precaria, soprattutto quanto alla tutela dei diritti<sup>52</sup>. Comprensibilmente – è vero – non si potevano pretendere in tal senso prescrizioni puntuali e dettagliate, poiché si sarebbe finiti per invadere le già menzionate competenze penali. Tuttavia, risultava difficile giustificare la mancanza di quegli “obblighi indicativi” che avrebbero dovuto orientare l'operato dei singoli Stati affinché questi ultimi si facessero custodi di alcune imprescindibili garanzie minime<sup>53</sup>. Il margine concesso alla discrezionalità del legislatore nazionale, infatti, da un lato, rischiava di tradursi in un recepimento deficitario rispetto ai canoni previsti dalla Carta (e prima ancora dalla tradizione costituzionale europea)<sup>54</sup>. E, dall'altro, anche quando la

---

*diritti fondamentali dell'Unione europea»* (par. 1). Un ruolo istituzionale – quello di giudice costituzionale – che in questi casi non solo viene implicitamente ammesso dalla CGUE ma che le viene riconosciuto anche dalle Corti nazionali che ad essa di sono rivolte, come sottolineato da VEDASCHI, *I programmi di sorveglianza di massa nello Stato di diritto*, cit., 1241 e TIBERI, *Il caso Tele2/Sverige/Watson*, cit., 437.

<sup>50</sup> Anche alla luce di quanto esposto nella nota precedente, la Corte non arriva a riconsiderare il proprio orientamento sul punto della competenza comunitaria (par. 71), decide di analizzare la questione soltanto alla luce di quanto previsto dalla Carta.

<sup>51</sup> *Digital Rights Ireland*, Conclusioni, par. 102.

<sup>52</sup> VEDASCHI, *I programmi di sorveglianza di massa nello Stato di diritto*, cit., 1229-1232; BIGNAMI, *Protecting Privacy Against the Police in the European Union: The Data Retention Directive*, cit., 113 ss.

<sup>53</sup> *Digital Rights Ireland*, Conclusioni, par. 125; Sentenza, par. 54 e 65.

<sup>54</sup> Come si avrà modo di constatare nell'analisi svolta sulla portata delle normative nazionali nel caso *Tele2 Sverige*, spesso queste si erano determinate ad includere nel novero dei reati presupposto fattispecie di minor gravità, estendendo dunque le ingerenze nei diritti *ex artt.* 7 e 8 ben oltre i fini originariamente previsti dalla Dir. (*Tele2 Sverige*, Conclusioni, par. 230).

locale attuazione delle norme avesse privilegiato un approccio garantista, questo non avrebbe comunque potuto compensare le effettive carenze della disciplina comunitaria<sup>55</sup>. In altri termini, si è arrivati a concludere che – in quanto prescrittivo di specifiche limitazioni – l’atto avrebbe dovuto avere un’elaborazione coerente anche sotto il profilo delle tutele, includendo almeno dei criteri chiari e oggettivi<sup>56</sup>.

I parametri della Carta di Nizza hanno quindi fornito un’utile lente per rinvenire le carenze della Direttiva 2006/24; una riflessione che – come si vedrà in seguito – risulterà fondamentale per la declinazione di una *digital rule of law* europea, rivolta non solo alle istituzioni comunitarie ma anche agli Stati membri.

Le misure di *data retention*, come già ricordato, erano causa di ingerenze particolarmente gravi nei diritti sanciti dagli artt. 7 e 8 della Carta<sup>57</sup>. Per garantire quindi un minimo *standard* di tutela, la Direttiva avrebbe dovuto innanzitutto regolare – almeno per principi – le procedure necessarie all’utilizzo dei metadati<sup>58</sup>. Nell’*ecologia* dell’atto avrebbero perciò dovuto trovare spazio previsioni volte ad individuare riferimenti oggettivi, in modo tale da assicurare un effettivo controllo sulle condizioni preordinate alla conservazione e all’accesso<sup>59</sup>. Quanto al rispetto dei diritti, tuttavia, il testo si limitava a prevedere che le normative nazionali avrebbero dovuto «rispettare pienamente i diritti fondamentali che risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e che sono garantiti dalla CEDU»<sup>60</sup>, richiamando poi, genericamente i contenuti delle direttive 96/45 e 2002/58<sup>61</sup>. A fronte del

---

<sup>55</sup> *Digital Rights Ireland*, Conclusioni, par. 126-131; Sentenza, par. 58-68.

<sup>56</sup> VEDASCHI, *I programmi di sorveglianza di massa nello Stato di diritto*, cit., 1239.

<sup>57</sup> Invero, tanto nei ricorsi della sent. *Digital Rights Ireland*, quanto in quelli successivi – nel caso *Tele2 Sverige* – le doglianze erano state sollevate non solo con riferimento a questi due articoli ma anche e soprattutto richiamando i diritti tutelati dall’art. 11, in materia di libertà di espressione. Tuttavia, nonostante qualche accenno a quest’ultimo (specificamente in *Tele2 Sverige*, par. 101), secondo la logica della “maggiore esposizione” (VEDASCHI, *I programmi di sorveglianza di massa nello Stato di diritto*, cit., 1235), l’indagine si è concentrata principalmente su queste due disposizioni, in tema di *privacy* e protezione dei dati personali.

<sup>58</sup> Rispetto a questo passaggio è interessante notare come le argomentazioni sviluppate dalla Corte – quanto meno formalmente – si discostino dalla Conclusioni presentate dall’AG. Mentre quest’ultimo, infatti, ricorrendo al concetto di “qualità della legge” mutuato dalla giurisprudenza della Corte EDU, si è ampiamente soffermato sulle caratteristiche necessarie ad un sostanziale rispetto del principio di legalità (par. 108 ss.), la CGUE sviluppa le riflessioni senza ricorrere a tali precedenti, rafforzando la propria autonomia come Corte dei diritti.

<sup>59</sup> *Digital Rights Ireland*, Sentenza, par. 61.

<sup>60</sup> Dir. 2006/24, *Considerando* n. 25.

<sup>61</sup> Dir. 2006/24, art. 7.

sacrificio richiesto, in definitiva, indicazioni così vaghe sembravano confermare – anziché smentire – questa fragilità di sistema, tanto da lasciare aperta la domanda su quali avrebbero dovuto essere, in effetti, le procedure per poter ottenere l’accesso ai dati in modo legittimo.

Queste garanzie sono state in qualche modo elaborate attraverso un ragionamento *a contrario*, delineando le carenze della disciplina sulla sicurezza del trattamento dei dati e sulle condizioni di accesso e di utilizzo delle informazioni. A tal proposito, quanto al momento della conservazione, è interessante sottolineare, come si possa documentare un “ritorno” alla logica garantistica del primo “pacchetto privacy” (Dir. 95/46 e Dir. 2002/58). Per assicurare un più elevato livello di tutela, la Corte ha insistito sull’esigenza di dislocare i *database* sul territorio dell’Unione, così da poter affermare in via diretta gli *standards* e la giurisdizione comunitaria<sup>62</sup>. Quanto all’accesso, invece, ci si è soffermati principalmente sui presupposti all’azione di polizia, in termini di legittimazione, pertinenza e controllo. *In primis*, si è osservato come non fosse stato previsto alcunché circa l’opportunità di prestabilire e limitare l’utilizzo di questi strumenti solo a determinati soggetti<sup>63</sup>, mancando così di individuare in modo chiaro le autorità potenzialmente abilitate a ricorrervi<sup>64</sup>. In secondo luogo, si è notato come non fossero stati nemmeno contemplati dei limiti all’ulteriore utilizzo dei dati ottenuti<sup>65</sup>, ammettendo indirettamente che, una volta disponibili, gli stessi potessero finire per soddisfare fini diversi da quelli per cui erano stati conservati. Infine – quanto all’osservanza dei più elementari meccanismi di *checks and balances* – si era tralasciato il fatto che l’accesso avrebbe dovuto essere subordinato all’autorizzazione di un giudice o di una autorità indipendente<sup>66</sup>. Si è, quindi, incoraggiato un ritorno a forme di controllo effettivo, onde evitare che l’affermarsi delle autocertificazioni potesse tradursi in un opaco autoreferenzialismo degli inquirenti<sup>67</sup>. In altri termini, non si è fatto altro che confermare la centralità del principio di legalità e

---

<sup>62</sup> *Digital Rights Ireland*, Sentenza, par. 68.

<sup>63</sup> *Digital Rights Ireland*, Sentenza, par. 62.

<sup>64</sup> Commissione europea, relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Valutazioni dell’applicazione della Direttiva sulla conservazione dei dati (Direttiva 2006/24/CE)*, cit., 10 ss.; COCQ - GALLI, *Comparative law paper on data retention regulation in sample of EU Member States*, 2013, 13ss.

<sup>65</sup> *Digital Rights Ireland*, Sentenza, par. 61.

<sup>66</sup> *Digital Rights Ireland*, Sentenza, par. 62.

<sup>67</sup> Commissione europea, *Valutazioni dell’applicazione della Direttiva sulla conservazione dei dati (Direttiva 2006/24/CE)*, cit., 10 ss.; COCQ - GALLI, *Comparative law paper on data retention regulation in sample of EU Member States*, cit., 13ss.

della riserva di giurisdizione anche per queste misure, in pieno accordo con le tradizionali garanzie dello Stato di diritto.

La sentenza *Digital Rights*, rilevando queste ed altre<sup>68</sup> lacune, è giunta a dichiarare l'invalidità dell'intera Direttiva e il principale merito di questa pronuncia è quello di aver individuato dei principi di tutela anche per le procedure inerenti la *data retention*. Con quella prima vittoria si sperava dunque che quanto stabilito in sede europea avrebbe trovato spazio a livello nazionale, affinando una maggior sensibilità per questa nuova *digital rule of law*<sup>69</sup>.

## 5. ...solo per interventi circoscritti e mirati

L'annullamento della Direttiva 2006/24 ha segnato senz'altro un punto di non ritorno. Per la prima volta, infatti, è stata dichiarata l'invalidità di un intero atto perché contrario alle previsioni della Carta di Nizza: una conclusione che certo prometteva di aver un suo peso nella futura regolamentazione della materia. A riguardo, la sentenza *Digital Rights* ha sviluppato un'attenta analisi sui diritti garantiti dagli artt. 7 e 8 della Carta, accostando ai profili procedurali relativi all'accesso più stringenti limitazioni sul piano sostanziale<sup>70</sup>.

A tal proposito, oltre ad un intendimento meno formale della c.d. "qualità della legge"<sup>71</sup>, i parametri offerti dal § 1 dell'art. 52 della Carta hanno permesso di soffermarsi sulla portata dei principi di necessità e proporzionalità<sup>72</sup>, concentrando l'analisi sulla compatibilità della *data retention* con il contenuto essenziale dei diritti considerati.

Quest'ulteriore dimensione d'indagine ha il merito di arricchire e completare i precedenti rilievi, andando ad individuare dei limiti perentori

---

<sup>68</sup> *Infra* par. 5.

<sup>69</sup> ARENA, *La Corte di giustizia sulla conservazione dei dati: quali conseguenze per le misure nazionali di recepimento?* in *Quad. Cost.*, 2014; VON DANWITZ, *The Rule of Law in the Recent Jurisprudence of the ECJ*, in *Fordham ILJ*, 2014, 1332-1333.

<sup>70</sup> POLLICINO, *Diritto all'oblio e conservazione dei dati*, cit., par. 1. La Corte, infatti, come osserva l'Autore, per la prima con questa sentenza ha affrontato in modo distinto il profilo relativo alla possibile violazione di diritti – e la riflessione sui loro contenuti essenziali – e il giudizio di proporzionalità: un ragionamento che, così strutturato, ha permesso – come si vedrà – di ammettere il ricorso alle misure di *data retention*, purché nel rispetto dei principi e limiti previsti dal diritto europeo quanto ai fini e alle garanzie.

<sup>71</sup> *Digital Rights Ireland*, Conclusioni, 20.

<sup>72</sup> *Digital Rights Ireland*, Sentenza, par. 45 ss.

all'utilizzo di queste misure «*all'interno di una società democratica*»<sup>73</sup>. Si è osservato, infatti, come i dati conservati, presi nel loro insieme, permettano una puntuale profilazione degli individui interessati, portando a conclusioni molto precise riguardo la loro vita privata. Una situazione (e una sensazione<sup>74</sup>) di continua sorveglianza, dunque: l'esatto opposto di quanto affermato dal principio di riservatezza su cui si è da sempre fondato il contenuto della *privacy*. Si è reso necessario, pertanto, comprendere a quali condizioni sia ammissibile il ricorso a questi sistemi di controllo.

Un'analisi sommaria dell'intera dinamica avrebbe forse portato a concludere che il momento più insidioso quanto alla tutela della sfera privata si concentrasse nell'autorizzazione all'accesso, sottovalutando invece l'incidenza della semplice conservazione dei dati. Sebbene simili argomenti avessero trovato spazio in una pronuncia del 2005<sup>75</sup>, tale impostazione, alla luce delle successive evoluzioni giurisprudenziali circa la portata di queste misure, non poteva più essere né condivisa né giustificata. Venivano archiviati, infatti, i dati di traffico di pressoché tutta la popolazione europea dotata di un'utenza<sup>76</sup>: una condizione che certo sollecitava ad un attento scrutinio circa la necessità e la proporzionalità degli obblighi imposti. Si è cominciato ad intuire come il momento stesso della conservazione rappresentasse di per sé un'insidia alle garanzie dell'art. 8 e così (indirettamente) dell'art. 7<sup>77</sup>. Un ulteriore trattamento dei metadati laddove

---

<sup>73</sup> Letteralmente dall'art. 15, par. 1, dir. 2001/58. A fronte del fatto che l'utilizzo delle misure di *data retention* era stato effettivamente esteso anche a reati di minor gravità (basti pensare all'inclusione, da parte del *Regulation of Investigatory Powers Act* inglese di fattispecie come il «*benessere economico del Regno Unito*», piuttosto che «*la prevenzione dei danni alla salute fisica o mentale nei casi di emergenza*» o le «*indagini sui casi di errori giudiziari*») si è avvertito il rischio che l'adozione di questi mezzi in termini estensivi, astrattamente, potesse davvero avere delle implicazioni preoccupanti. In tal senso, è interessante richiamare un passaggio delle Conclusioni dell'AG Saugmandsgaard Øe, in cui ipotizza che le misure di sorveglianza adottate contro il terrorismo vengano rivolte alla prevenzione dei disturbi psichiatrici, stigmatizzando questa categoria di persone, oppure – in uno scenario più *orwelliano* – siano volte ad individuare gli oppositori al Governo in carica (par. 257-258). Un quadro che, per quanto ipotetico, rappresenta in modo efficace il nocciolo della questione.

<sup>74</sup> *Digital Rights Ireland*, Sentenza, par. 37; *Tele2 Sverige*, Sentenza, par. 100.

<sup>75</sup> *Irlanda c. Parlamento e Consiglio*, Sentenza, par. 80-84.

<sup>76</sup> Dir. 2006/24, art. 5. *Digital Rights Ireland*, Sentenza, par. 56-57.

<sup>77</sup> In particolare, nelle Conclusioni dell'AG – poi, peraltro, riprese dalla Corte – merita particolare attenzione la riflessione fatta circa la durata della conservazione e l'eccessiva discrezionalità concessa al legislatore statale a riguardo. A fronte del fatto che la disciplina prevista dalla dir. 2006/24, Nonostante rispetto all'ordine logico delle questioni differisca, la piena cognizione di questa dimensione del problema è accuratamente riportata tanto nelle Conclusioni dell'AG, quanto nella decisione della Corte. Per un approfondimento

la Direttiva 2002/58 ne prevedeva la cancellazione – oltre alle criticità legate agli accessi *secundum legem* – apriva infatti anche nuovi scenari di rischio, legati al possibile uso illecito delle informazioni<sup>78</sup>.

Tale situazione ha invitato a riconsiderare lo stato dell'arte, evidenziando soprattutto le possibili linee evolutive per la disciplina della materia. Quanto all'opportunità di individuare limiti sostanziali all'utilizzo di queste misure, va riscontrato come la Direttiva 2006/24, da un lato, avesse escluso la possibilità di registrare e conservare il contenuto delle comunicazioni<sup>79</sup> e, dall'altro, avesse comunque previsto la presenza di *standards* di protezione minimi per il trattamento dei dati personali<sup>80</sup>. Pur comportando delle gravi ingerenze, la normativa dunque non sembrava scalfire il contenuto essenziale dei diritti in questione e questo permetteva – quanto meno in astratto – di ammettere la *data retention*, purché nel rispetto dei principi che via via si andavano esplicitando. Tuttavia, ponendo in deroga la disciplina prevista dalle direttive 96/45 e 2002/58, ed imponendo degli obblighi specifici laddove era stata prevista solo un'eventuale facoltà, la portata e l'utilizzo di tali mezzi avrebbero dovuto essere limitati al minimo necessario<sup>81</sup>. Pur riconoscendo infatti l'utilità di detti sistemi per il contrasto alla criminalità organizzata, un simile obiettivo d'interesse generale non era in grado di giustificare di per sé la necessità della misura. Sarebbe servito, invece, individuare in modo oggettivo la relazione tra la minaccia temuta e le informazioni conservate<sup>82</sup>, nonché le situazioni in cui ricorrere alle stesse<sup>83</sup>.

Sotto questi profili gli arresti del caso *Digital Rights* sono stati integrati e completati dalla recente sentenza *Tele2 Sverige*. Invalidata la “Direttiva madre”, infatti, erano rimaste comunque in vigore le leggi statali che ne avevano dato attuazione, le quali molto spesso avevano ereditato – quando ancora non aggravo<sup>84</sup> – i vizi contestati alla normativa europea. Si trattava dunque di chiarire come e a che condizioni la legislazione nazionale dovesse

comparatistico tra le due argomentazioni, si rimanda a TRUCCO, *Data retention: la Corte di giustizia si appella alla Carta UE dei diritti fondamentali*, in *Giur. It.*, 2014.

<sup>78</sup> *Digital Rights Ireland*, Sent., par. 66. *Tele2 Sverige*, Sentenza, par. 122. VEDASCHI, *I programmi di sorveglianza di massa nello Stato di diritto*, cit., 1230-1231).

<sup>79</sup> Dir. 2006/24, art. 5, par. 2.

<sup>80</sup> Dir. 2006/24, art. 7.

<sup>81</sup> *Digital Rights Ireland*, Sentenza, par. 51-52; *Tele2 Sverige*, Sentenza, par. 116-120.

<sup>82</sup> *Digital Rights Ireland*, Sentenza, par. 58.

<sup>83</sup> *Digital Rights Ireland*, Sentenza, par. 59.

<sup>84</sup> BIGNAMI, *Privacy and Law Enforcement in the European Union: the Data Retention Directive*, cit., 233; VEDASCHI - LUBELLO, *Data Retention and its Implications for the Fundamental Right to Privacy*, cit., 20; COCQ - GALLI, *Comparative law paper on data retention regulation in a sample of EU Member States*, cit., 11.



conformarsi ai principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria, delineando soprattutto in concreto i limiti al legittimo utilizzo delle misure in questione. A tal proposito, se individuare le carenze procedurali poteva essere un'operazione agile, delineare dei limiti perentori all'utilizzo della *data retention* ha richiesto qualche ulteriore riflessione. Come ricordato con riferimento alla Direttiva, la conservazione generalizzata e indifferenziata dei metadati avrebbe continuato a coinvolgere una tale quantità di persone che quella che si sarebbe voluta come un'*eccezione* si sarebbe, di fatto, trasformata nella *regola*<sup>85</sup>. Bisognava dunque riconsiderare le situazioni idonee ad ammettere il ricorso a questi strumenti, onde evitare la legittimazione di un regime di sorveglianza. L'obbligo di *data-collecting* – si osservava – veniva infatti prescritto in un momento in cui gli utenti interessati potevano non avere nulla a che fare con i fenomeni criminosi che si intendeva perseguire<sup>86</sup>: una circostanza sufficiente ad insistere per un risoluto invito alla cautela.

Premesso che il periodo di conservazione avrebbe dovuto essere parametrato in funzione di criteri oggettivi<sup>87</sup> – senza così sconfinare in quegli eccessi di discrezionalità in precedenza ammessi dalla Direttiva Frattini – era necessario ora ricostruire il quadro normativo entro cui si sarebbe andati a ragionare. Con il venir meno di tale disciplina, il riferimento

---

<sup>85</sup> Già nella sent. *Digital Rights Ireland*, si è osservato come, rispetto alla dir. 2006/24, l'«articolo 3, in combinato disposto con l'articolo 5, paragrafo 1, della stessa, la conservazione di tutti i dati relativi al traffico riguardante la telefonia fissa, la telefonia mobile, l'accesso a Internet, la posta elettronica su Internet nonché la telefonia via Internet. Pertanto, essa concerne tutti i mezzi di comunicazione elettronica il cui uso è estremamente diffuso e di importanza crescente nella vita quotidiana di ciascuno. Inoltre, conformemente all'articolo 3, la Direttiva riguarda tutti gli abbonati e gli utenti registrati. Essa implica pertanto un'ingerenza nei diritti fondamentali della quasi totalità della popolazione europea.» (par. 56). La pronuncia *Tele2 Sverige*, riprendendo il punto, ha dunque concluso che qualora la normativa nazionale, in accordo con le prescrizioni invalidate, fosse finita con il prevedere una conservazione generale e indifferenziata dei metadati, «porta alla conseguenza che la conservazione dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione costituisce la regola, quando invece il sistema istituito dalla Direttiva 2002/58 esige che tale conservazione dei dati sia l'eccezione» (par. 104), violando il principio di necessità.

<sup>86</sup> DE MINICO, *Le libertà fondamentali in tempo di ordinario terrorismo*, cit., 4. L'Autrice sottolinea, infatti, come, in generale, l'utilizzo dei mezzi di contrasto al terrorismo chiedi di mediare tra valori antagonisti in base alla proporzionalità di inveramento del rischio. Questo implica che la valutazione, dunque, consideri situazioni *disallineate in ragione del tempo, disomogenee nel sacrificio e nel vantaggio*: si nota come «infatti, il danno attuale e certo sopportato dal detenuto del diritto alla riservatezza ha un peso maggiore del vantaggio procurato ai titolari del diritto alla sicurezza».

<sup>87</sup> *Digital Rights Ireland*, par. 63-64.

era tornato ad essere l'art. 15 della Direttiva 2002/58, ripristinando dunque la *facoltà* di adottare le misure in questione solo per specifici motivi di interesse pubblico. La previgente regolamentazione, tuttavia, aveva lasciato agli Stati una certa discrezionalità nell'individuare i reati presupposto, ammettendo dunque la possibilità di un'interpretazione estensiva delle ipotesi inizialmente contemplate. Questa autonomia era stata intesa in vari modi, tant'è che ad un'indagine trasversale si è potuto osservare come la scelta di criteri differenti avesse finito con l'includere fattispecie tra loro molto diverse per natura e gravità<sup>88</sup>. Alla luce dei principi di necessità e proporzionalità (questa volta approfonditi per l'individuazione di un vero e proprio limite<sup>89</sup>) era chiaro che non tutti i crimini, ma solo quelli più gravi potessero ammettere il ricorso a simili strumenti<sup>90</sup>. Con una sentenza "additiva"<sup>91</sup>, la Corte ha dunque integrato la portata dell'art. 15 con i principi elaborati dalla sua precedente giurisprudenza, limitando l'utilizzo di queste misure soltanto alle ipotesi menzionate dalla norma, da intendersi come esaustive<sup>92</sup>. A questo primo limite, si sono aggiunte ulteriori considerazioni circa la necessità di una relazione tra i dati raccolti e i soggetti interessanti, escludendo – a differenza del passato – che la conservazione possa essere rivolta nei confronti dell'intera popolazione. Non più misure generali, dunque, ma interventi mirati sulla base di fondati sospetti, prevenendo inoltre, senza pregiudizio delle indagini, il dovere d'informativa nei confronti degli interessanti, così da assicurare *ex post* un effettivo esercizio del diritto al ricorso<sup>93</sup>.

La saga sulla *data retention*, dunque, sembra giungere ad un approdo in assoluta controtendenza con il generale clima securitario degli ultimi anni<sup>94</sup>. La Corte di giustizia, infatti, elaborando in via ermeneutica condizioni e

---

<sup>88</sup> Si rimanda inoltre alla relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Valutazioni dell'applicazione della Direttiva sulla conservazione dei dati (Direttiva 2006/24/CE)*, cit., 6 ss.; COCQ - GALLI, *Comparative law paper on data retention regulation in a sample of EU Member States*, cit., 11.

<sup>89</sup> POLLICINO - BASSINI, *La Corte di Giustizia e una trama ormai nota: la sentenza Tele2 Sverige sulla conservazione dei dati di traffico per finalità di sicurezza e ordine pubblico*, *Dir. Pen. Contemporaneo*, 2017, spec. 6-9.

<sup>90</sup> *Tele2 Sverige*, Sentenza, par. 115.

<sup>91</sup> TIBERI, *Il caso Tele2 Sverige/Watson: un'iconica sentenza della Corte di Giustizia nella saga sulla data retention*, in *Quad. cost.*, 2017, 436.

<sup>92</sup> *Tele2 Sverige*, Sentenza, par. 90 e 115.

<sup>93</sup> *Tele2 Sverige*, Sentenza, par. 121.

<sup>94</sup> POLLICINO - VIGEVANI, *Privacy digitale e conservazione dei dati di traffico per finalità di sicurezza: la sentenza Tele2 Sverige della Corte di giustizia UE*, in *Forum QC*, 16 gennaio 2017.

limiti per queste misure, ha contribuito a normalizzarne l'utilizzo secondo le garanzie proprie dello Stato di diritto.

## 6. Conclusioni

Quello che si prospetta ora è uno scenario incerto sotto molti punti di vista<sup>95</sup>. L'elaborazione delle garanzie sulla *data retention* si è accompagnata infatti ad un sempre crescente stato d'allarme, e bisognerà quindi attendere per vedere le reazioni che accompagneranno il recepimento dei principi elaborati dalle sentenze *Digital Rights Ireland* e *Tele2 Sverige*<sup>96</sup>.

Quel che è certo è che questa giurisprudenza ha contribuito a rafforzare la tenuta della *rule of law* lì dove la serietà della minaccia e le potenzialità dei mezzi rischierebbero di far arretrare delle conquiste di civiltà che innervano la cultura giuridica europea<sup>97</sup>. I parametri individuati in via ermeneutica, infatti, con il tempo si stanno affermando come una sorta di paradigma: criteri per valutare non solo la "bontà" delle normative interne ma anche il livello di tutela assicurato dai Paesi terzi. Nell'ambito delle relazioni esterne, infatti, dopo la cassazione degli accordi con gli Stati Uniti nel già citato caso *Schrems*<sup>98</sup>, la

---

<sup>95</sup> Soffermandosi solo sulle iniziative europee, basti richiamare la recente approvazione della dir. 2016/817/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, sull'uso dei dati del codice di prenotazione (PNR) a fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi e della dir. (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio. Per alcuni accenni in dottrina si rimanda a RUBECCHI, *Sicurezza, tutela dei diritti fondamentali nuove esigenze, vecchie questioni (a un anno dagli attacchi di Parigi)*, in *federalismi.it*, 2016; TIBERI, *La Direttiva UE sull'uso dei dati del codice di prenotazione (PNR) nella lotta al terrorismo e ai reati gravi*, in *Quad. Cost.*, 2016, 591.

<sup>96</sup> ARENA, *La Corte di giustizia sulla conservazione dei dati: quali conseguenze per le misure nazionali di recepimento?* cit.; TIBERI, *Il caso Tele2 Sverige/Watson: un'iconica sentenza della Corte di Giustizia nella saga sulla data retention*, cit., 437.

<sup>97</sup> Da un punto di vista prospettivo, infatti, questi arresti hanno contribuito a tornare a quell'approccio garantista che da sempre ha contraddistinto l'esperienza europea in materia di protezione dei dati personali (VEDASCHI, *I programmi di sorveglianza di massa nello Stato di diritto*, cit., 1241). Non da ultimo, i principi sanciti nella pronuncia *Digital Rights Ireland*, hanno costituito una sorta di *trait-d'union* tra la giurisprudenza della CGUE e l'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ne ha ripreso i passaggi nella sua successiva sent. 12 gennaio 2016, *Szabó e Vissy/Ungheria*, par. 68.

<sup>98</sup> *Schrems/Data Protection Commissioner*, C-362/14, già riportata in apertura (nota n. 1).

Corte ha confermato il proprio orientamento anche nella sua ultima pronuncia relativa alle intese con il Canada per il trattamento dei dati PNR<sup>99</sup>.

Non è questa la sede per valutare l'opportunità di una simile proiezione "globale" degli *standards* comunitari<sup>100</sup>. Quel che qui interessa è il merito della riflessione svolta: il fatto che per la sua sensibilità, l'esperienza continentale si stia consolidando come una vera e propria "lezione"<sup>101</sup>. Affermando la portata delle libertà individuali in questi nuovi scenari, essa ha gradualmente ridefinito i limiti delle ingerenze pubbliche nella sfera privata, contrastando un ormai troppo ripetuto paradigma del controllo totale. Si va, dunque, verso una *digital rule of law* europea? Forse. Il traguardo raggiunto, per quanto precario, non sembra essere di poco conto.

---

<sup>99</sup> *Parere 1/15*, 26 luglio 17, *Avis-1/15*

<sup>100</sup> *Ex multis*, KUNER, *Reality and Illusion in EU Data Transfer Regulation Post Schrems*, in *Legal Studies Research Paper Series*, 14/2016; SCHULHOFER, *An international right to privacy? Be careful what you wish for*, in *IJCL*, 2016.

<sup>101</sup> FABBRINI, *Human Rights in the Digital Age: The European Court of Justice in the Data Retention Case and Its Lessons for the Privacy and Surveillance in the United States*, cit.

## BIBLIOGRAFIA

### Articoli:

- ARENA, *La Corte di giustizia sulla conservazione dei dati: quali conseguenze per le misure nazionali di recepimento?* in *Quad. Cost.*, 2014
- BARTOLI, *Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale* in *Dir. pubbl.*, 2010
- BIFULCO, *La sentenza Schrems e la costruzione del diritto europeo della privacy*, in *Giur. cost.*, 2016
- BIGNAMI, *Privacy and Law Enforcement in the European Union: the Data Retention Directive*, in *Chi. J. Intl. L.*, 2007
- BIGNAMI, *Protecting Privacy Against the Police in the European Union : The Data Retention Directive*, in BOT (a cura di), *Melanges en l'Honneur de Philippe Leger: le droit a la mesure de l'homme*, Parigi, 2006
- BRONZINI, *La Carta dei diritti dell'Unione europea come strumento di rafforzamento e protezione dello Stato di diritto*, in *Pol. dir.*, 2016
- CARTABIA, *I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2015
- COCQ - GALLI, *Comparative law paper on data retention regulation in sample of EU Member States*, 2013
- DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014
- DE BÚRCA, *After The EU Charter of Fundamental Rights: The Court Of Justice As A Human Rights Adjudicator?*, in *Masst. J. Eur. & Comp. L.*, 2013
- DE MINICO, *Le libertà fondamentali in tempo di ordinario terrorismo*, in *federalismi.it*, 2015
- DONATI, Art. 8, in BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001
- DURICA, *Directive on the Retention of Data on Electronic Communication in the Ruling of the Constitutional Courts of the EU Member States and Efforts for its Renewed Implementation*, in *TQL*, 2013
- FABBRINI, *Human Rights in the Digital Age: The European Court of Justice in the Data Retention Case and Its Lessons for the Privacy and Surveillance in the United States*, in *Harv. Hum. Rts. J.*, 2015
- FEILER, *The Legality of the Data Retention Directive in Light of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection*, in *EJLT*, 2010
- FONTANELLI, *La Corte di Giustizia e il "favor communitatis". Il percorso della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee sul fondamento normativo degli atti dell'Unione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010
- GROPPI, Art. 7, in BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001
- JAKAB, *The rule of law, fundamental rights and the terrorist challenge in Europe and elsewhere*, in id., *European Constitutional Language*, Cambridge, 2016
- KOSTA, *The Way to Luxemburg: National Court Decisions on the Compatibility of the Data Protection Directive with the Rights to Privacy and Data Protection*, in *Scripted*, 2013
- KUNER, *Reality and Illusion in EU Data Transfer Regulation Post Schrems*, in *Legal Studies Research Paper Series*, 14/2016
- LESSIG, *Reading the Constitution in the Cyberspace*, in *Emory Law Review*, 45/3, 1996
- MASTROIANNI, Art. 47 TUE, in TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004

- MITSILEGAS, *The Transformation of Privacy in an Era of Pre-emptive Surveillance*, in *Tilburg L. Rev.*, 2015
- MURPHY, *EU Counter-Terrorism Law. Pre-Emption and the Rule of Law*, Oxford-Portland, 2012
- PALADINI, *I conflitti fra pilastri dell'Unione europea e le prospettive del Trattato di Lisbona*, in *Dir. UE.*, 2010
- PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, Torino, 2016
- POLLICINO - BASSINI, *La Corte di Giustizia e una trama ormai nota: la sentenza Tele2 Sverige sulla conservazione dei dati di traffico per finalità di sicurezza e ordine pubblico*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, 2017
- POLLICINO - VIGEVANI, *Privacy digitale e conservazione dei dati di traffico per finalità di sicurezza: la sentenza Tele2 Sverige della Corte di giustizia UE*, in *Forum QC*, 16 gennaio 2017
- POLLICINO, *Diritto all'oblio e conservazione dei dati. La Corte di Giustizia a piedi uniti: verso un digital right to privacy*, in *Giur. cost.*, 2014
- POLLICINO, *I nuovi scenari della tutela della privacy nell'era della digitalizzazione alla luce delle recenti pronunce sul diritto all'oblio*, in *federalismi.it*, 2015
- POLLICINO, *Interpretazione o manipolazione? La Corte di giustizia definisce un nuovo diritto alla privacy digitale*, in *federalismi.it*, 2014
- RUBECCHI, *Sicurezza, tutela dei diritti fondamentali nuove esigenze, vecchie questioni (a un anno dagli attacchi di Parigi)*, in *federalismi.it*, 2016
- SAJÒ - RYAN, *Judicial Reasoning and New Technology*, in POLLICINO-ROMEO (a cura di), *The Internet and Constitutional Law: The protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe*, Londra-New York, 2016
- SCHULHOFER, *An international rights to privacy? Be careful what you wish for*, in *IJCL*, 2016
- TIBERI, *Il caso Tele2 Sverige/Watson: un'iconica sentenza della Corte di Giustizia nella saga sulla data retention*, in *Quad. cost.*, 2017
- TIBERI, *La Direttiva UE sull'uso dei dati del codice di prenotazione (PNR) nella lotta al terrorismo e ai reati gravi*, in *Quad. Cost.*, 2016
- TIBERI, *Riservatezza e protezione dei dati personali*, in CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007
- TRUCCO, *Data retention: la Corte di giustizia si appella alla Carta UE dei diritti fondamentali*, in *Giur. It.*, 2014
- TUORI, *The insecure security constitution*, in id., *European Constitutionalism*, Cambridge, 2015
- VEDASCHI, *I programmi di sorveglianza di massa nello Stato di diritto. La "data retention" al test di legittimità*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014
- VON DANWITZ, *The Rule of Law in the Recent Jurisprudence of the ECJ*, in *Fordham ILJ*, 2014

#### Decisioni Cgue:

- Commissione/Austria*, 29 luglio 2010, causa C-189/2009
- Commissione/Grecia*, 26 novembre 2009, causa C-211/09
- Commissione/Irlanda*, 26 novembre 2009, causa C-202/09
- Commissione/Svezia*, 30 maggio 2013, causa C-270/2011
- Commissione/Svezia*, 4 febbraio 2010, causa C-185/09
- Digital Rights Ireland e a./Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a.*, 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12

*Google Spain SL e Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, 13 maggio 2014, C-131/12

*Irlanda/Parlamento e Consiglio*, 10 febbraio 2009, causa C-301/06

*Parere 1/15*, 26 luglio 17, Avis 1/15

*Parlamento europeo/Consiglio dell'Unione Europea (PNR)*, 30 maggio 2006, cause riunite C-317/04 e C-318/04

*Schrems/Data Protection Commissioner*, 6 ottobre 2015, C-362/14

*Tele2 Sverige/Post och telestyrelsen e Secretary of State for the Home Department / Watson e a.*, 21 dicembre 2016, cause riunite C-203/15 e C-698/15

*Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation/Consiglio*, 3 ottobre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P

Decisioni Tribunale UE:

*Yusuf, Al Barakaat International Foundation/Consiglio*, 21 settembre 2005, causa T-306/01

*Kadi/Consiglio e Commissione*, 21 settembre 2005, causa T-315/01

Decisioni Corte Europea dei Diritti dell'Uomo:

*Szabó e Vissy/Ungheria*, 12 gennaio 2016

Documenti UE:

Consiglio dell'UE, *Dichiarazione sulla lotta al terrorismo*, doc. 7906/04, 31 marzo 2004

Consiglio dell'UE, *EU Plan of Action on Combating Terrorism*, doc. 10586/04, 15 giugno 2004

Consiglio dell'UE, *Progetto di decisione quadro sulla conservazione dei dati trattati e memorizzati nel quadro della fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche accessibili al pubblico o dei dati sulle reti pubbliche di comunicazione a fini di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento della criminalità e dei reati, compreso il terrorismo*, doc. 8958/04, 20 dicembre 2004

Consiglio dell'UE, *Progetto di decisione quadro sulla conservazione dei dati trattati e memorizzati nel quadro della fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche accessibili al pubblico o dei dati sulle reti pubbliche di comunicazione a fini di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento della criminalità e dei reati, compreso il terrorismo*, doc. 15098/04, 23 novembre 2004.

Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Valutazioni dell'applicazione della Direttiva sulla conservazione dei dati (Direttiva 2006/24/CE)*, COM (2011)

Consiglio dell'UE, *Draft Framework Decision on the retention of data processed and stored in connection with the provision of publicly available electronic communications services or data on public communications networks for the purpose of prevention, investigation, detect*, doc. 8958/04, 20 dicembre 2004.

Consiglio dell'UE, *Progetto di decisione quadro sulla conservazione dei dati trattati e memorizzati nel quadro della fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche accessibili al pubblico o dei dati sulle reti pubbliche di comunicazione a fini di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento della criminalità e dei reati, compreso il terrorismo - Base giuridica*, doc. 7688/05, 5 aprile 2005

Direttiva 2002/58/CE, del 12 luglio 2002

Direttiva 2006/24/CE, del 15 marzo 2006

**ALTRI SAGGI**





# LA RESTRICCIÓN DEL SUFRAGIO ACTIVO A LAS PERSONAS CONDENADAS A LA PRIVACIÓN DE SU LIBERTAD. EL CASO MEXICANO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

**Roselia Bustillo Marín**

*Profesora investigadora del Centro de Capacitación Judicial Electoral*

**Karina A. Bravo Horet**

*Directora de Área de la Director General de Asuntos Jurídicos*

*L'analisi che si propone in questo articolo riguarda il tema della limitazione all'esercizio del diritto di voto per le persone condannate a pene detentive.*

*Le limitazioni al diritto di voto sono contenute all'art. 38 della Costituzione messicana che prevede, tra l'altro, che i diritti politici del cittadino sono sospesi in caso di sentenza di condanna che imponga tale sospensione come pena.*

*Il tema si inserisce in un dibattito che oltrepassa i confini nazionali e che è stato oggetto di corti nazionali e sovranazionali; tra queste, sembra particolarmente interessante la giurisprudenza sviluppata dalla Corte europea dei diritti umani che ha più volte sottolineato l'inconvenzionalità delle norme che prevedono limiti generali, automatici e assoluti al diritto di voto.*

*L'analisi comparata e soprattutto l'esame dell'apporto dato al tema dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani costituiscono un'utile chiave di lettura per comprendere e riflettere sulle norme che regolano il diritto di voto dei detenuti in Messico.*

*The analysis proposed in this article concerns the topic of the limitation of the exercise of voting rights for people sentenced to imprisonment.*

*Restrictions on voting rights are contained in art. 38 of the Mexican Constitution, which provides, among other things, that the political rights of citizens are suspended through final sentence imposing such suspension as a penalty.*

*The issue is part of a debate that transcends the national borders, and that has been the subject of decisions of national and international courts; among these, the case law of the European Court of Human Rights seems to be particularly interesting. The Court has repeatedly declared the unconventionality of legislation providing for general, automatic and absolute limits to the right to vote.*

*The comparative analysis and especially the examination of the jurisprudence of the European Court of Human Rights can provide a useful gateway to understand and reflect on the rules concerning the right to vote of prisoners in Mexico.*

## **Sumario:**

1. Introducción
2. El sufragio activo de los sentenciados a cumplir una pena privativa de libertad. El caso mexicano
  - 2.1. Parámetro de control del sufragio activo
  - 2.2. La restricción del sufragio activo a los presos condenados
3. La restricción del sufragio activo a las personas condenadas con privación de su libertad, en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos
4. Reflexión final: el sufragio activo para la democracia integral
5. Fuentes de consulta

## 1. Introducción

Las democracias constitucionales modernas tienen como característica fundamental el reconocimiento de los derechos políticos como derechos humanos. De ellos, el ejercicio del sufragio en sus dos vertientes -activo y pasivo-, constituye la manifestación real de la ciudadanía, y la evidencia efectiva de su condición de pertenencia a una comunidad política.

Garantizar la libertad en el ejercicio del derecho político de cualquier ciudadano a votar, representa la prerrogativa en la expresión individual que tienen las personas para participar en la actividad política dentro de todo sistema democrático.

Asegurar, el acceso de los ciudadanos -en condiciones generales de igualdad- sin distinción alguna, por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, a las funciones públicas de su país, es el componente principal del sufragio universal, y con ello, la calidad de toda democracia. Así, lo ha interpretado y reconocido a través del tiempo, el orden interamericano y universal de los derechos humanos, así como el sistema europeo, a partir del cual analizaremos sus restricciones en el caso a estudiar.

El análisis de las limitantes al derecho de votar, tomando en cuenta el nuevo bloque de constitucionalidad<sup>1</sup>, implica hacer una interpretación conforme a las normas aplicables como son la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, los Tratados Internacionales ratificados por el Estado Mexicano, la jurisprudencia nacional e internacional, ésta última derivada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como otros órganos internacionales en la protección de tan fundamentales prerrogativas, cuya aplicación es imprescindible para reforzar la motivación y los argumentos respecto a su protección -principio *pro persona*- y siempre buscando favorecerle de la manera más amplia bajo el principio de progresividad.

En ese sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, además de establecer que todos los ciudadanos debían gozar de los derechos y oportunidades del sufragio universal, es el instrumento internacional exclusivo en concebir dentro de su contenido que «La ley podía reglamentar el ejercicio de dicho derecho» (artículo 23, Derechos Políticos), ello, a partir de las limitantes permisibles propias de la dicotomía de las normas jurídicas.

---

<sup>1</sup> Como la Suprema Corte de Justicia de la Nación refiere en la Contradicción de tesis 293/2011, se entenderá al bloque de constitucionalidad como al parámetro de control de regularidad de la Constitución de cada uno de los derechos mencionados para los test de ponderación a los casos específicos.

Así, a la luz del componente elemental de igualdad y el sufragio universal, es imperante que las limitantes permisibles en su ejercicio encuentren en éstas excepciones el justo equilibrio que, atendiendo regularmente a la condición de exigencia de ciudadanía, deben ser cuidadosa y seriamente analizado a fin de que esa visión incluya a todas las personas que, con independencia de cualquier circunstancia de su vida, formen parte de la vida política de un país<sup>2</sup>. El análisis del presente artículo se circunscribe en el tema de: la limitación del ejercicio del sufragio activo de los presos condenados.

Parafraseando a Mandeep K. Dhami<sup>3</sup>, quién afirma que en un estado democrático es importante que todos sus miembros adultos tengan una igual y efectiva oportunidad de contribuir a la agenda política, pues históricamente, no se puede hablar de que existe un sufragio universal al limitar desde sus inicios, el reconocimiento del voto en cuestión de género, condición social, económica o pueblos indígenas, y en el contexto actual en el que aún un segmento de la población adulta, es decir, los presos son marginados en muchas democracias. «El que sean excluidos del proceso cívico es una amenaza para la democracia»<sup>4</sup>.

Hoy en día, en aras de implementar acciones cuya visión sea de manera constante y dinámica, verdaderos mandatos de optimización en la protección de los derechos políticos de una sociedad como principio básico de la vida pública, se obliga a dotar de todos los elementos que garanticen a la ciudadanía, el pleno desarrollo en toda expectativa de vida a partir de un consenso entre estado y sociedad, cuya vía no es más que a través del sufragio universal activo y en una perspectiva comparada que permita orientar todos esos elementos.

---

<sup>2</sup> Cfr.

<http://www.idea.int/publications/ies/upload/5.%20El%20derecho%20a%20elegir%20y%20ser%20elegido.pdf>

<sup>3</sup> Doctora en Derecho, Profesora de Criminología en el Instituto de Criminología de la Universidad de Cambridge. Su investigación se concentra en los ámbitos de toma de decisiones jurídicas, la psicología del encarcelamiento y la justicia restaurativa.

<sup>4</sup> DHAMI, *La política de privación del sufragio a los presos: ¿Una amenaza para la democracia?*, en *Revista de Derecho*, 2009, 121-135.

## **2. El sufragio activo de los sentenciados a cumplir una pena privativa de libertad. El caso mexicano**

El sufragio activo, cuyo objeto principal en el origen de su reconocimiento deviene de la participación de la ciudadanía en la elección de sus representantes, conquistado a finales del siglo XVIII, (Francia y Estados Unidos de América) según la historia moderna de los derechos humanos. Es considerado en la actualidad, igualmente para el Estado mexicano, un derecho humano fundamental que a través de su ejercicio efectivo se legitima el acceso a los cargos públicos de sus representantes en los poderes de la Unión. De ahí que, para el análisis de su regulación la posición de las autoras es de una visión garantista y antropocéntrica en el ejercicio máximo de toda la ciudadanía en los estados constitucionales modernos a participar en la vida pública de su país a través de la elección de sus propios representantes.

### **2.1. Parámetro de control del sufragio activo**

El parámetro de control de regularidad constitucional aplicable al derecho a votar en el Estado mexicano, está construido por el siguiente contenido: El derecho a votar es la facultad de todos los ciudadanos de elegir mediante una declaración de voluntad (el voto) a los candidatos a ocupar cargos de elección popular en el orden federal y de las entidades federativas, según se establece en el artículo 35 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos: «El sufragio activo es [...] una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política» (Yatama vs Nicaragua, 2005) y debe implicar que los ciudadanos elijan libremente y en condiciones de igualdad a quienes quieran que los representen (Castañeda Gutman vs México, 2008).

Su definición, se complementa sustancialmente con la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en el artículo 21 párrafo primero, indica que toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en el artículo 25 inciso b), indica que todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna distinción y sin restricciones indebidas, del derecho a votar y [...] en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

En ese mismo sentido, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) en el artículo XX establece que, el Derecho de sufragio contempla que [...] toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres; en el artículo XXXII de dicho instrumento internacional, se centra en el sufragio como un deber que toda persona tiene, cuando esté legalmente capacitada para ello.

Lo anterior, ha sido reafirmado y ampliado por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que en su artículo 23 primer párrafo, inciso b), indica que todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades de votar y [...] ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y en el párrafo segundo, de este mismo instrumento internacional se establecen las restricciones permisibles, para regular este derecho a partir de elementos como edad, nacionalidad, residencia, idioma<sup>5</sup>, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal; ésta última cuestión en especial queda reglamentar a cada Estado.

Así, a partir del panorama general del bloque de constitucionalidad del derecho a votar vigente en el sistema jurídico mexicano, los sujetos que lo ejercen tienen condiciones expresas en la legislación, como son tener la ciudadanía y la nacionalidad, respecto al derecho al voto puede ser reglamentado para su ejercicio según las leyes de cada Estado, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, *por juez competente, en proceso penal*. En ese tenor, así lo señala el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (1996) ... «El ejercicio del derecho a votar sólo puede ser restringido a través de la legalidad y la razonabilidad [...]»<sup>6</sup>.

## 2.2. La restricción del sufragio activo a los presos condenados

La restricción del derecho a votar está estipulada en el artículo 38 constitucional, para los objetivos de éste texto, sólo se analiza la fracción VI

---

<sup>5</sup> En el caso del idioma el Comité de Derechos Humanos de la ONU, ha señalado que es un requisito que limita los derechos políticos.

<sup>6</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25 sobre los derechos políticos, párr. 10 y 14 (1996).

de dicho precepto, al prever que los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden [...] por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión, en ese sentido cabe señalar que la Corte mexicana se ha pronunciado: «se impone como pena autónoma, concomitante o no con una pena privativa de libertad» (Acción de Inconstitucionalidad, 2009).

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, considera que la suspensión del derecho a votar por una condena penal no es irrazonable, sin embargo «el periodo de tal suspensión debe guardar la debida proporción con el delito y la condena»<sup>7</sup>. De forma armónica con la interpretación anterior se considera lo que establece el artículo 10 del PIDCP: «1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano».

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) ha resuelto casos respecto de otros escenarios en las que se encuentre una persona respecto a su situación ante la justicia penal, no así, respecto de una persona condenada que haya solicitado su derecho a votar en prisión y se le haya negado, he impugnado dicha resolución. Los criterios que actualmente están vigentes, derivados de diversos casos promovidos bajo por juicios para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, son los siguientes: el ciudadano que haya sido restituido en sus derechos políticos, aun fuera de la fecha de expedición de credenciales para votar, está legitimado para solicitarla e inscribirse en el padrón electoral<sup>8</sup>; que se suspende el derecho al voto cuando se esté prófugo de la justicia<sup>9</sup> y cuando se tenga un auto de formal prisión o de vinculación a proceso, siempre y cuando se esté privado de la libertad<sup>10</sup>. Sin embargo, aun cuando se esté privado de la libertad temporalmente por estar sujeto a proceso, ello no es un impedimento para acceder a la justicia con el fin de proteger el derecho al voto y garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25 sobre los derechos políticos, párr. 14 (1996).

<sup>8</sup> Jurisprudencia 9/2009. CREDENCIAL PARA VOTAR E INSCRIPCIÓN AL PADRÓN ELECTORAL. OPORTUNIDAD DE LA SOLICITUD DE UN CIUDADANO REHABILITADO EN EL GOCE DE SUS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES.

<sup>9</sup> Tesis X/2011. SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES. SE ACTUALIZA POR ESTAR PRÓFUGO DE LA JUSTICIA.

<sup>10</sup> Contradicción de criterios 6/2008. DERECHO AL VOTO. SE SUSPENDE POR EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O DE VINCULACIÓN A PROCESO, SÓLO CUANDO EL PROCESADO ESTÉ EFECTIVAMENTE PRIVADO DE SU LIBERTAD.

<sup>11</sup> Tesis XLVI/2014. TUTELA JUDICIAL. LA SUSPENSIÓN TEMPORAL DE LOS DERECHOS POLÍTICOS ELECTORALES NO CONSTITUYE UN IMPEDIMENTO PARA ACCEDER A LA MISMA. En contrario a este criterio la SCJN considera vigente la

Al observar la tendencia en las sentencias arriba citadas, se puede deducir que, la suspensión de derechos políticos ya contiene una línea jurisprudencial progresista; de tal forma que, a futuro, al presentarse casos similares el TEPJF deber continuar con la misma directriz en la tutela de estos derechos.

En ese contexto garantista, el derecho a votar debe observarse de manera conjunta con el sufragio pasivo, pues se consideran una misma institución, ya que una vez celebradas las elecciones, ambos, convergen en el candidato electo formando una unidad encaminada a la integración legítima de los poderes públicos, «[...] su afectación no sólo se resiente en el derecho a ser votado en la persona del candidato, sino en el derecho a votar de los ciudadanos que lo eligieron como representante y ello también incluye el derecho de ocupar el cargo»<sup>12</sup>.

En las alternativas opciones de candidaturas (ejercicio a ser votado), cuando no están al alcance de los electores, representan directamente un límite al ejercicio del derecho a votar e incide negativamente en la más amplia y libre expresión de la voluntad del electorado, lo cual supone una consecuencia grave para la democracia<sup>13</sup>. A partir de la óptica convencional, los derechos políticos no sólo incluyen el derecho a votar y ser votado, también involucran aquellos que permitan la participación plena en los asuntos públicos, para lo cual, el Estado deberá garantizar las condiciones reales -en condiciones de igualdad- para su efectivo goce<sup>14</sup>.

La justificación de la medida de suspender los derechos políticos a los presos que se encuentren cumpliendo una condena, se dio en la época de la elaboración

---

Jurisprudencia 86/2010 que impide a una persona ejercer sus derechos políticos, aunque se encuentre cumpliendo su condena fuera de prisión; éste criterio fue reiterado en enero de 2014 en el análisis en pleno de la SCJN a solicitud de modificación de jurisprudencia solicitada por el magistrado presidente del quinto tribunal colegiado en materia penal del primer circuito. La mayoría de ministros se manifestó en contra de sustituir la jurisprudencia 86/2010 y optó por señalar que era improcedente porque, aunque la persona se encuentre la libertad, está sujeta a una condena y en consecuencia sus derechos políticos se encuentran suspendidos. En contra de la decisión cuatro ministros manifestaron que era momento de sustituir la jurisprudencia por los nuevos paradigmas jurídicos. Señalaron que al interpretar el principio pro persona, y preferir aquella norma que limita de menor forma el derecho; es decir, que la suspensión de derechos políticos existe solamente cuando la persona está privada de su libertad, no habiendo ya una justificación, una razonabilidad para que se pueda suspender una vez que la condena ha cambiado y la persona ya no está privada de su libertad.

<sup>12</sup> Jurisprudencia 27/2002. DERECHO DE VOTAR Y SER VOTADO. SU TELEOLOGÍA Y ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN.

<sup>13</sup> Caso Yatama vs Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). párr. 226

<sup>14</sup> *Ibidem*, párrs. 194, 197, 198, 199 y 200.



de la CPEUM de 1917, a través de la frase «se consulta la suspensión de la calidad de ciudadano mexicano a todo el que no sepa hacer uso de la ciudadanía debidamente», emitida por Venustiano Carranza en el mensaje que dirigió al Congreso Constituyente para justificar sus propuestas<sup>15</sup>.

En ese sentido el requisito para tener la calidad de ciudadano en el Estado mexicano de «tener un modo honesto de vivir», se mide por su uso íntegro. No obstante, en esa justificación de la suspensión de los derechos políticos a los condenados a prisión, el requisito de incumplimiento de un modo «honesto de vivir» para poder ser ciudadana o ciudadano, en un plano de justificación filosófica, axiológica, ética y psicoanalítica, no existe una razón válida que muestre cuál es el tipo de comportamiento que debe ser considerado para tener un modo honesto para vivir.

Empero, en la visión de una “ciudadanía moderna”, bajo un régimen democrático y de derecho humanos, los valores para juzgar los actos de “otros” ciudadanos o ciudadanas se analizan objetivamente, evitando a toda costa que las creencias del juzgador influyan en sus decisiones, lo que de igual forma ocurre a los legisladores.

En tal contexto, se considera que la pena privativa de la libertad es la sanción a las faltas cometidas, de tal suerte que, el incremento de penas accesorias, como la que se analiza, deviene injustificado. Por el contrario, el objetivo sustancial debe radicar en todo su contenido en buscar la reinserción a la ciudadanía, de aquellas personas condenadas a prisión, en el marco de su pertenencia a la comunidad, de forma paulatina. Si bien es cierto que el ingreso a un centro de reclusión trae implícita la suspensión o limitación de algunos derechos y libertades, las personas privadas de libertad, por el llano hecho de su existencia conservan sustancialmente los derechos humanos que les pertenecen, por lo que deben ser tratadas dignamente en todo momento.

A casi cien años de la promulgación de la CPEUM vigente, la lectura de sus normas, según el artículo primero constitucional en conjunto con el numeral 133, y los diferentes criterios y jurisprudencia internacional que forman parte de éste parámetro de regularidad de la Constitución, en el caso específico del ejercicio del derecho al sufragio activo, y en concreto, de las y los presos condenados, su lectura tiende a ser diferente.

---

<sup>15</sup> Tena Ramírez, citado en GONZÁLEZ, BÁEZ, CIENFUEGOS, *La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México*, en *Cuestiones y reflexiones político-electorales*, 2010, 207.

La Corte Interamericana en el caso López Mendoza contra Venezuela (2011)<sup>16</sup> exige el ejercicio efectivo de los derechos políticos porque se trata de un fin en sí mismo, y a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos fundamentales previstos en la Convención y que sus titulares, es decir los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades”.<sup>17</sup>

Esto último implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. De esta forma, queda desvirtuada: “la tesis de la accesoriedad tanto para la suspensión como para la rehabilitación, a menos que dicha accesoriedad se justifique de otro modo” (Pujadas Tortosa, 2014)<sup>18</sup>.

Si la suspensión de derechos en este caso concreto, opera por mandato directo de la Constitución; la pena de prisión no trae implícita la suspensión del derecho a votar y cualquier medida que restrinja su ejercicio deberá ajustarse a los criterios de necesidad, adecuación y proporcionalidad.

Así es como podemos asegurar que el reto que compete a la función jurisdiccional se encuentra en el análisis de la norma que restringe los derechos políticos de los sentenciados a una pena privativa de libertad, la cual encuentra cabida a partir de un test de ponderación en sus cuatro pasos: 1) la legalidad de la norma, que sea clara y precisa; 2) la legitimidad del objetivo de la norma, y que para ello encuentre casusas aceptadas como la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público o la tutela de derechos de otras personas; 3) la revisión del contexto cultural o social en el que se crea o aplica la norma; 4) que la norma se necesaria y adecuada en cuanto a que no haya otra alternativa de solución y proporcional en cuanto que restrinja lo menos posible el derecho analizado.

En ese sentido, veamos a la luz de los casos de la Corte Europea de Derechos Humanos, como la jurisprudencia puede ser una guía que oriente el ejercicio de éste test de ponderación en un estudio de la norma restrictiva en cuestión.

---

<sup>16</sup> Caso López Mendoza vs Venezuela. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Párr. 108. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 (Fondo, Reparaciones Y Costas).

<sup>17</sup> En aplicación del artículo 23 de la CADH.

<sup>18</sup> PUJADAS TORTOSA, *Rehabilitación de derechos políticos por suspensión y sustitución de la pena de. Rehabilitación de derechos políticos por suspensión y sustitución de la pena*, 2014, consultado en <http://portales.te.gob.mx/observatorio/sites/default/files/sentencias/Paper%20Dra.%20Pujadas.pdf>

### 3. La restricción del sufragio activo a las personas condenadas con privación de su libertad, en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos

La tendencia histórica de la democracia constitucional ha venido trazando el rumbo hacia el más pleno reconocimiento del sufragio en otras latitudes, como la europea. En específico en el análisis y estudio del derecho al voto activo de las personas condenadas a privación de su libertad, fue en el año 2005 que se enfatizó particularmente en la protección de sus derechos políticos, cuando el Tribunal de Estrasburgo resolvió el caso *Hirst vs Reino Unido*<sup>19</sup>. En ésta sentencia se puede observar la búsqueda del juzgador por encontrar un equilibrio en los límites o restricciones en el ejercicio del derecho, los cuales deberán corresponder exclusivamente a condiciones objetivas y no así, discriminantes o violatorias que terminen por privar al ciudadano de tan fundamental derecho.

En ese sentido Marco Olivetti, ha referido que «En las últimas dos décadas el tema de la privación del derecho de voto de los autores de crímenes condenados a una pena que comporta la privación de la libertad personal se ha convertido en unos de los objetos privilegiados del diálogo entre las jurisdicciones de diferentes sistemas jurídicos, que es una de las dimensiones más interesantes del constitucionalismo contemporáneo»<sup>20</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha partido de una interpretación sistemática de los instrumentos internacionales aplicables como son: la Convención Europea de los Derechos Humanos<sup>21</sup> (CEDH), la cual afirma que las libertades fundamentales son conservadas del mejor modo por una democracia política eficaz; y aunque si bien el derecho al sufragio no se encuentra estrictamente señalado y reconocido en dicho instrumento internacional desde sus primicias, en el primer protocolo adicional al mismo, en su artículo 3 establece concretamente el derecho a

---

<sup>19</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Hirst Vs. Reino Unido*, No. 74025/01, 6 de octubre de 2005, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70442>

<sup>20</sup> OLIVETTI, *The dilemma prisoner. Critical reflections on the case law of the European Court of human rights on voting rights of the damned*, en *Revista de Direito Brasileira*, 2014, 273-274.

<sup>21</sup> Convención internacional hecha en Roma, por los Estados miembros del Consejo de Europa, el 4 de noviembre de 1950, relativa al reconocimiento y protección de los derechos y libertades fundamentales y publicado en el Boletín Oficial del Estado, 243/1979, de 10 de octubre (se ratifica el Convenio con las enmiendas de los Protocolos Adicionales 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente). <http://leyderecho.org/convencion-europea-para-la-salvaguarda-de-los-derechos-del-hombre/>

elecciones libres, siendo significativo reconocer que la jurisprudencia del TEDH ha dado contenido a la materialidad de dicho derecho<sup>22</sup>.

El Código de Buenas Prácticas en Asuntos Electorales<sup>23</sup> es otro instrumento internacional en defensa de los derechos políticos, la democracia y el Estado de derecho, a través de la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), y ha representado en un contexto más actual un referente importante al potencializar el concepto del sufragio universal y delinear estrictamente sus alcances y límites en favor de un ejercicio libre y efectivo.

Así lo estipula el referido código, al resaltar como patrimonio electoral europeo al sufragio universal, igual, libre, secreto y directo, con reglas y excepciones: «...no obstante este derecho se encontrará sujeto a una serie de condiciones o limitaciones» [...] c) Privación del derecho de sufragio activo, el cual se considera legal si: I. está prevista en la ley, II. se respeta el principio de proporcionalidad, y III. se encuentra motivada [...] por sentencia firme penal por delitos graves; pudiendo éstas, imponerse únicamente por una decisión dictada por un tribunal *in casu*.

En este último supuesto de restricción del voto, el TEDH ha interpretado que cada país puede decidir qué delitos tiene como consecuencia la restricción de dicho derecho, es decir, los jueces al emitir su sentencia son quienes deciden en última instancia qué reos pueden o no votar, centrándose la discusión en la gravedad del delito cometido en algunos países,<sup>24</sup> todo ello a partir del sometimiento de la norma aplicable a un test de proporcionalidad.

En este caso, la interpretación progresista en el reconocimiento y ensanchamiento de los derechos políticos que ha seguido la jurisprudencia europea, comenzó a construirse respecto a la restricción al sufragio activo de los condenados privados de libertad en la época en que el Sistema Europeo de Derechos Humanos estaba integrado por dos órganos: la Comisión y la

---

<sup>22</sup> Resueltos a tomar medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de derechos y libertades distintos de los que ya figuran en el título 1 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. <https://dhpedia.wikispaces.com/Protocolo+Adicional+al+Convenio+para+la+Protecci%C3%B3n+de+los+Derechos+Humanos+y+de+las+Libertades+Fundamentales>

<sup>23</sup> *Cfr.*

[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2002\)023rev-spa](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2002)023rev-spa)

<sup>24</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Hirst c. Reino Unido*, No. 74025/01, Sentencia del 6 de octubre de 2005

<http://portales.te.gob.mx/internacional/sites/portales.te.gob.mx.internacional/files/CASE%20OF%20HIRST.pdf>

Corte, confirmando que era justificada la autorización al legislador para fijar las condiciones bajo las cuales el derecho al voto pasivo sería ejercido por personas sentenciadas a determinados periodos de encarcelamiento.

Posteriormente, la resolución del caso *Hirst c. Reino Unido* fue punto medular al imponer en la agenda política de dicho país, la imperante necesidad de legislar con relación al derecho a votar de los reclusos al encontrar, resultado de un test de proporcionalidad, que el marco normativo respecto a la prohibición vulneraba el derecho a elecciones libres y en consecuencia, de frente a tal incompatibilidad del marco legal, la necesidad de su pronta legislación, pues en la sentencia que acaeció a la petición del que fuera el interesado en su calidad de condenado a cadena perpetua por homicidio imprudencial -*Hirst*-, el TEDH encontró violaciones al artículo 3 del Protocolo Número 1, debido a la prohibición general sobre el voto, impuesta automáticamente y absolutamente a las personas condenadas en prisión;<sup>25</sup> igualmente el margen de apreciación en materia electoral a los Estados, en el particular asunto, resultaba indiscriminado e incompatible con el Protocolo señalado.<sup>26</sup>

En ese tenor, resulta dable destacar que en algunos casos más sobre el tema, el TEDH ha aplicado el test de proporcionalidad y el control judicial en la consecución de proteger por una parte, el adecuado funcionamiento del régimen democrático así como la restricción del sufragio de presos como asuntos de excepcionalidad, (en general retomando la argumentación plasmada en el precedente *Hirst*) tales como: el caso *Frodl Vs. Austria* de 2010,<sup>27</sup> en el que se resolvió que la medida impuesta no superaba el test de proporcionalidad,<sup>28</sup> debido a que no era una norma excepcional, de tal forma que la aplicación de las restricciones debían ser adoptadas por un control judicial, en el cual se consideraran las circunstancias particulares, y el

---

<sup>25</sup> Reino Unido se ha propuesto legislar y considerar el fallo del TEDH, una de las razones principales ha sido, evitar los pagos de compensación a los reclusos que presentaron un juicio para defender su derecho a votar, ya que esto les ha costado decenas de millones de libras. Sin embargo, la legislación no ha sido concluida.

<sup>26</sup> Un precedente que retomó la CEDH para ésta decisión fue el caso resuelto por la Suprema Corte de Canadá en el año 2002: *Sauvé Vs. Canada*, (Chief Electoral Officer), [2002] 3 S.C.R. 519, sentencia de 31 de octubre de 2002, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2010/index.do>

<sup>27</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Frodl Vs. Austria*, No. 20201/04, 8 de abril de 2010, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98132>

<sup>28</sup> No obstante, que la medida trataba de la restricción al derecho a votar aplicable a los presos privados de su libertad por más de un año y cuando se tratara de delitos intencionales.

vínculo del agravio cometido con las elecciones e instituciones democráticas<sup>29</sup>.

Asimismo, el Reino Unido fue condenado por el mismo tema en tres casos posteriores, *Greens y M.T. vs Reino Unido*<sup>30</sup>, *Firth y Otros*<sup>31</sup> y *McHugh y Otros*<sup>32</sup>, en éste último caso se acumularon las denuncias de 1014 personas más, cuestión destacable en tanto que refleja el aumento en el interés de las personas sentenciadas a la privación de su libertad por el reconocimiento de su derecho a votar. Sentencias en las que no sólo se reiteraron los argumentos sobre la proporcionalidad de las medidas que restringen el derecho al voto de las personas privadas de libertad, también construyó al Estado, realizar las adecuaciones normativas necesarias a fin de materializar una compatibilidad objetiva entre las normas electorales y los requerimientos de la CEDH.

De la jurisprudencia revisada emitida por el TEDH, no se puede dejar de lado un precedente como el del caso *Scoppola vs Italia*<sup>33</sup>, pues resulta notable debido que en el ejercicio del test de proporcionalidad que realizó el Tribunal de Estrasburgo, la norma superó todos los pasos de dicho escrutinio. La Corte, en el caso concreto a la restricción en el ejercicio del derecho al voto cumplió con dicho requisito de legitimidad al determinarse que la disposición estatal se encontraba legítima en la medida en que pretendía reforzar la responsabilidad cívica y el respeto al estado de derecho y cumplió con la proporcionalidad, al encontrarse que busca asegurar el funcionamiento adecuado y la preservación del régimen democrático.

En otras palabras, el TEDH concluyó que la legislación italiana era compatible con el CEDH y su protocolo adicional por que la prohibición en cuestión estaba vinculada con las circunstancias particulares del caso, y no se trataba de una privación generalizada, automática e indiscriminada como

---

<sup>29</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Frodl Vs. Austria*, No. 20201/04, 8 de abril de 2010, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98132>. Párr. 34.

<sup>30</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Greens y M.T. Vs. Reino Unido*, No. 60041/08 y 60054/08, 23 de noviembre de 2010, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101857> Párr. 115. ordenó al Estado realizar las adecuaciones necesarias para que las normas electorales sean compatibles con los requerimientos de la Convención en un plazo no mayor a seis meses

<sup>31</sup> Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Firth y Otros Vs. Reino Unido*, No. 47784/09, 47806/09, 47812/09, 47818/09, 47829/09, 49001/09, 49007/09, 49018/09, 49033/09 y 49036/09, 12 de agosto de 2014, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146273>

<sup>32</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso McHugh y Otros Vs. Reino Unido*, No. 51987/08 y 1,014 más, 10 de febrero de 2015, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-151005>

<sup>33</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Scoppola Vs. Italia*, No. 126/05, 22 de mayo de 2012, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111044>

de manera contraria se determinó el análisis del caso Hirst.<sup>34</sup> El mismo Tribunal señaló que la proporcionalidad de la restricción puede ser garantizada también con una norma que detalle las circunstancias por las cuales procede la restricción<sup>35</sup>.

En un caso posterior *Anchugov y Gladkov vs. Rusia*<sup>36</sup>, el TEDH adoptó el criterio del precedente *Hirst*, señalando que la legislación de dicho país al restringir el derecho al voto a los condenados a prisión, no superaba el test de proporcionalidad, de igual forma en otra sentencia en contra del Estado Turco, *Söyler vs. Turquía*<sup>37</sup>, reiteró el mismo argumento.

La tendencia que apporto el Tribunal en su argumentación es congruente y progresista con la tutela de los derechos fundamentales para los estados democráticos, concretamente en la maximización del derecho a votar al referir recientemente que ... “El derecho a votar no es un privilegio; en el siglo veintiuno, la presunción de un Estado democrático debe favorecer la inclusión y el sufragio universal se ha convertido en el principio básico. A la luz de la moderna política pública en materia penal y los actuales estándares en derechos humanos, deben presentarse razonamientos válidos y convincentes para continuar justificando el mantenimiento de restricciones tan generales sobre el derecho a votar de los prisioneros” (Söyler c. Turquía, 2013).

En ese sentido, de acuerdo con el razonamiento del TEDH en el párrafo citado, la parte fundamental de la actividad del Estado, es la tutela de los derechos humanos de las personas a acceder a una vida digna, y en caso particular beneficiar la inclusión de los presos, a partir de la reinserción

---

<sup>34</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Scoppola Vs. Italia*, No. 126/05, 22 de mayo de 2012, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111044> párr. 108. La legislación italiana contempla restricciones al ejercicio del derecho a votar para las personas condenadas a una pena de prisión, en los siguientes casos: I. la condena de prisión va de tres a cinco años, procediendo la suspensión del derecho al voto por cinco años; y II. la condena supera los cinco años, resultando procedente la privación permanente del derecho a votar – al menos hasta que el condenado demuestre que se ha rehabilitado –. En el caso de los condenados a cumplir menos de tres años de prisión, que en principio conservan su derecho al voto, sufrirán la limitación de sus derechos políticos cuando hayan cometido un delito que prevea como pena accesoria la prohibición para ocupar cargos públicos. Párr. 33.

<sup>35</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Scoppola Vs. Italia*, No. 126/05, 22 de mayo de 2012, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111044>

<sup>36</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Anchugov y Gladkov Vs. Rusia*, No. 11157/04 y 15162/05, 4 de julio de 2013, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122260>.

<sup>37</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Söyler Vs. Turquía*, No. 29411/07, 17 de septiembre de 2013, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-126350>. El siguiente caso que emitió el TEDH fue contra Turquía el Murat Vural, el razonamiento se emitió en términos similares al Söyler, confirmando el parámetro de proporcionalidad establecido en Hirst.

social. Como se puede observar, en Europa, la jurisprudencia que ha tratado el tema en comento, si bien no ha sido vasta y se encuentra inacabada, ha establecido precedentes progresistas y parámetros de control de las normas que deben contener a la luz del CEDH y de frente a los elementos que exige el test de proporcionalidad.

En el contexto del sistema interamericano de derechos humanos, no se han pronunciado por asuntos similares; no obstante, para Europa, si bien el tema ha resultado precursor importante en su reconocimiento, lo cierto es que aún existe un gran déficit para aquellas naciones que aun pretendiendo extender los derechos políticos de sus ciudadanos se han encontrado con un contexto adverso y complejo en su materialidad, dejando tan fértil intención en la esterilidad de su aplicación.

#### **4. Reflexión final: el sufragio activo para la democracia integral**

La situación normativa de la restricción a votar de las personas sentenciadas a privación de su libertad en México, de frente a los criterios formulados por el TEDH, muestra un escaso estudio reflexivo en cuanto al tratamiento que el estado mexicano tiene hacia la población condenada, posiciona a la nación en una situación de negación e invisibilidad de la existencia de este grupo de personas, así como en el reconocimiento de sus derechos, viéndose afectado a su vez un gran número de la comunidad de posibles electores que afectan el principio del ejercicio del sufragio universal.

Pues si bien es cierto que el sufragio universal se ha concebido como el resultado de toda evolución democrática y que su desarrollo ha sido siempre sujeto de diversas restricciones o bien, límites permisibles, hoy en día, se presenta oportuno, dimensionar, y de manera enfática, en el caso de los privados de libertad y sentenciados en prisión en el Estado mexicano<sup>38</sup>.

En perspectiva internacional de derechos humanos, la potestad de toda persona a participar en los asuntos públicos de su país, a partir del ejercicio del voto, no es más que el producto de la evolución democrática de las

---

<sup>38</sup> Existen varios investigadores que han tocado el tema, como OLIVETTI, *The dilemma prisoner*, cit.; RÍOS VEGA, *El derecho a la rehabilitación de los derechos políticos: el caso Hernández*, 2012, consultado en <http://portal.te.gob.mx/informacion-electoral/publicaciones/30-el-derecho-la-rehabilitacion-de-los-derechos-po>; PUJADAS TORTOSA, *Rehabilitación de derechos políticos*, cit.; PRESNO LINERA, *El derecho al voto como derecho fundamental*, en *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, 2012; COLLÍ EK, *Derecho de voto y su negación en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y México*, en *Cuestiones Constitucionales*, 2013; entre otros.



naciones, son la base de la legitimidad de la autoridad y del propio poder público. En particular, como se ha analizado, el sistema europeo de derechos humanos, ha sido pionero en seguir una tendencia progresista en el reconocimiento y ensanchamiento de los derechos políticos de sus ciudadanos, a luz de los orígenes de su evolución.

Así, como de la jurisprudencia europea se desprende, las restricciones han sido patentes del Estado a partir de su función legislativa, al establecer que es un derecho que debe verse sujeto a diversas pero muy específicas y objetivas condiciones, y principalmente, bajo un tamiz de “excepcionalidad” en el caso de los condenados. Incluso, dichas limitaciones deben ser legitimadas por un juez y conforme a su contexto atendiendo regularmente a características generales de una condición de exigencia de ciudadanía, edad o residencia, pero que incluso éstas –exigencias- deben ser cuidadosa y seriamente analizadas por quienes revisan el marco legal de un país<sup>39</sup>, pues si bien esta medida en su vertiente positiva dota de libertad de interpretación de los juzgadores, es necesario considerar que también dicha indeterminación «permite a los jueces imponer su libre concepción de filosofía social y política»<sup>40</sup> al momento de juzgar, lo cual no resulta tan nocivo en un sistema de justicia sano y objetivamente funcional.

La búsqueda de un sustancial equilibrio en la dicotomía de las normas, entre los conceptos de igualdad de *iure* e igualdad de hecho como derechos subjetivos fundamentales esgrimibles ante los tribunales que implica consigo el derecho al sufragio universal y las limitantes y/o condiciones a las que se encuentra sujeto, ha sido factor de cuidadoso análisis en el contexto europeo, reconociendo por una parte las limitaciones de dicho Derecho pero también su necesario ajuste a condiciones objetivas y proporcionales en la búsqueda de tutela efectiva del derecho de todo ciudadano de participar en la vida pública de su país a través de sus representantes.

No obstante, debemos de partir concientizando que: los derechos democráticos fundamentales no constituyen “una gama de soluciones aceptables”, entre las que el legislador pueda elegir a su antojo, pues los derechos no son una cuestión de privilegio o de mérito, sino de pertenencia a la sociedad, lo que es especialmente cierto en el derecho de sufragio, piedra angular de la democracia<sup>41</sup>. (Presno, 2012, p. 151).

---

39

<http://www.idea.int/publications/ies/upload/5.%20El%20derecho%20a%20elegir%20y%20ser%20elegido.pdf>

<sup>40</sup> OLIVETTI, *The dilemma prisoner*, cit., 307.

<sup>41</sup> PRESNO LINERA, *El derecho al voto*, cit., 109-151.

Empero, en el caso específico de nuestro país, los límites a los privados de la libertad, representan un gran reto, que en esencia obliga al Estado a identificar y sostener importantes criterios y posiciones a partir del ejercicio jurisprudencial tanto del orden nacional, como regional e internacional. De ahí que, si la justicia electoral está a la vanguardia en la protección de los derechos político-electorales, un control de constitucionalidad y convencionalidad para el estado mexicano del derecho a votar a personas en reclusión pareciera inaceptable limitar, a rajatabla, la calidad de ciudadano por toda conducta delictiva en una sociedad abierta (Ríos, 2010).

En ese mismo sentido, para el tribunal interamericano, la reglamentación de los derechos políticos debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática y responder a un fin legítimo, como los derechos y libertades de las demás personas o las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática, en términos del artículo 32 de la propia Convención Americana.

En una interpretación de la CADH en el test de proporcionalidad de la restricción al sufragio a los condenados a prisión establecido en la Constitución mexicana, la norma si bien podría ser legítima, no pasaría por su proporcionalidad, y tampoco, por la razonabilidad, puesto que no existe justificación por parte del legislador, respecto de dicha restricción. Pareciera que las personas en dicha condición son discriminadas desde la misma Constitución, al impedir al juzgador analizar los casos en concreto respecto al tipo de delito y a los años que se impusieron como sanción al condenarla, denotando una tendencia totalmente contraria a la dinámica europea, y dañina en un sistema de justicia que se encuentra rebasado en sus funciones y un sistema penal insuficiente en su objetivo de reinserción con dicha población, lo que reduce en gran número de porcentaje de la comunidad de electores en potencia.

En ese sentido, la Constitución previamente a suspender automáticamente la ciudadanía de los condenados a prisión, implica en todos los poderes de la Unión y a la población en general a olvidarse de la población condenada, de sus derechos y de su participación en la política con el fin de injerir en la toma de decisiones, tanto para políticas públicas dentro de prisión como fuera de ella.

Es por ello, que se ha destacado de la jurisprudencia europea, el importante precedente señalado de que los estados no pueden, previamente al estudio de casos específicos, de manera automática suspender el derecho al voto, sin haber estudiado la norma en un test de proporcionalidad que indique si su aplicación es convencional.

En ese orden, si bien no es aplicable el marco jurisprudencial europeo, la situación nos ha mostrado que para continuar avanzando como toda nación en aras de materializar su democracia es imperante que la autoridad deba

sujetar el orden legal de un país a una estricta revisión y a la luz del carácter orientador del orden convencional, analizar pesos y contrapesos sobre aquellos a los que el Estado les ha condenado por un delito, sin importar su clasificación, gravedad, tipo, ni temporalidad, restringiendo por igual a los que cometieron un delito menor o mayor, es decir, sin cumplir con la excepcionalidad, ni analizar objetivamente que implicaciones positivas o negativas tiene considerarles su derecho al sufragio activo.

Por ello, este trabajo representa la necesaria reflexión en la justa vigilancia de las restricciones al sufragio, que no se puede seguir excluyendo a aquellos que tiene que seguir siendo objetivo del mismo Estado en su reinserción social, de su desarrollo cívico y en la consecución de una vida digna a la que ni siquiera encontraron un sentido alcanzable, como propio déficit del Estado.

La realidad nos impone que de frente a un sistema de justicia que se ha visto rebasado, es hora de centrar la vista a quienes necesitan más de él, la propia sociedad que aspira una reinserción real de aquellos que les están dañando y de aquellos a quienes el Estado ha olvidado, cuya ventaja se concentre en garantizar a la propia ciudadanía un efectivo Estado de Derecho en condiciones de igualdad, seguridad y oportunidad.

¿Cómo se podrán proteger de mejor forma los derechos las personas condenas, si no tienen voz para advertir su vulneración? Para ello, debemos poner a discusión el derecho a votar de las personas privadas de su libertad, a través de una acción integral de aspecto vertical y horizontal de comunicación entre aquellos diferentes actores que se encuentran relacionados, en los cuales, como se señaló en las primeras líneas, deben evitarse ideas subjetivas y privilegiarse la cultura democrática incluyente. No olvidemos que: Estigmatizar a todas las personas sentenciadas, desde la Constitución, implica la negación de un Estado de derecho imperfecto, y la asimilación de que la nación es una democracia consolidada que provee a sus habitantes de la protección máxima y efectiva de sus derechos fundamentales para tener una vida digna, que no orilla a sus ciudadanos a delinquir.

## **5. Fuentes de consulta**

### **Normativa**

Código de Buenas Prácticas en Asuntos Electorales. 2002. Venecia: Comisión de Venecia. Disponible en [http://portal.te.gob.mx/sites/default/files/informacion\\_importante/2012/04/codigo\\_buenas\\_practicas\\_pdf\\_18140.pdf](http://portal.te.gob.mx/sites/default/files/informacion_importante/2012/04/codigo_buenas_practicas_pdf_18140.pdf)

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25 sobre los derechos políticos, (1996).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 1917.

### **Tesis y jurisprudencias**

Acción de Inconstitucionalidad, 33/2009 y sus acumuladas (Suprema Corte de Justicia de la Nación 33/2009).

Contradicción de criterios 6/2008. DERECHO AL VOTO. SE SUSPENDE POR EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O DE VINCULACIÓN A PROCESO, SÓLO CUANDO EL PROCESADO ESTÉ EFECTIVAMENTE PRIVADO DE SU LIBERTAD.

Jurisprudencia 27/2002. Derecho de votar y ser votado. Su teleología y elementos que lo integran.

Jurisprudencia 9/2009. CREDENCIAL PARA VOTAR E INSCRIPCIÓN AL PADRÓN ELECTORAL. OPORTUNIDAD DE LA SOLICITUD DE UN CIUDADANO REHABILITADO EN EL GOCE DE SUS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES.

Tesis X/2011. SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES. SE ACTUALIZA POR ESTAR PRÓFUGO DE LA JUSTICIA.

Tesis XLVI/2014. TUTELA JUDICIAL. LA SUSPENSIÓN TEMPORAL DE LOS DERECHOS POLÍTICOS ELECTORALES NO CONSTITUYE UN IMPEDIMENTO PARA ACCEDER A LA MISMA.

Corte Europea de Derechos Humanos. 1987. Caso Mathieu-Mohin y Clerfayt vs. Bélgica. No. 9267/81. 2 de marzo. Disponible en <http://portales.te.gob.mx/internacional/content/caso-mathieu-mohin-y-clerfayt-vs-b%C3%A9lgica-no-926781-2-de-marzo-de-1987-corte-europea-de-derechos-humanos>

Corte Europea de Derechos Humanos. 1999. Caso Matthews vs. Reino Unido. No. 24833/94. 18 de febrero. Disponible en

<http://portales.te.gob.mx/internacional/content/caso-matthews-vs-reino-unido-no-2483394-juicio-del-18-de-febrero-de-1999-sala-superior-no-3>

Corte Europea de Derechos Humanos. 2003. Caso M.D.U. vs. Italia. No. 58540/00. 28 de enero. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-44046>

Corte Europea de Derechos Humanos. 2005. Caso Hirst vs. Reino Unido. No. 74025/01. 6 de octubre. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70442>

Corte Europea de Derechos Humanos. 2010a. Caso Frodl vs Austria. No. 20201/04. 8 de abril. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98132>

Corte Europea de Derechos Humanos. 2010b. Caso Greens y M.T. vs. Reino Unido. No. 60041/08 y 60054/08. 23 de noviembre. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101857>

Corte Europea de Derechos Humanos. 2012. Caso Scoppola vs. Italia. No. 126/05. 22 de mayo. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111044>

Corte Europea de Derechos Humanos. 2013a. Caso Shindler vs. Reino Unido. No. 19840/09. 7 de mayo. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119229>

Corte Europea de Derechos Humanos. 2013b. Caso Anchugov y Gladkov vs. Rusia. No. 11157/04 y 15162/05. 4 de julio. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122260>

Corte Europea de Derechos Humanos. 2013c. Caso Söyler vs. Turquía. No. 29411/07. 17 de septiembre. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-126350>

Corte Europea de Derechos Humanos. 2014. Caso Firth y otros vs. Reino Unido. No. 47784/09, 47806/09, 47812/09, 47818/09, 47829/09, 49001/09, 49007/09, 49018/09, 49033/09 y 49036/09. 12 de agosto. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-126350>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Castañeda Gutman vs México, Sentencia de 6 de agosto de 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, López Mendoza vs Venezuela, Sentencia de 1 de septiembre de 2011

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Yatama vs Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005.

### **Bibliografía**

COLLÍ EK, *Derecho de voto y su negación en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y México*, en *Cuestiones Constitucionales*, 2013.

DHAMI, *La política de privación del sufragio a los presos: ¿Una amenaza para la democracia?*, en *Revista de Derecho*, 2009.

GARCÍA RAMÍREZ, *Crimen y prisión en el nuevo milenio*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2004.

GONZÁLEZ, BÁEZ, CIENFUEGOS, *La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México*, en *Cuestiones y reflexiones político-electtorales*, 2010.

OLIVETTI, *The dilemma prisoner. Critical reflections on the case law of the European Court of human rights on voting rights of the damned*, en *Revista de Direito Brasileira*, 2014.

PRESNO LINERA, *El derecho al voto como derecho fundamental*, en *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, 2012;

PUJADAS TORTOSA, *Rehabilitación de derechos políticos por suspensión y sustitución de la pena de. Rehabilitación de derechos políticos por suspensión y sustitución de la pena*, 2014, en

<http://portales.te.gob.mx/observatorio/sites/default/files/sentencias/Paper%20Dra.%20Pujadas.pdf>

RÍOS VEGA, *El derecho a la rehabilitación de los derechos políticos: el caso Hernández*, 2012, en

<http://portal.te.gob.mx/informacion-electoral/publicaciones/30-el-derecho-la-rehabilitacion-de-los-derechos-po>;



## **LÍMITES AL SUFRAGIO ACTIVO: SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES EN MATERIA PENAL**

**Carlos Antonio Gudiño Cicero**

*Secretario de Estudio y Cuenta*

*Lo scopo del presente articolo è quello di analizzare le cause di sospensione dei diritti politici previste dall'art. 38 della Costituzione messicana.*

*I diritti politici sono quei diritti fondamentali che hanno come fine quello di garantire ai cittadini la possibilità di intervenire nelle questioni e nelle decisioni relative alla vita politica dello Stato.*

*La Costituzione messicana prevede, tra le cause di sospensione dell'esercizio di tali diritti, quei casi in cui il cittadino sia soggetto ad un processo penale che comporti pene detentive, ovvero sia latitante, ovvero si trovi in maniera ricorrente in stato di ebbrezza o di vagabondaggio.*

*Le disposizioni contenute all'art. 38 della Costituzione, se potevano trovare un valido fondamento nella delicata e instabile situazione politica che il Messico viveva al momento dell'approvazione della Costituzione, nel 1917, al momento rischiano di limitare in maniera irragionevole il godimento dei diritti fondamentali del cittadino e di costituire una seria violazione dei principi e dei valori dello Stato democratico.*

*The purpose of this article is to analyze the causes for suspension of political rights provided laid down in art. 38 of the Mexican Constitution.*

*Political rights are fundamental rights that have as its goal to provide citizens with the opportunity to intervene in issues and decisions concerning the State politics.*

*The Mexican Constitution provides, among the causes for suspending the exercise of these rights, those cases in which the citizen is subject to a criminal trial involving prison penalties, or is a fugitive, or is habitually in a state of vagrancy or drunkenness.*

*The provisions of art. 38 of the Constitution could find a valid basis in the delicate and unstable political situation that Mexico was living at the time of the approval of the Constitution, in 1917; nowadays, the same provisions are able to unreasonably limit the enjoyment of the fundamental rights of the citizen and to set up a serious violation of the principles and values of the democratic State.*

### **Sumario:**

1. Introducción
2. Derechos político-electorales
  - 2.1. Concepto
  - 2.2. Sufragio o voto activo
3. Pérdida y suspensión de los derechos político-electorales del ciudadano
4. Alcances de la suspensión de derechos político-electorales
5. Precedentes extranjeros relativos a la suspensión de derechos políticos
6. Conclusiones
7. Fuentes de consulta



## **1. Introducción**

La suspensión de los derechos políticos de los ciudadanos está prevista en el artículo 38 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tales derechos se suspenden por estar sujeto a un proceso criminal derivado de la comisión de algún delito, por ser prófugo de la justicia, por estar purgando una pena corporal, por ebriedad y vagancia consuetudinaria o por faltar a las obligaciones que la propia Constitución señala para la condición de ciudadanía.

En el presente trabajo, se aborda la suspensión prevista en las fracciones II, III y V del artículo 38 constitucional, mismas que, en opinión del autor, deben ser eliminadas del texto fundamental por ser medidas que resultan violatorias de los principios y valores democráticos que todo estado moderno debe respetar.

Se analizarán los derechos político-electorales, en específico el derecho al voto o sufragio activo contenido en el artículo 35, fracciones I y VIII constitucionales y los supuestos de suspensión de los mismos.

Asimismo, se analizará la jurisprudencia comparada en el tema de suspensión de derechos políticos por cuestiones penales.

## **2. Derechos político-electorales**

### **2.1. Concepto**

Los derechos político-electorales son aquellos derechos fundamentales que tiene todo ciudadano para intervenir en las actividades que se encuentran relacionadas con el Estado, en el ejercicio de la función política, cuyo ejercicio implica la participación política para: a) decidir el sistema de gobierno; b) elegir representantes políticos y a su vez ser electo y ejercer cargos de representación; c) definir y elaborar normas y políticas públicas; y d) controla el ejercicio en la función pública de sus representantes.

Los derechos político-electorales del ciudadano encuentran su fundamento constitucional en el artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que a la letra dice: «35. Son derechos del ciudadano: I. Votar en las elecciones populares; II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley. El derecho de solicitar el registro de candidatos ante la autoridad electoral corresponde a los partidos políticos, así como a los ciudadanos que soliciten su registro de manera independiente y cumplan con los requisitos,

condiciones y términos que determine la legislación; Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país; IV. Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes; V. Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición. VI. Poder ser nombrado para cualquier empleo o comisión del servicio público, teniendo las calidades que establezca la ley; VII. Iniciar leyes, en los términos y con los requisitos que señalen esta Constitución y la Ley del Congreso. El Instituto Nacional Electoral tendrá las facultades que en esta materia le otorgue la ley, y VIII. Votar en las consultas populares sobre temas de trascendencia nacional, las que se sujetarán a lo siguiente: (...)»

En el presente documento nos enfocaremos al derecho político-electoral reconocido en las fracciones I y VIII del artículo 35 constitucional citado, esto es, el derecho a votar, conocido también como sufragio o voto activo<sup>1</sup>.

## 2.2. Sufragio o voto activo

Sánchez Viamonte define al sufragio como «toda manifestación individual que tiene por objeto concurrir a la formación de la voluntad colectiva, con el fin de constituir el gobierno o de decidir algún problema trascendental para los intereses de la Nación»<sup>2</sup>.

El sufragio es entonces, la participación ciudadana por la que se manifiesta la voluntad de la persona para decidir sobre cuestiones que atañen la vida política de su entorno, no únicamente como una fórmula o instrumento de designación de los gobernantes, sino como un medio de participación del pueblo en decisiones gubernamentales, así como un principio en el que el poder público encuentra su legitimación.

Por su parte, Andrade Sánchez define al sufragio como «el derecho de participación electoral que consiste en la posibilidad de participar por medio de las elecciones en la decisión que habrá de tomarse, sea para elegir representantes populares o gobernantes, o bien para aprobar o rechazar propuestas objeto de referéndums o consultas populares»<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Podemos identificar las voces *sufragio* y *voto* toda vez que la Real Academia de la Lengua Española define “*sufragar*” como “*votar a un candidato o una propuesta, un dictamen, etc.*” como se aprecia en el sitio web <http://dle.rae.es/?id=YfBHWUv>

<sup>2</sup> Citado por BERLÍN VALENZUELA, *El Derecho Electoral: instrumento normativo de la democracia*, México D.F., 1980.

<sup>3</sup> ANDRADE SANCHEZ, *Derecho Electoral. México*, Oxford, 2012.

Ignacio Burgoa señala que «el voto o sufragio activo es simultáneamente u derecho político del ciudadano y una obligación del mismo, sin que pueda deslindarse con nitidez la demarcación precisa entre uno y otra»<sup>4</sup>. Este doble carácter, derecho en cuanto hace a la expresión de la voluntad del ciudadano para elegir a sus representantes o emitir su opinión respecto a una consulta y obligación al estar señalada como tal en el artículo 36, fracción III de la constitución federal, que tiene como sanción por su incumplimiento la suspensión de los derechos político-electorales del ciudadano por un año, encuentra su fundamento en el artículo 38, fracción I constitucional.

Sin embargo, Rodolfo Terrazas define al voto activo en abstracto como: «... la facultad jurídica que tiene como fundamento la libertad de elegir o seleccionar mediante una expresión concreta de voluntad, a la persona o personas que se desea formen parte de los órganos de gobierno...»<sup>5</sup> y critica la postura del maestro Burgoa al señalar que, la conducta de votar o sufragar sea al mismo tiempo una obligación y un derecho carece completamente de sentido común y que, al hacer depender de la voluntad y del deseo del propio ciudadano, la determinación de cuando el voto activo se traduce en derecho y cuando en una obligación, traslada el asunto al terreno del “querer ser” apartándose así de la lógica jurídica.

En opinión de Felipe de la Mata, el voto debe conceptualizarse como una ‘función’, en tanto que es el medio para integrar a los órganos del Estado y dicha función es de tan alta importancia y necesidad para el Estado que es perfectamente entendible que se le considere como un derecho y una obligación<sup>6</sup>.

Coincido con el Magistrado de la Mata en el sentido de que, por su carácter necesario para la integración y sobrevivencia del Estado, el voto deba tener esa cualidad de derecho y obligación, ya que, en mi opinión, el voto activo es el arma fundamental que tienen los ciudadanos para combatir la tiranía.

En México, el derecho al sufragio se encuentra reconocido por la Constitución Federal en los artículos 35, fracciones I, II y VII, por cuanto hace al derecho que tienen los ciudadanos a votar, ser votados y votar en consultas populares; y 41 en el sentido de que las elecciones serán libres, auténticas y periódicas, mediante sufragio libre, secreto y directo.

---

<sup>4</sup> Citado por DE LA MATA, *Control de Convencionalidad de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano*, México D.F., 2016.

<sup>5</sup> TERRAZAS, *Naturaleza Jurídica de los Derechos Políticos. En 75 aniversario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México D.F., 1992.

<sup>6</sup> DE LA MATA, *Control de Convencionalidad*, cit.

Asimismo, el sufragio se encuentra contenido en el universo de los derechos humanos de primera generación, reconocido en primer lugar por la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 21, específicamente en los párrafos primero y tercero, que establecen: «1. Toda persona tiene el derecho de participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes libremente escogidos, y 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; ésta voluntad se expresará en elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto»<sup>7</sup>.

Asimismo, el derecho al sufragio está reconocido en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966<sup>8</sup>, en el que de igual manera se establecen los principios fundamentales del ejercicio del derecho al sufragio, es decir, elecciones auténticas, periódicas, universales, iguales y secretas para garantizar la libre expresión de la voluntad de quienes ejercen el derecho.

Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica 1969, es decir, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por México el 3 de febrero de 1981,<sup>9</sup> reconoce en su artículo 23, los derechos políticos de los ciudadanos de los estados parte, incluido el de votar y ser votados en elecciones periódicas, auténticas, universales, iguales y secretas.

Como podemos ver, los principios esenciales que debe reunir el ejercicio del derecho al sufragio en todo estado democrático, están reconocidos tanto en el sistema universal como en el interamericano de derechos humanos y en la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

### **3. Pérdida y suspensión de los derechos político-electorales del ciudadano**

Ahora bien, la ciudadanía mexicana puede perderse por su titular, en términos del artículo 37 apartado C) de la constitución federal por las causas siguientes: «37. (...) C) La ciudadanía mexicana se pierde: I. Por aceptar títulos nobiliarios de gobiernos extranjeros: II. Por prestar voluntariamente servicios o funciones oficiales a un gobierno extranjero, sin permiso del

---

<sup>7</sup> Consultable en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

<sup>8</sup> Consultable en <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidcp.htm>

<sup>9</sup> Consultable en [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

Ejecutivo Federal; III. Por aceptar o usar condecoraciones extranjeras sin permiso del Ejecutivo Federal. El Presidente de la República, los senadores y diputados al Congreso de la Unión y los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación podrán libremente aceptar y usar condecoraciones extranjeras; IV. Por admitir del gobierno de otro país títulos o funciones sin previo permiso del Ejecutivo Federal, exceptuando los títulos literarios, científicos o humanitarios que pueden aceptarse libremente; V. Por ayudar, en contra de la Nación, a un extranjero, o a un gobierno extranjero, en cualquier reclamación diplomática o ante un tribunal internacional, y VI. En los demás casos que fijan las leyes».

Como se aprecia del artículo transcrito, la pérdida de la ciudadanía implica la extinción de los derechos político-electorales de la persona, pues los derechos reconocidos en el artículo 35 constitucional son exclusivos para las personas que tengan la cualidad de ciudadanos, por lo que resulta lógico pensar que al perder la ciudadanía por situarse en alguno de los supuestos del referido artículo 37 fundamental, se pierden en perjuicio de la persona los derechos político-electorales del artículo 35 mencionado.

De igual manera, los derechos de los ciudadanos son susceptibles de ser suspendidos, esto en términos del artículo 38 constitucional que a la letra dice: «38. Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden: I. Por falta de cumplimiento, sin causa justificada, de cualquiera de las obligaciones que impone el artículo 36. Esta suspensión durará un año y se impondrá además de las otras penas que por el mismo hecho señalare la ley; II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión; III. Durante la extinción de una pena corporal; IV. Por vagancia o ebriedad consuetudinaria, declarada en los términos que prevengan las leyes; V. Por estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal; y VI. Por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión. La ley fijará los casos en que se pierden, y los demás en que se suspenden los derechos de ciudadano, y la manera de hacer la rehabilitación».

El primer supuesto para la suspensión de los derechos del ciudadano, es en efecto la falta de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones que impone el diverso artículo 36 constitucional, que son entre otras, alistarse en la Guardia Nacional y votar en las elecciones y en las consultas populares, sin embargo, de la lectura de este primer supuesto de suspensión me surgen algunas preguntas: ¿Qué procedimiento debe seguirse para declarar la suspensión en el caso de que un ciudadano no acuda a votar?, ¿cuál es la autoridad competente para declarar dicha suspensión?, ¿cuál es el criterio

para determinar si el incumplimiento fue justificado o no?, ¿cuál sería el medio de defensa con el que podría contar el ciudadano que esté sujeto a esta suspensión?

Ahora bien, las fracciones II, III y V del citado artículo 38 constitucional, establecen la suspensión de los derechos político-electorales del ciudadano en relación a cuestiones penales, es decir en caso de que el ciudadano:

- a) Esté sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión;
- b) Esté extinguiendo una pena corporal;
- c) Esté prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal, y
- d) Se le hubieren suspendido sus derechos expresamente por virtud de una sentencia firme.

Estos supuestos de suspensión están contemplados en el texto constitucional vigente desde 1917, como puede observarse en el mensaje que el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Venustiano Carranza dirigió al Congreso Constituyente el 1ro de diciembre de 1916 en la Sesión Inaugural celebrada en el Teatro Iturbide, en el que el General señaló: «El Gobierno de mi cargo considera, por tanto, que sería impolítico e inoportuno en estos momentos, después de una gran revolución popular, restringir el sufragio, exigiendo para otorgarlo la única condición que racionalmente puede pedirse, la cual es que todos los ciudadanos tengan la instrucción primaria bastante para que conozcan la importancia de la función electoral y puedan desempeñarla en condiciones fructuosas para la sociedad.

Sin embargo, de esto, en la reforma que tengo la honra de proponer, con motivo del derecho electoral, se consulta la suspensión de la calidad de ciudadano mexicano a todo el que no sepa hacer uso de la ciudadanía debidamente. El que ve con indiferencia los asuntos de la República, cualesquiera que sean, por lo demás, su ilustración o situación económica, demuestra a las claras el poco interés que tiene por aquélla, y esta indiferencia amerita que se le suspenda la prerrogativa de que se trata»<sup>10</sup>.

Como se puede observar del mensaje transmitido por Don Venustiano Carranza, el mal uso que cualquier ciudadano le dé a su calidad como tal, es decir, la comisión de delitos y la conducta indiferente hacia los asuntos del Estado, son consideradas actitudes que atentan en contra del mismo, lo que hace que estas personas no merezcan tener la calidad de ciudadanos y por tanto perder la titularidad de sus derechos políticos.

---

<sup>10</sup> Consultable en [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/DD\\_Constituyente.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/DD_Constituyente.pdf)

#### 4. Alcances de la suspensión de derechos político-electorales

De la lectura integral de las fracciones II, III y V del artículo 38 constitucional, se advierte que la suspensión de los derechos político-electorales del ciudadano opera por ministerio de ley, por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, es decir, pena privativa de la libertad, desde la fecha del auto de formal prisión; asimismo, los derechos serán suspendidos durante la extinción de la pena, esto es, al ser declarado culpable y condenado a prisión; y por estar prófugo de la justicia, desde la emisión de la orden de aprehensión y hasta la prescripción de la acción penal.

La suspensión establecida en las fracciones III y V del citado artículo, no serán objeto de estudio en el presente apartado, pues queda claro para el autor que la suspensión de derechos durante la extinción de una pena corporal hace perfecto sentido pues, el ciudadano sujeto de la suspensión se encuentra privado de la libertad, asimismo, es impensable que quien se encuentre prófugo de la justicia pueda ejercer sus derechos político-electorales, pues al estar evadiendo la acción del Estado para investigar y en su caso castigarle por la comisión de algún delito, es claro que sus derechos de ciudadano deben estar suspendidos durante el periodo que dure el ejercicio de la acción penal.

Ahora bien, ¿se puede considerar absoluta la suspensión de derechos político-electorales del ciudadano que se encuentra sujeto a proceso criminal por delito que merezca pena corporal, en términos de la fracción II del artículo 38 constitucional?

En este sentido la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación emitió la Jurisprudencia 39/2013<sup>11</sup>, de rubro y texto: «SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO PREVISTA EN LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 38 CONSTITUCIONAL. SÓLO PROCEDE CUANDO SE PRIVE DE LA LIBERTAD.—De la interpretación sistemática de los artículos 14, 16, 19, 21, 102 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 14, párrafo 2 y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 11, párrafo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 7, párrafo 5, y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se desprende que la suspensión de los derechos o prerrogativas del ciudadano por estar

---

<sup>11</sup> Localizable en <http://portal.te.gob.mx/legislacion-jurisprudencia/jurisprudencia-y-tesis>

sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión no es absoluta ni categórica, ya que, las citadas disposiciones establecen las bases para admitir que, aun cuando el ciudadano haya sido sujeto a proceso penal, al haberse otorgado la libertad caucional y materialmente no se le hubiere recluso a prisión, no hay razones válidas para justificar la suspensión de sus derechos político-electorales; pues resulta innegable que, salvo la limitación referida, al no haberse privado la libertad personal del sujeto y al operar en su favor la presunción de inocencia, debe continuar con el uso y goce de sus derechos. Por lo anterior, congruentes con la presunción de inocencia reconocida en la Constitución Federal como derecho fundamental y recogida en los citados instrumentos internacionales, aprobados y ratificados en términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la suspensión de derechos consistente en la restricción particular y transitoria del ejercicio de los derechos del ciudadano relativos a la participación política, debe basarse en criterios objetivos y razonables. Por tanto, tal situación resulta suficiente para considerar que, mientras no se le prive de la libertad y, por ende, se le impida el ejercicio de sus derechos y prerrogativas constitucionales, tampoco hay razones que justifiquen la suspensión o merma en el derecho político-electoral de votar del ciudadano».

De la lectura que se realice de la jurisprudencia citada se advierte que la suspensión de los derechos o prerrogativas del ciudadano por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión no es absoluta ni categórica, dado que las citadas disposiciones establecen las bases para admitir que, aun cuando el ciudadano haya sido sujeto a proceso penal, al haberse otorgado la libertad bajo caución y materialmente no estar recluso en prisión, no existen razones válidas para justificar la suspensión de sus derechos político-electorales, pues resulta innegable que, salvo la limitación referida, al no haberse privado la libertad personal del sujeto y operar en su favor la presunción de inocencia, debe continuar en el uso y goce de sus derechos.

Esto es, al operar en favor del procesado la presunción de inocencia, en virtud de que como sabemos, el auto de formal prisión y el auto de sujeción a proceso, son las determinaciones judiciales que inician un proceso criminal, es decir, con ellos se inicia el juicio para determinar la culpabilidad o inocencia del procesado, por lo que, en este momento se debe presumir su inocencia y por tanto dejar a salvo sus derechos político-electorales, claro está, en caso de no estar privado de la libertad.

El derecho a la presunción de inocencia se encuentra consagrado en el artículo 20, apartado B, fracción I, de la Constitución Política de los Estados



Unidos Mexicanos, el cual es congruente con los artículos 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 14 y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Los artículos citados establecen:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos

«Artículo 11. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa».

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

«Artículo 26. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas».

- Convención Americana sobre Derechos Humanos

«Artículo 7.- Derecho a la Libertad Personal (...) 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. (...) Artículo 8.- Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado de tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección o de comunicarse libre y

privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declarar culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia».

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

«Artículo 14 (...) 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. (...) Artículo 25. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país».

## 5. Precedentes extranjeros relativos a la suspensión de derechos políticos

González, Báez y Cienfuegos<sup>12</sup> revisan tres casos relevantes en la materia, en los que los tribunales de Sudáfrica, Canadá y Europeo de Derechos humanos, reconocieron el derecho a votar de las personas que se encuentren cumpliendo una pena de prisión.

En primer lugar, en el caso *August and another v. Electoral Commission and Others* de 1999, la Corte Constitucional de Sudáfrica determinó que el derecho al sufragio universal era superior a las facultades legislativas y administrativas, por lo que la Ley Electoral debía ser interpretada de manera que se hicieran efectivo el ejercicio del derecho al sufragio universal.

---

<sup>12</sup> GONZÁLEZ, BÁEZ, CIENFUEGOS, *La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México*, en *Cuestiones y reflexiones político-electorales*, 2010.

La Corte ordenó a la Comisión Electoral que hiciera los ajustes necesarios para permitir a todos los presos votar para cargos de elección popular desde el lugar en el que se encuentren cumpliendo su condena.

En segundo lugar, en el caso *sauvé v. Canada* de 2002, la Corte Suprema de Canadá consideró que la argumentación del Gobierno de Canadá en defensa de privar a los presos de su derecho al voto fracasó en su intento de establecer una conexión racional entre la norma y un interés público superior al sufragio y que privar a delincuentes de su derecho al voto no lograría promover en los presos valores cívicos o respeto al estado de derecho, sino por el contrario, crear un sentimiento de desprecio hacia las leyes y la democracia electoral.

Finalmente, en el caso *Hirst v. United Kingdom* de 2005, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó que la prohibición general del derecho al voto de prisioneros británicos contradice los acuerdos de la Convención Europea de Derechos Humanos, incorporada a su normatividad a través de la Ley de Derechos Humanos de 1998.

En este caso, la Gran Sala no ordenó al Reino Unido que se restaurara el derecho al voto a todos los ciudadanos que se encuentren privados de la libertad, sino que para que una persona pudiera ser privada del derecho al voto, la ley deberá ser compatible con el artículo 3 del Protocolo Primero de la Convención Europea de Derechos Humanos, quedando así abierta la posibilidad al Reino Unido para limitar este derecho, justificando el interés público superior que se pretenda proteger con dicha limitación.

## **6. Conclusiones**

En opinión del autor, es necesario hacer una modificación a la suspensión de derechos político-electorales establecida en el artículo 38, fracciones II y III de la Constitución Federal.

Lo anterior en virtud de que es una norma que ha perdido razón de ser, explico, la situación sociopolítica que vivía el país hace 100 años justificaba la necesidad de tener normas que suprimieran los derechos de los ciudadanos, esto porque se vivían tiempos de inestabilidad e inseguridad jurídica, que dieron origen a la lucha revolucionaria.

No comparto la afirmación del General Venustiano Carranza que aquellas personas que no tengan el interés o voluntad para cumplir con las obligaciones ciudadanas deberán perder ese carácter, esa es una afirmación que en mi opinión ya no tiene cabida en el México moderno, en el que se

tiene el reconocimiento de los Derechos Humanos, en virtud de la reforma de junio de 2011 al artículo 1 constitucional.

En opinión del autor, la privación de la libertad no debe ser por sí la única justificante para que se actualice la suspensión del derecho político-electoral de votar, toda vez que, en caso de estar privado por virtud de auto de formal prisión, el procesado tiene en ese momento el derecho a la presunción de inocencia, principio fundamental que debe respetar todo estado que pretenda ostentarse como democrático, por lo que considero esta suspensión violatoria del derecho humano en comento.

Ahora bien, la suspensión del derecho político-electoral de votar, que se actualice por estar cumpliendo una pena privativa de libertad, es decir, en un centro penitenciario, también es violatoria de los principios democráticos de todo estado, en virtud de que un centro penitenciario ya no es entendido, ni constitucional ni convencionalmente, como un lugar que tenga la finalidad de castigar conductas, sino como un espacio en el que se busque la readaptación y reinserción de las personas a la sociedad.

En este sentido, comparto la opinión de la Corte Suprema de Canadá al afirmar que esta privación va en contra de los valores democráticos insoslayables como la igualdad y la participación ciudadana, que deben regir en todo estado democrático moderno.

## **7. Fuentes de consulta**

### **Bibliografía**

ANDRADE SANCEZ, *Derecho Electoral*. México, Oxford, 2012.

BERLÍN VALENZUELA, *El Derecho Electoral: instrumento normativo de la democracia*, México D.F., 1980.

DE LA MATA, *Control de Convencionalidad de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano*, México D.F., 2016.

GONZÁLEZ, BÁEZ, CIENFUEGOS, *La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México*, en *Cuestiones y reflexiones político-electorales*, 2010.

TERRAZAS, *Naturaleza Jurídica de los Derechos Políticos*. En *75 aniversario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México D.F., 1992.



## LA MANIPOLAZIONE DEI MERCATI FINANZIARI: TECNICA DI ANALISI E IL CASO FIAT

**Francesco Busato**

*Professore associato presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*

**Maria Carratù**

*Dottoranda in Economia, statistica e sostenibilità presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*

Il lavoro applica una metodologia di analisi disegnata per rilevare eventi investigabili come manipolazioni dei mercati finanziari. L'approccio (nello spirito di Minenna, 2005; Comerton-Forde and Putjnjš, 2011) stima, tramite il modello ARIMA (1,1,q), i valori attesi di due variabili chiave (rendimenti, volumi) e verifica se queste giacciono all'interno di un intervallo di confidenza stimato per ogni data, attivando, in caso contrario, una "allerta". Come *case study*, si analizza la manipolazione del titolo Fiat del 2001 ed ha evidenziato una anomalia nei rendimenti in data 6 aprile 2001, come accertato (ex post) dalla Consob.

The paper econometrically analyzes financial market manipulation. The method (following Minenna, 2005; Comerton-Forde and Putjnjš, 2011) estimates, through ARIMA(1,1,q) models, expected values of key variables (e.g. returns, volume, static and dynamic market concentration), verifying whether they lay between estimated confidence intervals, prompting "alert" in the opposite case. We consider FIAT stock manipulation as *case study*, in which Consob has verified (ex post) abnormal return on April 6, 2001.

### **Sommario:**

1. Introduzione
  2. Definizioni e letteratura
    - 2.1. Definizioni
    - 2.2. La letteratura scientifica
  3. Modello: teoria e stima econometrica
    - 3.1. Il modello di riferimento
    - 3.2. Stima econometrica
    - 3.3. Il Caso Fiat "revisited"
  4. Conclusioni
- Bibliografia  
Appendice A - Grafici  
Appendice B - Tabelle delle stime  
.

## 1. Introduzione

Partendo dalla definizione di “mercato perfettamente concorrenziale”, che rispecchia le caratteristiche di efficienza e di trasparenza ed è fondato sulla leale concorrenza e sulla fiducia degli investitori, si possono individuare differenti pratiche scorrette che allontanano l’equilibrio di mercato dal sentiero segnato dalla teoria classica<sup>1</sup>, la quale enuncia il meccanismo ottimo per l’allocazione efficiente delle risorse (Fama and French 2012).

Tra queste, il presente lavoro si concentra sulle c.d. *manipolazioni*<sup>2</sup> dei mercati finanziari, individuate dall’artt. 185 e 187-ter (Titolo I-bis) del D.Lgs. n.58/1998 T.U.F che disciplinano, rispettivamente, il reato di aggio<sup>3</sup> e le modalità attraverso le quali esso si perfeziona:

1) aggio informativo o *information-based manipulation*: si formalizza in operazioni od ordini di compravendita che forniscano o siano idonei a fornire indicazioni false o fuorvianti in merito all’offerta, alla domanda o al prezzo di strumenti finanziari;

2) aggio manipolativo o *operational-based manipulation* (artt. 2637 c.c. e 185 T.U.F.): negoziazioni economiche, per quanto simulate, destinate a offrire una rappresentazione dei valori di mercato diversa da quella effettiva. Esse si concretizzano in operazioni od ordini di compravendita che utilizzano artifici od ogni altro tipo di inganno o di espediente, in modo da fornire, o siano idonei a fornire, indicazioni false o fuorvianti in merito all’offerta, alla domanda o al prezzo di strumenti finanziari;

3) La manipolazione *action-based*<sup>4</sup> (o trade-based) avviene quando un’operazione di vendita/acquisto è finalizzata all’alterazione artificiosa del valore di una security (Allen e Gale, 1992). Si tratta di operazioni/ordini di compravendita che consentono, tramite l’azione di una o più persone che

<sup>1</sup> La teoria microeconomica classica fonda le sue radici nell'*equilibrio generale*, il quale suppone che i consumatori e, in generale, tutti gli agenti economici, considerino i prezzi come un dato (*price taker*) e, su questa base, esprimano le quantità domandate ed offerte. L’equilibrio generale è ottenuto quando, su tutti i mercati, la domanda è uguale all’offerta.

<sup>2</sup> Nella giurisprudenza italiana il reato di aggio è regolato ex art. 501 c.p. e art. 2637 c.c.

<sup>3</sup> Il c.d. delitto di aggio è un reato di pericolo presunto, e non di pericolo concreto, per cui le false informazioni agli azionisti fornite per mezzo di un comunicato, a seguito della richiesta di diffusione al pubblico di informazioni, rivolta dalla Consob alle società interessate, sono comunque idonee ad integrare la norma incriminatrice, senza che perciò rilevi l’andamento comunque positivo dei titoli.

<sup>4</sup> Un esempio di manipolazione *action-based* è il caso *Daniel Drew*, il quale tentò di forzare i prezzi delle azioni Harley Railway verso il basso, attraverso dalle vendite allo scoperto del titolo (bull corners).

agiscono congiuntamente, di fissare il prezzo di mercato di uno o più strumenti finanziari ad un livello anomalo (c.d. artificiale)<sup>5</sup>.

I fenomeni manipolativi possono compromettere il meccanismo di formazione (concorrenziale) dei prezzi, inteso come spontanea (*rectius*, competitiva) formazione del prezzo di mercato, generato dall'incontro di domanda ed offerta.

Nel perseguimento di tale obiettivo agiscono la *Direttiva 2014/57/UE* del 2 Luglio 2014<sup>6</sup>, il *Regolamento comunitario n. 596/2014*<sup>7</sup> (Market Abuse Regulation - MAR), le quali inaugurano una nuova era per le strategie europee di contrasto dei fenomeni di "market abuse", e il "New Regulation M" (SEC)<sup>8</sup>, che sostituisce l'*Exchange Act* (1934)<sup>9</sup>, vigente negli USA. In particolare il Regolamento MAR mira all'efficienza di mercato e alla protezione degli investitori, aumentando l'attrattività dei titoli finanziari per la raccolta dei capitali.

Le manipolazioni dei mercati finanziari hanno destato l'attenzione non solo delle Autorità preposte alla vigilanza, ma anche di economisti, tecnici ed esperti di finanza. La ricerca scientifica si è orientata verso il ricorso ad indicatori sintetici di rischio (es. *rating*), basati su metriche quantitative

---

<sup>5</sup> Con sentenza n. 4324 del 29 dicembre 2013 la VI Sezione Penale della Suprema Corte di Cassazione ha analizzato il reato di agiotaggio operativo (o manipolativo) in strumenti finanziari, commesso, nel caso prospetto, con artifici consistiti in acquisti ripetuti in giorni ravvicinati di azioni privilegiate, tali da produrre un anomalo rialzo della valutazione dei titoli, alterandone il normale andamento sul mercato. Per alcuni esempi relativi ai reati di manipolazione, visitare il sito <http://www.consob.it/documents/46180/46181/c5078692.pdf/370ade2-4833-4471-93ff-a42c7bc596f6>.

<sup>6</sup> Direttiva n. 2014/57/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (direttiva abusi di mercato).

<sup>7</sup> Regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione Testo rilevante ai fini del SEE. Il MAR è entrato in vigore il 3 Luglio 2016. Cfr. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32014R0596>.

<sup>8</sup> Il nuovo Regolamento "M" abroga le leggi: 10b-6, 10b-6A, 10b-7, 10b-8, e 10b-21 ("trading practices rules") vigenti sotto il Securities Exchange Act - "Exchange Act" (1934). Cfr. *Regulation M Adopting Release*, 62 FR at 520.

<sup>9</sup> Il *Commodity Exchange Act* (ch. 545, 49 Stat. 1491, del 15 giugno, 1936) è un Atto federale del Governo degli Stati Uniti d'America, e sostituisce il *Grain Futures Act* del 1922. Il CEA fornisce una regolamentazione a livello federale, per le commodity e le attività che hanno ad oggetto Futures, nonché i prodotti derivati su commodity non negoziati sui mercati regolamentati. Nel 1974, il Commodity Futures Trading Commission (CFTC) fu creato dal CEA e, nel 1982, a sua volta venne creata la National Futures Association (NFA) (cfr. <http://www.cftc.gov/files/ogc/comex060601.pdf>)



robuste, il più possibile oggettive e ricostruibili a ritroso (es. indici di entropia, Minenna et al. 2005)<sup>10</sup>.

Ad esempio, la Consob, dal 2002 utilizza un modello statistico per l'analisi dei dati di mercato inerenti alle negoziazioni di azioni quotate in Borsa, disegnato per segnalare fenomeni esaminabili come possibili abusi di mercato. Il funzionamento del modello si basa su quattro variabili finanziarie (rendimenti, volumi, indici di concentrazione statica e dinamica), il cui confronto con le "soglie" porta all'attivazione di eventuali alerts, ed i successivi approfondimenti.

Il presente lavoro offre, in sintesi, due contributi.

In **primo luogo**, partendo dalla metodologia statistica presentata ed applicata da Minenna (2003) introduce sviluppi scelti per migliorare la robustezza e la significatività delle stime econometriche. In particolare, le stime sono basate sui modelli ARIMA (modello Auto-regressivo Integrato a Media Mobile)<sup>11</sup>, il quale consente di stimare la componente di autocorrelazione della variabile dipendente e degli errori e restituisce coefficienti significativi per i parametri utilizzati per la calibrazione degli intervalli di confidenza (c.d. allertatori), i quali sono impiegati segnalare eventuali anomalie nelle osservazioni (c.d. alert).

In **secondo luogo**, applica la procedura al Caso Fiat 2001, per il quale è stata accertato un caso di manipolazione operativa. Trattasi questo di un *case study* classico che ha riguardato la manipolazione operativa del prezzo di azioni ordinarie le quali rappresentavano il sottostante di uno strumento derivato. Il caso è stato discusso nella giurisprudenza italiana in diversi gradi di giudizio fino al 2013. Si ritiene pertanto che sia un *benchmark* sul quale discutere e testare la metodologia di analisi qui sviluppata, con attenzione a rendimenti e volumi. Anticipando un risultato del lavoro, effettivamente, a seguito della calibrazione degli intervalli di confidenza per le variabili esaminate, osserviamo comportamenti "anomali" in data 6 aprile 2001, data in cui la Consob ha accertato l'episodio di manipolazione delle azioni ordinarie Fiat/Chrysler Automobiles (FCA.MI).

---

<sup>10</sup> Non significa, questo, che la valutazione dovrà essere basata unicamente su detti valori. L'analisi tecnico-finanziaria è da considerarsi un utile riferimento, che dovrà esse, in seguito, integrato con valutazioni nel merito specifico. In altri termini, eventuali dati anomali non sono una misura certa di una avvenuta manipolazione, ma solo segnaletici di possibili anomalie.

<sup>11</sup> Il modello ARIMA (Autoregressive Integrated Moving Average) sono modelli lineari utilizzati per analizzare le serie storiche che presentano caratteristiche di non stazionarietà; per eliminare il problema di non stazionarietà si rende la serie storica "integrata" mediante differenziazione in livelli.

**In terzo luogo**, e come riflessione operativa, l'articolo suggerisce una lettura "macro" e non più per singola data. Si ritiene, infatti, ragionevole utilizzare questa classe di modelli per rilevare "fasi" di mercato, eventualmente normale rispetto alla stimata regione di normalità e rispetto alle quali effettuare approfondimenti.

L'articolo è suddiviso come segue: la Sezione 2 presenta, in sintesi, le differenti tipologie di manipolazione e una rapida panoramica della letteratura scientifica, la Sezione 3 presenta il modello econometrico utilizzato per l'analisi delle serie storiche, e, infine, la Sezione 4 conclude il lavoro presentando riflessioni conclusive e spunti di ricerca.

## 2. Definizioni e letteratura

### 2.1. Definizioni

La *manipolazione* dei mercati finanziari può essere definita come una pratica dedita ad influenzare, in maniera artificiosa, il prezzo di uno strumento finanziario. Il reato di *aggiotaggio* (Felixson e Pelli, 1999; Alfarano e Lux, 2003; Bernhardt e Davids, 2005; Allen et al., 2006), viene compiuto da chiunque diffonde informazioni false o attiva artifici effettivamente abili a provocare un'alterazione, sufficientemente percepibile, del prezzo di merci o di strumenti finanziari. Si tratta, quindi, di manovre fraudolente e/o speculative che possano determinare squilibri sui mercati finanziari, il cui scopo è quello di incrementare/ decrementare il prezzo di un titolo finanziario.

Il reato di *manipolazione del mercato*, in Italia, è disciplinato ex art. 185 d.lgs. n.58/1998 (T.U.F.), secondo cui:

*«chiunque diffonde notizie false o pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro ventimila a euro cinque milioni».*

Esistono varie forme di manipolazione, che possono essere suddivise in tre macro-categorie<sup>12</sup>:

1. Manipolazione *information-based*, che consiste nella diffusione di notizie false<sup>13</sup>, ma apparentemente affidabili e che possono riflettersi nel

---

<sup>12</sup> CONSULICH, *La giustizia e il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell'investimento mobiliare*, Milano, 2010. XV-452 p.

<sup>13</sup> Tale condotta è configurabile come reato di manipolazione, specialmente se si accerta che lo stesso soggetto autore degli studi ha poi operato in controtendenza rispetto al

prezzo degli strumenti finanziari cui si riferiscono. Rientra in questa categoria anche la diffusione di studi contenenti analisi e segnalazioni di acquisto o vendita di strumenti finanziari intenzionalmente errati. In genere, ci si riferisce alle manipolazioni basate sulle informazioni con il termine *runs*<sup>14</sup> (es. *pump-and-dump*<sup>15</sup>);

2. *manipolazione trade-based*, ottenuta per mezzo di esecuzione di operazioni realmente effettuate sui mercati le quali alterano le quotazioni di strumenti finanziari;<sup>16</sup> il risultato è la generazione di una c.d. “bolla speculativa”, la quale si sgonfia rapidamente non appena il manipolatore chiude la propria posizione sui titoli precedentemente negoziati, con gravi ripercussioni per gli altri investitori. Questa categoria può essere ulteriormente scomposta in (Kara et al. 2016): 1) manipolazione *contract-based*<sup>17</sup>, quando il manipolatore influisce sul prezzo di un titolo allo scopo di usufruire di diritti contrattuali. Alcuni esempi sono: *bear raids*<sup>18</sup>, *marking the close/open*<sup>19</sup>, *capping/pegging*<sup>20</sup>; 2)

suggerimento divulgato. A titolo di esempio si cita il caso “Alitalia” (2001-2007), che vede contestati, a seguito della sentenza del Tribunale di Roma, due episodi di agiotaggio a carico di Giancarlo Cimoli, presidente e amministratore delegato della compagnia dal maggio 2004 al febbraio 2007, per la diffusione di notizie false idonee a provocare una sensibile alterazione dei valori del titolo Alitalia. Vedi *il Sole 24 Ore* del 28 settembre 2015.

<sup>14</sup> Un *run* è un periodo prolungato di trend forzato in rialzo (*bull rally*) o ribasso (*bear rally*).

<sup>15</sup> Con il termine “*pump-and-dump*” ci si riferisce ad una situazione in cui un soggetto entra in una posizione lunga (acquisto) su uno strumento finanziario e, contemporaneamente, pone in essere ulteriori operazioni di acquisto e/o diffonde informazioni fuorvianti (positive o negative) su di esso, in modo da aumentarne/diminuirne il prezzo. Una volta che l’operatore di *dump* chiude la propria posizione, il prezzo scende e si generano forti perdite per gli altri investitori. Solitamente le azioni oggetto di questo sistema sono identificate con il termine “*chop stocks*”. In generale, nella definizione di *pump and dump* si legge “una frode che comporta operazioni rivolte alla alterazione del prezzo e alla diffusione di informazioni fuorvianti (a mezzo e-mail spam ecc)”. Questo rende difficile stabilire se si tratti di *info-based* o *trade based* (sembra più una fattispecie intermedia). Anche se, come esempio, vengono riportate le “*penny stocks*” che ricalcano la definizione di agiotaggio informativo.

<sup>16</sup> M.Damilano, P.De Vincentiis, E.Isaia, P.Pia in “Il mercato azionario” classificano la manipolazione con la tripartizione menzionata; alla voce “*trade-based*” aggiungendo anche come essa sia difficile da delinearne in maniera chiara ed univoca.

<sup>17</sup> Un manipolatore decide di alterare il prezzo di una *security* allo scopo di usufruire di diritti, derivanti dal negozio giuridico, e esercitabili solo laddove il titolo registri una determinata quotazione sui mercati.

<sup>18</sup> Un *bear raid* è la pratica illegale di spingere il prezzo di un titolo al ribasso attraverso una successione di vendite allo scoperto (c.d. *short selling*); i traders ottengono profitti acquistando, in seguito, le azioni per coprire la posizione debitoria ad un prezzo più basso. Essa si attua con la diffusione di “*rumors*” negativi sulla società le cui azioni sono oggetto di manipolazione. La c.d. operazione di vendita allo scoperto “*coordinata*” dalla diffusione di false informazioni, è una fattispecie di manipolazione di mercato (Cfr. Securities and Exchange Commission-SEC).

manipolazione basata su tecniche di *market-power*, quando un soggetto agisce nello sfruttamento di una posizione dominante sul mercato, aumentando in modo profittabile il prezzo di un bene o di un servizio al di sopra del costo marginale (es. *corner* o *squeeze*<sup>21</sup>).

3. manipolazione *action-based*, le quali comportano l'esecuzione di operazioni simulate al di fuori dei mercati, per diffondere negli investitori immagini positive su uno strumento finanziario; il manipolatore simula l'operazione di acquisto/vendita al fine di generare "volume" e richiamare l'interesse degli altri investitori. Quando tali operazioni coinvolgono un unico soggetto si parla di "wash sales", qualora esse coinvolgano più soggetti che agiscono di comune accordo si parla di "matched orders". In genere, le conseguenze di dette operazioni si evidenziano con la riduzione dei prezzi dei titoli e/o l'apparenza di un mercato attivo.

## 2.2. La letteratura scientifica

Il tema della manipolazione del mercato (o agiotaggio) è entrato a far parte di una branca della letteratura economica che studia le caratteristiche dei mercati finanziari e delle variabili finanziarie. Data la sensibilità delle informazioni, e sebbene i dati relativi a questa fattispecie di frode rappresentino un ostacolo ai lavori di carattere empirico, i contributi scientifici non sono esigui e, infatti, sono state proposte differenti tecniche di individuazione di questi fenomeni. La maggior parte dei lavori si focalizza sull'analisi di variabili quali la volatilità, i rendimenti e i volumi di negoziazione e valutano gli effetti che la manipolazione produce su di esse. Alcuni autori confermano la presenza di effetti significativi sulle quotazioni dei titoli all'approssimarsi della chiusura dei mercati (Felixson e Pelli 1999, Hillion e Suominen 2004, Putniņš and Comerton-Forde 2011); altri studiano

---

<sup>19</sup> Si tratta di operazioni che coinvolgono un elevato numero di strumenti finanziari, che avvengono durante i momenti di chiusura/apertura dei mercati o in prossimità della chiusura/apertura, in maniera da influenzarne il prezzo.

<sup>20</sup> Per *capping/pegging* (letteralmente coprire e tener fermo) si intende una operazione che ha ad oggetto contratti derivati su azioni. In altri termini, una posizione corta (*capping*)/lunga (*pegging*) su opzioni, agisce in maniera da alterare il prezzo del sottostante ed esercitare l'opzione.

<sup>21</sup> Con il termine "corner the market" (stringere il mercato in un angolo) si riferisce alla fattispecie in cui un'impresa detiene un sufficiente controllo (*market share*) su un'azione, commodity, o altro asset tale da influenzarne il prezzo a proprio vantaggio. Gli *squeezes* sono una forma di *corner*, attraverso i quali gli operatori abusano della propria posizione dominante, alterando il prezzo al quale si effettueranno le operazioni di consegna/ricezione dello strumento finanziario o del relativo sottostante. Tipicamente *corners* e *squeezes* riguardano il mercato dei derivati, in particolar modo i commodity futures. Cfr. [www.thomsonreuters.com](http://www.thomsonreuters.com)

gli effetti di aggio, trovando un impatto significativo sul bid-ask spread<sup>22</sup> (Hillion e Suominen 2004, Aitken et al. 2009, Gerace et al. 2014). In particolare, Felixson e Pelli (1999) stimano un modello di regressione lineare, per studiare casi di manipolazione del prezzo di chiusura sul *Finnish Stock Market*, mostrando che i rendimenti rilevati prima della chiusura della borsa sono più elevati rispetto ai valori normali e quelli rilevati dopo la chiusura sono più bassi rispetto al normale e viceversa, quando i rendimenti in chiusura sono più bassi dei livelli normali, quelli che si registrano dopo la chiusura sono più elevati.

Hillion e Suominen (2004) hanno studiato, attraverso un modello di equilibrio, gli effetti delle “aste a chiamata” sulla possibile manipolazione dei prezzi di chiusura di titoli quotati sulla *Paris Bourse*, collezionando un campione di osservazioni *intra-day* relative a 40 azioni quotate sul CAC40. Gli autori attribuiscono un significativo incremento del bid-ask spread ai picchi in salita su varianza e volumi, osservati all’approssimarsi dell’orario di chiusura; introducendo un’asta a chiamata sul prezzo di chiusura, si riduce l’incentivo alla manipolazione e si mantiene il prezzo più vicino al valore equo dell’asset, perché, tenuti costanti il livello di effort dei broker e l’impatto che le operazioni dei consumatori hanno sui prezzi e aumentando il numero di traders, in equilibrio, i manipolatori domandano minori quantità rispetto ad un mercato senza aste.

Minenna (2005) discute un modello auto-regressivo per la stima degli intervalli di confidenza (c.d. allertatori) per rendimenti e volumi di un titolo azionario, analizzando la presenza di osservazioni anomale (c.d. alert) e valutando la presenza di potere di mercato da parte di alcuni intermediari, attraverso indici di concentrazione statica e dinamica (indici di entropia).

Aggarwal e Wu (2006) utilizzano un modello di *standard market microstructure*, in cui introducono asimmetrie informative tra tre tipologie di investitori: *insiders* che effettuano operazioni di acquisto/vendita sfruttando la posizione di vantaggio e compromettendo l’efficienza dei mercati; *arbitraggisti* che osservano le quotazioni storiche di rendimenti e volumi e sono suscettibili ai rumors; i *soggetti non informati*, i quali svolgono l’unica funzione di generazione di liquidità, effettuando operazioni di vendita di azioni. Il modello, in sintesi, evidenzia che all’aumentare del numero di soggetti non informati, in presenza di manipolazione, l’efficienza si riduce.

---

<sup>22</sup> Il bid-ask spread è la differenza tra “best” ask e “best” bid, letteralmente miglior prezzo “denaro” miglior prezzo “lettera”. Con riferimento all’operatività del dealer, il bid-ask spread è il margine di profitto lordo di tale intermediario, che negozia strumenti di proprietà appartenenti al proprio portafoglio (noto come *inventory*).

Ögüt et al. (2009), usano modelli di statistica multivariata (logit e analisi di discriminazione) per la individuazione di casi di manipolazione sull'*Instabul Stock Exchange*<sup>23</sup>, attraverso la valutazione delle differenze tra un'azione manipolata e un indice di rendimenti medi giornalieri, volumi e volatilità. Gli autori comparano le statistiche multivariate con modelli di *data mining* e trovano che questi ultimi offrono migliori performance in termini di accuratezza e sensitività statistica.

Aitken et al. (2009) usando un modello ad effetti random, testano l'incidenza della manipolazione trade-based sull'aumento dei costi di esecuzione degli ordini per grandi negoziazioni in 34 mercati tra il 2000 e il 2005 e trovano che i bid-ask spreads sono positivamente collegati con l'incidenza di "ramping alert" in 8 casi su 10. Liu et al. (2013), invece, propongono un modello teorico di *detection* della manipolazione operativa basata sui ramping alerts, dimostrandone la validità per la individuazione di un caso di manipolazione sul *Chinese Stock Market*<sup>24</sup>.

Putniņš and Comerton-Forde (2011) presentano un modello di regressione logistica (Logit) per la costruzione di un indicatore di probabilità e di intensità della manipolazione del prezzo di chiusura dei titoli azionari, il quale rivela che i rendimenti, spread, volumi e revisioni dei prezzi Offerta Pubblica Iniziale (OPI) incrementano significativamente in presenza di manipolazione; essa si manifesta con aggressive operazioni di acquisto/vendita, effettuate all'approssimarsi dell'orario di chiusura di borsa, volte a "spingere" il prezzo di una security a livelli artificiali.

Bagliano et al. (2011) commentano il comportamento di volumi, rendimenti e liquidità in concomitanza di annunci pubblici; spiegano come il comportamento delle variabili dipenda dalle preferenze dell'investitore: in presenza di informazione omogenea e di propensione al rischio da parte degli agenti, i rendimenti attesi sono determinati dai volumi, che riducono l'autocorrelazione nei rendimenti.

Saha e Petersen (2012) testano, con una metodologia statistica basata sulla correlazione dei termini di errore, i casi in cui un manipolatore agisce provocando una formazione "artificiale" dei prezzi sul mercato dei futures su

---

23 Ögüt et al. (2009) utilizzando dati relativi ad indici sui rendimenti medi giornalieri e variazioni nei volumi giornalieri di negoziazione delle azioni.

24 Liu et al. (2015) analizzano due episodi verificatisi sul Chinese Stock Market tra il 1998 e il 2001: 1) il caso *Yi An Technology stock* avvenuto tra il 5 Ottobre 1998 e l'11 Gennaio 2001, quando un gruppo di trader colluse per aumentare il prezzo delle azioni da 8.2 a 116 Yuan; 2) il caso *Zhong Ke Chuang Ye stock* avvenne tra il 1 Dicembre 1998 e l'11 Gennaio 2001, quando 100 partners agirono per aumentare il prezzo delle shares da 15.5 a 84 Yuan.

commodities applicato al caso Amaranth; i risultati statistici non supportano la tesi di manipolazione sul mercato dei futures su gas naturale.

Murugesan and Thoppan (2012) usano un modello basato su analisi di discriminazione per classificare le azioni come “manipolate” o “non manipolate”, non scindendo tra tipi di manipolazione basati sull’informazione o sull’operatività.

Gerace et al. (2014) rappresenta uno dei primi lavori a proporre uno studio di carattere empirico riguardante 40 casi di manipolazione *trade-based* avvenuti sul *Hong Kong Stock Exchange* tra il 1996 e il 2009; dimostrano che la manipolazione ha impatto negativo su bid-ask spreads e volatilità dei rendimenti e consente ai soggetti manipolatori di generare profitti. Ancora più recentemente, Leangarun et al. (2016) investigano sui fenomeni di *pump-and-dump* e *spoof trading*<sup>25</sup> sui mercati azionari, proponendo un modello di *feedforward neutral network*<sup>26</sup>, che spiega l’88.28% dei fenomeni di *pump-and-dump*, e un modello Gaussiano a 2 dimensioni per l’individuazione di *spoof trading*.

La maggior parte dei summenzionati studi mira alla verifica degli effetti prodotti dai fenomeni di abuso sulle variabili finanziarie elementari (volumi, rendimenti, liquidità). In particolare, i modelli di statistica univariata analizzano dati ad alta frequenza (Felixson e Pelli, 1999; Hillion Suominen, 2004), dati riguardanti la divulgazione di informazioni di società quotate (Bagliano et al. 2011) o informazioni circa l’arrivo di manipolatori sul mercato e la diffusione di rumors; i modelli di statistica multivariata (Ögüt et al. 2009; Putniņš e Comerton-Forde, 2011; Murugesan e Thoppan 2012; Leangarun et al. 2016), per la ingente quantità di dati che gestiscono, ben si prestano alla individuazione di operazioni di carattere abusivo, sebbene partano da un dato certo circa l’avvenuta manipolazione su uno strumento azionario; Saha e Petersen (2012) testano uno strumento finanziario *derivato* che segue una dinamica differente rispetto agli stocks, di conseguenza il modello potrebbe non essere idoneo all’analisi su azioni. Infine i modelli teorici di detection sono idonei a valutare l’efficienza dei mercati manipolati (Aggarwal e Wu, 2006) o la cosiddetta *finanza comportamentale* in presenza di alcune informazioni scaturite dai prezzi storici dei titoli.

---

<sup>25</sup> *Pump-and-dump* consente ad un agente di comprare un’azione e far schizzare in alto il suo prezzo, ottenendo un extra profitto (liquidando rapidamente la posizione). *Spoof trading* è una procedura che inganna gli investitori, inducendoli a negoziare un titolo ad un prezzo ottenuto grazie alla manipolazione.

<sup>26</sup> Il *feedforward neutral network* è un sistema neutrale costituito da interconnessioni tra le unità che non formano un ciclo.

Il presente articolo, nello spirito di Minenna (2005) e utilizzato in Consob per la individuazione di fenomeni di manipolazione, utilizza la procedura di detection MAD (acronimo di *Market Abuse Detection*) per la individuazione di casi di manipolazione operativa sul mercato azionario italiano. Tecnicamente sono utilizzati i modelli ARIMA per la stima dei parametri delle equazioni differenziali che descrivono la dinamica delle variabili finanziarie elementari esaminate. L'utilizzo dei suddetti modelli consente di ottenere stime significative per la calibrazione degli intervalli di confidenza<sup>27</sup> che permettono l'individuazione di anomalie nelle serie, le quali possono essere considerate quali indicatori di fenomeni di abuso di mercato<sup>28</sup>. Mediante un meccanismo di *rolling* continuo, si procede con l'aggiornamento degli intervalli di confidenza stimati e con la verifica di individuazione di campanelli d'allarme da sottoporre, eventualmente, a vigilanza e valutazione giudiziale in sede penale laddove venga accertato il reato. Tra le varie metodologie disponibili, la scelta è caduta sulla metodologia Minenna, in quanto riteniamo che sia di più pratica ed operativa applicazione. Gli altri modelli richiedono grandi quantità di dati non sempre disponibili.

Il modello teorico sarà presentato nella prossima sezione.

### 3. Modello: teoria e stima econometrica

Viene, in primo luogo, presentato il modello teorico di riferimento che spiega la dinamica dei rendimenti e dei volumi di un titolo azionario (**Sez 3.1**). Sfruttando le proprietà dei processi stocastici, vengono definiti intervalli di confidenza all'interno dei quali si presume che rendimenti e volumi seguano dinamiche "normali". Il modello assume che osservazioni al

---

<sup>27</sup> Il modello può essere calibrato su diversi intervalli temporali; per la natura dei nostri dati, i quali presentano una frequenza giornaliera, la calibrazione viene fatta su base settimanale.

<sup>28</sup> La condizione affinché una osservazione giornaliera sia identificata come una anomalia è data dal fatto che essa non ricada nell'intervallo di confidenza calibrato e stimato. Tali anomalie possono riguardare una o entrambe le variabili considerate nel modello econometrico. Qualora coinvolgano più di una variabile contemporaneamente nello stesso istante di tempo (stessa giornata di trading) sono da considerare quali indicatori di andamenti non previsti dei titoli, possibilmente spiegati dalla presenza di manipolatori sul mercato. Sarebbero, in questi casi, necessari ulteriori accertamenti, da parte di autorità di vigilanza e, eventualmente, sezione penale, affinché si accerti la corrispondenza tra l'anomalia dei dati finanziari e un fenomeno di abuso di mercato.



di fuori degli intervalli di confidenza siano “anormali” e potenzialmente oggetto di investigazione da parte dell’autorità di vigilanza.

La sezione successiva (**Sez. 3.2**) discretizza i processi e presenta, in sintesi, i criteri tecnico econometrici sulla base dei quali i parametri sono stimati. L’utilizzo di modelli composti dalla sola componente autoregressiva è tenuto valido per la serie storica dei rendimenti giornalieri; la serie storica dei volumi presenta componenti aggiuntive al mero modello autoregressivo, in primo luogo la non stazionarietà, tali da suggerire l’utilizzo di modelli *autoregressivi integrati a media mobile*.

In conclusione (**Sez. 3.3**) si ripercorre il Caso Fiat 2001 utilizzando i criteri metodologici descritti nelle sezioni precedenti.

### 3.1. Il modello di riferimento

In questa sezione viene esposto il modello econometrico utilizzato per la rilevazione di anomalie da sottoporre a vigilanza come potenziali abusi di mercato.

Le variabili analizzate riguardano titoli quotati sui mercati azionari. In particolare si utilizzano le seguenti informazioni elementari relative ai prezzi delle azioni ed alle quantità scambiate sui mercati per rilevare:

- I volumi di scambio, dato grezzo espresso come il totale delle quantità acquistate e vendute in una giornata di negoziazioni; si applica la media mobile<sup>29</sup> a cinque giorni per le quantità osservate;
- I rendimenti, ottenuti come il logaritmo del prezzo di chiusura osservato al tempo  $t$ .

Una volta stabilito un orizzonte temporale per l’osservazione delle variabili si procede identificando il modello che ne spiega la dinamica nel tempo, attraverso test diagnostici, utili ai fini dell’osservazione di una eventuale correlazione seriale delle osservazioni. L’analisi grafica ci consente di individuare il modello opportuno per la dinamica; in particolare, laddove il grafico delle correlazioni (c.d. correlogramma) mostri una significativa relazione lineare tra l’osservazione al tempo  $t$  e il ritardo  $t-k$ , si aggiunge una componente auto-regressiva al modello da stimare.

I volumi e i rendimenti, nel tempo continuo, seguono un processo spiegato dall’equazione differenziale stocastica (EDS) di Ornstein-Uhlenbeck<sup>30</sup> (Minenna 2005):

---

<sup>29</sup> Il calcolo della media mobile semplice (Simple Moving Average-SMA) consente di smussare la serie storica e di individuarne un trend.

$$dQ_t = -\gamma Q_{t-1} + \sigma dW_t \quad (1)$$

$$dR_t = q(\mu - R_{t-1})dt + \sigma dW_t \quad (2)$$

L'equazione (1) è definita "passeggiata aleatoria" (random walk), qualora il parametro  $\gamma$  sia esattamente pari ad 1, ed esprime la dinamica seguita dai volumi nel tempo; essa è suddivisa in una componente deterministica (primo termine) e una componente aleatoria (secondo termine); dove  $Q_t$  è la quantità (volume) scambiata sul mercato al tempo  $t$ ;  $\theta$  e  $\sigma$  sono parametri deterministici e  $W_t$  è un processo di Wiener<sup>31</sup>. L'equazione (2) è un'equazione differenziale stocastica con "deriva", dove la componente deterministica presenta il parametro  $q$  di velocità di ritorno (drift) al valore medio  $\mu$ ,  $R_t$  è il rendimento calcolato sul prezzo osservato al tempo  $t$  e  $\sigma$  è la volatilità.

Ponendo,

$$a = 1 - e^{-\gamma}; \quad b = e^{-\gamma} - 1; \quad \hat{\sigma} = \sqrt{\frac{\sigma^2}{2\gamma}(1 - e^{-2\gamma})}, \quad (3)$$

dove  $\gamma = \theta$  per l'eq. (1) e  $\gamma = q$  per l'eq.(2). Riscriviamo EDS usando la (3) il processo auto-regressivo per le equazioni (3) e (4) nel tempo discreto, come segue:

$$Q_t - Q_{t-1} = (e^{-\gamma} - 1)Q_{t-1} + \sqrt{\frac{\sigma^2}{2\gamma}(1 - e^{-2\gamma})}Z_t \quad (4)$$

---

<sup>30</sup> Il processo di Ornstein-Uhlenbeck è un processo Gauss-Markov stazionario con drift, anche conosciuto come processo di ritorno alla media (mean-reverting process). Esso può essere considerato come una passeggiata aleatoria (random walk) espresso nel tempo continuo, in cui la tendenza tende a convergere verso un valore medio nel lungo periodo, o come un processo AR (1) autoregressivo nel tempo discreto.

<sup>31</sup> Un processo stocastico con incrementi indipendenti nel tempo continuo, usato per modellare fenomeni di natura casuale è detto processo di Wiener.

$$R_t - R_{t-1} = (1 - e^{-q})\mu + (e^{-q} - 1)R_{t-1} + \sqrt{\frac{\sigma^2}{2q}(1 - e^{-2q})}Z_t \quad (5)$$

Dalle proprietà distributive della (5) e (6), si costruiscono le distribuzioni di volumi (6) e rendimenti (7),

$$Q_k \sim N \left( Q_s e^{-\gamma(t-s)}; \sqrt{\frac{\sigma^2}{2\gamma}(1 - e^{-2\gamma(t-s)})} \right), \quad (6)$$

$$R_t \sim N \left( (R_s - \mu)e^{-q(t-s)} + \mu; \sqrt{\frac{\sigma^2}{2q}(1 - e^{-2q(t-s)})} \right) \text{ con } s < t \text{ e } 0 < t < T. \quad (7)$$

Mediante la (6) e la (7), si derivano gli intervalli di confidenza dinamici per i volumi  $Q_t$

$$P \left( \begin{array}{c} -z_{\alpha/2} \sqrt{\frac{\sigma^2}{2\gamma}(1 - e^{-2\gamma})} + Q_{t-1} e^{-\gamma} \leq \\ \leq Q_t \leq \\ \leq z_{\alpha/2} \sqrt{\frac{\sigma^2}{2\gamma}(1 - e^{-2\gamma})} + Q_{t-1} e^{-\gamma} \end{array} \right) = x \quad (8)$$

e rendimenti  $R_t$ ,

$$P \left( \begin{array}{c} -z_{\alpha/2} \sqrt{\frac{\sigma^2}{2q}(1 - e^{-2q})} + (R_{t-1} - \mu)e^{-q} + \mu \leq \\ \leq R_t \leq \\ \leq z_{\alpha/2} \sqrt{\frac{\sigma^2}{2q}(1 - e^{-2q})} + (R_{t-1} - \mu)e^{-q} + \mu \end{array} \right) = x \quad (9)$$

Una volta attribuito un livello di significatività<sup>32</sup> e costruite le soglie dinamiche (c.d. allertatori), usando le equazioni (8) e (9) siamo in grado di individuare valori anomali (c.d. *failure*) delle osservazioni sulle nostre variabili.

Le soglie dinamiche (endogene, nel senso che variano periodo per periodo) stanno a rappresentare le “bande” entro le quali l’osservazione della variabile che qui ci interessa è ritenuta “fisiologia”. Laddove si osserva un valore superiore o inferiore, il dato viene considerato come potenzialmente oggetto di approfondimenti di vigilanza.

Per la stima econometrica è necessario, preliminarmente, discretizzare i processi stocastici; seguendo Minenna (2005), si applica il Teorema di convergenza debole in distribuzione<sup>33</sup>, e si derivano i processi nel tempo discreto per le equazioni (1) e (2):

$$Q_k - Q_{k-1} = -\gamma Q_{k-1} + \hat{\sigma}Z_k \quad (10)$$

$$R_k - R_{k-1} = \theta(\eta - R_{k-1}) + \hat{\sigma}Z_k \quad (11)$$

dove le variabili dipendenti sono espresse indifferenze prime delle osservazioni in  $[k, k - 1]$ <sup>34</sup>;  $\gamma$  è il coefficiente associato al regressore (osservazione con ritardo di un periodo),  $\theta$  è una costante,  $\eta$  è il parametro di *mean reversion* e  $\hat{\sigma}$  è la volatilità e  $Z_1, \dots, Z_k$  è una sequenza di variabili casuali *i.i.d.* nel tempo discreto  $k$ .

La prima equazione (la n. 10) spiega la dinamica dei volumi. In particolare, ci dice che la differenza tra il volume di transazione oggi e quello di ieri, dipende negativamente dai volumi di ieri e da un componente stocastico  $\hat{\sigma}Z_k$ . In termini di intuizione, questo ci dice che se i volumi di transazione crescono “troppo”, il modello li fa tornare verso la media (grazie

<sup>32</sup> Il livello di significatività statistica è scelto a discrezione dell’utente del modello. La scelta del livello di significatività influisce sull’ampiezza dell’intervallo di confidenza dinamico; per cui è opportuno considerare che differenti risultati potrebbero essere pervenuti qualora si impostasse un livello di significatività differente. In questa sede verrà utilizzato un livello di significatività pari al 5%. Inoltre, più basso è il livello di significatività, maggiore è l’evidenza statistica.

<sup>33</sup> Per approfondimento vedi: Van Der Vaart, A. W., & Wellner, J. A. (1996). *Weak Convergence. In Weak Convergence and Empirical Processes* (pp. 16-28). Springer New York.

<sup>34</sup> La differenziazione in livelli (differenza prima) della variabile dipendente consente di rendere la serie storica stazionaria in livelli.

alla relazione negativa con il valore del periodo precedente), fatto salvo un eventuale evento impreveduto (lo shock  $\hat{\sigma}Z_k$ ).

La seconda equazione (la n.11) spiega la dinamica dei rendimenti. La differenza tra i rendimenti osservati oggi e ieri dipende positivamente dalla differenza tra il valore medio del rendimento ( $\eta$ ) e il rendimento di ieri e positivamente da una componente aleatoria. Tale differenza in livelli segue un andamento per cui, nel lungo periodo, il rendimento ritorna verso il suo valore medio.

Riscrivendo e generalizzando per  $X_k$ , otteniamo la seguente equazione espressa nel tempo discreto,

$$X_k - X_{k-p} = \hat{a} + \hat{b}X_{k-p} + \hat{\sigma}Z_k \quad (12)$$

### 3.2. Stima econometrica

Per l'equazione differenziale (n.12), stimiamo un modello autoregressivo AR(p)<sup>35</sup>, dove  $p$  indica l'ordine dei ritardi della variabile dipendente, i cui coefficienti sono utilizzati ai fini della calibrazione degli allertatori.

La procedura Box-Jenkins, preliminarmente consente di valutare il comportamento della serie storica nel tempo e la sua eventuale correlazione con i termini di ritardo temporale. Si analizzano, quindi, graficamente le funzioni di autocorrelazione globale e parziale per entrambe le variabili e si studia la relazione lineare che lega l'osservazione in  $k$  con i suoi ritardi  $k-p$ . La differenziazione in livelli per la specificazione della variabile dipendente nella (12) è applicata al fine di rendere la serie stazionaria (*white noise*); laddove post-differenziazione, dal confronto grafico, emerga una evidenza di non stazionarietà, si valuta la aggiunta di una componente autoregressiva nel modello.

Nello specifico, richiamando i risultati dell'esame diagnostico della funzione di autocorrelazione parziale (*figura n.3* in appendice A), per la serie storica dei rendimenti, si conferma la presenza di una componente autoregressiva e correlazione positiva  $\rho > 0$  e dunque l'implementazione di un modello autoregressivo per la stima dei parametri dell'equazione differenziale di Ornstein-Uhlenbeck nel discreto (12); per la serie storica dei

---

<sup>35</sup> La componente auto-regressiva determina la velocità di ritorno della serie al valore medio. Il coefficiente di correlazione ( $\rho$ ) di Pearson esprime la linearità tra due variabili statistiche. Se  $\rho$  circa uguale a -1 (1) la serie tende a ritornare al valore medio molto lentamente, se  $\rho = 0$  il ritorno alla media è molto rapido.

volumi (*figura n.4* in appendice A), si stimano modelli Autoregressivi Integrati a Media Mobile – ARIMA per l'equazione (4), i quali presentano caratteristiche di non stazionarietà e correlazione (positiva per  $k=1$  e negativa per  $k=5$ ) della variabile dipendente e degli *shocks*  $e_i$ . I parametri stimati sono utilizzati ai fini della calibrazione degli intervalli di confidenza (8) e (9).

Il ricorso al modello  $ARIMA(p,d,q)$  consente di ottenere stime significative per i coefficienti di correlazione  $\phi$  e di moving average  $\theta$  e di massimizzare la funzione di Log-verosimiglianza, rispetto ad altri modelli presi come riferimento.

La calibrazione richiede la scomposizione del nostro campione in sotto-campioni di brevi intervalli di tempo  $[t-k]$  (15 o 30 giorni) per dati giornalieri<sup>36</sup>. In seguito alla costruzione degli allertatori, e alla verifica congiunta di eventuali alert, si valuta la presenza di anomalie in successione per la caratterizzazione dei Warnings<sup>37</sup>.

### 3.3. Il Caso Fiat “revisited”

Il 6 dicembre 2002 la Consob ha trasmesso, all’Autorità Giudiziaria, la relazione investigativa sui mercati finanziari, contenente informazioni in merito a n.18 casi di abuso di mercato, di cui 14 episodi di insider trading e 4 di manipolazione rilevati nel 2001<sup>38</sup>. Di questi ultimi, un caso è relativo alla diffusione di false informazioni e 3 riguardano “sham transaction”<sup>39</sup>, classificabili come *manipolazione operativa* rivolte ad influenzare i prezzi di strumenti finanziari.

Il caso (ri) analizzato nel presente lavoro si riferisce ad azioni ordinarie del gruppo Fiat S.p.A., le quali risultano oggetto di manipolazione action-based, rilevata in data 6 aprile 2001 dalla Consob. In particolare, le azioni

---

<sup>36</sup> N.B. La capacità di predizione del modello è non superiore ad un giorno.

<sup>37</sup> Il Warning rappresenta l’interpretazione congiunta degli alert che segnalano un eventuale fenomeno di abuso, il quale deve essere rinviato all’unità di vigilanza (es. Consob) per la sua verifica.

<sup>38</sup> Nel corso del 2001, n.8 Soggetti sono stati coinvolti in reati di agguattaggio: 4 intermediari autorizzati (Banche, SIM, SGR, agenti di cambio), 1 Insider Istituzionale (Soci, Amministratori, Dirigenti di Società quotate), 1 Soggetto appartenente ad una terza categoria (Insiders Secondari, tippees). L’imputazione riguarda la violazione della norma ex. Art. 180, comma 2, TUF. L’importo totale relativo a sanzioni pecuniarie somministrate è di 1.151 migliaia di euro.

<sup>39</sup> Una sham transaction è un’operazione il cui unico scopo è quello dell’evasione fiscale; essa non produce alcun beneficio in termini economici.

della società rappresentavano il sottostante di una opzione put europea incorporata in un Reverse convertible<sup>40</sup>. La manipolazione è stata mirata a produrre la diminuzione del prezzo dello strumento finanziario derivato nell'ultimo giorno di negoziazione dell'anno 2001.

L'Autorità competente ha notificato, al termine dell'udienza preliminare, n.2 sentenze di patteggiamento nell'ambito di processi penali aventi ad oggetto, un caso di operazioni artificiali volte a provocare il ribasso del prezzo di apertura del titolo.

### 3.3.a. Analisi dei dati

Per la nostra analisi sono stati raccolti dati relativi allo storico dei prezzi di chiusura giornalieri ed ai volumi negoziati per il titolo azionario oggetto di manipolazione: Fiat Chrysler Automobiles NV (FCA.MI), quotato sul New York Stock Exchange (NYSE) e inserito nell'indice FTSE MIB della Borsa di Milano. Il dataset copre il periodo 03/01/2001 - 30/07/2001 (151 osservazioni), durante il quale si è verificato il caso di abuso di mercato segnalato dalla Consob.

Le informazioni circa gli episodi di manipolazione sono state ottenute dai Bollettini annuali Consob (aggiotaggio del 06 dicembre 2002<sup>41</sup>). Il campione originario (151 osservazioni) è suddiviso in sotto-campioni (15 giorni) per la stima giornaliera e viene aggiornato con un meccanismo di rolling ogni  $k+1$  osservazioni. I coefficienti stimati e la somma dei quadrati degli errori sono stati utilizzati per la calibrazione degli intervalli di confidenza e la derivazione dell'allertatore. Inoltre, attraverso una funzione logica siamo in grado di individuare i valori dei rendimenti che giacciono fuori dell'intervallo di confidenza.

---

<sup>40</sup> I Reverse Convertible sono strumenti che comprendono un'opzione put europea su azioni, le quali sono implicitamente trasferite da un sottoscrittore di bond all'emittente. Sia le posizioni *long* su opzioni, le quali si proteggono dal rischio dell'emittente, sia le posizioni *short* (obbligazionisti) hanno un incentivo a manipolare il prezzo del sottostante. A scadenza, l'emittente obbligazionario ha la facoltà di consegnare un quantitativo di beni di investimento (es. azioni) alla controparte qualora questi beni assumano un valore inferiore allo strike price; l'investitore assume il rischio derivante dalla diminuzione del valore delle azioni. In caso contrario, il prestito viene rimborsato alla pari (a favore dei risparmiatori). L'aggiotaggio si verificherebbe qualora, all'approssimarsi della scadenza, la posizione *short* decida di chiudere la sua posizione in modo da generare una variazione negativa delle quotazioni del sottostante. Per un approfondimento vedi [http://www.academia.edu/21464707/Il\\_delitto\\_di\\_aggiotaggio\\_manipolativo\\_tensioni\\_interpretative\\_ed\\_innovazioni\\_sistematiche\\_nella\\_difficile\\_repressione\\_delle\\_manipolazioni\\_maschere](http://www.academia.edu/21464707/Il_delitto_di_aggiotaggio_manipolativo_tensioni_interpretative_ed_innovazioni_sistematiche_nella_difficile_repressione_delle_manipolazioni_maschere).

<sup>41</sup> Per ulteriori informazioni: <http://www.consob.it/documenti/bollettini2002/>

Dall'analisi grafica dei rendimenti (*Figura n. 3* in appendice A) si osserva la fluttuazione della serie con un aumento della volatilità durante i mesi di aprile e luglio 2001. I volumi (*figura n.4-* appendice A) presentano un andamento meno volatile, con periodo di intensificazione del trading sul mercato tra il marzo e l'aprile 2001 e tra giugno e luglio 2001; il periodo compreso tra l'aprile e il maggio 2001 è segnato da un forte calo dei volumi scambiati sui mercati.

### 3.3.b Stima allettatore rendimenti

Le differenze prime dei rendimenti  $[R_k - R_{k-1}]$  rendono la serie stazionaria in livelli (processo *rumore bianco*). Il correlogramma per l'autocorrelazione globale e parziale (figura n.5 Appendice A) mostra una forte correlazione tra l'osservazione al tempo  $k$  e  $k-6$ . Si aggiunge una componente autoregressiva AR (6) e si studia il correlogramma dei residui.

I risultati del modello ARIMA (6,1,0) sono riportati nella *Tabella n.1.* (Appendice B): I coefficienti stimati  $\phi_6$  (0,169157) e  $\phi_7$  (-0,155209) sono statisticamente significativi (p-value rispettivamente 0,0324 e 0,0500)<sup>42</sup>; la costante  $const$  (-1,48110e-05) non è significativa (p-value 0,9915)<sup>43</sup>. Come più volte richiamato, lo stimatore  $\hat{b}$  della equazione (12) rappresenta il coefficiente di correlazione di Pearson stimato  $-1 < rho < 1$ ; un valore prossimo a 1 esprime una relazione lineare positiva tra l'osservazione in  $k$  e l'osservazione in  $k-q$ . In altre parole i rendimenti presenti sono fortemente dipendenti dai rendimenti osservati  $q$  giorni precedenti, cioè il passato riesce a spiegare la variazione subita dalla variabile al tempo presente.

L'analisi grafica dei residui consente di osservare "rumore bianco" (c.d. *white noise*), confermando la bontà del modello e l'assenza di correlazione seriale negli shocks. I parametri stimati possono quindi essere utilizzati, significativamente, nella costruzione dell'intervallo di confidenza e per poter verificare se le osservazioni sono entro la banda. Per ogni osservazione si verifica la appartenenza all'intervallo di confidenza stimato, attraverso una procedura ricorsiva (c.d. *rolling*).

---

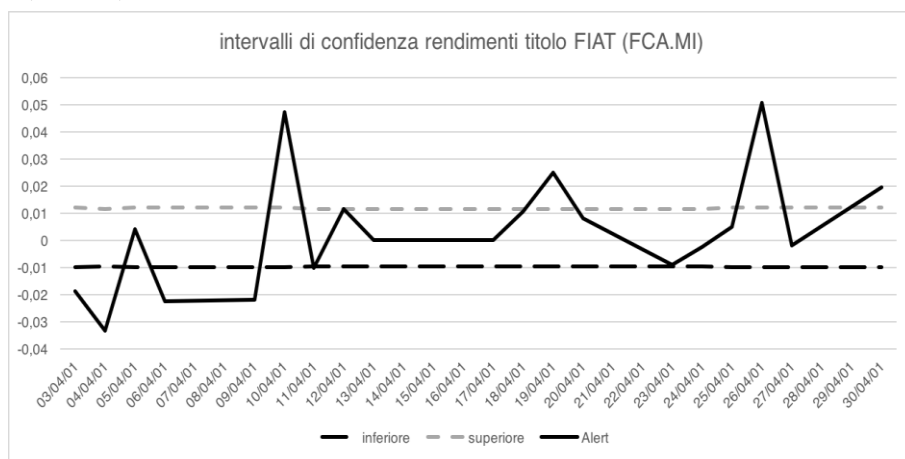
<sup>42</sup> Livello di significatività  $\alpha = 5\%$ .

<sup>43</sup> La non significatività statistica della costante è da attribuire al metodo scelto per la stima (ARIMA), in particolare, alla introduzione di un parametro di integrazione  $I=1$ , che consente di rendere la serie stazionaria in media; di conseguenza il coefficiente è poco rilevante nel modello. La scelta di non eliminare il parametro sta nel fatto che si modellizzano i rendimenti come processi stocastici con drift ( $\theta$ ). Di fatto l'eliminazione della costante non comporta la perdita di significatività degli altri coefficienti.



Il seguente grafico mostra la simulazione delle soglie dinamiche di confidenza stimate per i rendimenti nel mese di aprile 2001:

**Figura n1. – Intervalli di confidenza e alert per rendimenti giornalieri FIAT stock (FCA.MI) 03/04/01-30/04/2001**



L'intervallo di confidenza stimato è rappresentato dalle curve tratteggiate (banda inferiore linea nera, banda superiore linea grigia), la curva continua delle osservazioni (linea nera) rappresenta le variazioni dei rendimenti del titolo FCA.MI durante il mese di aprile 2001. Le curve tratteggiate delimitano un corridoio di valori entro i quali le osservazioni giornaliere dovrebbero fluttuare; laddove, come osservato per alcune date, la linea continua si discosti dal corridoio di valori stimati, si accende un "allerta" che simboleggia un'anomalia. In corrispondenza del 6 aprile 2001, come si deduce, la variazione dei rendimenti è inferiore rispetto alla banda stimata; si accende un alert (valore osservato -0,023) il quale dovrà essere valutato congiuntamente con gli allertatori dei volumi per registrare un caso anomalo.

### 3.3.c Stima allertatore sui volumi di negoziazione

Si è preliminarmente esaminata la serie storica dei volumi di negoziazione; il test diagnostico per la verifica preliminare per la stazionarietà è rifiutato e si è differenziata la serie dei volumi in livelli. Il correlogramma (figura n.6 - appendice A) per la funzione di autocorrelazione globale e parziale mostra una correlazione positiva al ritardo  $k-1$  e negativa al ritardo  $k-5$ ; l'utilizzo del modello autoregressivo

produce residui correlati, dunque aggiungiamo, alla componente autoregressiva AR(p), una componente di Moving Average MA(q) stimando il modello *Auregressive Integrated Moving Average* - ARIMA(p,d,q), dove  $p$  è l'ordine della componente autoregressiva,  $d$  indica Integrazione,  $q$  è il parametro della componente MA, che spiega come gli shocks in  $k$  sono correlati ai precedenti  $k-n$  periodi di correlazione degli errori. Rispettando il criterio della parsimonia, il modello risulta essere la migliore approssimazione: minimizza il criterio Akaike AIC (4298,547) e massimizza la funzione di Log-verosimiglianza (-2146,273).

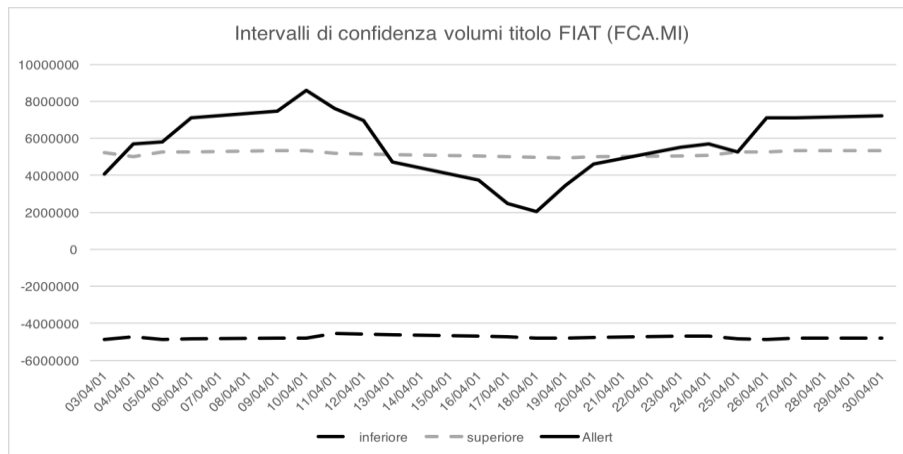
I risultati del modello ARIMA (1,1,5) sono riportati nella Tabella n.2. (appendice B); Il coefficiente  $\phi_{1,1}$  per la componente di autoregressione al tempo  $k-1$  è positivo (0,353017) e statisticamente significativo (p-value  $5,96e-06$ )<sup>44</sup>; esso mostra una relazione lineare positiva tra i volumi presenti e i volumi osservati il giorno precedente. Il coefficiente  $\theta_5$  per la componente di media mobile è negativo (-0,967935) e statisticamente significativo (p-value  $1,44e-15$ ); esso mostra una forte relazione lineare negativa tra i termini di errore nel modello. L'analisi grafica dei residui conferma la bontà di adattamento del modello verificandone l'andamento "white noise" e l'assenza di correlazione seriale. L'utilizzo di modelli ARIMA per la stima dell'equazione dei volumi ha permesso di ottenere stimatori robusti e coefficienti significativi. La precisione delle soglie dinamiche costruite per la rilevazione degli alert è migliorata in quanto l'utilizzo di un modello AR(p) avrebbe comportato la riduzione ad un solo parametro per la spiegazione della variabile in  $k$ , una minore bontà di adattamento ai dati e, dunque, una minore valenza nella rilevazione degli alert. In sintesi, l'utilizzo dei coefficienti significativi per il modello applicato per la costruzione di intervalli di confidenza, consente di rilevare la presenza di un alert in corrispondenza di alcune date.

Di seguito, il grafico che mostra i valori stimati per l'intervallo dinamico di confidenza e i valori osservati per la individuazione degli alert:

---

<sup>44</sup> N.B. livello di significatività  $\alpha=1\%$ ; in generale la costante è "poco significativa"; ciò è conseguenza della differenziazione del modello; stimando il modello senza costante i risultati non sarebbero significativamente differenti.

**Figura n.2 – Intervalli di confidenza e alert per volumi giornalieri FIAT stock (FCA.MI) 03/04/01-30/04/2001**



L'intervallo di confidenza stimato è delimitato dal livello inferiore (linea tratteggiata in nero) e un livello superiore (linea tratteggiata in grigio); la curva dei valori osservati sui volumi giornalieri è rappresentata dalla linea continua nera. Le curve tratteggiate delimitano un corridoio di valori stimati entro i quali le osservazioni giornaliere dovrebbero fluttuare; laddove la curva continua giaccia fuori dal corridoio, si accende un "allerta" che simboleggia un'anomalia sull'osservazione. In data 6 aprile 2001 individuammo, anche in questo caso, una osservazione anomala dei volumi del titolo Fiat, che risulta superiore rispetto all'intervallo stimato.

Dalla valutazione congiunta dei grafici n.1 e n.2 segnaliamo la presenza di alert sui rendimenti e volumi in data 6 aprile 2001, che corrisponde al giorno in cui si verifica la manipolazione del titolo Fiat, come segnalato da Consob.

Per completezza, si segnala che la procedura Consob prende in considerazione anche la composizione del mercato, con attenzione anche a dati riservati quali il numero di intermediari, la quota totale di negoziazioni effettuate (concentrazione statica<sup>45</sup>), e la quota negoziata da ogni intermediario per una data security (concentrazione dinamica<sup>46</sup>) durante il periodo di indagine. Detti dati non sono disponibili al momento e gli autori

<sup>45</sup> Lo studio sulla concentrazione statica di mercato viene svolto attraverso l'uso di un indice di entropia; vedi anche (Minenna, 2005; Georgescu-Roegen, 1971).

<sup>46</sup> Per la concentrazione dinamica si utilizza un indice di dissimilarità.

si riservano di aggiornare il lavoro (eventualmente con un'appendice) qualora divenissero disponibili.

#### 4. Conclusioni

Nel presente lavoro sono state presentate diverse fattispecie di “abuso di mercato”, presentando un caso studio relativo ad una manipolazione action-based.

Il tema è di attuale interesse tecnico e scientifico in quanto la letteratura sul tema della manipolazione di mercato è in recente sviluppo. È stato commentato un approccio quantitativo per l'analisi di informazioni elementari su una security e per la *detection* di operazioni di aggio operativo. L'utilizzo di modelli stocastici consente di esprimere la dinamica seguita nel tempo dalle variabili finanziarie che rappresentano le informazioni elementari su una security. Le proprietà distributive dell'equazione stocastica differenziale di Ornstein-Uhlenbeck nel tempo continuo, consentono di costruire soglie dinamiche per l'individuazione di valori anomali delle variabili finanziarie, c.d. alert. Dall'analisi del titolo azionario *Fiat/Chrysler Automobiles* (FCA.MI), eseguita sui volumi di trading e sui rendimenti giornalieri, osservati durante il primo semestre del 2001, in data 06/04/01, sono “accesi” alert per entrambe le serie esaminate, i quali indicano valori anomali rispetto agli intervalli di confidenza calibrati.

Questi risultati trovano riscontro nelle informazioni rilasciate da Consob nella relazione annuale 2002, dove in data 6 aprile 2001, è segnalato un caso di abuso di manipolazione operativa avente ad oggetto azioni ordinarie FIAT, le quali rappresentavano il sottostante di una opzione put Europea contenuta in un *reverse convertible*. Nel dicembre del 2002 l'Autorità Giudiziaria, a seguito dell'accertamento dell'episodio di abuso di mercato, ha provveduto a notificare sentenze di patteggiamento nell'ambito di processi penali aventi ad oggetto, un caso di operazioni artificiose volto a provocare il ribasso del prezzo di apertura del titolo. In virtù della mancanza di dati sensibili, utili al completamento della costruzione degli alert di concentrazione statica e dinamica previsti dalla procedura Consob, i risultati ai quali siamo pervenuti sono da considerarsi soddisfacenti ai fini della nostra analisi. Inoltre, la nostra ipotesi è quella di considerare la fattispecie di manipolazione di mercato come un episodio il quale si verifica in un breve intervallo di tempo (es. una giornata di trading o una settimana) come sancito anche dalla letteratura menzionata, in quanto il protendersi della operazione comporterebbe il venir meno del beneficio economico del manipolatore.

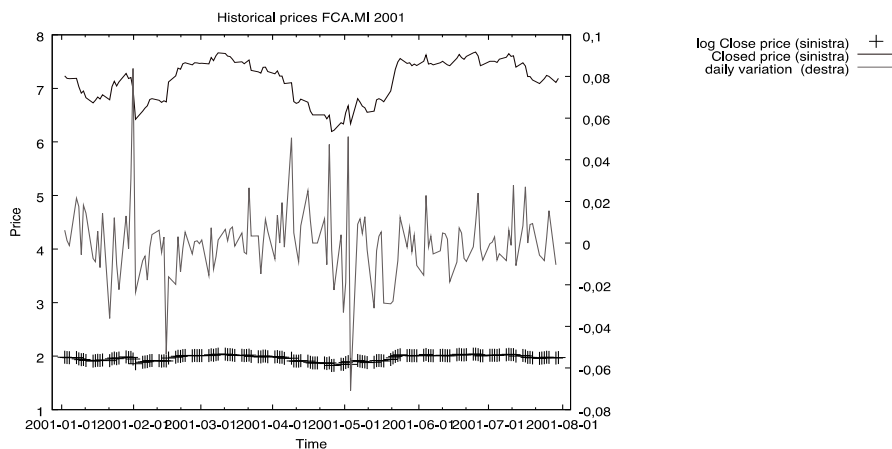
## BIBLIOGRAFIA

- AITKEN, MICHAEL J., and FREDERICK H. DEB. HARRIS. (2011), "Evidence-based policy making for financial markets: A fairness and efficiency framework for assessing market quality." *The Journal of Trading* 6.3: 22-31.
- AGGARWAL, RAJESH and WU, GUOJUN, (2006), "Stock Market Manipulations". *The Journal of Business*, 79, issue 4, p. 1915-1954  
<http://EconPapers.repec.org/RePEc:ucp:jnlbus:v:79:y:2006:i:4:p:1915-1954>.
- ALFARANO, S. and LUX, T. (2003), "A minimal noise trader model with realistic time series properties". *Technical Report 2003–15*, Economics Working Paper, University of Kiel, Germany.
- ALLEN, F., and GALE, D. (1992). "Stock price manipulation", *Review of Financial Studies*, vol.5, pp. 503-529.
- ALLEN, F., LITOV, L., and MEI, J. (2006), "Large investors, price manipulation, and limits to arbitrage: An anatomy of market corners". *Review of Finance*, 10(4), 645–693.
- BAGLIANO FABIO C., FAVERO CARLO A., NICODANO GIOVANNA. (2011)."Insider Trading, Traded Volume and Returns,". *Working papers* 26, Former Department of Economics and Public Finance "G. Prato", University of Torino.
- BERNHARDT, D. and DAVIES, R. (2005), "Painting the tape: Aggregate evidence". *Economics Letters*, 89(3), 306–311.
- CONSULICH FEDERICO, (2010), "La giustizia e il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell'investimento mobiliare". *Giuffrè*, Milano, XV-452 p.
- FAMA, E. F., & FRENCH, K. R. (2012), "Size, value, and momentum in international stock returns". *Journal of financial economics*, 105(3), 457-472.
- FELIXSON, K. and PELLI, A. (1999), "Day end returns-stock price manipulation". *Journal of Multinational Financial Management*, 9(2), 95–127.
- GERACE, D., CHEW, C., WHITTAKER, C., & MAZZOLA, P. (2014). Stock Market Manipulation on the Hong Kong Stock Exchange. *Australasian Accounting Business & Finance Journal*, 8(4), 105.
- GEORGESCU-ROEGEN, N. (1971). The law of entropy and the economic process.
- HILLION, P., and SUOMINEN, M. (2004), "The manipulation of closing prices". *Journal of Financial Markets* 7, 351–375.
- KARA TAN BHALA, WARREN YEH,RAJ BHALA (2016)"International Investment Management: Theory, Ethics and Practice".
- LEANGARUN, T., TANGAMCHIT, P., and THAJCHAYAPONG, S. (2016), "Stock Price Manipulation Detection Based on Mathematical Models". *International Journal of Trade, Economics and Finance*, Vol. 7, No. 3, June.
- MINENNA, M. (2003), "The Detection of Market Abuse on Financial Markets: A Quantitative Approach". *Quaderni Di Finanza*, No. 54. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=483962>.
- MURUGESAN, PUNNIYAMOORTHY and THOPPAN, JOSE JAY (2012), "Detection of Stock Price Manipulation Using Discriminant Analysis". Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2700037>.
- ÖGÜT, H., DOĞANAY, M. M., & AKTAŞ, R. (2009), "Detecting stock-price manipulation in an emerging market: The case of Turkey". *Expert Systems with Applications*, 36(9), 11944-11949.
- PREVOO, T., ter WEEL, B. (2010), "The Effects of a Change in Market Abuse Regulation on Abnormal Returns and Volumes: Evidence from the Amsterdam Stock Market". *De Economist* 158:237. Doi:10.1007/s10645-010-9146-1.
- PUTNIŠ, TĀLIS J. (April 8, 2011), "Market Manipulation: A Survey". *Journal of Economic Surveys*, Forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1805642>.

- SAHA, A., PETERSEN, H.J. (2012). "Detecting price artificiality and manipulation in futures markets: An application to Amaranth". *Journal of Derivatives & Hedge Funds* Vol. 18, 3, 254–271.
- THEL, S. (1994), "\$850,000 in six minutes – The mechanics of securities manipulation". *Cornell Law Review* 79, 219-298.
- VAN DER VAART, A. W., & WELLNER, J. A. (1996). Weak Convergence. In *Weak Convergence and Empirical Processes* (pp. 16-28). *Springer New York*.

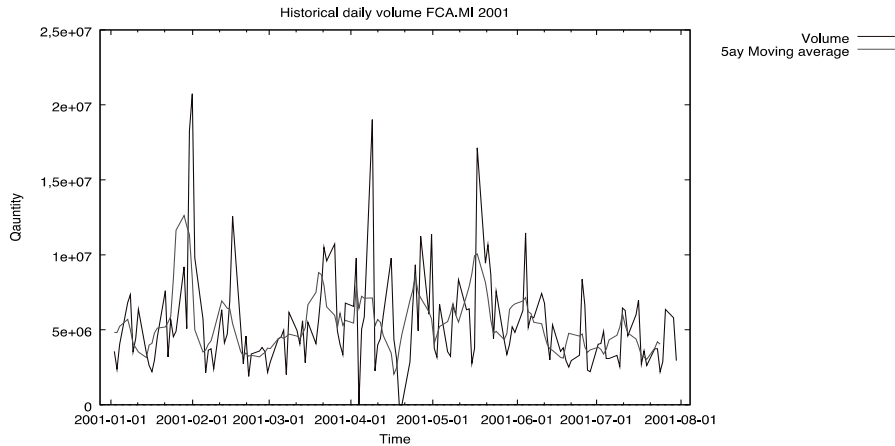
## Appendice A – Grafici

**Figura n. 3: serie storica prezzi e rendimenti titolo Fiat/Chrysler Automobili (FCA.MI).**



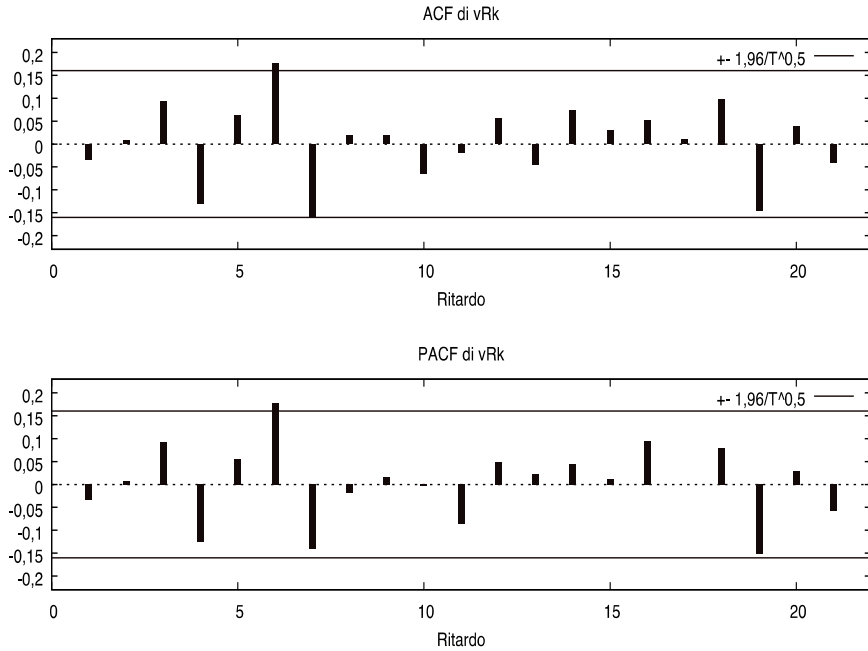
La figura n.3 rappresenta l'andamento dello storico dei rendimenti giornalieri calcolati sul prezzo di chiusura del titolo FCA (periodo 03/01/2001-30/07/2001). La curva della variazione dei rendimenti espressi in livelli (linea grigia) assume valori non lontani dalla media nel primo quadrimestre. A partire dal mese di febbraio si osserva un aumento nella volatilità, con variazioni positive, che potrebbero essere un segnale per l'ipotesi di manipolazione (rendimenti anomali); in aprile si osserva un forte oscillazione nei rendimenti, la cui variazione cambia tra il 6% e -6%. Nei restanti periodi, la volatilità si riduce.

**Figura n.4: serie storica dei volumi di negoziazione Fiat/Chrysler Automobile (FCA.MI)**



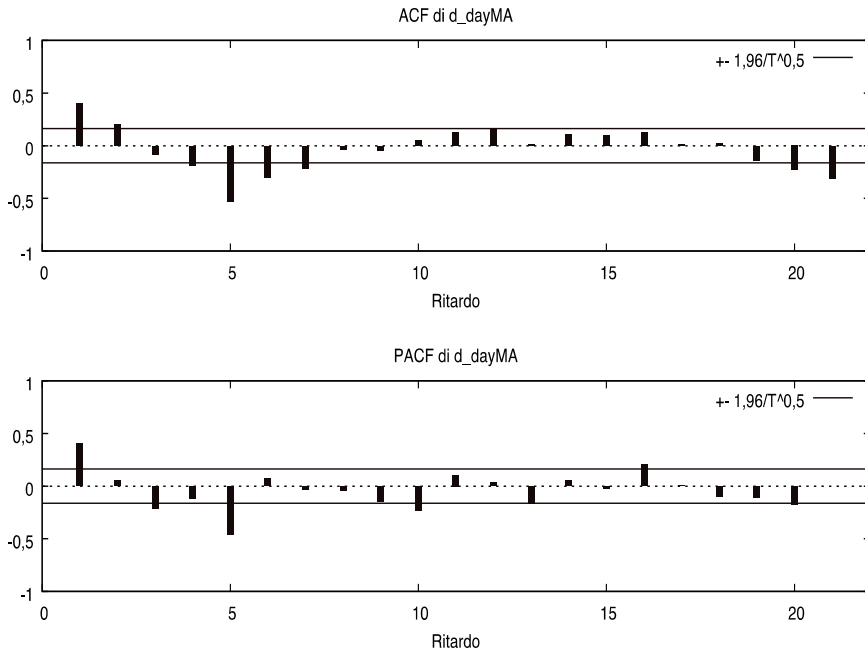
La figura n.4 rappresenta la serie storica delle quantità giornaliere scambiate sui mercati. La curva dei volumi negoziati (linea nera) presenta un aumento di volatilità in corrispondenza dei mesi di febbraio, aprile e giugno. La media mobile a 5 giorni dei volumi (linea grigia) ha un andamento più smussato, ma riesce a cogliere i momenti di forte volatilità. In corrispondenza del terzo intervallo (tra 2001/04/01 e il 2001/05/01) si osserva un forte calo nelle negoziazioni (i volumi assumono valori minimi).



**Figura n.5 – correlogramma rendimenti titolo FIAT (FCA.MI) con  $k=21$  ritardi.**

Il grafico rappresenta le funzioni di autocorrelazione globale (pannello superiore ACF) e parziale (pannello inferiore PACF). Sull'asse verticale sono espresse le correlazioni  $-1 < \rho < 1$  della variabile dipendente (variazione rendimenti  $vR_k$ ) con i  $k$  lag temporali, e sull'asse orizzontale sono espressi i  $k$  intervalli. L'ACF mostra una correlazione positiva in presenza del lag  $k=6$ , e assenza di correlazione per  $k > q$ , dove  $q$  è l'ordine di un processo autoregressivo. La PACF conferma la forte correlazione per  $k=6$ , che si annulla rapidamente, cioè per  $k > 6$  le correlazioni non sono significative. La presenza di correlazione positiva ( $\rho > 0$ ) spiega come un valore osservato al ritardo 6 produce effetti positivi sul valore osservato in  $k$ .

**Figura n.6- correlogramma della media mobile a cinque giorni del titolo FIAT (FCA.MI) con  $k=21$  ritardi.**



Nel pannello superiore del grafico (ACF) il valore di media mobile dei volumi in differenze ( $d\_dayMA$ ) tende a variare al di fuori delle bande: positivo in corrispondenza di lag  $k=1$  e  $k=2$ , negativo per  $k=5$ ; i valori di un dato istante  $k$  sono correlati con quelli dell'istante immediatamente precedente e a istanti rilevati 5 periodi indietro. Il pannello per l'autocorrelazione parziale (PACF) conferma la presenza di correlazione positiva tra le osservazioni in  $k$  e  $k-1$ ,  $k-2$  e negativa tra  $k$  e  $k-5$ . Per la spiegazione dei valori assunti dai volumi prevale la componente stocastica.

**Appendice B- Tabelle delle stime****Tabella n.1-Modello ARIMA (6-7,1,0):  
usando le osservazioni 2000-01-03:2001-07-31 (T = 149)**

Modello: ARIMA, usando le osservazioni 2001-01-04:2001-07-31 (T = 149)  
 Stimato usando il filtro di Kalman (MV esatta)  
 Variabile dipendente: (1-L) Rk  
 Errori standard basati sull'Hessiana

	coefficiente	errore std.	z	p-value
const	-1,48110e-05	,00139755	-0,01060	0,9915
phi_6	0,169157	0,0790529	2,140	0,0324 **
phi_7	-0,155209	0,0791740	-1,960	0,0500 **
Media var. dipendente	-0,000041	SQM var. dipendente	0,017372	
Media innovazioni	-0,000023	SQM innovazioni	0,016809	
Log-verosimiglianza	397,1878	Criterio di Akaike	-786,3756	
Criterio di Schwarz	-774,3598	Hannan-Quinn	-781,4938	

Note: SQM = scarto quadratico medio; E.S. = errore standard

	Reale	Immaginario	Modulo	Frequenza
AR				
Radice 1	1,3958	0,5120	1,4868	0,0560
Radice 2	1,3958	-0,5120	1,4868	-0,0560
Radice 3	-1,1891	0,0000	1,1891	0,5000
Radice 4	-0,6923	-0,9939	1,2112	-0,3468
Radice 5	-0,6923	0,9939	1,2112	0,3468
Radice 6	0,4359	-1,2169	1,2926	-0,1953
Radice 7	0,4359	1,2169	1,2926	0,1953

Nota: Il filtro di Kalman è un filtro ricorsivo che valuta lo stato di un sistema dinamico (Gaussiano a media nulla) a partire da una serie di misure soggette a rumore. (\*), (\*\*) e (\*\*\*) rappresentano i livelli di significatività statistica (rispettivamente dell'1%, 5% e 10%). Il p-value rappresenta una stima quantitativa della probabilità che le i valori delle osservazioni siano dovute al caso.

**Tabella n.2- Modello: ARIMA (1,1,5),  
usando le osservazioni 2000-12-26:2001-07-25 (T = 145)**

Modello: ARIMA, usando le osservazioni 2001-01-04:2001-07-25 (T = 145)

Stimato usando il filtro di Kalman (MV esatta)

Variabile dipendente: (1-L) dayMA

Errori standard basati sull'Hessiana

	coefficiente	errore std.	z	p-value
phi_1	0,353017	0,0779678	4,528	5,96e-06 ***
theta_5	-0,967935	0,121270	-7,982	1,44e-15 ***
Media var. dipendente	-5450,759		SQM var. dipendente	928321,5
Media innovazioni	-4614,584		SQM innovazioni	620025,8
Log-verosimiglianza	-2146,273		Criterio di Akaike	4298,547
Criterio di Schwarz	4307,477		Hannan-Quinn	4302,175

Note: SQM = scarto quadratico medio; E.S. = errore standard

	Reale	Immaginario	Modulo	Frequenza
-----				
AR				
Radice 1	2,8327	0,0000	2,8327	0,0000
MA				
Radice 1	1,0065	0,0000	1,0065	0,0000
Radice 2	-0,8143	-0,5916	1,0065	-0,4000
Radice 3	-0,8143	0,5916	1,0065	0,4000
Radice 4	0,3110	-0,9573	1,0065	-0,2000
Radice 5	0,3110	0,9573	1,0065	0,2000
-----				

Nota: Il filtro di Kalman è un filtro ricorsivo che valuta lo stato di un sistema dinamico (Gaussiano a media nulla) a partire da una serie di misure soggette a rumore. (\*), (\*\*) e (\*\*\*) rappresentano i livelli di significatività statistica (rispettivamente dell'1%, 5% e 10%).



## **ABDICAZIONE E SUCCESSIONE FEMMINILE: IL GIAPPONE SI INTERROGA A 70 ANNI DALL'ENTRATA IN VIGORE DELLA COSTITUZIONE DEMOCRATICA**

**Giacomo Mannocci**

*Dottore di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Genova*

*L'imperatore del Giappone, Akihito, abdiccherà il 30 aprile del 2019: è la prima volta negli ultimi 200 anni. Gli succederà il figlio Naruhito. Sebbene la Costituzione democratica neghi all'imperatore qualsiasi influenza politica, l'attuale imperatore è molto popolare e sono apprezzati i suoi gesti volti a riconciliare il Giappone con gli altri paesi del sud est asiatico. Nel 2016 Akihito annunciò in un discorso alla nazione (il secondo in trent'anni!) la volontà di ritirarsi a vita privata. L'8 giugno 2017 è stata approvata una legge speciale che consente solo a lui di abdicare. La tematica della successione intreccia diversi profili costituzionali e in particolare sulla laicità dello Stato. Nel presente contributo sono esaminati diversi aspetti tra cui il dibattito sull'estensione alle donne della possibilità di accedere al trono.*

*Japan's Emperor Akihito will officially retire on 30 April 2019 in the first abdication by a Japanese emperor for 200 years. His eldest son, Crown Prince Naruhito, will become the 126th emperor the following day. Akihito has become an enormously popular figure. While the postwar constitution prohibits Japanese emperors from wielding political influence, Akihito has used his role to promote reconciliation with former victims of Second World War. In a rare televised address in August 2016, Akihito said he feared his age and declining health would leave him unable to perform official duties. On 8 June 2017, the National Diet enacted a special single-use law that will allow Emperor Akihito to retire due to his advanced age and it approved a parliamentary resolution that calls on the government to "swiftly study" ways to secure a stable imperial succession, including the possibility of allowing women to ascend the throne. This paper examines the constitutional role of Japanese emperor and the problems on the succession on the Throne.*

### **Sommario:**

1. Un paragone impossibile: il Tennō e i sovrani europei
2. Il Tennō nell'attuale sistema costituzionale
3. L'istituto dell'abdicazione nella storia giapponese
4. La storica decisione di Akihito
5. La legge sull'abdicazione
6. La successione femminile al Trono: una riforma è possibile?
7. Conclusioni

## 1. Un paragone impossibile: il Tennō e i sovrani europei

Il 16 giugno 2017 è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale giapponese la legge che attribuisce all'Imperatore (*rectius* Tennō<sup>1</sup>) il diritto di abdicare: a prima vista l'argomento può apparire di secondaria importanza, soprattutto in un'ottica giuridica occidentale, perché l'abdicazione è una facoltà che è sempre stata ritenuta un atto strettamente personale del monarca e connessa al suo *status*. Oltretutto, non essendovi più controversie dinastiche, è un tema superato alla luce del fatto che nelle attuali democrazie occidentali, il ruolo del monarca è generalmente confinato al disbrigo di funzioni cerimoniali e solo raramente il Re è chiamato a svolgere un'attività di indirizzo politico<sup>2</sup>.

L'approvazione di questa legge – al di là del suo contenuto specifico – consente una riflessione sull'evoluzione del ruolo dell'Imperatore<sup>3</sup> nel costituzionalismo giapponese: egli è il «*simbolo dello Stato e dell'unità del popolo*» (art. 1 della Costituzione<sup>4</sup>) ma non è formalmente il capo dello Stato; l'imperatore è privo di qualsiasi potere sostanziale, non può neppure pronunciare liberamente allocuzioni private, ma al tempo stesso dalla sua figura promana una grande autorità morale. In Giappone raramente il suo ruolo è oggetto di studio e nei manuali di diritto costituzionale ci si limita ad affermare la sua funzione meramente simbolica, fuori dal circuito politico istituzionale. Effettivamente il suo ruolo si è cristallizzato settant'anni fa e non incide in alcun modo nel circuito democratico. Da qui nasce il disinteresse della dottrina: in realtà, a livello metapolitico, analizzare il ruolo del Tennō significa ripercorrere come il Giappone si è riappropriato nel corso dei decenni dei simboli della sua identità nazionale, che per molti anni erano caduti nell'oblio perché venivano associati da parte dell'opinione

---

<sup>1</sup> DE PALMA, *Note sull'origine del titolo imperiale giapponese Tennō*, in *Rivista degli studi orientali*, 1992, 171-183

<sup>2</sup> Già da una mera lettura delle rispettive disposizioni costituzionali si evince che il Tennō non svolge un ruolo paragonabile, a titolo esemplificativo, a quello del Re di Spagna, al quale è riconosciuta una funzione di garanzia dell'ordinamento costituzionale che fa sì che la sua figura sia tenuta ben distinta dallo stesso governo. Per una comparazione si rinvia a ARTACHO, *La Monarquía en Japón: Leyes constitucionales accesorias y normas complementarias sobre el tennō, y la casa y familia imperiales*, in TIRADO ROBLES (a cura di), *Japón y Occidente: estudios comparados*, Zaragoza, 2015, 15 ss.

<sup>3</sup> Sulla storia e sull'evoluzione della monarchia giapponese si rinvia all'imprescindibile saggio di SHILLONY, *The Emperors of Modern Japan*, London, 2008

<sup>4</sup> BISCARETTI DI RUFFIA, *Costituzioni straniere contemporanee*, Milano, 1985.

pubblica internazionale al militarismo<sup>5</sup> del periodo prebellico. Parlare di inno, bandiera, “ere” per indicare gli anni non era considerato politicamente corretto fino a quasi tutti gli anni Novanta del secolo scorso<sup>6</sup>. Ora sono quasi pacificamente ammessi: resta solo il tabù sull’Imperatore che solo il tempo potrà diluire<sup>7</sup>.

Come detto, preliminarmente va osservato che il Tennō rappresenta un *unicum* e non è paragonabile ai monarchi occidentali contemporanei. Questi ultimi, sono talvolta chiamati ad esercitare una funzione di regolatore delle istituzioni soprattutto nei momenti di crisi politica o addirittura istituzionale: ad esempio, in Spagna, il Re Filippo VI è stata una figura centrale per tutto il 2016, quando – a seguito di due elezioni parlamentari a distanza di pochi mesi – nessuna forza politica era in grado di coagulare attorno a sé una maggioranza in seno alle *Cortes*; il suo predecessore, Juan Carlos I, ebbe un ruolo centrale nel consolidamento delle istituzioni democratiche. Fu solo grazie a lui che nel 1981 fallì il colpo di Stato, organizzato dal ten. col. Tejero<sup>8</sup>. Fu sempre Re Juan Carlos a garantire una transizione, ordinata e nel rispetto del principio di continuità dello Stato, dal regime del Generalissimo Franco alla democrazia (1975-1978).

La monarchia belga rappresenta un altro caso in cui il monarca è chiamato a svolgere una funzione regolatrice nei momenti di crisi: infatti, tra il giugno 2010 e il dicembre 2011, Alberto II ha dovuto affrontare una grave crisi politico parlamentare, durante la quale i partiti belgi non riuscivano a trovare una sintesi che consentisse la formazione di una qualsiasi maggioranza in seno alle Camere. In quel periodo vi fu un notevole e necessitato attivismo del Sovrano, peraltro già intensamente impegnato nella

<sup>5</sup> Per una compiuta analisi storiografica del militarismo prebellico si rinvia ai saggi di SKYA, *Japan’s Holy War*, Durham, 2009 e di SMETHURST, *A Social Basis for Prewar Japanese Militarism: The Army and the Rural Community*, Berkeley, 1974.

<sup>6</sup> SEIZELET, *Le Statut des symboles de la souveraineté étatique – le drapeau et l’Hymne National en droit japonaise*, in *Revue du Droit Public*, 1987, 120.

<sup>7</sup> HIGUCHI, *The Constitution and the Emperor System: il Revisionism alive?*, in *Japanese Constitutional Law*, Tokyo Press, 57-90

<sup>8</sup> Il 23 febbraio del 1981 un gruppo di militari spagnoli guidati dal colonnello della Guardia Civile Antonio Tejero fece irruzione nella sede del Congresso dei Deputati a Madrid. La Spagna era uscita da pochi anni dal franchismo e proprio in quel momento il Congresso stava votando la fiducia al nuovo governo di Leopoldo Calvo Sotelo. I deputati furono tenuti in ostaggio per tutta la notte, mentre all’esterno altri militari coinvolti cercarono di portare avanti operazioni simili. Decisivo fu l’intervento del re Juan Carlos, che verso l’una del mattino comparve in televisione vestito con la divisa di capitano generale degli eserciti e si schierò contro i golpisti, difendendo la Costituzione spagnola. Per maggiori informazioni, PALACIOS, *23-F, el Rey y su secreto*, Madrid, 2010.



formazione della nuova compagine governativa. Addirittura, quando non vi era all'orizzonte politico alcun spiraglio di formare un nuovo governo, il Re ordinò al Primo ministro dimissionario di preparare il bilancio nonostante non fosse nella pienezza delle sue funzioni.

L'esperienza europea dimostra però anche dei casi opposti, casi cioè nei quali il monarca è relegato ad un ruolo sempre più cerimoniale: è accaduto, ad esempio, nel 2010 in Gran Bretagna, quando la Regina Elisabetta II non ha voluto svolgere un'attività di mediazione dopo che nessun partito aveva ottenuto la maggioranza assoluta alla Camera dei Comuni. Ancor più significativo è stato il caso lussemburghese: nel 2009 al Granduca è stato tolto il potere di sanzionare le leggi dopo che questi si era rifiutato di firmare la legge sull'eutanasia che riteneva in contrasto con la sua fede cattolica. In seguito a questa vicenda, il Parlamento ha modificato l'art. 34 della Costituzione stabilendo che spetti al Granduca «promulgare» la legge, senza che ciò comporti un consenso in merito al contenuto della stessa, e configurando così l'atto della promulgazione come un mero riconoscimento della volontà dell'organo legislativo.

Il Giappone rappresenta invece un *unicum*<sup>9</sup> perché il Tennō non è neanche formalmente il capo dello Stato: a lui non è riconosciuto, né a livello formale né di prassi costituzionale, un potere paragonabile a quello di qualsiasi monarca nei regimi parlamentari europei: non gli si può, ad esempio, applicare la celebre massima di Walter Bagehot (1826-1877)<sup>10</sup> secondo cui «*il sovrano in una monarchia costituzionale ha solo tre diritti: quello di essere consultato, quello di essere ascoltato e quello di mettere in guardia*»<sup>11</sup>.

Quindi, il Tennō è *il* (non “*un*”) simbolo dello Stato<sup>12</sup>, ma non ne è il Capo<sup>13</sup>: oltretutto egli svolge delle funzioni religiose che non hanno termini

---

<sup>9</sup> Sull'influsso occidentale nel diritto giapponese si rinvia a HIGUCHI, *Un gran paradoxe, ou la notion d'Occident dans les problèmes constitutionnels actuels au Japon*, in *Pouvoir*, 1985, 36; dello stesso autore, *Institution Politiques Japonaise*, in *Centre Francaise de droit comparé*, 1989, 123 ss.

<sup>10</sup> Banchiere, analista politico ed economista, svolse una multiforme attività negli affari e nella politica e fu editorialista e direttore di *The Economist* (1860-1877). Seguace della scuola classica e del metodo astratto, si valse però anche dell'indagine storica e scrisse brillanti analisi del mercato finanziario e della Costituzione inglese. Quanto a quest'ultima studia specificamente il funzionamento del Parlamento e della monarchia inglese, e i contrasti fra il governo inglese e quello americano.

<sup>11</sup> FISCHER, *Storia della Costituzione inglese*, Milano, 1866, 101.

<sup>12</sup> TITUS, *The making of the “Symbol Emperor System” in postwar Japan*, in *Modern Asian Studies*, 1980, 529-578; WAKABAYASDHI, *In name only: Imperial Sovereignty in early Japan*, in *Journal of Japanese Studies*, 1991, 25-27.

di comparazione coi sovrani occidentali. A tal proposito va precisato che i riti culturali che egli compie nel corso dell'anno per il benessere della nazione e del popolo, non hanno – almeno a livello formale – alcuna rilevanza di tipo giuspubblicistico, ma rientrano nella sfera della sua vita privata: essi vengono considerati espressione della libertà di culto riconosciuta a chiunque dalla Costituzione.

Sulla base di queste considerazioni sulla natura giuridica di “simbolo”<sup>14</sup> e non di capo dello Stato, la dottrina è arrivata a definire il Giappone come «una monarchia simbolica basata sul principio democratico»<sup>15</sup>. Un giurista contemporaneo, Hiroaki Kawabata<sup>16</sup>, ha aggiunto un ulteriore aggettivo per contraddistinguere la più efficacemente: “depoliticizzata”. Questo termine rende meglio di tutti l'essenza dell'esperienza giapponese, tale da renderla unica. Parlando di “monarchia depoliticizzata”, si fa capire che il Tennō non svolge una funzione di garanzia e di “valvola di sfogo” dell'ordinamento costituzionale, a differenza degli altri sovrani. Questo non significa, però, che l'imperatore è istituzionalmente irrilevante: egli è il simbolo, il punto di riferimento dei giapponesi anche se non ha alcun potere di indirizzo o di esternazione. È un concetto che gli occidentali hanno difficoltà a comprendere perché non si riesce a capire come sia possibile che chi – in astratto – detiene un potere, una funzione riconosciuta dall'ordinamento giuridico, non solo non lo eserciti ma neppure voglia rivendicarlo.

Salvador Artacho, un comparatista spagnolo contemporaneo che ha studiato l'istituzione imperiale durante l'era Heisei (dal 1989 a tutt'oggi), sostiene che «in Giappone il Tennō simboleggia realmente proprio il Giappone, nella sua essenza, nella sua cultura, nella sua tradizione, nella sua storia, nella sua società, nella sua religione autoctona, nella sua struttura familiare, nei suoi referenti spirituali, perché tutti questi aspetti attengono in qualche modo alle funzioni che all'Imperatore e alla Famiglia imperiale sono affidati»<sup>17</sup>. Questa definizione di un giurista straniero, meglio

<sup>13</sup> KAWAI, *Sovereignty and Democracy in the Japanese Constitution*, in *The American Political Science Review*, 1955, 663-672

<sup>14</sup> Sul dibattito giuridico sulla nozione di simbolo, WATANABE, *The Emperor as a symbol in postwar Japan*, in *Acta Asiatica*, 1990, 101-125; YANABU, *The Tenno System as the symbol of the culture*, in *Japan Review*, 1996, 147-157.

<sup>15</sup> ARTACHO, *La Monarquía japonesa*, Madrid, 2001, 78.

<sup>16</sup> KAWABATA, *The Tenno Regime on the border: 'Fostering friendly relations with foreign countries'* in KAMIKAWA, *History and culture on the border*, Aichi, 2012, 3-41; KAWABATA, *The empire of the Rising sun and the empire on which the sun never sets: Spain and Japan, four centuries of relations*, Tokyo, 2016.

<sup>17</sup> ID, *La Monarquía japonesa*, 98.

di tutte, chiarisce effettivamente ai giuristi non giapponesi cosa si intenda veramente con l'espressione «simbolo dello Stato»: i compiti del Tennō non possono essere limitati alla sfera giuridica e, ancor meno, a quella politica. Nella mentalità giapponese, la politica non ha nella società quel ruolo di grande interesse per l'opinione pubblica e per i mass media che ha, ad esempio, in Europa. La politica è una parte in cui si manifesta la dimensione, privata e pubblica, di un individuo, ma non è quella principale: confinare il Tennō solo nella sfera politica, sarebbe riduttivo della sua dignità, ed è per questo specifico motivo che i giapponesi sono legati più alla nozione di "simbolo" che a quella di "capo dello Stato".

## **2. Il Tennō nell'attuale sistema costituzionale**

Le funzioni costituzionali del Tennō, quale simbolo dello Stato e dell'unità del popolo, sono indicate nel capitolo primo della vigente Costituzione e in particolare negli artt. 6 e 7 che indicano tassativamente gli atti che questi può compiere con il consenso e l'approvazione del governo. Tuttavia la norma cardine - che consente di individuare quale sia il ruolo del Tennō nell'attuale ordinamento costituzionale - è l'art. 3 della Carta che sancisce non solo il principio della irresponsabilità imperiale, ma impone il consenso e l'approvazione del Governo per il compimento di tutti i suoi atti. La norma è molto invasiva perché non è paragonabile alla controfirma ministeriale: il suo scopo è quello di attestare che qualsiasi attività pubblica del Tennō è preventivamente approvata dal Governo o, per quelle meno significative, (come la partecipazione ad una manifestazione culturale o sportiva) dall'agenzia governativa addetta alla Casa imperiale.

Dall'art. 3 della Costituzione consegue quindi che all'Imperatore non è riconosciuta alcuna valutazione di carattere discrezionale nell'esercizio delle sue funzioni: tutti i suoi atti hanno una natura vincolata che presuppongono l'assunzione di responsabilità, politica e giuridica, da parte del Governo. Ciò rappresenta un possibile rischio perché, far dipendere tutti gli atti del Tennō dal consenso e dall'approvazione del potere esecutivo, potrebbe far sì - in linea strettamente teorica - che egli diventi uno strumento del tutto controllabile dal Gabinetto di turno in carica. Ciò, in realtà, non è possibile che avvenga proprio per il rispetto che normalmente gli è riconosciuto dalle forze politiche e per il fatto che l'imperatore stesso vuole astenersi dal compiere qualsiasi atto o gesto che possa essere strumentalizzato dal punto di vista politico. Ne sono una testimonianza sette decenni di vita costituzionale.

La Costituzione giapponese non contempla in alcun modo una divergenza di volontà tra l'imperatore e il governo: il sistema funziona sulla presunzione del consenso e dell'ottemperanza del Tennō ai suoi doveri, e non prevede dei mezzi per superare l'eventuale inadempienza imperiale. Il rifiuto a compiere un atto avente una rilevanza costituzionale da parte dell'imperatore, è assolutamente inconcepibile per la mentalità giuridica e sociale giapponese, e non è presa in considerazione neanche come un'ipotesi del tutto eventuale: non è un caso che la Carta insista esclusivamente sui suoi doveri costituzionali<sup>18</sup>.

L'art. 7 della Costituzione stabilisce a tal proposito che «*il Tennō, udito il parere e ottenuta l'approvazione del Gabinetto, svolge le seguenti funzioni pubbliche, in nome del popolo:*

1. *promulgazione degli emendamenti alla Costituzione, delle leggi, dei decreti del Gabinetto e dei trattati;*
2. *convocazione della Dieta;*
3. *scioglimento della Camera dei Rappresentanti;*
4. *indizione delle elezioni generali dei membri della Dieta;*
5. *attestazione della nomina e delle dimissioni dei ministri di Stato e degli altri funzionari, come stabilito dalla legge, nonché del conferimento dei pieni poteri e delle lettere credenziali agli ambasciatori ed ai ministri plenipotenziari;*
6. *attestazione delle amnistie, generali e speciali, delle commutazioni di pena, della grazia e della riabilitazione;*
7. *conferimento delle distinzioni onorifiche;*
8. *attestazione delle ratifiche e degli altri atti diplomatici, come stabilito dalla legge;*
9. *ricevimento delle credenziali degli ambasciatori e dei ministri stranieri;*
10. *rappresentanza dello Stato nelle cerimonie ufficiali».*

A queste dieci espresse prerogative costituzionali, se ne aggiungono le due, contenute nella disposizione costituzionale precedente: «*il Tennō nomina il Primo Ministro che è stato designato dalla Dieta. Il Tennō nomina il Presidente della Corte Suprema che è stato designato dal Gabinetto».*

Si pone però un problema molto importante in via di prassi: gli atti sopra elencati non esauriscono tutte le attività che normalmente e quotidianamente

---

<sup>18</sup> DE PALMA, *Il sistema imperiale nel Giappone contemporaneo*, cit., 231

l'Imperatore compie. Sulla natura degli atti imperiali nel vigente ordinamento, sono state avanzate in dottrina una pluralità di teorie per dar loro un inquadramento dogmatico. Quella che ha suscitato un maggior interesse e avuto un maggior seguito, è la cosiddetta «teoria della tripartizione degli atti», sviluppata da ultimo dal professor Hasabe Yasuo<sup>19</sup>, e già fatta propria in precedenza dall'Agenzia della Casa imperiale e dal governo. In base a questa teoria, gli atti del Tennō si suddividono in tre distinte categorie:

1. Atti di Stato, che sono quelli indicati negli articoli 6 e 7 della Costituzione;
2. Atti pubblici diversi dai primi e che si distinguono a loro volta in
  - a. Atti come simbolo dello Stato,
  - b. Atti come persona pubblica;
3. Atti privati, nei quali rientrano anche quelli culturali compiuti come sacerdote shintoista.

La teoria della tripartizione degli atti venne fatta propria dall'Agenzia della Casa imperiale in seguito alle polemiche che suscitò nel 1953 il viaggio del Principe ereditario in Europa in occasione della cerimonia di incoronazione della Regina Elisabetta II: in tale circostanza, la minoranza parlamentare si chiese polemicamente quale fosse il ruolo giuridico del Principe Akihito nel compiere un simile viaggio. Addirittura alcuni ritennero che il viaggio fosse incostituzionale perché non rientrava in alcuna delle ipotesi previste dagli artt. 6 e 7 della Carta. All'interrogazione sulla visita del giovane Akihito, presentata dal deputato Namiky Yoshio, eletto nelle fila del *Kaishintō*, un movimento centrista, rispose il Vicedirettore dell'Agenzia della Casa imperiale il quale dichiarò che

*«gli atti del Tennō negli affari di Stato previsti dall'art. 7 sono limitati, e l'ultimo comma "realizzazione di funzioni cerimoniali" va interpretato come intervento del Tennō alle cerimonie. Pertanto, io credo che la partecipazione del Tennō alle cerimonie dei Paesi stranieri o l'inviare qualcuno come rappresentante dello Stato, dal punto di vista costituzionale non corrisponde ad un atto di Stato. Non è però un atto privato, ma è un atto pubblico che il Tennō compie come simbolo; inviare, per esempio, un telegramma di risposta a quello ricevuto da un altro capo di stato straniero, o facendo un esempio interno, partecipare alla cerimonia di apertura della*

---

<sup>19</sup> HASABE, *The August Revolution Thesis and the Making of the Constitution of Japan*, in *Rechtstheorie*, Berlino, 335 - 342

*Dieta ... sono atti che il Tennō non compie come soggetto privato, bensì sono atti o fatti che rientrano nell'esercizio delle sue funzioni pubbliche».*<sup>20</sup>

Questa presa di posizione è stata fatta propria dal governo e da allora è divenuta sostanzialmente una prassi istituzionale consolidata sia sotto il regno di Hirohito che di Akihito.

La teoria della tripartizione degli atti non è però l'unica che il costituzionalismo nipponico ha elaborato nel corso degli anni. Ce ne sono delle altre e, una di queste, è quella che distingue gli atti in due macro categorie:

gli atti di Stato, tassativamente indicati dalla Costituzione;

gli atti privati, nei quali rientrano anche le dichiarazioni pubbliche.

Secondo questa tesi<sup>21</sup>, le funzioni cui assolve l'imperatore quale simbolo dello Stato non presuppongono l'esistenza di specifici atti e quindi, tutti quelli che non rientrano negli art. 6 e 7, sarebbero atti privati. Ne consegue che non esiste una categoria di atti pubblici, distinti da quelli di Stato. I sostenitori di questa teoria temono che il riconoscimento di atti pubblici, diversi da quelli di Stato, rappresenti lo strumento per riconoscere all'Imperatore la qualifica di capo dello Stato, che invece la Costituzione non gli ha attribuito. Questa tesi è stata criticata dai sostenitori della teoria della tripartizione degli atti perché secondo loro al Tennō sarebbe riconosciuto un ambito di azione privato che potrebbe avere una rilevanza pubblica: affermano, ad esempio, che il governo potrebbe considerarsi nell'impossibilità di intervenire preventivamente nel merito delle dichiarazioni rilasciate dal Tennō al di fuori delle ipotesi previsti dagli artt. 6 e 7. Essi paventano il riconoscimento di una autonomia politica dell'imperatore che oggi è impedita.

Bisogna infine citare un'ultima teoria: quella cioè che configura gli atti non contemplati dalla Costituzione, come atti "semipubblici": quest'ultimi sarebbero tutti gli atti che il Tennō compie fuori dalle ipotesi degli articoli 6 e 7. Gli atti semipubblici, pur non essendo atti di Stato, hanno comunque una relazione sostanziale con essi perché o li attuano o li presuppongono. Di conseguenza sarebbero sottoposti alle stesse limitazioni e restrizioni degli atti di Stato. Tali atti sarebbero pertanto anch'essi posti sotto l'approvazione del governo ma non amplirebbero comunque la sfera d'azione dell'autorità imperiale.

---

<sup>20</sup> RUOFF, *The People's Emperor. Democracy and the Japanese Monarchy, 1945-1995*, Harvard, 2001, 63.

<sup>21</sup> HELLEGERS, *We, the Japanese people: World War II and the origins of the Japanese constitution*, Stanford, 2001, 52

Tutte le teorie proposte hanno lo scopo di dare un fondamento dogmatico ad una prassi consolidata che fa sì che l'imperatore svolga quasi tutte le funzioni, cerimoniali e protocollari, che normalmente sono attribuite ad un capo di Stato. La sua funzione non può essere limitata ad una lettura restrittiva degli articoli 6 e 7, ma è più ampia proprio perché egli è un simbolo e perché comunque questa nuova concezione si è sviluppata materialmente con un monarca – Hirohito – che per vent'anni si è considerato a tutti gli effetti un capo di Stato e come tale ha agito (*rectius* pensato) anche successivamente alla fine della Guerra mondiale. Di fatto, però, l'autorità imperiale è molto ristretta, necessita sempre del consenso del governo e, per prassi consolidata, il Tennō si astiene dal pronunciare qualsiasi espressione che possa creare controversie politiche: ciò si è visto plasticamente nel luglio 2016, quando Akihito non ha potuto chiedere espressamente alla Dieta e al Governo di modificare la Legge sulla Casa imperiale per prevedere l'istituto dell'abdicazione, ma ha potuto ricorrere esclusivamente a espressioni auliche, con le quali esprimeva il timore di non poter assolvere ai suoi doveri istituzionali, data la sua vecchiaia e le sue precarie condizioni di salute. Akihito ha accuratamente evitato ogni espressione che potesse scivolare su un piano politico e quindi su un piano incompatibile col suo status costituzionale.

### 3. L'istituto dell'abdicazione nella storia giapponese

Chiarire il margine d'azione istituzionale (di fatto inesistente) del Tennō nell'attuale ordinamento costituzionale, è indispensabile per inquadrare il dibattito giuridico sull'istituto dell'abdicazione che si è sviluppato in Giappone a partire dal 2016. Mentre in Occidente la dottrina non si interroga più da anni sull'istituto, in questo Paese è sempre stato considerato un argomento tabù: non è un caso che la legge recentemente promulgata non introduce nell'ordinamento l'istituto dell'abdicazione *tout court*, ma permette solo ad Akihito, Tennō attualmente regnante, la facoltà di rinunciare al Trono, in considerazione dei suoi problemi di salute e della sua età.

Per mesi si è discusso, anche sui *mass media*, se consentirgli di ritirarsi a vita privata, come dallo stesso auspicato: in linea di principio nessuna forza politica era contraria ad intervenire normativamente visto che Akihito non poteva rinunciare al trono, dal momento che né la Costituzione né la Legge sulla Casa imperiale prevedono l'istituto dell'abdicazione. Pur essendo nel ventunesimo secolo, si osserva che tutto ciò che attiene alla successione

dinastica<sup>22</sup> della Famiglia imperiale giapponese è ancora un argomento politicamente sensibile. Sia i mass media che la classe politica ed accademica del Paese, temono una discussione sul ruolo del Tennō perché è un argomento che potrebbe riaprire delle controversie che si ritenevano risolte per sempre nel 1947 e che stanno alla base del vigente ordinamento costituzionale:

1. la sovranità popolare in luogo di quella imperiale su cui, invece, era incentrata la Costituzione del 1889<sup>23</sup>;

2. la natura di mero simbolo dello Stato e dell'unità del popolo del Tennō.

Parlare di abdicazione rischia altresì di aprire controversie religiose – che sono anch'esse considerate tabù perché nettamente confliggenti con il principio della laicità dello Stato, sancito dall'art. 20 della Costituzione. Quest'ultimo aspetto merita di essere approfondito perché è una delle possibili chiavi di lettura per spiegare come mai la Dieta abbia approvato rapidamente e senza discussioni particolarmente approfondite il progetto di legge, presentato dal governo conservatore di Shinzo Abe, con il quale si autorizzava Akihito, in via del tutto eccezionale, a ritirarsi a vita privata.

Fino al 1945 il cardine di tutto l'ordinamento statale si basava sulla concezione – propria dello shintoismo – secondo cui il Giappone era governato da una linea ininterrotta di imperatori il cui capostipite, Jimmu, era un discendente diretto di Amaterasu Omikami, Dea del Sole. In tale ottica, l'abdicazione – pur essendosi storicamente verificata in più di un'occasione fino al 1817 – era inconcepibile perché, secondo una controversa interpretazione filosofica e religiosa, durante la cerimonia di intronizzazione, chiamata “*Daijō-sai*”<sup>24</sup>, «*il Tennō-rei, l'arcano unico immortale spirito del Tennō, si trasmette dal sovrano defunto a quello intronizzato: sulla base della dottrina del bansei-ikkei (Diecimila generazioni un solo lignaggio), il Tennō Rei si incarna, si impersonifica diversamente di sovrano in sovrano, ma in realtà è sempre la medesima entità metafisica che ricompare sotto specie diverse. Il Daijō-sai costituirebbe l'arcano e taumaturgico serie di riti attraverso i quali l'eterno Tennō Rei passa dal Tennō defunto a quello regnante*»<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> YAMAUCHI, *Constitutional problems on the succession of Tenno*, in *Dokkyo Law Review*, 1990

<sup>23</sup> Il testo della Costituzione e degli altri atti costituzionali del 1889 sono consultabili in lingua italiana nella monografia di BISCARETTI DI RUFFIA, *Il diritto costituzionale dell'Impero nipponico*, Napoli, 1942, 67-88.

<sup>24</sup> OGURI, *Daijosai, Comments on the idea that this divine ceremony is public ceremony*, in *Japanese Journal of Law and Political Science*, 1993, 149

<sup>25</sup> MARAINI, *L'agape celeste*, cit., 78 - 85.



Una simile concezione filosofica non può consentire l'esistenza in vita di due imperatori contemporaneamente. Eppure questo è ciò che si verifica inevitabilmente con l'introduzione dell'abdicazione: per di più i riti religiosi di intronizzazione potrebbero riaprire la questione sulla natura – divina o umana<sup>26</sup> – del Tennō e sullo stesso fondamento del vigente ordinamento costituzionale. È altresì ancora vivo il ricordo degli strascichi giudiziari legati allo svolgimento del *Daijō-sai* nel 1990: perfino la Corte Suprema del Giappone dovette (implicitamente) pronunciarsi sulla legittimità del rito religioso alla luce del principio di netta separazione tra Stato e cerimonie confessionali.

Tornando alla questione specifica dell'abdicazione, va osservato che questa è sempre stata percepita in modo negativo, in quanto nei tempi più risalenti della storia giapponese veniva utilizzata coercitivamente per costringere un imperatore a lasciare<sup>27</sup>. L'ultima abdicazione dell'era

---

<sup>26</sup> Il 1° gennaio 1946 Hirohito, su suggerimento delle truppe americane di occupazione, emanò un rescritto che è passato alla storia come “Dichiarazione di umanità dell’Imperatore” nel quale affermò solennemente che il legame tra il Tennō e il popolo “*non si basa sulla falsa idea che il Tennō sia divinità manifesta (akitsumikami) e né che il popolo giapponese sia una razza superiore alle altre*”. Per i giapponesi questa affermazione si inserisce – quasi forse come *incidenter tantum* – in un messaggio tutto rivolto a proclamare un nuovo inizio del Giappone su basi democratiche, ricollegandosi però ad un passato che negli decenni era stato travolto. Questa affermazione imperiale, per gli americani, è invece l'essenza stessa del Discorso. La traduzione inglese del messaggio, che venne diffusa in tutto il mondo, favorisce l'interpretazione, divenuta poi una comune vulgata, che è una idea falsa che l'Imperatore sia divino. A prescindere dal fatto che nessun commentatore precisa che la nozione di divinità in Giappone è diversa nettamente da quella conosciuta in Occidente, si insiste solo sul fatto che l'imperatore ha dichiarato di non essere un Dio. In realtà, il testo originale giapponese del Rescritto – che è poi quello effettivamente sottoscritto da Hirohito – parrebbe essere semanticamente ambiguo perché lascerebbe un certo grado di incertezza sulla natura del Tennō. Innanzitutto venne utilizzato un giapponese arcaico, difficilmente comprensibile dalla stragrande maggioranza della popolazione, arcaicamente esoterico, risultando difficilmente comprensibile anche alle persone di un elevato grado di istruzione, come, ad esempio, lo stesso Ministro degli esteri Yoshida Shigeru. Venne poi impiegato un termine *akitsumikami* che era utilizzato con una certa frequenza dai filosofi ultranazionalisti e la sua scelta potrebbe significare unicamente uno specifico dissenso con l'enfasi costruita intorno al Tennō nel recente passato militarista e nulla più. Per maggiori approfondimenti, CUTOLO, *Identità e dignità nazionale nel periodo dell'occupazione: la questione del Tennō*, in *Il Giappone*, 2005, 125-151; GIORGI, “*introduzione alla filosofia orientale*”, Pisa, 2016.

<sup>27</sup> L'abdicazione come strumento di pressione non è una caratteristica solo della storia giapponese: lo storico Ponsoby-Fane, precedentemente citato, fa presente gli esempi di Alfonso XIII in Spagna (1931), di Guglielmo II al momento del collasso del secondo *Reich* nel novembre 1918. Simile all'abdicazione è l'istituto della rinuncia agli affari pubblici: questo istituto venne utilizzato dall'ultimo Imperatore d'Austria Ungheria, Carlo I di Asburgo, il quale rinunciò nel 1918 al disbrigo degli affari pubblici in favore delle nuove istituzioni che sarebbero sorte dalle ceneri del suo impero, ma si considerò sempre Imperatore

premoderna risale al 1817 e avvenne in seguito a contrasti tra il Tennō Kōkaku (1771-1840) e lo shogun, dovuti al tentativo di riaffermare parzialmente l'autorità imperiale soprattutto in merito alla concessione dei titoli e delle distinzioni onorifiche.

L'abdicazione non venne disciplinata nella Costituzione imperiale del 1889<sup>28</sup> perché si riteneva, alla luce dell'esperienza storica, che una sua previsione e regolamentazione potessero essere erroneamente interpretate come una limitazione dell'autorità imperiale: come in precedenza accennato, nei secoli precedenti l'abdicazione era stata infatti utilizzata come strumento di pressione verso il Tennō e come mezzo di lotta intestina all'interno dei vari rami che componevano la Casa imperiale.

Tra il 1945 e il 1946 se ne tornò a parlare insistentemente perché vi furono forti pressioni affinché Hirohito abdicasse dopo la drammatica conclusione del Secondo conflitto mondiale: perfino suo zio, il Principe Higashikuni, che aveva ricoperto, subito dopo la resa del 15 agosto, l'incarico di premier, si espresse durante un'intervista a favore dell'abdicazione del nipote. L'abdicazione avrebbe rappresentato l'implicito riconoscimento della gravità di aver dichiarato guerra e una forma di rispetto per i soldati giapponesi caduti in vano.

Le Autorità di occupazione scartarono quasi subito l'ipotesi dell'abdicazione, addirittura ancor prima di prendere una decisione su una eventuale imputazione di Hirohito come criminale di guerra. Una volta assunta la decisione di mantenere l'istituzione monarchica, seppur depotenziandola e depoliticizzandola, gli Americani e il governo giapponese vollero dare ad essa carattere di forte stabilità: mentre temevano che in futuro potessero essere nuovamente avanzate delle richieste di abdicazione, soprattutto nel caso di un maggior radicamento popolare delle forze politiche e sindacali di ispirazione marxista. Questo è il principale motivo per il quale l'abdicazione non è stata disciplinata nel secondo dopoguerra né all'interno della Costituzione che della Legge sulla Casa imperiale.

Bisogna ricordare che la Commissione per la revisione della Carta, istituita dalla Dieta nel 1964, aveva sollevato il problema di inserire l'istituto

---

d'Austria e Apostolico Re d'Ungheria. Proprio per questo motivo, la neonata Repubblica austriaca emise una legge che vietava l'ingresso nel territorio nazionale agli Asburgo, senza un preventivo riconoscimento della sua legittimità, prestando un relativo giuramento.

<sup>28</sup> L'anno stesso della promulgazione della Costituzione imperiale venne redatto da Ito Hirobumi, uno dei più autorevoli esponenti politici dell'epoca e al tempo stesso uno dei principali estensori materiali della Carta, un commentario ufficiale alla Costituzione destinato in primo luogo alle Diplomazie dell'epoca. Cfr. HIROBUMI, *Commentaries on the Constitution of the Empire of Japan*, Tokyo, 1889.

dell'abdicazione nella Carta: i giuristi dell'epoca si espressero però negativamente perché se l'abdicazione si fosse basata esclusivamente sulla libera scelta del Sovrano, ciò avrebbe creato un *vulnus* all'automatismo nella successione<sup>29</sup>.

Fino all'estate 2016 l'abdicazione è stata analizzata solo – *incidenter tantum* – dai costituzionalisti: i manuali di diritto pubblico si limitavano appena ad affermare che l'abdicazione non è contemplata e che pertanto non era contemplata tra le possibili cause di successione al Trono<sup>30</sup>.

La dottrina nipponica si è comunque interrogata a lungo se tale istituto dovesse essere necessariamente disciplinato in un atto costituzionale, o comunque legislativo, oppure se potesse essere considerato come un elemento intrinseco ed inerente alla forma giuridica monarchica. Per Salvador Artacho<sup>31</sup>, l'abdicazione, in linea di principio, è sempre possibile in una monarchia perché è un diritto personale del re, anche se è auspicabile che sia disciplinata dalla legge.

Alcuni giuristi contemporanei (per es. Tonami Koji) sostengono invece che l'abdicazione potrebbe essere necessaria, qualora emergesse da una pluralità di atti o di pubbliche allocuzioni che il Tennō è venuto meno al principio di neutralità politica, sancito dall'art. 4 della Costituzione: in questo caso essa potrebbe configurarsi come opportuna o addirittura necessaria.

Il giurista francese Erich Seizelet riassume tutto il dibattito sull'abdicazione nell'ordinamento giapponese in due posizioni fondamentali: la prima è a favore dell'esistenza dell'abdicazione come istituto e, per giustificarla, analizza il tema in chiave comparata. Secondo questa tesi, l'abdicazione sarebbe legittima solo in caso di una infermità incurabile del Tennō sulla base del presupposto che la Legge sulla Casa imperiale dà la facoltà di modificare l'ordine di successione. In ogni caso, sempre secondo questa teoria, non sarebbe possibile vietare l'abdicazione se si configurasse come una decisione liberamente assunta dal Tennō, attinente esclusivamente alla sua coscienza individuale.

L'altra posizione fondamentale, a cui accenna Seizelet<sup>32</sup>, è quella rappresentata da coloro che sono contrari all'abdicazione e che fondano il loro ragionamento sulla base dei seguenti assunti:

- l'opportunità di mantenere lo *status quo*;

---

<sup>29</sup> MAKI, *The Documents of Japan's Commission on the Constitution*, in *The Journal of Asian Studies*, 1965, 475 – 489.

<sup>30</sup> SATO, *Constitutional Law*, Tokyo, 1956, 49.

<sup>31</sup> ARTACHO, *La Monarquía japonesa*, cit., 399 - 405.

<sup>32</sup> SEIZELET, *Monarchie et démocratie dans le Japon d'après-guerre*, Parigi, 1990, 195.

- la tradizione storica che dimostra gli abusi, le lotte e le rivalità tra il Tennō che abdica e quello che assume dopo le prerogative imperiali;
- l'esistenza dell'istituto della reggenza per sopperire ad una eventuale incapacità grave del Tennō;
- il rispetto delle prerogative successorie del principe ereditario e in *sub ordine* degli altri successibili che potrebbero in teoria essere minacciate da una decisione del Tennō che abdica.

La dottrina giapponese si è occupata non solo dell'*an* ma pure del *quo modo*: si è infatti interessata delle modalità con cui introdurre nell'ordinamento giuridico l'istituto dell'abdicazione.

La Costituzione si limita a stabilire solo il principio ereditario senza regolare l'ordine di successione, le cause che la attivano, né la qualificazione degli eredi. L'art. 2 dispone infatti che «*il trono imperiale è dinastico e successorio in conformità alla Legge sulla Casa imperiale approvata dalla Dieta*». Una posizione minoritaria (S.R. Artacho) ritiene necessario modificare l'art. 2 della Costituzione, mentre la maggior parte della dottrina giapponese (tra i molti, Okudaira Yasuhiro) giudica sufficiente emendare la Legge sulla Casa Imperiale o creare una disposizione *ad hoc* come è stato fatto nel caso della legge sulla delegazione dei poteri nel 1964<sup>33</sup>.

#### 4. La storica di decisione di Akihito

Il Tennō rarissimamente si rivolge direttamente alla Nazione attraverso un messaggio televisivo e per questo motivo l'allocuzione dell'8 agosto 2016, in cui ha manifestato la volontà di abdicare, assume un forte significato politico e giuridico. Sono solo due i messaggi alla Nazione che Akihito ha pronunciato nei suoi oltre ventinove anni di regno perché – a differenza di altri sovrani – egli non è solito rivolgersi al suo popolo con il

---

<sup>33</sup> Nel vigente ordinamento, la delegazione dei poteri è disciplinata dalla legge n. 83 del 20 maggio 1964 che consta solo di sei articoli: il primo di essi si limita a stabilire che attua quanto previsto dall'art. 4 comma 2 della Costituzione, mentre la disposizione successiva (art. 2) individua sia le cause che i possibili soggetti delegati. Essa prescrive che «*il Tennō, in caso di impedimento fisico o mentale ovvero qualora vi sia un altro impedimento di altra natura e tranne nell'ipotesi di instaurazione della reggenza, può, con il consenso e l'approvazione del governo, delegare i suoi poteri a un membro della famiglia imperiale secondo l'ordine per l'individuazione dei reggenti, stabilito dall'art. 17 della Legge sulla Casa imperiale*».

tradizionale discorso della Corona di inizio anno. Akihito<sup>34</sup> si era rivolto per la prima volta alla nazione cinque giorni dopo il disastro verificatosi alla centrale nucleare di Fukushima, nel marzo del 2011: «*Vorrei farvi sapere quanto sono profondamente toccato – disse in quella circostanza il Tennō – dal coraggio dei sopravvissuti a questa catastrofe che stanno dimostrando la loro determinazione a vivere. Desidero esprimere il mio apprezzamento ai membri delle Forze di Autodifesa, alla polizia, ai vigili del fuoco, alla Guardia Costiera del Giappone così come alle persone che sono venuti da oltreoceano per le operazioni di soccorso [...], sfidando il pericolo di scosse di assestamento ricorrenti. Desidero esprimere a loro la mia più profonda gratitudine*<sup>35</sup>».

Ben si può comprendere, in quest'ottica, l'importanza storica e costituzionale del messaggio imperiale dell'agosto 2016 perché il Tennō non solo chiarisce la sua missione istituzionale sotto la vigenza della Costituzione democratica, ma spiega i motivi per i quali preferisca ricorrere all'istituto dell'abdicazione, anziché a quello della reggenza o della delegazione dei poteri: egli espone, molto sommamente, il suo pensiero, facendo tesoro dell'esperienza che egli fece in prima persona nel 1987 – 1988, quando venne chiamato dal Governo a sostituire il padre ammalato nel disbrigo delle funzioni cerimoniali.

*«L'importante ricorrenza che segna il 70esimo anniversario della fine della Seconda Guerra Mondiale è passato [si riferisce alle celebrazioni tenutesi per tutto il corso del 2015 in cui egli ha esercitato un ruolo attivo sia in patria che all'estero esprimendo il suo dolore per le vittime di guerra], e tra due anni festeggeremo il 30esimo anno dell'era Heisei [cioè l'anniversario della sua ascensione al Trono e data da cui decorre in Giappone la numerazione degli anni].*

*Ho ormai più di 80 anni e ci sono dei momenti in cui mi sento limitato, costretto nella mia forma fisica: negli ultimi anni ho cominciato a riflettere sugli anni in cui ho esercitato le mie funzioni di imperatore, e a contemplare il mio ruolo e l'assolvimento dei doveri che dovrò compiere nei giorni a venire.*

---

<sup>34</sup> Sui problemi legati alla successione dell'attuale imperatore si rinvia a HIROSHI, *Akihito and the problem of succession*, in SHILLONY (a cura di), *The Emperors of modern Japan*, Londra, 2008, 322

<sup>35</sup> Messaggio di S.M. l'Imperatore al popolo giapponese del 16 marzo 2011, consultabile in traduzione inglese sul sito dell'Agenzia della Casa imperiale, all'indirizzo <http://www.kunaicho.go.jp/e-okotoba/01/address/tohokujishin-h230316-mov.html>

*Dato che siamo nel bel mezzo di una società in rapido invecchiamento, vorrei parlare oggi con voi in merito a quale sia il ruolo auspicabile per l'imperatore nel momento in cui sta invecchiando. Come imperatore mi devo astenere dal fare qualsiasi commento specifico sull'attuale sistema imperiale. Vorrei però dirvi ciò su cui, come persona, ho riflettuto.*

*Dal momento della mia ascensione al Trono [nel 1989], ho svolto le prerogative imperiali nelle questioni di Stato, e, allo stesso tempo, ho trascorso i miei giorni studiando e contemplando quale sia il ruolo desiderabile per l'Imperatore, che è designato dalla Costituzione del Giappone come il simbolo dello Stato.*

*Come colui che ha ereditato una lunga tradizione, ho sempre sentito un profondo senso di responsabilità nel proteggere questa tradizione. Allo stesso tempo, in una nazione e in un mondo che sono in continua evoluzione, ho continuato a pensare come la famiglia imperiale giapponese possa mettere le sue tradizioni a servizio della presente epoca e a riflettere su come possa essere parte attiva della società, rispondendo alle aspettative della gente.*

*È stato alcuni anni fa, dopo i due interventi chirurgici che ho subito, che ho cominciato a percepire un calo nel mio livello di forma fisica a causa dell'età che avanza: ho iniziato a pensare al futuro e soprattutto a come dovrò comportarmi qualora mi risultasse difficile adempiere alle mie faticose mansioni istituzionali proprio così come ho fatto finora; [ho pensato] a ciò che sarebbe meglio per il Paese, per il popolo, e anche per i membri della famiglia imperiale che verranno dopo di me. Ho già 80 anni e per fortuna ora sono in buona salute. Tuttavia, quando penso al fatto che il mio livello di forma fisica sta gradualmente diminuendo, mi preoccupa che possa diventare difficile per me svolgere i miei doveri come simbolo dello Stato, così come ho fatto fino ad oggi.*

*Sono salito al trono circa 28 anni fa, e nel corso di questi anni, ho trascorso le mie giornate insieme al popolo del Giappone, condividendo con esso gran parte delle gioie e delle sofferenze che si sono verificati nel nostro Paese. Ho [sempre] ritenuto che il primo e principale dovere dell'Imperatore sia quello di pregare per la pace e la felicità di tutte le persone. Al tempo stesso credo che in taluni casi sia essenziale stare fisicamente vicino al popolo, ascoltare le sue voci,*

*ed essere vicino ad esso nelle sue intenzioni. Per adempiere alle sue funzioni come simbolo dello Stato e come simbolo dell'unità del popolo, l'Imperatore ha bisogno di chiedere alla gente la loro comprensione in merito al suo ruolo di simbolo dello Stato. A questo proposito, ho percepito che i miei viaggi nelle varie località di tutto il Giappone e, in particolare, quelli nei luoghi remoti e nelle isole, rappresentano importanti atti dell'Imperatore nel suo ruolo di simbolo dello Stato e li ho adempiuti con questo spirito. Nei miei viaggi attraverso tutto il Paese, che ho fatto assieme all'Imperatrice da quando ero principe ereditario, sono stato informato che dovunque andassi c'erano migliaia di cittadini che amano le loro comunità locali e che con dedizione silenziosa continuano a sostenere la loro comunità. Questa loro consapevolezza mi ha sostenuto ad agire proprio come loro nell'adempimento dei miei compiti più importanti come Imperatore. Ho sempre pensato al popolo e ho pregato per esso con profondo rispetto e amore. Io ritengo che questa cosa sia stata una grande benedizione.*

*Avanzando nella vecchiaia, ritengo che non sia giusto ridurre continuamente gli atti che l'Imperatore compie nelle questioni di Stato e [diminuire] i suoi doveri come il simbolo dello Stato. Potrebbe essere instaurata una Reggenza per agire al posto dell'Imperatore, qualora questi non possa adempiere alle sue funzioni perché non ancora maggiorenne o perché sia gravemente malato. Anche in questi casi, tuttavia, non cambia il fatto che l'Imperatore continua ad essere tale fino alla sua morte, anche se non è in grado di svolgere pienamente alle sue funzioni.*

*Quando l'imperatore ha dei problemi di salute e le sue condizioni diventano gravi, io mi preoccupo per il fatto che, come è accaduto in passato, la società si possa fermare e la vita delle persone venirne influenzata in vari modi. [si noti il particolare: la frase inizia con la terza persona singolare in modo da marcare che è una ipotesi astratta, teorica, con il successivo, repentino passaggio alla prima persona per indicare che è una preoccupazione concreta ed attuale, NdA]. Nella tradizione della famiglia imperiale, la morte dell'imperatore provoca un grave lutto, le cerimonie funebri continuano ogni giorno per due mesi, e sono seguite da [altri] eventi funebri che proseguono per un anno. Questi diversi eventi si verificano in concomitanza con quelli legati alla nuova era [cioè i riti legati all'ascensione del nuovo*

sovrano], mettendo a dura prova tutti coloro che sono coinvolti nell'organizzazione degli eventi e, in particolare, le [loro] famiglie che vengono lasciate indietro. Di tanto in tanto mi interrogo sul fatto se sia possibile prevenire una situazione del genere.

*Come ho detto all'inizio del mio discorso, sotto la vigenza della Costituzione, l'Imperatore non ha poteri legati al governo. Anche in queste circostanze, la mia speranza è che si rifletta accuratamente sulla lunga storia degli imperatori del nostro paese e spero che la Famiglia Imperiale possa continuare a stare vicina alla gente in ogni momento e sia in grado di collaborare con il popolo per costruire il futuro del nostro Paese. Spero che le funzioni dell'Imperatore come simbolo dello Stato possano continuare costantemente ad essere svolte senza soluzione di continuità. Con questo augurio sincero, ho deciso di rendere noti i miei pensieri.*

*Spero sinceramente nella vostra comprensione<sup>36</sup>».*

A parte il modo gentile e rispettoso di rivolgersi al popolo, tipico della società giapponese, il messaggio è significativo perché delinea il ruolo del Tennō e giustifica l'esigenza di valutare l'abdicazione con la necessità che l'Istituzione sia sempre perfettamente funzionante al di là delle condizioni fisiche del Tennō. In fondo il compito principale dell'imperatore è quello di stare vicino al popolo.

In un'apposita conferenza stampa, indetta subito dopo il messaggio imperiale<sup>37</sup>, il portavoce del Governo ha dichiarato che il Primo ministro rifletterà sul problema e valuterà le soluzioni migliori, riducendo gli impegni pubblici imperiali ed esaminando la questione rapidamente in considerazione dell'età dell'imperatore. A parte questa dichiarazione formale, pare però che il Gabinetto abbia avuto delle perplessità sulla scelta delle modalità con cui è stata di fatto chiesta l'abdicazione: se il Tennō è stato "costretto" a ricorrere ad un messaggio video, significa probabilmente che non sono funzionati i canali di collegamento e di *moral suasion* con il Governo. I *mass media*

---

<sup>36</sup> Il testo in lingua inglese è consultabile sul sito dell'Agenzia della Casa imperiale all'indirizzo <http://www.kunaicho.go.jp/page/okotoba/detailEn/12>

<sup>37</sup> Dichiarazione rilasciata dal Capo della segreteria dell'Esecutivo (un ministro di Stato che coordina l'attività dei ministeri e delle agenzie a diretto supporto del premier), Yoshihide Suga, l'8 agosto 2016 e reperibile all'indirizzo [http://japan.kantei.go.jp/tyoukanpress/201608/8\\_p.html](http://japan.kantei.go.jp/tyoukanpress/201608/8_p.html)



hanno fatto delle congetture sulla sostituzione del Direttore dell’Agenzia della Casa imperiale, avvenuta proprio nel settembre successivo: è lecito supporre che il premier abbia voluto sostituirlo perché questi non è riuscito – come invece avrebbe gradito il governo – a dissuadere il Tennō dal rivolgersi direttamente alla nazione<sup>38</sup>.

Al di là delle polemiche e delle perplessità iniziali, è stata subito istituita una apposita commissione di sei giuristi che aveva di fronte a sé tre possibili soluzioni da analizzare: consentire l’abdicazione del solo Akihito, ovvero modificare la Legge sulla Casa imperiale (il che è sempre stato considerato un argomento tabù) ovvero respingere l’abdicazione in quanto i problemi sollevati dall’imperatore potevano essere risolti attraverso il ricorso alla Reggenza<sup>39</sup>. Alla fine pare è prevalsa la prima ipotesi perché era la meno traumatica possibile in quanto non veniva intaccato l’ordinamento giuridico della Famiglia imperiale, sancito contestualmente alla promulgazione della Costituzione democratica.

## 5. La legge sull’abdicazione

Il Governo di Shinzo Abe, dopo aver esaminato le proposte presentate alla Commissione di studio da parte di giuristi, costituzionalisti, analisti politici, ha presentato alla Dieta l’8 maggio 2017 una proposta di legge che consente al solo Akihito di abdicare, senza per questo modificare alcuna parte della Legge sulla Casa imperiale. In questo modo si è ritenuto di preservare l’automatismo della successione al Trono, individuato nel momento della morte dell’Imperatore.

---

<sup>38</sup> Edizione *on line* del quotidiano *Japan Times* del 28 settembre 2016 <http://www.japantimes.co.jp/news/2016/09/28/national/politics-diplomacy/imperial-household-agency-chief-replaced-amid-row-emperor-abdication-address/#.WGzKzPnhCUk>

<sup>39</sup> La vigente Costituzione disciplina l’istituto della Reggenza all’art. 5 nei seguenti termini: «*Quando, in conformità alla Legge sulla Casa Imperiale, viene istituita una Reggenza, il Reggente esercita le sue funzioni pubbliche in luogo dell’Imperatore. In tal caso, si applica il primo comma dell’articolo precedente*». L’inciso finale sta ad indicare che pure il Reggente «*svolge soltanto quelle funzioni di Stato che sono previste nella presente Costituzione. Egli non ha in nessun caso poteri di governo*» (art. 4). In sede di redazione della Carta, emerse la convinzione che la Reggenza dovesse essere disciplinata direttamente dalla Costituzione e non da una legge ordinaria, proprio per stabilire inequivocabilmente e *a priori* i limiti del Reggente nell’esercizio delle sue prerogative istituzionali, non facendole dipendere da considerazioni contingenti come sarebbe invece accaduto se la Carta si fosse limitata a rinviare ad un successivo atto parlamentare da adottare ogni qualvolta fosse stato necessario ricorrere a questo specifico istituto.

Dal punto di vista politico, un simile orientamento fa proprie le posizioni più conservatrici presenti all'interno del principale partito di governo, il Partito liberaldemocratico, che considera la stabile previsione dell'istituto dell'abdicazione come un elemento che intacca di fatto il prestigio dell'autorità imperiale. A sostegno di questa posizione, ci sono – soprattutto – aspetti che non vengono dichiarati in pubblico: come far svolgere la complessa cerimonia religiosa del *Daijō-sai*<sup>40</sup> con due Tennō ancora in vita, quando questa cerimonia per sua stessa essenza prevede che lo spirito imperiale passi dal defunto imperatore al suo successore.

L'esame parlamentare della proposta governativa è avvenuto nel mese di maggio 2017 e non ha riservato particolari sorprese: i gruppi politici hanno dichiarato la necessità di venire incontro alla richiesta di Akihito in considerazione della sua vecchiaia, ma non si sono espressi al di là di affermazioni di principio: la stessa proposta del Partito democratico di ampliare il ruolo delle donne all'interno della famiglia imperiale e di ipotizzare una successione per linea femminile, non è stata altro che un'affermazione di bandiera. Volutamente le forze politiche non hanno affrontato a fondo la questione del ruolo costituzionale del Tennō perché ciò

---

<sup>40</sup> Il *Daijō-sai* è sostanzialmente un rito religioso che non può in alcun modo essere comparato coi riti di intronizzazione occidentali, anche di quelli in cui è ben marcato l'aspetto culturale: nella tradizione medievale europea gli imperatori e i re venivano unti, consacrati dall'autorità religiosa, si tenevano apposite Messe di incoronazione, anche molto sfarzose, ma il consacrato rimaneva sempre un essere umano che riceveva un mandato a governare dalla divinità. È un rito molto antico, le cui origini – nonostante le scarse informazioni certe che vi sono al giorno d'oggi sul rito in sé – possono essere fatte risalire al VII secolo. Daniel Clarence Holtom (1884-1962), un famoso etnologo americano ed esperto sul Giappone che partecipò alle cerimonie di intronizzazione dell'imperatore Hirohito, definì il *Daijō-sai* «la più importante celebrazione dello Shintoismo, e anche una delle più antiche: in esso compaiono dei riti anteriori all'utilizzo della scrittura in Giappone». HOLTOM, *The Japanese Enthronement Ceremonies*, Londra – Tokyo, 1928, pag. 30. Nel 1990, in occasione della salita al Trono di Akihito, ci furono feroci polemiche politiche e giudiziarie sulla compatibilità di tale rito con l'ordinamento costituzionale post bellico. La Corte Suprema, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale del Daijōsai in relazione all'art. 20 della Costituzione che sancisce una separazione netta tra Stato e confessioni religiose, affermò che «il *Daijō-sai* è una cerimonia in cui il Tennō ringrazia gli antenati e gli dei del cielo e della terra e prega per la pace del popolo e dello stato» e che è «un'importante cerimonia tradizionale della famiglia imperiale, normalmente eseguita al momento della successione del trono a parte dal VII secolo, anche se ci furono nel corso degli anni interruzioni occasionali».

Per ulteriori informazioni, COLOMBO, *Laicità dello Stato e Shintoismo nella giurisprudenza giapponese*, Nagoya, 2010  
[https://www.academia.edu/1547906/Laicit%C3%A0\\_dello\\_Stato\\_e\\_Shintoismo\\_nella\\_giurisprudenza\\_giapponese\\_Lay\\_State\\_and\\_Shinto\\_in\\_the\\_Japanese\\_Case\\_Law\\_](https://www.academia.edu/1547906/Laicit%C3%A0_dello_Stato_e_Shintoismo_nella_giurisprudenza_giapponese_Lay_State_and_Shinto_in_the_Japanese_Case_Law_);

avrebbe potuto portare ad esiti non prevedibili che né l'opposizione né la maggioranza desideravano.

L'abdicazione e la successione femminile, pur non essendo una novità assoluta nella storia, saranno sempre due temi caldi nel dibattito nipponico: la prima perché è percepita come un possibile strumento di pressione verso l'Imperatore e quindi appare come una limitazione alla sua autorità; la successione femminile perché contrasta con l'idea della linea ininterrotta di discendenza di imperatori che affonda le sue radici più antiche nei miti ancestrali di fondazione. Senza questa premessa non si può pertanto comprendere perché la Dieta si sia limitata a consentire la rinuncia al Trono *solo* a questo imperatore.

La legge è stata praticamente approvata ad unanimità: sono usciti dall'aula solo i cinque parlamentari del Partito liberale.

Esaminando il contenuto della legge, va osservato preliminarmente che il primo articolo ne spiega le finalità, dandole una motivazione ufficiale: accogliere il desiderio dell'Imperatore regnante di ritirarsi dalla vita pubblica a causa della sua età avanzata e dei problemi di salute che ha dovuto affrontare negli ultimi anni. Implicitamente si vuole affermare che non vi è alcuna intenzione di modificare l'ordine successorio. La legge stabilisce poi la normativa di dettaglio, prevedendo che

- l'abdicazione avvenga entro tre anni dall'entrata in vigore della legge;
- il giorno dell'abdicazione sia fissato dal Governo previa consultazione del Consiglio della Famiglia imperiale;
- l'abdicazione sia automatica e quindi l'attuale Principe ereditario, Naruhito, diventa immediatamente il nuovo Tennō;
- la festa nazionale del compleanno dell'imperatore sia spostata dal 23 dicembre, data di nascita di Akihito, al 23 febbraio, data di nascita di Naruhito;
- con l'abdicazione inizi una nuova era («*gen*go») per la datazione degli atti ufficiali.

La normativa prevede poi che – avvenuta l'abdicazione – Akihito assuma il titolo di «*joko*», mentre sua moglie di «*jokogo*». Vengono poi presi in considerazione aspetti pratici: ad esempio, l'assegno familiare imperiale sarà triplicato per il principe Akishino, che diventerà primo in linea di successione al trono, una volta avvenuta l'abdicazione.

L'8 dicembre 2017 il Governo ha formalmente stabilito che l'abdicazione avverrà il 30 aprile 2019 e che il giorno successivo il Principe Naruhito diverrà il 126esimo imperatore nella storia del Giappone. L'ordinanza governativa è stata assunta dopo il parere favorevole del Consiglio della

Casa imperiale<sup>41</sup>, un organo di rilevanza costituzionale, previsto dalla Legge sulla Casa imperiale, che è presieduto dal Primo ministro e di cui fanno tra l'altro parte i Presidenti e i Vicepresidenti delle Camere e ben due giudici della Corte Suprema<sup>42</sup>.

Merita di essere fatta un'ultima osservazione sull'ordinanza governativa di dicembre '17: non vengono precisati – volutamente – tutti i riti di successione e soprattutto non viene menzionato il *daijo-sai*. In occasione della conferenza stampa di presentazione dell'ordinanza che stabilisce la data di abdicazione, il Governo ha chiarito che nei primi mesi del 2018 verrà istituita una apposita commissione<sup>43</sup> proprio per organizzare tutti i riti di successione che si terranno verosimilmente a partire dalla seconda metà del 2019.

Quanto alla datazione degli anni, il Governo ha precisato che l'era Heisei, iniziata nel 1989, cesserà con l'abdicazione (31esimo anno). Con l'ascensione al trono di Naruhito, inizierà una nuova era il cui nome sarà presumibilmente rivelato nel corso del 2018.

L'individuazione della data di abdicazione non è stata una scelta politicamente neutra e ha dato luogo al confronto/scontro di sensibilità diverse: il Governo optava per il 31 dicembre 2018 in modo che la nuova era coincidesse con il capodanno e quindi con il calendario dell'era comune (cioè il 2019); l'Agenzia della Casa imperiale insisteva per una data primaverile perché ad inizio anno il Tennō è tenuto al compimento di una serie di cerimonie religiose nella sua qualità di sacerdote shintoista. È prevalsa quest'ultima tesi che rischia di creare non poche difficoltà al premier Abe. Questi, reduce dalla vittoria alle elezioni anticipate del 22 ottobre 2017, sperava (e spera tutt'ora) di concludere il procedimento di revisione costituzionale<sup>44</sup>, comprendente pure la riforma del celebre art. 9 sul

---

<sup>41</sup> Statement by Prime Minister Abe on the Imperial Household Council Meeting, consultabile all'indirizzo [https://japan.kantei.go.jp/98\\_abe/statement/201712/\\_00004.html](https://japan.kantei.go.jp/98_abe/statement/201712/_00004.html).

<sup>42</sup> Dal 1947 ad oggi il Consiglio della Casa imperiale si è riunito solo venticinque volte e l'ultima volta nel 1993 in occasione del parere sulle nozze del Principe ereditario. Il Consiglio, disciplinato dal capo quinto della legge sulla Casa imperiale, delibera tra l'altro sull'accertamento degli impedimenti dell'imperatore, sulle ipotesi di reggenza e sulla successione.

<sup>43</sup> <https://www.japantimes.co.jp/news/2017/12/05/national/special-panel-set-formally-approve-emperor-akihitos-abdication-date-april-30-2019/#.WiZ3ilXiaUk>

<sup>44</sup> L'art. 96 della Costituzione stabilisce: «L'iniziativa per gli emendamenti da apportare alla presente Costituzione spetta alla Dieta, mediante il voto concorde dei due terzi dei membri di ciascuna Camera. Tali emendamenti saranno poi sottoposti al popolo per la ratifica, che richiederà il voto favorevole della maggioranza di tutti i voti espressi a quel fine, in un referendum apposito ovvero in occasione di elezioni stabilite dalla Dieta. Gli

pacifismo costituzionale, entro l'estate 2019: non vi è dubbio che svolgere i riti di intronizzazione del nuovo imperatore nel pieno della campagna referendaria confermativa delle riforme crea dei problemi non indifferenti perché apre di nuovo l'eterno dibattito sulla laicità dello Stato e sul ruolo del Tennō<sup>45</sup>.

## 6. La successione femminile al Trono: una riforma è possibile?

Era inevitabile che la stampa – in occasione della discussione parlamentare sul progetto di legge relativo all'abdicazione – affrontasse di nuovo la questione della successione al Trono in via femminile, ad oggi non consentita. Alcuni parlamentari hanno auspicato una revisione della normativa successoria e chiesto di avviare una riflessione proprio a livello costituzionale. Alla fine, però, la Dieta ha compiuto solo un timido passo in avanti: è stata approvata una mozione che invita il governo a rivedere la normativa che impone alle donne di abbandonare la Famiglia imperiale al momento delle nozze con un soggetto non appartenente alla stessa. Questa mozione parlamentare può rappresentare il primo spiraglio verso una successione in linea femminile anche se il suo contenuto vago non impone dei termini entro i quali il governo è chiamato a predisporre una proposta normativa.

La questione di estendere la successione al Trono in linea femminile è stata ampiamente dibattuta negli ultimi anni<sup>46</sup>, in particolare da quando l'istituzione imperiale ha subito una significativa trasformazione soprattutto a livello comunicativo nelle relazioni con la popolazione: Akihito, sin dalla sua ascensione al Trono nel 1989, ha abbattuto le distanze, anche fisiche, che tradizionalmente separavano i sudditi dal Tennō: i suoi rapporti con la popolazione sono divenuti molto stretti, espressione di un sincero affetto e di partecipazione soprattutto in occasione delle grandi calamità naturali che

---

*emendamenti, in tal modo ratificati, saranno immediatamente proclamati dall'Imperatore in nome del popolo, quale parte integrante della presente Costituzione».*

<sup>45</sup> La Costituzione giapponese non è mai stata oggetto di emendazione proprio per la complessità del procedimento di revisione. Sul dibattito in merito all'evoluzione del costituzionalismo nipponico si rinvia all'importante opera collettanea HIGAUCHI (a cura di), *Five Decades of Constitutionalism in Japanese Society*, Tokyo, 2000.

<sup>46</sup> KORNICKI, *The Exclusion of Women From the Imperial Succession in Modern Japan*, in *Asiatica Venetiana*, 1999, 133-152.

periodicamente colpiscono il Giappone<sup>47</sup>. Inoltre, da qualche anno, i membri della famiglia imperiale hanno iniziato ad utilizzare l'appellativo onorifico nei confronti delle altre persone con cui si intrattengono, e si è altresì assistito ad un progressivo abbandono dei termini onorifici obbligatori che da sempre erano utilizzati per rivolgersi loro: essi stessi sono divenuti molto più spontanei e il loro modo di esprimersi è più naturale.

Pur con il rispetto loro dovuto, gli stessi organi di stampa si sono interessati a partire dalla metà degli anni Novanta alle condizioni di salute della principessa Masako, moglie del principe ereditario Naruhito, e al fatto che al momento non poteva avere figli. Quando, dopo molti anni di matrimonio e un aborto, nacque finalmente la loro unica figlia, la principessa Aiko (2001), si pose con forza il tema della successione femminile al Trono: del resto, nel 2001, erano quasi quarant'anni, che all'interno della Famiglia imperiale non nasceva l'agognato maschio e pertanto la continuità dinastica a rischio.

L'estensione in linea femminile della successione ha diviso l'opinione pubblica, mentre la classe politica si è generalmente schierata tutta a favore della proposta senza darvi però mai attuazione pratica: è infatti un tema che poneva e pone tutt'oggi dei gravi problemi non solo giuridici.

I sostenitori della successione in linea femminile facevano presente che vi erano già state nella storia giapponese dei casi di imperatrici che hanno effettivamente regnato e, come tali, sono state inserite nella formale linea di successione al trono, universalmente accettata: l'ultima imperatrice regnante fu Go-Sakuramachi (1740-1813) che regnò dal 1762 al 1771, quando abdicò in favore del proprio nipote, Go-Momozono.

In realtà, però, non vi è mai stata una vera e propria successione per discendenza in via femminile e gli stessi casi di imperatrici regnanti hanno rappresentato un'eccezione legata a determinate contingenze storiche. Bisogna infatti osservare che in passato nessuna imperatrice ha trasmesso la sovranità ad un erede perché queste erano tutte nubili o vedove<sup>48</sup>. È chiaro però che in epoca contemporanea, caratterizzata da una società secolarizzata, dove si tende ad una totale equiparazione di genere, il tema fosse politicamente corretto e che quindi riscuotesse – a parole – ampio consenso.

Tuttavia questo tema si scontra con la tradizione e in particolare con il principio della linea di discendenza ininterrotta maschile di imperatori in linea maschile che risale ad Amaterasu: collide con uno dei principi sui quali

---

<sup>47</sup> Sui rapporti tra la Casa imperiale e la popolazione nei primi anni duemila, si rinvia a DE PALMA, *La famiglia imperiale Heisei*, Tokyo, 2005, [http://www.tku.ac.jp/kiyou/contents/hans/123/5\\_daniela.pdf](http://www.tku.ac.jp/kiyou/contents/hans/123/5_daniela.pdf)

<sup>48</sup> DE PALMA, *Il sistema imperiale nel Giappone contemporaneo*, in *Il Giappone*, 1990, 237.

si caratterizza il culto shintoista. Ma non solo: l'esistenza di una imperatrice regnante pare non essere compatibile con la celebrazione del rito più volte citato del *Daijō-sai*. Probabilmente è proprio per questi motivi che la questione della successione femminile è stata fatta cadere pragmaticamente nell'oblio non appena è nato il principe Hisahito nel 2006.

La questione della successione femminile si pose anche nel 1946/47: non è un tema nuovo. Nel dibattito parlamentare che portò all'emanazione della Costituzione e poi in quello relativo alla Legge sulla Casa imperiale, si discusse l'eventualità di far salire al trono un'imperatrice, ma l'argomento venne accantonato immediatamente facendo leva su un aspetto eminentemente pratico: nel dicembre del 1946 vi erano già tre eredi maschi: il principe ereditario Akihito, suo fratello minore, il Principe Hitachi, e suo cugino, il Principe Tomohito di Mikasa. Per questo motivo, nel corso di un intervento dinanzi alla Camera dei Pari<sup>49</sup>, il Governo escluse la possibilità di prevedere delle imperatrici regnanti. Pragmaticamente, però, il legislatore giapponese non escluse del tutto una futura, eventuale, successione femminile: mentre infatti, l'art. 2 della Costituzione imperiale del 1889 stabiliva che *«al Trono Imperiale succedono i soli discendenti maschi dell'Imperatore, secondo le previsioni della Legge della Casata Imperiale»*, il corrispondente art. 2 della Costituzione del 1947 si limita a prevedere che *«il trono imperiale è dinastico e successorio in conformità alla Legge sulla Casa imperiale approvata dalla Dieta»*. Ne consegue che il riferimento alla discendenza maschile non vi è più nella Costituzione e quindi l'estensione alle donne della possibilità di accedere al Trono non richiede una modifica costituzionale: è sufficiente che sia approvata dalla Dieta e quindi da una fonte del diritto modificabile secondo il procedimento ordinario.

Come un fiume carsico, il tema venne più volte riaffrontato in seguito: nel 1959, dinanzi alla Commissione di studio per la revisione della Costituzione, il Governo dichiarò che *«la questione se alle donne dovesse essere permesso di succedere al trono è stata sollevata, ma ci sono ancora molti dubbi riguardo a questo problema. Siamo fermamente convinti che il popolo giapponese preferisca una monarchia in linea maschile<sup>50»</sup>*.

L'argomento rimase sotto traccia per la parte restante dell'era Shōwa (1925-1989) e tornò di attualità nel 1995 quando, durante la campagna per l'elezione a presidente del Partito liberaldemocratico, il futuro premier

---

<sup>49</sup> Discussione del 16 dicembre 1946 del progetto di legge di una nuova Legge sulla Casa imperiale dinanzi alla Camera dei Pari, discussione riportata da TAKAHASHI, *Akihito and the problem of succession*, cit., 326.

<sup>50</sup> ID, 327.

Koizumi sostenne la necessità di modificare la legge sulla Casa imperiale per consentire alle donne di accedere al Trono: riteneva che i tempi stessero diventando maturi per una simile decisione.

Nell'aprile del 2000, la Camera dei Consiglieri istituì una nuova commissione di studio sulla Costituzione che affrontò pure questa tematica: nel rapporto ufficiale, pubblicato dopo cinque anni di lavoro, dedicò un capitolo alla modifica dell'art. 2 della Costituzione sostenendo che la maggioranza della Commissione riteneva che in futuro dovesse esservi una imperatrice regnante, pur mantenendo fermo il principio che il Tennō è il simbolo dello stato perché tale sistema ha il sostegno del popolo ed è - interessante da sottolineare - «conforme alla storia e alla cultura della nazione<sup>51</sup>».

Il tema venne poi approfondito, come già ampiamente ricordato, nel 2004 dalla Commissione incaricata di studiare possibili emendamenti alla Legge sulla Casa imperiale del 1947. La nascita del principe Hisahito interruppe di fatto la discussione.

Dopo molti anni che la questione della successione femminile non veniva più sollevata, essa è tornata brevemente di attualità nel marzo del 2016 quando la Commissione delle Nazioni unite contro le discriminazioni delle donne anticipò un rapporto in cui accusava il Giappone di violazione dei diritti delle donne, e quindi del principio di uguaglianza, perché non permetteva ancora alle donne di accedere al trono. In seguito alle proteste del governo giapponese, la Commissione rimosse tale riferimento dalla versione finale del proprio rapporto<sup>52</sup>.

Nella primavera del 2017, ben più scalpore ha suscitato, invece, l'annuncio della figlia del secondogenito dell'Imperatore, la Principessa Mako (n. 1991), di unirsi in matrimonio con un cittadino comune, annuncio avvenuto in concomitanza con l'inizio della discussione parlamentare del progetto di legge governativo per consentire ad Akihito di ritirarsi a vita privata. Alcuni analisti politici hanno osservato che l'annuncio è stato un segnale della Famiglia imperiale alla Dieta affinché valuti di consentire alle principesse di continuare a far parte della Famiglia imperiale anche qualora

---

<sup>51</sup> RESEARCH COMMISSION ON THE CONSTITUTION, HOUSE OF COUNCILLORS, *Handbook on the Research Report on the Constitution of Japan*, Tokyo, 2005, 11

<sup>52</sup> Sulle polemiche del marzo del 2016 si segnalano i seguenti articoli di stampa, apparsi nella versione on line del Japan Times: [http://www.japantimes.co.jp/news/2016/03/09/national/politics-diplomacy/u-n-panel-drops-criticism-japans-male-imperial-lineage-tokyo-protests/#.WDls1\\_nhCUn](http://www.japantimes.co.jp/news/2016/03/09/national/politics-diplomacy/u-n-panel-drops-criticism-japans-male-imperial-lineage-tokyo-protests/#.WDls1_nhCUn); <http://www.japantimes.co.jp/news/2016/03/14/national/politics-diplomacy/u-n-committee-riled-japan-criticism-womens-rights/#.WDluSvnhCUk>



contraggano matrimonio con un cittadino comune. Va, infatti, messo in rilievo che la divulgazione di ogni notizia ufficiale sulla Casa imperiale avviene sotto lo stretto controllo del Kunaichō (l'agenzia governativa addetta alla Casa imperiale): non si può parlare pertanto parlare di casualità nell'annuncio pubblico della principessa di sposare un comune cittadino<sup>53</sup>.

L'annuncio delle nozze ha provocato subito delle reazioni politiche: il Partito democratico giapponese ha proposto di ampliare il dibattito in corso per consentire una revisione della Legge del 1947 circa i criteri di appartenenza alla Famiglia imperiale. A questa idea si è opposta però la maggioranza di governo, la quale non si è mostrata contraria in linea di principio ma ha rinviato ad un futuro imprecisato l'esame della questione. Non è una novità che i gruppi conservatori si oppongano all'idea di un ampliamento della Famiglia imperiale perché ciò porterebbero come logica conseguenza ad una successione in linea femminile che è ritenuta in contrasto con la tradizione nipponica: il professor Hidetsugu Yagi dell'Università di Reitaku, noto come uno dei principali collaboratori del premier Abe, ha pubblicamente affermato che la famiglia imperiale perderebbe la sua legittimità se venisse rotta la successione in linea maschile. A suo giudizio, in quel caso, «*il Giappone non sarà più il Giappone*»<sup>54</sup>.

In conclusione si ritiene che al momento potrebbero esservi i presupposti politici per modificare la Legge sulla Casa imperiale del 1947 in modo da consentire un ampliamento della Famiglia imperiale anche alle donne che si sposano con cittadini comuni (come emerso nel dibattito parlamentare del maggio scorso), mentre è assai difficile ipotizzare una successione al Trono per linea femminile. Si può quindi ritenere che sul Giappone dovrebbe continuare a regnare linea di discendenza maschile<sup>55</sup>, salvo che cause contingenti ripropongano nuovamente questa tematica.

---

<sup>53</sup>

<http://www.japantimes.co.jp/opinion/2017/06/29/commentary/japan-commentary/imperial-succession-issue-neglected/#.WXBuO2fOOUI>

<sup>54</sup> [http://fpcj.jp/en/j\\_views-en/magazine\\_articles-en/p=46514/](http://fpcj.jp/en/j_views-en/magazine_articles-en/p=46514/)

<sup>55</sup> Per ulteriori approfondimenti sull'argomento in chiave storico giuridica si rinvia al lavoro collettaneo di MCCREEDY THERNSTROM (a cura di), *Japanese Women: Lineage and Legacies*, Washington, 2005.

## 7. Conclusioni.

La legge del 16 giugno 2017 sull'abdicazione è interessante perché ha permesso una seppur fugace discussione giuridica sul ruolo dell'Imperatore e della Famiglia imperiale. L'argomento, come più volte ricordato, è un tabù perché concerne dei nodi irrisolti che attengono alla sfera istituzionale, storica e religiosa del Paese. In estrema sintesi, si dovrebbero affrontare temi politicamente sensibili come, ad esempio,

1. la compatibilità costituzionale degli atti quotidianamente compiuti dal Tennō,
2. l'impossibilità per l'Imperatore di esprimere un pensiero anche latamente politico,
3. la natura giuridica degli atti che egli compie come sacerdote<sup>56</sup>,
4. il rischio dello sfruttamento della sua immagine politica da parte dei vari governi.

Discutere su *chi* sia il Tennō, *cosa* rappresenti, *che ruolo* abbia nella società e nell'ordinamento costituzionale sono argomenti che le forze politiche preferiscono non affrontare.

Va poi osservato che tuttora c'è un'aurea di inaccessibilità, di sacra distanza e di rispetto verso l'istituzione imperiale che neanche il Papato conserva più. L'opinione pubblica giapponese, nella sua grande maggioranza, nutre un riservato ossequio verso la Casa imperiale che non eccede mai in un'attenzione morbosa. Sotto questo aspetto, il Giappone è completamente diverso dalla Gran Bretagna e dalle monarchie dell'Europa continentale ed è molto più vicino alla Thailandia dove il Re Bhumibol Adulyadej (1927-2016) era considerato quasi come una divinità. In Giappone c'è quindi un generale rispetto verso il Tennō, ma al tempo stesso un disinteresse che emerge soprattutto nelle generazioni più giovani, cresciute in una società ipertecnologicizzata e internazionalizzata<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> OHNUKI-TIERNEY, *The Emperor of Japan as Deity (Kami)* in *Ethnology*, 1991, 199 - 215.

<sup>57</sup> Per un'approfondita analisi sull'atteggiamento delle giovani generazioni verso l'istituzione imperiale, si rinvia allo studio di Daniela De Palma, *La famiglia imperiale Heisei*, consultabile on line all'indirizzo [http://www.tku.ac.jp/kiyou/contents/hans/123/5\\_daniela.pdf](http://www.tku.ac.jp/kiyou/contents/hans/123/5_daniela.pdf)

Della stessa autrice, una delle pochissime studiose italiane sul Tennō, si consiglia, DE PALMA *L'atteggiamento dei giapponesi nei confronti del Tennō: contrasti dei sentimenti e sopravvivenze del passato, in Giappone sensi e sentimenti, Atti Convegno di Studi dell'Aistugia*, Chianciano, 1993, 87 - 107.

C'è pure un altro fattore da prendere in considerazione e che è interessante da analizzare in un'ottica giuridica: del Tennō, dell'Istituzione imperiale e di tutto quanto connesso non se ne parla mai. È difficilissimo trovare un cittadino o uno studioso che si occupi dell'Imperatore come potrebbe fare una qualsiasi altra persona al mondo, riferendosi al proprio capo di Stato e indipendentemente dal fatto che si tratti di un Re o di un Presidente della Repubblica.

Si tratta di disinteresse o anche in questo caso di tabù?

È lecito propendere per la seconda ipotesi.

Non è politicamente corretto parlare del Tennō anche per altri e ulteriori motivi rispetto a quelli già accennati: se si discutesse di lui, si dovrebbero affrontare questioni che la gente comune preferisce lasciar cadere nell'oblio un po' perché non più attuali un po' perché estremamente divisivi. Si pensi, ad esempio, al ruolo avuto da Hirohito durante il militarismo degli anni Trenta e nel corso della Seconda guerra mondiale; le traumatiche relazioni del Giappone militarista prebellico con le altre nazioni del sudest asiatico e la Cina in particolare; lo *status* del Tennō in relazione alla Costituzione e al culto scintoista; la compatibilità delle funzioni sacerdotali del Tennō con il principio della laicità dello Stato; il rafforzamento o meno delle sue prerogative costituzionali.

Prudenza, anche accademica, fa sì che sia più opportuno limitarsi ad accogliere la *vulgata* che vuole il Tennō – dopo il 1947 – un “soprammobile” del sistema costituzionale. In queste sette decadi di costituzionalismo giapponese non si è sviluppata né una tendenza ad un rafforzamento delle prerogative imperiali né – all'opposto – è maturato un sentimento di matrice repubblicana. Ad eccezione del Partito comunista, nessuna forza politica giapponese auspica una forma di governo repubblicana. Va peraltro osservato che gli stessi comunisti (oltretutto una minoranza in Parlamento) sono molto prudenti sul tema: si limitano ad auspicare che sia il popolo a pronunciarsi direttamente sulla sopravvivenza del sistema imperiale. Sul versante opposto politico, eccetto alcuni gruppi di stampo neo-nazionalista, il Partito liberaldemocratico non va oltre l'auspicio che al Tennō sia riconosciuto lo status di capo dello Stato.

Dall'esame del contesto politico giapponese, emerge un altro, evidente paradosso politico: dalla fine della guerra ad oggi, il Tennō non ha avuto un grande gradimento nei partiti di Destra, mentre, soprattutto negli ultimi anni di regno di Akihito, si nota un apprezzamento significativo al suo operato da

parte delle forze di Sinistra, apprezzamento che arriva a lambire lo stesso Partito comunista<sup>58</sup>.

Il Tennō è pertanto un simbolo di contraddizione.

Sta di fatto che i partiti giapponesi hanno affrontato negli anni solo marginalmente la questione dello status del Tennō: le polemiche politiche – sempre molto accese in merito alla revisione costituzionale – hanno riguardato in particolare l’art. 9 (il cosiddetto «pacifismo costituzionale») e in misura molto minore la revisione del primo capitolo, dedicato al Tennō.

L’imperatore è oggetto di studio da parte più dei giuristi stranieri che non dei giapponesi. Non sono moltissime le pubblicazioni scientifiche giapponesi sul Tennō: sussiste invece un’abbondantissima bibliografia in lingua inglese e spagnola. La ragione è di carattere storico: gli Americani non solo hanno predisposto la prima bozza di Costituzione ma hanno pure seguito tutto l’iter costituente; gli spagnoli hanno cercato nella monarchia giapponese un termine di paragone per la loro esperienza costituzionale, soprattutto dopo la fase della transizione democratica (1975 - 1981).

La legge sulla abdicazione è interessante perché ha permesso alle istituzioni e ai giuristi giapponesi di affrontare il tema “Tennō”, ma l’occasione non è stata sfruttata a pieno: il dibattito è durato pochi mesi ed è rimasto circoscritto all’abdicazione con un generico riferimento ad affrontare in futuro le modalità di appartenenza alla Famiglia imperiale delle donne.

In questo contesto politico e sociologico, si può osservare, da ultimo, che la Famiglia imperiale rimane un punto di riferimento – discreto e riservato – per l’intera società giapponese: non interviene in alcun dibattito politico, mantiene un rigoroso distacco dalle forze politiche, sociali; tutti gli interventi dei suoi componenti sono previamente approvati – a seconda della

---

<sup>58</sup> I partiti di sinistra apprezzano molto la vocazione pacifista di Akihito che nei suoi principali discorsi ufficiali esalta il valore: questi vedono nelle parole dell’Imperatore una implicita critica al premier Abe soprattutto in materia di politica di difesa. Come noto, Abe da sempre tenta di modificare l’interpretazione dell’art. 9 della Costituzione che prevede il divieto per il Giappone di detenere Forze armate e che dispone la rinuncia al ricorso alla guerra come diritto sovrano della nazione. Secondo Abe, tale disposizione costituzionale, seppur fondamentale in linea di principio, per come è formulata impedisce al Giappone di difendersi adeguatamente negli scenari geopolitici post moderni, caratterizzati dal terrorismo e dalle tecniche della guerra asimmetrica. Per alcuni esponenti politici e per ampi settori dell’opinione pubblica, l’Imperatore sarebbe contrario a tale scelta e lo dimostrerebbe tramite dichiarazioni sul rifiuto della guerra e sulla necessità di salvaguardare la Costituzione, temi che spesso affronta nei suoi discorsi. Onestamente tale tesi non pare essere condivisibile perché il Tennō è molto rispettoso del suo ruolo di simbolo dello Stato ed evita accuratamente dichiarazioni che possano essere strumentalizzate politicamente: si mantiene sempre su un tono aulico e si esprime soltanto sui valori fondamentali.

complessità – dall’Agenzia della Casa imperiale o dal Governo. Non solo il Tennō, ma pure gli altri componenti della Casa sono consapevoli della loro funzione di «simbolo» e conseguentemente sono molto attenti a non dar luogo a polemiche di alcun tipo. Il loro prestigio è aumentato dal fatto che nel corso degli anni hanno sempre più accentuato il loro carattere di «monarchia di popolo», come già lo storico e politologo Ruoff affermava chiaramente ben due decenni fa. L’unico rischio che la Casa imperiale può incorrere – ma su cui si vigila attentamente – è l’uso politico della figura del Tennō da parte dei vari governi: francamente sembra un rischio teorico e non pratico dal momento che tutte le forze politiche stanno molto attente a preservare la neutralità della Famiglia imperiale.

Quale sarà il futuro dell’istituzione imperiale?

È sempre difficile fare previsioni ma è facilmente intuibile che il Principe ereditario Naruhito seguirà fedelmente le orme del padre e cercherà un rapporto informale con l’opinione pubblica, rimanendo molto legato alla sua natura di simbolo dello Stato e dell’unità del popolo, così come delineata dalla Costituzione. Del resto questo è quello che emerge già adesso: non bisogna dimenticare che da molto tempo Naruhito compie attività di rappresentanza per conto del padre Akihito.

Nel 2019, al momento dell’abdicazione tutto avverrà nella continuità simbolica e giuridica: la figura del Tennō – depoliticizzata ma non deresponsabilizzata – rimarrà fedele alla sua storia bimillenaria e alla Costituzione del 1947.

## LE ROLE DE LA FEMME DANS LA CONSTITUTION DE L'ALGERIE: UNE EVOLUTION INACHEVEE

**Giammaria Milani**

*Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Siena*

*La questione di genere occupa una posizione importante nello studio de processi di transizione e di rivoluzione che si sono sviluppati in diversi paesi dell'Africa del Nord e del Medio Oriente e che sono generalmente conosciuti come "primavere arabe". È possibile affermare che il rafforzamento del ruolo della donna e la loro partecipazione allo sviluppo politico, economico e sociale è, a un tempo, una causa e una conseguenza delle "primavere arabe". In questo contesto, l'Algeria ha ottenuto dei risultati insufficienti quanto al progresso e al riconoscimento della pari dignità della donna. In questo articolo sarà ripercorsa l'evoluzione algerina in materia, analizzando tanto il quadro costituzionale, quanto l'attuazione che ne è stata fatta a livello legislativo.*

*The gender issue plays an important role in the study of the transition and revolution processes that have developed in several countries in the North Africa and Middle East and that are generally known as "Arab Springs". The strengthening of the role of women and of their participation in political, economic and social developments can be, at the same time, viewed both as a cause and as a consequence of the "Arab Springs". Within this context, Algeria has reached insufficient results in terms of progress and recognition of women's equal dignity. This article will look at the Algerian evolution, analyzing both the constitutional framework and the implementation that has been made at the legislative level.*

### **Sommaire:**

1. Introduction: la place de la question de genre dans les «Printemps arabes»
2. L'évolution constitutionnelle dans le domaine des droits et des libertés
3. La femme dans la Constitution de l'Algérie
4. Les faibles garanties des droits fondamentaux
5. Les rares lumières et les nombreuses ombres du cadre législatif
6. Conclusions: le future incertain du rôle des femmes dans la société algérienne

## 1. Introduction: la place de la question de genre dans les «Printemps arabes»

La question du genre occupe une place importante dans l'étude des processus de transition et de révolution vécus dans certains pays de l'Afrique du Nord et du Moyen-Orient, auxquels on se réfère lorsqu'on parle de «Printemps arabes».

D'un côté, les femmes ont souvent été les protagonistes des mouvements qui ont donné naissance à ces processus de transformation politique et institutionnelle de la Région: dans un climat renouvelé par l'activisme et la participation populaire, qui a vu la mobilisation d'énormes masses d'individus, les mouvements des femmes, tout comme les autres formes de mobilisation populaires, ont permis d'exprimer les revendications à la base des transitions.

De l'autre côté, et en conséquence de ce qui précède, la position des femmes a été au centre des débats dans les systèmes juridiques qui, suivant des chemins différents, ont tenté de répondre aux émeutes et aux manifestations en entamant des processus de démocratisation et d'ouverture politique et institutionnelle. Ainsi, le cas de la Tunisie a par exemple démontré jusqu'à quel point le succès réel de la transition constitutionnelle est lié à la reconnaissance et au renforcement du rôle des femmes dans la société, de leur dignité et de leur égalité par rapport au sexe opposé<sup>1</sup>.

Il serait d'autant plus possible affirmer que le renforcement du rôle des femmes et leur participation au développement politique, économique et social de ces sociétés est, à la fois, l'une des causes et des conséquences des «Printemps arabes»: les femmes ont eu un impact décisif sur la transition de ces pays et, à l'inverse, ces transformations sont susceptibles d'affecter profondément la situation des femmes dans les sociétés arabes<sup>2</sup>.

Dans ce contexte, l'Algérie a obtenu des résultats insuffisants quant au progrès et à la reconnaissance de la dignité de la femme et son égalité par rapport au sexe opposé. Les timides propositions pour l'ouverture du système politique et la démocratisation du pays, outre qu'être le résultat exclusif de la volonté du sommet politique, n'ont pas encore abouti à l'approbation de ces

---

<sup>1</sup> Sur le cas tunisienne voir CECCHERINI, *La questione dell'eguaglianza uomo-donna*, en GROPPI - SPIGNO (éds), *Tunisia. La Primavera della Costituzione*, Roma, 2015, 117 ss.; BEN JEMIA, *Lecture de l'article 46 de la Constitution*, en AA.VV., *La Constitution de la Tunisie. Processus, principes et perspectives*, disponible su <http://www.tn.undp.org>, 431 ss; GALLALA-ARNDT, *Tunisia after the Arab Spring. Women's Rights at Risk?*, in GROTE - RÖDER (éds.), *Constitutionalism, Human Rights, and Islam after the Arab Spring*, Oxford, 2016, 599 ss.

<sup>2</sup> Voir KHALIL, *Gender Paradoxes of the Arab Spring*, en *The Journal of North African Studies*, 2014, 131-136.

changements dont l'Algérie nécessite afin de commencer un véritable processus de démocratisation<sup>3</sup>. Et nous ne pouvons pas soutenir la thèse selon laquelle la question du genre est une exception: dans ce domaine, les progrès réalisés grâce aux réformes constitutionnelles de 2008 et 2016 doivent être soutenus par un travail de mise en œuvre qui, jusqu'à présent, n'a été que partiellement accompli.

En effet, on peut dire d'ores et déjà que ce n'est pas la Constitution le principal obstacle à la reconnaissance du rôle des femmes au sein de la société algérienne: au contraire, par rapport aux textes des pays voisins, les différentes constitutions adoptées en Algérie suite à son indépendance ont toujours inclus des dispositions avancées et capables, du moins d'un point de vue formel, de réaliser l'égalité entre les hommes et les femmes et de soutenir la participation des femmes dans la société. Il convient toutefois de noter que la Constitution n'a qu'une faible efficacité<sup>4</sup>, ce que nous permet de l'inclure parmi ces textes que la doctrine appelle constitutions «nominales»<sup>5</sup>, «de façade»<sup>6</sup> ou même «fausses»<sup>7</sup>.

Cet article se propose d'analyser la question du genre dans le système constitutionnel de l'Algérie. À la lumière de ce qui vient d'être dit, il ne sera pas suffisant d'étudier l'évolution constitutionnelle, qui sera traitée pour définir, de manière générale, l'approche suivie par l'Algérie dans le domaine des droits et des libertés (par. 2) et, en particulier, la position du pays à l'égard du rôle des femmes (par. 3). Nous passerons donc à l'analyse des limites que rencontre la protection effective des droits consacrés par la Constitution (par. 4) et du cadre législatif qui, malgré quelques récentes avancées, s'est souvent développé d'une manière incompatible par rapport aux principes énoncés officiellement par la Constitution (par. 5).

---

<sup>3</sup> Voir SBAILÒ, *Diritto pubblico dell'Islam mediterraneo. Linee evolutive degli ordinamenti nordafricani contemporanei: Marocco, Algeria, Tunisia, Libia, Egitto*, Padova, 2015, 78.

<sup>4</sup> Plus généralement, le problème de l'efficacité des textes constitutionnels affecte ou a affecté la plupart des Etats africains: voir PIERGIGLI, *Tendenze evolutive e tensioni aperte nei Bills of Rights delle Costituzioni africane alle soglie del terzo millennio*, en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, 134 ss.; ORRÙ, *I diritti e le libertà fondamentali dell'uomo in Africa tra consacrazione costituzionale e garanzia sovranazionale*, en AA.VV., *I diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2002, 487 ss.

<sup>5</sup> Voir LOEWENSTEIN, *Political Power and the Governmental Process*, Chicago, 1957, 147 ss.

<sup>6</sup> Voir SARTORI, *Constitutionalism: A Preliminary Discussion*, en *American Political Science Review*, 1962, 867.

<sup>7</sup> Voir LAW - VERTSEEG, *Sham Constitutions*, en *California Law Review*, 2013, 863 ss.



## 2. L'évolution constitutionnelle dans le domaine des droits et des libertés

La première Constitution de l'Algérie indépendante a été adoptée en 1963, un an après les Accords d'Evian qui, en mars 1962, sont venus consacrer la fin de la domination coloniale française. Le texte, tiré unilatéralement par le parti unique, le Front de Libération Nationale (FLN), dirigé par Ben Bella, puis ratifié par l'Assemblée Nationale et le vote populaire<sup>8</sup>, se caractérise, comme dans d'autres pays de la Région qui deviennent indépendants et adoptent des nouvelles constitutions pendant les mêmes années, par la présence d'un catalogue de droits et libertés plutôt court. Après le Préambule et le Chapitre I, consacré aux *Principes et objectifs fondamentaux*, le Chapitre II est dédié aux *Droits fondamentaux*. Les articles de 12 à 22 contiennent des dispositions minimales concernant les droits et les libertés; de plus, outre que le principe d'égalité (art. 12), la Constitution reconnaît certains droits civils et politiques (droit de vote, art. 13; liberté de domicile, art. 14; liberté de la presse et d'expression, art. 19), ainsi que certains droits économiques et sociaux (droit à l'éducation, art. 18; liberté d'association, art. 20).

Les même chapitre affirme que ces droits ne peuvent pas être exercés de manière à «menacer l'indépendance de la nation, l'intégrité territoriale, l'unité nationale, les institutions de la République, les aspirations socialistes du peuple et le principe de l'unité du Front Libération Nationale» (art. 22)<sup>9</sup>. D'ailleurs, la Constitution de 1963 semble avoir comme objectif principal celui de sanctionner l'indépendance nationale et de légitimer les nouvelles forces politiques au pouvoir plutôt que celui de garantir les droits de l'homme<sup>10</sup>.

Il n'est donc pas surprenant que les outils qui devraient assurer ces droit semblent faibles: les juges, dont l'indépendance a été consacrée, doivent répondre dans l'exercice de leurs fonctions aux intérêts de la révolution socialiste (art. 62); le Conseil Constitutionnel juge de la constitutionnalité des lois et des ordonnances, mais ne peut être saisi que par le Président de la République et par le Président de l'Assemblée Nationale (art. 64).

---

<sup>8</sup> Voir LECA - VATIN, *L'Algérie politique: Institutions et Régime*, Paris, 1975, 59-60.

<sup>9</sup> Sur le rôle du parti unique voir OLIVIERO, *Il Costituzionalismo dei Paesi arabi. I. Le Costituzioni del Maghreb*, Milano, 2003, 83 ss.

<sup>10</sup> Il en résulte le caractère principalement symbolique et programmatique des nouveaux textes, plutôt que normatif: LE ROY, *Constitutionalism in the Maghreb: Between French Heritage and Islamic Concept*, en GROTE - RODER (éds), *Constitutionalism in the Arab World*, Oxford, 2012, 109.

Au-delà d'un rôle symbolique et programmatique, la Constitution n'a jamais eu une incidence sur la vie constitutionnelle du pays puisqu'elle a été suspendue après seulement deux ans<sup>11</sup>. En 1965, en effet, Boumédiène a destitué le président Ben Bella et a déclaré de vouloir doter le pays d'une nouvelle constitution reflétant les principes de la révolution algérienne<sup>12</sup>. Pendant onze ans, la vie politique et institutionnelle du pays a été régie par une simple ordonnance<sup>13</sup>, adoptée par le Conseil de la Révolution et connue sous le nom de «Petite Constitution», la nouvelle Constitution n'ayant été approuvée qu'en 1976.

Le nouveau texte, encore une fois rédigé par le parti unique et ratifié par le vote populaire<sup>14</sup>, a été approuvée dans le but de revitaliser la révolution socialiste qui avait jeté les bases pour l'indépendance<sup>15</sup>. Celle-ci se caractérise, parmi d'autres éléments, par une considérable extension du catalogue des droits, ce qui éloigne le cas algérien des autres systèmes juridiques de la Région du Maghreb. Par rapport aux onze articles qui constituent le chapitre consacré aux droits dans la précédente Constitution, celle de 1976 prévoit un vaste portefeuille de droits dans le Chapitre IV (*Libertés et droits fondamentaux de l'homme et du citoyen*) qui est cependant accompagné par une liste de devoirs prévus par le Chapitre V (*Devoirs du citoyen*).

En particulier, le catalogue de droits (arts. 39-73) s'ouvre par la reconnaissance du principe d'égalité, affirmé tant au sens formel (art. 39)<sup>16</sup> qu'au sens matériel (art. 41)<sup>17</sup>. Le texte se caractérise par une plus grande concentration de certains droits appartenant à la sphère économique et

<sup>11</sup> Voir STEFANELLI, *La Costituzione economica dell'Algeria: verso un'economia di mercato?*, en *Federalismi*, 2016, 5.

<sup>12</sup> Voir STEFANELLI, *La Costituzione economica dell'Algeria*, cit., 11.

<sup>13</sup> Ordonnance 65-182 du 10 juillet 1965. Voir GOURDON, *Le régime de l'ordonnance en Algérie 1965-1975*, in *Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economiques et Politiques*, 1977, 25-109.

<sup>14</sup> Voir BENSALAH, *La République Algérienne*, Paris, 1979, 155.

<sup>15</sup> Cf. OLIVIERO, *Il Costituzionalismo dei Paesi arabi*, cit., pp. 87 ss.; SBAILÒ, *Diritto pubblico dell'Islam mediterraneo*, cit., 65.

<sup>16</sup> «Les libertés fondamentales et les droits de l'homme et du citoyen sont garantis. Tous les citoyens sont égaux en droits et en devoirs. Toute discrimination fondée sur les préjugés de sexe, de race ou de métier, est proscrite».

<sup>17</sup> «L'État assure l'égalité de tous les citoyens en supprimant les obstacles d'ordre économique, social et culturel qui limitent en fait l'égalité entre les citoyens, entravent l'épanouissement de la personne humaine et empêchent la participation effective de tous les citoyens à l'organisation politique, économique, sociale et culturelle».

sociale de l'individu, qui sont principalement liés à l'emploi (art. 59-64)<sup>18</sup>. Ces ouvertures font partie d'un cadre constitutionnel encore fortement influencé par la présence d'un parti unique<sup>19</sup>, à côté duquel un nouvel organisme, l'Armée nationale populaire, trouve sa reconnaissance constitutionnelle (Chapitre VI). La rhétorique socialiste qui caractérise le texte<sup>20</sup> se reflète également sur la protection des droits; une fois de plus, en effet, le pouvoir judiciaire, qui a la tâche de garantir les droits et les libertés de chacun (art. 164), est orienté dans le déroulement de ses fonctions par l'obligation de contribuer à la défense des résultats de la révolution socialiste (art. 167 et 173).

A la fin des années 1980, les graves difficultés économiques et sociales du pays ont engendré des manifestations pressantes contre le gouvernement, dirigé par Bendjedid depuis 1979, qui a répondu en promouvant l'adoption d'une nouvelle Constitution, soumise à référendum et entrée en vigueur en 1989<sup>21</sup>. La Constitution de 1989 représente un tournant, étant une tentative de démocratiser le système politique algérien. Le nouveau texte abandonne la rhétorique socialiste et la reconnaissance constitutionnelle du parti unique pour laisser la place à des éléments typiques des systèmes démocratiques<sup>22</sup>. Les mêmes principes semblent inspirer le texte constitutionnel de 1996, modifié à plusieurs reprises (en 2002, 2008 et 2016) et toujours en vigueur.

La quatrième Constitution de l'Algérie indépendante renforce le cadre des droits et libertés fondamentaux de l'homme, qui constituent le «patrimoine commun» du peuple algérien<sup>23</sup>, en faisant du texte le plus complet et le plus

---

<sup>18</sup> STEFANELLI, *La Costituzione economica dell'Algeria*, cit., 12.

<sup>19</sup> OLIVIERO, *Il Costituzionalismo dei Paesi arabi*, cit., 94.

<sup>20</sup> Cf. le Chapitre II, consacré au *Socialisme*, et le Préambule de la Constitution du 1976: «Au lendemain de son indépendance, il s'est résolument attaché à la construction de l'Etat et à l'édification d'une société nouvelle fondée sur l'élimination de l'exploitation de l'homme par l'homme et ayant pour finalité, dans le cadre de l'option pour le socialisme, l'épanouissement de l'homme et la promotion des masses populaire. L'adoption de la Charte nationale par le peuple lors du référendum du 27 Juin 1976 a donné à la Révolution algérienne une occasion nouvelle de définir sa doctrine et de formuler sa stratégie, à la lumière de l'option irréversible pour le socialisme».

<sup>21</sup> Voir BENDOUROU, *La Nouvelle Constitution Algérienne du 28 février 1989*, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger*, 1989, 1308.

<sup>22</sup> Voir SBAILÒ, *Diritto pubblico dell'Islam mediterraneo*, cit., 66-68.

<sup>23</sup> «Les libertés fondamentales et les droits de l'homme et du citoyen sont garantis. Ils constituent le patrimoine commun de tous les Algériens et Algériennes, qu'ils ont le devoir de transmettre de génération en génération pour le conserver dans son intégrité et son inviolabilité» (art. 32, actuel art. 38).

articulé de la Région du Maghreb, avant l'adoption des nouvelles constitutions du Maroc en 2011 et de la Tunisie en 2014<sup>24</sup>.

Même du point de vue des garanties, la Constitution semble aller de l'avant, notamment en prévoyant la création d'un Conseil Constitutionnel chargé de veiller au respect de la Constitution et d'un Conseil Supérieur de la Magistrature, chargé de garantir l'indépendance du pouvoir judiciaire.

Toutefois, cette avancée formelle n'a pas précédé, au moins dans un premier temps, une ouverture réelle du système politique algérien, dans lequel, en fait, le potentiel de démocratisation du texte constitutionnel a été presque complètement neutralisé<sup>25</sup>. Une nouvelle poussée pour des réformes démocratiques dans le pays naît encore une fois des difficultés d'ordre économique et social; les révoltes populaires entamées, comme dans d'autres pays de la Région, en 2011, sont à l'origine de la révision générale de la Constitution de 2016 avec laquelle 74 articles ont été modifiés et 38 nouveaux articles ont été ajoutés.

En effet, les révoltes de 2011, avant de mener à la vaste révision constitutionnelle de 2016, ont incité le législateur à approuver un certain nombre de lois de «démocratisation» de la vie politique du pays: en particulier, au début de l'année 2012, des nouvelles lois ont été approuvées concernant le système électoral (loi organique 12-01), les partis politiques (loi organique 12-04), les médias (loi organique 12-05), la liberté d'association (loi organique 12-06) et, pour ce qui relève d'avantage pour le sujet traité, la participation des femmes aux assemblées électives (loi organique 12-03)<sup>26</sup>.

La révision constitutionnelle, promue par le président Bouteflika, n'a vu le jour que cinq ans après le début des révoltes populaires, suite à un long processus articulé en plusieurs phases qui a connu la participation formelle des experts et de la société civile<sup>27</sup>.

La Constitution semble s'enrichir à la fois en ce qui concerne les droits civils et politiques et les droits économiques et sociaux. D'une part, la liberté de culte (art. 42), la protection de la vie privée (art. 46), la liberté

---

<sup>24</sup> Cf. STEFANELLI, *La Costituzione economica dell'Algeria*, cit., 20; PIERGIGLI, *Tendenze evolutive e tensioni aperte*, cit., 139.

<sup>25</sup> BEKHECHI, *Algérie*, en CANAL FORGUES (éd), *Recueil des Constitutions des Pays Arabes*, Bruxelles, 2000, 3 ss.

<sup>26</sup> Voir BIAGI, *The Algerian Constitutional Reform of 2016: A Critical Analysis*, en *Global Jurist*, 2017, 6-7; STEFANELLI, *La Costituzione economica dell'Algeria*, cit., 33.

<sup>27</sup> Même dans ce cas, malgré l'implication formelle de la société civile, le processus a été peu transparent et fortement dirigé par le haut: BIAGI, *The Algerian Constitutional Reform*, cit., 2-4; STEFANELLI, *La Costituzione economica dell'Algeria*, cit., 33-35.

d'expression (art. 49), la liberté de la presse (art. 50), ainsi que le rôle fondamental joué par les partis politiques (art. 53) et par l'opposition parlementaire (art. 114) sont reconnus. D'autre part, les nouvelles dispositions concernant les droits des travailleurs, qui établissent le droit à la sécurité sociale et l'obligation pour l'État de mettre en œuvre des politiques visant à promouvoir la création d'emplois, sont particulièrement importantes (art. 69).

Le progrès dans le domaine des droits semble également être soutenu par la création d'une nouvelle institution, le Conseil National des Droits de l'Homme, créé dans le but d'enquêter sur les menaces qui existent dans le pays pour les droits de l'homme, lancer des actions de sensibilisation et émettre des avis, des propositions et des recommandations sur le sujet. La nouvelle institution représente une manifestation de la tendance, commune aux nouvelles constitutions maghrébines, à la création d'institutions indépendantes chargées d'exercer des fonctions liées au renforcement de la démocratie et à la garantie des droits de l'homme; dans le contexte algérien, d'autres organes prévus par la nouvelle Constitution semblent répondre à cet objectif, tels que la Haute Instance Indépendante de Surveillance des Elections et l'Organe national de prévention et de lutte contre la corruption.

### **3. La femme dans la Constitution de l'Algérie**

Le constitutionnalisme algérien a été caractérisé, depuis l'indépendance du pays, par une approche formellement assez avancée, par rapport à celle d'autres pays de la Région, relativement à la protection et à la promotion du rôle des femmes.

La Constitution de 1963, dans son *Préambule*, a reconnu l'importance de l'émancipation des femmes parmi les objectifs de la révolution, en affirmant que «La Révolution se concrétise par: ... Une politique sociale, au profit des masses, pour élever le niveau de vie des travailleurs, accélérer l'émancipation de la femme afin de l'associer à la gestion des affaires publiques et au développement du pays, liquider l'analphabétisme, développer la culture nationale, améliorer l'habitat et la situation sanitaire». La Constitution prévoit aussi la reconnaissance de l'égalité des citoyens des deux sexes: selon l'art. 12 «Tous les citoyens des deux sexes ont les mêmes droits et les mêmes devoirs».

La Constitution de 1976 va bien plus loin; tout d'abord elle établit le renforcement du principe de l'égalité à travers l'interdiction explicite de la discrimination fondée sur le sexe. L'art. 39 dispose que «Les libertés

fondamentales et les droits de l'homme et du citoyen sont garantis. Tous les citoyens sont égaux en droits et en devoirs. Toute discrimination fondée sur les préjugés de sexe, de race ou de métier, est proscrite». Celle-ci reconnaît également une garantie spécifique des droits politiques, économiques, sociaux et culturels des femmes (art. 42)<sup>28</sup> et favorise leur participation à la construction du socialisme et de la nation (art. 81)<sup>29</sup>, y compris à travers des organisations associatives de masse soutenues et contrôlées par le parti (art. 100)<sup>30</sup>.

La Constitution de 1989 et celle de 1996, modifiées à plusieurs reprises, réitèrent certaines des dispositions présentes dans la version antérieure du texte constitutionnel, tout en les déduisant de la rhétorique socialiste qui avait caractérisé les premières décennies du système politique et constitutionnel de l'Algérie.

Tout d'abord, la Constitution réaffirme le principe de l'égalité de tous les citoyens devant la loi qui, comme dans le texte précédemment en vigueur, dérive de l'interdiction de la discrimination fondée, parmi d'autres, sur le sexe (art. 32)<sup>31</sup>. L'État est également tenu à jouer un rôle actif dans la protection de l'égalité de tous les citoyens, à travers l'élimination des obstacles qui empêchent leur participation dans la société (art. 34)<sup>32</sup>. L'égalité entre les hommes et les femmes découle de la garantie des libertés et des droits fondamentaux, qui constituent le patrimoine commun de tous les Algériens et de toutes les Algériennes (art. 38)<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> «Tous les droits politiques, économiques, sociaux et culturels de la femme algérienne sont garantis par la Constitution».

<sup>29</sup> «La femme doit participer pleinement à l'édification socialiste et au développement national».

<sup>30</sup> «Placées sous l'égide et le contrôle du Parti, les organisations de masse sont chargées de la mobilisation des couches les plus larges de la population en vue de réaliser les grandes tâches politiques, économiques, sociales et culturelles qui conditionnent le développement du pays et le succès de l'édification du socialisme. Elles ont, seules, pour mission d'organiser les travailleurs, les paysans, la jeunesse, les femmes, de leur donner une conscience accrue de leurs responsabilités et du rôle grandissant qu'ils doivent assumer dans la construction du pays».

<sup>31</sup> «Les citoyens sont égaux devant la loi, sans que puisse prévaloir aucune discrimination pour cause de naissance, de race, de sexe, d'opinion ou de toute autre condition ou circonstance personnelle ou sociale».

<sup>32</sup> «Les institutions ont pour finalité d'assurer l'égalité en droits et devoirs de tous les citoyens et citoyennes en supprimant les obstacles qui entravent l'épanouissement de la personne humaine et empêchent la participation effective de tous à la vie politique, économique, sociale et culturelle».

<sup>33</sup> «Les libertés fondamentales et les droits de l'homme et du citoyen sont garantis. Ils constituent le patrimoine commun de tous les Algériens et Algériennes, qu'ils ont le devoir de

Le Constituant a donc reconnu la nécessité pour l'Etat de jouer un rôle actif dans l'élimination de la discrimination de genre et le renforcement de la place des femmes dans la société algérienne: en particulier, cet effort trouve une expression concrète dans deux articles de la Constitution introduits avec les révisions de 2008 et 2016 concernant la promotion du rôle des femmes à la fois du point de vue politique que du point de vue économique et social.

En ce qui concerne le premier profil, la Constitution algérienne déclare que «l'État œuvre à la promotion des droits politiques de la femme en augmentant ses chances d'accès à la représentation dans les assemblées élues. Les modalités d'application de cet article sont fixées par une loi organique» (art. 35). A cela s'ajoute, en ce qui concerne le deuxième profil, que «L'Etat œuvre à promouvoir la parité entre les hommes et les femmes sur le marché de l'emploi. L'Etat encourage la promotion de la femme aux responsabilités dans les institutions et administrations publiques ainsi qu'au niveau des entreprises» (art. 36).

Les dispositions promouvant le rôle des femmes dans la société algérienne se situent au tout début du Chapitre IV (*Droits et libertés*, arts. 32-73), immédiatement après les dispositions qui prévoient le principe de l'égalité formelle et matérielle. Leur position à l'intérieur du texte ainsi que leur densité évoquent, d'un point de vue formel, les textes récemment approuvés dans les autres pays du Maghreb: à cet égard, il convient de rappeler que la Constitution marocaine de 2011 prévoit des dispositions visant avant tout à encourager la participation politique des femmes<sup>34</sup>, ainsi que la Constitution tunisienne de 2014, qui accorde également une grande importance à la question de la violence contre les femmes<sup>35</sup>.

---

transmettre de génération en génération pour le conserver dans son intégrité et son inviolabilité».

<sup>34</sup> Art. 30: «La loi prévoit des dispositions de nature à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux fonctions électives». Art. 146: «Une loi organique fixe notamment: ... le régime électoral et les dispositions visant à assurer une meilleure participation des femmes au sein de ces Conseils».

<sup>35</sup> Art. 34: «Les droits d'élire, de voter et de se porter candidat sont garantis conformément à ce qui est prévu par la loi. L'État veille à garantir la représentativité de la femme dans les assemblées élues». Art. 46: «L'État s'engage à protéger les droits acquis de la femme et veille à les consolider et les promouvoir. L'État garantit l'égalité des chances entre l'homme et la femme pour l'accès aux diverses responsabilités et dans tous les domaines. L'État s'emploie à consacrer la parité entre la femme et l'homme dans les assemblées élues. L'État prend les mesures nécessaires en vue d'éliminer la violence contre la femme».

#### 4. Les faibles garanties des droits fondamentaux

Face à une base constitutionnelle qui n'est pas formellement très distante des expériences des autres pays voisins, la nature programmatique des dispositions favorisant le rôle des femmes et le manque d'outils de garantie efficaces rendent ces droits peu effectifs.

Un premier instrument de garantie devrait être le rôle reconnu par la Constitution au droit international. En vertu des arts. 149 et 150, les traités concernant, entre autres, le statut des personnes, approuvés par le Parlement et ratifiés par le Président de la République, sont au-dessus de la loi<sup>36</sup>. Les traités acquièrent la place de règles interposées, entre la loi et la Constitution, et une loi en conflit avec les traités internationaux devrait donc être déclarée inconstitutionnelle. L'Algérie a ratifié plusieurs traités internationaux, notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966), le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966) et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes («Convention de Copenhague», 1979). Tous ces traités contiennent des principes visant à la protection et à la participation des femmes dans la société, qui peuvent intégrer les normes déjà prévues par la Constitution: la Convention de Copenhague, en particulier, impose aux États de prendre les mesures nécessaires, y compris législatives, afin d'assurer le développement des femmes, la jouissance des droits (art. 3) et la participation à la vie politique et publique (art. 7).

En fait, en Algérie ces instruments ont été incapables de poser des limites à une activité législative et administrative souvent en contradiction avec les principes énoncés à la fois par la Constitution et par les traités internationaux<sup>37</sup>, ce qui renforce l'idée selon laquelle ce pays ne dispose pas d'un circuit de garanties véritablement indépendant qui puisse équilibrer le

---

<sup>36</sup> Voir l'art. 149: «Les accords d'armistice, les traités de paix, d'alliances et d'union, les traités relatifs aux frontières de l'Etat, ainsi que les traités relatifs au statut des personnes et ceux entraînant des dépenses non prévues au budget de l'Etat, les accords bilatéraux ou multilatéraux relatifs aux zones de libre-échange, aux associations et aux intégrations économiques, sont ratifiés par le Président de la République, après leur approbation expresse par chacune des chambres du Parlement» et l'art. 150: «Les traités ratifiés par le Président de la République, dans les conditions prévues par la Constitution, sont supérieurs à la loi».

<sup>37</sup> Voir KHALED HARTANI, *Femmes et représentation politique en Algérie: virtualité constitutionnelles, solutions normatives possibles*, en *Revue Algérienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques*, 2003.



processus de la prise des décisions politiques, et assurer l'efficacité de la Constitution et la protection des droits qui y sont énoncés.

Le Conseil Constitutionnel, tout en profitant de son indépendance qui est formellement garantie à travers les dispositions qui en régissent la composition, le mandat et le statut des membres<sup>38</sup> et celles qui en affirment l'autonomie administrative, financière et réglementaire<sup>39</sup>, n'est pas en mesure d'effectuer ce travail d'équilibrage que, dans les démocraties constitutionnelles, peut servir à assurer la rigidité de la Constitution et la protection des droits reconnus par la Constitution.

Le fonctionnement effectif de cette instance a montré qu'elle est fortement influencée par l'exécutif; à cet égard il est possible de rappeler la situation qui a surgi en 2012, lorsque le ministre de la Justice a été nommé Président du Conseil Constitutionnel par le Président de la République, sans pour autant quitter sa place au sein du gouvernement<sup>40</sup>.

De plus, même d'un point de vue formel, la possibilité que le Conseil puisse réellement impacter sur la protection des droits a été fortement affectée par les voies d'accès à la justice constitutionnelle: jusqu'à l'approbation de la révision de 2016, en effet, conformément à la Constitution, le Conseil, qui décide de la constitutionnalité des traités, des lois et des règlements (art. 165, actuel art.

---

<sup>38</sup> En particulier, la Constitution établit sa composition mixte, qui dérive de l'élection de ses membres soit par les organes politiques que par les juges (art. 183): «Le Conseil Constitutionnel est composé de douze (12) membres: quatre (4) désignés par le Président de la République dont le Président et le vice-président du Conseil, deux (2) élus par l'Assemblée Populaire Nationale, deux (2) élus par le Conseil de la Nation, deux (2) élus par la Cour suprême et deux (2) élus par le Conseil d'Etat». La Constitution affirme également que «Les ... membres du Conseil Constitutionnel remplissent un mandat unique de huit (8) ans et sont renouvelés par moitié tous les quatre (4) ans» (art. 183), que «Les membres du Conseil Constitutionnel élus ou désignés doivent: ... jouir d'une expérience professionnelle de quinze (15) ans au moins dans l'enseignement supérieur dans les sciences juridiques, dans la magistrature, dans la profession d'avocat près la Cour suprême ou près le Conseil d'Etat, ou dans une haute fonction de l'Etat» (art. 184) et que «Ils ne peuvent faire l'objet de poursuites, d'arrestations pour crime ou délit, que sur renonciation expresse de l'intéressé à son immunité ou sur autorisation du Conseil Constitutionnel» (art. 185).

<sup>39</sup> Reconnues par les arts. 182 e 189. En outre, la Constitution reconnaît expressément, depuis 2016, l'indépendance du Conseil: «Le Conseil Constitutionnel est une institution indépendante chargée de veiller au respect de la Constitution» (art. 182).

<sup>40</sup> Voir SBAILÒ, *Diritto pubblico dell'Islam mediterraneo*, cit., 76. La Constitution en force prévoyait, au contraire, que «Aussitôt élus ou désignés, les membres du Conseil Constitutionnel cessent tout autre mandat, fonction, charge ou mission» (art. 164, actuel art. 183).

186)<sup>41</sup>, peut être saisi par le Président de la République ou par l'un des présidents des deux Chambres du Parlement (art. 166, actuel art. 187). Le résultat de ces dispositions est une jurisprudence très pauvre, avec peu de décisions prises chaque année<sup>42</sup> et qui sont principalement liées à des actes pour lesquels la Constitution prévoit une prononciation obligatoire préliminaire, à savoir les lois organiques et les règlements des chambres du Parlement (art. 165, actuel art. 186, alinéas II et III)<sup>43</sup>.

Depuis 2016, la possibilité de saisir le Conseil Constitutionnel a été considérablement élargie; ainsi que le Président de la République et les présidents des deux Chambres, le contrôle de constitutionnalité peut être requis par le Premier ministre ou par une minorité parlementaire (art. 187). Ce qui est peut-être plus important, c'est que la nouvelle Constitution prévoit également un contrôle incident; le Conseil Constitutionnel peut être saisi d'une exception d'inconstitutionnalité sur renvoi de la Cour Suprême ou du Conseil d'État, à la demande de l'une des parties lors d'une procédure (art. 188)<sup>44</sup>. Un tel mécanisme est susceptible de renforcer les garanties prévues par la Constitution réformée et d'accroître les activités du Conseil, bien que la disposition transitoire de l'art. 215 reporte la mise en place du contrôle incident trois ans après l'entrée en vigueur de la Constitution afin de «rassembler toutes les conditions nécessaires» pour sa mise en œuvre<sup>45</sup>.

Le pouvoir judiciaire, auquel la Constitution reconnaît formellement son indépendance et son autonomie, n'a pas non plus su s'ériger à véritable contrepoids par rapport au pouvoir politique. Le pouvoir judiciaire, d'après la Constitution, est indépendant (art. 156), garantit la protection des droits (art. 157) et fonctionne selon les principes de légalité et égalité (art. 158); les juges sont soumis uniquement à la loi (art. 165) et ils sont responsables devant le Conseil Supérieur de la Magistrature (art. 167). Encore une fois,

---

<sup>41</sup> «Le Conseil Constitutionnel se prononce sur la constitutionnalité des traités, lois et règlements, soit par un avis si ceux-ci ne sont pas rendus exécutoires, soit par une décision dans le cas contraire».

<sup>42</sup> Voir STEFANELLI, *La Costituzione economica dell'Algeria*, cit., 40.

<sup>43</sup> «Le Conseil Constitutionnel, saisi par le Président de la République, émet un avis obligatoire sur la constitutionnalité des lois organiques après leur adoption par le Parlement. Le Conseil Constitutionnel se prononce également dans les mêmes formes prévues à l'alinéa précédent sur la conformité à la Constitution du règlement intérieur de chacune des deux chambres du Parlement».

<sup>44</sup> Le mécanisme est similaire à celui prévu en 2008 en France avec l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité. Sur les problèmes qui peuvent découler de l'application de ce mécanisme dans le système algérien voir BIAGI, *The Algerian Constitutional Reform*, cit., 12.

<sup>45</sup> Voir STEFANELLI, *La Costituzione economica dell'Algeria*, cit., 40.

cependant, l'ingérence de l'exécutif dans la sphère du pouvoir judiciaire est forte<sup>46</sup>; elle porte atteinte à son indépendance et neutralise sa capacité d'agir en tant que garant des droits reconnus par la Constitution.

La révision de 2016, tout en introduisant le principe de l'inamovibilité du juge (art. 166), ne semble pas aller au-delà de la situation décrite ci-dessus; au contraire, en ajoutant que «Le Président de la République est garant de l'indépendance du pouvoir judiciaire» (art. 156), elle semble avoir renforcé l'idée de la forte interconnexion existant entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir politique<sup>47</sup>.

Une nouveauté intéressante peut être représentée par l'institution d'une nouvelle institution, le Conseil National des Droits de l'Homme<sup>48</sup>. Le fait que le Conseil soit un organe purement consultatif, placé au service du Président de la République (art. 198), affecte sa capacité de s'ériger en tant que véritable contre-pouvoir, en mesure de contrôler les organes du circuit de la décision politique; cependant, les fonctions que lui reconnaît la Constitution, soit celle d'examiner toute situation d'atteinte aux droits de l'Homme, mais surtout celle d'initier des actions de sensibilisation, d'information et de communication pour la promotion des droits de l'Homme (art. 198), peuvent en fait lui permettre de jouer un rôle important dans la réduction des formes de discrimination fondées sur le genre et dans le renforcement du rôle des femmes au sein de la société algérienne<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Voir BENNADJI, *De l'ambiguïté des rapports entre le président de la République et le pouvoir judiciaire en Algérie: de l'usage de la formule "le président de la République, Premier magistrat du pays"*, en *L'Année du Maghreb*, 2007, 155-162.

<sup>47</sup> Voir BIAGI, *The Algerian Constitutional Reform*, cit., 10. Sur l'utilisation de cette expression dans les Constitutions des Etats africains voir PIERGIGLI, *Tendenze evolutive e tensioni aperte*, cit., 155.

<sup>48</sup> De même, la Constitution marocaine de 2011 institue le Conseil National des Droits de l'Homme (arts. 161-164) et la Constitution tunisienne de 2014 la Haute Instance des Droits de l'Homme (art. 128).

<sup>49</sup> Le lien entre l'existence d'organismes indépendants pour la protection des droits de l'homme et leur fonction d'éducation et de sensibilisation semble émerger par la lecture de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Voir art. 25: «Les Etats parties à la présente Charte ont le devoir de promouvoir et d'assurer, par l'enseignement, l'éducation et la diffusion, le respect des droits et des libertés contenus dans la présente Charte, et de prendre des mesures en vue de veiller à ce que ces libertés et droits soient compris de même que les obligations et devoirs correspondants» et art. 26 «Les Etats parties à la présente Charte ont le devoir de garantir l'indépendance des Tribunaux et de permettre l'établissement et le perfectionnement d'institutions nationales appropriées chargées de la promotion et de la protection des droits et libertés garantis par la présente Charte».

## 5. Les rares lumières et les nombreuses ombres du cadre législatif

L'absence d'un système indépendant de garantie des droits a eu parmi ses conséquences la faiblesse de l'efficacité des dispositions constitutionnelles, qui formellement visent à garantir le rôle des femmes, leur protection et leur participation et en particulier celles concernant le statut personnel des individus.

La principale source de discrimination se trouve aujourd'hui dans le Code de la famille. Approuvé sans aucun débat public en 1984, après qu'un projet largement similaire avait été sévèrement critiqué par la population en 1981, cette loi a subi en 2005 un profond changement, qui en a lissé les effets discriminatoires sans pour autant éliminer certaines dispositions qui pourraient être encore considérées comme une violation du principe d'égalité reconnu par la Constitution<sup>50</sup>.

La loi est fortement influencée par les principes et les institutions du droit islamique de la famille. Quant au mariage, par exemple, la femme ne peut pas se marier si, lors de la conclusion du contrat de mariage, un tuteur légal, souvent le père, n'est pas présent; la polygamie est également autorisée. Pour le divorce, les disparités sont peut-être plus évidentes: alors que le mari peut accélérer la procédure unilatéralement et sans expliquer les raisons de sa décision, la femme doit prouver les causes de la demande devant le tribunal. Toujours dans le cadre du droit de la famille, la femme détient une position désavantageuse relativement à la garde des enfants et aux questions de succession.

Même le code civil et le code pénal contiennent des dispositions discriminatoires à l'égard des femmes, qui dans les deux cas sont profondément influencées par la tradition islamique: les dispositions pénales relatives à l'agression sexuelle et à l'adultère continuent, par exemple, à prévoir des sanctions et des procédures différentes pour les hommes et les femmes; d'autre part, le Code civil prévoit que, dans le cas d'une lacune dans la loi, le juge se prononcera sur la base des principes de la loi islamique<sup>51</sup>.

Jusqu'en 2005, même le code de la citoyenneté était affecté par une flagrante violation du principe d'égalité consacré par la Constitution, puisque la transmission de la nationalité *jure sanguinis* était exclusivement

---

<sup>50</sup> Sur le Code de la famille cf. SMAÏL SALHI, *Algerian Women, Citizenship and the "Family Code"*, en *Gender and Development*, 2003, 27-35; DENNOUNI, *Les disposition du code algérien de la famille*, en *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 1984, 712-726.

<sup>51</sup> Voir MARZOUKI, *Algeria*, en KELLY - BRESLIN (éds), *Women's Rights in the Middle East and North Africa: Progress Amid Resistance*, New York, 2010, 33.

paternelle; un amendement a supprimé cette disposition, en déclarant que sont algériens soit les fils de père algérien que de mère algérienne.

À côté de cette situation de violation généralisée des principes d'égalité et de non-discrimination on assiste à la mise en œuvre d'actions positives adoptées par l'Etat dans certains domaines, et surtout dans celui de la participation politique, dans lesquels l'exercice effectif des droits des femmes et leur participation au sein de la société algérienne devraient être garantis<sup>52</sup>.

En particulier, la loi organique 12-03<sup>53</sup> s'efforce de créer les conditions finalisées à encourager une plus haute représentativité des femmes au sein des assemblées électives et de fournir des moyens adéquats pour poursuivre cet objectif. La loi fixe des quotas de candidates femmes à l'intérieur de chaque parti, qui varient du 20% au 50%, en fonction de l'institution concernée et de la taille du collège électoral (art. 2)<sup>54</sup>.

La loi ne contient aucune disposition concernant l'ordre de présentation des candidatures féminines. En effet, une telle disposition garantirait automatiquement l'élection d'une considérable proportion de femmes au sein des assemblées électives concernées<sup>55</sup>. Ce mécanisme a également été pris en compte lors du débat parlementaire<sup>56</sup> et est utilisé dans d'autres pays de la Région, comme en Tunisie<sup>57</sup>.

<sup>52</sup> MARZOUKI, *Algeria*, cit., 29 ss.

<sup>53</sup> Loi organique 12-03 du 12 janvier 2012 fixant les modalités augmentant les chances d'accès de la femme à la représentation dans les assemblées élues.

<sup>54</sup> En particulier, pour les élections de l'Assemblée Populaire Nationale: 20% lorsque le nombre de sièges est égal à quatre (4) sièges; 30% lorsque le nombre de sièges est égal ou supérieur à cinq (5) sièges; 35% lorsque le nombre de sièges est égal ou supérieur à quatorze (14) sièges; 40% lorsque le nombre de sièges est égal ou supérieur à trente-deux (32) sièges; 50% pour les sièges de la communauté nationale à l'étranger. Pour les élections des assemblées populaires de wilayas: 30% lorsque le nombre de sièges est de 35, 39 et 47 sièges; 35% lorsque le nombre de sièges est de 51 et 55 sièges. Pour les élections des assemblées populaires communales: 30% pour les APC situées aux chefs-lieux des daras et au sein des communes dont le nombre d'habitants est supérieur à vingt mille (20.000) personnes.

<sup>55</sup> Voir BENZENINE, *Les femmes algériennes au Parlement: la question des quotas à l'épreuve des réformes politiques*, en *Égypte/Monde arabe*, 2013, 6.

<sup>56</sup> Voir BENZENINE, *Les femmes algériennes au Parlement*, cit., 6-8.

<sup>57</sup> La loi organique 2014-16 du 26 mai 2014, relative aux élections et aux référendums prévoit que «Les candidatures sont présentées sur la base du principe de parité entre femmes et hommes et de la règle d'alternance entre eux sur la liste. Toute liste méconnaissant ce principe est rejetée, sauf en cas de contrainte imposée par un nombre impair de sièges à pourvoir dans quelques circonscriptions» (art. 24). Cette disposition a fait l'objet d'un recours présenté auprès de l'Instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets de lois de la part d'une minorité parlementaire qui soutenait que la règle de la «parité verticale» consacrée par l'art. 24 ne permettrait pas d'assurer la parité de la représentation au sein de l'Assemblée des représentants du peuple; l'Instance, con la Décision 2014-2 du 19 mai 2014,

Enfin, la décision du législateur algérien a été d'ajouter que, quant à l'attribution des sièges, «Les proportions fixées ... sont obligatoirement réservées aux candidates femmes selon leur classement nominatif dans les listes» (art. 3), ce qui devrait assurer la présence effective des femmes dans les assemblées élues et encourager leur participation à la vie politique du pays.

Le Conseil Constitutionnel, dans le cadre du contrôle obligatoire sur la constitutionnalité de lois organiques, a souligné l'importance de cette dernière disposition: après avoir affirmé que «il n'appartient pas au Conseil Constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur quant à l'opportunité des taux qu'il fixe et qui relèvent de son choix souverain», il ajoute que «l'obligation de prévoir dans les listes électorales ... un nombre de femmes qui ne doit pas être inférieur aux taux fixés ci-dessus, ne permet d'élargir les chances d'accès de la femme à la représentation au sein des assemblées élues, au regard du mode de scrutin retenu par le législateur, que dans la mesure où le classement dans ces listes est adéquat et que les modalités de répartition des sièges revêtent un caractère non discriminatoire à l'égard de la femme»<sup>58</sup>.

Le but poursuivi par le législateur a évidemment acquis une importance symbolique et une centralité dans le processus de réformes politiques mises en œuvre pendant ces dernières années dans le pays: la Constitution et la loi organique se réfèrent expressément au renforcement du rôle des femmes et non, de façon neutre, à la nécessité d'un équilibre entre les sexes dans la représentation politique; de même, le fait d'avoir consacré une loi spécifique au thème et d'avoir choisi de réserver la discipline à une loi organique témoigne d'une part de l'importance reconnue à la question mais trahit d'autre part la tentative d'utiliser le thème pour une stratégie électorale et afin de légitimer le régime au pouvoir<sup>59</sup>.

Les choix faits par le législateur, d'abord avec la révision constitutionnelle et l'introduction de l'art. 35 et ensuite avec la mise en œuvre de ce dernier par la loi organique 12-03, ont certainement eu le mérite de renforcer la capacité des femmes de participer à la vie politique du pays. A cet égard, les chiffres sur le nombre de femmes élues à l'Assemblée

---

a déclaré l'art. 24 conforme aux dispositions constitutionnelles, considérant que la parité est concrétisée par le principe de la «parité verticale», ce qui n'empêche cependant pas de recourir dans le futur à la «parité horizontale», soit à la présence équilibrée de chefs de liste des deux genres.

<sup>58</sup> Avis 05/A.CC/11 du 22 décembre 2011 relatif au contrôle de la conformité de la loi organique fixant les modalités d'élargissement de la représentation des femmes dans les assemblées élues, à la Constitution.

<sup>59</sup> Voir BENZENINE, *Les femmes algériennes au Parlement*, cit., 13.

Nationale lors des dernières élections sont significatives: si en 2007 seules 29 femmes ont obtenu un siège à la Chambre basse, soit 7% du total, leur nombre a augmenté en 2012 (146 sièges, 31% du total), et puis légèrement baissé en 2017 (121 sièges, soit 26% du total).

D'ailleurs, les progrès qui ont été réalisés semblent timides et ne semblent pas suffisants afin d'assurer une véritable participation des femmes en conformité avec les dispositions de la Constitution. Tout d'abord, il convient de noter que le législateur se concentre exclusivement sur la représentation des femmes au sein des organes électifs, sans envisager le renforcement du rôle des femmes dans d'autres domaines, tels que le gouvernement ou le pouvoir judiciaire<sup>60</sup>. Néanmoins, à l'occasion des élections de 2017, il y a eu des cas de discrimination qui montrent les limites des mesures adoptées par le législateur afin de renforcer la participation politique des femmes: dans les affiches électorales, les images de certaines candidates ont été remplacées par le contour générique d'une femme avec un voile. Enfin, comme déjà mentionné, celui de la participation politique *ex art. 35 Const.* semble le seul secteur dans lequel il existe une réelle amélioration du rôle des femmes en Algérie, alors que les dispositions de l'*art. 36 Const.*, qui demandent à l'État de promouvoir l'égalité dans le domaine économique et social et en particulier dans le domaine du travail, n'ont pas encore été mises en œuvre.

## **6. Conclusions: le future incertain du rôle des femmes dans la société algérienne**

En 2011, les difficultés économiques et sociales connues par les classes plus pauvres et marginalisées de la population algérienne ont conduit à la naissance de mouvements de révolte et de contestation contre le régime de Bouteflika. Les demandes d'un équilibre social plus efficace ont été accompagnées par celles concernant la fin du régime et la mise en place d'une démocratie effective.

Les mouvements nés en Algérie, n'ont toutefois pas réussi à mobiliser les masses<sup>61</sup>; la présence de plusieurs facteurs, tels que la peur de la population

---

<sup>60</sup> Voir BENZENINE, *Les femmes algériennes au Parlement*, cit., 3.

<sup>61</sup> Sur l'exception algérienne par rapport à la situation de la Région suite aux «Printemps arabes» voir ENTELIS, *Algeria: The Outlier State?*, en BIAGI - J.O. FROSINI (éds), *Political and constitutional transitions in North Africa*, London-New York, 2015, 107 ss.; BIAGI, *The Algerian Constitutional Reform*, cit., 12-14.

pour l'affirmation d'un Islam radical, la mémoire de la guerre civile qui a caractérisé l'histoire de l'Algérie dans les années '90 et la capacité des dirigeants autoritaires de calmer les émeutes à travers des timides ouvertures démocratiques et une redistribution de la richesse esquissée ont poussé le pays au bord des «Printemps arabes» qui, dans d'autres contextes, et de façon plus convaincante en Tunisie<sup>62</sup>, ont conduit à des nouveaux systèmes politiques démocratiques et constitutionnels.

Compte tenu de cette situation, l'Algérie reste un État dans lequel la reconnaissance formelle de l'égalité entre les hommes et les femmes et la promotion du rôle actif de la femme dans la société subit des violations qui ne peuvent pas être acceptées dans un état de droit, démocratique et constitutionnel.

La protection effective des femmes passe par l'affirmation des éléments typiques de ce que la doctrine appelle «constitutionnalisme global»<sup>63</sup>: une véritable séparation entre les pouvoirs; la participation active de la population à la prise de décisions, soit au niveau national que local, sur la base d'une véritable démocratie électorale qui donne vie à un système politique ouvert et pluraliste; la présence d'une constitution rigide et en même temps ouverte à la loi internationale et à la protection des droits de l'homme qui en découlent.

De plus, ces éléments de nature politique et constitutionnelle ne sont pas suffisants s'ils ne sont pas accompagnés d'une remise en question des bases sociales et culturelles du pays qui, comme on l'a déjà souligné, sont inadaptées à l'objectif constitutionnel de l'égalité des sexes et du renforcement du rôle de la femme.

C'est uniquement la présence de ces facteurs contextuels qui permettra à l'Algérie de mettre en œuvre les principes qui sont déjà reconnus par sa Constitution normative et contraignante, laquelle pourra constituer un terrain fertile, dans lequel les droits des femmes auront la possibilité de trouver pas seulement des racines solides mais aussi un soutien constant.

---

<sup>62</sup> Voir les articles contenus en GROPPI - SPIGNO (éds), *Tunisia. La Primavera della Costituzione*, cit.

<sup>63</sup> Voir, GROPPI, *La costituzione tunisina del 2014 nel quadro del "costituzionalismo globale"*, en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2015, 206.





**Ianus - Diritto e finanza**

Rivista semestrale di studi giuridici

n. 15-16 - giugno-dicembre 2017

Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena

Direttore responsabile: Angelo Barba

<https://www.rivistaianus.it>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805