

# IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ  
DI SIENA  
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 20 - dicembre 2019

Trent'anni dopo il 1989.  
Interrogativi sulla democrazia tra  
Stati nazionali e Unione europea



# IANUS

**Diritto e Finanza**

**N. 20 - 2019**

**Ianus - Diritto e finanza**

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 20 - dicembre 2019

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

### TRENT'ANNI DOPO IL 1989. INTERROGATIVI SULLA DEMOCRAZIA TRA STATI NAZIONALI E UNIONE EUROPEA

Presentazione .....	5
Partiti politici a orientamento religioso e uso di argomenti religiosi nella sfera politica: quali strumenti di regolazione nelle democrazie pluralistiche europee?, di MARIA CHIARA LOCCHI .....	9
Contrasto alle <i>fake news</i> e tutela della democrazia, di IGNAZIO SPADARO.....	33
Il coinvolgimento dell'elettorato attraverso la democrazia diretta e partecipativa: cavallo di troia o spinta propulsiva per la democrazia deliberativa?, di DIEGO BALDONI .....	55
Crisi economiche e stato regionale. Considerazioni sul rapporto fra democrazia diretta e paradigma territoriale nell'ordinamento regionale italiano, anche alla luce di alcune esperienze europee, di LUCA DELL'ATTI .....	71
Rischi ed effetti patologici nell'attuazione degli strumenti di democrazia partecipativa. Osservazioni per costruire un percorso di qualità della democrazia, di NICOLA PETTINARI .....	95
Verso la definizione di uno <i>standard</i> europeo di tutela dell'indipendenza dei giudici nazionali: brevi considerazioni sul ruolo della Corte di giustizia nella gestione della crisi dello Stato di diritto in Europa, di CLAUDIA CINNIRELLA .....	113
Rule of law in Poland. Unexpected breakdown or a lesson, which need to be repeated?, di KAROL POPLAWSKI .....	143
The democratization process in Turkey, di SEVGI DOĞAN .....	163

## ALTRI SAGGI

Le garanzie costituzionali nei rapporti economici di mercato alla luce dei principi di cooperazione internazionale, di BRUNELLA RUSSO .....	191
I controlli pubblici sull'accesso al mercato creditizio e sulla crescita territoriale delle banche: vecchi principi e nuove complessità alla luce dell'attuazione in Italia del SSM, di ALESSANDRO BENOCCI .....	221
Leggi elettorali e governo della crisi, di NICOLA VIZIOLI .....,.....	265
I ritardi nell'istituzione della Corte costituzionale e i rischi per la giovane democrazia tunisina, di NICOLA VIZIOLI .....	301
Verso un capitalismo inclusivo?, di GIOVANNI LIBERATI BUCCIANTI .....	347

## MATERIALI

Business Roundtable, 2001, Statement on Corporate Governance	
Business Roundtable, 2019, Statement on the Purpose of a Corporation with Signatures	

## PRESENTAZIONE

Il presente numero di Ianus raccoglie, nella sezione monografica, otto lavori che riproducono, con modifiche ed integrazioni, altrettante relazioni tenute in occasione del *Workshop for Young Scholars on Thirty years after 1989. Questions about democracy, between national States and European Union*. Il *workshop* è stato organizzato dal DIPEC e si è tenuto a Siena il 14 e 15 giugno 2019. L'incontro ha rappresentato l'attività conclusiva del modulo *Jean Monnet EUCOLAW –The Europeanization of Constitutional Law*, finanziato dall'Unione europea e coordinato dalla prof.ssa Tania Groppi. Nel corso del modulo, sono stati organizzati tre *workshop* per giovani ricercatori e circa venti seminari di dottorato su tematiche connesse al rapporto tra diritto costituzionale e diritto europeo. In particolare, in quest'ultimo *workshop* gli autori hanno riflettuto sui diversi modi di essere della democrazia a trent'anni dal 1989, data di fondamentale importanza per la storia del diritto costituzionale comparato.

La sezione dedicata agli altri saggi contiene cinque contributi: uno sulle garanzie costituzionali nei rapporti economici di mercato alla luce dei principi di cooperazione internazionale, un secondo sui controlli pubblici sull'accesso al mercato creditizio, un terzo sull'influenza delle leggi elettorali in quattro Stati europei nel periodo della crisi economico-finanziaria, un quarto riguardante l'attuazione della norme della Costituzione tunisina sulla Corte costituzionale e un quinto sullo *Statement on the Purpose of a Corporation* elaborato dalla Business Roundtable.



**TRENT'ANNI DOPO IL 1989.  
INTERROGATIVI SULLA DEMOCRAZIA TRA  
STATI NAZIONALI E UNIONE EUROPEA**



**PARTITI POLITICI A ORIENTAMENTO RELIGIOSO E USO DI  
ARGOMENTI RELIGIOSI NELLA SFERA POLITICA: QUALI  
STRUMENTI DI REGOLAZIONE NELLE DEMOCRAZIE  
PLURALISTICHE EUROPEE? °**

**Maria Chiara Locchi**

*Ricercatrice di Diritto pubblico comparato,  
Università degli Studi di Perugia*

*L'articolo si interroga sulla possibilità, per le democrazie costituzionali europee, di adottare discipline giuridiche restrittive nei confronti dei "partiti a orientamento religioso", o di partiti laici che ricorrono ad argomenti religiosi in funzione di mobilitazione ideologica, posto il carattere fondamentale della libertà di espressione e di associazione politica in un contesto segnato dal principio democratico e da quello del pluralismo.*

*The article questions whether European constitutional democracies may adopt bans and restrictions on "religiously oriented parties", or on secular parties using religious arguments as means of ideological mobilisation, taking into account the fundamental freedoms of expression and political association within democratic and pluralistic constitutional systems.*

**Sommario:**

1. I partiti politici a orientamento religioso nelle democrazie pluralistiche: alcune considerazioni introduttive
2. Religione e partiti politici nell'Europa contemporanea: i segnali di un rinnovato utilizzo
3. Gli strumenti di regolazione giuridica dei partiti a orientamento religioso
4. Osservazioni conclusive

---

° Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

## **1. I partiti politici a orientamento religioso nelle democrazie pluralistiche: alcune considerazioni introduttive**

Nello scenario di crisi della democrazia rappresentativa in Europa, e della stessa forma “partito” quale strumento cruciale di rappresentanza politica di valori e interessi nelle democrazie pluralistiche, l’utilizzo dell’argomento religioso nella sfera politica è un fenomeno di sicuro interesse ma relativamente poco studiato in ambito giuspubblicistico.

Nelle società democratiche contemporanee il pluralismo delle credenze e degli stili di vita si presenta, al tempo stesso, come uno stato di fatto e un valore protetto alla luce di alcuni principi e diritti fondamentali del costituzionalismo liberal-democratico; in questo contesto l’appartenenza religiosa può effettivamente contribuire a segnare un’identità “di parte”, alimentando una mobilitazione a sostegno o in opposizione a una determinata agenda politica. Una definizione univoca di “religione” e “identità religiosa” nella sfera pubblica si dimostra, tuttavia, problematica, a causa dello sgretolamento del terreno comune tra credenti e non credenti sul piano dei valori e del fatto che la stessa conflittualità politica è sempre più spesso veicolata da fratture proprio sui temi legati ai valori e alle identità. Il richiamo ai “valori religiosi”, in questo senso, si carica frequentemente di connotati identitari di tipo culturale e “neo-etnico”, con la conseguenza, da un lato, che la linea di confine tra religione, cultura, appartenenza etnica diventa difficilmente tracciabile e, dall’altro, che i conflitti “religiosi” risultano sostanzialmente alimentati da tensioni di altra natura (es. tra cittadini nazionali e migranti)<sup>1</sup>.

La ricostruzione delle forme e delle condizioni dell’influenza della religione sul sistema politico, in generale, e sui partiti politici, in particolare, si dimostra un’operazione affatto semplice, tanto più se si adotta una prospettiva comparativa<sup>2</sup>. Numerosi politologi e sociologi della politica hanno dedicato le proprie riflessioni a questo tema, tentando di identificare caratteri e tipologie dei “partiti a orientamento religioso” in quanto partiti che fanno riferimento alla religione in relazione a uno o più aspetti qualificanti (es. il manifesto ideologico o gli obiettivi programmatici, l’appello all’elettorato, la struttura organizzativa).

---

<sup>1</sup> Cfr. ROY, *Rethinking the place of religion in European secularized societies: the need for more open societies*, Conclusions of the Research Project *ReligioWest* «The (re)construction and for-mating of religions in the West through courts, social practices, public discourse and transnational institutions», European University Institute, March 2016.

<sup>2</sup> Cfr. HAYNES (a cura di), *Routledge Handbook of Religion and Politics*, London-New York, 2009, 211 ss.

Una delle proposte definitorie più convincenti è quella di L. Ozzano e F. Cavatorta, che definiscono i partiti a orientamento religioso come quei «political parties focusing significant sections of their manifestos on “religious values”, explicitly appealing to religious constituencies, and/or including significant religious factions»<sup>3</sup>; secondo i due A., la sistematizzazione delle varie categorie di partiti a orientamento religioso deve tenere conto dei tanti e articolati aspetti relativi al loro funzionamento, quali l'apparato ideologico, l'organizzazione, le relazioni con altri gruppi di interesse e l'attitudine verso i principi della democrazia e del pluralismo<sup>4</sup>. Alla luce dei parametri di classificazione prescelti, sono individuabili cinque tipologie di partito a orientamento religioso: conservatore<sup>5</sup>, progressista<sup>6</sup>, nazionalista<sup>7</sup>,

---

<sup>3</sup> Cfr. OZZANO, *The many faces of the political god: a typology of religiously oriented parties*, in *Religiously Oriented Parties and Democratization*, volume monografico della Rivista *Democratization*, vol. 20, n.5, 2013, 810. Nella prospettiva di Ozzano e Cavatorta, quindi, non è sufficiente guardare al nome o ai programmi e statuti ufficiali del partito al fine di qualificarlo come “a orientamento religioso”. Altri elementi che possono indicare l'inclinazione religiosa di un partito, senza però costituire condizioni necessarie e sufficienti, sono la caratterizzazione religiosa della *leadership* (che può essere formata, ad es., da religiosi o da persone affiliate a una organizzazione religiosa) e la caratterizzazione religiosa dell'elettorato.

<sup>4</sup> Oltre al già citato volume monografico, cfr. anche OZZANO - CAVATORTA (a cura di), *Religiously Oriented Parties and Democratization*, Abingdon, 2014.

<sup>5</sup> Il partito a orientamento religioso “conservatore” include tanto i partiti di massa confessionali che hanno intrapreso un processo di apertura nella direzione, anche solo parziale, di partiti “piglia-tutto” inter-confessionali (es. la Democrazia Cristiana in Italia, il *Partido Popular* in Spagna, la *Christlich Demokratische Union* tedesca), quanto partiti “piglia-tutto” conservatori con componenti spiccatamente religiose in grado di condizionare l'agenda politica (es. il Partito Repubblicano degli Stati Uniti).

<sup>6</sup> Il partito a orientamento religioso “progressista” è comparativamente meno diffuso di quello conservatore, essendo l'orientamento politico progressista solitamente espresso da partiti laici di sinistra che tendono a considerare la religione come un fenomeno regressivo, in grado di ostacolare l'affermazione del proprio progetto di società.

<sup>7</sup> Il partito a orientamento religioso “nazionalista” è riscontrabile prevalentemente in contesti politici e sociali caratterizzati da forti fratture etniche e/o religiose. La relazione tra i due profili – religioso ed etno-nazionalista – può peraltro articolarsi con modalità ed esiti differenziati; nell'Irlanda del nord, ad esempio, l'appartenenza religiosa risulta subordinata alla dimensione etnica, funzionando prevalentemente come strumento di identificazione nell'ambito di un conflitto di tipo nazionalista, cfr. O'MALLEY - WALSH, *Religion and democratization in Northern Ireland: is religion actually ethnicity in disguise?*, in *Democratization*, n. 5, 2013, 939-958. Il coinvolgimento frequente in scontri e militanza armata condiziona l'apparato organizzativo di tali partiti, la cui cellula organizzativa è di solito rappresentata dalla “milizia”, con esperienze alquanto variabili che vanno da vere e proprie unità para-militari formalmente strutturate (es. partito *Bharatiya Janata* indiano) a milizie informali (es. partiti religiosi nazionalisti israeliani, come il *Kach*, dichiarato illegale nel 1994)

fondamentalista<sup>8</sup>, e “di campo”<sup>9</sup>.

L’esistenza di partiti politici a orientamento religioso non è certo un fenomeno sconosciuto all’evoluzione dei sistemi politici e costituzionali europei.

I partiti variamente denominati democratico-cristiani o cristiano-democratici<sup>10</sup> hanno svolto un ruolo cruciale nella costruzione degli ordinamenti costituzionali democratici e sociali del secondo dopoguerra, consentendo l’adattamento dei valori cristiani e, in particolare, della dottrina sociale della Chiesa, nel contesto dei principi e diritti fondamentali sanciti dalle costituzioni democratico-pluralistiche; gli stessi partiti socialdemocratici, in alcuni paesi europei (es. Gran Bretagna e Germania), hanno una significativa componente cristiana al proprio interno.

Nel secondo dopoguerra i partiti democratico-cristiani si erano affermati in molti paesi europei come evoluzione dei partiti confessionali nati nell’Ottocento e nei primi decenni del Novecento<sup>11</sup>, inizialmente osteggiando, sul piano ideologico, i principi del liberalismo democratico, ma ben presto realizzando che la propria affermazione sarebbe potuta passare soltanto attraverso il consolidamento delle istituzioni rappresentative. Superando la tradizionale indifferenza degli studi politologici rispetto al ruolo di forze politiche con questa caratterizzazione ideologica nella costruzione dei sistemi

---

o simboliche (es. le “camicie verdi” della Lega Nord in Italia).

<sup>8</sup> Il partito a orientamento religioso “fondamentalista” si configura come un partito di massa che si propone di riarticolare la società, e lo stesso diritto statale, sulla base di una determinata interpretazione della legge religiosa. Nel sottolineare la differenza con i partiti conservatori, il cui obiettivo è l’ampliamento del ruolo della religione nella sfera pubblica, Ozzano puntualizza che i partiti fondamentalisti sono piuttosto orientati a trasformare radicalmente la società e le istituzioni statali, proponendosi in questo senso come partiti “anti-sistema”; l’eventuale accettazione delle “regole del gioco” democratico, sarebbe dunque da intendersi come una strategia politica, che non consente di considerare l’attitudine di questi partiti come autenticamente democratica e pluralistica.

<sup>9</sup> La nozione di “partito di campo” è ripresa dall’analisi di COHEN, *The Religious Parties in the 2006 Election*, in *Israel Affairs*, n. 2, 2007, 325-345, con riferimento all’esperienza politica israeliana. Il riferimento al “campo”, in particolare, è legato al fatto che questi partiti si prefiggono di rappresentare gli interessi di un solo gruppo religioso; i partiti “di campo” possono configurarsi altresì come “partiti etnici” laddove la comunità religiosa dei cui interessi il partito si propone come promotore coincida con un determinato gruppo etnico.

<sup>10</sup> Con queste formule, corrispondenti alla varietà delle auto-qualificazioni delle diverse formazioni politiche, si identificano i partiti nazionali a base cattolica che, nell’Europa occidentale post-bellica, si ricollegavano ai movimenti di natura eminentemente sociale della “democrazia cristiana”, sorti sul finire del XIX secolo e in parte sostenuti dalle istituzioni ecclesiastiche e dal papato, cfr. TRANIELLO, *Democrazia cristiana*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, vol. II, Roma, 1992, 759-768.

<sup>11</sup> Sui partiti cattolici e calvinisti in Belgio e Olanda cfr., tra gli altri, MCGRAW, *Faith in politics: religion and liberal democracy*, New York, 2010.

politici e costituzionali dell'Europa contemporanea, diversi Autori hanno di recente sottolineato il contributo decisivo dei partiti democratico-cristiani nel radicamento dei nuovi ordinamenti politici dell'Europa postbellica, nella legittimazione dell'economia di mercato e nello stesso processo di integrazione europea<sup>12</sup>.

A partire dagli anni '90 dello scorso secolo, a fronte di una sempre maggiore secolarizzazione delle società occidentali, i partiti cristiani hanno visto diminuire il proprio consenso, con un aumento della volatilità elettorale e del successo di movimenti sociali e partiti di impronta populista. Le reazioni dei partiti democratico-cristiani al cambiamento dello scenario politico appaiono diversificate: mentre alcuni hanno tentato di beneficiare del consenso popolare a favore dei partiti di destra e populistici, contestando duramente le riforme economiche neo-liberali e rafforzando il proprio profilo identitario intorno all'idea del "patrimonio cristiano dell'Europa", altri si sono aperti all'elettorato non cristiano (anche di fede musulmana), allargando la propria agenda politica così da diventare *catch-all parties* di centro o centro-destra e intercettare i voti degli elettori indifferenti al *background* religioso del partito<sup>13</sup>.

Il fenomeno dei partiti a orientamento religioso sembrava ormai aver perso la sua pregnanza, in corrispondenza con il depotenziamento, che pareva irrimediabile, dell'identità religiosa quale fattore idoneo a fondare o ad alimentare la partecipazione politica, in ragione dell'avvenuta secolarizzazione delle società occidentali. Tale processo, d'altra parte, non ha comportato la scomparsa dei partiti riconducibili alla famiglia democratico-cristiana, nonostante, ancora alla fine degli anni '90 dello scorso secolo, importanti politologi ne avessero annunciato il venire meno in assenza di una loro mutazione in moderni partiti conservatori "laici"<sup>14</sup>; i partiti democratico-cristiani, tuttavia, si sono mostrati resilienti, adattandosi al nuovo contesto sociale, economico e culturale senza

---

<sup>12</sup> Cfr., ad es., VAN KERSBERGEN, *Social Capitalism: A Study of Christian Democracy and the Welfare State*, London-New York, 1995; KALYVAS, *The Rise of Christian Democracy in Europe*, Ithaca-London, 1996, e *Unsecular politics and religious mobilization*, in KSELMAN - BUTTIGIEG (a cura di), *European Christian Democracies: Historical Legacies and Comparative Perspectives*, Notre Dame, 2003, 293-320.

<sup>13</sup> Cfr. MOHSENI - WILCOX, *Religion and political parties*, in HAYNES (a cura di), *Routledge Hand- book of Religion and Politics*, London-New York, 2009, 218

<sup>14</sup> Cfr., per esempio, VAN KERSBERGEN, *Contemporary Christian Democracy and the Demise of the Politics of Mediation*, in KITSCHOLT - LANGE - MARKS - STEPHENS (a cura di), *Continuity and Change in Contemporary Capitalism*, Cambridge, 1999, 369 s.

sacrificare del tutto le proprie “radici religiose”<sup>15</sup>.

## 2. Religione e partiti politici nell’Europa contemporanea: i segnali di un rinnovato utilizzo

Le tensioni connesse alle migrazioni, alle disuguaglianze sociali e al crescente pluralismo culturale e religioso, che ormai da anni attraversano l’Europa, sembrano alimentare un rinnovato utilizzo dell’argomento religioso nel contesto politico, tanto da parte dei gruppi culturali e religiosi minoritari, quanto – in chiave, si potrebbe dire, “difensiva” – in relazione al recupero dei valori cristiani in funzione di marcatore dell’“identità europea”.

Il ricorso all’argomento religioso nella sfera politica, declinato in chiave di ripiegamento identitario e di esclusione dell’Altro, contraddistingue ad esempio diversi partiti populistici di destra in alcuni paesi europei<sup>16</sup>. Il discorso populista, quale “ideologia dal nucleo sottile” (“*thin-centred ideology*”)<sup>17</sup>, contrappone ad un “popolo puro” non soltanto una “élite corrotta”, ma anche un minaccioso “Altro” al quale sono attribuite mire di conquista e

---

<sup>15</sup> Cfr. HIEN, *Unsecular Politics in a Secular Environment: The Case of Germany’s Christian Democratic Union Family Policy*, in *German Politics*, 4/2013, 441 s. Secondo l’A., il riposizionamento della politica dei cristiano-democratici tedeschi non può essere letto esclusivamente con la lente del conflitto tra modernizzatori laici e tradizionalisti religiosi. La rinegoziazione delle politiche, religiosamente orientate, ha piuttosto portato alla riemersione della frattura interconfessionale, all’interno del partito, tra protestanti e cattolici; questi processi di continuo adattamento andrebbero letti positivamente, nella misura in cui assicurano una continua evoluzione delle piattaforme programmatiche e delle politiche del partito. L’esistenza di un pluralismo confessionale storicamente consolidato, inoltre, sembra essere un elemento in grado di incidere sulla stessa capacità dei partiti democratici cristiani di adattarsi in modo flessibile e di fare compromessi; in contesti pluriconfessionali, infatti, i partiti politici risultano più abituati ai dibattiti interni tra le diverse confessioni religiose. L’esperienza della Democrazia Cristiana italiana, secondo Hien, suggerirebbe invece che i partiti democratici cristiani, nei contesti mono-confessionali, corrono un rischio più elevato di mancato adattamento e di implosione.

<sup>16</sup> Pur considerando le differenze tra le diverse esperienze, possono essere ricompresi in questa categoria: la Lega Nord (Italia); il *Freiheitliche Partei Österreichs - FPÖ* (Austria); il *Schweizerische Volkspartei - SVP* (Svizzera); la *Lijst Pim Fortuyn - LPF* e il *Partij voor de Vrijheid - PVV* (Paesi Bassi); il *Front National - FN* (Francia); l’*UK Independence Party - UKIP* e il *British National Party - BNP* (Regno Unito); la *Liga Polskich Rodzin - LPR* e il *Prawo i Sprawiedliwość - PiS* (Polonia); il *Fiatal Demokraták Szövetsége - Fidesz* e il *Jobbik Magyarországért Mozgalom* (Ungheria), cfr. MARZOUKI - MCDONNELL - ROY (a cura di), *Saving the People. How Populists Hijack Religion*, Oxford, 2016.

<sup>17</sup> Cfr. ALBERTAZZI - MCDONNELL, *Populists in Power*, London, 2015, 5.

sopraffazione<sup>18</sup>. Se i “valori cristiani” sono assunti apoditticamente quale fattore identitario di comunità nazionali presentate come gruppi “virtuosi” e monolitici, l’Altro per eccellenza è identificato nel migrante di fede musulmana, con un’operazione ideologica che consiste nel privare l’Islam della sua dimensione propriamente religiosa così da offrirne una ricostruzione nei termini di progetto espansionistico di tipo politico e militare. L’intreccio tra un populismo politico e un populismo religioso, sotto questo aspetto, diventa possibile a partire dai caratteri comuni a entrambi: «il bisogno di identità e di comunità, la credenza in una comunità necessaria per la redenzione e al contempo omogenea, incontaminata, indifferenziata, disintermediata al proprio interno»<sup>19</sup>.

Il rapporto tra i partiti populistici di destra e la religione, per la verità, risulta ambivalente: da un lato, il richiamo ai valori tradizionali della cristianità è spesso un argomento retorico in grado di veicolare l’idea della “resistenza” al “degrado” prodotto dalla “contaminazione” etnica, culturale e religiosa; dall’altro lato, ad essere veicolata è una versione “folclorica” della religione, nella quale la croce è innanzitutto un simbolo politico<sup>20</sup>, mentre su singoli temi e questioni politiche e sociali le posizioni di tali movimenti entrano spesso in conflitto con il messaggio della Chiesa e con le stesse istituzioni religiose.

<sup>18</sup> Cfr. MÉNY - SUREL, *Populismo e democrazia*, Bologna, 2004. Sul carattere anti-pluralistico del populismo cfr. GALSTON, *Anti-Pluralism: The Populist Threat to Liberal Democracy (Politics and Culture)*, New Haven-London, 2018.

<sup>19</sup> Cfr. COLAIANNI, *Populismo, religioni, diritto*, in *Questione Giustizia*, 1/2019, 155.

<sup>20</sup> Si richiamano a questo proposito le considerazioni del Governo italiano nel noto caso *Lautsi c. Italia*, deciso dalla Corte Edu il 18 marzo 2011, e, ancora prima, la posizione del Consiglio di Stato sul crocefisso come simbolo che, in Italia, «è atto ad esprimere [...] l’origine religiosa dei valori di tolleranza, di rispetto reciproco, di valorizzazione della persona, di affermazione dei suoi diritti, di riguardo alla sua libertà, di autonomia della coscienza morale nei confronti dell’autorità, di solidarietà umana, di rifiuto di ogni discriminazione [...] che sono poi i valori che delineano la laicità nell’attuale ordinamento dello Stato» (Cons. Stato 13 febbraio 2006, n. 556). Recentemente la valenza politica del crocefisso è tornata alla ribalta con alcune esternazioni dell’allora vice-premier e segretario della Lega Nord Matteo Salvini – che ha in diverse occasioni baciato il rosario e il crocefisso nonché rimarcato di aver affidato «al Cuore immacolato di Maria [...] il futuro e il destino di un paese e di un continente» (cfr. *Salvini bacia il crocefisso: «Affido a Maria il futuro del paese»*, Il Sole 24 Ore, 27 maggio 2019) – e con il progetto di legge di iniziativa di alcuni deputati leghisti volto ad estendere l’esposizione del crocefisso in tutti gli uffici della pubblica amministrazione, sulla base del suo carattere di «elemento essenziale e costitutivo e perciò irrinunciabile del patrimonio storico e civico-culturale dell’Italia, indipendentemente da una specifica confessione religiosa» (cfr. A.C. 387/2018, art. 1). Sull’uso dell’argomento religioso da parte della Lega, nel contesto di una più ampia analisi dei partiti e movimenti populistici di destra in Europa, cfr. OZZANO, *Religion, Cleavages, and Right-Wing Populist Parties: The Italian Case*, in *The Review of Faith & International Affairs*, 1/2019, 65-77.

Se la retorica anti-islamica è un tratto comune ai diversi partiti populistici, l'atteggiamento nei confronti della laicità delle istituzioni appare variabile, anche in corrispondenza del carattere più o meno laico e secolarizzato della forma di Stato e della società civile<sup>21</sup>. Le esperienze di tre paesi riconducibili all'ondata di "populismo autoritario" che ha investito negli ultimi anni l'Europa centrale e orientale<sup>22</sup> – Polonia, Repubblica ceca e Ungheria – mettono in evidenza l'utilizzo variabile e multiforme della religione come strumento di propaganda politica.

In Polonia le politiche dell'identità religiosa hanno avuto un ruolo fondamentale nella svolta populista degli anni 2005-2007, fornendo ai partiti politici una leva di mobilitazione significativa nell'appello ad un cattolicesimo nazionalista e ripiegato su sé stesso<sup>23</sup>. In una società fortemente conservatrice nella quale, nel 2011, l'87,5% dei polacchi si definiva cattolico<sup>24</sup>, del populismo di matrice religiosa non ha beneficiato soltanto il partito che più di tutti ha utilizzato l'argomento religioso sul piano ideologico (la *LPR* – Lega delle famiglie polacche), ma anche, e soprattutto, Diritto e Giustizia (*PiS*), il partito di governo di orientamento conservatore e fortemente anti-comunista. Il rapporto del *PiS* con il cattolicesimo può definirsi di carattere eminentemente strategico: mentre in una prima fase il leader del partito ed ex Primo ministro Jarosław Kaczyński si era dimostrato contrario ad un eccesso di clericalismo nei programmi ideologici e nella propaganda politica, la svolta anti-liberista del 2005 ha utilizzato, tra l'altro, il riferimento alla cristianità

---

<sup>21</sup> Per molti partiti populistici di destra, la religione cristiana funziona come discriminante per distinguere un "noi" (ricostruito in termini chiaramente positivi) da un "loro" (identificato con l'Islam e declinato in termini negativi). L'identità cristiana della comunità nazionale, come già detto, è spesso ricondotta a simboli, quali il crocifisso, piuttosto che a dogmi teologici, anche se l'intensità di questo marcatore identitario religioso è variabile da paese a paese: mentre in Francia il *Front National* qualifica il "popolo" da tutelare come "*catho-laïque*", rifiutando quindi una completa identificazione con l'appartenenza religiosa, in Gran Bretagna, Svizzera e Olanda l'identità del "popolo" è percepita prevalentemente in termini secolari, anche se con il riconoscimento di innegabili radici cristiane, cfr. ROY, *Beyond Populism. The Conservative Right, the Courts, the Churches and the Concept of a Christian Europe*, in MARZOUKI - MCDONNELL - ROY (a cura di), *Saving the People*, cit., 186 s.

<sup>22</sup> Cfr. BUGARIČ, *Central Europe's descent into autocracy: A constitutional analysis of authoritarian populism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2/2019, 597–616.

<sup>23</sup> Cfr. GRUDZINSKA - GROSS, *The Backsliding*, in *East European Politics and Societies and Cultures*, 4/2014, e STANLEY, *Defenders of the Cross. Populist Politics and Religion in Post-Communist Poland*, in MARZOUKI - MCDONNELL - ROY (a cura di), *Saving the People*, cit., 109 ss.

<sup>24</sup> Cfr. il sondaggio del 2011 condotto dall'Ufficio centrale di statistica (*Główny Urząd Statystyczny*).

come referente valoriale<sup>25</sup>. Fin dai primi anni '90, inoltre, l'esposizione politica del cattolicesimo è avvenuta non soltanto ad opera di partiti politici: il riferimento, in particolare, è all'impero mediatico costruito attorno all'emittente radiofonica Radio Maria, guidato dalla controversa figura di Padre Tadeusz Rydzyk e che funziona da cassa di risonanza per le posizioni più oltranziste di segno clericale tradizionalista, sciovinista, anti-semita e xenofobo<sup>26</sup>.

La Repubblica ceca è invece un esempio di società fortemente secolarizzata<sup>27</sup>, che negli ultimi anni ha conosciuto tuttavia il consolidamento di una "coalizione informale" tra cristianesimo (e, in particolare, la Chiesa cattolica) e partiti populistici di destra, che hanno progressivamente declinato i propri argomenti nazionalisti e anti-liberali in termini religiosi, cavalcando l'onda delle tensioni legate alle migrazioni transnazionali, all'adesione all'Unione europea, alla supposta "minaccia islamica"<sup>28</sup>. Il caso ceco è quindi indicativo dell'uso strumentale dell'argomento religioso in contesti sociali e politici non religiosi, un uso che appare funzionale alla ridefinizione della differenza tra "civiltà" e "barbarie": se tradizionalmente l'Occidente secolarizzato veniva opposto ad un Oriente (ancora) religioso, ora il "noi" al quale i partiti populistici si appellano è ricostruito (anche) per mezzo di una

---

<sup>25</sup> Kaczyński ha espressamente dichiarato che il cattolicesimo costituisce per i polacchi "il solo sistema generale di valori", distinguendo quindi tra i "veri polacchi", che vivono in accordo con quei valori e con la tradizione, e coloro che cercano invece di scardinarli, cfr. STANLEY, *Defenders of the Cross*, cit., 120.

<sup>26</sup> Oltre alla radio, sono attivi un giornale, una stazione televisiva, un'università e una fondazione nel settore educativo. Il rapporto tra il *PiS* e Radio Maria, per quanto ambiguo, può dirsi caratterizzato da mutui benefici: il partito di Kaczyński ha offerto a Padre Rydzyk la protezione a favore della sua organizzazione, consentendogli di perseguire ed espandere i propri interessi economici, mentre i mezzi di comunicazione messi a disposizione da quest'ultimo hanno rappresentato un importante strumento di propaganda per il *PiS*.

<sup>27</sup> Secondo il censimento nazionale del 2011, soltanto il 20,8% della popolazione si dichiara credente, una percentuale scesa costantemente negli ultimi decenni (43,9% nel 1991, 32,1% nel 2001), cfr. i dati forniti dall'Istituto ceco di statistica (*Český statistický úřad*). Sull'eccezionalità ceca nel contesto dell'Europa centro-orientale cfr. EVANS, *Unlike Their Central and Eastern European Neighbors, Most Czechs Don't Believe in God*, Pew Research Center, 2017, <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2017/06/19/unlike-their-central-and-eastern-european-neighbors-most-czechs-dont-believe-in-god/>.

<sup>28</sup> Cfr. KRATOCHVÍL, *Religion as a Weapon: Invoking Religion in Secularized Societies*, in *The Review of Faith & International Affairs*, 1/2019, 78 ss., che analizza questo rinnovato utilizzo di argomenti religiosi come strumento di propaganda politica in relazione a tre vicende che hanno animato il dibattito pubblico nella Repubblica ceca: la legge sul venerdì santo come giorno festivo, lo "scandalo" seguito alla rimozione dell'immagine del crocefisso nel contesto di una campagna pubblicitaria promossa dalla catena tedesca *Lidl* e, infine, il dibattito sull'accoglienza dei rifugiati.

religione culturalizzata<sup>29</sup>. La religione è infatti diventata un elemento cruciale della visione del mondo “tradizional-comunitaria” promossa dai populistici, una visione attraversata da ambiguità e contraddizioni ma utile a contrastare la concezione “libertario-universalistica” propria dei movimenti e partiti di sinistra<sup>30</sup>.

In Ungheria, pur registrandosi un protagonismo delle chiese cristiane storiche rispetto alla legittimazione dei partiti populistici di destra, l'utilizzo dei riferimenti religiosi da parte dei partiti politici è meno marcato rispetto al contesto polacco. D'altra parte, i due principali partiti politici ungheresi, il partito di governo *Fidesz* e quello di estrema destra *Jobbik*, pur non connotandosi come “partiti a orientamento religioso”, ricorrono al marcatore identitario della “cristianità” a supporto di un certo conservatorismo sociale e nazionalismo tradizionale<sup>31</sup>. Il *cleavage* incentrato sulla religione, identificato già nel 1967 da Lipset e Rokkan come una delle principali fratture sociali in grado di spiegare la formazione e la stabilizzazione delle strutture partitiche<sup>32</sup>,

<sup>29</sup> Cfr. ID., *Religion as a Weapon*, cit., 86. Secondo l'A., le condizioni alle quali argomenti religiosi possono essere utilizzati efficacemente nella sfera politica di una società fortemente secolarizzata sono relative al ruolo cruciale degli attori politici, non necessariamente di natura religiosa, che devono saper sollevare le questioni in termini non solo e non tanto religiosi, ma più generalmente “culturali”, così da coinvolgere emotivamente gli elettori non religiosi.

<sup>30</sup> Cfr. BORNSCHIER, *The New Cultural Divide and the Two-dimensional Political Space in Western Europe*, in *West European Politics*, 3/2010, 423, per l'identificazione del *cleavage* “*libertarian-universalistic vs. traditionalist-communitarian*”. Le ambiguità e le contraddizioni testé citate sono segnalate da R. Brubaker, che osserva come questi partiti sembrano oscillare tra una visione “tradizionale”, patriarcale, della società incentrata su un'interpretazione conservatrice del cristianesimo e un'idea di Europa occidentale identificata (in opposizione a un presunto Islam illiberale) con il rispetto per le libertà personali; quest'ultimo aspetto comporta tuttavia l'inclusione nelle piattaforme programmatiche di questi partiti di istanze relative, ad esempio, al divieto di discriminazioni razziali, alla parità di genere e ai diritti degli omosessuali, che sono spesso sostenute opportunisticamente in prospettiva anti-islamica piuttosto che come principi assoluti, cfr. BRUBAKER, *Between Nationalism and Civilization: The European Populist Moment in Comparative Perspective*, in *Ethnic and Racial Studies*, 8/2017, 1203.

<sup>31</sup> Le durissime prese di posizione dei due partiti rispetto alla crisi dei rifugiati del 2015 rappresentano un osservatorio interessante della saldatura tra cristianesimo e nazionalismo nell'apparato ideologico delle formazioni populiste: «*while Fidesz interprets Christianity within the framework of nationalism, Jobbik frames it as part of its nationalism and anti-Semitism. God is not presented as a symbol of universal religious identity [...], but as 'the God of Hungarians' in its particularistic, tribal, paganised, political understanding*», cfr. ÁDÁM-BOZÓKI, ‘*The God of Hungarians*’. *Religion and Right-Wing Populism in Hungary*, in MARZOUKI - MCDONNELL - ROY (a cura di), *Saving the People*, cit., 146.

<sup>32</sup> Cfr. LIPSET - ROKKAN, *Cleavages Structures, and Voter Alignments: An Introduction*, in LIPSET - ROKKAN (a cura di), *Party System and Voter Alignments: Cross National Perspectives*,

sembra dunque fungere da base sulla quale si è innestata, in Ungheria, l'opposizione tra partiti di sinistra e liberal-centristi, da un lato, e partiti di destra anti-comunisti, dall'altro lato: mentre i primi si sono caratterizzati come partiti laici, se non laicisti, i secondi tendono a riferirsi alla religione come strumento di propaganda e legittimazione<sup>33</sup>. Il riferimento alla cristianità permea lo stesso Preambolo della Costituzione del 2011, fortemente voluta da *Fidesz* e dal suo leader, il Primo Ministro Viktor Orbán, nell'ambito di un più ampio disegno nazionalistico, integralista e tradizionalista<sup>34</sup>. Il 20 giugno 2018 è stato adottato il settimo emendamento alla Costituzione del 2011, che è tornato sulla questione dell'identità costituzionale ungherese rafforzando il riferimento al marcatore religioso<sup>35</sup>. Sebbene il nuovo emendamento rischi di rappresentare una grave minaccia, sul piano giuridico, alla legittimità costituzionale di qualsiasi norma suppostamente "anti-cristiana", il significato di questo rafforzato richiamo alla cultura cristiana andrebbe letto sul piano eminentemente politico, e addirittura partitico: da un lato, infatti, l'emendamento è da ricondurre al clima nel quale è maturata la c.d. "legislazione stop Soros"<sup>36</sup>, dall'altro lato, si tratterebbe, secondo alcuni, di un messaggio di rassicurazione inviato al PPE (Partito Popolare Europeo), la famiglia politica alla quale appartengono tanto *Fidesz* quanto il CDU-CSU di Angela Merkel<sup>37</sup>.

Anche in relazione alle identità minoritarie la religione può fornire simboli e argomenti in grado di orientare il manifesto ideologico e i programmi di movimenti e partiti politici; ne sono una prova i diversi partiti "a orientamento islamico" già attivi in alcuni paesi europei, la cui esistenza, per quanto quasi

---

New York, 1967, 1-64.

<sup>33</sup> Cfr. ÁDÁM - BOZÓKI, *State and Faith: Right-wing Populism and Nationalized Religion in Hungary*, in *Intersections. East European Journal of Society and Politics*, 2 (1), 2016, 99.

<sup>34</sup> Cfr. VOLPI, *La nuova costituzione ungherese: una democrazia dimezzata*, in *Questione Giustizia*, 3/2012, 171-184. Per una comparazione tra i casi polacco e ungherese cfr. ORLANDI, *La «democrazia illiberale». Ungheria e Polonia a confronto*, in *DPCE*, 1/2019, 167-215. Nel Preambolo della Cost. si fa riferimento all'"Europa Cristiana", della quale lo Stato ungherese è parte per volere del Re Santo Stefano, e si riconosce il "ruolo della Cristianità nel preservare la comunità nazionale".

<sup>35</sup> L'emendamento, in particolare, prevede che: «The protection of Hungary's self-identity and its Christian culture is the duty of all state organizations».

<sup>36</sup> Il nuovo emendamento costituzionale risulta infatti coerente con le misure di criminalizzazione dei senzatetto e le politiche di "tolleranza zero" nei confronti dell'immigrazione e del ruolo delle ONG e associazioni di volontariato, presentate come "nemici della patria", previste dalla legge approvata nel giugno 2018.

<sup>37</sup> Cfr. HALMAI, *The Evolution and Gestalt of the Hungarian Constitution*, in *Ius Publicum Europaeum*, Volume 2. *Constitutional Foundations*, Heidelberg – work in progress, 2018.

sempre caratterizzata da uno scarso seguito elettorale, deve essere letta anche alla luce della dimensione non solo spirituale ma altresì politica dell'Islam<sup>38</sup>.

Tali partiti, riconducibili alla nozione di "Islam politico"<sup>39</sup>, si propongono di rappresentare gli interessi dei musulmani europei (ad es. il *Parti égalité et justice*, l'*Union des démocrates musulmans français* e il partito *Français et Musulmans*, in Francia; il *Neue Bewegung für die Zukunft* - Nuovo movimento per il futuro austriaco; l'*Islamic Party* britannico - attivo fino al 2006; il partito *ISLAM* in Belgio e *Denk* in Olanda; il *Partido Renacimiento y Unión de España - PRUNE* in Spagna); a questi si devono aggiungere quei partiti più nettamente ricollegabili alle minoranze turche in alcuni paesi dell'Europa meridionale e centro-orientale (Grecia, Bulgaria, Romania).

La realtà dei partiti islamici europei è diversificata dal punto di vista dei risultati elettorali, con formazioni che non si sono ancora mai presentate in competizioni elettorali e partiti che hanno già eletto propri rappresentanti a livello nazionale (es. *Denk* in Olanda, che ha tre rappresentanti alla camera bassa<sup>40</sup>). In alcuni casi la partecipazione politica dei musulmani assume delle forme che non esplicitano la dimensione dell'appartenenza religiosa: è quanto accaduto, ad esempio, in Germania con l'organizzazione politica *Bündnis für Frieden und Fairness* (Confederazione per la pace e l'equità), che ha partecipato alle elezioni regionali del 2009 nel Nord Reno-Westfalia: la scelta della Confederazione – che aveva preferito non presentarsi come un partito a orientamento islamico nonostante si trattasse del primo movimento politico fondato esclusivamente da cittadini di fede musulmana – è stata tuttavia contrastata dalle altre forze politiche e dai mezzi di comunicazione, che hanno

---

<sup>38</sup> Sono riconducibili all'idea di "Islam politico" tutti quei movimenti o dottrine politiche che ritengono pertinente e legittimo dare un pubblico riconoscimento a valori, interessi e argomenti riconducibili all'Islam, cfr. LINDHOLM, *The Strasbourg Court Dealing with Turkey and the Human Right to Freedom of Religion or Belief: An Assessment in Light of Leyla Şahin v. Turkey*, in DURHAM JR - TORFS - KIRKHAM - SCOTT (a cura di), *Islam, Europe and Emerging Legal Issues*, Farnham, 2012, 162.

<sup>39</sup> L'esistenza di tali partiti non esaurisce le modalità della partecipazione politica della popolazione musulmana in Europa: secondo V. Colombo, la presenza dell'Islam nello spazio politico europeo deve essere considerata in relazione non soltanto ai partiti islamici e ai politici musulmani collegati ad associazioni il cui orientamento ideologico è strettamente legato all'"Islam politico", ma anche a quei cittadini europei, di origine musulmana, che non appartengono a nessuno specifico gruppo islamico, che non dichiarano la propria identità islamica e non vogliono nemmeno essere identificati in quanto "musulmani", cfr. COLOMBO, *Political Islam and Islam in politics in Europe*, in *European View*, n. 12, 2013, 143 s.

<sup>40</sup> In Olanda si segnalano anche il partito *Islam Democrat*, con un rappresentante al consiglio comunale dell'Aja, e *Nida*, con due rappresentanti al consiglio comunale di Rotterdam.

insistito sul carattere “sostanzialmente religioso” del movimento<sup>41</sup>.

In termini generali, il giudizio sulla riuscita elettorale di queste formazioni è complessivamente negativo, a partire dalla difficoltà di rappresentare adeguatamente la realtà fortemente eterogenea, sul piano etnico, religioso, culturale, linguistico, delle comunità islamiche europee. L’incapacità dei partiti a orientamento islamico finora comparsi sulla scena politica europea, da questo punto di vista, è cioè quella di restituire sul piano politico la complessità e la fluidità dell’“Islam europeo”, che si caratterizza per il sincretismo delle dottrine teologiche e delle pratiche religiose, all’insegna di una concezione delle identità e delle appartenenze dai confini porosi<sup>42</sup>.

### **3. Gli strumenti di regolazione giuridica dei partiti a orientamento religioso**

La frequente declinazione settaria e potenzialmente anti-democratica dell’appartenenza religiosa nell’arena politica è spesso affrontata, nel discorso pubblico, invocando restrizioni e divieti, nell’ottica di preservare la (supposta) neutralità della sfera pubblica rispetto alle appartenenze particolari di carattere comunitario, culturale, religioso, e di garantire, in ultima analisi, le condizioni della convivenza democratica in contesti caratterizzati da uno spiccato pluralismo.

Le discipline restrittive dei partiti a orientamento religioso, tuttavia, devono essere attentamente valutate alla luce dello stesso principio democratico e degli altri principi e libertà posti a fondamento del costituzionalismo occidentale e dello stesso diritto internazionale. In quest’ultimo ambito, ad esempio, l’epurazione della religione dalla sfera politica non può essere considerata, di per sé, una misura “necessaria” in una società democratica, e

---

<sup>41</sup> Cfr. DIDERO, *Muslim Political Participation in Germany: A Structurationist Approach*, in NIELSEN (a cura di), *Muslim Political Participation in Europe*, Edinburgh, 2013, 50, che ha indicato le “trappole” nelle quali rischiano di incorrere le organizzazioni politiche che si propongono di rappresentare i cittadini di fede musulmana: «Foreigners being equated with Muslims and both being perceived as social out-groups, any political organisation which knowingly positions itself with relation to both of these categories needs to be aware of the severe headwinds it will face».

<sup>42</sup> Cfr. ZAHALKA, *Shari’a in the Modern Era. Muslim Minorities Jurisprudence*, Cambridge, 2016, 139, il quale – a proposito dei musulmani europei – ha osservato come «they might pray at a mosque with a salafi imam, seek the answers to their questions from wasati leaning religious adjudicators, and read sala literature, all while imitating the general, non-Muslim population in their everyday lives». Sulla fisionomia dell’Islam europeo cfr. anche le riflessioni di RAMADAN, *Essere musulmano europeo: studio delle fonti islamiche alla luce del contesto europeo*, Troina, 2002 e ID., *Noi musulmani europei*, Roma, 2008.

un divieto assoluto di formare partiti politici “su base religiosa” non solo non è derivabile dall’ordinamento giuridico internazionale, ma produce anzi gravi tensioni rispetto alle principali convenzioni a tutela dei diritti umani<sup>43</sup>.

Nel contesto della riflessione costituzionalistica la protezione delle libertà civili e politiche, del principio democratico e dello stesso principio del pluralismo ideologico segna il perimetro, peraltro soggetto a continue e mutevoli interpretazioni, entro il quale l’esistenza e l’attività dei partiti a orientamento religioso può essere considerata legittima e deve essere, allo stesso tempo, garantita. Un nodo problematico inaggirabile, in effetti, riguarda la giustificabilità di eventuali limiti all’attività di tali partiti alla luce dei principi costituzionali che orientano il rapporto tra religione e politica nell’ambito del costituzionalismo liberal-democratico. Sono diversi i principi e le libertà costituzionali, sanciti dalle carte delle democrazie pluralistiche, a tutela delle convinzioni religiose individuali sul piano sociale e politico: il principio democratico e quello pluralistico, la libertà di espressione, la libertà religiosa (nella sua duplice dimensione “negativa” e “positiva”), la libertà di associazione, anche politica.

Restrizioni e divieti nei confronti dei “partiti a orientamento religioso”, o dei partiti laici che ricorrono ad argomenti religiosi in funzione di mobilitazione ideologica, sono dunque da intendersi come altrettante eccezioni, legittime se e nella misura in cui risultino proporzionate, funzionali alla tutela di altri principi e interessi costituzionalmente rilevanti (es. democraticità e integrità dell’ordine costituzionale; principio di uguaglianza e divieto di discriminazione; difesa della sicurezza nazionale e dell’ordine pubblico) o riconducibili a delle fattispecie regolate dal diritto dei partiti, di fonte costituzionale o legislativa. L’analisi comparativa sembra confortare questa conclusione: nelle democrazie consolidate, infatti, l’esistenza e l’attività di partiti politici a orientamento religioso è generalmente consentita; nel contesto di una disciplina giuridica dei partiti politici informata alla libertà di associazione, e quindi tendenzialmente caratterizzata da un uso limitato di restrizioni e divieti, i partiti a orientamento religioso sono ricondotti alle dinamiche del libero gioco democratico<sup>44</sup>.

Nel tentativo di individuare le possibili fonti di limitazione dei partiti a orientamento religioso, un primo ambito a venire in rilievo è quello relativo alle restrizioni nei confronti dei partiti anti-democratici e anti-sistema,

---

<sup>43</sup> Cfr. TEMPERMAN, *State-Religion Relationships and Human Rights Law. Towards a Right to Religiously Neutral Governance*, Leiden, 2010, 320 s.

<sup>44</sup> Per una disamina più approfondita di queste questioni sia consentito rinviare a LOCCHI, *La disciplina giuridica dei partiti a orientamento religioso*, Torino, 2018.

eventualmente adottate in funzione di “protezione della democrazia”<sup>45</sup>.

Tali previsioni possono avere un impatto rispetto al tema di cui qui si discute, nella misura in cui il partito ricorra ad argomenti religiosi a supporto di un’ideologia anti-costituzionale o lo stesso richiamo di valori e principi di un credo religioso sia qualificato come contrario al “sistema” costituzionale. Le sanzioni adottabili nei confronti dei partiti sono di intensità variabile, potendo consistere nella perdita di benefici fiscali, nell’esclusione dal finanziamento pubblico, fino ad arrivare al vero e proprio scioglimento. Nelle costituzioni più antiche, peraltro, è generalmente assente una specifica disciplina costituzionale in tal senso, e tale silenzio costituzionale può autorizzare interpretazioni di segno opposto circa la legittimità di eventuali limiti legislativi alla libertà di associazione politica; in alcuni casi la disciplina costituzionale contiene “formule insidiose” che di fatto rinviano al legislatore per la repressione degli abusi<sup>46</sup>.

La difesa dalle minacce interne ed esterne può riferirsi tanto all’adozione di strumenti consolidati di democrazia protetta (come nel caso tedesco<sup>47</sup>), quanto

---

<sup>45</sup> La casistica delle previsioni costituzionali con le quali le “democrazie protette” arrivano a limitare la libertà di espressione e associazione politica, come è noto, è estremamente varia. Dal punto di vista dell’oggetto della protezione, in particolare, non si riscontrano soltanto restrizioni volte a difendere l’integrità ideologica, con riferimento ai valori e ai principi posti alla base dell’ordinamento democratico-pluralistico, ma anche casi di tutela dell’integrità territoriale e di altri principi e valori considerati “basilari”, quali la comprensione tra i popoli, la laicità, il pluralismo politico e i principi dello stato di diritto, l’incitamento all’odio razziale, nazionale, etnico o religioso, i diritti e le libertà altrui, ecc. Sulla nozione di “democrazia protetta” cfr. DI GIOVINE (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005; MÜLLER, *Militant Democracy*, in ROSENFELD - SAJÓ (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, 1253 ss.; PEGORARO, *Para una clasificaión “ductil” de “democracia militante”*, in *Revista vasca de administración pública*, n. 2, 2013, 191 ss.; SAJÓ, (a cura di), *Militant Democracy*, Utrecht, 2014; TYULKINA, *Militant Democracy: Undemocratic Political Parties and Beyond*, Abingdon, 2015.

<sup>46</sup> Cfr. PEGORARO, *Para una clasificaión “ductil” de “democracia militante”*, cit., 212.

<sup>47</sup> L’art. 21 LF prescrive che l’organizzazione interna dei partiti politici debba essere informata ai principi democratici; il partito che dovesse andare incontro a una pronuncia di incostituzionalità, da parte del Tribunale Costituzionale Federale, per aver cercato di minare o abolire l’ordine democratico o di mettere in pericolo l’esistenza della Repubblica tedesca non verrà soltanto ostracizzato dall’arena politica, ma sarà dichiarato sciolto dal Tribunale e nei confronti dei suoi membri potranno eventualmente essere adottate misure di carattere penale. L’art. 21 LF deve essere inquadrato alla luce di altre disposizioni costituzionali rilevanti per il sistema tedesco di democrazia protetta, quali l’art. 9 (libertà di associazione e divieto delle associazioni che siano dirette contro l’ordine costituzionale), gli artt. 10 comma 2 e 11 comma 2 (limitazione della libertà di corrispondenza e della libertà di movimento in vista della protezione dell’ordinamento costituzionale e democratico), l’art. 18 (cd. clausola di limitazione, che prevede la possibilità per il Tribunale Costituzionale federale di dichiarare la decadenza

alla tutela dell'interesse dello Stato a contrastare ogni attività di supporto, anche tacito, del terrorismo (es. in Spagna<sup>48</sup>). La tendenza delle democrazie occidentali dopo l'11 settembre, in effetti, è focalizzata sulla limitazione dei movimenti e dei partiti di matrice islamica in quanto minacce alla tenuta dell'ordine democratico-costituzionale e alla sicurezza interna. Ciò che sembra prodursi, sotto questo aspetto, è uno slittamento di senso della democrazia protetta apprezzabile sotto almeno due profili: da un lato, gli Stati tendono a utilizzare i meccanismi di democrazia protetta assumendo una posizione "militante" rispetto all'esercizio della libertà religiosa, nella misura in cui a quest'ultima è ricollegata la minaccia alla tenuta della democrazia intesa in senso sostanziale<sup>49</sup>; dall'altro lato, le misure di contrasto del terrorismo internazionale e di protezione della sicurezza pubblica sono progressivamente attratte nella sfera della democrazia protetta. Nonostante i due ambiti non si sovrappongano in via di principio, infatti, le legislazioni anti-terrorismo possono anche consistere in misure preventive che limitano in modo penetrante le libertà costituzionali di espressione, di associazione e di religione.

---

dalle libertà costituzionali, tra le altre, di espressione e di associazione, a carico di chiunque abusi di dette libertà al fine di combattere l'ordinamento costituzionale e democratico), l'art. 20 comma 4 (diritto di resistenza contro chi tenti di rovesciare l'ordinamento). Il fulcro della democrazia protetta tedesca è costituito dal concetto di "libero ordine democratico" (*freiheitliche demokratische Grundordnung*), che la giurisprudenza costituzionale ha contribuito a declinare nei vari profili dei diritti della personalità (in particolare quello alla dignità, alla vita e alla libertà personale), della sovranità popolare, della separazione dei poteri, del principio di responsabilità del Governo, della legalità dell'amministrazione, dell'indipendenza dei giudici e del pluralismo dei partiti, che devono poter esercitare i propri compiti in condizione di parità, cfr. GATTI, *Il Parteiverbot e la nuova incostituzionalità a geometria variabile nell'ordinamento tedesco*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, 5. CATERINA, *La metamorfosi della "democrazia militante" in Germania. Appunti sulla sentenza NPD del Tribunale Costituzionale Federale e sulla successiva revisione dell'art. 21 della Legge Fondamentale*, in *DPCE*, n. 1, 2018, nel ricostruire i principali orientamenti del Tribunale costituzionale federale in tema di protezione della democrazia, ha sottolineato «l'intimo collegamento che corre tra tale tematica e quella della definizione della identità costituzionale dell'ordinamento», 242.

<sup>48</sup> Cfr. la *Ley Orgánica 6/2002 de Partidos Políticos*, che prevede un controllo *ex post* delle attività dei partiti politici, da parte della *Sala especial* della Corte Suprema, che può condurre ad una dichiarazione di illegalità, nel caso in cui si verificano le condizioni che il Codice Penale stabilisce in relazione alle "associazioni illecite" (art. 10.2.a) e qualora il partito cerchi di deteriorare o distruggere il sistema delle libertà, o di eliminare il sistema democratico (artt. 7, 8 e 10.2.b). Dal 2002 a oggi si sono avuti sei casi tra dichiarazione di illegalità e rifiuto di registrazione; in tutti i casi si trattava di partiti legati all'organizzazione terrorista basca ETA.

<sup>49</sup> Cfr. MACKLEM, *Guarding the Perimeter: Militant Democracy and Religious Freedom in Europe*, in *SSRN Electronic Journal*, 20 agosto 2010, 2 ss.

Nelle democrazie costituzionali occidentali – al di là dell’ipotesi estrema di partiti religiosi fondamentalisti che esplicitamente e concretamente<sup>50</sup> si propongano di instaurare un regime anti-democratico basato su un principio di legittimità di tipo religioso – le questioni problematiche sollevate dai partiti a orientamento religioso sembrano dunque configurarsi quali altrettanti punti di tensione rispetto alla tutela di *alcuni* principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale, quali, ad esempio, il principio di uguaglianza e il divieto di discriminazioni o la laicità dello Stato (per quanto quest’ultimo principio sfugge a una ricostruzione unitaria). Considerando le ridotte dimensioni e lo scarso potenziale in termini di consenso elettorale di questi partiti, l’implementazione di restrizioni e divieti non sarebbe tanto volta a scongiurare un effettivo pericolo per l’ordine democratico, quanto piuttosto, e problematicamente, a negare a partiti estremisti «*the forum of institutional expression, the legitimacy, and the aura of respectability that is naturally granted to political parties in modern democracy*»<sup>51</sup>.

Una seconda fonte di restrizioni è quella legata al divieto di incitamento all’odio religioso, o per altri motivi ma sulla base di argomenti religiosi.

Nelle democrazie consolidate – vincolate alla tutela della libertà dei partiti e, in generale, delle associazioni, di perseguire scopi e realizzare attività anche per mezzo del riferimento alla sfera religiosa – restrizioni poste a tutela del divieto del discorso d’odio possono sollevare problemi di compatibilità rispetto alle previsioni costituzionali e internazionali a difesa della libertà di espressione e di associazione.

Alla luce del carattere fondamentale della libertà di espressione dei membri dei

---

<sup>50</sup> Il riferimento è al recente orientamento del Tribunale Costituzionale Federale tedesco (cfr. BVerfG, Dec. del 17 gennaio 2017, 2 BvB 1/13, BVerfGE 144), che ha in effetti insistito sulla necessità del carattere “concreto e attuale” del pericolo rappresentato, per il libero ordine democratico, dall’ideologia anti-costituzionale del partito politico; alla luce di questa posizione, un partito a orientamento religioso, anche qualora si proponesse di sovvertire l’ordine costituzionale e democratico, potrebbe non incorrere nello scioglimento se, a causa delle ridotte dimensioni e del seguito esiguo, non arrivi a rappresentare una “sensibile minaccia”. Sulla sentenza del 2017 cfr. ZEI, *La nuova giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht sull’incostituzionalità dei partiti politici: a volte la democrazia non si difende*, in *Nomos*, 1/2017, 1-16, e CATERINA, *La metamorfosi della “democrazia militante”*, cit., 247-254.

<sup>51</sup> Cfr. BLIGH, *Defending Democracy: A New Understanding of the Party-Banning Phenomenon*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 46/2013, 1365, che ritiene ci sia stato un passaggio, in tema di divieti dei partiti politici, da un “paradigma Weimar” (caratterizzato dal divieto di partiti che cercano di abolire l’ordine democratico *in sé*, impedendo a tali partiti di arrivare al potere e attuare il proprio programma antidemocratico) a un “paradigma della legittimità”, caratterizzato appunto dalla volontà dello Stato di privare i partiti estremisti dello “spazio” (in termini di risorse e di legittimità) per esprimersi nell’arena politica.

partiti politici e, più in generale, di coloro che contribuiscono al dibattito pubblico nelle democrazie pluralistiche, la tendenza generale, soprattutto a livello giurisprudenziale, è in effetti quella di limitare le restrizioni legislative del discorso d'odio religioso a situazioni nelle quali l'incitamento possa verosimilmente condurre ad atti di violenza nell'immediato, o qualora si realizzi un'effettiva compressione del diritto alla libertà religiosa. La tutela costituzionale della libertà di espressione in rapporto all'*hate speech* nelle democrazie consolidate, peraltro, è caratterizzata da una spiccata eterogeneità e oscillazione degli orientamenti all'interno di uno stesso ordinamento; le modalità di protezione nel contesto europeo, in particolare, sembrano essere associate, in primo luogo, a una espressa indicazione dei limiti alla libertà di espressione e, in secondo luogo e conseguentemente, al ricorso alla tecnica del bilanciamento tra la libertà di espressione e gli altri interessi contrapposti<sup>52</sup>.

Un terzo profilo da menzionare è quello relativo al divieto di discriminazioni nell'iscrizione al partito, nell'assunzione di determinate cariche interne o nell'accesso alle candidature. Le misure restrittive potrebbero, ad esempio, incidere sulla possibilità per soggetti diversi dai singoli cittadini (es. sindacati o altro tipo di associazioni, anche religiose) di intervenire nella formazione di un partito politico; rispetto all'adesione al partito e all'accesso alle cariche interne lo Stato può intervenire restrittivamente sulla libertà del partito di prevedere, in sede di statuto, requisiti legati all'appartenenza religiosa, o requisiti di altro tipo ma sulla base di argomenti religiosi<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Per uno studio comparativo dei limiti alla libertà di espressione in rapporto al discorso d'odio religioso cfr. CIANITTO, *Quando la parola ferisce. Blasfemia e incitamento all'odio religioso nella società contemporanea*, Torino, 2016.

<sup>53</sup> Cfr., nel contesto europeo, il caso del partito ortodosso riformato olandese (*SGP - Staatkundig Gereformeerde Partij*); sulla base di un'interpretazione rigorista della Bibbia, era preclusa alle donne l'iscrizione al partito così come la possibilità di candidarsi nelle liste del partito. Il ricorso promosso da un gruppo di associazioni e ONG a tutela dei diritti umani e contro le discriminazioni di genere, volto a far valere la violazione del divieto di discriminazioni e del diritto delle donne alla partecipazione politica, ha innescato un'accesa controversia giudiziaria, sulla quale si sono pronunciati sia il Consiglio di Stato che la Corte Suprema. Quest'ultima, in particolare, ha ribadito la prevalenza del diritto delle donne a non essere discriminate nei propri diritti politici, alla luce dell'importanza del contesto politico-elettorale, considerando il diritto di elettorato passivo funzionale all'ordinamento democratico dello Stato e ritenendo quindi inaccettabile che una formazione politica possa formare le proprie liste di candidati in violazione di un principio fondamentale che garantisce i diritti politici di tutti i cittadini, indipendentemente dal fatto che tale azione riposi su un convincimento di natura religiosa o filosofica. Il profilo dei rimedi, d'altra parte, si è dimostrato altamente problematico: i giudici si sono infatti dichiarati incompetenti a ordinare allo Stato, ad es., di adottare una legge in materia (poiché è implicata una operazione di bilanciamento spiccatamente politica) o di predisporre qualsivoglia rimedio specifico. Sul caso del SGP cfr. OOMEN - GUIJT - PLOEG,

Negli Stati democratici, d'altra parte, la tendenza generale è quella di non disciplinare in modo dettagliato l'organizzazione e le procedure interne dei partiti, ai quali è lasciata ampia discrezionalità di regolamentazione per mezzo degli statuti. In via di principio, infatti, coloro che formano un'associazione o che ne fanno parte possono decidere chi ammettere come nuovo membro: tanto le associazioni religiose quanto i partiti politici possono regolare, in via generale, l'appartenenza al gruppo al fine di includere solo coloro che condividono determinati ideali e convinzioni<sup>54</sup>.

La centralità della libertà di associazione, d'altra parte, non equivale a un'assenza di limiti: anche qualora non siano previste specifiche restrizioni si ritiene generalmente operante un divieto per i partiti politici di inserire clausole statutarie in esplicita violazione dei «valori costituzionali di tutela della personalità, della dignità, della libertà»<sup>55</sup>. L'ampia sfera di autonomia riconosciuta ai partiti quali figure dalla natura "anfibia" – in quanto associazioni private che svolgono importanti funzioni pubbliche – spiega la ristrettezza del sindacato giurisdizionale in materia di selezione delle domande di adesione da parte dei partiti politici, anche se una tendenza riscontrabile in diverse democrazie consolidate è quella di ricollegare al mancato rispetto dei vincoli di democraticità interna la perdita o la decurtazione dei finanziamenti, che assumono quindi la funzione di sanzione o comunque di disincentivo<sup>56</sup>.

Se dunque, in via generale, nelle democrazie consolidate i partiti politici tendono ad evitare di inserire nei propri statuti condizioni di affiliazione basate sull'appartenenza etnica o religiosa, l'assenza di disposizioni direttamente discriminatorie non esclude che possa realizzarsi una discriminazione indiretta a danno di determinate categorie di persone (es. donne, membri di

---

*CEDAW, the Bible and the State of the Netherlands: the struggle over orthodox women's political participation and their responses*, in *Utrecht Law Review*, n. 2, 2010, 158-174.

<sup>54</sup> Nell'ambito di un ordinamento democratico e pluralistico, infatti, la libertà di associazione milita, sotto questo aspetto, a favore della legittimità di movimenti e partiti politici che rappresentino gli interessi e le istanze di un gruppo etnico e/o religioso, consentendo agli stessi, ad esempio, di subordinare l'adesione a un'appartenenza "particolaristica". L'esistenza di questi partiti, oltre che legittima, può addirittura essere considerata opportuna in contesti caratterizzati da uno spiccato pluralismo culturale e religioso, nei quali associazioni e partiti che esprimano le istanze di gruppi storicamente marginalizzati possono diventare strumenti di contrasto e superamento di discriminazioni o particolari forme di esclusione.

<sup>55</sup> Con riferimento al caso italiano cfr. VECCHIO, *Partiti, autonomia privata, democraticità*, I.S.Si.R.F.A. (Istituto di Studi sui sistemi regionali federali e sulle autonomie), maggio 2017, [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it).

<sup>56</sup> Sulla limitatezza del sindacato giurisdizionale, in ossequio della fondamentale libertà di associazione, cfr. SCUTO, *La democrazia interna ai partiti: profili costituzionali di una transizione*, Torino, 2017, 134 s.

minoranze etniche o religiose); la previsione di criteri di esclusione non strettamente legati agli scopi dell'associazione – come il genere, l'orientamento sessuale, l'appartenenza etnica e razziale – deve quindi essere valutata con molto rigore<sup>57</sup>.

Il caso delle democrazie dell'Europa centro-orientale presenta dei profili peculiari, legati al nesso tra processo di transizione costituzionale e regolamentazione giuridica dell'attività dei partiti politici, fino alla previsione di meccanismi di democrazia protetta sul modello della Costituzione e della legislazione tedesca<sup>58</sup>.

La necessità di consolidare e proteggere l'assetto democratico, in seguito alla caduta dei regimi socialisti dopo il 1989, ha infatti portato all'introduzione di normative penetranti dell'attività e dell'organizzazione dei partiti, al fine di scongiurare il riaffermarsi di movimenti politici comunisti, la disintegrazione territoriale all'insegna del nazionalismo estremo, l'ascesa dell'estremismo di destra<sup>59</sup>. In questo contesto, anche la disciplina giuridica dei partiti a orientamento religioso appare più restrittiva, a livello tanto costituzionale quanto legislativo, con riferimento, ad esempio, alla stessa formazione di un

---

<sup>57</sup> Cfr., con riferimento all'esperienza tedesca, SPIER - KLEIN, *Party membership in Germany: rather formal, therefore uncool?*, in VAN HAUTE - GAUJA (a cura di), *Party Members and Activists*, London-New York, 2015, 86, che puntualizzano come, «as parties are free to turn down membership applications without justification, it is possible to circumvent these limitations in individual decisions without officially excluding any social group».

<sup>58</sup> Su questo nesso cfr. DI GREGORIO, *Epurazioni e protezione della democrazia. Esperienze e modelli di "giustizia post-autoritaria"*, Milano, 2012, e BOURNE - CASAL BÉRTOA, *Mapping 'Militant Democracy': Variation in Party Ban Practices in European Democracies (1945-2015)*, in *European Constitutional Law Review*, n. 2, 2017, 4, che osservano come «“New democracies”, or those in transition from an authoritarian to a democratic regime, typically face political problems that make proscribing parties more compelling, such as polarisation, political tension and the possibility that anti-democratic forces may gain control. “Incomplete democracies” begin democratic reform processes, obtain some, but not all, features of consolidated democracies: major power-holders may transition from an authoritarian to a democratic regime, typically face political problems that make proscribing parties more compelling, such as polarisation, political tension and the possibility that anti-democratic forces may gain control. “Incomplete democracies” begin democratic reform processes, obtain some, but not all, features of consolidated democracies: major power-holders may be appointed through relatively fair elections but democratic politics may be “defective” due to limited respect for constitutional liberalism; domains of power may remain shielded from democratic competition, or certain groups may be systematically excluded. These “defects” may make party bans more likely in incomplete democracies than established democracies. [...]».

<sup>59</sup> Cfr. TEITEL, *Militant Democracy: Comparative Constitutional Perspectives*, in *Michigan Journal of International Law*, 1/2007, 49 ss. e SAJÓ, *Militant Democracy and Transition Towards Democracy*, in ID. (a cura di), *Militant Democracy*, cit., 217.

partito sulla base di un criterio religioso (Bulgaria<sup>60</sup>), all'uso di nomi e/o simboli associati a confessioni religiose (Bulgaria<sup>61</sup>, Romania<sup>62</sup>), all'incitamento all'odio religioso (Bulgaria<sup>63</sup>, Lituania<sup>64</sup>), al divieto di finanziamento da parte di organizzazioni religiose o caritatevoli (Bulgaria<sup>65</sup>, Croazia<sup>66</sup>, Romania<sup>67</sup>, Slovenia<sup>68</sup>).

---

<sup>60</sup> L'art. 11 della Cost. bulgara stabilisce espressamente che nessun partito politico possa essere costituito su base etnica, razziale o religiosa (a tale divieto si aggiunge quello relativo alla costituzione di partiti che si propongono di occupare con violenza il potere politico). La formulazione è sufficientemente generica da indurre a ritenere che il divieto riguardi anche la conformazione ideologica del partito ma, sostanzialmente, questa previsione costituzionale non ha prodotto conseguenze significative sulla vita dei partiti politici, cfr., in questo senso, RASHKOVA - SPIROVA, *Party regulation and the conditioning of small political parties: evidence from Bulgaria*, in *East European Politics*, n. 3, 2014, 318. Il divieto di formazione di partiti basati su un principio etnico o confessionale è ribadito dall'art. 3 comma 2 punto 3 della legge bulgara sui partiti politici del 1990.

<sup>61</sup> Cfr. art. 5, comma 1 della legge bulgara sui partiti politici del 2009: «Political parties are not allowed to use in their symbols the coat of arms or the flag of the Republic of Bulgaria or of any foreign state, nor any religious signs or images».

<sup>62</sup> Cfr. art. 5, comma 3 della legge romena sui partiti politici del 2003: «The full and abbreviated name, as well as the permanent distinguishing mark may not reproduce or combine the national symbols of the Romanian state, of other states, of international organizations or of religious cults. Political parties which are members of international political organizations shall be excepted from this previous rule, as they may use the mark of the respective organization as such or in a specific combination».

<sup>63</sup> Cfr. art. 3, comma 2 punto 3 della legge bulgara sui partiti politici del 1990: «A political party may not be established when: [...] it [...] purports to fan up racial, national, ethnic and religious enmity».

<sup>64</sup> Cfr. art. 4, comma 3 della legge lituana sui partiti politici del 1990: «It shall be prohibited to establish and operate the political parties whose founding documents or programme-related documents propagate or who practise national, racial, religious, or social inequality and hatred, methods of authoritarian or totalitarian rule, forcible seizure of power, war and violence propaganda, violations of human rights and freedoms, public order, other ideas and actions conflicting with the Constitution, laws of the Republic of Lithuania and inconsistent with universally-recognized rules of international law».

<sup>65</sup> Cfr. art. 24 della legge bulgara sui partiti politici del 2009: «Political parties shall not receive [...] funds from religious institutions or from non-profit legal persons, performing activity for public benefit».

<sup>66</sup> Cfr. art. 22 della legge croata sul finanziamento dei partiti politici del 2011: «There shall be no financing of political parties, independent deputies, national minority deputies, independent members of the representative bodies of local and regional governmental units, independent slates and candidates by: [...] religious communities, humanitarian and other non-profit associations and organization».

<sup>67</sup> Cfr. art. 10, comma 3 della legge romena sul finanziamento dei partiti politici del 2006: «It is forbidden to accept donations from a trade union or religious cult, regardless of the nature thereof».

<sup>68</sup> Cfr. art. 25 della legge slovena sui partiti politici del 2007: «[...] religious communities

#### 4. Osservazioni conclusive

La disciplina giuridica dei partiti a orientamento religioso può essere utilizzata come lente di osservazione del riconoscimento, da parte delle democrazie costituzionali contemporanee, del crescente pluralismo sociale, culturale e religioso e, più in particolare, dell'apertura nei confronti dell'espressione delle appartenenze religiose nell'arena politica.

A fronte di una disciplina giuridica dei partiti politici informata alla libertà di associazione, e quindi tendenzialmente caratterizzata da un uso limitato di restrizioni e divieti, negli Stati costituzionali democratici i partiti a orientamento religioso sono ricondotti alle dinamiche del libero gioco democratico, nonostante le tensioni eventualmente prodotte rispetto ad alcuni valori e principi fondanti lo stesso ordine costituzionale.

Al di là delle manifestazioni specifiche che tali tensioni possono assumere nei diversi ordinamenti costituzionali, e degli strumenti repressivi potenzialmente attivabili al fine di garantire la tenuta delle istituzioni democratiche, rimangono sullo sfondo alcuni nodi problematici che attengono alla stessa traducibilità, nella sfera politica, delle appartenenze particolaristiche di carattere culturale e religioso.

Se, da un lato, non si possono sottostimare le ambiguità e i veri e propri rischi connessi al carattere potenzialmente settario e anti-democratico delle identità ascrivite<sup>69</sup>, dall'altro lato, la rappresentanza politica dei gruppi minoritari e l'esistenza di “*diverse parliaments*” nei quali possano trovare espressione le molteplici articolazioni della società si impone come un tema rilevante nell'ambito della riflessione costituzionalistica<sup>70</sup>.

Nei paesi europei, come è noto, la difficoltà di accesso al dibattito pubblico e alla stessa partecipazione politica da parte di chi esprime un'identità religiosa minoritaria non è affrontata attraverso la previsione di strumenti di

---

[...] *may not finance Parties*».

<sup>69</sup> Cfr. NADIM, *Ascribed representation: ethnic and religious minorities in the mediated public sphere*, in MIDTBØEN - STEER-JOHNSEN - THORBJØNSRUD (a cura di), *Boundary Struggles: Contestations of Free Speech in The Norwegian Public Sphere*, Oslo, 2017, 230, che rileva come i gruppi minoritari che riescono a partecipare al dibattito pubblico e politico (ad es. avendo accesso ai mezzi di comunicazione) sperimentano spesso un processo di “eticizzazione”, nel senso che gli individui rimangono “intrappolati” in una determinata identità etnica e religiosa e questo aspetto della loro identità finisce per determinare il modo in cui gli stessi vengono rappresentati e quali argomenti possono affrontare.

<sup>70</sup> Sulla rappresentanza parlamentare dei gruppi minoritari, anche nell'ottica di una rappresentanza “descrittiva”, cfr. PITKIN, *The concept of representation*, Berkeley-Los Angeles, 1967, e PHILLIPS, *The Politics of Presence*, Oxford, 1995.

rappresentanza politica garantita, quali le quote legislative riservate<sup>71</sup>; la possibilità della “rappresentanza minoritaria”, e quindi dell’emersione delle identità religiose nell’ambito del circuito parlamentare, è piuttosto legata alle forme e agli strumenti “ordinari” delle democrazie rappresentative di matrice liberale, con particolare riferimento alla presenza di candidati di religioni minoritarie nelle liste dei partiti non religiosi<sup>72</sup> e all’esistenza di partiti ad orientamento religioso.

È appunto questo principio di rappresentanza politica “unitaria” di derivazione liberale, tuttavia, a risultare incrinato dalla possibilità di valorizzare il coinvolgimento politico delle “moderne comunità ascrittive”, anche di carattere religioso, quale presupposto per la costruzione di democrazie laiche ma sensibili al dato del pluralismo delle identità<sup>73</sup>. La questione ancora aperta, in ultima analisi, è quella relativa alla funzione integrativa della costituzione e ai caratteri di quel “patriottismo costituzionale” che dovrebbe consentire la convivenza tra diversi in contesti

---

<sup>71</sup> In alcuni paesi europei si prevedono forme di rappresentanza politica garantita a favore delle minoranze etniche e nazionali (Slovenia, Croazia, Bosnia ed Erzegovina, Romania, Danimarca, Finlandia) e delle comunità linguistiche (Belgio). Sulla rappresentanza politica garantita delle minoranze cfr. TONIATTI, *Minorities and protected minorities: constitutional models compared*, in BONAZZI - DUNNE (a cura di), *Citizenship and rights in multicultural societies*, Edinburgh, 1996; CASONATO, *Minoranze etniche e rappresentanza politica: i modelli statunitense e canadese*, Trento, 1998; PALERMO - WOELK, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Milano, 2011, 51 ss.; HAIDER QUERCIA, *La rappresentanza elettorale delle minoranze nazionali in Europa*, Milano, 2013; MALLOY - PALERMO (a cura di), *Minority Accommodation through Territorial and Non-territorial Autonomy*, New York, 2015.

<sup>72</sup> La presenza di candidati di gruppi religiosi minoritari nelle liste di partiti “laici” è un fenomeno ancora scarsamente approfondito in dottrina. Per alcuni contributi interessanti, anche in relazione all’incidenza del sistema elettorale rispetto al “voto minoritario”, cfr. SINNO, *Muslim Underrepresentation in American Politics*, in SINNO (a cura di), *Muslims in Western Politics*, Bloomington-Indianapolis, 2009, 69 ss.; CHERRIBI, *Islam and Politics in Europe*, in ESPOSITO - EL-DIN SHAHIN (a cura di), *The Oxford Handbook of Islam and Politics*, Oxford, 2013, 278-288; HUGHES, *Electoral Systems and the Legislative Representation of Muslim Ethnic Minority Women in the West, 2000–2010*, in *Parliamentary Affairs*, n. 3, 2016, 1-21; DANCYGIER, *Dilemmas of Inclusion. Muslims in European Politics*, Princeton, 2017.

<sup>73</sup> Cfr. BHARGAVA, *What is Secularism?*, in BHARGAVA (a cura di), *Secularism and Its Critics*, Noida, 1999, e *India’s Secular Constitution*, in HASAN - SRIDHARAN - SUDARSHAN (a cura di), *India’s Living Constitution: Ideas, Practices, Controversies*, London, 2002, 116 ss. per una riflessione sulla laicità sganciata da un’impostazione rigidamente individualistica. Soltanto una tale concezione della laicità, secondo il filosofo indiano, può fondare non tanto una separazione, quanto una «*principled distance*» tra sfera pubblica e sfera religiosa, dove l’atteggiamento di chiusura o di apertura delle autorità pubbliche nei confronti di una determinata religione sarà condizionato dal suo potenziale distruttivo o costruttivo rispetto ai valori e ai principi dello Stato laico e democratico.

pluralistici e post-secolari: alla neutralità del diritto rispetto al pluralismo delle diverse comunità etiche è affidato il compito di rendere possibile lo sganciamento del «piano della cultura politica comune» da quello delle «subculture e delle identità prepolitiche»; tale diversità, d'altra parte, richiede di essere riconosciuta nella sfera pubblica, nella misura in cui «il momento *religioso* del pluralismo ideologico non può non toccare anche l'autocomprensione di una cittadinanza democratica»<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> Cfr. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano 2008, 131, e *Verbalizzare il sacro. Sul lascito religioso della filosofia*, Roma-Bari, 2015, 232. Lo stesso Habermas, nel rilevare come l'affrancamento della "cultura politica comune" dalle identità particolaristiche e prepolitiche sia un processo "doloroso", ha riconosciuto che i valori costituzionali non sono mai culturalmente neutri e che la comune cultura politica ha sempre una sua pregnanza etica, cfr. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto*, in HABERMAS - TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano 2008, 94.

**CONTRASTO ALLE *FAKE NEWS* E TUTELA DELLA DEMOCRAZIA<sup>°</sup>****Ignazio Spadaro**

*Dottorando di ricerca in Giurisprudenza,  
Università degli studi di Catania*

*Negli ultimi anni gli istituti di partecipazione diretta dei cittadini alla gestione della cosa pubblica hanno guadagnato un'importanza sempre maggiore in ambito politico e amministrativo, grazie anche alla concorrenza di due fattori: sul piano normativo, la maggiore attenzione manifestata dagli Statuti di alcune Regioni ordinarie; su quello fattuale, le crescenti opportunità della comunicazione digitale. Tale fenomeno, tuttora in fieri, è sfociato da ultimo nell'apertura a forme di consultazione popolare anche dei processi decisionali interni ad alcuni partiti politici, i quali, com'è noto, pur avendo natura associativa svolgono funzioni di primario rilievo costituzionale.*

*L'elaborato, muovendo da una sommaria ricostruzione del quadro normativo, e sulla base delle attuali evidenze sociologiche in tema di genesi e condizionamento dell'opinione pubblica, si sofferma anzitutto sulla vulnerabilità dei suddetti strumenti a fenomeni distortivi, quale la diffusione delle cc.dd. fake news. Successivamente, esso prende in esame le contromisure già implementate in ambito europeo, quelle prospettate fino a questo momento dal legislatore nazionale, ovvero ancora mutuabili, in prospettiva de iure condendo, da alcune esperienze nazionali straniere.*

*Citizens' participation in the management of public affairs have become more and more important both in the political and administrative sphere. On the juridical side, it is due to the new focus placed by some Regional Charters, while, on the factual level, it comes from the continuous development of digital communication systems. That phenomenon has at last culminated in public involvement even in decision-making process within political parties, as private associations playing a constitutionally relevant role.*

*The article deals with the susceptibility of the instruments for civil participation to the influence provided by 'bad' factors, like so-called 'fake news', on the basis of current sociological studies about formation and conditioning of public opinion. After that, measures provided both by European and National legislators are examined, as well as those which seem able to be applied after other Italian and foreign provisions.*

**Sommario:**

1. La crescente diffusione degli strumenti di democrazia diretta e partecipativa
2. I meccanismi di formazione dell'opinione pubblica
3. *segue:* L'incidenza delle cc.dd. fake news sulle scelte elettorali
4. L'insufficienza del c.d. *free marketplace of ideas* e le soluzioni elaborate dall'Unione europea
5. *segue:* Tentativi di normazione nazionale e spunti *de iure condendo*

---

<sup>°</sup> Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

## 1. La crescente diffusione degli strumenti di democrazia diretta e partecipativa

Negli ultimi anni la partecipazione diretta dei cittadini alla gestione della cosa pubblica ha acquisito un rilievo sempre maggiore. Accanto agli istituti contemplati nel testo originario della Costituzione, quali il *referendum* abrogativo e quello costituzionale (artt. 75 e 138), la petizione (art. 50), l'iniziativa legislativa popolare (art. 71, c. 2) e le consultazioni in tema di circoscrizioni comunali (art. 133, c. 2), la legge costituzionale n. 1/1999<sup>1</sup>, nel riscrivere l'art. 123 Cost., vi ha introdotto due ulteriori ipotesi: il *referendum* sugli statuti regionali, quale fase eventuale del relativo procedimento di approvazione e modifica (comma 3), e quello «su leggi e provvedimenti amministrativi della Regione», che gli statuti stessi sono tenuti a disciplinare (comma 1).

Sul versante statale, questa tendenza ha registrato una battuta di arresto con la bocciatura della c.d. riforma Renzi-Boschi<sup>2</sup> che, com'è noto, conteneva disposizioni volte ad accrescere l'incisività di alcuni degli strumenti testé elencati e ne introduceva di nuovi<sup>3</sup>. In ambito regionale, invece, proprio l'approvazione dei nuovi statuti e delle relative norme attuative ha fornito l'occasione per accrescere il tasso di partecipazione democratica, dopo un trentennio in cui esso - con l'ovvia eccezione delle consultazioni elettorali - era stato relativamente modesto<sup>4</sup>. Ad esempio, il nuovo art. 75 St. Toscana ha abbassato il *quorum* di validità del *referendum* abrogativo, che oggi coincide

<sup>1</sup> Legge costituzionale 2 novembre 1999, n. 1.

<sup>2</sup> Disegno di legge costituzionale n. 2613-D, approvato in via definitiva dalla Camera dei deputati il 12 aprile 2016 e pubblicato nella G.U. n. 88 del 15 aprile 2016, ma successivamente respinto dal 59,12% dei votanti in occasione del *referendum* celebrato il 4 dicembre dello stesso anno. Sui profili che qui interessano v. per tutti CASTORINA, *Democrazia diretta e democrazia rappresentativa in Italia: crisi dei tradizionali istituti di partecipazione politica e riforme mancate*, in *Federalismi*, n. spec. 1, 2017, 18 ss.; COSULICH, *Degli effetti collaterali del voto referendario. Alcune osservazioni, sul filo del paradosso*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2017, 1 ss.; RODRIGUEZ, *I limiti della democrazia diretta*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 492 ss.

<sup>3</sup> Cfr., anzitutto, il sostanziale abbassamento del *quorum* necessario per la validità del *referendum* abrogativo, mediante l'ancoraggio al numero dei votanti nelle elezioni politiche (art. 15), e la previsione di tempi massimi per l'esame parlamentare delle proposte di legge d'iniziativa popolare, ex art. 11, lett. b), il quale, tuttavia, al contempo triplicava il numero dei firmatari. Quanto all'ampliamento degli strumenti di democrazia diretta, v. l'art. 11, lett. c), che mirava ad introdurre *referendum* «propositivi e d'indirizzo», insieme ad «altre forme di consultazione, anche delle formazioni sociali».

<sup>4</sup> Cfr. l'analisi di LUCIANI, *Gli istituti di partecipazione popolare*, in D'ATENA (a cura di), *I nuovi Statuti delle Regioni ad autonomia ordinaria*, Milano, 2008, 166 s. Per una panoramica delle nuove disposizioni si rinvia sin d'ora a CASTORINA - CIANCIO, *Gli istituti di partecipazione popolare*, in AA. VV., *Per un nuovo statuto della regione siciliana*, Torino, 2017, 89 ss.

con la maggioranza dei votanti nelle ultime elezioni regionali anziché, come in passato, della totalità degli aventi diritto<sup>5</sup>, mentre l'art. 20, c. 4 St. Emilia-Romagna si spinge a prevedere che, nelle more della consultazione, il Consiglio non può intervenire sulle disposizioni oggetto del quesito se non per abrogarle, «in conformità» alla richiesta dei promotori<sup>6</sup>. L'art. 62 St. Lazio ha introdotto un *referendum* propositivo, cui i cittadini possono ricorrere nelle ipotesi di inerzia del legislatore; analogamente, l'art. 7 St. Liguria fissa un termine annuale entro cui il Consiglio «deve» deliberare sui disegni legislativi d'iniziativa popolare, mentre l'art. 15 St. Campania obbliga tutti gli organi regionali a rispondere per iscritto alle petizioni presentate dai cittadini. Numerosi Statuti, infine, hanno ampliato la platea dei titolari del diritto di petizione, prediligendo il criterio della residenza rispetto a quello, tradizionale, della cittadinanza<sup>7</sup>.

Quanto alle regioni a statuto speciale, va ricordato che la legge costituzionale n. 2/2001 ha introdotto una procedura analoga a quella prevista nel nuovo art. 123 Cost. per la disciplina statutaria delle rispettive forme di governo, ivi compreso il relativo *referendum* confermativo. Essa, inoltre, ha creato la possibilità di celebrare *referendum* consultivi e propositivi<sup>8</sup>.

Alla sommaria rassegna sin qui operata vanno aggiunte le numerose disposizioni regionali in tema di democrazia c.d. partecipativa. Invero, sotto questo profilo i Consigli hanno seguito strade diverse: soltanto tre, infatti, hanno adottato una legge di carattere generale<sup>9</sup>, mentre altri si sono limitati ad

<sup>5</sup> Cfr. l'art. 77 del testo previgente, in vigore dal 26 novembre 1970 all'11 febbraio 2005.

<sup>6</sup> Dubita della legittimità di tale previsione, ritenendola lesiva delle prerogative costituzionalmente riconosciute al Consiglio, M. LUCIANI, *Gli istituti di partecipazione*, cit., 172 s.

<sup>7</sup> V. sul punto CASTORINA - CIANCIO, *Gli istituti di partecipazione*, cit., 91 s., mentre sul tendenziale declino della cittadinanza quale criterio per il godimento di taluni diritti, anche politici, cfr. già CIANCIO, *I diritti politici tra cittadinanza e residenza*, in *Quad. cost.*, 2002, 51 ss.

<sup>8</sup> V. gli artt. 15 St. Valle d'Aosta, 15 St. Sardegna, 47 St. Trentino-Alto Adige e 12 St. Friuli-Venezia Giulia, come modificati, rispettivamente, dagli artt. 2, 3 e 4 l. cost. 2/2001, cit., cui *adde*, analogamente, gli artt. 17-*bis* e 13-*bis* St. Sicilia, introdotti dall'articolo 1 della medesima legge. Alla disposizione da ultimo richiamata, peraltro, il legislatore siciliano ha dato un'attuazione tardiva e, comunque parziale, poiché la legge reg. Sic. 10 febbraio 2004, n. 1, non solo ha lasciato sprovvisto di disciplina il *referendum* propositivo, ma ha subordinato l'indizione di quello consultivo, da una parte, al voto favorevole della maggioranza assoluta dell'Assemblea e, dall'altra, alla circostanza che il quesito abbia ad oggetto un progetto di legge già depositato.

<sup>9</sup> Il riferimento è alla legge reg. Tosc. 27 dicembre 2007, n. 69, alla legge reg. Um. 16 febbraio 2010, n. 14, ed alla legge reg. Em.-Rom. 9 febbraio 2010, n. 3, quest'ultima sostituita, da ultimo, dalla legge reg. 22 ottobre 2018, n. 15. Al riguardo (con esclusione della legge del 2018, su cui non sono noti commenti) v., in generale, MARSOCCI, *Consultazioni pubbliche e partecipazione popolare*, in *Rass. parl.*, 2016, 47 ss., cui *adde*, più specificamente, PIZZANELLI,

aprire canali di dialogo istituzionalizzato con la società civile in materie specifiche<sup>10</sup>, secondo un modello successivamente mutuato, per la realizzazione delle «grandi opere infrastrutturali», dallo stesso legislatore statale (art. 22 d. lgs. 50/2016)<sup>11</sup>. Parallelamente, si è assistito all'incremento delle esperienze di partecipazione a livello comunale, p. es. in tema di bilancio<sup>12</sup>. Infine, appare significativo che la condivisione di alcune importanti decisioni sulla cosa pubblica sia avvenuta, tramite sondaggi *online*, anche in assenza di specifici obblighi normativi<sup>13</sup> e che a tale strumento, inaugurato da

---

*Alcune note di commento alla legge regionale Toscana che promuove la partecipazione all'elaborazione delle politiche regionali e locali (l.r. 27 dicembre 2007, n. 69)*, in *Ist. Fed.*, 2008, 129 ss., e SGUEO, *La democrazia partecipativa nelle Regioni. La legge n. 14 del 2010 della Regione Umbria*, in *Quad. reg.*, 2011, 559 ss.

<sup>10</sup> Cfr. già VALASTRO, *Gli strumenti e le procedure di partecipazione nella fase di attuazione degli statuti regionali*, in *Le Reg.*, 2009, 97 ss.

<sup>11</sup> V. più precisamente l'art. 22, c. 2 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), come modificato ed integrato, sul punto, dall'art. 12 del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, ed infine attuato dal DPCM 10 maggio 2018, n. 76. In dottrina v. ampiamente, anche in riferimento all'esperienza francese del *débat public*, da cui il legislatore italiano ha evidentemente tratto ispirazione, U. ALLEGRETTI, *Un caso di attuazione del principio costituzionale di partecipazione: il regolamento del dibattito pubblico sulle grandi opere*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2018, 1 ss.; VIPIANA, *La disciplina del dibattito pubblico nel regolamento attuativo del Codice degli appalti, tra anticipazioni regionali e suggestioni francesi*, in *Federalismi*, n. 2, 2019, 2 ss.; LOMBARDI - LULLO, *Il dibattito pubblico quale strumento di democrazia partecipativa (evoluzione e stato dell'arte)*, in *Amm. comm.*, luglio 2018, 2 ss. Per qualche ulteriore profilo comparatistico cfr., infine, DELL'OMARINO, *Il dibattito pubblico come strumento di democrazia partecipativa. Una breve indagine comparata in occasione della sua introduzione nell'ordinamento*, in *Dir. comp.*, n. 7, 2017, 7 ss.

<sup>12</sup> Sul tema v., in generale, CANAFOGLIA, *Le forme della partecipazione a livello locale tra normazione e regolazione*, in VALASTRO (a cura di), *Le regole locali della democrazia partecipativa. Tendenze e prospettive dei regolamenti comunali*, Napoli, 2016, 67 ss. Sul c.d. bilancio partecipativo v. SINTOMER - G. ALLEGRETTI, *I bilanci partecipativi in Europa. Nuove esperienze democratiche nel vecchio continente*, Roma, 2009, *passim*, cui adde, con specifico riferimento all'esperienza italiana, DE SANTIS, *La partecipazione democratica nell'ordinamento delle Regioni*, Torino, 2013, 273 ss., e CANAFOGLIA, *La regolamentazione del bilancio partecipativo*, in VALASTRO, *op. ult. cit.*, 185 ss. Su alcune possibili degenerazioni dell'istituto v. di recente BALDUZZI, *Il bilancio partecipativo: cosa abbiamo imparato finora*, in *Vita e Pensiero*, n. 5/2017, 63 ss.; infine, per un'analisi sociologica di alcuni casi concreti (tra cui quello di Porto Alegre, dove lo strumento in esame fu sperimentato per la prima volta) cfr. BASSOLI, *Democrazia diretta. Riflessioni a partire dal bilancio partecipativo*, Roma, 2018, 183 ss.

<sup>13</sup> In questo senso PIETRANGELO, *Il contributo di Internet alla partecipazione popolare: la consultazione pubblica telematica*, in MARCELLI - MARSOCCI - PIETRANGELO (a cura di), *La rete Internet come spazio di partecipazione politica: una prospettiva giuridica*, Napoli, 2015, 70. MARSOCCI, *Consultazioni pubbliche*, cit., 59, nt. 58, individua una base normativa nella legislazione in tema di amministrazione digitale e comunicazione istituzionale, richiamando, in particolare, l'art. 9 CAD, laddove esso stabilisce che le amministrazioni pubbliche «favoriscono

enti muniti di una legittimazione democratica, per così dire, debole, quali le Autorità indipendenti<sup>14</sup>, abbiano poi fatto ricorso anche il Governo e, in una occasione, persino il Parlamento<sup>15</sup>.

Per altri versi l'esigenza, da parte della classe politica, di respingere le accuse di autoreferenzialità talora provenienti dalla "base" è stata soddisfatta grazie allo strumento delle primarie. Queste ultime, nella misura in cui condizionano le candidature e, quindi, la rosa degli eletti, riconoscendo tale potere all'intero corpo elettorale anziché soltanto agli iscritti al partito<sup>16</sup>, vedono di fatto stemperato il proprio carattere endoassociativo e privatistico<sup>17</sup>, avvicinandosi per molti versi ad una sorta di "primo turno" elettorale. La rinnovata centralità degli elettori rispetto alle scelte dei vertici è, altresì, alla base della prassi, adottata dall'attuale partito di maggioranza relativa, di subordinare l'assunzione di determinate decisioni in sede istituzionale al risultato di consultazioni interne, svolte mediante strumenti informatici.

La tendenziale disintermediazione del governo democratico, comune a tutti i meccanismi sin qui richiamati, rende necessario interrogarsi sulla effettiva capacità, da parte della c.d. opinione pubblica, di compiere scelte razionali, resistendo alle molteplici influenze provenienti dai mezzi di comunicazione di massa e, in modo particolare, da Internet.

---

ogni forma di uso delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini [...] al processo democratico [...] e migliorare la qualità dei propri atti». Senonché, si tratta di una disciplina alquanto generica (*ibid.*, 58), per di più limitata al solo strumento informatico, laddove non può escludersi che, anche nell'immediato futuro, analoghe forme di consultazione possano svolgersi in formato analogico (p. es. mediante la somministrazione di questionari cartacei).

<sup>14</sup> Sul punto v. MARSOCCHI, *op. cit.*, 45 s. Più in generale, sui problemi connessi alla legittimazione democratica delle Autorità amministrative indipendenti v. già CUNIBERTI, *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione*, in *Riv. dir. cost.*, 2002, 26 ss., e G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006, 28 ss., cui *adde*, di recente, DONATI, *Democrazia pluralista e potestà normativa delle Autorità indipendenti*, in *Oss. fonti*, n. 3, 2017, 1 ss.

<sup>15</sup> Cfr. MARSOCCHI, *op. cit.*, 58 ss., la quale ricorda, peraltro, la creazione di un sito apposito ([www.partecipa.gov.it](http://www.partecipa.gov.it)), gestito dal Dipartimento della Funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri.

<sup>16</sup> Cfr. le classificazioni operate da RUBECHI, *Le primarie dell'Unione: spunti di riflessione*, in *Federalismi*, n. 19, 2005, 2 s.

<sup>17</sup> Sull'abbandono del tentativo, originariamente operato dal Consiglio regionale toscano (legge reg. 17 dicembre 2004, n. 70), di introdurre una disciplina pubblicistica delle primarie v. G. TARLI BARBIERI, *Forma di governo e legislazione elettorale regionale nei più recenti sviluppi*, in ASS. PER GLI STUDI E LE RICERCHE PARLAMENTARI (a cura di), *Quaderno n. 23*, Torino, 2016, 179 ss., ed ulteriore dottrina ivi citata.

## 2. I meccanismi di formazione dell'opinione pubblica

Gli studi di psicologia sociale hanno dimostrato che l'indagine sui processi di formazione dell'opinione pubblica va condotta su due piani distinti, ancorché complementari e ricchi di intersezioni: quello individuale (opinione pubblica come somma delle opinioni dei singoli consociati) e quello collettivo (opinione pubblica come orientamento del gruppo)<sup>18</sup>.

Con riferimento al primo approccio, un fattore determinante sarebbe costituito dalle «credenze»<sup>19</sup>, ossia dalla percezione che il soggetto ha sia dei dati di fatto (tra cui il contenuto dei programmi elettorali e la condotta di chi detiene incarichi di governo)<sup>20</sup> sia delle opinioni altrui. Particolare rilievo avrebbero, a quest'ultimo riguardo, gli orientamenti coltivati dalla maggioranza della popolazione e, ancor più, quelli prevalenti all'interno del gruppo di appartenenza («le donne», «gli avvocati», «i giovani» *etc.*)<sup>21</sup>. Ad essi, infatti, l'essere umano tenderebbe istintivamente a conformarsi, per timore di incorrere (o permanere) in una condizione di isolamento<sup>22</sup>. Un ulteriore impulso al processo di *opinion building* proverrebbe, poi, dal bisogno di ridurre «le molteplicità soggettive di ciò che è giuridicamente e

<sup>18</sup> Su questa dicotomia v. limpidamente MAZZOLENI, *La comunicazione politica*, Bologna, 2004<sup>2</sup>, 300 s., e, anche per ulteriori rinvii, G. GROSSI, *L'opinione pubblica*, Roma-Bari, 2009<sup>2</sup>, 87 ss., il quale, dopo aver dato conto della passata contrapposizione tra le due scuole di pensiero, ritiene che essa costituisca un «falso dilemma», poiché, se da una parte «non esistono opinioni individuali senza un confronto collettivo», dall'altra «non esiste un orientamento collettivo che non sia il condensato [...] di opinioni individuali» (*ibid.*, 90).

<sup>19</sup> Sulla differenza tra «credenza» e «ideologia» v. CONVERSE, *The Nature of Belief Systems in Mass Publics*, in APTER (a cura di), *Ideology and Discontent*, Glencoe, 1964, 206 ss. Per l'idea che «ciò che l'individuo fa» o pensa si fondi, specie in ambito politico, «non su una conoscenza diretta e certa», bensì «su immagini che egli si forma» («stereotipi») v. già LIPPMANN, *L'opinione pubblica* Milano, 1963 (ed. orig. 1922), 27.

<sup>20</sup> V. in questo senso LIPPMANN, *op. cit.*, *passim*, e CHILDS, *Public Opinion: Nature, Formation and Role*, Princeton, 1965, 110 ss.

<sup>21</sup> Sul fenomeno della «identificazione di gruppo» v. SUNSTEIN, *Republic.com. Cittadini informati o consumatori di informazioni?*, Bologna, 2003, 86, e, anche per i ricchi rinvii ivi contenuti, V. PRICE, *L'opinione pubblica*, Bologna, 2004<sup>2</sup>, 74 s. In dottrina, cfr. ancora CIANCIO, *Il pluralismo alla prova dei nuovi mezzi di comunicazione*, in EAD. (a cura di), *Il pluralismo alla prova dei nuovi mezzi di comunicazione*, Torino, 2012, 37, e, sul c.d. *herd effect*, A. MAZZIOTTI DI CELSO, *Fake news, fake people e società della (dis)informazione*, in *Dir. Uomo*, n. 1, 2017, 60.

<sup>22</sup> La tesi è di NOELLE-NEUMANN, *The Spiral of Silence. Public Opinion - Our Social Skin*, Chicago-Londra, 1984, 61 ss. Cfr., tuttavia, G. GROSSI, *L'opinione*, cit., 154 s., secondo il quale il «clima d'opinione» non inciderebbe necessariamente su ciò che l'individuo pensa, quanto piuttosto su ciò che egli è disposto ad esternare. È evidente che, in ambito politico, questa sfasatura tenderà a ricomporsi nel segreto della cabina elettorale.

politicamente possibile»<sup>23</sup> entro schemi mentali che aiutino a comprenderle e, quindi, a relazionarsi con esse.

Ancora a livello individuale, un rilievo determinante è stato riconosciuto all'emotività, la quale sottrarrebbe alla componente logico-discorsiva uno spazio inversamente proporzionale al livello di istruzione del soggetto, specie qualora questi sia di per sé poco interessato alle questioni su cui è chiamato ad esprimersi<sup>24</sup>. Si tratta di una circostanza che, invero, nelle moderne democrazie appare frequente, sia per il crescente tasso di analfabetismo di ritorno<sup>25</sup> e di analfabetismo funzionale<sup>26</sup>, sia per l'emergere di istanze regolatorie e, quindi, di discipline sempre più settoriali, spesso caratterizzate da un elevato tecnicismo<sup>27</sup>. Basti pensare a questioni come l'uso di determinate sostanze nel ciclo produttivo, il regime di specifiche categorie professionali e il ricorso a pratiche sanitarie d'avanguardia (procreazione medicalmente assistita), oggetto di altrettanti *referendum* che, infatti, non hanno raggiunto il *quorum*<sup>28</sup>.

Sul versante, invece, collettivo, l'opinione pubblica scaturirebbe anzitutto dal confronto dialettico<sup>29</sup> tra le varie opinioni individuali, a loro volta

<sup>23</sup> LUHMANN, *L'opinione pubblica*, in ID., *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli, 1978<sup>2</sup>, 89.

<sup>24</sup> In questo senso G. GROSSI, *L'opinione*, cit., 85 ss., che richiama in particolare BLUMER, *Massa, pubblico ed opinione pubblica*, in LIVOLSI (a cura di), *Comunicazioni e cultura di massa*, Milano, 1969, 264. Tale impostazione non è contestata da MAZZOLENI, *La comunicazione*, cit., 300, malgrado la distinzione tra «opinioni» razionali e «atteggiamenti» emotivi, ivi operata, poiché essa sembra esaurirsi in una mera semplificazione nominalistica, a scopo espositivo.

<sup>25</sup> Su questo tema, a cavallo tra sociologia e pedagogia, non è qui possibile soffermarsi neppure sommariamente e si rinvia, pertanto, a S. AVVEDUTO, *La Croce del Sud. Arretratezza e squilibri educativi nell'Italia di oggi*, Roma, 2005, *passim*; FRABBONI, *La scuola rubata*, Milano, 2010, 28 ss.; PIZZINI, *Analfabetismo di ritorno e dintorni*, Roma, 2013, 25 ss. In dottrina, cfr. le considerazioni svolte da LEHNER, *Fake news e democrazia*, in *MediaLaws*, n. 1, 2019, 115 s.

<sup>26</sup> Sul tema v. almeno ALBERICI, *Imparare sempre nella società della conoscenza*, Torino, 2002, 149 ss., e, anche per alcune recenti rilevazioni statistiche, M. D'AGOSTINO, *Sociolinguistica dell'italiano contemporaneo*, in AA. VV., *L'Italia e le sue Regioni*, Roma, 2015, *passim*, reperibile in [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

<sup>27</sup> Cfr. sul tema le riflessioni di DI CATALDO, *A che cosa serve il diritto*, Bologna, 2017, 110 ss.

<sup>28</sup> Il riferimento è, rispettivamente, alle consultazioni referendarie del 3 giugno 1990, del 15 giugno 1997 e del 12 giugno 2005.

<sup>29</sup> Al riguardo, è d'obbligo un richiamo alla c.d. «democrazia discorsiva» di HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996, *passim*, la quale a sua volta si pone in continuità con la tesi, argomentata anni prima dal medesimo A., secondo cui l'opinione pubblica non sarebbe che «pubblica argomentazione razionale» (ID., *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Roma-Bari, 1974 [ed. orig. 1962], 41). Nello stesso ordine di idee, tra gli

sollecitate dall'esigenza di affrontare e risolvere problemi comuni<sup>30</sup>. Tali problemi possono essere, per così dire, auto-evidenti (p. es. la scarsità di cibo, un'occupazione militare nemica), ma più spesso sono posti all'attenzione delle masse da attanti sociali ben specifici: i mezzi di informazione<sup>31</sup> ed i cc.dd. *opinion leaders*<sup>32</sup>, in *primis* politici. Questi, peraltro, non esaurirebbero il proprio ruolo nella fase di "selezione" delle *issues*, bensì ne influenzerebbero la successiva "discussione", agendo sia sui flussi informativi sia sulla loro decodifica da parte degli elettori. Il punto di arrivo di tale processo è un orientamento che, nei modelli democratici, coinciderebbe col miglior compromesso possibile tra quelli originariamente contrapposti (*rectius*, tra i rispettivi sostenitori)<sup>33</sup>. Secondo alcuni Autori, tuttavia, tale esito non sarebbe scontato: qualsiasi opinione, per quanto minoritaria o infondata (si pensi alla pretesa dannosità dei vaccini), alla lunga sarebbe comunque in grado di imporsi sulle altre, qualora venga sostenuta con maggiore zelo e costanza<sup>34</sup>.

---

altri, CRESPI, *The Public Opinion Process: How the People Speak*, Mahwah, 1997, 1 ss., mentre per una panoramica si rinvia a PRICE, *L'opinione*, cit., 34 s.

<sup>30</sup> Sul punto v., anche per ulteriori rinvii, PRICE, *L'opinione*, cit., 41 ss., e G. GROSSI, *L'opinione*, cit., 73 s.

<sup>31</sup> È la nota teoria dell'*agenda setting*, elaborata da MCCOMBS - SHAW, *The Agenda-Setting Function of Mass Media*, in *Pub. Op. Quart.*, n. 36, 1977, 176 ss. Una rassegna dei diversi modelli usati per descrivere l'incidenza dei *media* sull'opinione pubblica è operata da MOY - BOSCH, *Theories of public opinion*, in *Sociology Dept., Faculty Pub. (University of Nebraska - Lincoln)*, 2013, 294 ss., cui *adde* la vicenda esaminata da BENNATO, *L'emergere della disinformazione come processo socio-computazionale. Il caso Blue Whale*, in *Probl. inf.*, n. 3/2018, 396 ss.

<sup>32</sup> Il peso determinante dei *leaders*, non solo come "mediatori" ma anche come veri e propri "costruttori" di opinioni poi condivise dalle masse, è ampiamente riconosciuto in tutti e tre i modelli (*bubble-up*, *two steps flow*, *cascade*) solitamente usati per descrivere il fenomeno: v., anche per ulteriori richiami, SARTORI, voce *Opinione pubblica*, in *Enciclopedia del Novecento*, Roma, 1979, vol. IV, 939 s., ed ancora PRICE, *L'opinione pubblica*, cit., 134 s. Analogamente, sull'insufficienza della mera comunicazione delle *issues* al pubblico v. il concetto di *agenda-building* proposto da ENGEL LANG - LANG, *The Battle for Public Opinion. The President, the Press and the Polls during Watergate*, New York, 1983, 60 s.

<sup>33</sup> Su questo profilo v. in particolare BLUMER, *Massa*, cit., 263 s., e MOSCOVICI, *Social Influence and Conformity*, in LINDZEY - ARONSON (a cura di), *Handbook of Social Psychology*, New York, 1985<sup>3</sup>, vol. II, 347 ss. G. GROSSI, *L'opinione*, cit., 135, segnala comunque il permanere di discrete sacche di emotività.

<sup>34</sup> Cfr. MOSCOVICI - LAGE, *Majority Versus Minority Influence in a Group*, in *Eur. Journ. Soc. Psychol.*, n. 2, 1976, 149 ss., i quali, sulla base dei loro esperimenti di psicologia sociale, concludono che «[i]f a minority can influence majority opinion, it is due neither to the competence of the individuals who constitute the minority, nor to their position of leadership, but solely to their conviction and coherence» (p. 172). Per una dettagliata schematizzazione dei

### 3. segue: L'incidenza delle cc.dd. *fake news* sulle scelte elettorali

Alla luce del quadro testé delineato, appare evidente l'effetto distorsivo che talune dinamiche proprie della comunicazione digitale sono in grado di produrre sui processi di *opinion building*. In particolare, la diffusione delle cc.dd. *fake news*<sup>35</sup>, agevolata dal carattere acefalo<sup>36</sup> della Rete e dalla connessa difficoltà tecnica di identificarne gli utilizzatori<sup>37</sup>, non solo tende ad alterare la percezione del reale, ma è, spesso, congegnata per suscitare rabbia e indignazione, così da massimizzare la propria incisività. Un ruolo di primo piano è svolto dagli algoritmi di motori di ricerca<sup>38</sup> e *social newtworks*, i quali, al fine di trarre profitto dalla vendita di *big data* e spazi pubblicitari<sup>39</sup>, tendono ad accattivarsi l'utente chiudendolo in una rassicurante «*filter bubble*»<sup>40</sup>, permeabile soltanto a quei contenuti che, sulla base delle sue precedenti navigazioni, è probabile gli siano graditi. Questa circostanza, insieme alle

---

possibili esiti del confronto pubblico tra opinioni diverse si rinvia a PRICE, *L'opinione pubblica*, cit., 97 s.

<sup>35</sup> Sugli esatti contorni semantici di tale locuzione v. BASSINI - VIGEVANI, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in *MediaLaws*, 2017, 15 s.; PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws*, n. 1, 2018, 13 s.; M. MEZZANOTTE, *Fake news nelle campagne elettorali digitali. Vecchi rimedi o nuove regole?*, in *Federalismi*, n. 24, 2018, 3. Cfr., infine, la casistica descritta da VOJAK, *Fake News: The Commoditization of Internet Speech*, in *Calif. West. Int. L. Journ.*, n. 1, 2017, 130 ss.

<sup>36</sup> Invero, secondo CIANCIO, *Il pluralismo*, cit., 30, proprio l'«assenza di una autorità di regolazione centrale del flusso dei contenuti» rappresenta il principale tratto distintivo di Internet rispetto a «tutti gli altri strumenti comunicativi».

<sup>37</sup> V. in questo senso PINELLI, «*Postverità*», *verità e libertà di manifestazione del pensiero*, in *MediaLaws*, 2017, 47, e PITRUZZELLA, *op. cit.*, 12.

<sup>38</sup> Cfr. la fortunata locuzione «*Algorithmic Society*», coniata da BALKIN, *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, in *U. C. Davis L. Rev.*, n. 51 (2017-2018), 1149 ss., cui cfr., sul versante dottrinario italiano, le preoccupazioni espresse da CONTI, *Manifestazione del pensiero attraverso la Rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2018, *passim*, e, con riferimento a potenzialità e rischi dei motori di ricerca, BORRELLO, *Alcune riflessioni preliminari (e provvisorie) sui rapporti tra i motori di ricerca ed il pluralismo informativo*, in *MediaLaws*, 2017, 74 ss.

<sup>39</sup> Sul tema v. le considerazioni svolte da PIZZETTI, *Fake news e allarme sociale: responsabilità, non censura*, in *MediaLaws*, 2017, 53; VISCO COMANDINI, *Le fake news sui social network: un'analisi economica*, in *MediaLaws*, n. 2, 2018, 184 ss.

<sup>40</sup> La locuzione, oramai comune in dottrina, è di PARISER, *The Filter Bubble. What The Internet Is Hiding From You*, Londra, Penguin, 2011, *passim*. Cfr. la figura della «*bubble democracy*» elaborata da D. PALANO, *La bolla mortale della nuova democrazia*, in *Il Foglio*, 28 aprile 2017, e da ultimo ripresa, in un quadro più ampio, da PITRUZZELLA, *La libertà di informazione*, cit., 22 s.

funzioni di *sharing* e di *grouping* offerte da numerose piattaforme, finisce per creare tante «*echo chambers*»<sup>41</sup>, in ciascuna delle quali non solo ogni informazione riceve continue conferme, ma l'idea ad essa sottesa (p. es. la dannosità dei vaccini, la disonestà di un certo politico *etc.*) appare sempre maggioritaria e, proprio per questo, persuasiva. A ciò si aggiunge che, nella prassi, molti gruppi di interazione *online* si aggregano proprio attorno ad un certo convincimento, col quale i relativi componenti finiscono per identificarsi, radicalizzandosi<sup>42</sup> e mostrando una disponibilità al dialogo e al pensiero critico sempre più scarsa<sup>43</sup>.

L'incidenza delle *fake news* è massima nelle campagne elettorali (e referendarie), in cui una certa tendenza alla «polarizzazione» degli orientamenti<sup>44</sup> è già, in qualche misura, fisiologica. In tali contesti, la circolazione di notizie ingannevoli avvantaggia quei partiti e quei candidati che, avendo maggiori disponibilità finanziarie, possono accedere a servizi professionali di *social marketing*, vuoi per creare messaggi a sé favorevoli, vuoi per contrastare quelli immessi dagli avversari<sup>45</sup>. In secondo luogo, essa tende a sviare l'attenzione degli elettori dai programmi, trasformando quella che dovrebbe essere una scelta razionale in un'adesione istintiva e, spesso,

---

<sup>41</sup> Sulle *echo chambers* v. in generale SUNSTEIN, *#republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, Bologna, 2017, 39 ss., cui *adde*, sul relativo funzionamento, VISCO COMANDINI, *Le fake news*, cit., 191 ss. L'intera ricostruzione è condivisa, tra gli altri, da PITRUZZELLA, *loc. cit.*, e RAMAJOLI, *I pericoli del marketplace of ideas. Considerazioni sparse a latere di due sentenze della Corte di giustizia in tema di assegnazione delle frequenze radiotelevisive*, in *MediaLaws*, n. 1, 2018, 8, la quale richiama anche la teoria psicologica della c.d. *biased assimilation*, secondo cui gli individui sarebbero inclini ad apprendere le nuove informazioni in modo da confermare (se possibile) i propri convincimenti attuali.

<sup>42</sup> In questo senso CIANCIO, *Il pluralismo*, cit., 36 s., cui *adde*, in letteratura, REGA, *Networking politics: l'attivismo politico intermediato da Facebook*, in MARINELLI - CIONI, *Public screens. La politica tra narrazioni mediali e agire partecipativo*, Roma, 2014, 123 ss., e QUATTROCIOCCHI - VICINI, *Misinformation. Guida alla società dell'informazione e della credulità*, Milano, 2016, 63 ss. Sembra, peraltro, indicativa di tale graduale identificazione l'auto-attribuzione o, comunque, specifiche "etichette", come "terraplattisti", "no-vax", "free vax" *etc.*

<sup>43</sup> Sul punto VISCO COMANDINI, *Le fake news*, cit., 196 s., cui cfr. già, con riferimento al settore radiotelevisivo, CIANCIO, *op. ult. cit.*, 17.

<sup>44</sup> SUNSTEIN, *A cosa servono le costituzioni. Dissenso politico e democrazia discorsiva*, Bologna, 2009 (ed. orig. 2001), 17 ss.

<sup>45</sup> Su questa vera e propria frontiera dell'imprenditoria digitale v. VISCO COMANDINI, *Le fake news*, cit., 193 s., cui *adde*, sull'impiego di sistemi di diffusione automatica, M. MEZZANOTTE, *Fake news nelle campagne elettorali*, cit., 11, e A. MAZZIOTTI DI CELSO, *Fake news*, cit., 59 ss. Riteneva rischiosa una eccessiva personalizzazione della propaganda *online* CASTORINA, *Democrazia diretta*, cit., 14 s., il quale ravvisa, più in generale, uno «scadimento del momento elettorale».

poco informata a quanto proposto dalla propria parte politica<sup>46</sup>. Infine, rientra nella comune esperienza che una propaganda politica tanto agguerrita da ricorrere alla falsità tende a dipingere l'avversario come “nemico” assoluto, rendendo difficoltoso agli stessi partiti, una volta approdati in Parlamento, giustificare eventuali alleanze con le altre forze politiche; alleanze che, è appena il caso di osservare, l'attuale sistema proporzionale rende pressoché inevitabili. Sicché, il compromesso tra istanze e sensibilità diverse, che in un regime democratico dovrebbe essere fisiologico, finisce per essere avvertito dagli elettori come un “tradimento”, alimentando in essi sentimenti di disaffezione.

Alla luce di quanto appena osservato, sembra possibile affermare che il contrasto alla diffusione delle *fake news*, quantomeno in ambito politico, sia non soltanto costituzionalmente lecito, ma financo doveroso<sup>47</sup>, al fine di tutelare alcuni interessi primari: da una parte, l'effettività del principio democratico e, quindi, del diritto di voto attivo, *ex artt.* 1 e 48 Cost.<sup>48</sup>; dall'altra, la possibilità, per tutti i cittadini e in egual misura<sup>49</sup>, di «accedere [...] alle cariche elettive» (art. 51 Cost.) e di «concorrere [...] a determinare la politica nazionale» per tramite dei partiti (art. 49 Cost.).

Altri due profili meritano, infine, di essere segnalati. Il primo riguarda quell'ampio filone della disinformazione professionale che punta a depauperare la platea dell'avversario attribuendogli condotte ripugnanti, come

---

<sup>46</sup> La scarsa conoscenza dei programmi effettivamente proposti dai candidati è pacifica in letteratura: v., anche per ulteriori rinvii, M. I. PRETE, *Aspetti metodologici e strategici dell'approccio di marketing politico*, Lecce, Università del Salento, 2015, 33, nt. 4, cui *adde*, con particolare riferimento all'elettorato italiano, D. CAMPUS, *Le conoscenze politiche dell'elettore italiano: una mappa cognitiva*, in *Riv. it. sc. pol.*, n. 1, 2000, 89 ss. Sulle ricadute in tema di equilibri elettorali cfr., poi, VISCO COMANDINI, *op. cit.*, 189.

<sup>47</sup> Della necessità di contrastare la diffusione delle *fake news* non dubita neppure chi, in dottrina, ritiene che il recente interesse per la questione abbia una matrice in qualche misura ideologica e, quindi, di parte: cfr. E. LEHNER, *Fake news e democrazia*, cit., 116, e CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo*, in *MediaLaws*, 2017, 28 s.

<sup>48</sup> V. puntualmente M. MEZZANOTTE, *Fake news nelle campagne elettorali*, cit., 7, cui cfr., con particolare riferimento al *referendum* costituzionale del 2016, M. MONTI, *Fake news e social network: la verità ai tempi di Facebook*, in *MediaLaws*, n. 1, 2017, 81, testo e nt. 4.

<sup>49</sup> Per la tesi che il concetto di “concorrenza”, *ex art.* 49 Cost., implica una «effettiva parità di chances» tra i partiti v. VIGEVANI, *Art. 49*, in BARTOLE - BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 500. A ciò si aggiunge, naturalmente, l'intollerabilità degli «ostacoli di ordine economico» di cui all'art. 3, c. 2 Cost., a fronte di quanto appena considerato, nel testo, sui maggiori costi delle competizioni elettorali inquinate dalla disinformazione.

la partecipazione ad accordi cospirativi<sup>50</sup>. Invero, tale pratica, oltre a ledere l'onorabilità personale del candidato preso di mira, sembra frustrare la sua stessa libertà di espressione, la quale, forse nell'ambito politico più che in ogni altro, ha poco senso in mancanza di persone disponibili all'ascolto. Per altro verso, il timore di reazioni iper-critiche da parte degli elettori può scoraggiare il parlamentare dall'esercitare la propria libertà di mandato (art. 67 Cost.), anche quando ciò sarebbe necessario per il raggiungimento di accordi con le altre forze politiche e rientrerebbe, quindi, nella fisiologia del pluralismo democratico.

#### 4. L'insufficienza del c.d. *free marketplace of ideas* e le soluzioni elaborate dall'Unione europea

In dottrina è alquanto diffuso il convincimento che il contrasto alle distorsioni poc'anzi delineate necessiti di un intervento normativo, in quanto il modello primo-novecentesco del *free marketplace of ideas*<sup>51</sup>, basato sulla libera circolazione di "tutte" le opinioni (ivi comprese le notizie) in diretta e costante concorrenza tra loro, sarebbe strutturalmente inadeguato alle nuove dinamiche della comunicazione digitale<sup>52</sup>. L'assunto pare condivisibile, per almeno due motivi. *In primis*, la sempre più scarsa diffusione dei *media* tradizionali, la cui accuratezza (a cominciare dalla verifica delle fonti) non è rintracciabile nella maggior parte dei concorrenti digitali<sup>53</sup>. Ciò è ascrivibile a molteplici fattori, come la rapida obsolescenza dei contenuti, la scarsa

---

<sup>50</sup> Sulla diffusione delle teorie cospirazioniste nell'ambiente digitale cfr. PETRONI - MASSA - ANZERA, *Lo specchio di Aletheia. Fake news e politica internazionale*, Roma, 2017, 67 ss.

<sup>51</sup> Com'è noto, la locuzione risale alla *concurring opinion* del giudice DOUGLAS sul caso *United States v. Rumely*, 345 U.S. 41 (1953) ma riassume la tesi esposta, già diversi anni prima, dal justice HOLMES in *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919). Di recente, essa è stata vivacemente criticata da CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione*, cit., 35 s.

<sup>52</sup> In questo senso v., in generale, le considerazioni svolte da PIZZETTI, *Fake news e allarme sociale*, cit., 51; POLLICINO, *Fake News, Internet and Metaphors (To be Handled Carefully)*, in *It. Journ. Publ. L.*, n. 1, 2017, 3 ss., che rimarca sia il carattere oligopolistico assunto dalla Rete, sia la dubbia compatibilità del modello nordamericano con la concezione europea della libertà di espressione; RAMAJOLI, *I pericoli*, cit., 8, che segnala la possibile riduzione del pluralismo informativo derivante dai conflitti d'interesse in cui versino i grandi *Internet service providers*. Per alcuni recenti fallimenti del "mercato" in esame, in corrispondenza di importanti tornate elettorali, v. M. MEZZANOTTE, *Fake news nelle campagne elettorali*, cit., 8 ss., e, soprattutto, VISCO COMANDINI, *Le fake news sui social network*, 198 ss.

<sup>53</sup> Su questi temi v., rispettivamente, M. MONTI, *Fake news e social network*, cit., 83, e LEHNER, *Fake news e democrazia*, cit., 117 ss.

rimuneratività dei singoli *banner* pubblicitari e la competizione con lo *sharing* di milioni di utenti, i quali inducono gli editori a fondare le proprie strategie imprenditoriali sulla “quantità”, piuttosto che sulla “qualità” dell’informazione.

In secondo luogo, occorre considerare la difficoltà, da parte dell’utente medio, di vagliare criticamente l’enorme mole di notizie da cui è bombardato<sup>54</sup>, specie qualora egli diffidi, come spesso accade, delle fonti di informazioni un tempo ritenute sicure, come la Scienza, gli esponenti politico-istituzionali o, appunto, gli organi di stampa<sup>55</sup>.

Sulla scorta di tali considerazioni, ed in vista di alcune importanti scadenze elettorali<sup>56</sup>, nel settembre 2018 le principali imprese del settore hanno sottoscritto lo *EU Code of Practice on Disinformation*, il quale, pur essendo formalmente “auto” regolatorio, è frutto di un lungo negoziato cui hanno contribuito, a vario titolo, tutti gli organi politici dell’UE. Esso prevede, oltre alla rimozione dei contenuti ingannevoli o fuorvianti, la figura del *fact checker*, col compito di orientare i gestori delle piattaforme digitali sia nell’assegnazione di “bollini verdi” alle notizie (ritenute) vere, sia nella individuazione delle fonti più affidabili, alle quali gli algoritmi dovranno assicurare maggiore visibilità. Invero, tale approccio non pare esente da critiche: la ricerca del consenso dei cc.dd. “Signori della Rete” per il governo degli spazi virtuali tende a consolidare, sul versante giuridico, quella posizione di forza che essi, benché privi di legittimazione democratica, già occupano in via di fatto<sup>57</sup>; senza contare che un monitoraggio obiettivo sul grado di implementazione dell’accordo è alquanto arduo<sup>58</sup>. Ciò induce a guardare

---

<sup>54</sup> Così, tra gli altri, POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell’era di Internet*, in *MediaLaws*, n. 1, 2018, 33; PITRUZZELLA, *La libertà di informazione*, cit., 17, che si sofferma sugli ostacoli posti dalla *filter bubble*; DE GREGORIO, *The market place of ideas nell’era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati online?*, in *MediaLaws*, 2017, 97. Invero, fenomeni quali lo «*Information overload*», il «*Data smog*» e la «*Information Anxiety*», che da essi deriva, sono piuttosto noti in letteratura: v., per tutti, BENNATO, *L’emergere della disinformazione*, cit., 398 ss.

<sup>55</sup> Sul tema v. in generale PINELLI, “*Postverità*”, cit., 47, mentre sullo specifico rapporto tra diffusione di *fake news* e crisi di credibilità dei partiti v. M. MEZZANOTTE, *Fake news nelle campagne elettorali*, cit., 19.

<sup>56</sup> Cfr. la comunicazione congiunta di Commissione ed Alto rappresentante per gli Affari esteri, JOIN(2018) 36 final del 5 dicembre 2018, dove si sottolineava che la lotta alle *fake news* era da ritenersi urgente proprio «*[i]n view of the 2019 European Parliament elections and more than 50 presidential, national or local/regional elections being held in Member States by 2020*» (§ 1).

<sup>57</sup> Sulla inopportunità di consentire a soggetti privati di «*incidere negativamente sulla libertà della Rete*» v. CIANCIO, *La libertà di informazione, internet ed il terrorismo internazionale*, in *Federalismi*, n. 12, 2015, 5 ss.

<sup>58</sup> Cfr. lo scetticismo di PINELLI, “*Postverità*”, cit., 46 s.

positivamente al più organico *Piano di azione* presentato a Bruxelles lo scorso dicembre, specie laddove esso prevede un deciso recupero di centralità del soggetto pubblico: è, infatti, indicativo di un tendenziale cambio di prospettiva che, dei quattro «pilastri» ivi previsti, soltanto uno si fonda sul coinvolgimento degli operatori economici.

## **5. segue: Tentativi di normazione nazionale e spunti *de iure condendo*. Considerazioni conclusive.**

Il primo tentativo di imporre un controllo pubblico sulle fonti, in modo da evitare la diffusione di notizie deliberatamente false, risale già alla prima bozza dell'art. 21 Cost., la quale autorizzava il legislatore a prevedere «controlli», oltre che «sui mezzi di finanziamento» della stampa periodica, anche «sulle fonti delle notizie» da essa veicolate<sup>59</sup>. Com'è noto, tuttavia, quest'ultimo inciso fu infine espunto, per il timore che potesse avallare prassi censorie, creando così le basi per nuove svolte autoritarie<sup>60</sup>.

Nel 2017, oramai in piena epoca digitale, la questione era tornata all'attenzione del Parlamento grazie a due disegni di legge, di impianto molto diverso tra loro. In particolare, il DDL Gambaro<sup>61</sup> adottava un approccio prevalentemente repressivo, prevedendo, accanto a norme sul diritto di rettifica e sull'«alfabetizzazione mediatica» (artt. 5 e 6), ben tre nuove fattispecie penali (artt. 1 e 2)<sup>62</sup>. Esso, inoltre, introduceva a carico dei gestori

---

<sup>59</sup> La formula era stata approvata ad ampia maggioranza (dieci voti favorevoli, uno contrario e due astensioni), su proposta dell'on. DOSSETTI e col convinto sostegno di uno dei relatori, l'on. BASSO (*Atti Comm. Cost. - I Sottocommissione, Resoconto sommario della seduta di venerdì 27 settembre 1946*, 151 s.).

<sup>60</sup> V. in particolare gli interventi degli onorevoli CEVOLOTTO (*Atti A.C.*, LXXXVIII seduta, 14 aprile 1947, 2855), BADINI CONFALONIERI (*ibid.*, 2857) e GIANNINI (*loc. ult. cit.*). All'epoca, i pericoli della disinformazione (ivi compresa quella a fini propagandistici) furono, tuttavia, lucidamente prospettati dall'on. CAVALLARI (*ibid.*, LXXXVII seduta, cit., 2806 ss.), mentre l'on. RUGGIERO propose un emendamento per rendere i controlli *de quibus* addirittura obbligatori (*ibid.*, 2821 s.). Equilibrata la posizione espressa dall'on. ANDREOTTI, il quale, seppur contrario a verifiche *ex ante* sulle fonti delle notizie, si disse comunque favorevole ad un inasprimento delle sanzioni contro la divulgazione di contenuti che si rivelassero falsi o, comunque, diffamatori (*ibid.*, LXXXVII seduta, cit., 2811 s.).

<sup>61</sup> A.S. 2688, prima firmataria la sen. A. Gambaro. Presentato il 7 febbraio 2017, al termine della legislatura era ancora in attesa di esame da parte delle Commissioni Affari costituzionali e Giustizia.

<sup>62</sup> «Pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l'ordine pubblico, attraverso piattaforme informatiche» (art. 656-*bis* c.p.), «diffusione di notizie false che possono destare pubblico allarme, fuorviare settori dell'opinione pubblica o aventi ad

di piattaforme un obbligo di «costante monitoraggio» dei contenuti immessi dall'utenza, nonché la rapida rimozione di quelli che gli stessi avessero giudicato «non attendibil[i]» (art. 7). Sul coinvolgimento dei gestori era incentrato anche il DDL Zanda<sup>63</sup>, il quale, tuttavia, si limitava a prescrivere, previa segnalazione degli utenti, la rimozione di contenuti che fossero autonomamente previsti come illeciti (artt. 1 e 2), incoraggiando, al contempo, l'affidamento dei reclami ad organismi esterni di autoregolamentazione, riconosciuti con decreto ministeriale (art. 3). Entrambe le proposte hanno riscosso diverse critiche in dottrina: la prima, in particolare, è stata ritenuta in contrasto con i principi penalistici di offensività, tassatività e determinatezza<sup>64</sup>, mentre nella seconda si è ravvisata l'introduzione di una forma strisciante di censura privata<sup>65</sup>. Nessuna di esse, comunque, ha concluso il proprio *iter*, con conseguente decadenza al termine della XVII legislatura. Proprio in vista del successivo rinnovo delle Camere, peraltro, il Ministero dell'Interno aveva creato un sistema per la segnalazione e la verifica delle *fake news*, affidandolo alla Polizia postale; esso, però, è stato presto dismesso, stante la sua dubbia compatibilità con l'art. 19 PDCP, sulla libertà di manifestazione del pensiero<sup>66</sup>.

La XVIII legislatura sembra caratterizzarsi per un approccio decisamente più cauto: i gruppi di maggioranza, almeno per il momento, non hanno

---

oggetto campagne d'odio e campagne volte a minare il processo democratico» (art. 265-bis c.p.); «diffusione di campagne d'odio o volte a minare il processo democratico» (art. 265-ter c.p.).

<sup>63</sup> A.S. 3001, primo firmatario il sen. L. Zanda. Presentato il 14 dicembre 2017, al termine della legislatura era ancora in attesa di assegnazione alle competenti Commissioni.

<sup>64</sup> Per una ragionata rassegna delle varie posizioni v. MATUCCI, *Informazione online e dovere di solidarietà. Le fake news fra educazione e responsabilità*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2018, 18 ss., e C. MAGNANI, *Libertà d'informazione online e fake news: vera emergenza? Appunti sul contrasto alla disinformazione tra legislatori statali e politiche europee*, in *Forum Quad. cost. rass.*, aprile 2019, 4 s., cui adde, ancora, FUMO, *Bufale elettroniche, repressione penale e democrazia*, in *MediaLaws*, n. 1, 2018, 5 ss.; F. DE SIMONE, 'Fake news', 'post truth', 'hate speech': *nuovi fenomeni sociali alla prova del diritto penale*, in *Arch. pen.*, n. 1, 2018, 9 ss.; CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione*, cit., 29 ss.

<sup>65</sup> V., *ex aliis*, M. MONTI, *La proposta del ddl Zanda-Filippin sul contrasto alle fake news sui social network: profili problematici*, in *Dir. comp.*, dicembre 2017, *passim*, e MAGNANI, *op. cit.*, 5, cui cfr. l'analisi, forse più equilibrata ma, comunque, conclusivamente critica, di DE SIMONE, *op. cit.*, 17 ss.

<sup>66</sup> Sui contenuti dell'intervento, denominato "Progetto *Red Button*", v. il comunicato stampa della Polizia di Stato del 18 gennaio 2018, reperibile in [www.commissariatodips.it](http://www.commissariatodips.it). Esso fu criticato, in particolare, da KAYE, *Special Rapporteur* delle Nazioni Unite per la libertà di opinione e di espressione, in una nota inviata il 20 marzo 2018 al Governo italiano (OL ITA 1/2018), il quale svolse le proprie difese nel successivo mese di maggio.

formalizzato alcuna proposta, mentre le opposizioni sembrano voler attendere l'esito dei lavori di una commissione bicamerale d'inchiesta, di cui hanno proposto l'istituzione<sup>67</sup>. Ciononostante, il tema continua ad emergere nel corso dei dibattiti in Aula<sup>68</sup>, oltre figurare all'interno di una petizione recentemente depositata a norma dell'art. 50 Cost.<sup>69</sup>: indizi, questi, di un bisogno di regolazione ancora diffuso ed attuale. A tale riguardo, la dottrina, non solo italiana, ha ipotizzato numerosi rimedi, i quali oscillano tra un impegno diretto dello Stato, mediante la fissazione di precisi divieti ed obblighi<sup>70</sup>, e una sostanziale "delega" all'autoregolazione dei gestori, anche alla luce della loro particolare capacità tecnica<sup>71</sup>. Non è mancato chi ha sostenuto l'opportunità di

---

<sup>67</sup> A.C. 1056, primo firmatario l'on. E. Fiano. Presentato il 3 agosto 2018, il DDL è in attesa di esame congiunto da parte delle Commissioni Cultura e Trasporti, cui è stato assegnato lo scorso 19 dicembre.

<sup>68</sup> Al Senato v., *ex multis*, gli atti di sindacato ispettivo n. 2-00019, primo firmatario il sen. E. Lannutti (interrogazione in tema di finanza); n. 4-00391, del sen. E. Magorno (interrogazione in tema di produzione agroalimentare); n. 4-01224, prima firmataria la sen. E. Fattori (interrogazione in tema di vaccinazioni); n. 1-00090, prima firmataria la sen. Boldrini (mozione in tema di cure oncologiche). Alla Camera v., invece, le interrogazioni a risposta scritta n. 4/01537, prima firmataria l'on. A. Morani (su alcune condotte addebitate al social manager di un ministero), e n. 4/00243, prima firmataria l'on. S. Pezzopane (sui rischi di disinformazione durante la campagna elettorale per le europee).

<sup>69</sup> Petizione n. 236, a firma del sig. S. Baraldi (Bologna), depositata al Senato della Repubblica il 25 settembre 2018, allo stato in attesa di esame da parte della Commissione Giustizia. In particolare, il documento sollecita l'istituzione di un Osservatorio contro le «fake news in ambito alimentare».

<sup>70</sup> Con tutti i limiti che ogni classificazione comporta, potrebbero dirsi espressione di tale approccio la stesura di *black lists* di siti inaffidabili da parte di Autorità indipendenti (PINELLI, "Postverità", cit., 47); l'obbligo, per i gestori, di segnalare all'Autorità tutti i contenuti controversi (DE GREGORIO, *The market place of ideas nell'era della post-verità*, cit., 104), o di rimuoverli *tout-court* (SUNSTEIN, *Voci, gossip e false dicerie*, Milano, Feltrinelli, 2010, 88, adesivamente richiamato da PINELLI, *loc. ult. cit.*); l'estensione dell'obbligo di rettifica (M. MONTI, *Fake news e social network*, cit., 85 s., e BASSINI - VIGEVANI, *Primi appunti*, cit., 21); il *fact-checking* ad opera di enti pubblici (M. MONTI, *op. ult. cit.*, 88); l'estensione ai *social* della responsabilità editoriale attualmente prevista per i periodici (SULLIVAN, *Call it a "crazy idea"*, in *The Washington Post*, 20 novembre 2016); il divieto di *bot account* (F. PIZZETTI, *Fake news e allarme sociale*, cit., 58); la creazione di una nuova Autorità indipendente col compito di vigilare sugli spazi virtuali (PITRUZZELLA - POLLICINO - QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, Egea, 2017, 88, cui cfr. però la vivace critica di ZANON, *Fake news e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di un'"Autorità Pubblica della Verità"?*, in *MediaLaws*, n. 1, 2018, 16 s.).

<sup>71</sup> Tra le proposte più significative figurano: interventi di *fact-checking* e *debunking*, da parte sia di operatori umani che di algoritmi (cfr. M. MEZZANOTTE, *Fake news nelle campagne elettorali*, cit., 16, e VISCO COMANDINI, *Le fake news sui social network*, cit., 208.); la stesura di *whitelists* a cura di agenzie pubblicitarie digitali (*ibid.*); l'uso di algoritmi che privilegino le fonti più affidabili (M. MEZZANOTTE, *op. ult. cit.*, 20) e presentino all'utente anche punti di

intervenire in chiave educativa, sia mediante campagne di alfabetizzazione mediatica sia promuovendo un maggiore *fair-play* tra i partiti, sia, ancora, migliorando la qualità dell'informazione tradizionale<sup>72</sup>. Invero, posto che, naturalmente, nulla impedirebbe di affiancare strumenti diversi, ad esempio secondo criteri di sussidiarietà tra pubblico e privato<sup>73</sup>, resta il fatto che i primi due approcci comportano il rischio, rispettivamente, di creare inammissibili “verità di Stato”, ovvero di legittimare qualcosa che potrebbe diventare molto simile ad una censura privata. Il terzo, invece, avendo carattere *lato sensu* culturale, è destinato a dispiegare i propri effetti soltanto nel lungo periodo. L'abolizione dell'anonimato, che alcuni giuristi hanno ritenuto in linea con la *ratio* dell'art. 21 Cost.<sup>74</sup>, sul piano preventivo non varrebbe comunque a scoraggiare i numerosi utenti che condividono contenuti *fake* perché genuinamente persuasi della relativa veridicità. Laddove, poi, la si volesse valorizzare in funzione sanzionatoria, è evidente che ciò finirebbe per ingenerare, per ciascun *post* (o *tweet*), una platea di responsabili numericamente sterminata, stante l'estrema facilità con cui ogni messaggio può essere a sua volta ri-condiviso.

Tanto considerato in via generale, con specifico riguardo al corretto svolgimento delle campagne elettorali e referendarie sembra, comunque,

---

vista diversi dal suo (SUNSTEIN, *#republic*, cit., 197 ss.); l'instaurazione di una *peer-review* tra utenti, supervisionata dai gestori, sul modello di *Wikipedia* (BASSINI - VIGEVANI, *loc. ult. cit.*); il contrassegno dei contenuti controversi (CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione*, cit., 35). Nel medesimo ordine di idee, diffidente verso ogni potenziale «ostruzionismo regolamentativo» da parte del soggetto pubblico, si è posto da ultimo anche FROSINI, relaz. al seminario *Social network, formazione del dissenso e istituzioni politiche: quale regolamentazione possibile?* (Roma, 29 gennaio 2019), reperibile in formato audiovisivo in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it). Nella medesima occasione, alcune perplessità verso un modello esclusivamente autoregolatorio sono state manifestate, tuttavia, da B. CARAVITA DI TORITTO, insieme al timore che il silenzio del legislatore sfoci in una situazione di «*far web*».

<sup>72</sup> Cfr., seppur con qualche distinguo, VISCO COMANDINI, *op. cit.*, 209 s.; F. PIZZETTI, *op. cit.*, 55 ss.; CUNIBERTI, *op. cit.*, 39 s.; PITRUZZELLA, *La libertà di informazione*, cit., 27; PINELLI, *loc. ult. cit.*, il quale molto opportunamente rimarca l'esigenza di ricucire, anzitutto, il rapporto tra eletti ed elettori, in modo da sottrarre linfa a certe narrazioni “estreme” della realtà, intrise di sfiducia e di rabbia.

<sup>73</sup> Cfr. in particolare lo schema proposto da PITRUZZELLA, *op. cit.*, 26, nel quale il soggetto pubblico (giudice o *Autority*) interviene, su istanza di parte, soltanto qualora l'utente ritenga che il gestore della piattaforma non abbia assolto ai propri obblighi di rimozione.

<sup>74</sup> Cfr. in particolare BASSINI - VIGEVANI, *Primi appunti*, cit., 21, e PINELLI, “*Postverità*”, cit., 47. In un ordine d'idee almeno in parte diverso sembra collocarsi G. RESTA, *Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato*, in *Dir. inf.*, n. 2, 2014, 173 ss., che a sua volta richiama, tra gli altri, MANETTI, *Libertà di pensiero e anonimato in rete*, *ibid.*, 139 ss., e RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 389 ss.

esservi spazio per qualche ulteriore ipotesi. Anzitutto, potrebbe pensarsi ad una estensione applicativa della legge n. 28/2000<sup>75</sup> sulla *par condicio*, se non a tutti i siti *web* (molti dei quali sono stranieri), quantomeno a quei *social networks* e a quei motori di ricerca riconducibili a società aventi sede in Italia<sup>76</sup>. Potrebbe obiettarsi - come si è in effetti obiettato<sup>77</sup> - che una tale limitazione della libertà d'impresa sarebbe ingiustificata in un contesto, quello virtuale, in cui non si riscontra la scarsità di risorse propria del settore radiotelevisivo. Senonché, a parte l'esigenza di chiedersi se una simile ricostruzione sia attuale dopo l'*exploit* dei canali satellitari e del digitale terrestre<sup>78</sup>, sembra senz'altro condivisibile quanto affermato da altra parte della dottrina, la quale osserva che alla moltiplicazione delle possibilità di accesso alle notizie, caratteristica di Internet, non è corrisposto un aumento della capacità di attenzione dei cittadini-utenti, né del tempo che ciascuno di essi può materialmente dedicare alla ricerca dell'informazione elettorale<sup>79</sup>. Del resto, l'operatività della *par condicio* "anche" nella Rete era stata inserita dal Governo nella bozza originaria della stessa legge n. 28/2000 e, in un primo momento, era stata giudicata opportuna anche da un ramo del Parlamento<sup>80</sup>.

Un'altra soluzione potrebbe essere rappresentata da una maggiore presenza in Rete della RAI, sul modello della BBC britannica<sup>81</sup>, col preciso obiettivo di produrre contenuti giornalistici di qualità, in grado di controbilanciare la

---

<sup>75</sup> Legge 22 febbraio 2000, n. 28, recante disposizioni «per la parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie e per la comunicazione politica».

<sup>76</sup> Secondo questo criterio, si renderebbe la norma applicabile praticamente a tutti i grandi operatori, da Facebook Italy s.r.l. a Twitter Italia s.r.l., da Google Italy s.r.l. a Microsoft s.r.l. (divisione italiana di Microsoft Corporation, a sua volta proprietaria del motore di ricerca Bing).

<sup>77</sup> M. MEZZANOTTE, *Fake news nelle campagne elettorali*, cit., 23.

<sup>78</sup> Sul tema, che non è qui possibile approfondire, v. almeno le considerazioni di CIANCIO, *Il pluralismo*, cit., 12 ss., la quale rimarca, da una parte, la persistenza di procedimenti amministrativi di «selezione» ed «assegnazione» e, dall'altra, la configurabilità di barriere significative all'ingresso di nuovi concorrenti, diversi da quelli già operanti in analogico, a causa degli elevati costi di gestione.

<sup>79</sup> Lo ha ribadito, da ultimo, POLLICINO, relaz. al sem. *Social network*, cit., cui cfr. già CIANCIO, *op. ult. cit.*, 35, la quale segnala il rischio che l'impossibilità di vagliare l'enorme mole di informazioni offerte da Internet produca addirittura un «calo dell'attenzione complessiva dell'utente», con conseguente «esaltazione del ruolo delle imprese fornitrici dei motori di ricerca».

<sup>80</sup> Cfr. il relativo disegno di legge, come approvato dal Senato in prima lettura (A.S. 4197 del 23 agosto 1999; successivamente registrato, alla Camera, al n. 6483).

<sup>81</sup> V. sul tema VIGEVANI, *I media di servizio pubblico nell'età della rete. Verso un nuovo fondamento costituzionale, tra autonomia e pluralismo*, Torino, 2018, 103 ss.

disinformazione originata dalle *fake news*<sup>82</sup>. Invero, tale strategia si porrebbe in linea con la giurisprudenza costituzionale sull'art. 21 Cost., con particolare riferimento alle pronunce secondo cui tale disposizione fisserebbe non solo il «diritto ad essere informati»<sup>83</sup>, ma anche quello a ricevere un'informazione che presenti un adeguato livello di «obiettività», «imparzialità», «completezza» e «correttezza»<sup>84</sup>. Naturalmente, il successo di tale strategia resterebbe subordinato al rafforzamento dell'autonomia e, quindi, della credibilità dell'Azienda, ad esempio riducendo l'attuale condizionamento politico del Consiglio di amministrazione<sup>85</sup>.

Infine, a ridosso di ciascun *referendum* potrebbe essere utile l'invio, a ciascun nucleo familiare, di una documentazione esplicativa del contenuto del quesito e delle possibili ricadute sull'ordinamento, in modo da consentire anche all'elettore non esperto di diritto di compiere una scelta pienamente consapevole<sup>86</sup>. Alla redazione del suddetto materiale potrebbero essere chiamati a contribuire, congiuntamente, tanto i promotori della consultazione quanto i partiti (o i gruppi parlamentari) che la avversino, sotto la supervisione di un'Autorità indipendente che ne assicuri la veridicità. Detto meccanismo,

<sup>82</sup> Cfr. VIGEVANI, *Fondamento costituzionale e autonomia dei media di servizio pubblico nell'età della rete*, Torino, 2017, 31 ss., secondo il quale il servizio pubblico radiotelevisivo sarebbe una «istituzione di garanzia» nell'era digitale.

<sup>83</sup> In questo senso, *ex multis*, le sentt. Cost. 15 luglio 1976, n. 202; 14 luglio 1981, n. 148; 13 luglio 1988, n. 826.

<sup>84</sup> Così, testualmente, la sent. Corte cost. 24 marzo 1993, n. 112, § 7, annotata, tra gli altri, da CAPOTOSTI, *L'emittenza radiotelevisiva privata tra concessione e autorizzazione*, in *Giur. cost.*, n. 3/1993, 2118 ss., cui *adde*, nel medesimo senso, già la sent. Cost. 6 maggio 1987, n. 153, § 5, con note di CHIOLA, *La licenza per le trasmissioni radiotelevisive verso l'estero*, in *Dir. inf.*, n. 2, 1987, 955 ss., e PADOVANI, *L'incostituzionalità del monopolio statale in materia di trasmissioni radiotelevisive verso l'estero*, in *Leg. pen.*, 1987, 711.

<sup>85</sup> Per un'analisi alquanto critica dell'attuale sistema di *governance* (artt. 45 ss. decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, modificato, da ultimo, dalla legge 28 dicembre 2015, n. 220), anche alla luce della giurisprudenza costituzionale e del diritto europeo, v. GRANDINETTI, *La governance della RAI e la riforma del 2015*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 848 ss. Per contro, sull'importanza cruciale dell'autonomia dei *media* di servizio pubblico - anche al di là delle specifiche azioni ipotizzate nel testo - v. da ultimo VIGEVANI, *I media di servizio pubblico*, cit., 28 ss.

<sup>86</sup> Invero, il problema della attuale «inadeguatezza delle campagne elettorali e di informazione sui contenuti delle richieste referendarie», così come il rischio che questa si ripercuota «sull'effettiva consapevolezza dell'elettorato al momento del voto» è già noto in dottrina: cfr. CIANCIO, *A proposito dell'ammissibilità del referendum abrogativo in materia elettorale*, in EAD., *Persona e "demos". Studi sull'integrazione politica in Italia e in Europa*, Torino, 2010, 304 s. È evidente, però, che la diffusione di *fake news* ne comporta un aggravamento.

analogo a quello attualmente sperimentato in Svizzera<sup>87</sup>, oltre a contrastare la disinformazione potrebbe rivelarsi utile a riportare su basi razionali ed oggettive la comunicazione tra *leader* politici e cittadini, in un periodo in cui essa - si è autorevolmente osservato<sup>88</sup> - sembra dominata da un alto tasso di retorica ed impulsività.

Prima di concludere, paiono utili ancora due brevi considerazioni. La prima è che, a ben vedere, il ricorso agli strumenti di democrazia diretta non è mai privo di inconvenienti. Il Popolo, proprio perché “sovrano”, non è responsabile per le proprie decisioni<sup>89</sup>, neppure quando esse si rivelino sbagliate o, comunque, inique, ad esempio perché volte a favorire uno specifico gruppo sociale a scapito dell’intera collettività<sup>90</sup>, e tale consapevolezza potrebbe indurre gli elettori a compiere scelte, in ipotesi, non sempre adeguatamente ponderate. A ciò si aggiungano gli “effetti collaterali” propri - secondo parte della dottrina<sup>91</sup> - di ogni *referendum*: l’indebolimento del sistema partitico, il rallentamento dell’azione di governo, la tendenza alla «dittatura della maggioranza»<sup>92</sup>. Si tratta di rischi che, se da un canto appaiono

---

<sup>87</sup> Il riferimento è alle «spiegazioni del Consiglio federale», parte integrante del materiale di voto inviato al domicilio di ciascun elettore. Sul tema v. la pagina [www.ch.ch/it/democrazia/votazioni/materiale-di-voto](http://www.ch.ch/it/democrazia/votazioni/materiale-di-voto), a cura della Cancelleria federale.

<sup>88</sup> Cfr., con riferimento alla retorica populista sui “poteri forti”, MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2018, 377 ss., cui adde PITRUZZELLA, *La libertà di informazione*, cit., 42 ss., il quale si sofferma sull’atteggiamento incostante degli elettori: «[I] partiti hanno perduto la capacità di costruire delle narrazioni che possano tenere uniti gli elettori e poi assicurare una certa stabilità e coerenza alle politiche pubbliche. [...] Lo sciame digitale (come lo sciame d’api) si muove rapidamente senza che sia possibile prevedere dove andrà, fa delle evoluzioni, cambia direzione, si compatta e poi si dissolve, secondo le transeunti aggregazioni degli umori [...] che si propagano nella rete. E alla politica, il più delle volte, non resta che inseguire lo sciame e entrare nelle bolle, assecondandone la polarizzazione e la mancanza di progettualità».

<sup>89</sup> Cfr. in questo senso le considerazioni di V. ONIDA, *Conclusioni*, in CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, 2004, 256 ss., da cui G. DI COSIMO, *Art. 1*, in BARTOLE - BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008<sup>2</sup>, 8, trae l’idea che compito del diritto costituzionale sarebbe proprio «limitare e contenere» il potere del popolo.

<sup>90</sup> Cfr. il caso di scuola dell’individuo che «vota per essere pagato senza lavorare», animato da quella che G. SARTORI, *Opinione pubblica*, cit., 946, definisce «irrazionalità catastrofica per l’insieme».

<sup>91</sup> DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione? L’equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, 2012, 154 ss.

<sup>92</sup> La locuzione, com’è noto, è di DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, in *Scritti politici di Alexis de Tocqueville*, Torino, 1968, vol. II, 292. In dottrina, con specifico riferimento alla compressione delle istanze minoritarie nei *referendum* di tipo (anche solo “sostanzialmente”) propositivo cfr. CIANCIO, *A proposito dell’ammissibilità*, cit., 302. L’A. sembra guardare favorevolmente ad una loro eventuale introduzione, in alternativa, o in aggiunta, a *referendum*

connaturati al principio democratico e, come tali, ineliminabili, dall'altro non possono che essere accresciuti dalla diffusione di notizie false. Infine, va tenuto presente che l'opportunità di contrastare il fenomeno appena citato sembra trarre ulteriore conferma dal prospettato inserimento, nel testo dell'art. 71 Cost.<sup>93</sup>, di una forma di *referendum* propositivo inedita, la quale, secondo i primi commentatori<sup>94</sup>, una volta entrata a regime potrebbe risultare ancor più incisiva<sup>95</sup> di tutte quelle finora sperimentate.

---

d'indirizzo, al fine di assicurare un effettivo «pluralismo democratico» (*ibid.*, 310). Nello stesso senso le riflessioni maturate, con riferimento ad una recente ipotesi di riforma dello Statuto di autonomia siciliano, da CASTORINA - CIANCIO, *Gli istituti di partecipazione*, cit., 96.

<sup>93</sup> A.C. 1173 (primo firmatario l'on. F. D'Uva), già approvato dalla Camera in prima deliberazione lo scorso 21 febbraio ed ora all'esame della Commissione Affari costituzionali del Senato (A.S. 1089).

<sup>94</sup> Sul nascente dibattito in materia, così come sull'esatto contenuto del ddl, non è qui possibile soffermarsi col debito approfondimento e si rinvia, pertanto, alle considerazioni di MORRONE, *L'iniziativa popolare propositiva: per una democrazia plebiscitaria contro la democrazia rappresentativa?*, in *Federalismi*, n. 23, 2018, 7 ss. (anche con riferimento ad una delle quattro bozze originarie, l'A.C. 726), cui *adde*, più di recente, gli interventi svolti nel corso della tavola rotonda "Iniziativa legislativa e referendum, le proposte di revisione costituzionale" (Roma, 1° marzo 2019) da CARNEVALE, *A proposito del disegno di legge costituzionale AS n. 1089, in tema di revisione degli artt. 71 e 75 della Costituzione. Prime considerazioni* e SALERNO, *L'iniziativa popolare legislativo-referendaria: considerazioni a prima lettura sulla proposta di revisione costituzionale*, entrambi in *Oss. cost.*, n. 1-2, 2019, rispettivamente a 185 ss. e 218 ss., ed ancora da CHELI, *ibid.*, 180 ss.; LUCIANI, *ibid.*, 200 ss.; PALICISUN, *ibid.*, 210 ss.; DE SIERVO, *ibid.*, 236 ss.

<sup>95</sup> Invero, la sent. Corte cost. 16 maggio 1989, n. 256, § 5 (annotata, tra gli altri, da BARBERA, *Referendum consultivo e limiti dell' "interesse nazionale"*, in *Giur. cost.*, 1989, 1223 ss.; LIPPOLIS, *Regioni, treaty-making power e giurisprudenza della Corte costituzionale*, *ibid.*, 1206 ss.; BETTINELLI, "Grandi questioni di interesse regionale" e *referendum consultivi regionali*, in *Le Reg.*, 1990, 1292 ss.), prospetta il rischio che persino il meno incisivo degli strumenti referendari, quello consultivo (regionale), possa avere ripercussioni «sull'ordine costituzionale e politico dello Stato». Una preoccupazione analoga, anche se apparentemente meno intensa, ha animato, da ultimo, la sent. Corte cost. 29 aprile 2015, n. 118, § 7.2, come emerge anche dal commento di BARTOLE, *Pretese venete di secessione e storica questione catalana, convergenze e divergenze fra Corte costituzionale italiana e Tribunale costituzionale spagnolo, anche con ripensamenti della giurisprudenza della prima*, in *Giur. cost.*, 2015, 940 ss. Sulla cautela manifestata dal Costituente, non a caso, nella definizione delle occasioni e degli spazi di democrazia diretta v. CASTORINA, *Democrazia diretta*, cit., 9 ss.



# IL COINVOLGIMENTO DELL'ELETTORATO ATTRAVERSO LA DEMOCRAZIA DIRETTA E PARTECIPATIVA: CAVALLO DI TROIA O SPINTA PROPULSIVA PER LA DEMOCRAZIA DELIBERATIVA?°

**Diego Baldoni**

*Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale,  
Università di Genova*

*Il contributo intende volgere uno sguardo multilivello alle potenzialità e ai rischi della democrazia diretta e partecipativa. Partendo dallo “stato di salute” dell’iniziativa dei cittadini europei, è opportuno osservare se – a quasi un decennio di distanza dalla sua entrata in vigore – lo strumento ha contribuito a colmare il deficit democratico delle istituzioni europee. Obiettivo del paper è altresì valutare l’impatto della proposta di revisione costituzionale finalizzata all’introduzione del referendum propositivo all’interno del sistema parlamentare italiano, nella volontà di rivitalizzare una partecipazione democratica sempre più in crisi. Lo scritto vuole infine analizzare l’istituto del referendum consultivo alla luce dei quesiti relativi a ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia in Lombardia e in Veneto: opportunità per ascoltare la vox populi o esigenza plebiscitaria per decisioni già maturate da una maggioranza?*

*The contribution intends to turn a multi-level look at the potentials and risks of direct and participatory democracy. Starting from the “state of health” of the European citizens' initiative, it is worth observing – almost a decade after its entry into force – the instrument has helped to bridge the democratic deficit of the European institutions. The objective of the paper is also to evaluate the impact of the constitutional bill aimed at introducing the initiative within the Italian parliamentary system, in the desire to revitalize democratic participation that is increasingly in crisis. Finally, the work wants to analyze the pre-legislative referendum in the light of questions about additional forms and particular conditions of autonomy in Lombardy and in Veneto: opportunities to listen the vox populi or plebiscitary need for decisions already matured by a majority?*

## **Sommario:**

1. Introduzione
2. Vecchia e nuova iniziativa dei cittadini europei
3. Il referendum propositivo all’orizzonte
4. Un malcelato plebiscito?
5. Conclusioni

---

° Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

## 1. Introduzione

È la ricorrenza dei trent'anni dal 1989 che ha animato tutti i contributi di questo *workshop*, stimolando ciascun relatore a interrogarsi sulla democrazia tra Stati nazionali e Unione europea. Proprio nel solco di tale rapporto cade un'altra ricorrenza: i quarant'anni dalla prima elezione del Parlamento europeo.

Nel quadro delle istituzioni europee, è noto come l'Assemblea di Strasburgo soffre fin dalla sua nascita di un *deficit* democratico legato allo svolgimento di un ruolo marginale rispetto a quello della Commissione e del Consiglio<sup>1</sup>. L'insufficiente tentativo di ridurre questo *gap*<sup>2</sup> ha generato diffidenza nei confronti del percorso di integrazione europea che l'elettorato ha manifestato viepiù nel voto verso le storiche famiglie politiche di spirito europeista, quali il partito popolare e quello socialdemocratico, che sommarono fra loro 468 seggi nella sessione costitutiva del Parlamento europeo del 2004, scesi a 449 nel 2009, ulteriormente calati a 412 nel 2014, fino al drastico crollo a 332 a seguito delle elezioni del 2019; di contro, le forze eurocritiche ed euroscettiche contavano su appena 48 seggi nel Parlamento uscente del 2004, mentre in quello costituente del 2019 saranno 176<sup>3</sup>. Ciononostante, non pare scorgersi all'orizzonte alcuna ipotesi di superamento di questo *deficit* democratico e gli unici spazi oggetto di ampliamento paiono gli istituti di democrazia partecipativa, di certo lodevoli, ma costellati di percorsi secondari, tortuosi e spesso senza alcuno sbocco

---

<sup>1</sup> Sul punto, si rinvia a PINELLI, *Il deficit democratico europeo e le risposte del Trattato di Lisbona*, in *Rass. parl.*, 2008, 925 s.: «[...] a partire dal 1979, data della prima elezione del PE a suffragio universale, i cittadini sono direttamente rappresentati nell'Unione, oltre che indirettamente attraverso i loro Governi riuniti nelle diverse formazioni consiliari. Ma appare evidente l'intento di rispondere [così] alle obiezioni sul *deficit* democratico affacciate con insistenza a partire dall'Atto Unico del 1986. Aumentando notevolmente il numero delle decisioni consiliari prese a maggioranza qualificata, l'Atto Unico rendeva corrispondentemente plausibile il rischio di violazione del principio maggioritario a livello nazionale. Da allora, il numero delle decisioni a maggioranza è ulteriormente cresciuto, fino a diventare la regola col Trattato di riforma, salve limitate eccezioni; e lo stesso può dirsi per gli atti legislativi da adottarsi con la procedura di codecisione fra Consiglio e PE [...]».

<sup>2</sup> Da ultimo, il Trattato di Lisbona – entrato in vigore nel 2009 – ha rafforzato i poteri legislativi e di controllo del Parlamento europeo. L'Aula ha acquisito un'influenza più incisiva nella nomina della Commissione e del suo Presidente, ha beneficiato dell'estensione degli ambiti di intervento legislativo, ha ottenuto il diritto di veto sugli accordi internazionali e, infine, ha l'ultima parola sulla totalità del bilancio annuale dell'Unione europea.

<sup>3</sup> Per una consultazione completa, si veda il portale del Parlamento europeo dedicato alle elezioni <https://risultati-elezioni.eu/>.

risolutivo laddove esiste uno sbilanciamento decisionale in favore di organi con legittimazione elettorale indiretta.

## 2. Vecchia e nuova iniziativa dei cittadini europei

Tra le novità dell'ultimo decennio si osserva l'iniziativa dei cittadini europei (ICE), *chance* per gli elettori di proporre alla Commissione una iniziativa legislativa ai sensi dall'articolo 11, paragrafo 4, del Trattato sull'Unione europea (TUE) e dell'articolo 24, paragrafo 1, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE)<sup>4</sup>. Quanto al potere di iniziativa, i cittadini europei sono stati in tal modo parificati agli eletti presso l'Aula di Strasburgo che vive la paradossale situazione di rappresentare l'unico Parlamento al mondo nel quale è facoltà dei componenti sollecitare, ma non avviare, l'*iter legis*.

Dall'approvazione della disciplina regolamentare nel febbraio 2011<sup>5</sup> e successiva entrata in vigore nell'aprile 2012, l'istituto consente ai cittadini dei Paesi membri dell'Unione europea di proporre integrazioni o modifiche legislative negli ambiti di competenza della Commissione. Opportunamente costituiti in comitato, i promotori della iniziativa devono designare un rappresentante e un supplente quali referenti per le istituzioni europee. Successivamente, l'indicazione dell'oggetto e degli obiettivi deve essere contenuta nella richiesta di registrazione inoltrata alla Commissione. Occorrono non meno di un milione di "dichiarazioni di sostegno" di cittadini dell'Unione europea, rispettando le soglie minime individuate per ciascun

---

<sup>4</sup> Nel merito, si segnala ALLEGRI, *Il diritto di iniziativa dei cittadini europei e la democrazia partecipativa nell'Unione europea: prime riflessioni*, in *Federalismi.it*, 23, 2010, 10: «Il "prendere sul serio" l'affermazione di un nuovo diritto di iniziativa delle cittadinianze d'Europa ha a che fare con il *principio speranza* di pensare nuovamente lo spazio europeo come una dimensione della civilizzazione giuridica e politica di un Continente, nel pieno di una crisi plebiscitaria e populistica degli istituti tradizionali della democrazia rappresentativa al livello statuale-nazionale; dinanzi alla pericolosa intolleranza che i partiti tradizionalisti-autoritari-nazionalisti continuano a favorire in una diffidente opinione pubblica europea, spesso ridotta all'afonia, lasciata in solitudine e quasi sempre impaurita, perché impoverita di tutto: istruzione, salute, libertà, sicurezza, dignità».

<sup>5</sup> Regolamento (UE) n. 211/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 2011 riguardante l'iniziativa dei cittadini (GU L 65 dell'11.3.2011), integrato dal Regolamento di esecuzione (UE) n. 1179/2011 della Commissione, del 17 novembre 2011, che fissa le specifiche tecniche per i sistemi di raccolta elettronica a norma del regolamento (UE) n. 211/2011 (GU L 301 del 18.11.2011).

Paese<sup>6</sup>, affinché una iniziativa possa giungere sul tavolo dei commissari europei; i sottoscrittori devono essere residenti in almeno sette diversi Stati membri e in possesso dell'età ritenuta idonea per votare. La raccolta delle dichiarazioni di sostegno può avvenire sia mediante l'utilizzo di moduli cartacei, sia attraverso la certificazione di firme elettroniche, effettuata dalle autorità individuate da ciascuno Stato<sup>7</sup>. Qualora siano stati soddisfatti tutti i requisiti richiesti, la proposta è presentata alla Commissione attraverso un incontro fra i referenti del comitato promotore e uno o più commissari. In seguito, i proponenti sono invitati a un'audizione pubblica del Parlamento europeo, quale momento prodromico all'adozione di una comunicazione della Commissione in cui sono esposte le azioni da intraprendere o le motivazioni per cui non esiste la volontà di dare seguito alla iniziativa.

Prima che la composizione del Parlamento venisse rinnovata tra lo scorso 23 e 26 maggio, le iniziative aperte alla firma erano quindici, denotando un segnale di non trascurabile vitalità dello strumento<sup>8</sup>. Tuttavia, se si ha cura di filtrare le proposte effettivamente sottoposte alla Commissione dal 2011 in avanti, ci si accorge che sono state solamente quattro le iniziative che hanno soddisfatto tutti i requisiti; di contro, quindici iniziative sono state ritirate, ventisei non hanno riscontrato un sostegno sufficiente e ventuno sono state oggetto di rifiuto da parte della Commissione. Nel dettaglio, però, un'attenta lettura del seguito dato alle quattro proposte evidenzia come nessuna di queste abbia prodotto la legislazione auspicata, dato che non esiste alcun obbligo in tal senso in capo ai commissari europei.

Sull'onda di una crescente attenzione verso il tema dell'acqua quale bene comune, la prima iniziativa dei cittadini europei che ha raggiunto la Commissione è stata "*Right2Water*" nel 2012. Sei anni dopo i primi risultati: la Commissione ha adottato una proposta di revisione della direttiva sull'acqua potabile che prevede il miglioramento dell'accesso all'acqua, in particolare per i gruppi più vulnerabili e marginali. La Commissione ha annunciato nei programmi di lavoro 2017 e 2018 la presentazione di una

---

<sup>6</sup> Il numero minimo di firmatari per Stato membro, applicabile alle iniziative registrate a partire dal 1° luglio 2014, si ricava moltiplicando per 750 il numero dei seggi assegnati nel Parlamento europeo: per l'Italia è pari a 54.750 firmatari.

<sup>7</sup> L'Italia, quanto alla verifica e alla certificazione delle dichiarazioni di sostegno, ha dato attuazione alla norma prevista dal Regolamento UE 211/2011 con il d.P.R. 193/2012. Il Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali del Ministero dell'Interno è incaricato di eseguire il conteggio delle dichiarazioni di sostegno, della loro autenticità e della completezza dei dati del sottoscrittore.

<sup>8</sup> Per un riscontro esauriente, si veda la pagina del sito della Commissione europea <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/?lg=it>.

proposta legislativa sui requisiti minimi di qualità delle acque riutilizzate destinate all'irrigazione dei campi e al ravvenamento delle falde acquifere. Al termine del mandato, però, le promesse non si sono tradotte in alcunché.

Il numero di firme richiesto è stato raggiunto di nuovo nel 2012 anche dalla proposta italiana “Uno di noi”, finalizzata a richiedere una legislazione atta a tutelare il diritto alla vita del nascituro, nonché all'integrità di ogni essere umano fin dal suo concepimento. In tale occasione, la Commissione – adottando una comunicazione nel 2014 – ha spiegato di non voler presentare alcuna proposta legislativa, dato che gli Stati membri e il Parlamento europeo avevano recentemente discusso e deciso la politica in merito. Più probabilmente, una via d'uscita di fronte al più classico dei “temi etici” sul quale si stagliano tutte le difficoltà di fornire una sola risposta continentale.

L'evidente effetto-novità dello strumento ha trainato, sempre nel 2012, pure l'iniziativa “*Stop Vivisection*” che è riuscita a ottenere le firme per richiedere l'eliminazione della sperimentazione animale nell'Unione europea. La Commissione ha promosso l'organizzazione di una conferenza che si è tenuta il 6 e 7 dicembre 2016 a Bruxelles per coinvolgere la comunità scientifica e gli operatori del settore in un dibattito su come sfruttare i progressi nella ricerca per la definizione di approcci scientificamente validi che non prevedano l'uso di animali; nel corso della conferenza, la stessa Commissione ha evidenziato in una relazione i progressi compiuti nell'attuazione delle azioni intraprese, tra cui – tuttavia – non è presente alcun atto legislativo.

Dopo una serie di iniziative fallite, nel 2017 lo strumento è servito per proporre l'introduzione del divieto di utilizzo del glifosato, riformare la procedura di approvazione dei pesticidi e fissare obiettivi obbligatori per la riduzione del loro utilizzo. Relativamente al divieto dei diserbanti a base di glifosato, la Commissione ha concluso che non sussistono motivi giuridici o scientifici che giustifichino il divieto e, pertanto, non presenterà una proposta legislativa in tal senso. Per garantire che la valutazione scientifica dei pesticidi si basi unicamente su studi commissionati da autorità pubbliche competenti, anziché da privati in conflitto di interessi, la Commissione si è impegnata a presentare una proposta legislativa per migliorare la trasparenza delle valutazioni scientifiche, la qualità e l'indipendenza degli studi che costituiscono la base delle valutazioni effettuate dall'Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA). Quanto alla fissazione di obiettivi obbligatori per la riduzione dell'uso di pesticidi nell'UE, la Commissione ha espresso l'intenzione di concentrarsi sull'attuazione della direttiva sull'uso sostenibile dei pesticidi, impegnandosi a riesaminare la situazione in futuro. Nonostante

la volontà di perseguire questi tre obiettivi, la Commissione non ha prodotto alcuna iniziativa.

Dunque, ad oggi non esiste legislazione sorta direttamente dall'impulso della ICE che, proprio per questo, si appresta a essere oggetto di un rinnovato regolamento che entrerà in vigore dal prossimo 1° gennaio 2020. La volontà di procedere a una modifica è scaturita proprio in seguito alla relazione sullo stato di applicazione del regolamento (UE) n. 211/2011 e del regolamento di esecuzione (UE) n. 1179/2011<sup>9</sup>, laddove la Commissione si era impegnata ad analizzare ulteriormente l'impatto dello strumento della iniziativa dei cittadini europei e a migliorarne il funzionamento, anche su spinta della risoluzione del Parlamento europeo del 28 ottobre 2015<sup>10</sup>. Si è pertanto aperta una fase di revisione che ha coinvolto il Mediatore europeo, il Comitato europeo delle Regioni, il Comitato economico e sociale europeo, il Parlamento europeo, il Consiglio dell'UE e la Commissione, giungendo nel dicembre 2018 alla formale adozione del nuovo regolamento da parte di Parlamento e Consiglio. Negli intenti, l'iniziativa dei cittadini europei dovrà essere più accessibile, meno onerosa, di più facile utilizzo per organizzatori e sostenitori, oltre che maggiormente monitorata. In particolare, gli Stati membri potranno fissare l'età minima per sostenere una iniziativa a 16 anni. L'ICE dovrà rientrare nelle aree di competenza della Commissione per essere esaminata, ma sarà lasciata l'opportunità di essere presa in considerazione anche se solo parzialmente in linea con queste. Una volta che una iniziativa sarà stata registrata, la Commissione dovrà rilasciare le sue conclusioni entro sei mesi dall'audizione pubblica dei promotori in Parlamento, dettagliando le azioni che intende realizzare con una spiegazione chiara e motivata della propria decisione. Esisterà un nuovo supporto digitale allo scopo di gestire l'*iter* dell'iniziativa e gli organizzatori riceveranno una prima comunicazione con le probabilità che la Commissione approvi la loro registrazione. Inoltre, la raccolta delle firme avverrà attraverso un servizio *online* gratuito, in una qualsiasi delle lingue ufficiali dell'UE, con la possibilità di scegliere la data di inizio della campagna e fornendo meno informazioni personali possibili ai sensi del GDPR<sup>11</sup>. Il

---

<sup>9</sup> Per maggiori approfondimenti, si veda il portale della Commissione europea <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/IT/1-2015-145-IT-F1-1.PDF>.

<sup>10</sup> Per ulteriori informazioni, si veda il sito del Parlamento europeo [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0382\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0382_EN.pdf).

<sup>11</sup> Si tratta del *General Data Protection Regulation*, ovvero del Regolamento (UE) 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento e alla libera circolazione dei dati personali che, a partire dal 25 maggio 2018, è applicato in tutti gli Stati membri.

programma di gestione via *web* permetterà di rimanere informati attraverso gli aggiornamenti sullo stato delle iniziative, sulle risposte fornite dalle istituzioni e per i cittadini sarà possibile scambiare opinioni tramite un *forum online*. Infine, agli organizzatori della iniziativa sarà richiesta la massima trasparenza attraverso la pubblicazione di tutte le informazioni sui singoli finanziamenti ricevuti, qualora il contributo superi i cinquecento euro; tuttavia, nessun finanziamento pubblico è stato previsto a sostegno del Comitato, nemmeno al raggiungimento di un numero minimo di dichiarazioni di sostegno, rappresentando così un forte ostacolo per l'efficacia dello strumento.

### **3. Il referendum propositivo all'orizzonte**

Sul piano interno, si è recentemente assistito a un corposo tentativo di revisione della Costituzione, contenuto nella legge costituzionale approvata dal Parlamento italiano il 12 aprile 2016. Il tentativo di mutare il bicameralismo paritario è fallito nell'ambito del *referendum* costituzionale del 4 dicembre 2016 al cui esito favorevole il Governo aveva legato la sua permanenza in carica. In virtù di tale considerazione, è senz'altro possibile affermare come questa bocciatura non rappresenti solo un rifiuto maggioritario dell'elettorato di una revisione della Carta, ma anche un giudizio negativo sull'esecutivo che si era intestato la "Grande riforma". Pertanto, esiste con ragionevole certezza un elettorato disposto ad assecondare riforme che forniscano nuova linfa alle istituzioni democratiche, ma a condizione che muti l'approccio alla revisione.

Il piano delle riforme istituzionali presentato dal Ministro Fraccaro all'esordio della XVIII Legislatura sembra raccogliere l'invito a procedere con riforme puntuali e ponderate, in luogo di profonde innovazioni di sistema che non potranno di certo essere perseguite. La scelta metodologica di intervento, pertanto, è ricaduta su quella «microchirurgia costituzionale<sup>12</sup>» che rappresenta una tecnica in antitesi a quella adoperata per i progetti di «riforme napoleoniche di Berlusconi (2005) e Renzi (2016) [...] e già questa è una cautela contro nuove Waterloo<sup>13</sup>». A differenza del Parlamento europeo, infatti, quello italiano non vede scaturire le sue difficoltà «da un

---

<sup>12</sup> REGASTO, *Prime osservazioni sulle prospettive di riforma costituzionale nella XVIII legislatura*, in *Astrid Rassegna*, n. 14, 2018, 1.

<sup>13</sup> AINIS, *Referendum meglio tardi che mai*, in *L'Espresso*, 27 gennaio 2019.

*deficit* di governabilità per eccesso di rappresentanza, ma da un difetto di rappresentatività e di capacità decisionale del Parlamento<sup>14</sup>».

La revisione di maggiore rilevanza non è, dunque, un intervento sulle dinamiche della democrazia deliberativa, quanto un ulteriore strumento di democrazia partecipativa: il *referendum* propositivo. Comparabile alla *initiative*<sup>15</sup>, rappresenta una nuova specie di un *genus* già noto e si prefigge la finalità di garantire, al sempre più disaffezionato elettore, la certezza di «un esito positivo o negativo, [che] comunque non possa concludersi con il sostanziale *non liquet*<sup>16</sup>». Entro diciotto mesi dalla presentazione da parte di almeno cinquecentomila elettori di una proposta di legge, il Parlamento sarà indotto ad approvare un testo poiché, qualora ignorasse il progetto o approvasse una versione difforme e non condivisa dal comitato referendario, si aprirebbero le porte per un'inevitabile consultazione popolare. Opportuno è risultato l'intervento dell'Aula per escludere il voto popolare sia sulla controproposta parlamentare, sia nel caso di modifiche parlamentari meramente formali<sup>17</sup>, attraverso l'individuazione di un organo terzo<sup>18</sup> che possa scongiurare un *referendum* nel caso di un *idem sentire*. Dunque, si tratterebbe di una «nuova forma di legislazione popolare non limitata ad un atto unidirezionale, di legislazione negativa<sup>19</sup>», affrancandosi così dal *referendum* abrogativo, ma approssimandosi a quest'ultimo quanto all'estensione all'intera Carta dei parametri del controllo preventivo di costituzionalità<sup>20</sup> e quanto al numero di firme richieste. Ulteriore compito

---

<sup>14</sup> LIBERTINI, *Sulle nuove proposte governative di riforme costituzionali*, in *Astrid Rassegna*, n. 13, 2018, 1.

<sup>15</sup> In proposito, si richiama MORRONE, *L'iniziativa popolare propositiva: per una democrazia plebiscitaria contro la democrazia rappresentativa?*, in *Federalismi.it*, 23/2018, 4: «Il modello è quello della *initiative*: è (a) indiretta, perché la proposta popolare non è direttamente sottoposta al voto del corpo elettorale, dato il *referendum* popolare non è immediato, ma subordinato al previo esame e al voto delle camere dell'*initiative*; b) popolare, perché l'*iniziativa* è esclusivamente di una frazione del corpo elettorale, costituito in comitato promotore: è quest'ultimo che forma il contenuto della proposta di legge; c) propositiva, perché l'*iniziativa* è volta a *creare nuovo diritto*».

<sup>16</sup> BIN, *Poche cose, poco utili (in margine al programma di riforme costituzionali nella XVIII legislatura)*, in *Astrid Rassegna*, n. 15, 2018, 3.

<sup>17</sup> Si veda l'emendamento 1.901 Commissione.

<sup>18</sup> Si veda il subemendamento 0.1.900.16 riformulato On. Migliore (Partito Democratico).

<sup>19</sup> DE MARCO, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta nei progetti di riforma del "Governo del cambiamento"*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 3, 2018, 595.

<sup>20</sup> Si veda l'emendamento 1.901 Commissione.

per la Corte costituzionale sarebbe quello di verificare, già al raggiungimento delle duecentomila firme, l'ammissibilità del quesito<sup>21</sup>.

Su questa proposta si è innestato un ampio dibattito per l'iniziale assenza di un *quorum* strutturale che, nelle intenzioni dei proponenti, sarebbe dovuto essere abrogato *tout court*. Pur riconoscendo adeguata la necessità di modifica del *quorum*, desta perplessità il suo totale venir meno e in molti si sono spinti a ipotizzarne un abbassamento (ad esempio 35-40% degli elettori<sup>22</sup>) che consideri un'astensione fisiologica senza però sterilizzarne gli effetti. Stante la creazione in seno alla maggioranza parlamentare di una divisione sul punto, si è accettata la soluzione – prospettata dall'opposizione in Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati<sup>23</sup> – di introdurre un “*quorum* approvativo” pari a un quarto degli aventi diritto. Ben avrebbe potuto il Partito Democratico, autore della proposta emendativa in oggetto, rispolverare quanto approvato nella XVII Legislatura all'interno della riforma costituzionale: la proposta soggetta a *referendum* sarebbe stata approvata qualora avesse partecipato alla votazione la maggioranza degli aventi diritto o, se avanzata da ottocentomila elettori, sarebbe stata sufficiente la maggioranza dei votanti alle ultime elezioni della Camera dei deputati, stante il raggiungimento della maggioranza dei voti validamente espressi. Ciò avrebbe indubbiamente legato la soglia – piuttosto che a una cifra della quale non si conosce la *ratio* – a un criterio oggettivo, mantenendo tuttavia il *quorum* strutturale per i quesiti sostenuti da un numero di firme compreso tra cinquecento e ottocentomila: una sorta di *referendum* a «geometria variabile<sup>24</sup>». Una mera riduzione, in luogo di una coscienziosa rimodulazione, continuerà perciò a dar spazio al «partito dell'astensione<sup>25</sup>», mediante la facoltà di plurimi richiami a disertare le urne, «una minoranza organizzata [potrà ancora] impedire alla maggioranza del corpo elettorale di decidere<sup>26</sup>».

---

<sup>21</sup> Si vedano gli emendamenti 1.173 e 1.175 On. Speranza (Liberi e Uguali), 1.184 On. Giorgis (Partito Democratico) e 1.185 On. Lucaselli (Fratelli d'Italia).

<sup>22</sup> PASSIGLI, *Le proposte di riforma del governo Conte: luci ed ombre*, in *Astrid Rassegna*, n. 14, 2018, 5.

<sup>23</sup> Si veda l'emendamento 1.215 On. Ceccanti (Partito Democratico).

<sup>24</sup> COSTANZO, *Quale partecipazione popolare nel d.d.l. di riforma costituzionale (c.d. Renzi-Boschi)*, in COSTANZO, GIOVANNELLI, TRUCCO (a cura di), *Forum sul d.d.l. costituzionale “Renzi-Boschi”. Dieci studiosi a confronto*, Torino, 2015, 19.

<sup>25</sup> PINELLI, *Considerazioni sulle proposte di riforme costituzionali nella XVIII Legislatura*, in *Astrid Rassegna*, n. 14, 2018, 4.

<sup>26</sup> MORRONE, *L'invito a disertare le urne, tra storia, costituzione e regole di correttezza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, 597.

Inopportuna sembra la scelta di ampliare il contenuto essenziale dell'articolo 71, all'opposto sarebbe stata più in linea con lo stile della Carta una formulazione di principio che rimandasse una compiuta disciplina a una legge ordinaria rinforzata, con l'integrazione regolamentare di taluni aspetti<sup>27</sup>. Se non altro, è stato raccolto l'invito delle minoranze a prevedere la maggioranza assoluta per l'approvazione della legge attuativa del nuovo art. 71 Cost.<sup>28</sup>, la quale disciplinerà – tra le diverse questioni – anche la previsione di un numero massimo di proposte popolari da sottoporre all'esame delle Camere<sup>29</sup>, la garanzia di un'uguale conoscibilità delle soluzioni in campo<sup>30</sup> e, sembra d'obbligo immaginarlo, l'esercizio del potere di rinvio del Presidente della Repubblica in rapporto a questo nuovo strumento partecipativo.

Se da una parte la Corte potrebbe cogliere nell'introduzione del *referendum* propositivo un'occasione per «costruire un modello [per l'] ammissibilità di quesiti “manipolativi” [...] riportando quello abrogativo nell'ambito del suo originario significato<sup>31</sup>», d'altra parte questa modifica dell'istituto referendario pone un rischio colto da diverse forze politiche e da gran parte della dottrina, ossia che una necessaria rivitalizzazione degli strumenti di democrazia partecipativa possa sferrare un «colpo mortale<sup>32</sup>» alla democrazia rappresentativa: un modello decisionale oscillante tra due soluzioni alternative estreme, nel rifiuto del terreno intermedio di un Parlamento quale luogo della sintesi. Tuttavia, non sembrano realistiche le ipotesi avanzate nella discussione in Assemblea in ordine al timore che con questa revisione «saranno proprio le *lobby* organizzate che riusciranno a trarne dei vantaggi<sup>33</sup>», per quanto tale asserzione possa essere supportata da un confronto con il metodo californiano<sup>34</sup>. È da rilevare, infatti, che oltreoceano esiste una regolamentazione in grado di garantire il massimo livello di trasparenza dei portatori di interessi e pertanto il paragone non

<sup>27</sup> A suffragare tale ipotesi, BIN, *Op. cit. supra*, par. 2: «La cosa migliore sarebbe affidare a una legge ordinaria rinforzata (secondo il modello dell'art. 116.3 e 81.6 Cost.) la disciplina esatta del procedimento, lasciando ai regolamenti parlamentari di disciplinare solo i particolari procedurali».

<sup>28</sup> Si veda l'emendamento 1.249 On. Ceccanti (Partito Democratico).

<sup>29</sup> Si veda l'emendamento 1.903 Commissione.

<sup>30</sup> Si veda il subemendamento 0.1.900.51 riformulato On. Ceccanti (Partito Democratico).

<sup>31</sup> REGASTO, *Op. cit.*, par. 2.

<sup>32</sup> G. L. CONTI, *Il futuro dell'archeologia*, cit., par. 2.

<sup>33</sup> Milanato (Forza Italia), *Resoconto stenografico della seduta del 16 gennaio 2019*, XVIII Legislatura, 26.

<sup>34</sup> Ceconi (Misto), *Resoconto stenografico della seduta del 16 gennaio 2019*, XVIII Legislatura, 24.

sembra pertinente; l'idea che delle strutture che cercano in ogni modo di celare la loro presenza possano palesarsi in una lunga e dispendiosa raccolta firme, pare non molto aderente alla realtà.

Nell'attesa della doppia delibera conforme delle Camere, questo strumento "non negoziabile" per i membri del Parlamento somiglia molto a un'*extrema ratio* attraverso la quale porre con le spalle al muro quei rappresentanti del popolo che, dall'esordio dell'epoca repubblicana, hanno lasciato pressoché prive di interlocuzione le istanze provenienti dal popolo<sup>35</sup>: in caso di approvazione definitiva, «l'unica cosa che il Parlamento non potrebbe fare è mettere nel cassetto e ignorare l'iniziativa popolare<sup>36</sup>».

#### 4. Un malcelato plebiscito?

Sempre sul piano interno, è possibile individuare nel regionalismo differenziato – così come delineato dall'art. 116, terzo comma, della Costituzione – il principale fronte verso il quale si è recentemente espressa una partecipazione democratica proveniente da dimensioni territoriali desiderose di essere coinvolte nel *decision-making process*. Infatti, la Lombardia e il Veneto, seguite poi dall'Emilia Romagna, sono state le prime Regioni in Italia a richiedere, pur in modo assai differente fra loro, ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia.

L'Emilia Romagna ha intrapreso il percorso senza previamente consultare i propri abitanti, ma con l'approvazione da parte della Giunta regionale del documento di indirizzo del 28 agosto 2017, a cui è seguita la risoluzione n. 5321 del Consiglio regionale recante «Avvio del procedimento finalizzato alla sottoscrizione dell'Intesa con il Governo per il conseguimento di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione». Diversamente, Lombardia e Veneto hanno svolto una consultazione popolare al fine di conoscere l'opinione dell'elettorato in merito alla richiesta di regionalismo differenziato, scegliendo di percorrere una strada all'apparenza maggiormente partecipata. Del resto, l'art. 52, comma 1, dello Statuto lombardo prevede la possibilità per il Consiglio regionale di deliberare, a maggioranza dei due terzi dei componenti, «l'indizione di referendum consultivi su questioni di interesse regionale, o su provvedimenti interessanti

---

<sup>35</sup> Per un'analisi sul tema, si veda OpenBlog, *Leggi di iniziativa popolare, dimenticate dalla nostra politica*, in *Blog.openpolis.it*, 31 ottobre 2014.

<sup>36</sup> ONIDA, *Timori eccessivi sul referendum propositivo?*, in *Astrid Rassegna*, n. 2, 2019, 3.

*popolazioni determinate*»; ancor più, in conformità all'art. 25, comma 1, della legge regionale 28 aprile 1983, n. 34, l'Assemblea legislativa lombarda può indire *referendum* consultivi «prima di procedere all'emanazione di provvedimenti di sua competenza». L'art. 27, primo comma, dello Statuto veneto stabilisce la medesima possibilità per il Consiglio di «deliberare l'indizione di referendum consultivi delle popolazioni interessate su provvedimenti o proposte di provvedimenti di competenza del Consiglio».

Il caso della Regione Veneto, pur presentando un identico ricorso al *referendum*, si affranca dalle modalità con le quali è stata proposta la consultazione in Lombardia. Sebbene la legge statutaria veneta non prevede un'espressa procedura per la richiesta della c.d. *autonomia differenziata*, l'art. 33 pare delineare la necessità di un pronunciamento da parte del Consiglio, in quanto si prevede che esso deliberi *ex lett. q)* «su ogni altro provvedimento per il quale la Costituzione, lo Statuto o la legge stabiliscono la generica attribuzione alla Regione», nonché formuli *ex lett. r)* «atti d'indirizzo generale al Presidente della Giunta e alla Giunta sulle questioni di rilevante interesse per la comunità regionale o per quanto attiene ai rapporti con l'Unione europea, lo Stato, le Regioni e gli enti locali». Attraverso le leggi regionali 19 giugno 2014, nn. 15 e 16, in Veneto è giunto a compimento quel percorso finalizzato alla ricerca di autonomia e indipendenza dallo Stato, ma con previa richiesta agli abitanti di pronunciarsi in merito. Pertanto, il quesito presente nella l.r. 16/2014 recitava: «Vuoi che il Veneto diventi una Repubblica indipendente e sovrana? Sì o No?», ma nell'evidente contrasto con il principio di unità e di indivisibilità della Repubblica di cui all'art. 5 Cost., la legge regionale è stata dichiarata incostituzionale dalla sent. n. 118 del 2015. Ciononostante, un soggetto privato – riconducibile a comitati secessionisti – ha sottoposto il quesito bocciato a tutti i veneti attraverso il *web*, contribuendo di tal guisa a ingenerare nell'elettorato una coacervo di falsi convincimenti<sup>37</sup>. Nella medesima pronuncia, però, la Corte ha sottoposto al suo giudizio anche quel «ventaglio di quesiti sull'autonomia<sup>38</sup>» individuabili nell'altra deliberazione,

---

<sup>37</sup> Codesta situazione, secondo PIETRANGELO, *Qualche riflessione sui metodi della consultazione popolare al tempo di Internet, a margine dei referendum consultivi veneti su indipendenza e autonomia*, in *Federalismi.it*, n. 1, 2015, 6: «può aver tratto in errore i veneti, inducendoli a ritenere vincolante (anche solo politicamente) per gli amministratori pubblici l'esito della consultazione online».

<sup>38</sup> TEGA, *Venezia non è Barcellona. Una via italiana per le rivendicazioni di autonomia?*, in *Le Regioni*, 2015, 1143.

la l.r. 15/2014, ammettendo quello relativo alla richiesta di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia<sup>39</sup>.

Così, il 22 ottobre 2017 si sono tenuti i due *referendum* consultivi che hanno registrato un'affluenza pari al 38,2% in Lombardia, con una vittoria dei sì del 96%, e al 57,2% in Veneto, superando così il *quorum* previsto, nonché registrando una prevalenza pressoché totale della risposta affermativa al quesito.

Le consultazioni popolari in ordine a ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia sull'asse lombardo-veneto hanno realizzato il paventato rischio di strumentalizzazione politica connesso a un istituto di partecipazione democratica quale è il *referendum* consultivo<sup>40</sup>. Qualora la natura della consultazione risultasse un'invocazione plebiscitaria, infatti, essa si porrebbe al di fuori del nostro ordinamento, poiché l'elettorato sarebbe chiamato ad alimentare un consenso – già largamente maggioritario – al solo fine di celebrarne l'entità<sup>41</sup>. L'inclinazione populista del *referendum* è evidente nella comunicazione atta a veicolare richieste politiche autonomistiche mediante un "appello al popolo" operato nei confronti di elettori trattati alla stregua di abitanti di un territorio alla ricerca

---

<sup>39</sup> In riferimento alla pronuncia, SANTINELLO, *Verso l'autonomia differenziata della Regione Veneto: dal referendum alla firma della pre-intesa con il Governo*, in *Le Regioni*, 2017, 1192 s.: «Ci sembra che, più che dimostrare «apertura culturale», la Corte abbia voluto semplicemente ribadire che la Regione può prevedere *referendum* consultivi riguardanti anche «ambiti che superano i confini delle materie e del territorio regionale, fino ad intrecciarsi con la dimensione nazionale», ma senza tuttavia poter assumere iniziative «libere nella forma o eccedenti i limiti stabiliti in virtù di previsioni costituzionali» (la Corte rinvia infatti alle sentenze n. 496 del 2000, n. 470 del 1992, n. 256 del 1989, con le quali aveva bocciato iniziative di consultazione popolare della Regione Veneto volte a «condizionare scelte discrezionali affidate alla esclusiva competenza di organi centrali dello Stato» o addirittura «orientat[e] contro la Costituzione vigente»).

<sup>40</sup> Inequivocabilmente, il Presidente del Veneto Zaia nel comunicato stampa n. 601 del 21/04/2017: «Per il Veneto questa data ha un'importanza del tutto particolare perché è una data simbolo, in quanto andremo al voto esattamente 151 anni dopo il plebiscito con cui la nostra Regione fu annessa al Regno d'Italia. Noi speriamo che il nostro *referendum* si trasformi nella risposta corale dei veneti a quel plebiscito del 1866 e che il Veneto voti compatto, dichiarando anzitutto e soprattutto la propria autonomia e la sua storica e genetica voglia di autodeterminazione».

<sup>41</sup> Nella vasta letteratura, così CHIAPPETTI, voce *Plebiscito*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, 953 s.: «L'esame dei casi di concreta sperimentazione del plebiscito prova che la sua attivazione, appunto in quanto non prevista da disposizioni costituzionali, scaturisce in genere da decisioni arbitrarie degli organi di governo che stabiliscono *ad libitum* di «sentire» il popolo su determinazioni che essi intendono adottare o hanno già adottato. È questa peculiarità che rivela la complessa se non anche contraddittoria matrice dell'atto plebiscitario».

della propria indipendenza. Essendo tutto ciò estraneo al nostro sistema giuridico, l'operazione referendaria si riduce a mostrare con evidenza il concetto del «primato incondizionato della *ratio populi* sulla *voluntas legislatoris*<sup>42</sup>». Queste argomentazioni assumono ancor più valore in Lombardia e in Veneto, laddove i Presidenti delle Giunte risultano sostenuti da maggioranze politiche apertamente favorevoli all'accrescimento dell'autonomia regionale per effetto di un consolidato orientamento elettorale che vede gli stessi partiti saldamente al governo di queste Regioni senza alcuna interruzione da oltre vent'anni<sup>43</sup>.

Di certo, i risultati netti della doppia consultazione popolare potranno rafforzare il potere contrattuale degli esponenti delle Giunte regionali impegnati nella trattativa con lo Stato centrale, in particolare nel caso in cui – come accaduto nella XVII Legislatura – il colore politico degli amministratori regionali non corrispondesse, in tutto o in parte, con quello dell'esecutivo<sup>44</sup>. Ciò a ulteriore evidenza di un utilizzo obliquo dello strumento referendario, la cui volontà conoscitiva dell'opinione dell'elettorato ha avuto uno spazio ridotto se non pressoché assente.

## 5. Conclusioni

Dalla analisi multilivello che ho voluto proporre, può evincersi che – pur nella limitatezza delle ipotesi affrontate – il coinvolgimento dell'elettorato attraverso i molteplici strumenti della democrazia diretta e partecipativa può rappresentare una spinta propulsiva atta a fornire quella vitalità che la democrazia deliberativa sembra aver smarrito nell'attuale crisi del parlamentarismo. Tuttavia, in questa condizione di difficoltà democratica, è insito il rischio di giungere a una via d'uscita tale da alterare l'apporto

---

<sup>42</sup> MORRONE, *Populismo referendario. La strada impervia della secessione all'italiana*, in *Federalismi.it*, n. 20, 2017, 3.

<sup>43</sup> La coalizione di centro-destra rappresenta storicamente la maggioranza in Lombardia per effetto delle Giunte Arrigoni (Lega Nord) dal 1994 al 1995, Formigoni (Forza Italia) dal 1995 al 2013, Maroni (Lega Nord) dal 2013 al 2018 e Fontana (Lega Nord) dal 2018 ad oggi; in Veneto attraverso le Giunte Galan (Forza Italia) dal 1995 al 2010 e Zaia (Lega Nord) dal 2010 ad oggi.

<sup>44</sup> A dimostrazione di quanto affermato, la dichiarazione del Presidente della Giunta regionale lombarda Maroni durante la conferenza stampa convocata all'indomani dell'esito del voto: «Punterò ad avere tutte le competenze dell'Articolo 117, ad avere le risorse connesse ma anche il riconoscimento della Lombardia come Regione speciale. Partiamo martedì in Consiglio regionale con il mio intervento che farà partire la discussione della mozione, nel frattempo convocheremo tutti gli *stakeholder*».

virtuoso della democrazia “dal basso” nei confronti della deliberazione “dall’alto”, sterilizzando gli effetti di una partecipazione democratica o – all’opposto – strumentalizzandone il valore.

L’iniziativa dei cittadini europei è di certo un megafono utile per le voci che nel Continente vogliono coalizzarsi attorno a una richiesta, con il limite, però, di non riuscire ancora a produrre risultati effettivi. Il nuovo regolamento che entrerà in vigore il prossimo anno potrà senz’altro rappresentare un’opportunità per lo strumento, ma di certo non colmerà alcun *deficit* di legittimazione democratica malgrado il noto contenuto dell’articolo 10 del TUE che stabilisce come: «*il funzionamento dell’Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa*».

Nell’ambito dei nostri confini, non si possono di certo assecondare gli allarmi per l’ipotesi di introduzione del *referendum* propositivo, ma il Parlamento deve continuare a essere il luogo della mediazione e del compromesso politico, dotato di una visione di insieme da differenti punti di vista. Dotare di nuova linfa gli istituti di democrazia partecipativa rappresenterebbe un “cavallo di Troia” per la democrazia rappresentativa – sotto il cui edificio taluni ravvisano «una bomba ad orologeria<sup>45</sup>» – solo nel caso in cui il *referendum* non fosse considerato alla stregua di un «fattore eccezionale di correzione e integrazione del sistema<sup>46</sup>».

Infine, il *referendum* consultivo, se non alterato da finalità elettorali, può rappresentare un’occasione di ascolto proficuo delle istanze territoriali<sup>47</sup>. Tuttavia, l’indizione dei due *referendum* presi a modello è stata deliberata da Consigli regionali le cui maggioranze erano già da tempo profondamente convinte delle loro decisioni, ma che hanno ritenuto opportuno «un ricorso al popolo che scende dall’alto tingendosi, per questo fatto stesso, di una coloritura plebiscitaria<sup>48</sup>».

---

<sup>45</sup> LIPPOLIS, *Luci ed ombre nella riforma costituzionale di Fraccaro*, in *Formiche.net*, 9 febbraio 2019.

<sup>46</sup> DE FIORES, *Ragioni e virtù del quorum di partecipazione nel referendum abrogativo*, in *Pol. dir.*, 2000, 474.

<sup>47</sup> In tal senso, già UBERTI, in *Atti Ass. Cost. - II Sottocomm.*, 17 gennaio 1947, 819: «la facoltà concessa al popolo di esprimere il suo pensiero su determinati problemi amministrativi è di importanza radicale, specialmente da che è stato abolito il controllo di merito, controllo che sarebbe fatto dalle popolazioni stesse attraverso il *referendum*».

<sup>48</sup> BALBONI, *Il referendum consultivo nello Stato-comunità: perché vietarlo?*, in *Le Regioni*, 2001, 218.



**CRISI ECONOMICHE E STATO REGIONALE.  
CONSIDERAZIONI SUL RAPPORTO FRA DEMOCRAZIA  
DIRETTA E PARADIGMA TERRITORIALE  
NELL'ORDINAMENTO REGIONALE ITALIANO, ANCHE ALLA  
LUCE DI ALCUNE ESPERIENZE EUROPEE<sup>°</sup>**

**Luca Dell'Atti**

*Dottore di ricerca in Principi giuridici ed istituzioni  
fra mercati globali e diritti fondamentali,  
Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"*

*L'articolo analizza la relazione esistente fra crisi economiche, crisi della democrazia rappresentativa e revival di rivendicazioni separatiste e autonomiste. Scopo del contributo è studiare il ruolo svolto in questi processi dal referendum, strumento classico della democrazia diretta, ipotizzando che esso sia utilizzato dai partiti che incarnano le istanze separatiste/autonomiste per sfidare le manifestazioni dell'unità dello Stato in una tensione con le istituzioni centrali che, pur altalenante, non risulta mai del tutto sopita. Oggetto principale d'indagine è lo svolgersi di tali dinamiche nello Stato regionale italiano, ma trattando di fenomeni di dimensione ultra-nazionale, si dedica anche uno spazio all'analisi comparata con due ordinamenti composti europei (Regno Unito e Spagna) che condividono processi assimilabili.*

*This paper analyses the connection between economic crisis, crisis of representative democracy, and the revival of separatist and autonomist claims in Europe. Separatist and autonomist parties alike employ referenda to challenge the principle of the unity of the State, in a constant-yet-varying dialectics with central governments. Drawing mainly from the case of the relations between local and central governments in Italy, the study focuses on the role of referenda – the most evident instrument of direct democracy – within the framework of such processes. However, given the supranational nature of these phenomena, it also includes a thorough comparative analysis with two other European countries, such as Spain and the United Kingdom, in which separatist/autonomist parties play a major role in national politics.*

**Sommario:**

1. Introduzione
2. Le crisi italiane e i riassetamenti del compromesso costituzionale fra unità e autonomia
3. Partiti e referendum alle prese col paradigma territoriale. La Lega e le consultazioni lombardo-venete sull'autonomia differenziata
4. Un'analisi comparata: referendum e partiti indipendentisti nella *devolution* britannica e nell'*Estado autonomico* spagnolo
5. Riflessioni conclusive a proposito dei referendum consultivi dell'ottobre 2017. Fra legalità formale e rischi per l'unità costituzionale

---

<sup>°</sup> Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

## 1. Introduzione

La caduta del muro di Berlino ha determinato la rapida circolazione di modelli assai noti ai costituzionalisti e provenienti dai consolidati ordinamenti democratici dell'Europa occidentale. Tuttavia, mentre quel modello si diffondeva - alle volte tramite innesti eterodiretti in contesti socio-politico-economici non propriamente permeabili, determinando negli anni successivi sensibili divaricazioni fra est e ovest del Continente che rappresentano, oggi, una delle criticità che affliggono il processo di integrazione europea - entrava in crisi nei Paesi dell'Europa occidentale, parallelamente alla crisi valutaria che colpiva, frattanto, svariate fra le monete sovrane appartenenti al Sistema Monetario Europeo; una crisi nuovamente acuita, più di recente, in concomitanza con la congiuntura economica che ha colpito l'Eurozona dopo il 2008. Quest'ultima, infatti, - che ha spinto la *governance* europea alla stretta sui bilanci statali che ha messo a serio rischio la tenuta del *welfare* di molti Paesi europei - ha fatto il paio con una nuova ondata di crisi delle istituzioni rappresentative e del modello democratico occidentale, le cui multi-formi manifestazioni, già comparse a mo' di scomposta reazione ai cennati eventi critici degli anni Novanta, hanno raggiunto l'acme<sup>1</sup>: inedite percentuali di astensionismo, clamorose sconfitte elettorali (e in taluni casi dissolvimento) dei partiti tradizionali, successi elettorali e persino conquista del governo da parte di movimenti anti-sistema, populismi di vario colore, partiti nazionalisti e/o sovranisti.

È appena il caso di sottolineare che i due processi critici hanno un chiaro punto di incidenza, immediatamente visibile nel momento in cui si voglia, ad esempio, seguire certa letteratura sociologica che ha spiegato assai bene la transizione del ruolo dello Stato in economia e le sue conseguenze sulla salute e sulla tenuta delle costituzioni democratico-sociali<sup>2</sup>.

La tesi di partenza di questo contributo è, dunque, che sia data una relazione fra fase avversa del ciclo economico, crisi degli istituti tradizionali della democrazia rappresentativa e *revival* di separatismi, nazionalismi endo-statali o rivendicazioni più o meno autonomiste legate a *claim* definibili, con formula di sintesi, autodeterminativi<sup>3</sup>. Lo scopo del contributo è quello di

---

<sup>1</sup> Su tali processi v. almeno ROSANVALLON, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia*, Roma, 2012.

<sup>2</sup> STREECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Milano, 2013.

<sup>3</sup> L'espressione è di TORRE, *I modelli: autonomia e autodeterminazione nelle vicende del costituzionalismo - Impressioni di un discussant*, relazione al XXXIII Convegno AIC, "La geografia

studiare il ruolo svolto in questi processi dallo strumento classico della democrazia diretta - il referendum - ipotizzando che esso sia utilizzato dai partiti che si fanno promotori delle dette istanze per sfidare le manifestazioni dell'unità dello Stato in una tensione con le istituzioni centrali che, se vive di picchi e valli, non risulta, tuttavia, mai del tutto sopita.

La tematica verrà analizzata, in particolare, con le lenti del costituzionalista, avendo ad oggetto principale d'indagine lo svolgersi di tali dinamiche nello Stato regionale italiano. Tuttavia, sia per ragioni di maggiore ampiezza dell'analisi, sia per rinvenirvi ulteriori argomenti a sostegno delle ipotesi postulate, nonché, infine, poiché avendo a che fare con fenomeni di dimensione ultra-nazionale non può non considerarsi come essi riguardino altri Paesi europei, si dedicherà uno spazio ad un'analisi comparata con due ordinamenti (*lato sensu*) regionali - Regno Unito e Spagna - che vivono o condividono processi assimilabili.

## **2. Le crisi italiane e i riassetamenti del compromesso costituzionale fra unità e autonomia**

L'ondata di crisi istituzionale degli anni Novanta fu, in Italia, particolarmente tenace e radicale. Investendo, essa, i partiti che avevano scritto la Costituzione formale e dato sostanza deontica a quella materiale, non determinò solo un cambio di passo politico ma portò al collasso la «repubblica dei partiti»<sup>4</sup>, vale a dire quel complesso intreccio di rapporti politici, convenzioni e disposizioni costituzionali che furono la *living Constitution* dei primi quarant'anni di vita repubblicana.

Una delle svariate forme di risposta che il sistema provò a dare alla crisi fu l'apertura dell'ordinamento ad una nuova concezione di autonomia territoriale, dapprima col cd. federalismo a Costituzione invariata realizzato a mezzo della legislazione riconnessa al nome (e all'operato) dell'allora ministro Bassanini, poi col ribaltamento dei rapporti costituzionali fra Stato e Regioni realizzato dalla riforma del Titolo V del 2001<sup>5</sup>. Ciò che ha

---

del potere. Un problema di diritto costituzionale», Firenze, 16-17 novembre 2018 rinvenibile all'indirizzo [https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/images/convegni/AnnualiAIC/XXXIII\\_Convegno\\_Annuale\\_AIC\\_Relazioni/Alessandro\\_Torre\\_-\\_I\\_modelli\\_autonomia\\_e\\_autodeterminazione.pdf](https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/images/convegni/AnnualiAIC/XXXIII_Convegno_Annuale_AIC_Relazioni/Alessandro_Torre_-_I_modelli_autonomia_e_autodeterminazione.pdf).

<sup>4</sup> SCOPPOLA, *La repubblica dei partiti. Profilo storico della democrazia in Italia (1945-1990)*, Bologna, 1991.

<sup>5</sup> Su cui imprescindibile è GROPPI - OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, II ed., Torino, 2003.

profondamente a che fare con le modalità di esercizio del principio democratico e, pertanto, con le forme della democrazia costituzionale<sup>6</sup>, poiché non si trattava “solo” di rifornire Regioni ed enti locali di un più ampio ventaglio di attribuzioni o di riarticolare alcune modalità relazionali lungo la scala del governo multi-livello ma di rifondare l’assetto istituzionale (e procedurale) dei pubblici poteri in chiave sussidiaria, approssimando la decisione al cittadino e dando rilievo al principio di differenziazione territoriale delle scelte normative e delle politiche pubbliche.

È in questa chiave, dunque, che vanno letti i processi di riforma della nostra forma di Stato territoriale nel corso degli anni Novanta<sup>7</sup>: da un lato si moltiplicavano i centri di potere, attribuendo alla Regione quel ruolo di regolatore sociale ed economico che non si era potuto realizzare ai tempi della redazione del testo costituzionale, si ridisegnava l’assetto dei centri di spesa (anche allo scopo di adeguare i bilanci agli indicatori macroeconomici imposti dal Trattato di Maastricht), si rafforzava il legame fra cittadini ed amministratori locali tramite l’elezione diretta degli stessi con formule elettorali tendenzialmente maggioritarie.

Tali riforme davano, dunque, nuovo contenuto al mai riformato art. 5 Cost., riassessando la dialettica fra principi unitario e autonomistico (entrambi consacrati nella citata disposizione) su equilibri assai più aperti alla valorizzazione del differenziale territoriale<sup>8</sup>. Del resto, le norme costituzionali che disciplinano i rapporti fra livelli territoriali di governo e, su tutte, quelle che si occupano di riparto di competenze, consacrano il compromesso fra

---

<sup>6</sup> Del resto - ma sul punto si tornerà in via di conclusioni - tutte le forze in Assemblea Costituente avevano ben chiaro nella propria impostazione la funzione democratica delle Regioni, come declinazione ulteriore e territoriale del classico principio di separazione (e diffusione) dei poteri e antidoto contro involuzioni autoritarie. Cfr. GHISALBERTI, *Storia costituzionale italiana, (1848-1994)*, Bari, 2002, 421. Per le posizioni ideologiche e culturali delle principali forze politiche in Costituente sui temi dell’autonomia, del federalismo e del regionalismo v., per le forze di ispirazione marxista, PETTA, *Ideologie costituzionali della sinistra italiana (1892-1974)*, Roma, 1975, e, per quelle di ispirazione cattolico-sociale, DE SIERVO, *Le regioni nelle prime proposte di Ambrosini*, in *Le Regioni*, 1993 e *Sturzo e Ambrosini nella progettazione delle regioni*, in ANTONETTI - DE SIERVO (a cura di), *Ambrosini e Sturzo. La nascita delle regioni*, Bologna, 1998.

<sup>7</sup> Un’efficace e accurata sintesi delle evoluzioni del regionalismo italiano particolarmente attenta alla questione del rilievo democratico della regionalizzazione è di GROPPÌ, *L’evoluzione della forma di Stato in Italia: uno Stato regionale senz’anima?*, in *federalismi.it*, 4, 2007.

<sup>8</sup> Sulla dialettica fra i due principi v., fra i molti, D’ATENA, *Il principio unitario nel sistema dei rapporti tra Stato e Regioni*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, 737 ss.; ROLLA, *Il difficile equilibrio tra autonomia e unità nel regionalismo italiano*, in ID. (a cura di), *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati. Atti del convegno (Pontignano, 10-11 maggio 2002)*, Torino, 2003.

esigenze dell'uniformità e della differenziazione<sup>9</sup> e, pertanto, sono sottoposte ad una notevole variabilità o flessibilità nel tempo, seguendo le esigenze che emergono nella politica, nell'economia, nella società<sup>10</sup>.

La crisi istituzionale successiva all'emergenza economica del 2008 ha colpito l'assetto partitico italiano più duramente che in altri contesti, dapprima esautorando i partiti dal governo - senz'altro col corrico concorso dei partiti stessi - con la formula del governo cd. dei tecnici<sup>11</sup>, poi portando al Governo della Repubblica due formazioni politiche sufficientemente populiste, l'una (nata come) anti-sistema proprio sulla contestazione di taluni degli istituti classici e più significativi della democrazia rappresentativa, l'altra dichiaratamente sovranista.

Rispetto ai rapporti multi-livello, la risposta delle istituzioni statali - a partire dal Governo guidato dal sen. Monti - è stata nel senso di una compressione dell'autonomia (non solo finanziaria) regionale e locale che ha impresso alla nostra Costituzione territoriale una torsione marcatamente centralista, i cui strascichi si sono riverberati anche sul rapporto fra fonti legislative statali e regionali, a causa (fra l'altro) del recessivo utilizzo del canone della leale collaborazione da parte della Corte costituzionale in favore di quello più *tranchant* e (*çava sans dire*) centripeto della prevalenza<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Per tale sottolineatura v., ad esempio, BUZZACCHI, *Uniformità e differenziazione nel sistema delle autonomie*, Milano, 2003, 13.

<sup>10</sup> È appena il caso di segnalare che non sempre si tratta di vere e proprie modifiche costituzionali che assumono il rango della fonte di revisione del testo costituzionale. Al di là dell'ovvia flessione impressa al tenore letterale del disposto costituzionale dalla legislazione attuativa e dall'ermeneutica della Corte costituzionale si deve senz'altro considerare il ruolo delle prassi sviluppate nello svolgimento dei rapporti politico-istituzionali fra Stato e Regioni oltreché l'influenza di portata sovranazionale (l'Unione Europea) e globale (la globalizzazione). In particolare sul ruolo del processo di integrazione comunitaria sulla flessione dei moduli costituzionali del rapporto multi-livello v. BIFULCO *La cooperazione nello Stato unitario composto. Le relazioni intergovernative di Belgio, Italia, Repubblica Federale di Germania e Spagna nell'unione europea*, Padova, 1995, 15; CIARLO, *Le nuove regioni: vocazione all'economia territoriale, crisi del criterio di competenza e contrattualismo politico*, in *Nuove aut.*, 2001, 776-7; ROLLA, *Il difficile equilibrio*, cit., 9.

<sup>11</sup> Non per avventura già sperimentata col Governo Ciampi nel 1993.

<sup>12</sup> BUOSO, *Concorso di competenze, clausole di prevalenza e competenze prevalenti*, in *Le Regioni*, 2008, 61 ss.; BENELLI, *La costruzione delle materie e le materie esclusive statali*, in *Le Regioni*, 2011, 266 ss. Va precisato, per ragioni di completezza, che parte della dottrina ha ritenuto che sia in corso - al momento in cui si scrive - un'ulteriore fase nell'elaborazione giurisprudenziale in materia di rapporti Stato-Regioni, di maggiore attenzione alla sensibilità dell'autonomia regionale e, pertanto, di *revival* dell'utilizzo del canone della leale cooperazione che, se non significa di per sé un nuovo ampliamento dello spazio di decisione autonome delle Regioni, senz'altro ne determina, nuovamente, un maggiore coinvolgimento. Inaugurerebbe tale nuovo filone giurisprudenziale la pluri-annotata sent. n. 251/2016, su cui v. almeno POGGI,

È d'uopo considerare che la revisione costituzionale approvata dal Parlamento nella scorsa legislatura, fortemente voluta dall'allora Presidente del Consiglio Matteo Renzi, incideva pesantemente sulla Costituzione territoriale italiana non solo perché faceva del ramo alto del Parlamento una camera di rappresentazione degli interessi territoriali<sup>13</sup> ma, più ancora, poiché sopprimeva la competenza legislativa concorrente, riportava svariati ambiti materiali in quella esclusiva dello Stato, introduceva la clausola di supremazia<sup>14</sup>, riportando di fatto (*recte*: di diritto) l'interesse nazionale nel gioco dei rapporti fra legislatori statale e regionali<sup>15</sup>. Si può insomma sostenere che se quella riforma avesse superato il vaglio popolare e fosse,

---

*Corte Costituzionale e principio di "lealtà" nella collaborazione tra Stato e Regioni per l'esercizio delle funzioni*, in *federalismi.it*, n. 19, 2017; BIFULCO, *L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, ivi.

<sup>13</sup> Non è di certo questa la sede per approfondire minutamente le questioni sollevate dalla riforma cd. Renzi-Boschi, anche in ragione del suo fallimento. È, tuttavia, necessario ricordare che ampi strati della dottrina contestavano l'efficacia della soluzione ai fini della rappresentazione degli interessi territoriali. A tacere del fatto che la riforma era piuttosto confusa sul punto, non rendendo immediatamente comprensibile di chi, effettivamente, si sarebbe composto il Senato e che tipo di rapporti avrebbe avuto con l'elettorato, il legislativo e l'esecutivo regionali, va poi menzionato il cd. paradosso di Madison che descrive l'inevitabile allinearsi dei rappresentanti territoriali nella camera alta regionale lungo la dialettica maggioranza-opposizione che anima la rappresentanza nazionale nella camera bassa politica (cfr. DEHOUSSE, *Il paradosso di Madison: riflessioni sul ruolo delle camere alte nei sistemi federali*, in *Le Regioni*, 1989, 1365 ss.). Per un'analisi dell'utilità delle varie ipotesi istituzionali ai fini della rappresentatività territoriale, in senso critico verso il senato federale, RUGGIU, *Contro la Camera delle Regioni. Istituzioni e prassi della rappresentanza territoriale*, Napoli, 2006.

<sup>14</sup> L'espressione era entrata nella *vulgata* dottrina e giornalistica per qualificare l'istituto, contenuto nell'art. 31 del d.d.l. costituzionale, che avrebbe consentito alla legge statale, su iniziativa del Governo, di «intervenire in materie non riservate alla legislazione esclusiva quando lo richieda la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica, ovvero la tutela dell'interesse nazionale». Più correttamente, MANGIAMELI, *Prime considerazioni sul disegno di legge costituzionale AS/1429 sulla modifica della seconda parte della Costituzione*, maggio 2014, su *issirfa.cnr.it* preferiva parlare di clausola di flessibilità e MORRONE, *Lo stato regionale e l'attuazione dopo la riforma costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2016, di clausola di unità nazionale.

<sup>15</sup> Sulla cui effettiva scomparsa da un punto di vista di sostanza a seguito della soppressione testuale del riferimento all'interesse nazionale operato dalla novella del 2001 si è ampiamente dubitato in dottrina: cfr. almeno BARBERA, *Chi è il custode dell'interesse nazionale?*, in *Quad. cost.*, 2001, 345 ss. e *Scompare l'interesse nazionale?*, in *Forum di Quad. cost.*, 9 aprile 2001. Per la posizione contraria, invece, v., fra gli altri, PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, V, 2001, 194 ss.; CAVALERI, *La nuova autonomia legislativa delle regioni*, ivi, 199 ss.

infine, entrata in vigore, avrebbe cristallizzato quella torsione centralista impressa ai rapporti Stato-Regioni<sup>16</sup> (anche) in risposta alla crisi economica.

È verosimilmente in ragione di tali circostanze che talune Regioni hanno cominciato ad attivare l'iter di differenziazione della qualità e quantità delle competenze autonome previsto dall'art. 116, comma 3, Cost.: fallito l'ennesimo tentativo di revisione globale della Costituzione<sup>17</sup>, «il regionalismo italiano ha cercato nuove prospettive»<sup>18</sup>. Nella consapevolezza, cioè, che la novella del 2001 ha presentato più di una criticità e, in genere, continuità col passato, è ipotizzabile che le Regioni abbiano ritenuto di doversi incaricare di dare avvio ad una sorta di riforma a Costituzione invariata<sup>19</sup>, *de jure condito*, attivando un istituto presente nel sistema ma sinora rimasto quiescente. A ben guardare, infatti, è la Conferenza dei Presidenti regionali - organo di raccordo orizzontale esponenziale del fronte regionale comune - ad aver preso una posizione precisa sul punto<sup>20</sup>; accanto al che va anche considerato che la proposta sembra interessare anche altre Regioni<sup>21</sup>. Il punto è rilevante poiché se la richiesta di maggiore autonomia dovesse, infine,

---

<sup>16</sup> Per tutti cfr. PACE, *Le finalità accentratrici della Riforma costituzionale Renzi-Boschi*, in ID., *Per la Costituzione. Scritti scelti*, vol. I, Napoli, 2019, 108 e ss., spec. 125 e ss.

<sup>17</sup> Non si dimentichi quello tentato dal Governo Berlusconi IV, anch'esso caduto per mano del popolo nel referendum costituzionale celebratosi nel giugno 2006.

<sup>18</sup> MAZZOLA, *Autonomia regionale: da sviluppare o da ridimensionare*, ISSIRFA, marzo 2018, su [issirfa.cnr.it](http://issirfa.cnr.it).

<sup>19</sup> In tal senso v. VIOLINI, *L'autonomia delle Regioni italiane dopo i referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2018.

<sup>20</sup> V. infatti CONFERENZA DELLE REGIONI E DELLE PROVINCE AUTONOME, *Le Regioni e le nuove sfide del regionalismo*, 18 ottobre 2018, consultabile all'indirizzo <http://www.regioni.it/newsletter/n-3479/del-23-10-2018/le-regioni-e-le-nuove-sfide-del-regionalismo-18820/>. Notano i Presidenti che «mentre nelle passate legislature si è pensato di rifondare “lo stato regionale e delle autonomie” ritoccando, anche in riduzione, gli spazi di autonomia legislativa delle Regioni, oggi l'approccio dovrà avere basi radicalmente diverse e mirare più a soluzioni specifiche sui temi del governo territoriale, garantendo comunque i principi di unitarietà, di solidarietà e di coesione sociale». Nell'opinione dei governatori, dunque, «la richiesta di attribuire alle Regioni ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia secondo quanto previsto all'art. 116, III comma, della Costituzione, costituisce un'ulteriore tappa nell'ambito del processo di decentramento che, dopo aver registrato un rallentamento per effetto della crisi iniziata nel 2008 e della conseguente legislazione di emergenza, sta vivendo una nuova stagione che vede la centralità ed il ruolo propulsivo delle Regioni nel processo di definizione dei nuovi assetti istituzionali».

<sup>21</sup> Al momento, sette Consigli Regionali (Campania, Liguria, Lazio, Marche, Piemonte, Toscana, Umbria) hanno dato mandato al proprio Presidente di Regione ad avviare il negoziato con il Governo, mentre altre cinque Regioni ordinarie (Basilicata, Calabria, Puglia, Molise, Abruzzo) hanno assunto iniziative preliminari. Cfr. CINSEDO, *Autonomia differenziata. Dossier tecnico*, 01/11/2019, rinvenibile in [www.regioni.it](http://www.regioni.it).

provenire da un numero significativo di Regioni, diversificate sotto i piani economico, demografico e geografico, potrebbe segnalare la volontà del fronte regionale (più o meno) compatto di rimettere in discussione col Governo centrale il vigente assetto dei rapporti multi-livello e, dunque, di rinegoziare il contenuto del compromesso costituzionale fra ragioni dell'uniformità e della differenziazione esteticamente scolpito nell'art. 5 Cost. ma la cui sostanza è contenuta nella disciplina comune del riparto di competenze di cui al Titolo V.

La questione dell'attivazione dell'art. 116, comma 3 Cost. per le Regioni in commento è, chiaramente, molto più ampia di così, attingendo svariati profili rilevanti per gli studiosi del diritto costituzionale e, perciò, da essi già variamente attenzionata<sup>22</sup>. Quello che si vuole qui sottolineare, però, è, in particolare, la connessione fra crisi economica e *revival* della retorica dell'auto-determinazione del nord del Paese.

Infatti, nonostante il ruolo svolto nella vicenda dalla Conferenza dei Presidenti regionali e i passi in avanti (più o meno convinti e convincenti) di altre Regioni, è indubbio che la richiesta di maggiore autonomia portata avanti da Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna sia non soltanto ad uno stadio assai avanzato delle procedure, sì da renderla più credibilmente votata al successo, ma anche fondata su risalenti ragioni legate al rapporto fra contribuzione dei territori in commento al PIL e quota del gettito fiscale trattenuto entro gli stessi. Non è allora un caso le tre Regioni contribuiscano, assieme, al 41% del PIL nazionale<sup>23</sup>: se la retorica della maggiore produttività dei territori in questione e della (presuntamente) consequenziale necessità che vi permanga gran parte del relativo gettito erariale non è affatto nuova a certa propaganda leghista vi è, stavolta, qualcosa in più e qualcosa di più serio. In una fase di

---

<sup>22</sup> Fra i molti v. BIN, *L'attuazione dell'autonomia differenziata*, in *forumcostituzionale.it*, 20 aprile 2017; FALCON, *Il regionalismo differenziato alla prova, diciassette anni dopo la riforma costituzionale*, in *Le Regioni*, 2017, 625 ss.; Toniatti, *L'autonomia regionale ponderata: aspettative ed incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano*, ivi, 635 ss.; BONOMI - RODIO, *Verso un regionalismo differenziato? Osservazioni a margine di alcune iniziative referendarie*, in *dirittifondamentali.it*, 2, 2017; RUSSO, *Il regionalismo italiano nel vortice autonomistico della differenziazione: l'asimmetria sperimentale tra integrazione e conflitti*, in *Le Ist. del fed.*, 2018, 365 ss.; DE DONNO - MESSINA, *Regionalismo differenziato e ordinamento locale: le richieste di Emilia Romagna, Veneto e Lombardia. Quale idea di autonomia regionale?*, ivi, 471 ss.; OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in *federalismi.it*, n. 6, 2019; PIRAINO, *Ancora su regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento ed unità e indivisibilità della Repubblica*, in *federalismi.it*, n. 8, 2019.

<sup>23</sup> Di qui il titolo del fortunato libello di VIESTI, *Verso la secessione dei ricchi?*, Bari, 2019, da cui è tratto anche il dato riportato.

ristrettezze per i bilanci pubblici e di compressione dell'autonomia finanziaria regionale e locale è assolutamente comprensibile - ancorché senz'altro meritevole di biasimo - l'atteggiamento di arroccamento dei governi dei territori che fungono da "locomotiva" del Paese a presidio della permanenza entro i confini territoriali di riferimento del grosso del gettito fiscale ivi prodotto.

E, infatti, la questione della fiscalità assume un rilievo centrale nei vari atti sino ad ora posti in essere in preparazione<sup>24</sup> e/o attuazione<sup>25</sup> del processo di ampliamento delle competenze autonome. Il che, indipendentemente da quali saranno gli esiti della vicenda – al momento in cui si scrive tutta in divenire e che ha registrato, nei mesi passati, bruschi tentativi di accelerazione, da un lato, e, dall'altro, frenate altrettanto risolte - ha, per quel che qui interessa, senza dubbio qualche attinenza col fatto che la citata disposizione, in vigore dal 2001, sopita per quasi un ventennio, sia stata destata in un momento storico di (lenta e difficile) ripresa *post* crisi economica.

### **3. Partiti e referendum alle prese col paradigma territoriale. La Lega e le consultazioni lombardo-venete sull'autonomia differenziata**

Che la Lega - partito tradizionale di governo (di almeno una grossa parte) dei territori interessati dalla vicenda dell'attivazione dell'art. 116, comma 3, Cost. - stia svolgendo, in tale processo, un ruolo centrale è indubbio<sup>26</sup>. Ma essa ha svolto un qualche ruolo - seppure indiretto - anche nell'introduzione della disposizione in commento nel testo costituzionale ad opera della l. cost. 3/2001.

Diversamente dai due casi che si andranno a considerare nella parentesi di analisi comparata che si svolgerà poco oltre, l'Italia non è uno Stato pluri-

---

<sup>24</sup> Il riferimento è ai ccdd. accordi preliminari sottoscritti fra Governo e Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna nel febbraio 2018 (non previsti come atti necessari della procedura di cui all'art. 116, comma 3, Cost.) per un attento commento dei quali v. VIOLINI, *op. cit.*, 343 ss. e TUBERTINI, *La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord: un tentativo di lettura alla luce dell'art. 116, comma 3 della Costituzione*, in *federalismi.it*, n. 18, 2018.

<sup>25</sup> Ci si riferisce, qui, alle bozze di intesa siglate nel maggio 2019 sui quali v. PALLANIE, *Ancora nel merito del regionalismo differenziato: le nuove bozze di intesa tra Stato e Veneto, Lombardia ed Emilia-Romagna*, in *federalismi.it*, n. 20, 2019.

<sup>26</sup> Del resto, i destini delle istanze di differenziazione di Lombardia e Veneto ha rappresentato uno fra i molti punti critici in cui si è consumata la contrapposizione fra i due ex partner di governo nonché, persino, i rapporti interni fra la leadership della Lega e i governatori delle Regioni interessate.

nazionale, sicché il *claim* territorialista incarnato dalla Lega non è propriamente fondato su moventi o argomenti tipicamente nazionalisti: non essendo i territori ove la Lega esercita il suo principale dominio una (o più) *stateless nation* al pari della Scozia o della Catalogna, il movente auto-determinativo sfugge da quel connotato tipicamente nazionalista che tende ad avere come obiettivo di massima quello indipendentista.

A dire il vero, peraltro, non estranea alla Lega della prim'ora era una certa semantica tipicamente separatista: il tema della secessione, se pure non giustificato da obiettive condizioni di lingua, cultura, tradizioni istituzionali in grado di poter definire una spiccata differenzialità nella porzione di territorio italiano in commento, era tuttavia presente nella retorica (sufficientemente propagandistica) della *old fashioned* Lega, via via perduto nel corso del tempo man mano che le classi dirigenti e le strutture partitiche si accostumavano alla pratica del governo, tanto territoriale che nazionale, sino ad arrivare, persino, in vista delle elezioni politiche del marzo 2018 a perdere lo stilema “nord” dal nome e dal simbolo<sup>27</sup>. Il movente fiscale, invece, – compendiabile nelle ragioni di un nord produttivo contro quelle di un sud tacciato di essere parassitario e sostenuto dalle politiche assistenzialiste del Governo centrale finanziate col residuo fiscale settentrionale<sup>28</sup> – ha sempre avuto un rilievo indiscutibile nell'ideologia e nella piattaforma programmatica della Lega, storicamente intrecciando il tema della rivendicazione di maggiore autonomia.

Come acuta dottrina ha sottolineato, infatti, l'ideologia federalista della Lega degli anni Novanta era, relativamente al rapporto fra ruolo dello Stato in economia e assetto territoriale del potere, la riedizione in chiave nostrana dell'ideologia federalista reaganiana, «l'altra faccia della medaglia del

---

<sup>27</sup> Una perdita, a ben guardare, motivata da calcoli elettoralistici più che da un sincero capovolgimento ideologico e programmatico ma considerazioni di questo tipo attengono a (e richiedono), più che altro, competenze e metodologie di analisi politologiche, estranee alle competenze e agli oggetti di studio del costituzionalista. Sia consentito annotare, però, che lo Statuto della Lega, approvato nella sua ultima versione dal Consiglio federale nell'ottobre 2015, continua a riportare la denominazione completa del partito “Lega Nord per l'indipendenza della Padania” e ad indicare, all'art.1, come principale obiettivo politico del partito, «il conseguimento dell'indipendenza della Padania attraverso metodi democratici e il suo riconoscimento internazionale quale Repubblica Federale indipendente e sovrana». Il testo dello Statuto è rinvenibile all'indirizzo <https://www.leganord.org/phocadownload/ilmovimento/statuto/Statuto.pdf>.

<sup>28</sup> Nota correttamente MAZZOLA, *op. cit.*, che, in questo tipo di retorica, «si fingeva di non sapere che il Nord produttivo (favorito anche dalla vicinanza con i mercati internazionali e da migliori condizioni climatiche) vendeva beni e servizi al Sud arretrato, ricevendone in cambio ingenti trasferimenti di risorse».

mercato»<sup>29</sup>, e che trovava in un regionalismo differenziato e competitivo il suo modello istituzionale di autonomia territoriale. Tant'è che, al di là delle (un po' folkloristiche) affermazioni separatiste, la proposta concreta della Lega era, all'epoca, di fare di Lombardia e Veneto delle Regioni speciali, dotandole di Statuti autonomici in deroga al regime comune delle competenze contenuto nel Titolo V<sup>30</sup>. Un modello, questo, cui si contrapponeva quello della maggioranza di centro-sinistra che frattanto portava a casa, non senza insidie, la novella del 2001, assai più attenta alla tenuta dei pilastri dello Stato sociale, incentrati su politiche nazionali redistributive non solo tra categorie sociali ma anche fra territori.

Il punto di incontro fu rinvenuto, da un lato, in un ribaltamento in senso federale del riparto di competenze legislative per tutte le Regioni ordinarie, nella de-costituzionalizzazione e differenziazione di quelle amministrative e, dall'altro, nell'introduzione della clausola di maggiore autonomia, che avrebbe consentito alle Regioni ordinarie che ne avessero fatto richiesta di erodere - sulla base di apposita legge statale, previa intesa col Governo - parte delle competenze esclusive statali e concorrenti con ciò differenziandosi dal restante novero delle Regioni ordinarie.

Sicché, allora, le rivendicazioni leghiste degli anni Novanta hanno senz'altro svolto un ruolo nei processi di riforma del regionalismo di fine millennio portati avanti dai governi di centro-sinistra, il cui fulcro ha rappresentato, anzi, quel compromesso fra ragioni della differenziazione e ragioni dell'uniformità, rispettivamente veicolato dal partito territorialista in questione e dalla colazione di partiti nazionali allora reggenti il Governo della Repubblica.

Né è di scarso rilievo, ai fini del discorso che si sta svolgendo, il fatto che la Lega nascesse, fra l'altro, animata da sentimenti e retoriche fortemente anti-

---

<sup>29</sup> DE FIORES, *Il neofederalismo: aspetti teorici e problemi costituzionali*, in *Le Regioni*, 1995, 91 ss. Cfr., infatti, CIUFFOLETTI, *Federalismo e Regionalismo. Da Cattaneo alla Lega*, Bari, 1994, 179: «Il programma federalista della Lega ... si basa su macroregioni sovrane abitate non più da individui cittadini, ma da comunità legate tra loro non dalle regole e le passioni della politica, ma da quelle del mercato e dell'economia». Scrive di recente RONCHETTI, *Unità e indivisibilità della Repubblica: la sovranità popolare e l'interdipendenza nel nome della Costituzione*, in *costituzionalismo.it*, 1, 2018, 15, commentando le implicazioni fiscali e finanziarie del processo di richiesta di autonomia differenziata *in fieri*: «Quest'idea del radicamento territoriale come isolamento dal resto della comunità nazionale corrisponde perfettamente all'idea di autonomia come autosufficienza e indipendenza, visione tipica del pensiero liberale radicalizzato dal neoliberismo e della matrice proprietaria di cui è perpetuatore».

<sup>30</sup> MANGIAMELI, *Audizione presso la Commissione parlamentare per le questioni regionali*, 29 novembre 2017, su [issirfa.cnr.it](http://issirfa.cnr.it).

politiche, mescolando - non sempre coerentemente - i classici argomenti “anti-casta” con quelli autonomisti, finendo entrambi per avere come “nemico” simbolico unico i partiti tradizionali che, in fondo, reggevano le istituzioni dello Stato. Il che milita ad ulteriore conferma di quanto detto in precedenza circa la coincidenza fra crisi democratica, istituzionale ed economica. Del resto, quegli stessi partiti che collassavano sui primi anni Novanta sotto i colpi dell’inchiesta cd. Mani pulite, frattanto destinatari degli attacchi leghisti significativamente sintetizzabili con la formula di “Roma ladrona”, erano precedentemente in grado di mediare «al loro interno fra categorie economiche, istanze ed esigenze dei diversi territori»<sup>31</sup>.

È in questo contesto che si inserisce il tentativo effettuato dalla Regione Veneto sul finire degli anni Novanta di indire una consultazione referendaria per chiedere alla frazione elettorale regionale di pronuziarsi sull’acquisizione di ulteriori e più ampie forme di autonomia. Il Consiglio regionale veneto approvava, infatti, la legge 8 ottobre 1998, rubricata “Referendum consultivo in merito alla presentazione di proposta di legge costituzionale per l’attribuzione alla Regione Veneto di forme e condizioni particolari di autonomia”, prontamente impugnata dal Governo e cassata dalla Corte costituzionale con sent. n. 496/2000. Il ragionamento della Corte fu, allora, tutto incentrato sulle forme costituzionali della democrazia e, dunque, sugli spazi consentiti dall’ordine costituzionale agli istituti della democrazia diretta. Il giudice delle leggi, in particolare, censurava la citata legge poiché essa, «per il ruolo che pretende di assegnare alla popolazione regionale in un procedimento che ha come suo oggetto e come suo fine politico immanente il mutamento dell’ordinamento costituzionale, incrina le linee portanti del disegno costituzionale proprio in relazione ai rapporti tra l’istituto del referendum e la Costituzione»<sup>32</sup> e, in tale contesto, negava alla frazione regionale di popolo un rilievo costituzionale autonomo<sup>33</sup>. Né, ad avviso della

---

<sup>31</sup> MAZZOLA, *op. cit.* Cfr., infatti, CIUFFOLETTI, *op. cit.*, 177, secondo cui l’irrompere della Lega nel dibattito politico italiano degli anni Novanta, introduceva «al posto dei tradizionali fondamenti dell’identità politica ..., altri riferimenti ...: il contrasto fra centro e periferia, fra Nord e Sud, fra pubblico e privato, fra società civile e partiti tradizionali».

<sup>32</sup> Corte cost., sent. n. 496/2000, n. 5 cons. in dir. La Corte, del resto, ha confermato anche dopo la novella del 2001 l’inesistenza di popoli regionali ulteriori all’unico popolo sovrano, che è quello della Repubblica, preferendo l’utilizzo dell’espressione «comunità regionali» per identificare le frazioni di elettorato regionale (sent. n. 365/2007).

<sup>33</sup> *Ivi*: «È innanzitutto evidente che laddove il popolo, in sede di revisione, può intervenire come istanza ultima di decisione e nella sua totalità, esso è evocato dalla legge regionale nella sua parzialità di frazione autonoma insediata in una porzione del territorio nazionale, quasi che nella nostra Costituzione, ai fini della revisione, non esistesse un solo popolo, che dà forma all’unità politica della Nazione e vi fossero invece più popoli».

Corte, si poteva salvare la legge veneta in ragione della natura solo consultiva della prevista consultazione: pur non giuridicamente vincolata dagli esiti referendari, «la rappresentanza regionale verrebbe comunque astretta ad un vincolo politico la cui forza appare in grado di offuscare la prospettiva puramente formale dell'ordine delle competenze interne alla Regione»<sup>34</sup>.

L'utilizzo del referendum è stato, di recente, riproposto proprio in connessione con i processi di attivazione dell'art. 116, comma 3, Cost. da parte di Lombardia e Veneto con due consultazioni tese a conoscere il parere delle popolazioni delle due Regioni circa la richiesta di maggiore autonomia<sup>35</sup>.

Preliminarmente deve osservarsi che il Consiglio regionale veneto approvava due distinte leggi, la l.r. 15/2014, avente ad oggetto l'indizione di un referendum sull'indipendenza del Veneto e la l.r. 16/2014 che prevedeva un ventaglio di possibilità assai più ampio, ipotizzando, all'art. 2, comma 1, quattro distinti quesiti referendari formulati nei seguenti termini: 1) «Vuoi che alla Regione del Veneto siano attribuite ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia?»; 2) «Vuoi che una percentuale non inferiore all'ottanta per cento dei tributi pagati annualmente dai cittadini veneti all'amministrazione centrale venga utilizzata nel territorio regionale in termini di beni e servizi?»; 3) «Vuoi che la Regione mantenga almeno l'ottanta per cento dei tributi riscossi nel territorio regionale?»; e 4) «Vuoi che il gettito derivante dalle fonti di finanziamento della Regione non sia soggetto a vincoli di destinazione?».

Entrambe le leggi, impugnate dal Governo, venivano riunite in unico giudizio dalla Corte che, con sent. n. 118/2015<sup>36</sup>, cassava la l.r. 15/2014, sulla (piuttosto ovvia) considerazione per cui il referendum sull'indipendenza, «non solo riguarda scelte fondamentali di livello costituzionale, come tali precluse ai referendum regionali ..., ma suggerisce sovvertimenti istituzionali radicalmente incompatibili con i fondamentali principi di unità e indivisibilità della Repubblica, di cui all'art. 5 Cost.»<sup>37</sup>; falcidiava, inoltre, la l.r. 16/2014 espungendovi i quesiti di cui ai nn. 2, 3 e 4 del citato comma 1 dell'art. 2.

Al netto delle censure inferte dalla Corte, residuava, dunque, nella legge veneta, la sola possibilità di indire un referendum consultivo sull'attribuzione di ulteriori condizioni di autonomia, più o meno analoga all'unica ipotesi

---

<sup>34</sup> *Ivi*, n. 6, cons. in dir.

<sup>35</sup> CARLI, *Vizi e virtù dei referendum consultivi in Lombardia e Veneto*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2017.

<sup>36</sup> Per un commento alla pronuncia v. MORRONE, *Populismo referendario. La strada impervia della secessione all'italiana*, in *federalismi.it*, n. 20, 2017.

<sup>37</sup> Corte cost., sent. n. 118/2015, n. 7.2 cons. in dir.

frattanto prevista dal Consiglio regionale lombardo<sup>38</sup> e, a ben guardare, del tutto equivalente al contenuto della legge veneta del 1988 all'epoca cassata dalla Corte. Il contesto, frattanto, è ampiamente mutato, avendo il novellato art. 123 Cost. aperto l'autonomia statutaria delle Regioni ordinarie alla possibilità di prevedere referendum regionali di natura e struttura diverse alle due forme di consultazione popolare ammesse dalla Costituzione per il popolo nella sua intrezza<sup>39</sup>. Di qui, allora, la legittimità delle due leggi regionali in commento<sup>40</sup> e, di seguito, delle consultazioni poi effettivamente celebratesi il 22 ottobre 2017 ed entrambe conclusesi con una netta vittoria del sì. Ma sul commento di tali vicende si tornerà in conclusione.

#### **4. Un'analisi comparata: referendum e partiti indipendentisti nella *devolution* britannica e nell'*Estado autonomico* spagnolo**

Di non scarsa utilità può essere muovere una breve analisi comparata, funzionale alla migliore comprensione delle dinamiche che attingono il tema trattato, con due ordinamenti unitari policentrici dell'Europa occidentale (Spagna e Regno Unito) che, pur nelle notevoli diversità nei connotati di struttura, condividono, in fondo, simili evoluzioni nel rapporto fra unità e autonomia e nelle sue proiezioni istituzionali e politiche<sup>41</sup>, in particolare focalizzando l'attenzione sul ruolo che partiti e referendum territorialisti hanno svolto nella dialettica fra ragioni del nazionalismo interno e ragioni dell'unità/uniformità/integrità dello Stato.

Senz'altro, sia lo Stato autonomico spagnolo che la *devolution* britannica - ordinamenti chiamati qui in comparazione con lo Stato regionale italiano - presentano peculiarità e singolarità relative ai moventi storico-politici del decentramento e alle tecniche costituzionali di implementazione dello stesso connotanti ciascuno degli assetti multi-livello considerati. Se, ad esempio, si assume come prospettiva d'indagine il tasso quantitativo e qualitativo di asimmetria dei tre regionalismi, è facile osservare come si confrontino un

---

<sup>38</sup> Deliberazioni del Consiglio regionale della Lombardia nn. 635, 636, 637 e 638 del 17 febbraio 2015.

<sup>39</sup> Cfr. Corte cost., sentt. nn. 81/2012 e 64/2015.

<sup>40</sup> Salve le autorevoli riserve di certa dottrina per cui v. *infra*, § 5.

<sup>41</sup> Per una comparazione di questo tipo v., ad es., KEATING, *Second Round Reform. Devolution and Constitutional Reform in the United Kingdom, Spain and Italy*, in *London School of Economics and Political Sciences, Europe in Question, Discussion Papers*, 15/2009, che focalizza l'attenzione sulla contemporaneità del secondo "round" di riforme dell'assetto territoriale nei tre sistemi considerati.

sistema - quello italiano - tendenzialmente simmetrico, in cui l'iniziale asimmetria delle regioni speciali è stata in gran parte superata dalla clausola uniformante di cui all'art. 10, l. cost. 3/2001 e, più ancora, fortemente uniforme nelle sue evoluzioni; un sistema - lo spagnolo - asimmetrico nelle competenze e fondato sulla negoziazione centro-periferia del tasso di autonomia; un sistema, infine, in cui l'asimmetria è persino duplice poiché non solo le *devolved nations* hanno statuti di autonomia differenti - ciascuno disciplinato dalla propria legge devolutiva - ma un'intera area del Regno, l'Inghilterra, che oltretutto raccoglie circa l'81% dei sudditi di Sua Maestà, è sottratta alla regionalizzazione e sottoposta alla *direct rule* di Whitehall<sup>42</sup>.

Nondimeno, guardando ai rapporti centro-periferia in ottica dinamica<sup>43</sup>, è possibile individuare dei processi in atto che determinano avvicinamenti fra i vari, pur diversi, sistemi e, dunque, facilitatori dell'operazione comparativa. A tal fine basti considerare, in Italia, la già commentata (probabile) attivazione della clausola di maggiore autonomia *ex art.* 116, comma 3, Cost. potenzialmente in grado di calare come una scure sulla risalente e strutturale uniformità del nostro regionalismo e, dall'altro, in Spagna e nel Regno Unito, quel processo tipico degli ordinamenti a regionalismo differenziato-competitivo che porta gli enti meno differenziati - sebbene, com'è ovvio, non tutti e non su tutte le competenze devolute - ad "inseguire" quelli più autonomi imprimendo una torsione globalmente uniformante al sistema regionale nel suo complesso<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> A riguardo dell'asimmetria - essendo essa un carattere strutturale di entrambi gli ordinamenti assunti in comparazione - si è scritto e riflettuto moltissimo. Per stare a contributi recenti e alle connessioni con i nazionalismi endo-statali v., con portata generale ma con un focus sulla Spagna, BLANCO VALDÉS, *Sobre la asimetría en los Estados federales y la utilidad práctica de una buena teoría*, in *Le ist. del fed.*, 2018, 301 ss. E, per il Regno Unito, TORRE, *L'asimmetria britannica tra devolution e separatismi (un'analisi aggiornata)*, in *Rass. dir. pubb. eu.*, 2018, 373 ss.

<sup>43</sup> Inevitabile il riferimento a FRIEDRICH, *Constitutional Government and Democracy*, Boston, 1950 e *Trends of Federalism in Theory and Practice*, New York, 1968.

<sup>44</sup> È la "*constitutional chain reaction*" per cui v. JEFFREY, *The United Kingdom after the Scottish Referendum*, in AA.VV., *Developments in British Politics*, 10th ed., London, 2016, 244 e ss. Sottolinea bene POGGESCHI, *La costituzione del 1978 e la soluzione (temporanea della questione catalana)*, in ID. *La Catalogna: dalla nazione storica alla repubblica immaginaria*, Napoli, 2018, 63-4, come la storia dello Stato autonomico spagnolo sia stata - almeno fino al 2009 - fatta da passi in avanti di quelle Comunità (non a caso) che si contraddistinguono per una marcata differenzialità storico-culturale-linguistica (su tutte Catalogna e Paese Basco) e successivi sforzi di diffusione delle sopravvenute condizioni di autonomia. Per simili considerazioni sul Regno Unito v., ad es., MARTINELLI, *Il processo devolutivo come specchio delle specificità costituzionali del Regno Unito*, in *Le ist. del fed.*, 2018, 393 ss., part. 402.

Ma, a parte ciò, affrontando profili comparativi, è sempre necessario guardarsi bene dalla tentazione di cadere nel tranello semplificatorio della rigida modellistica e assumere, invece, come presupposto dell'indagine che qualunque ordinamento positivo è tale in ragione di caratteri storici, politici, culturali suoi propri; che, quindi, le influenze reciproche - come pure la circolazione di certi istituti - rappresentano processi costituzionali complessi che, se impediscono di riscontrare precisi punti di identità fra un sistema e l'altro, consentono, d'altra parte, di evidenziare (per lo meno) regolarità e similitudini.

Quanto al Regno Unito, furono senz'altro le aspirazioni separatiste dello *Scottish National Party*, soggetto politico egemone del *claim* nazionalista scozzese, a spingere verso la *devolution* del 1998, non solo nel senso della sua realizzazione ma, più ancora, nei principi ispiratori della stessa<sup>45</sup>. Mentre, negli anni Settanta, si dava in Italia tardiva attuazione al Titolo V, nel Regno Unito si registrava il primo tentativo di *devolution* scozzese, per mano del governo labourista (1974-9) anche in risposta al *revival* nazionalista incarnato dallo SNP, frattanto entrato a Westminster nel 1967; tentativo naufragato nelle urne referendarie del '79 non già per sconfitta dell'opzione devolutiva ma per mancato raggiungimento del quorum strutturale.

Durante il lungo dominio di Margareth Thatcher, ferocemente ostile alle ragioni dell'autonomia territoriale, il lavoro sulla *devolution* non si fermò: il progetto devolutivo, che poi avrebbe assunto le vesti formali dello *Scotland Act 1998*, si basava - fra l'altro - sui lavori della *Scottish Constitutional Convention* istituita nel 1989 e, per vero, abbandonata in corsa d'opera dai rappresentanti dello SNP. Il compromesso fra ragioni dell'unità e ragioni della *home rule* fu trovata proprio in un temperamento delle due posizioni - in ipotesi non confliggenti - che fondava la *devolution* non solo nel riconoscimento di autonome istituzioni scozzesi ma su di un maggiore coinvolgimento degli strumenti classici della democrazia partecipativa e diretta: la previsione di un sistema elettorale misto per lo *Scottish Parliament*, che avrebbe consentito allo SNP di avere una presenza parlamentare sempre più rilevante, di molto attenuando le distorsioni classiche del *first past the post* tradizionalmente utilizzato per l'elezione dei Comuni; la necessaria approvazione popolare dello *Scotland Act* che avrebbe normativamente immesso il "popolo" scozzese nel processo devolutivo, ciò significando un qualche riconoscimento costituzionale della frazione di elettorato scozzese che avrebbe senz'altro rappresentato le basi per futuri *revival*

---

<sup>45</sup> Per un'analisi anche storica sulla vicenda independentista scozzese v. MARTINO, *La questione independentista scozzese: le nuove frontiere della Britishness*, in *Dir. pubb. comp. eu.*, 2015, 405 ss.

rivendicativi. Anzi, il divenire dello SNP il partito di governo della Scozia devoluta -dapprima con un governo di minoranza, poi con un governo maggioritario monocolore - non ne ha attenuato il *claim* indipendentista ma, al contrario, ne ha fornito un palcoscenico politico ancor più rilevante: quello (per l'appunto) del governo<sup>46</sup>.

In Spagna, l'arco dei partiti territorialisti catalani è più complesso che negli altri ordinamenti considerati, non essendo individuabile un unico soggetto veicolo del *claim* nazionalista ma potendosi definire una sorta di declinazione in chiave territoriale-nazionalista dell'intero arco partitico catalano. In tale variegato contesto, però, si può dire che soggetto egemone - ancorché, appunto, non unico - del catalanismo sia stata, sin dai primi anni Ottanta, la federazione *Convergència i Unió* (CiU) tendenzialmente su posizioni di centro-destra, come pure va segnalata la peculiarità della struttura federale del PSOE che (guarda caso solo) in Catalogna si articola nel *Partit dels Socialistes de Catalunya*, per ciò stesso naturalmente su posizioni non indipendentiste ma tendenzialmente federaliste.

Nel processo di spinta in avanti dell'autonomia e di maggiore differenziazione, i partiti nazionalisti catalani hanno sempre avuto un ruolo propulsivo e centrale<sup>47</sup> anche perché, in ragione del forte radicamento territoriale di tali ultimi, sovente governi spagnoli di minoranza ne hanno dovuto cercare l'appoggio, necessariamente fondato su una qualche forma di compromesso con le rivendicazioni dei primi. Sono, non a caso, queste le fasi della stagione di riforma dell'autonomia spagnola: dapprima l'ampliamento dell'autonomia fiscale catalana, poi estesa alle altre Comunità Autonome, portata avanti negli anni Novanta dal governo popolare di Aznar retto al Congresso grazie ai voti di CiU e del *Partido Nacionalista Vasco*; poi la stagione di riforme degli Statuti autonomici degli anni Duemila<sup>48</sup> avallata dal governo Zapatero in una fase in cui al governo della *Generalitat* catalana non vi era più il moderato CiU ma la costola catalana del PSOE in coalizione con *Esquerra Republicana de Catalunya* e *Iniciativa per Catalunya-Verds*. Una stagione, quest'ultima, notoriamente conclusasi per la Catalogna con la falcidia del novellato Statuto ad opera della *sentencia* 31/2010 del *Tribunal Constitucional*<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Sul rapporto fra l'anima indipendentista e quella governista dello SNP v. PETROSINO, *Lo Scottish National Party tra referendum e governo*, in TORRE (a cura di), *Il Regno è ancora Unito?*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 175 ss.

<sup>47</sup> POGGESCHI, *La Catalogna*, cit., 67.

<sup>48</sup> GARCIA GUERRERO, *Lo Stato autonomico. Evoluzione e qualche conclusione sulla prima riforma integrale di alcuni Statuti*, in *federalismi.it*, n. 18, 2008.

<sup>49</sup> Su impugnazione del governo centrale, frattanto riconquistato dai popolari. Il fatto che lo Statuto catalano fu l'unico, fra quelli riformati, a subire il ricordato destino è, secondo

Quanto, poi, ai referendum, se in Italia si registrava quel già menzionato tentativo di porre in essere una consultazione *extra ordinem* in Veneto, prontamente paralizzato dalla Corte costituzionale, il ruolo svolto dai referendum delle popolazioni attinte dai processi di regionalizzazione britannico e spagnolo è stato, nell'ambito di questi, assai più istituzionale e senza dubbio legale: in Spagna appositi referendum di dimensione regionale si sono tenuti nel corso dell'iter di riforma degli Statuti nelle *Comunidades Autonomas* in cui erano costituzionalmente richiesti<sup>50</sup> (fra le altre, in Catalogna); nel Regno Unito, pur non costituzionalmente imposti da un (inesistente) testo costituzionale, hanno rappresentato uno step fondamentale dei processi devolutivi di tutte le *devolved nations*, accuratamente studiato dalle istituzioni centrali.

L'Italia non è stato l'unico fra i Paesi membri dell'Unione Europea a fronteggiare la stretta austeristica delle politiche europee degli anni immediatamente successivi alla crisi economica del 2008 che ha determinato anche altrove quella torsione centralistica già commentata a proposito degli sviluppi del nostro regionalismo.

Di qui (anche) la risposta nazionalista endo-statale. Nel Regno Unito, rientrava infatti nel programma elettorale dello SNP per le elezioni dello *Scottish Parliament* del 2011 ottenere «full economic powers through an independence referendum»<sup>51</sup>: il tema dell'indipendenza era, pertanto, dai nazionalisti scozzesi strettamente legato a quello della piena autonomia fiscale al punto, anzi, da diventare, la prima, lo strumento di quest'ultima<sup>52</sup>. Di fatti, il più importante obiettivo politico ottenuto col referendum sull'indipendenza dell'ottobre 2014 è stato proprio quella piena autonomia finanziaria che rappresenta il *core* della *devo-max* già offerta nella promessa, solennemente

---

POGGESCHI, *Lo Statuto catalano del 2006 e la sua parziale demolizione con la STC 31/2010*, in ID. *La Catalogna*, cit., 74 ss., un dato assai significativo del rilievo che la questione catalana rappresenta nella crisi dello Stato autonomico e, forse, un'anticipazione delle drammatiche evoluzioni della tensione catalana.

<sup>50</sup> In ragione dell'origine del processo di costituzione di queste Comunità ex art. 151 CE.

<sup>51</sup> *Scottish National Party Manifesto 2011*, 3, rinvenibile all'indirizzo [http://www.andyweightman.com/docs/SNP\\_Manifesto\\_2011.pdf](http://www.andyweightman.com/docs/SNP_Manifesto_2011.pdf).

<sup>52</sup> Conta non poco il fatto che lo SNP raccolga la quasi totalità dell'elettorato, della militanza e della classe dirigente nazionalista e che sia, ad un tempo, ben collocato su posizioni di sinistra: i *full economic powers* rappresentano, per questa via, anche lo strumento per il mantenimento delle politiche di supporto al (notoriamente costoso) welfare scozzese, così distante da quello inglese. Cfr. PETROSINO, *op. cit.*

nota come “*the Vow*”, firmata dai leader dei partiti *UK-wide*<sup>53</sup> come contropartita di una vittoria del no nelle urne referendarie scozzesi e poi tramutata in legge con lo *Scotland Act 2016*: in piena coerenza alla lealtà tipicamente *british*, ogni promessa è debito.

Ma la connessione ipotizzata è ancora più profonda e politicamente rilevante per Spagna<sup>54</sup> e, come già rilevato, Italia<sup>55</sup>, ove si consideri che ciò che accomuna i due Paesi rispetto al tema discusso - tenendoli, sotto questo aspetto, distanti dal caso scozzese - attiene al fatto che Catalogna, da un lato, e Lombardia, dall’altro, ne sono le locomotive economiche. Anzi, per quel che riguarda il caso catalano, non solo la questione fiscale ha rappresentato un elemento centrale nella tensione col centro ma negli ultimi anni ha «agitato da acceleratore del catalanismo, trasformando un atteggiamento che era soprattutto autonomista in aperta rivendicazione indipendentista»<sup>56</sup>. Comprensibile, dunque, l’atteggiamento risoluto del Governo centrale spagnolo teso a negare alla Catalogna un’autonomia finanziaria per gran parte sottratta all’istituto solidaristico della perequazione<sup>57</sup>.

## 5. Riflessioni conclusive a proposito dei referendum consultivi dell’ottobre 2017. Fra legalità formale e rischi per l’unità costituzionale

Al netto delle brevi osservazioni comparate appena svolte, si può dunque dire che, a seguito della crisi economica del 2008 e di quella, di poco successiva, istituzionale, lo Stato regionale europeo ha fronteggiato un

---

<sup>53</sup> “*David Cameron, Ed Miliband and Nick Clegg sign joint historic promise which guarantees more devolved powers for Scotland and protection of NHS if we vote No*”, Daily Record, Retrieved 22 October 2014.

<sup>54</sup> CASTELLÀ ANDREU, *The Proposal for Catalan Secession and the Crisis of the Spanish Autonomous State*, in *Dir. pubb. comp. eu.*, 2015, 430 ss.; POGGESCHI, *La Catalogna*, cit., in particolare il capitolo *L’autonomia finanziaria e le implicazioni economiche del procés*, 107 ss.

<sup>55</sup> Per tali riflessioni, MANGIAMELI, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico. Relazione al XXVIII convegno annuale dell’AIC*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2013.

<sup>56</sup> POGGESCHI, *La Catalogna*, cit., 108. Il che, continua lo stesso A. (128-9), non significa minimizzare il rilievo dei fattori storico e culturale come moventi fondanti della (e più rilevanti del fattore economico per la) causa indipendentista.

<sup>57</sup> Nota infatti COSCUBIELA, *Empantanados: Una alternativa federal al sóviet carlista*, Barcelona, 2018, 193-4 che l’impossibilità da parte del governo spagnolo di concedere alla Catalogna un regime autonomistico equipollente al *Concierto economico* vigente in Navarra e Paesi Baschi – sulla base della proposta del Presidente catalano Artur Mas rivolta nel settembre 2012 all’allora Presidente del Governo – dipende, in gran parte, dalla assoluta differenza in termini di peso sul PIL (il 6% a fronte del 19%) cui le due *Comunidades* contribuiscono.

riacuirsi della tensione fra istanze unitarie e autodeterminative, concretatosi in conflitti - più o meno pugnaci a seconda delle peculiarità del contesto - fra istituzioni centrali (e formazioni politiche *State-wide*) e partiti territorialisti. Conflitti, questi, che, mentre hanno rimesso in discussione i compromessi costituzionali fra unità e autonomia rivenuti, con le diverse formule descritte sopra, a cavallo del millennio, hanno altresì messo a repentaglio (più o meno seriamente) l'unità dello Stato regionale, nelle sue multi-formi manifestazioni, diverse e peculiari per ciascun ordinamento costituzionale considerato.

In questi processi si inserisce il ruolo del referendum (per così dire) territoriale, vale a dire finalizzato a consentire alle frazioni territoriali di popolo interessate da un qualche processo relativo al tasso di autonomia politica del territorio di riferimento di esprimersi sullo stesso. Vien da sé che sussiste una certa differenza fra un quesito referendario avente ad oggetto la richiesta al Governo e al Parlamento di ulteriori forme di autonomia (Lombardia e, al netto delle riferite falci della Corte, Veneto) e i quesiti secessionisti scozzese e catalano. Tutti i referendum in commento, d'altro canto, sono accomunati per l'essere utilizzati dai partiti territorialisti con una valenza assai più politico-simbolica che giuridica, per sfidare le multi-formi manifestazioni del principio - questo senz'altro giuridico ed anzi autenticamente costituzionale - di unitarietà dello Stato.

Si può, dunque, immaginare che le tre istanze di cui si è detto, pur così diverse per forme, modalità, esiti del processo rivendicativo, possano essere descritte come altrettante scosse nel *balance* unità-autonomia che si graduano attraverso livelli di diversa intensità, ma, pur sempre, lungo la medesima linea di tensione, uno dei cui estremi è rappresentato dalla secessione: scosse di "magnitudo" diversa che provocano alterazioni nell'equilibrio centro-periferia e che esigono, dunque, riassetamenti adeguati e proporzionati al diverso vigore che le connota. La drammatizzazione di tali scosse conduce a tentazioni disgregatrici, mentre la loro ricomposizione, che consente di conservare l'unità dell'ordinamento, passa attraverso l'ampliamento dello spazio di autonomia degli enti decentrati.

Sul rapporto fra democrazia diretta e rappresentativa si è scritto davvero moltissimo sì da non poter pretendere, qui, di approcciare la tematica con completezza. Tuttavia, a livello generalissimo si può dire che le costituzioni tendono a costruire il rapporto fra le due forme di democrazia in senso contenitivo della democrazia diretta, rendendola, di solito, integrativa di quella rappresentativa, anche allo scopo di sventare «il pericolo che lo schema democrazia diretta-rappresentativa, dall'essere organicamente coeso e

finalizzato alla collaborazione partecipativa, degeneri in uno scontro mitico tra la forza coattiva del Leviatano e quella anarchica di Behemot»<sup>58</sup>.

Tanto sia detto specialmente riguardo all'Italia, ove il Costituente dosò con ragguardevole cautela le ipotesi di delega al popolo di assunzione diretta di decisioni *lato sensu* politiche<sup>59</sup>, essenzialmente circoscrivendole alla possibilità - circoscritta da ponderosi limiti - di porre nel nulla un deliberato parlamentare tramite il referendum abrogativo e a quella di intervento eventuale e facoltativo nell'iter di revisione costituzionale onde bloccarne il tentativo.

La messa in facoltà degli Statuti regionali di prevedere e disciplinare forme regionali di consultazione popolare (art. 123 Cost.), ha, chiaramente, aperto la vicende all'alea dell'esercizio dell'autonomia statutaria, venendo a questo punto in rilievo i referendum consultivi celebratisi nell'ottobre 2017 in Lombardia e Veneto.

Sulla natura illegittima delle disposizioni normative venete che pretendevano di potere, persino, consultare i cittadini veneti sul quesito indipendentista, si è già detto. Illegittimità prontamente fatta valere dal

---

<sup>58</sup> DELL'ATTI, *Sul referendum costituzionale. Apologia di uno strumento democratico*, in *federalismi.it.*, n. 1, 2017, 8.

<sup>59</sup> Lo stesso dicasi per la Spagna, ove è senz'altro sulla legittimità costituzionale di prevedere consultazioni popolari che si è giocata la risoluzione del *claim* indipendentista catalano. comprensibilmente un po' diversa, sicché rispetto ad esso le considerazioni generali che si svolgeranno poco oltre hanno un rilievo (quanto meno) inferiore che per gli altri ordinamenti considerati. In dottrina si è sottolineato come il referendum ben si attagli allo *UK parliamentary model* se inteso, appunto, a mo' di completamento, e non di antagonista, della *sovereignty of Parliament* (TORRE, *Il referendum nel Regno Unito. Radici sparse, pianta rigogliosa*, in TORRE - FROSINI (a cura di), *Democrazia rappresentativa e referendum. Il caso del Regno Unito*, Rimini, 2012, 11 ss.) il che è anzitutto vero proprio nel processo devolutivo in cui i referendum territoriali hanno accompagnato e suggellato il lavoro di Westminster in un ordinamento nel quale se la sovranità non è predicabile rispetto alla frazione di elettorato "nazionale" corrispondente alla *stateless nation*, non lo è neppure rispetto al popolo del Regno globalmente inteso, formalmente spettando al solo Parlamento. È, tuttavia, tale circostanza da ultimo detta, unitamente all'assenza di una Costituzione scritta e rigida e all'alto tasso di informalità/politicità nella gestione delle relazioni centro-periferia, a rappresentare la diversità della vicenda scozzese rispetto alle altre commentate; ciò che ha imposto, alla fine, la risoluzione politica della tensione unità/secessione e, per ciò, consentito una composizione pacifica della questione scozzese. E pure va detto che il *claim* nazionalista scozzese è tornato, più di recente, a sfidare la massima manifestazione di sovranità d'Oltremarica sulla vicenda Brexit: le posizioni dello SNP erano, infatti, nel senso di pretendere una qualche forma di riconoscimento della volontà del "popolo" scozzese *uti singulis* considerato, espressosi a maggioranza per il *remain*, al punto da arrivare a ipotizzare un secondo *indyref* (cfr. SCOTTISH GOVERNMENT, *Scotland's Place in Europe*, <https://www.gov.scot/publications/scotlands-place-europe/>).

Governo della Repubblica e, dunque, censurata dalla Corte costituzionale, ripristinando la legalità costituzionale e riaffermando uno fra i vari confini della liceità dello spazio d'intervento popolare<sup>60</sup>. Come pure si è detto circa la legalità formale dei referendum consultivi aventi ad oggetto l'attivazione della clausola di maggiore autonomia. D'altro canto, in dottrina si è sottolineato come il "vero" quesito sottoposto agli elettorati lombardo e veneto tramite la richiesta di parere in ordine alla richiesta di ulteriori competenze, attese, in realtà, ai già discussi argomenti della fiscalità e del finanziamento delle funzioni regionali; due materie di per sé estranee alla maggiore autonomia ottenibile a mezzo della procedura disciplinata dall'art. 116, comma 3, Cost. e tuttavia surrettiziamente introdotte nel dibattito e nella campagna referendaria «con la scusa di potere-dovere coprire le spese delle nuove competenze»<sup>61</sup>. Di più: pur espressamente escluso dalla delimitazione dell'oggetto della consultazione popolare dalla Corte costituzionale nella citata sent. n. 118/2015, il tema del trattenimento del gettito fiscale nel territorio sarebbe stato di fatto riproposto nel quesito referendario veneto – in ragione della notevole genericità della sua formulazione<sup>62</sup> – ed espressamente in quello lombardo<sup>63</sup>.

Tali considerazioni a parte, va sottolineato come, in ogni caso, i referendum in commento, più che rispondere ad un preciso ruolo di completamento della democrazia rappresentativa, a ciò intitolati dalla Costituzione, siano stati indetti e utilizzati come strumento politico di rafforzamento e legittimazione di un'iniziativa - quella di attivazione dell'art. 116, comma 3, Cost. - rispetto ai quali non erano richiesti<sup>64</sup>. Sì che se ne possa concludere che le due consultazioni in commento, pur considerate pienamente legittime, non rispondevano ad una specifica finalità di integrazione dei processi rappresentativi individuata dal testo costituzionale, ma si prestavano,

---

<sup>60</sup> Il medesimo ruolo - ma assai più tenace per il tenore critico della vicenda catalana - ha svolto il *Tribunal Constitucional*, con le molteplici censure sui vari atti adottati dagli organi della *Generalitat de Catalunya* variamente preordinati alla finalizzazione del *procés independentista*, su cui v. CASTELLÀ ANDREU, *Tribunal Constitucional y proceso secesionista catalán. Respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político-constitucional*, in *Teoría y realidad constitucional*, 37, 2016, 561 ss.

<sup>61</sup> MORRONE, *Populismo referendario*, cit., 4.

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> Che infatti recitava: «Volete voi che la Regione Lombardia, nel quadro dell'unità nazionale, intraprenda le iniziative istituzionali necessarie per richiedere allo Stato l'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, *con le relative risorse*, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 116, terzo comma della Costituzione?», corsivo aggiunto.

<sup>64</sup> Così, ad esempio, CARAVITA, *L'autonomia del Nord nel perimetro della Costituzione italiana*, su *Il messaggero*, 20 ottobre 2017, anche in *federalismi.it*, n. 20, 2017.

piuttosto, alla finalità politica di stimolare l'apertura della negoziazione col Governo, non senza strascichi di natura populistica tali da attribuire alla consultazione un carattere sensibilmente plebiscitario<sup>65</sup>.

Inoltre, da un punto di vista più sostanziale, vien da chiedersi fino a che punto il riassetto della *balance* fra i principi costituzionali di unità e autonomia che si sta tentando con l'iter di differenziazione di talune Regioni italiane sia compatibile con la peculiare struttura costituzionale del nostro Stato regionale. E, cioè, se le modifiche dell'articolazione territoriale dell'ordinamento siano solo modifiche formali di strutture e processi o comportino mutamenti dei valori costituzionali su cui regge l'ordinamento o, detto più semplicemente, se si stia parlando di modifiche di sola Parte Seconda o anche di Parte Prima.

L'attivazione dell'art. 116, comma 3, Cost. infatti, liberando le potenzialità insite nella logica della differenziazione sottesa alla disposizione, potrebbe rappresentare un pericolo per le condizioni di uniforme fruizione dei diritti (anzi tutto sociali) sul territorio nazionale<sup>66</sup>: secondo autorevole dottrina il principio di unità di cui all'art. 5 Cost. va inteso in senso "costituzionale", e, cioè, come formula assiologicamente condizionata, il cui contenuto di sostanza è rinvenibile nei valori costituzionali supremi di cui (anzi tutto) agli artt. 2 e 3 Cost.<sup>67</sup>. Ne segue che le principali esigenze unitarie sottese al mantenimento del sistema consistono proprio nell'assicurazione degli alti compiti sociali della Repubblica scolpiti nelle disposizioni citate, ma specialmente nel capoverso dell'art. 3, Cost., vale a dire la garanzia e l'effettività dei diritti civili e (soprattutto) sociali su un piano di uniformità sull'intero territorio nazionale. L'unità *ex* art. 5 Cost. va, in altri termini, intesa come qualcosa di ulteriore e diverso dall'indivisibilità, pure menzionata dalla disposizione in commento<sup>68</sup>; qualcosa che non attiene propriamente

---

<sup>65</sup> In tal senso ancora MORRONE, *op. cit.*, nonché, CARLI, *Vizi e virtù dei referendum consultivi in Lombardia e Veneto*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2017.

<sup>66</sup> V., fra gli altri, RONCHETTI, *op. cit.*, 11 e ss.

<sup>67</sup> Di "unità costituzionale" parla LUCIANI, *Un regionalismo senza modello*, in *Le Regioni*, 5, 1994, 1314-5. Cfr., nello stesso senso, ALLEGRETTI, *Autonomia regionale e unità nazionale*, in *Le Regioni*, 1995, 2 ss.; ROLLA, *L'evoluzione del principio unitario dall'unificazione alla Repubblica*, in *Quad. cost.*, 2011, 913 ss.

<sup>68</sup> In tal senso v. già ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 67 ss. e, più tardi, RUGGERI, "Forme" e "tecniche" dell'unità, tra vecchio e nuovo regionalismo, in ROLLA (a cura di), *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati. Atti del convegno (Pontignano, 10-11 maggio 2002)*, Torino, 2003, 92; BIFULCO, Art. 5, in BIFULCO - CELOTTO - OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 140.

all'integrità territoriale, ma che, invece, riferisce di una unità valoriale avente ad oggetto uno degli elementi soggettivi della statualità, e cioè il popolo<sup>69</sup>.

Se, dunque, i referendum del lombardo-veneto dell'ottobre 2017 - diversamente dalle consultazioni scozzese e catalana del 2014 - non hanno certo messo in discussione l'integrità territoriale della Repubblica, gli sviluppi del processo di differenziazione delle Regioni presentano, tuttavia, dei rischi per la tenuta dell'unità costituzionale della Repubblica<sup>70</sup>.

Concludendo, si è sostenuto, scorrendo più ampiamente dei venti nazionalisti che sferzano l'Europa negli anni recenti sia a livello sovranazionale che endo-statale, che «il revival del neo-sovranoismo di diversi livelli ... lascia intravedere una generale aspirazione al superamento del costituzionalismo tradizionale che, pur avendo all'orizzonte un complessivo pluralismo delle statualità, rischia di non produrre effetti armonici. In assenza di adeguate soluzioni costituzionali, la sua propensione sovversiva non ammette dubbi e non va ingenuamente sottovalutata»<sup>71</sup>. Trattando di forme costituzionali della democrazia - che è il contesto scientifico in cui si inserisce questo contributo - l'apertura degli ordinamenti regionali all'autonomia politica delle proprie articolazioni territoriali interne va riguardata, insomma, non tanto come efficientamento della prestazione di servizi al cittadino e fluidificazione dei meccanismi della *governance*, quanto piuttosto come declinazione del principio di diffusione del potere di derivazione liberal-democratica, inteso quest'ultimo come formidabile soluzione tecnico-istituzionale apprestata dal costituzionalismo per perseguire i suoi fini tipici di limitazione dei (ed equilibrio fra i) poteri. Sicché, se lo Stato regionale dovesse entrare in crisi sotto i colpi dei sovranismi interni agli Stati, il rischio è non solo che ne conseguano i massimamente drammatici esiti della disgregazione territoriale, ma che ne risulti messa a repentaglio la democrazia costituzionale, quanto meno in una delle sue declinazioni: quella, per l'appunto, territoriale.

---

<sup>69</sup> Cfr. ancora RONCHETTI, *op. cit.*, 15, secondo cui «al di là della secessione formale di carattere spiccatamente territoriale, (...) anche qualora il “rafforzamento” dell'autonomismo dovesse assumere i “meri” connotati della “contrazione della logica solidaristica” saremmo comunque di fronte a forme inaccettabili per l'indivisibilità e l'unità repubblicana».

<sup>70</sup> Così, ad esempio, PIRAINO, *Ancora sul regionalismo differenziato*, cit., 22 ss.

<sup>71</sup> TORRE, *I modelli*, cit.

## **RISCHI ED EFFETTI PATOLOGICI NELL'ATTUAZIONE DEGLI STRUMENTI DI DEMOCRAZIA PARTECIPATIVA. OSSERVAZIONI PER COSTRUIRE UN PERCORSO DI QUALITÀ DELLA DEMOCRAZIA<sup>°</sup>**

**Nicola Pettinari**

*Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico,  
Università degli Studi di Perugia*

*Il presente lavoro ha come scopo l'individuazione e la concettualizzazione dei rischi e degli effetti patologici che possono avere luogo all'interno dei processi di attuazione degli strumenti di democrazia partecipativa. Dal punto di vista metodologico, l'osservazione condotta è basata su una ricostruzione del quadro normativo che in Italia - ai vari livelli di governo (in particolare statale e regionale) - ha disciplinato l'istituto giuridico della consultazione (norme sull'analisi d'impatto della regolazione e della verifica ex post degli impatti normativi, codice degli appalti, etc). A ciò va ad aggiungersi una ricognizione degli effetti delle principali esperienze di implementazione. Ciò che emerge è un quadro, nel contesto italiano, ancora ostile e refrattario alla normalizzazione degli istituti di democrazia partecipativa in seno ai procedimenti di produzione normativa e ai processi decisionali sottesi alle principali politiche pubbliche. Se la 'qualità della legislazione' ha fornito il principale (sebbene non l'unico!) terreno di coltura per lo sviluppo degli strumenti qui analizzati, la 'qualità della democrazia' emerge quale cornice imprescindibile per l'analisi del costituzionalista di qui al prossimo futuro, in vista di un auspicabile percorso evolutivo verso la soddisfazione dei fini generali del costituzionalismo democratico (e della forma di stato democratico-pluralista).*

*The purpose of this work is to identify and conceptualize risks and pathological effects that can occur within the implementation processes of participatory democracy instruments. From a methodological point of view, the observation conducted is based on a reconstruction of the regulatory framework that in Italy - at various levels of government (in particular state and regional) - has regulated the legal instrument of consultation (rules on the regulatory impact assessment and ex post verification of legislative impacts, Procurement Code, etc). Added to this is a survey of the effects of the main implementation experiences. What emerges is a picture, in the Italian context, still hostile and refractory to the normalization of institutions of participatory democracy within the regulatory production procedures and the decision-making processes underlying the main public policies. If the 'quality of legislation' has provided the main (though not the only!) breeding ground for the development of the instruments analyzed here, the 'quality of democracy' emerges as an essential framework for the constitutionalist analysis from now to the next future, in view of a desirable evolutionary path towards the satisfaction of the general aims of democratic constitutionalism (and of the pluralist democracy).*

### **Sommario:**

1. Aspetti introduttivi e metodologici. Democrazia partecipativa e qualità democratica
2. Tematizzare le principali patologie attuative della partecipazione.
3. Aspetti non conclusivi. Gli sviluppi degli strumenti partecipativi: una partita aperta in una democrazia «tuttora in corso di invenzione»

---

<sup>°</sup> Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

## 1. Aspetti introduttivi e metodologici. Democrazia partecipativa e qualità democratica

L'obiettivo del presente lavoro è quello di mostrare e concettualizzare i principali rischi ed effetti patologici emersi nell'attuazione degli strumenti di democrazia partecipativa nei processi decisionali pubblici. Le considerazioni che seguiranno sono il frutto di un percorso di ricerca pluriennale che ha analizzato - a livello sovranazionale, statale e sub statale - sia le fonti che prevedono tali strumenti, sia la loro implementazione (sperimentale e non), con particolare attenzione per la connessione di questi con la dimensione della *qualità di norme e politiche pubbliche* (ruolo centrale ha rivestito l'approfondimento del ruolo della consultazione nelle analisi e nelle verifiche di impatto della regolazione, c.d. AIR e VIR).

Dopo anni di previsioni normative che solo in pochi casi hanno condotto a risultati concretamente incidenti (scontando notevoli criticità attuative), recentemente il ruolo della consultazione sembra trovare nuovi impulsi. Le innovazioni normative seguite al DPCM n. 169 del 15 settembre 2017 (ove si approva il nuovo regolamento disciplinante l'analisi di impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione)<sup>1</sup>, per esempio, costituiscono senza dubbio un passo in avanti nel contesto italiano, al quale possono aggiungersi altri due importanti inserimenti di spazi di democrazia partecipativa nella normativa statale sottesa ai processi decisionali pubblici (al di fuori, in questi due casi, dell'ambito della qualità legislativa): l'introduzione del *dibattito pubblico* per le grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale aventi impatto sull'ambiente, ad opera del DPCM del 10 maggio 2018, n. 76<sup>2</sup>, e l'introduzione dell'*inchiesta pubblica* nella valutazione di impatto ambientale (VIA), ad opera del Decreto Legislativo 16/06/2017,

---

<sup>1</sup> Il quale è intervenuto sulle preesistenti criticità in fatto di attuazione della consultazione principalmente attraverso indicazioni relative all'organizzazione delle funzioni di valutazione nelle amministrazioni (articolo 2, c. 7), alle tecniche di analisi e valutazione e le tecniche di svolgimento delle consultazioni (articoli 3, c. 1, e 16, c. 4), ai modelli di relazione da utilizzare per l'AIR e per la VIR (articolo 3, c. 1), e ai metodi e alle procedure per la partecipazione ai percorsi valutativi europei (articoli 11, c. 1, e 15, c. 3).

<sup>2</sup> "Regolamento recante modalità di svolgimento, tipologie e soglie dimensionali delle opere sottoposte a dibattito pubblico", dove tale introduzione avviene ai sensi dell'art. 22 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

n. 104<sup>3</sup> (art. 24-bis). Siamo in presenza di nuove opportunità per un “rilancio” della consultazione a livello statale, dunque? Forse, ma la risposta a questo quesito deve necessariamente implicare consapevolezza delle criticità passate e dei rischi presenti, affinché gli sviluppi futuri non si trovino di fronte a nuove stasi.

La necessità di superare le criticità passate, consci dei rischi e dei connessi effetti patologici, va ricondotta all’intima connessione che gli strumenti di democrazia partecipativa (dentro e fuori la qualità legislativa) intrattengono con la *qualità della democrazia* in quanto «quell’assetto istituzionale stabile che attraverso istituzioni e meccanismi correttamente funzionanti realizza libertà ed eguaglianza dei cittadini»<sup>4</sup>. Una connessione, dunque, basilare per realizzare i fini delle democrazie pluraliste (scopo per il raggiungimento del quale la democrazia partecipativa va intesa come *momento integrativo e di completamento* - e non già di antagonismo - *della democrazia rappresentativa*). Per definire la qualità democratica sembra utile richiamare lo schema di fondo elaborato da L. Morlino<sup>5</sup>, il quale distingue tre dimensioni della qualità democratica incentrate:

a) sul *risultato* (espressione di un «regime ampiamente legittimato e, dunque, stabile, di cui i cittadini sono pienamente soddisfatti»);

b) sul *contenuto* («i cittadini, le associazioni e la comunità che ne fanno parte godono in misura superiore ai livelli minimi di libertà ed eguaglianza»);

c) sulla *procedura* («i cittadini di una buona democrazia devono poter controllare e valutare se e come [libertà ed eguaglianza] sono realizzate attraverso il pieno rispetto delle norme vigenti [...], la loro efficiente applicazione, l’efficacia nella assunzione delle decisioni insieme alla responsabilità politica per le scelte fatte dal personale eletto anche in relazione alle domande espresse dalla società civile»).

Saranno questi i tre parametri di fondo che guideranno il rilevamento degli aspetti patologici su cui il presente lavoro si concentra, e le connesse osservazioni.

In assenza di risposte definitive o assumibili come vere in assoluto, il tentativo intrapreso nel presente lavoro sarà quello di individuare quantomeno

---

<sup>3</sup> Il quale modifica le norme che regolano il procedimento di VIA con lo scopo di recepire la Direttiva 2014/52/UE; tale recepimento rispetta i principi e criteri di indirizzo specifici dettati dall’art. 14 della Legge delega 9 luglio 2015, n. 114.

<sup>4</sup> MORLINO, *Introduzione. Una democrazia senza qualità?*, in MORLINO - PIANA - RANIOLO, *La qualità della democrazia in Italia 1999-2012*, Bologna, 11.

<sup>5</sup> Citato in MORO, *Cittadinanza attiva e qualità della democrazia*, Roma, 2015, 231 (corsivi miei).

delle ‘coordinate interpretative’, con l’auspicio che possano, nel breve periodo, divenire la base di una ‘check list’ spendibile come base per elaborare modelli d’analisi non solo teorici, ma anche utilizzabili in senso operativo, magari concorrendo all’elaborazione di *guidelines* in grado di orientare l’implementazione degli strumenti partecipativi nei procedimenti di produzione delle norme a tutti i livelli di governo (e di correggere efficacemente il corso delle esperienze dove tali strumenti sono stati implementati in forma distorta e/o parziale, con evidente pregiudizio in termini di risultato). Tutto ciò nella convinzione che l’approccio costituzionalistico e giuspubblicistico all’analisi degli strumenti che qui interessano abbia senso proprio in quanto in grado di assumere «oltre ad una rilevanza conoscitiva, anche una rilevanza pragmatica»<sup>6</sup>, poiché appare «evidente, infatti, che la conoscenza degli ostacoli che si frappongono alla realizzazione di una qualche normativa costituisce un presupposto essenziale perché si possa intervenire per correggerla aumentandone il tasso di effettività»<sup>7</sup>.

## 2. Tematizzare le principali patologie attuative della partecipazione

I tentativi di introdurre gli strumenti di democrazia partecipativa, nella forma dei metodi e delle tecniche della consultazione, si sono tradotti, nel corso dell’ultimo ventennio, in una multiforme varietà di norme e processi di implementazione intrapresi - in maniera e con esiti variabili - a tutti i livelli di governo. Le criticità e gli effetti patologici qui di seguito proposti sono stati rilevati in particolare con riferimento al difficile cammino della consultazione nel contesto italiano, soprattutto a livello governativo (statale) e regionale. Un cammino in larga parte coincidente (ma non con esso del tutto sovrapponibile) con quello delle analisi (*ex ante*) e delle verifiche (*ex post*) di impatto della regolazione (d’ora in avanti AIR e VIR). Recuperando quanto osservato nel corso degli approfondimenti che ho avuto modo di intraprendere negli ultimi anni<sup>8</sup>, le principali criticità emerse possono essere

---

<sup>6</sup> FEBBRAJO, *Partecipazione popolare e giustizia: alcune ipotesi sociologico-giuridiche*, Estratto anticipato da *Partecipazione popolare e giustizia. Studi di diritto italiano e comparato*, (a cura di) V. VIGORITI, 1980, Pavia, 6.

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

<sup>8</sup> Nell’impossibilità di dare conto qui dei contenuti di tali studi, da cui derivano le osservazioni presentate, rimando alle pubblicazioni dove ho avuto modo di ricostruire e commentare varie tipologie di norme ed esperienze, quali (*inter alia*): per quanto riguarda un’analisi complessiva sui dati provenienti dalla Regioni italiane, si veda PETTINARI -

sintetizzate nelle seguenti cinque:

1) *Assenza, nella classe politica di riferimento, di una adeguata cultura giuridico-istituzionale della partecipazione* (il risultato è un atteggiamento di *indifferenza* verso la necessità di ampliare quantitativamente e qualitativamente il ricorso alla consultazione o, qualora sia stata effettuata una consultazione, *indifferenza* verso gli esiti del processo);

2) *Tensione nel rapporto fra tecnici/burocrati specializzati e rappresentanti politici* (o, al contrario, presenza di un accordo “elitista” tra i due, spesso teso a rafforzare vicendevolmente la chiusura - rispetto alla società civile - dei processi decisionali);

3) *Confusione del ruolo della consultazione* (si veda l. r. Umbria 14/2010, art. 66), *concepita erroneamente come mera attività di ascolto, anziché come dialogo strutturato*. Il risultato è un forte depotenziamento dell’effettività giuridica della consultazione, che rimane così confinata alla sola sfera politica (senza produrre effetti giuridici, poiché gli esiti del processo partecipativo non diventano, in questo modo, un contenuto delle norme giuridiche prodotte). Il rischio direttamente connesso a questo aspetto è un uso populistico dell’ascolto dei destinatari delle norme, volto solo all’*intercettazione di consenso elettorale* (manipolazione delle aspettative dei destinatari);

4) *Confusione tra partecipazione e attività di comunicazione e informazione istituzionale*. Si tratta di una confusione tra *modalità di interazione univoche* (la comunicazione e l’informazione, che si sviluppano *unidirezionalmente* dalle istituzioni/amministrazioni verso i cittadini) e *modalità di interazione biunivoche* (le forme della consultazione, specie nel caso del dialogo strutturato, volte a stabilire un’*interazione circolarmente*

---

VALASTRO, *Democrazia partecipativa e qualità delle politiche regionali: tra bilancio e prospettive*, in BASSANINI - CERNIGLIA - QUADRIO CURZIO - VANDELLI (a cura di), *Territori e autonomie. Un’analisi economico-giuridica*, Bologna, 2016; per una ricostruzione delle criticità nel contesto della Regione Umbria, compreso un caso di studio circa l’analisi d’impatto *ex ante* sulla legge sui tartufi (legge regionale Umbria n. 8/2004 sulla “Disciplina della raccolta, coltivazione, conservazione e commercio dei tartufi”), e i successivi sviluppi legislativi in fatto di partecipazione, soprattutto connessi alla legge regionale Umbria sulla partecipazione 14/2010 sulla “Disciplina degli istituti di partecipazione alle funzioni delle istituzioni regionali (iniziativa legislativa e referendaria, diritto di petizione e consultazione)”, si vedano PETTINARI, *Qualità della legislazione*, in VOLPI - CLEMENTI (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Umbria*, Torino, 2017; “*Potentialities And Limits In Implementing Participatory Instruments Within The Law-Making Process. Critical considerations from the case study of the Region of Umbria (Italy) in the context of the ‘multilevel governance’ of the European Union*”, in *Federalismi*, n. 24, 2017; *La qualità della legislazione nelle Regioni: il caso umbro*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2015.

*bidirezionale* tra istituzioni/amministrazioni e destinatari dei loro interventi normativi e di policy);

5) *Confusione tra consultazione e concertazione* (dove la prima implica un'apertura inclusiva ad ogni tipo di soggetto, mentre la seconda intende ricomprendere nel processo decisionale prevalentemente soggetti economicamente forti sul territorio, o comunque marcatamente organizzati, spesso di tipo aziendale o associativo, comportando il rischio di favorire questi a scapito di soggetti socio-economicamente deboli, non organizzati e sottorappresentati)<sup>9</sup>.

Il primo punto critico evidenzia la necessità, nell'implementare strumenti partecipativi nel *law making process*, dello sviluppo di una parallela 'cultura della partecipazione'. È un punto, questo, direttamente connesso alla seconda criticità rilevata, poiché coinvolge direttamente la cultura giuridica<sup>10</sup> e la cultura politica dei soggetti principali del procedimento legislativo: i rappresentanti nelle assemblee legislative e i funzionari legislativi coinvolti nel *law-making* (oltre che, naturalmente, i destinatari, nella misura in cui sono consultati). La casistica regionale italiana ha mostrato come diverse sperimentazioni esaminate abbiano evidenziato la capacità dei funzionari<sup>11</sup> di essere un valido supporto per un'apertura 'duttile' del procedimento ai contributi provenienti dai destinatari, avendo questi rivestito un ruolo fondamentale nel condurre le consultazioni e nell'elaborare opzioni normative condivise, contemperando la duttilità richiesta dal principio del discorso esaltata da Habermas con la rigidità necessaria della sfera giuridica come descritta da Luhmann (soprattutto con la sua necessità di una *programmazione specifica*, rispettosa della differenziazione tra diritto e società).

Da un lato, infatti, essi hanno predisposto strumenti di tipo dialogico

---

<sup>9</sup> Per un approfondimento della portata delle nozioni di "concertazione" e di "consultazione" nelle accezioni qui considerate, e soprattutto della pemiciosità della confusione – teorica, ma ancor più attuativa – tra le due, si rimanda a PETTINARI, *Partecipazione e valutazione di norme e politiche pubbliche. La sfida democratica della qualità dei processi decisionali*, Napoli, 2019, in particolare al Par. 3 del Cap. III (*Consultazione e concertazione*. La grammatica di un 'basso continuo elitista' tra 'partecipazione' e mero 'ascolto' dei destinatari).

<sup>10</sup> Nell'accezione, già qui ricordata, offerta da Alberto Febbrajo in *Cultura giuridica. Contenuti e funzioni di un concetto*, in FEBBRAJO - A. LA SPINA - RAITERI (a cura di), *Cultura giuridica e politiche pubbliche in Italia*, Milano, 2006.

<sup>11</sup> Accanto a questi, in generale, mi sembra utile ricordare il ruolo sempre più centrale, nei processi partecipativi, della figura dei *facilitatori di processo*, soprattutto nella fase della consultazione.

(‘dialogo strutturato’<sup>12</sup>) per “aprire” il procedimento legislativo al confronto con i destinatari, mentre dall’altro la loro formazione in materia di *drafting* legislativo e ordinamento giuridico ha consentito che le opzioni emerse fossero tecnicamente ineccepibili e formalmente idonee alla selezione operata dall’Assemblea legislativa. Il tutto ha concorso ad un’operazione di *razionalizzazione tecnico-giuridica* degli esiti della consultazione: una razionalizzazione funzionale alla riduzione della complessità, ma anche inerente il problema della contingenza (le opzioni emerse dalla sperimentazione di analisi di impatto sono un buon esempio di come, nel processo di riduzione della complessità, sia sempre necessario tener conto del valore della scelta tra le diverse possibilità offerte dal sistema).

Purtroppo, trattandosi spesso di esperienze sperimentali, e non di procedimenti vincolanti, la scelta operata dai rappresentanti politici è risultata spesso impermeabile a tali contributi nella ricerca di un equilibrio tra duttilità e rigidità del procedimento (in sostanza tra la sua apertura ai destinatari e la sua necessaria autonomia). Questo equilibrio sembra difettare, in modo analogo, negli altri due punti critici emersi: quello della indebita sovrapposizione della nozione di partecipazione ai procedimenti decisionali con l’attività di ascolto (punto 3) e con le attività di informazione e comunicazione istituzionale (punto 4). Va premesso che ascolto, informazione e comunicazione sono elementi irrinunciabili della partecipazione, soprattutto in Habermas, secondo il quale «La volontà formata discorsivamente può essere chiamata «razionale» perché la qualità del discorso e della situazione di consultazione garantiscono a sufficienza che un consenso può realizzarsi solo su interessi *generalizzabili* adeguatamente interpretati, vale a dire su “bisogni *comunicativamente condivisi*”»<sup>13</sup>.

Bisogna però altrettanto rilevare che - pur costituendo elementi necessari - *ascolto, informazione e comunicazione non sono sufficienti a determinare l’esistenza, la funzionalità e l’efficacia della partecipazione ai procedimenti legislativi*, tantomeno se pensiamo a questa nel senso che più interessa in questo lavoro, vale a dire nella prospettiva della partecipazione come “metodo di governo”. Se per strumenti partecipativi

---

<sup>12</sup> ‘Dialogo strutturato’ è un’espressione a mio avviso particolarmente significativa proprio per descrivere la capacità di tale strumento di contemporaneamente la ‘duttilità’ propria del *dialogo* (Habermas) con la necessità di una *strutturazione* ‘rigida’ che garantisca effetti giuridici pienamente inseriti nell’ordinamento giuridico e nelle sue attività di programmazione (Luhmann).

<sup>13</sup> FEBBRAJO, *op. cit.*, 1980, 15.

intendiamo, infatti, strumenti in grado di produrre effetti sull'adozione di una proposta normativa, questa sovrapposizione erronea di significati può divenire un elemento addirittura dannoso, generando nei destinatari aspettative che poi risulteranno, con buona dose di probabilità, frustrate dalla mera comunicazione di decisioni prese autonomamente dai legislatori.

Ciò si aggrava nei casi in cui sia avvenuta un'attività di ascolto (dei bisogni e degli interessi dei destinatari) dei cui risultati non si è tenuto conto: è questo il caso in cui le posizioni emerse non hanno trovato recepimento nelle norme prodotte, rimaste così impermeabili e insensibili al contributo della società. Si tratta di situazioni che generano nei destinatari (e nella percezione della società nel suo complesso, in senso trasversale rispetto ad appartenenze di gruppo e identità) malcontento e disillusione circa il ruolo della partecipazione e che conducono, erroneamente, a considerarla inutile, vanamente retorica e propagandistica in sé, quando invece si tratta solo di risultati attribuibili a un uso distorto degli strumenti, spesso applicati in maniera impropria dal punto di vista procedurale (burocratico-amministrativo), e non di rado asserviti a dinamiche politiche (maturate nell'alveo della rappresentanza e delle sue derive) ben lontane, negli scopi, dalla democratizzazione del procedimento e dal pluralismo e, nei modi, dalla trasparenza e dal dialogo. Ascolto, informazione e comunicazione devono quindi essere attività presenti e costanti nei processi di *law-making*, ma perché le norme e le *policies* prodotte rispondano realmente ai bisogni dei destinatari (saldando efficacemente società e diritto, e riducendo i conflitti), è necessario un ulteriore passaggio.

La duttilità offerta dai processi di dialogo tra istituzioni e società deve, pertanto, superare la soglia del mero piano 'comunicativo' (basato sullo scambio di idee e la comunicazione di bisogni) per accedere ad un piano che potremmo definire 'performativo'. Con questa espressione intendo fare riferimento all'obbligatorietà di tenere conto, da parte dei legislatori, delle posizioni emerse nella fase dialogica della consultazione e sul corrispondente obbligo di creare norme e politiche che possano produrre effetti sulla società proprio grazie al contributo ricevuto dalla stessa nella loro fase genetica (anche in questo caso è centrale lo strumento, già richiamato, del *dialogo strutturato*).

Naturalmente, questo 'trasferimento' di contenuti dalla sfera sociale a quella giuridica trova dei limiti necessari nell'ordinamento giuridico, il quale continua a determinare i fini, gli strumenti e i principi che nessun tipo di partecipazione pubblica può mettere in discussione (in primo luogo, per esempio, i diritti fondamentali e i diritti umani, contenuti sia nelle

Costituzioni che nelle dichiarazioni internazionali che li salvaguardano<sup>14</sup>). In questo senso è pienamente comprensibile come questo tipo di ‘rigidità’ sia fondamentale per il mantenimento dell’autonomia della sfera giuridica, della sua imparzialità e della certezza delle norme e delle decisioni (protette da una programmazione, come ricordato, specifica e distinta da quella della società).

Paradossalmente, appare chiaro come la ‘rigidità’ auspicabile a tutela dell’autonomia della sfera giuridica sia interpretabile come vero e proprio elemento di garanzia verso la ‘duttilità’ richiesta al diritto nell’apertura del *law-making* ai soggetti destinatari, mediante la consultazione. Ma quindi, perché gli strumenti partecipativi vengano implementati in modo ottimale (realizzando una convergenza più piena possibile tra *lawmakers* e destinatari) è sufficiente il solo fatto che essi vengano previsti in una qualche norma giuridica<sup>15</sup> che obblighi i legislatori a ricorrere a tali strumenti e che li vincoli nel recepire gli esiti delle consultazioni?

Indubbiamente è un passo irrinunciabile, ma che non conduce automaticamente né ad un controllo sulla democraticità delle norme prodotte né ad un controllo sugli effetti dell’implementazione. Rispondere a tale domanda significa riflettere su un ulteriore completamento necessario alla costruzione di un metodo partecipativo nella produzione delle norme giuridiche. La compenetrazione tra duttilità (apertura del procedimento) e rigidità (autonomia della sfera giuridica e garanzia degli effetti delle norme) trova questo ulteriore completamento nella valutazione *ex post*, orientata a inscrivere la partecipazione all’interno di un “circolo virtuoso” tra consultazioni *ex ante* e consultazioni *ex post*<sup>16</sup>. Ciò significa, in sostanza, estendere alla fase *ex post*, da un lato, a) l’elemento duttile rappresentato dalla possibilità di apertura del diritto ai destinatari

---

<sup>14</sup> Lo stesso Habermas non mette in discussione la centralità in sé del procedimento, giacché sostiene che «nella vertigine di questa libertà non abbiamo altro punto di riferimento se non lo stesso procedimento democratico: il cui senso risulta per altro già interamente deciso nel sistema dei diritti», HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996, 200-221.

<sup>15</sup> Indipendentemente dal fatto che si tratti di una legge dello stato, una legge regionale o una norma statutaria o costituzionale (la natura della norma, infatti, dipende anche dal tipo di ordinamento e di tradizione giuridica rinvenibili nel contesto interessato).

<sup>16</sup> Rendendo possibile, per la consultazione, «trovare spazio non soltanto in momenti diversi all’interno della stessa valutazione ‘ex ante’, ma anche, e soprattutto, nell’ambito della valutazione ‘ex post’, quale vera e propria “controprova” dell’efficacia e qualità della regolazione applicata», VALASTRO, *La valutazione e i molteplici volti della partecipazione: quale ruolo per la consultazione?*, in RAVERAIRA (a cura di), *“Buone” regole e democrazia*, Soveria Mannelli, 2007, 168.

(coinvolti così anche nel valutare gli effetti dell'applicazione di una norma giuridica e la rispondenza tra risultati prodotti dalla norma e risultati attesi, specie in relazione alla soddisfazione di bisogni) e, dall'altro lato, b) un rigido controllo tecnico sulla norma, secondo le modalità proprie della valutazione legislativa.

Questo 'doppio meccanismo partecipativo' sembra una soluzione degna di considerazione anche come protezione a favore dell'indipendenza dei funzionari e della società da intrusioni indebite e manipolazioni da parte del potere politico e degli interessi privati. Nel caso del potere politico, esso aiuta ad arginare pericolosi scivolamenti della 'funzione manifesta' del diritto in 'funzione latente'<sup>17</sup> (alla base di norme i cui contenuti e la cui complessità servono solo ad un sostanziale mantenimento del potere di chi le emana, e dunque espressione di quella che Luhmann definisce 'corruzione sistemica'<sup>18</sup> e che non esita a indicare come «the moral problem of contemporary world society»<sup>19</sup>). Nel caso degli interessi privati<sup>20</sup> (particolarmente temuti da Habermas), invece, la circolarità tra partecipazione *ex ante* e partecipazione *ex post* sembra un elemento a protezione della necessità che le leggi tutelino il pluralismo (di valori e diritti, ma anche istituzionale), l'interesse pubblico, *il bene comune* e *i beni comuni*.

A questo punto ci si potrebbe domandare quale tipo di soggetto pubblico, istituzione o organo potrebbe, di fatto, garantire l'equilibrio tra 'duttilità' e 'rigidità' del *law-making* rispetto agli strumenti partecipativi. In sostanza, tale domanda equivale a chiedersi quale soggetto è in grado, di fatto, di sottrarre tali strumenti alle degenerazioni, alle strumentalizzazioni e agli effetti collaterali sin qui descritti. Uno spunto interessante (sul piano teorico) è offerto da Habermas, che precisa quale ruolo dovrebbero assumere le corti costituzionali<sup>21</sup>, il cui compito dovrebbe consistere, in primo luogo, nel

---

<sup>17</sup> La funzione manifesta si esprime nell' «orientamento dei comportamenti dei membri della collettività» e nel «trattamento dei conflitti individuali», mentre funzione latente del diritto, si esplica nel «legittimare il potere che lo ha emanato», V. POCAR, *Guida al diritto contemporaneo*, Roma, 2002, 74.

<sup>18</sup> Cfr. NEVES, *Transconstitutionalism*, 2013, 31.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> Particolarmente insidiosi, oltre che rafforzati, laddove si verifichi il caso della confusione tra *consultazione* e *concertazione*.

<sup>21</sup> A questo proposito sembra utile ricordare che «La corte costituzionale può così essere vista come l'organo più politico del sistema giudiziario e l'organo più giudiziario del sistema politico», specialmente nel pensiero di Luhmann, che «considera la costituzione un esempio di structural coupling» e «come tale in grado di collegare sistema politico e sistema giuridico», FEBBRAJO, *Dal diritto riflessivo al diritto frammentato. Le tappe del neo-pluralismo*

sottoporre ad esame le norme controverse «avendo soprattutto riguardo ai presupposti comunicativi e alle condizioni procedurali della legislazione democratica»<sup>22</sup>. Il fine è chiaramente quello di tutelare l'apertura del processo decisionale in senso partecipativo.

La discussione su questo specifico punto può costituire, attualmente, un tema di approfondimento particolarmente significativo. Un esempio interessante di tentativo di risposta istituzionale alle menzionate esigenze di tutela e promozione è offerto, nel panorama delle Regioni italiane (dove ovviamente non esistono Corti costituzionali regionali), dal caso della legge sulla partecipazione della Regione Toscana<sup>23</sup>, che ha istituito una specifica autorità di garanzia: l'*Autorità regionale per la garanzia e la promozione della partecipazione* (artt. 3-5), i cui compiti sono quelli di assicurare il pieno sviluppo dei processi partecipativi e il rispetto delle disposizioni contenute nella legge medesima.

In questo senso appare evidente la differenza rispetto, per esempio, al caso offerto dalla legge sulla partecipazione della Regione Umbria<sup>24</sup>, non solo riguardo alla tutela riservata agli strumenti partecipativi<sup>25</sup> (sottratti alle criticità rilevate proprio grazie ai contenuti di tale legge e all'azione dell'Autorità istituita), ma anche ad una specifica previsione<sup>26</sup> in fatto di valutazione *ex post* delle norme prodotte a seguito delle consultazioni dei destinatari (concretizzando il circolo virtuoso tra analisi *ex ante* e valutazione *ex post*). Pur se *lato sensu*, è da ricordare anche il caso dell'analisi d'impatto presso le istituzioni europee: un caso virtuoso di sottoposizione della consultazione nei processi decisionali a forme di controllo (e dunque ad autorità preposte ad attività di verifica) articolate secondo un doppio binario valutativo, esterno e interno alla Commissione<sup>27</sup>.

---

teubneriano, in FEBBRAJO - GAMBINO (a cura di), *Il diritto frammentato, Serie sociologico-giuridica*, Milano, 2013, 191.

<sup>22</sup> HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., 313.

<sup>23</sup> Legge regionale Toscana 46/2013 sul "Dibattito pubblico regionale e promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali".

<sup>24</sup> Legge regionale Umbria 14/2010 sulla "Disciplina degli istituti di partecipazione alle funzioni delle istituzioni regionali (Iniziativa legislativa e referendaria, diritto di petizione e consultazione)".

<sup>25</sup> Che nel contesto toscano appaiono, invece, pienamente in grado di produrre effetti giuridici.

<sup>26</sup> Art. 5 ("Compiti dell'Autorità"), c. 1, lettera f: «[L'Autorità] valuta il rendimento e gli effetti dei processi partecipativi».

<sup>27</sup> Nel primo caso (esterno) il controllo è svolto dalla Corte dei Conti europea (*European Court of Auditors*), mentre nel secondo caso (interno) è svolto dall'*Impact Assessment Board* della Commissione.

L'opportunità della presenza di un'Autorità di garanzia (a prescindere dalla natura assunta, sia essa un'*Authority* indipendente in senso stretto o un tribunale costituzionale) a tutela della consultazione nei processi decisionali pubblici trova, non di meno, fondamento nella constatazione che «In generale, è del tutto condivisibile la considerazione per cui “le comparazioni dei risultati *ex post* con le previsioni *ex ante* offrono un elemento essenziale di “*groundtruthing*” alla pratica della valutazione regolativa. La comparazione dei risultati della regolazione alle previsioni effettuate in sede di AIR [preventiva] è un test prezioso sia per l'AIR sia per la regolazione stessa”, per cui appare evidente che un valore aggiunto della valutazione *ex post* sia quello di costituire anche una sorta di “controllo sul controllo”, in un'ottica di qualità della regolazione e degli strumenti di monitoraggio. Questo, per l'OCSE, limita anche il rischio che i regolatori facciano un uso volutamente distorto e manipolato dello strumento dell'AIR, per favorire o disincentivare una determinata opzione di intervento»<sup>28</sup>.

È inoltre importante segnalare come l'OCSE consideri come un'ulteriore forma di controllo *ex post* quello effettuato da parte delle Corti di diversi Paesi, «segnatamente negli Stati Uniti: il sistema di controllo giudiziario successivo, in particolare, costituirebbe una sorta di garanzia di qualità dell'analisi *ex ante*, giacché la prospettiva che la regolazione analizzata possa poi subire *il controllo della Corte rappresenta, in linea teorica, un incentivo per gli analisti a formulare un'analisi d'impatto quanto più corretta e coerente*»<sup>29</sup>.

I punti di forza e i punti critici emergenti da quanto detto sinora possono essere sintetizzati nella seguente tabella, dove si individuano 4 gradi (crescenti dal grado 1 al grado 4) di partecipazione ai procedimenti di produzione di norme e politiche pubbliche (e, laddove prevista, alla verifica degli impatti connessi all'attuazione).

---

<sup>28</sup> F. CACCIATORE, *Autorità indipendenti e nuova disciplina della VIR: tanto rumore per nulla?*, Paper in *Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione*, settembre 2010, 18.

<sup>29</sup> *Ivi*, 19, corsivi miei.

	<b>Strumento/Organo di garanzia</b>	<b>Atteggiamento del Legislatore</b>	<b>Rischio/ Patologia</b>	<b>Potenzialità</b>
<b>Grado I</b> Esempio → Sperimentazione AIR Umbria (per l.r. 8/2004)	<b>Consultazione</b> (Sperimentazione)	Indifferenza	Autoreferenzialità del Legislatore Esclusione dei destinatari	(Mera) Emersione di bisogni e conflitti
<b>Grado II</b> Esempio → Legge regionale Umbria 14/2010 ("Disciplina degli istituti di partecipazione")	<b>Consultazione</b> (prevista per legge ma non vincolante → ESCLUSI effetti giuridici)	Ascolto	Populismo  Mera costruzione di consenso elettorale	(Mera) Emersione di bisogni e conflitti
<b>Grado III</b>	<b>Consultazione</b> (prevista per legge. Vincolante in fase 'ex ante' MA NON 'ex post')	Dialogo strutturato 'ex ante' [Progettazione] <b>Oppure</b> Dialogo strutturato 'ex post' [Verifica dell'attuazione]	Necessità di investimento/Costi consistenti <sup>30</sup>	Razionalizzazione di bisogni e conflitti emersi → <b><u>Inclusione in parte del processo decisionale</u></b>
<b>Grado IV</b> Esempio → Legge regionale Toscana 46/2013 ("Dibattito pubblico regionale"..)	<b>Consultazione</b> (prevista per legge. Vincolante in fase 'ex ante' ED 'ex post') + <b>Autorità garante</b>	Dialogo strutturato 'ex ante' [Progettazione] <b>Congiuntamente a</b> Dialogo strutturato 'ex post' [Verifica dell'attuazione]	Necessità di investimento/Costi consistenti <sup>31</sup>	Razionalizzazione di bisogni e conflitti emersi <b>E</b> Verifica delle soluzioni normative adottate → <b><u>Inclusione in tutto l'iter del processo decisionale</u></b>

L'atteggiamento di indifferenza da parte del legislatore regionale verso le sperimentazioni AIR, dai primi anni duemila sino ad ora, accompagnato dai

---

<sup>30</sup> Si tratta di un elemento impropriamente riportato come rischio. È chiaro che implementare simili strutture e procedimenti implichi la necessità (soprattutto iniziale) di risorse economiche consistenti e specificamente destinate, ma è bene sottolineare come si tratti di una spesa pubblica che non può essere considerata accessoria o "a fondo perduto" ma che è, anzi, da intendere come un vero e proprio *investimento*. Oltre ai noti studi (molti dei quali intrapresi e diffusi dall'OCSE) che dimostrano come la consultazione comporti ampi benefici economici - stimolando crescita economica e competizione, agendo così in favore dei consumatori - sussiste sempre la questione dei c.d. "costi della non partecipazione" (si pensi ai costi - derivati da conflitti riconducibili all'esclusione dei destinatari - dovuti, per esempio, al blocco o alla modifica delle opere, o all'attivazione di contenziosi giurisdizionali).

<sup>31</sup> Come sopra.

contenuti - spesso insufficienti e confusionari - delle norme che, in vario modo, regolano processi di consultazione, segnano una sostanziale mancanza di strategia partecipativa in senso *bottom-up*. A sua volta, però, non è sbagliato ritenere che essa sia anche la spia di una sostanziale mancanza di strategia partecipativa in senso *top-down*. Ciò è osservabile sia sul piano nazionale (la ricordata Riforma del Titolo V della Costituzione italiana), sia sul piano dell'Unione europea, la quale continua ad esibire i tre elementi fondamentali della 'multilevel governance' (quello cooperativo, quello partecipativo, e quello valutativo)<sup>32</sup> più come elementi di retorica istituzionale - spesso limitati alla proclamazione esibitoria di principi - che non come strumenti di concreta relazione tra istituzioni e società.

In sostanza, ad essere chiamati a cooperare, partecipare e valutare sembrano essere più i rappresentanti dei livelli di governo, che non i destinatari delle norme e delle *policies*, denotando una persistenza della refrattarietà ai contributi che cittadini, gruppi, comunità e territori possono offrire al *law-making*. A dispetto del richiamo dell'elemento cooperativo, in realtà, la vera debolezza (sia nella Riforma costituzionale italiana del Titolo V che nell'istituzionalizzazione della *multilevel governance* europea) sembra risiedere proprio in una distorsione della nozione originaria di federalismo cooperativo, dove la «dimensione prettamente territoriale di distribuzione del potere»<sup>33</sup> veniva posta in secondo piano rispetto alle «interconnessioni e i rapporti reticolari fra i diversi soggetti dell'ordinamento coinvolti nei processi decisionali»<sup>34</sup>, rendendo quindi possibile intravedere in questo orientamento un indiscutibile nucleo di «metodo di governo partecipativo»<sup>35</sup>.

Il progetto di *multilevel governance* si è dunque risolto nell'«appiattirsi sulla riduttiva quanto sterile ricerca di mere formule di articolazione territoriale del potere», con l'unico risultato - in senso totalmente contrario all'istanza costituzionale pluralista - di aver moltiplicato «gli spazi riservati e chiusi del ceto politico locale e non anche ad aprirsi alla società»<sup>36</sup>. Sembra dunque che le categorie di 'duttilità' e rigidità' (qui concettualizzate a partire dalle teorie di Habermas e Luhmann) siano state ampiamente male interpretate: dai processi ricordati, infatti, emergono i tratti di un *law-making*

<sup>32</sup> A questo proposito sembra molto significativo il Parere del Comitato delle Regioni "Sviluppare una cultura europea della *governance* multilivello: iniziative per dar seguito al libro bianco del comitato delle Regioni" (94a sessione plenaria, 15 e 16 febbraio 2012, CIVEX-V-020).

<sup>33</sup> A. VALASTRO, *Partecipazione, politiche pubbliche, diritti*, in ID. (a cura di), *Le regole della democrazia partecipativa*, Napoli, 2010, 25.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> *Ivi*, p. 24.

<sup>36</sup> VALASTRO, *op. cit.*, 2010, 25.

‘rigido’ in quanto escludente rispetto ai destinatari e, conseguentemente, ‘duttile’ *solo nella retorica autoreferenziale dei legislatori* (quando invece avrebbe dovuto essere rigido nel conservare l’autonomia dei livelli di governo e duttile nell’aprirne efficacemente i processi normativi). Appare chiaro come l’introduzione di strumenti partecipativi necessiti di essere ripensata sia a partire dal piano regionale, sia in vista della costruzione di una *multilevel governance* che sappia armonizzare non solo i livelli istituzionali, ma anche i relativi procedimenti normativi con le necessità e i bisogni della società<sup>37</sup>.

Le ragioni dell’opportunità di questa operazione sono molteplici, ma in primo luogo da ricondurre a fenomeni quali la “società globale” e, sul piano specificamente giuridico, il transcostituzionalismo. Secondo Teubner<sup>38</sup>, il principale quesito che l’attuale ‘questione costituzionale’ dovrebbe porsi è «in che modo la teoria costituzionale tenti di rispondere alle sfide che sorgono dalle due grandi tendenze che caratterizzano la nostra epoca: la privatizzazione e la globalizzazione»<sup>39</sup>. A maggior ragione se pensiamo alle derive della c.d. «technical standardisation» e a come la sfera pubblica sia sempre più in crisi come centro di regolazione di molte istanze sensibili, laddove «intra-organisational regulation in multinational in multinational enterprises (MNEs) are all forms of rule-making by private actors», e in un’epoca in cui «sovereign states are losing their controlling potential and globalization is highly fragmented»<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> Raccogliendo i *feedback* provenienti dai casi ricordati di mancata implementazione, e capitalizzando, in termini di consapevolezza, i punti di criticità per renderli dei veri e propri punti di partenza del percorso della ‘nuova’ *governance*, garantendone l’affiancamento con un (altrettanto) ‘nuovo’ metodo, fondato sull’apprendimento - *trial and error* - e sul miglioramento delle tecniche e degli strumenti, in ossequio al paradigma dell’ *‘enlightment’* elaborato da Weiss (per questa ultima nozione, si vedano WEISS, *Policy research as advocacy: Pro and con*, in «Knowledge & Policy», 4 (1/2), 1991, 37-56, e ID., *Research for Policy’s Sake: The Enlightenment Function of Social Science Research*, in «Policy Analysis», 3 (4), 1977, 531-545.

<sup>38</sup> Il quale osserva che «Le vecchie costituzioni degli stati-nazione si servivano del diritto per riuscire a sviluppare e a far emergere le dinamiche delle politiche democratiche e, allo stesso tempo, per limitare il potere repressivo regolandolo. L’obiettivo attuale, invece, è quello di favorire e disciplinare dinamiche sociali diverse, e di farlo a livello globale». Il quesito che emerge in modo naturale da questa considerazione è pertanto: «Riuscirà la teoria costituzionale a generalizzare le idee sviluppate con riferimento allo stato nazione e a ri-specificarle in modo da poterle adattare alle questioni contemporanee? In altre parole: possiamo considerare la tradizione delle costituzioni nazionali un terreno fertile da cui ripartire per far fronte al concomitante verificarsi dei fenomeni di privatizzazione e di globalizzazione?», TEUBNER, *Ordinamenti frammentati e Costituzioni sociali*, in FEBBRAJO-GAMBINO (a cura di), *op. cit.*, 377.

<sup>39</sup> TEUBNER, *loc. ult. cit.*

<sup>40</sup> LINDBLOM, *Non-Governmental Organisations in International Law*, Cambridge, 2005, 95.

L'introduzione di strumenti partecipativi all'interno del law-making, dal livello regionale sino agli organi legislativi di vertice dell'Unione europea (o di una analoga struttura sovranazionale), può notevolmente contribuire a contrastare gli effetti collaterali derivanti sia dalla globalizzazione che dall'eccesso di privatizzazione del diritto. Nel primo caso, ripensare su queste basi la *multilevel governance* concorre a valorizzare i livelli di governo senza schiacciare realtà locali e territoriali (portatrici di suoi bisogni, culture e conflitti). In questa operazione, il costituzionalista non può sottrarsi a un necessario ripensamento delle assemblee legislative, soprattutto con riferimento al loro coordinamento in senso verticale, tra tutti i livelli della *governance*. Le assemblee legislative, dunque, devono necessariamente rendersi maggiormente elastiche rispetto alla società, divenendo la sede della ricerca di un nuovo punto di equilibrio tra politica, produzione delle norme giuridiche e società. Questa considerazione introduce all'osservazione di come ciò appaia utile anche nel secondo caso, quello della privatizzazione, che richiede la valorizzazione del pluralismo dei soggetti della società per contrastare il prevalere dell'interesse privato di soggetti economicamente forti su soggetti più deboli, fragili o sottorappresentati: l'obiettivo è una protezione del diritto 1) dagli interessi particolari (Habermas) e 2) dalla corruzione sistemica (Luhmann).

### **3. Aspetti non conclusivi. Gli sviluppi degli strumenti partecipativi: una partita aperta in una democrazia «tuttora in corso di invenzione»**

Quanto osservato sulle criticità di implementazione, e i relativi rischi, in seno ai processi realizzati dall'inizio del nuovo millennio a oggi costituisce, ragionevolmente, una base per ri-costruire le strategie attuative degli strumenti di democrazia partecipativa, soprattutto per non privare i più recenti inserimenti normativi<sup>41</sup> di solide gambe per proseguire il loro cammino. Inserimenti normativi, come detto, importanti, ma da soli non sufficienti, e che per diventare elementi sistemici affidabili hanno bisogno di una solida e radicata *cultura giuridico-politica della partecipazione* (che determina la *qualità dei rappresentanti*) nei decisori pubblici che dovranno attuare le norme ricordate, senza la quale - nonostante le intenzioni dichiarate dalle norme - ben difficilmente si potrà assistere a un miglioramento qualitativo delle politiche e, ancor meno, della *qualità democratica tout court*. Ciò alla

---

<sup>41</sup> Uno dei più rappresentativi dei quali è da identificarsi con l'introduzione, attraverso il D.Lgs. 104/2017, dell'*inchiesta pubblica* (come ricordato in apertura).

luce del fatto che «La ricerca sulla qualità della democrazia è pertinente con una situazione in cui *non è tanto l'esistenza dei regimi democratici a essere in discussione, quanto il loro modo di essere*: non il *se*, insomma, ma il *come* (Almagisti, 2011, p. 34). Inoltre la focalizzazione sulla qualità della democrazia è una strategia di ricerca scientifica che dà la possibilità di andare oltre la definizione procedurale della democrazia stessa, *aggiungendo agli elementi qualificanti connessi alle procedure* (costruzione tramite il voto di un sistema rappresentativo della generalità dei cittadini) *altri elementi distintivi, riguardanti*, per così dire, *che cosa il sistema democratico produce in forza del suo lavoro e quali benefici ne traggono i governati*»<sup>42</sup>.

Se da un lato, quindi, è opportuno ribadire la centralità della rappresentanza e delle procedure operate dalle sue “braccia” burocratiche, appare altrettanto opportuno sottolineare la necessità di non considerare la questione della consultazione (e della partecipazione in genere) automaticamente assolta dalla sola previsione normativa delle procedure, non solo dove queste sono rimaste inattuata (e rischiano di rimanerle), ma nemmeno laddove si trovino ad essere attuate in uno stato di assoggettamento - forte o totale - alle dinamiche della rappresentanza (specialmente nei casi in cui questa viene a sostanzarsi nella sfera d'azione degli esecutivi). Si riconferma, per certo, la necessità di porre in circolo partecipazione, valutazione e sperimentazione. Ma anche in questo caso, non si può dare per scontato che la consultazione posta in essere abbia raggiunto i suoi scopi *solo perché è stata intrapresa*. I suoi esiti, infatti, allorché riconsegnati alla dimensione rappresentativa (che dovrà selezionare l'opzione da adottare e implementarla), dipenderanno dalla *qualità dei rappresentanti* coinvolti, in particolare dalla *qualità democratica* del loro operato: se, cioè, questo si dimostrerà capace o meno di recepire - qualora possibile, fattibile e opportuno per la collettività - le posizioni emerse; il che equivale a conferire qualità a ciò che «il sistema democratico produce in forza del suo lavoro», massimizzando i «benefici [che] ne traggono i governati» (per usare le parole di G. Moro).

La *qualità democratica*, dunque, in quanto «quell'assetto istituzionale stabile che attraverso istituzioni e meccanismi correttamente funzionanti realizza libertà ed eguaglianza dei cittadini»<sup>43</sup>, è, da un lato, un *presupposto* della corretta applicazione delle procedure inclusive correlate alla consultazione: si garantisce e si promuove - al di là delle prescrizioni normative - il momento partecipativo perché i decisori politici hanno una

---

<sup>42</sup> MORO, *Cittadinanza attiva e qualità della democrazia*, Roma, 2015, 230 (corsivi miei).

<sup>43</sup> MORLINO, *Introduzione. Una democrazia senza qualità?*, in MORLINO - PIANA - RANIOLO, *La qualità della democrazia in Italia 1999-2012*, Bologna, 11.

cultura politica sufficientemente democratica da comprendere il ruolo e valorizzare questo inserimento nei processi decisionali (senza “addomesticarli” o renderli meramente giustificativi di decisioni già stabilite verticisticamente). Dall’altro lato, è al contempo anche un *prodotto* di tale corretta applicazione: l’inclusività delle procedure, comportando spazi di esercizio di libertà (espressa nel pluralismo delle posizioni) e di uguaglianza (espressa nella possibilità di accedere pariteticamente al confronto tra soggetti della società e tra questi e le istituzioni), produce a sua volta un ulteriore innalzamento della qualità democratica.

Allo stato attuale è difficile concludere sulla questione nel suo complesso, se non sulla consapevolezza che gli aspetti legati alle implementazioni del passato devono trovare modalità correttive nell’agire del presente e del prossimo futuro, e sul fatto che la sinergia tra partecipazione e rappresentanza dovrà modellarsi (in senso complementare e non antagonistico) sui fini ben delineati dal Costituente, orientati a uno sviluppo permanente della democrazia pluralista. La partita è ancora aperta. Nella ricerca di future soluzioni, un dato è certo: *si dovrà continuare a sperimentare, implementare e correggere*. Ancora molto andrà osservato e riveduto. Ancora molti punti di vista andranno considerati. Ancora molte sequenze procedurali, molti metodi, e molte tecniche andranno aggiornate, corrette e riplasmate su scenari, contesti e soggetti sempre in movimento. La partecipazione dovrà, altrettanto, sapersi dinamizzare nei procedimenti legislativi e di policy, e nelle relative progettazione e valutazione: dovrà saper *re-inventare* il suo ruolo, la sua giuridicizzazione, e la sua proceduralità in una democrazia che - come scriveva E.E. Schattschneider già nel 1969 - appare più che mai «tuttora in corso di invenzione»<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> SCHATTSCHNEIDER, *Two Hundred Million Americans in Search of a Government*, New York, 1969, 42.

**VERSO LA DEFINIZIONE DI UNO STANDARD EUROPEO DI  
TUTELA DELL'INDIPENDENZA DEI GIUDICI NAZIONALI:  
BREVI CONSIDERAZIONI SUL RUOLO DELLA CORTE DI  
GIUSTIZIA NELLA GESTIONE DELLA CRISI DELLO  
STATO DI DIRITTO IN EUROPA<sup>o</sup>**

**Claudia Cinnirella**

*Dottoranda di ricerca in diritto dell'Unione Europea,  
Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*

*Il lavoro analizza l'evoluzione ed il progressivo rafforzamento della garanzia di indipendenza dei giudici nazionali nel quadro della crisi dello Stato di diritto. Il contributo delinea il modo in cui la Corte di giustizia ha rimodulato i referenti normativi del principio di tutela giurisdizionale effettiva, ridefinendo l'ambito di applicazione dell'articolo 19 TUE e tracciando uno standard europeo volto alla protezione dell'indipendenza e imparzialità del potere giudiziario in ambito nazionale. L'analisi intende altresì evidenziare come la Corte di giustizia stia progressivamente assumendo il ruolo di guardiano dello Stato di diritto nello spazio giuridico europeo.*

*This paper analyses the implementation and strengthening of judicial independence guarantees inside Member States within the framework of the rule of law crisis. It discusses how the ECJ has re-assessed normative references of effective judicial protection, changed the scope of applicability of article 19(1) TEU and settled an autonomous standard for protecting national judicial independence. The paper highlights how the ECJ is progressively assuming the role of guardian of the EU rule of law.*

**Sommario:**

1. Brevi note introduttive
2. La nozione di indipendenza nella giurisprudenza della Corte di giustizia
3. Rilievi critici sui parametri di tutela esistenti
4. Il caso polacco e la reazione istituzionale
5. La nuova giurisprudenza sull'indipendenza
6. I provvedimenti provvisori adottati dalla Corte
7. La tutela dell'indipendenza dei giudici polacchi
8. Considerazioni conclusive

---

<sup>o</sup> Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

## 1. Brevi note introduttive

Nell'ordinamento giuridico dell'Unione, i giudici nazionali, quali giudici naturali del diritto dell'Unione, fanno parte di un sofisticato meccanismo di controllo diffuso dell'attuazione e dell'applicazione del diritto dell'Unione Europea<sup>1</sup>. Nel silenzio dei Trattati, e specificamente dell'(attuale) articolo 267 TFUE, la Corte di giustizia si è trovata a dover costruire una nozione *comunitaria* di «organo giurisdizionale» al fine di individuare quali autorità nazionali investite di una controversia fossero legittimate a sollevare un rinvio pregiudiziale. Tale nozione, sviluppata in via autonoma rispetto a quella propria dei singoli Stati membri, è stata costruita intorno ad una serie di elementi qualificanti quali l'origine legale e non convenzionale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, il fatto che tale organo applichi norme giuridiche e non si pronunci secondo equità, la natura contraddittoria del procedimento nonché il rispetto delle garanzie di indipendenza ed imparzialità da parte dei singoli membri nonché dell'organo nel suo complesso<sup>2</sup>. In questo contesto, la Corte ha sviluppato il requisito di indipendenza con grande elasticità al fine di espandere la platea degli organi nazionali ammessi a partecipare al dialogo pregiudiziale, in ragione dell'esigenza di uniforme applicazione del diritto dell'Unione ed effettiva protezione delle situazioni giuridiche soggettive da esso garantite<sup>3</sup>.

La nozione *comunitaria* di indipendenza si è sviluppata altresì quale contenuto di un irrinunciabile diritto del singolo ad una tutela giurisdizionale effettiva. Lo spostamento del baricentro del complesso processo di integrazione europea dalle sole esigenze di mercato alle più estese esigenze di tutela della persona ha portato alla valorizzazione del corretto funzionamento della giurisdizione nazionale quale irrinunciabile esigenza di tutela del

---

<sup>1</sup> BARENTS, *EU Procedural Law and Effective Legal Protection*, in *Common Market Law Review*, 2014, 1437-1462; ROSAS, *The National Judge as EU Judge; Some Constitutional Observation*, in *SMU law Review*, 2014, 717-728.

<sup>2</sup> Cfr. NASCIMBENE, *Il Giudice nazionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, 1675-1687; PESCATORE, *Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del trattato CEE e la cooperazione tra la corte ed i giudici nazionali*, in *Foro it.*, 1, 1986, 25-48; RAIMONDI, *La nozione di giurisdizione nazionale ex art. 234 TCE alla luce della recente giurisprudenza comunitaria*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2006, 369 ss; TRIDIMAS, *Knocking on Heaven's Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure*, in *Common Market Law Review*, 2003, 9-50.

<sup>3</sup> Cfr. Corte giust., 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*; 16 luglio 1992, causa C-67/91, *Ass. Esp. Banca Privada*; 4 febbraio 1999, causa C-103/97, *Köllensperger*; 2 marzo 1999, causa C-416/96, *El-Yassini*; 21 marzo 2000, causa C-110 e 147/98, *Gabalfrisa*.

singolo<sup>4</sup>. L'effettiva realizzazione dei diritti e degli interessi riconosciuti ai singoli dal diritto dell'Unione presuppone infatti la possibilità che gli stessi adiscano un giudice competente per fare valere posizioni giuridiche soggettive loro riconosciute. In questo contesto, il diritto di accesso ad un giudice terzo ed imparziale si è sviluppato quale «pietra angolare del diritto all'equo processo»<sup>5</sup>. Da principio generale del diritto dell'Unione, ispirato alla tradizione giurisprudenziale sviluppatasi intorno agli articoli 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), la garanzia di indipendenza è stata successivamente positivizzata nell'articolo 47, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali<sup>6</sup>. Le spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali chiariscono che la CEDU continua ad essere un referente privilegiato nel continuo processo di delineazione di questo requisito<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr. ALSTON - WEILER, *An 'Ever Closer Union' in Need of a Human Rights Policy*, in *European Journal of International Law*, 1998, 658-723; DE BURQUA, *Beyond the Charter: How Enlargement has Enlarged the Human Rights Policy of the European Union*, in *Fordham International Law Journal*, 27, 2004, 679-714.

<sup>5</sup> Corte giust., 1 luglio 2008, cause riunite C-341/06 P e C-342/06 P, *Chronopost SA e La Poste*, § 46.

<sup>6</sup> Per un commento agli art. 6 e 13 CEDU cfr. CHENAL - GAMBINI - TAMIETTI, *Art. 6 CEDU*, in BARTOLE - DE SENA - V. ZAGREBELSKI (a cura di), *Commentario Breve alla Convenzione europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Torino, 2012, 173 ss.; DI STEFANO, *Diritto ad un Ricorso effettivo (Art. 13)*, in BARTOLE - DE SENA - V. ZAGREBELSKI (a cura di), *Commentario Breve alla Convenzione europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Torino, 2012, 474-518; SCHABAS, *Art. 6. Right to a fair trial*, in SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford, 2015, 264-327. Per un commento all'art. 47 della Carta cfr. ALTO - HOFMANN - HOLOËAINEM - PAUNIO - PECH - SAYERS - SHELTON - WARD, *Article 47- Right to an Effective Remedy and to Fair Trial*, in PEERS - HERVEY - KENNER - WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Portland, 2014, 1197-1302; DOMENICUCCI - FILPO, *La tutela giurisdizionale effettiva nel diritto dell'Unione Europea (Art. 47)*, CONSOLO - STELLA, *La tutela giurisdizionale effettiva nel diritto processuale civile (Art. 47)*, CAIANIELLO, *Giudice imparziale precostituito e tutela effettiva dei diritti in materia penale (Art. 47)*, in MASTROIANNI - POLLICINO - ALLEGREZZA - PAPPALARDO - RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, 864-914; MASTROIANNI, *L'effettività della tutela giurisdizionale alla prova della Carta dei diritti fondamentali*, in AA.VV. *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, Torino, 2018, 586-600. In giurisprudenza cfr. Corte giust., 15 maggio 1986, causa 222/84, *Johnston*; 19 settembre 2006, causa C-506/04, *Wilson*, §46; 26 giugno 2007, causa C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e a.*, §29; 1° luglio 2008, cause riunite C-341/06 P e C-342/06 P, *Chronopost SA e La Poste*, §44. Tra le più recenti, cfr. Corte giust., 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, §35; Corte giust., 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*, §49.

<sup>7</sup> Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (2007/C 303/02). Si tratta di una fonte elaborata sotto l'autorità del *praesidium* della Convenzione che ha redatto la Carta dei

L'indipendenza del giudice nazionale trova poi un terzo referente normativo nell'articolo 19, paragrafo 1, TUE, il quale obbliga gli Stati membri a garantire «i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione». A lungo la dottrina si è interrogata sulla funzione di questa disposizione, soprattutto per via della sua *anomala* collocazione all'interno di un articolo volto a delineare la composizione ed il funzionamento della Corte di giustizia<sup>8</sup>. Solo di recente la Corte ha proceduto ad una sua più chiara interpretazione, rinvenendovi un collegamento strutturale tra le questioni attinenti all'organizzazione del sistema giudiziario ed alle norme di procedura nazionale ed il diritto dell'Unione Europea<sup>9</sup>. In virtù di una tale interpretazione estensiva, la Corte di giustizia ha iniziato ad estendere il suo sindacato alle misure nazionali ritenute potenzialmente idonee ad intaccare lo statuto di indipendenza dei giudici interni, elevando progressivamente l'articolo 19, paragrafo 1, TUE a nuovo referente normativo per la tutela dell'indipendenza e dell'imparzialità del potere giudiziario<sup>10</sup>.

Sulla scorta di tali premesse, il presente contributo, da una parte, mira a delineare l'evoluzione della nozione di indipendenza nella giurisprudenza europea. Dall'altra, intende evidenziare il ruolo assunto dalla Corte di giustizia nella *gestione* della crisi dello Stato di diritto. Dopo un breve *excursus* sulla genesi della nozione di indipendenza nel diritto dell'Unione Europea (par. II), il contributo indaga le ragioni che hanno indotto la Corte di giustizia a sviluppare un *nuovo* filone giurisprudenziale sull'indipendenza del potere

---

diritti fondamentali ed aggiornate sotto la responsabilità del *praesidium* della Convenzione europea. Esse non hanno status di legge ma rappresentano uno strumento di interpretazione destinato a chiarire le disposizioni della Carta. Cfr., in particolare, la spiegazione relativa all'articolo 47 - Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale.

<sup>8</sup> ARNULL, *Article 19 The Court of Justice of the European Union*, in BLANKE - MANGIAMELI (a cura di), *The Treaty on the European Union (TEU). A Commentary*, Heidelberg, 2013, 767; TESAURO, *Art. 19 TUE*, in TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014, 198. Nella giurisprudenza comunitaria l'art. 19 TUE sembrerebbe essere stato evocato per lungo tempo solamente *ad abundantiam*, come accade in Corte giust., sentenza del 3 ottobre 2013, causa C- 583/11, *Inuit*.

<sup>9</sup> Corte giust., 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, §44; 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*; 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU, *LM*; 7 febbraio 2019, causa C-49/18, *Carlos Escribano Vindel*; 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*.

<sup>10</sup> Cfr. BARTOLONI, *La natura poliedrica del principio della tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell'art. 19, par.1, TUE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2019, 245- 260; ROEBEN, *Judicial Protection as the Meta-norm in the EU Judicial Architecture*, in *The Hague Journal on the Rule of Law*, 2019, 1-34.

giudiziario nazionale (par. III e IV), valutando l'attuale stato della giurisprudenza (par. V, VI e VII) e le prospettive future (par. VIII).

## 2. La nozione di indipendenza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

La nozione di indipendenza appare piuttosto tardi nella giurisprudenza della Corte di giustizia. La sua comparsa risale al 1987 quando la Corte chiariva incidentalmente che il Pretore di Salò fosse «un organo giurisdizionale che ha agito nell'ambito generale del suo compito di dirimere, con indipendenza e conformemente al diritto, le controversie demandate dalla legge alla sua competenza [...]»<sup>11</sup>. Il suo contenuto inizia, tuttavia, ad essere specificato solamente nel 1993 quando, nel caso *Corbiau*, i giudici di Lussemburgo escludevano che il direttore delle imposte dirette ed indirette del Granducato di Lussemburgo potesse sollevare un rinvio pregiudiziale per difetto del requisito di terzietà. Ciò in ragione della sua posizione di vertice nell'ambito dell'amministrazione finanziaria dalla quale derivava un legame organico con i servizi che accertavano l'imposizione contestata, contro cui era rivolto il reclamo all'origine della questione pregiudiziale<sup>12</sup>.

A partire dalle tradizioni costituzionali comuni, la Corte di giustizia ha progressivamente individuato una serie di garanzie che contribuiscono a determinare l'indipendenza del giudice nazionale relative alla composizione dell'organo, alle modalità di nomina e di revoca dei suoi membri, alla durata del mandato dei singoli nonché alla previsione di cause di astensione e di ricusazione. Importanza decisiva è stata più volte attribuita al fatto che oltre ad essere indipendente l'organo giurisdizionale apparisse come tale, al fine di fugare nei terzi qualsiasi legittimo dubbio sulla impermeabilità rispetto a pressioni esterne e sulla neutralità rispetto agli interessi contrapposti<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Corte giust., 11 giugno 1987, causa 14/86, *Pretore di Salò*, §7.

<sup>12</sup> Corte giust., 30 marzo 1993, causa C-24/92, *Corbiau*, §15-17.

<sup>13</sup> Corte giust., causa C-17/00, *De Coster*, § 20; 9 ottobre 2014, causa C-222/13, *TDC*, § 29-38; 4 febbraio 1999, causa C-103/97, *Köllensperger e Atzwanger*. Sulla nozione di «organo giurisdizionale» cfr., *ex multis*, BERTOLI, *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2005, 60 ss; BOULOIS - DARMON - HUGLO, *Contentieux communautaire*, Parigi, 2001, 22; CONDINANZI - MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione Europea*, Torino, 2009, 193 ss; DANIELE, *Art. 267 TFUE*, in Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014, 2013-2021; LENAERTS - ARTS, *Procedural Law of the European Union*, Londra, 1999, 45 ss; RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003, 16 ss.; TRIDIMAS, *Knocking on Heaven's Door*, cit.; NEVILLE - KENNEDY, *The Court of Justice of The European Communities*, Londra, 2000, 223 ss.

L'analisi della Corte si è progressivamente incentrata su due profili. Il primo attiene alla dimensione esterna di tale garanzia e concerne l'indipendenza del soggetto giudicante rispetto al potere esecutivo e più in generale rispetto a interventi o pressioni esterne<sup>14</sup>. Questo aspetto abbraccia la garanzia di inamovibilità, ossia la previsione di adeguate tutele contro eventuali rimozioni, sospensioni, trasferimenti o collocazioni a riposo dei singoli giudici nonché, nei suoi sviluppi più recenti, l'adeguatezza remunerativa<sup>15</sup>. La Corte ha altresì richiesto la previsione di adeguate garanzie volte ad evitare che il regime disciplinare dei giudici nazionali possa essere utilizzato per influenzare il contenuto delle loro decisioni<sup>16</sup>. Per tale ragione, è stata ritenuta di fondamentale importanza la codificazione sia dei comportamenti che integrano illeciti disciplinari quanto delle sanzioni applicabili nonché la necessità che il procedimento per la loro irrogazione sia condotto innanzi ad un organo indipendente che operi conformemente ad una procedura rispettosa dei diritti processuali e sostanziali delle parti, consacrati dagli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali<sup>17</sup>.

Il secondo profilo, avente carattere interno, concerne l'imparzialità dell'organo remittente ossia l'equidistanza del giudice rispetto alle parti ed all'oggetto della controversia<sup>18</sup>. Questo aspetto tutela l'obiettività di giudizio e richiede l'assenza di

---

<sup>14</sup> Corte giust., 19 settembre 2006, causa C-506/04, *Wilson*; Corte giust. 27 maggio 2019, cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU, *OG e IP*.

<sup>15</sup> Corte giust. 30 marzo 1993, causa C-24/92, *Corbiau*; 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*; 4 febbraio 1999, causa C-103/97, *Köllenspenger e Atzwanger*; 21 marzo 2000, cause riunite da C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrija*; 30 maggio 2002, causa C-516/99, *Schmid*; 18 giugno 2002, causa C-92/00, *HI*; 31 maggio 2005, causa C-53/03, *Syfait e a.* § 31; 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, §44; 7 febbraio 2019, causa C-49/18, *Carlos Escribano Vindel*.

<sup>16</sup> Corte giust., 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU, *LM*, §67; 17 dicembre 2018, causa C-619/18 R, *Commissione c. Polonia*; 27 maggio 2019, cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU, *OG e PI*.

<sup>17</sup> Corte giust., 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU, *LM*, §67-68.

<sup>18</sup> Corte giust., 6 luglio 2000, causa C-407/98, *Abrahamsson e Anderson*; 19 settembre 2006, causa C-506/04, *Wilson* § 52; in questo senso le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano, 29 gennaio 2002, causa C-516/99, *Schmid*, §25-32, nelle quali è contestata la «terzietà» dell'organo remittente, intesa nel senso di equidistanza dalle parti in causa; le conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, 28 giugno 2001, causa C-17/00, *De Coster*, § 92, ove si afferma che «[l]'indipendenza deve sussistere non solo ad extra, rispetto ad elementi esterni al potere giudiziario e al processo, ma deve manifestarsi anche all'interno, nei confronti degli interessi in gioco. Qui l'indipendenza diviene terzietà. In definitiva, non si può essere giudice e parte allo stesso tempo e non si può parlare di funzione giurisdizionale in mancanza di un organo imparziale e indipendente». Una ricostruzione in parte simile si riscontra nelle conclusioni dell'Avvocato generale Tesaro, 15 maggio 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, § 28, nelle quali si richiama l'indipendenza dell'organo remittente «sotto il

qualsivoglia interesse diretto o indiretto nella risoluzione della controversia da parte del soggetto giudicante. L'imparzialità presenta una doppia dimensione, soggettiva ed oggettiva<sup>19</sup>. La prima impone che nessun membro del collegio giudicante manifesti opinioni preconette o pregiudizi personali mentre la seconda prescrive che l'organo giurisdizionale sia costellato da garanzie idonee a fuggare nei terzi qualsiasi legittimo dubbio sulla sua indipendenza.

Soprattutto nella prima fase della sua giurisprudenza, la Corte ha generosamente ricondotto all'interno della nozione comunitaria di «organo giurisdizionale» numerose autorità nazionali di carattere amministrativo. Tale circostanza ha condotto ad una giurisprudenza «casistica, molto elastica» e dai contorni sfumati<sup>20</sup>. Ad esempio, in *Gabalfrisa*, nel ritenere che i *tribunales económico-administrativos* spagnoli fossero indipendenti, la Corte ha attribuito importanza decisiva alla separazione funzionale esistente tra l'amministrazione tributaria e l'organo chiamato a giudicare i suoi atti, senza prestare alcuna attenzione al fatto che i singoli membri venissero nominati direttamente dal Ministro delle Finanze e che da questo potevano essere rimossi anche per cause estranee a quelle espressamente previste dalla legge<sup>21</sup>. Per contro, in *Syfait*, l'assenza di garanzie con riguardo alla nomina ed alla revoca dei membri dell'*Epitropi Antagonismou* (autorità garante della concorrenza greca) è valsa ad escludere il requisito di indipendenza in capo a tale autorità, per i fini di cui all'articolo 267 TFUE<sup>22</sup>.

### 3. Rilievi critici sul ricorso ai parametri di tutela esistenti

La costruzione di uno standard europeo di indipendenza del potere giudiziario nazionale presenta numerose criticità<sup>23</sup>. Tra queste emerge il fatto

---

duplice profilo della sua terzietà rispetto alle parti della controversia e dell'inamovibilità dei membri che lo compongono».

<sup>19</sup> Corte giust., 1° luglio 2008, cause riunite C-341/06 P e C-342/06 P, *Chronopost SA e La Poste*, § 54.

<sup>20</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale D. Ruiz-Jarabo Colomer del 28 giugno 2001, causa C-17/00, *De Coster*, § 14.

<sup>21</sup> Corte giust., 21 marzo 2000, cause riunite da C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrisa*.

<sup>22</sup> Corte giust., 31 maggio 2005, causa C-53/03, *Syfait*, § 31.

<sup>23</sup> Diversamente, la garanzia di indipendenza dei giudici dell'Unione è espressamente prevista dall'art 19 TUE e dagli articoli 253 e 254 TFUE, dall'art. 4 del Regolamento di procedura della Corte di giustizia relative al giuramento dei nuovi giudici (art. 4), nonché gli articoli 3 e 4 del codice di condotta dei membri ed ex membri della Corte di giustizia dell'Unione Europea (2016/c 483/01). Per una disamina sul tema dell'indipendenza dei giudici della Corte di giustizia cfr. DUMBROVSKÝ - PETKOVA - VAN DER SLUIS, *Judicial Appointments*:

che la garanzia di indipendenza non può essere considerata in termini astratti ma appare legata a peculiarità ed equilibri propri di ogni singolo ordinamento nazionale, che sono spesso il frutto di una specifica e secolare tradizione costituzionale<sup>24</sup>. Talune soluzioni organizzative che, considerate isolatamente, parrebbero idonee a pregiudicare l'imparzialità e l'indipendenza dei giudici nazionali, una volta calate all'interno di un preciso contesto politico e istituzionale potrebbero di fatto non condurre ad alcuna compromissione. Queste considerazioni, insieme a quelle già esposte, sembrerebbero alla base del tentativo, condotto dalla Corte di giustizia, di costruire una nozione elastica di indipendenza del potere giudiziario, nel tentativo di non pregiudicare le singole identità nazionali e consentire la coesistenza, all'interno di un ordinamento giuridico autonomo, di soluzioni costituzionali talvolta molto diverse tra loro.

Questo approccio ha mostrato i suoi limiti nel momento in cui l'Unione è stata chiamata a confrontarsi con talune riforme adottate a livello nazionale, prima in Ungheria e poi in Polonia, potenzialmente idonee ad alterare il principio di separazione dei poteri e l'indipendenza del potere giudiziario. In diverse occasioni, i governi promotori delle contestate riforme hanno rivendicato la legittimità delle riforme promosse, affermando che, isolatamente considerate, le misure adottate fossero riscontrabili anche in altri ordinamenti nazionali<sup>25</sup>. In che misura la Commissione poteva contestare al governo ungherese l'accentramento in capo al nuovo Presidente dell'Ufficio

---

*The Article 255 TFEU Advisory Panel and Selection Procedures in the Member States*, in *Common Market Law Review*, 51, 2014, 455-482; FUSCO, *L'indipendenza dei Giudici di Lussemburgo e Strasburgo e i Profili Costituzionali del Diritto Processuale*, in *Quad. Cost.*, 4, 2016, 747-772; SOLANKE, *Diversity and Independence in the European Court of Justice*, in *Columbia Journal of European Law*, 15, 2008, 89- 122.

<sup>24</sup> BADÒ - BOKA, *Access to justice and judicial independence: Is there a Role for the EU*, in SCHRODER (a cura di), *Strengthening the Rule of Law in Europe*, Oxford, 2016, 47-60; SHAPIRO, *Judicial Independence: New Challenges in Established Nations*, in *Indiana Journal of Global Studies*, vol. 20, 1, 2013, 253-277; NOLKAEMPER, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, 2011, 47-67.

<sup>25</sup> Chancellery of the Prime Minister of Poland, *White Paper on the Reform of the Polish Judiciary*, 7 marzo 2018, §103-106, 128-130, 202-203, reperibile online all'indirizzo [www.premier.gov.pl](http://www.premier.gov.pl). Cfr. altresì Corte giust., ordinanza del 17 dicembre 2018, causa C-619/18 R, *Commissione c. Polonia*, §57. In dottrina si rinvia a BADÒ - BOKA, *Access to justice and judicial independence*, cit., 49; SZENTE, *Challenging the Basic Values – Problems in the Rule of Law in Hungary and the Failure of the EU to Tackle Them*, in KOCHENOV - JAKAB (a cura di), *The enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2017, 469; SHEPPELE, *Understanding Hungarian Constitutional Revolution*, in VON BOGDANDY - SONNERVEND (a cura di), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Oxford and Portland, 2015, 123.

Giudiziario Nazionale Ungherese del potere di nominare, licenziare, promuovere e sanzionare tutti i giudici, senza alcun potere di controllo sostanziale da parte di altre istituzioni<sup>26</sup>, quando i giudici federali tedeschi sono eletti da un organo formato solamente da delegati del potere politico e senza alcun rappresentante del potere giudiziario<sup>27</sup>? Si iniziava ad avvertire la necessità di individuare un più solido standard europeo di valutazione dell'indipendenza del potere giudiziario all'interno degli Stati membri, che fungesse da parametro per valutare la compatibilità delle riforme adottate a livello nazionale, volte a modificare la composizione e il funzionamento del potere giudiziario, con il diritto dell'Unione.

La vicenda ungherese fornisce un chiaro esempio dei limiti insiti negli standard europei di tutela del potere giudiziario fino a quel momento esistenti. Com'è noto, a partire dal 2010, il partito di super-maggioranza Fidesz, grazie al controllo dei due terzi del parlamento nazionale, avviava un piano di riforme costituzionali, la maggior parte delle quali concepite per indebolire le istituzioni che avrebbero dovuto esercitare forme di controllo sull'attività del

---

<sup>26</sup> Act CLXI of 2011 on the Organisation and Administration of Courts of Hungary, §66, reperibile *online* all'indirizzo [www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int). L'Ufficio Giudiziario Nazionale (UNG) è un organo di autogoverno della magistratura ungherese, istituito dal citato Act CLXI/2011. L'assunzione dei nuovi giudici, disposta dal presidente dell'UNG, è stata subordinata alla sola firma del presidente della Repubblica. Il presidente dell'UGN è stato altresì investito del potere di amministrare le corti nazionali e di riallocare tra esse i casi pendenti. Si tratta di un potere che è stato successivamente abolito tramite il quinto emendamento, il quale, tuttavia, non ha inciso sulle già avvenute ricollocazioni. L'UGN è stato affiancato dal Concilio Giudiziario Nazionale, un organo composto da giudici, al quale sono stati attribuiti solamente poteri secondari. Cfr. Commissione di Venezia, Opinion n-683/2012 on the Cardinal Acts on the judiciary that Were Amended Following the Adoption of Opinion, reperibile *online* all'indirizzo [www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int).

<sup>27</sup> BADÖ - BÖKA, *Access to justice and Judicial independence: cit.*, 49. La selezione dei giudici federali tedeschi (ossia i membri della Corte Federale di Giustizia, del Tribunale Amministrativo Federale, del Tribunale Federale del Lavoro, del Tribunale Sociale Federale e della Corte Finanziaria Federale) è condotta, alla luce dell'art. 95(2) BL, dal *Richterwahlausschuss*, un comitato composto dal Ministro federale della giustizia, dai Ministri della Giustizia dei *Länder* e da un egual numero di membri nominati dal *Bundestag*. L'art. 98(4) BL prevede che anche i giudici statali possano essere selezionati da un *Richterwahlausschuss*. Il Ministro Federale deve nominare i giudici solamente sulla base del merito mentre gli altri membri del *Richterwahlausschuss*, che non sono membri del potere giudiziario, possono proporre candidati in ragione delle specifiche preferenze politiche (sul punto, la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 20 settembre 2016). Per una disamina sulle modalità di nomina dei giudici tedeschi, in una prospettiva comparata, cfr. SANDER - VON DANWITZ, *Selecting Judges in Poland and Germany: Challenges to the Rule of Law in Europe and Propositions for a New Approach to Judicial Legitimacy*, in *German Law Journal*, 4, 2019, 769-816.

nuovo governo<sup>28</sup>. Tali riforme conducevano ad una profonda riconfigurazione nella composizione e nel funzionamento della Corte Costituzionale, del Consiglio Superiore della Magistratura e delle singole corti nazionali<sup>29</sup>.

Tra le varie manovre, il governo disponeva l'abbassamento dell'età di pensionamento dei giudici nazionali, portata nell'occasione da 70 a 62 anni<sup>30</sup>. Questa riforma aveva portato alla rimozione di quasi 300 giudici, tra i quali il

---

<sup>28</sup> Per una disamina sulla riforma costituzionale Ungherese cfr. BADÒ - BOKA, *Access to justice and judicial independence*, cit.; BÁNKUTI - HALMAI - SCHEPPELE, *Disabling the Constitution*, in *Journal of Democracy*, 3, 2012, 138–146; JENNE - MUDDE, *Can Outsiders Help?*, in *Journal of Democracy*, 3, 2012, 147–155; KELMEN, *The new Hungarian Constitution: Legal Critiques from Europe*, in *Review of Central and East European Law*, 2, 2017, 1 ss; PAP, *Democratic decline in Hungary. Law and Society in an Illiberal Democracy*, New York, 2017; RUPNIK, *Hungary's Illiberal Turn "How Things Went Wrong"*, in *Journal of Democracy*, 3, 2012, 132–137; PLATTNER, *Illiberal democracy and the Struggle on the Right*, in *Journal of Democracy*, 1, 2019, 5–19; SHEPPELE, *Understanding Hungarian Constitutional Revolution*, cit.; SZENTE, *Breaking and Making Constitutional Rules: The Constitutional Effects of the Financial Crisis in Hungary*, in CONTIADES (a cura di), *Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis*, Farnham, 2013, 245–261; ID, *Challenging the Basic Values*, cit.

<sup>29</sup> Le citate riforme hanno coinvolto il sistema di *check and balance*, sul tema BÁNKUTI – HALMAI - SCHEPPELE, *From Separation of Powers to a Government without Checks: Hungary's Old and New Constitutions*, in TÓTH (a cura di), *Constitution for a Disunited Nation. On Hungary's 2011 Fundamental Law*, 2012, 237–68; la commissione elettorale e la preesistente legge elettorale; la Corte costituzionale ed il processo di revisione costituzionale, sul punto KOVÁCS - TÓTH, *Hungary's Constitutional Transformation*, in *European Constitutional Law Review*, 7, 2011, 183; SÓLYOM - BRUNNER, *Constitutional Judiciary in a New Democracy: The Hungarian Constitutional Court* Ann Arbor, 2000; HALMAI, *The Hungarian Approach to Constitutional Review: The End of Activism? The First Decade of the Hungarian Constitutional Court*, in SADURSKI (a cura di), *Constitutional Justice, East and West. Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, The Hague, 2000, 189–221; l'indipendenza dei media e delle autorità di controllo, sul punto Opinion of the Commissioner for Human Rights on Hungary's media legislation in light of Council of Europe standards on freedom of the media, Strasburgo, 25 febbraio 2011, CommDH(2011)10, [www.coe.int](http://www.coe.int); Parliamentary Assembly, The state of media freedom in Europe, Risoluzione n. 1920 del 24 gennaio 2013; Commissione di Venezia, Opinion n. 798/2015 on Media Legislation of Hungary, Venezia, 22 giugno 2015; la libertà di religione, sul punto URTZ, *Freedom of Religion and Churches: Archaeology in a Constitution-making Assembly*, in TÓTH, *Constitution for a Disunited Nation. On Hungary's 2011 Fundamental Law*, 2012, 197–234; Commissione di Venezia, Opinion n. 664/2012 on Act CCVI of 2011 on the right to freedom of conscience and religion and the legal status of churches, denominations and religious communities of Hungary, 19 marzo 2012, reperibile *online* all'indirizzo [www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int); l'indipendenza della Banca nazionale e dell'autorità di controllo per la protezione dei dati personali, sul punto Corte giust., sentenza del 8 aprile 2014, causa C-288/14, *Commissione c. Ungheria*.

<sup>30</sup> Act CLXII *on the Status and Remuneration of Judges*, reperibile *online* all'indirizzo [www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int).

10% dei giudici più anziani, il 20 % dei giudici della Corte Suprema e più della metà dei presidenti delle Corti d'appello<sup>31</sup>. Tanto la Corte Costituzionale Ungherese quanto la Commissione di Venezia avevano rinvenuto in tale riforma una profonda ingerenza dell'esecutivo nell'esercizio del potere giudiziario<sup>32</sup>. Per contro, la Corte di giustizia, adita nell'ambito di una procedura di infrazione, di cui all'articolo 258 TFUE, si limitava a rilevare che la contestata riforma sull'età di pensionamento dei giudici nazionali avesse realizzato una violazione del principio di non-discriminazione sulla base dell'età, alla luce degli articoli 2 e 6, paragrafo 1, della direttiva 2000/78<sup>33</sup>. Il problema dell'indipendenza del potere giudiziario rimaneva sullo sfondo, evocato simbolicamente nelle sole conclusioni dell'Avv. Generale Kokott<sup>34</sup>.

Le ragioni che parrebbero risiedere dietro questa limitata presa di posizione sono molteplici<sup>35</sup>. Innanzitutto, nel silenzio delle altre istituzioni dell'UE, sembrerebbe che la Corte di giustizia abbia voluto evitare valutazioni che potessero contenere - implicitamente o esplicitamente - un giudizio *politico* sulle riforme costituzionali ungheresi che, seppur in più sedi ritenute *illiberali*, erano state varate da un parlamento nazionale eletto da un'ampia maggioranza del suo elettorato. Si tratta di un imbarazzo condiviso anche dalla vicina Corte di Strasburgo, la quale, adita poco dopo con riguardo alla rimozione dal presidente della Corte Suprema Ungherese András Baka, si limitava a rilevare

---

<sup>31</sup> SCHEPPELE, *Understanding Hungary's Constitutional Revolution*, cit., 118.

<sup>32</sup> Corte Costituzionale Ungherese, Decision 33/2012 (VII. 17.) AB, reperibile *online* all'indirizzo [www.hunconcourt.hu](http://www.hunconcourt.hu); Commissione di Venezia, Opinion n. 663/2012 on Act CLXII of 2011 on the Legal Status and Remuneration of Judges and Act CLXI of 2011 *on the Organisation and Administration of Courts of Hungary*, 16-17 Marzo 2012, reperibile *online* all'indirizzo [www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int), che non ha ravvisato alcuna «*material justification for the forced retirement of judges, including many holders of senior court provisions*» §104.

<sup>33</sup> Corte giust., 6 novembre 2012, causa C-286/12, *Commissione c. Ungheria*. A dispetto dell'ampio piano di riforma, la Corte di giustizia veniva adita nell'ambito di due sole procedure di infrazione, la prima relativa al menzionato abbassamento dell'età di pensionamento dei giudici nazionali, la seconda relativa alla rimozione del garante per la protezione dei dati personali (Corte giust., 8 aprile 2014, causa C-288/12, *Commissione c. Ungheria*). Per un commento della sentenza C-286/12 si rinvia a BELAVUSAU, *On Age Discrimination and Beating Dead Dogs: Commission v. Hungary*, in *Common Market Law Review*, 50, 2013, 1145 e ss.; GYULAVÁRI - HÓS, *Retirement of Hungarian Judges, Age Discrimination and Judicial Independence: A Tale of Two Courts*, in *Industrial Law Journal*, 42, 2013, 289-297; VINCZE, *The ECJ as the Guardian of the Hungarian Constitution: Case C-286/12 Commission v. Hungary*, in *European Public Law Review*, 19, 2013, 489 ss.

<sup>34</sup> Conclusioni dell'Avv. Gen. Julianne Kokot, presentate il 2 ottobre 2012 nella causa C-286/12, *Commissione c. Ungheria*, §54-56.

<sup>35</sup> Sul punto cfr. SZENTE, *Challenging the Basic Values*, cit., 456-475.

che tale destituzione avesse integrato una violazione dell'articolo 6 CEDU per la mancata previsione di rimedi impugnatori contro l'atto normativo che l'aveva disposta<sup>36</sup>.

In secondo luogo, l'ordinamento giuridico dell'Unione era ancora sprovvisto di meccanismi di reazione politico-istituzionali che consentissero all'Unione di contestare ad uno Stato membro la violazione dei principi dello Stato di diritto, tra cui quello dell'indipendenza del potere giudiziario, e conseguentemente di intervenire per arginarla<sup>37</sup>. Al di là dell'«opzione nucleare» -e puramente politica- rappresentata dalla procedura di cui all'articolo 7 TUE, l'Unione poteva contare sulla sola procedura di infrazione<sup>38</sup>. La prima si mostrava di difficile utilizzo per le criticità procedurali e sostanziali legate ai suoi meccanismi di attivazione mentre la seconda consentiva di individuare isolatamente – e con molte difficoltà-

---

<sup>36</sup> Corte EDU, sentenza del 23 giugno 2016, ric. n. 20261/12, *Baka c. Ungheria*, Nella sua pronuncia, la Corte EDU ha rinvenuto la violazione del diritto di accesso ad un giudice di cui all'art. 6§1 CEDU, nella misura in cui la normativa transitoria che aveva disposto la cessazione delle funzioni dell'ex presidente della Corte Suprema non aveva potuto essere oggetto di revisione neppure davanti alla Corte Costituzionale. Appare opportuno ricordare che il presidente della Corte Suprema Andras Baka era stato rimosso mediante un emendamento costituzionale (Act CLXI of 2011 *On the organization and administration of courts of Hungary*) che disponeva un nuovo requisito di anzianità per i giudici della Corte Suprema, nelle more rinominata Kùria, pari a cinque anni di servizio presso le giurisdizioni Ungheresi. Il Presidente Baka aveva maturato un'esperienza di sedici anni presso la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, irrilevante per continuare a rivestire tale incarico, con la sua conseguente sopravvenuta ineleggibilità. Sul tema si rinvia a VINCZE, *Dismissal of the President of the Hungarian Supreme Court: ECtHR Judgment Baka v. Hungary*, in *European Public Law*, 3, 2015, 445–456.

<sup>37</sup> MULLER, *Should EU Protect Democracy and the Rule of Law inside Member States?* in *European Law Journal*, 2, 2015, 141-160.

<sup>38</sup> Questa espressione è stata utilizzata nel 2013 dall'allora Presidente della Commissione José Manuel Durão Barroso nel suo discorso sullo Stato dell'Unione 2013, reperibile *online* all'indirizzo [www.europa.eu](http://www.europa.eu). Sulle criticità legate all'*enforcement* dei valori cfr. KOCHENOV, *On policing Article 2 TEU Compliance – Reverse Solange and Systemic Infringements Analyzed*, in *33 Polish Yearbook of International Law*, 2013, 145-170; SCHEPPELE, *Enforcing the Basic Principles of EU law Through Systemic Infringement Procedures*, in CLOSA - KOCHENOV (a cura di), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge, 2016, 105 -132; BLOKKER, *Systemic infringement action: an effective solution or rather part of the problem?* in *Verfassungsblog*, 5 dicembre 2013, reperibile *online* all'indirizzo [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de), il quale sostiene che ci sia un «*general risk of reducing profound democratic problems to measurable 'constitutional problems areas'*, but thereby ignoring deeper-lying democratic questions»; VON BOGDANDY - KOTTMANN - ANTPÖHLER - DICKSCHEN - HENTREI - SMRKOLJ, *Reverse Solange -Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States*, in *Common Market Law Review*, 49, 2012, 489-520.

singoli profili di contrasto legati alle riforme adottate in sede nazionale ma non permetteva di predisporre una efficiente reazione istituzionale<sup>39</sup>.

Inoltre, in quel momento, il patrimonio giurisprudenziale europeo sembrava privo di solide argomentazioni e di chiari riferimenti normativi che consentissero alla Commissione di contestare ed alla Corte di rilevare l'avvenuta compromissione delle garanzie del potere giudiziario all'interno di uno Stato membro. Il richiamo all'articolo 47, paragrafo 2, della Carta si mostrava insufficiente per i limiti sottesi al suo ambito di applicazione, ricondotto, in virtù dell'articolo 51, paragrafo 1 della stessa, ai casi di attuazione del diritto dell'Unione<sup>40</sup>. Tale circostanza escludeva la possibilità di applicare la garanzia di indipendenza sviluppata dalla Corte di giustizia intorno all'articolo 47, paragrafo 2 della Carta, nella misura in cui si trattava di arginare una riforma costituzionale nazionale avente ad oggetto l'organizzazione del sistema giudiziario che in alcun modo presentava «un collegamento di una certa consistenza» con il diritto dell'Unione<sup>41</sup>. D'altra parte, sarebbe apparso alquanto improprio, nel contesto della procedura di infrazione, l'utilizzo del requisito di indipendenza sviluppato intorno all'articolo 267 TFUE per vagliare la compatibilità delle citate riforme nazionali con il diritto dell'Unione, posto che tale requisito era stato utilizzato dalla giurisprudenza al solo fine di censire le autorità nazionali ammesse al dialogo pregiudiziale.

In definitiva, la vicenda ungherese ha messo la Corte di giustizia davanti al banco di prova, portando al centro del dibattito la misura in cui i giudici dell'Unione sarebbero potuti intervenire a tutela dell'indipendenza dei giudici nazionali e, più in generale, a tutela dello Stato di diritto nello spazio giuridico europeo<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Cfr. SCHELPELE, *EU Commission v. Hungary: The Case for the Systematic Infringement Actions*, in *Verfassungsblog*, 2013, reperibile online all'indirizzo [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de).

<sup>40</sup> Cfr. IGLESIAS SÁNCHEZ, *The Court and the Charter: The impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights*, in *Common Market Law Review*, 2012, 1565, 1583; KAILA, *The Scope of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the Member States*, in CARDONNEL - ROSAS - WAHL, *Constitutionalising the EU Judicial System – Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Oxford/Portland, 2012, 291, 294; LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di efficacia*, Milano, 2018, 183 ss; TIZZANO, *L'applicazione de la Charte de droits fondamentaux dans les États membres à la lumière de son article 51, paragraphe 1*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2014, 429 ss.

<sup>41</sup> Corte giust., sentenza del 6 ottobre 2016, causa C- 218/15, *Paoletti ed a.*, §14.

<sup>42</sup> È appena il caso di ricordare che il governo ungherese aveva prima ignorato la pronuncia della Corte e, solo alla fine del 2012, aveva offerto ai giudici colpiti dalla riforma sul pensionamento la reintegra nell'esercizio delle funzioni. Una stretta minoranza dei giudici

#### 4. La reazione istituzionale al caso polacco

La progressiva compromissione delle garanzie di indipendenza del potere giudiziario, prima in Ungheria e più di recente in Polonia, ha portato l'Unione a far riferimento ai valori che da sempre ne sorreggono il processo di integrazione insieme all'individuazione di meccanismi di reazione e nuove soluzioni per arginare il diffondersi della "moral crises" nello spazio giuridico europeo<sup>43</sup>. Nel settembre del 2013, l'allora commissario europeo Viviane Reding, seguendo un indirizzo inaugurato dal Parlamento europeo, parlò per la prima volta della sussistenza di una crisi dello Stato di diritto all'interno dell'Unione Europea, evidenziando, tra le varie criticità, la necessità che la giustizia venisse amministrata da giudici indipendenti ed imparziali<sup>44</sup>. Poco dopo, l'Unione iniziava a dotarsi di un complesso quadro normativo volto a favorire il monitoraggio, il dialogo ed il ripristino dello Stato di diritto nell'Unione europea<sup>45</sup>.

Nel medesimo periodo, la Polonia iniziava ad adottare una sequenza di leggi di riforma riguardanti il *Trybunał Konstytucyjny* (Corte costituzionale),

---

coinvolti accettò l'offerta. La maggior parte di loro preferì accettare un cospicuo indennizzo offerto dal governo per coloro i quali avessero rinunciato alla reintegrazione in organico. Inoltre, ai precedenti presidenti delle Corti colpiti dalla riforma furono offerti ruoli non di vertice poiché le posizioni di vertice erano state già coperte da nuovi giudici. Per una completa descrizione della vicenda cfr. SHEPPELE, *Understanding Hungarian Constitutional Revolution*, cit.; ID, *EU Commission v. Hungary: The Case for the Systematic Infringement Actions*, in *Verfassungsblog*, 2013, reperibile online all'indirizzo [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de).

<sup>43</sup> L'espressione è presa in prestito da SCHEPPELE, *Enforcing the Basic Principles of EU law*, cit., 105 ss.

<sup>44</sup> REDING, *The EU and the Rule of Law- What Next?* 3 settembre 2013, reperibile online all'indirizzo [www.europa.eu](http://www.europa.eu); Parlamento Europeo, Risoluzione del 16 febbraio 2012 sui recenti sviluppi politici in Ungheria (2012/2130).

<sup>45</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto, 11 marzo 2014 COM/2014/0158 final. Nel medesimo periodo è stato lanciato il Quadro di valutazione UE sulla giustizia, concepito quale strumento per consentire alla Commissione un monitoraggio sulla qualità, l'indipendenza (anche quella percepita) e l'efficienza della giustizia nazionale. Nella stessa prospettiva, la Commissione ha recentemente presentato una proposta di regolamento sulla tutela del bilancio dell'Unione, Proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri, COM(2018) 324 final. I medesimi obiettivi sono altresì perseguiti dalla proposta volta ad istituire un *Fondo Giustizia, diritti e valori*, dotato di un budget di 947 milioni di euro: Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle regioni. Un bilancio pluriennale al servizio di un'Unione che protegge, che dà forza, che difende. Quadro finanziario pluriennale 2021-2027, COM(2018) 321 final.

il *Sąd Najwyższy* (Corte suprema), il Consiglio nazionale della magistratura, i giudici ordinari, la scuola nazionale della magistratura e gli uffici del pubblico ministero, il cui effetto combinato è apparso quello di favorire la riconfigurazione dell'intero apparato giudiziario con un conseguente -e forte- pregiudizio per l'indipendenza dei giudici nazionali<sup>46</sup>. Sulla scia di quanto già accaduto in Ungheria, anche il Parlamento polacco varava due diverse riforme volte a ridurre l'età di pensionamento dei giudici nazionali<sup>47</sup>. La prima disponeva l'abbassamento dell'età di pensionamento dei giudici della Corte Suprema da 70 a 65 anni e subordinava un'eventuale proroga dell'esercizio attivo delle funzioni giudiziarie all'approvazione del Presidente della Repubblica, limitandola ad un massimo di due volte e svincolandola da qualunque forma di controllo giurisdizionale. Questa riforma ha interessato oltre un terzo dei giudici della Suprema Corte, ossia 27 su 72, compreso il suo presidente, dei quali 15 venivano collocati a riposo, 12 chiedevano una proroga triennale e solamente 5 di loro la ottenevano. Contemporaneamente, il Presidente della Repubblica di Polonia disponeva il parallelo aumento del numero dei giudici della Corte suprema, portandolo da 93 a 120, la pubblicazione di oltre 44 nuovi posti vacanti, tra cui quello occupato dal primo presidente, nonché la nomina di almeno i 27 nuovi giudici. Come accaduto in Ungheria, anche la Polonia ha in più occasioni cercato di difendere la legittimità delle riforme varate sostenendo che le singole misure adottate avessero già trovato cittadinanza ora in uno ora in un altro ordinamento nazionale<sup>48</sup>. Con la seconda riforma, la Polonia riduceva progressivamente

---

<sup>46</sup> Le riforme hanno interessato il Tribunale Costituzionale, la Corte Suprema, i tribunali ordinari, il Consiglio nazionale della magistratura, le procure e la scuola nazionale della magistratura. Cfr. KOVÁCS - SHEPPELE, *The fragility of an independent judiciary: Lessons from Hungary and Poland – and the European Union*, in *Communist and Post-communist Studies*, 2018, 189-200; SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019; BORKOWSKI - SOVGYRIA, *Current Judicial Reform in Ukraine and in Poland: Constitutional and European Legal Aspect in the context of independent judiciary in Access to justice in Eastern Europe*, 2,3, 2019, 5-35.

<sup>47</sup> Legge sulla Corte Suprema (*Ustawa O Sądzie Najwyższym*) dell'8 dicembre 2017. Tale legge è stata modificata in varie occasioni, segnatamente dalla legge recante modifica della legge sull'organizzazione degli organi giurisdizionali ordinari, della legge sulla Corte suprema e di talune altre leggi del 10 maggio 2018 (*Ustawa o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym or az niektórych innych ustaw*), e prima dalla legge recante modifiche alla legge sulle pensioni di vecchiaia e altre pensioni corrisposte dal Fondo di previdenza sociale del 16 novembre 2016 (*Ustawa o zmianie ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych*).

<sup>48</sup> Chancellery of the Prime Minister of Poland, *White Paper on the Reform of the Polish Judiciary*, 7 marzo 2018, reperibile *online* all'indirizzo [www.premier.gov.pl](http://www.premier.gov.pl), §103-106, 128-

l'età di pensionamento dei giudici ordinari, da 67 a 65 anni per gli uomini e per le donne a 60 anni, conferendo al Ministro della Giustizia il potere discrezionale di decidere in merito al prolungamento del periodo di servizio attivo di singoli giudici coinvolti<sup>49</sup>.

In questa occasione, le Istituzioni europee non sono rimaste silenti<sup>50</sup>. A seguito di un infruttuoso dialogo con le istituzioni polacche, nel dicembre 2017 la Commissione ha formulato una proposta motivata al Consiglio per l'attivazione della procedura di cui all'articolo 7, paragrafo 1 TUE<sup>51</sup>. Poco

---

130, 202-203. Cfr. altresì Corte giust., ordinanza del 17 dicembre 2018, causa C-619/18 R, *Commissione c. Polonia*, §57.

<sup>49</sup> Legge recante modifica della legge sull'organizzazione dei tribunali ordinari e di talune altre leggi del 12 luglio 2017 (*Ustawa o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw z dnia 12 lipca 2017 r (2)*). L'età di pensionamento è stata equiparata per entrambi i sessi a 65 anni dalla successiva legge recante modifiche della legge sull'organizzazione dei tribunali ordinari, della legge sul Consiglio nazionale della magistratura e della legge sulla Corte suprema del 12 aprile 2018 (*Ustawa z dnia 12 kwietnia 2018 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz ustawy o Sądzie Najwyższym*). La medesima legge ha altresì provveduto a riaffidare il potere di autorizzare il periodo di servizio attivo di un giudice che abbia raggiunto l'età di pensionamento al Consiglio nazionale della Magistratura.

<sup>50</sup> Raccomandazione (UE) 2017/1520 della Commissione relativa allo Stato di diritto in Polonia, del 26 luglio 2017. Tra il 2017 ed il 2018, diversi organismi internazionali hanno evidenziato numerosi profili di criticità delle menzionate riforme polacche: Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, *Report on Poland*, del 6 giugno 2018, reperibile *online* all'indirizzo [www.iustitia.pl](http://www.iustitia.pl); Consiglio Consultivo dei Giudici Europei (CCJE), *Statement as Regards the Situation on the Independence of the Judiciary in Poland*, 18 giugno 2018, reperibile *online* all'indirizzo [www.rm.coe.int](http://www.rm.coe.int); Consiglio degli Ordini Forensi d'Europa (CCBE), *Statement from the President of the CCBE regarding the situation in Poland*, 10 luglio 2018, reperibile *online* all'indirizzo [www.ccbe.eu](http://www.ccbe.eu); Rete Europea dei Consigli di Giustizia (ENCJ), *Position Paper of the Board of the ENCJ on the membership of the KRS of Poland*, 16 agosto 2018, reperibile *online* all'indirizzo [www.encj.eu](http://www.encj.eu); Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, Dunja Mijatović, *Report Following Her Visit to Poland from 11 to 15 March 2019* CommDH(2019)17, reperibile *online* all'indirizzo [www.rm.coe.int](http://www.rm.coe.int); Commissione di Venezia, Opinion n. 904/2017 on the Draft Act amending the Act on the National Council of the Judiciary; on the Draft Act amending the Act on the Supreme Court, proposed by the President of Poland, and on the Act on the Organisation of Ordinary Courts, 8-9 Dicembre 2017, CDL-AD(2017)031, reperibile *online* all'indirizzo [www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int).

<sup>51</sup> Commissione europea, *Proposta motivata a norma dell'art. 7, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione Europea sullo Stato di diritto in Polonia*, COM(2017) 835 final, 20.12.2017. cui si accompagna la raccomandazione della Commissione 2018/103 del 20 dicembre 2017, relativa allo stato di diritto in Polonia, la risoluzione del Comitato europeo delle regioni in merito alla proposta, presentata dalla Commissione, di decisione del Consiglio sulla constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia, 1 febbraio 2018 (2018/C 176/03) e la risoluzione del Parlamento europeo del 1 marzo 2018 sulla decisione della Commissione di attivare l'art. 7,

dopo, la stessa ha avviato due procedure di infrazione, volte a contestare le riforme relative all'abbassamento dell'età di pensionamento dei giudici polacchi, insieme ad una richiesta di adozione di misure cautelari<sup>52</sup>.

In entrambi i casi, le censure mosse dalla Commissione si sono spinte oltre gli stretti confini delle censure sollevate nel caso ungherese. Nella procedura relativa ai giudici ordinari, insieme alla potenziale lesione del principio di parità di trattamento tra donne e uomini in ambito lavorativo, sancito all'articolo 157 TFUE e dagli articoli 5, lettera a) e 9, paragrafo 1, lettera f), della direttiva 2006/54/CE, la Commissione ha contestato alla Polonia che l'ampliamento dei poteri in capo al Ministro della Giustizia sembrerebbe pregiudicare l'indipendenza del sistema giudiziario, risolvendosi in una violazione dell'obbligo degli Stati membri di «stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione», alla luce degli articoli 19, paragrafo 1, TUE e 47 della Carta<sup>53</sup>. Nella seconda procedura, la Commissione ha rilevato l'incompatibilità delle disposizioni della legge sulla Corte Suprema relative all'abbassamento dell'età di pensionamento dei giudici con il principio di inamovibilità del giudice nonché il contrasto tra il conferimento al Presidente della Repubblica di Polonia del potere discrezionale di prorogare la funzione attiva dei giudici della Corte suprema ed il requisito di indipendenza<sup>54</sup>. In entrambi i casi, la Polonia sarebbe venuta meno agli obblighi incombenti in forza del combinato disposto dell'articolo 19, paragrafo 1, TUE e dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali.

Contemporaneamente, la Corte suprema polacca, la Corte suprema amministrativa e alcuni giudici ordinari hanno sollevato numerosi rinvii pregiudiziali, al fine di verificare, sotto diversi aspetti, la compatibilità delle riforme relative al sistema giudiziario nazionale con il diritto dell'Unione europea<sup>55</sup>.

---

par. 1, TUE relativamente alla situazione in Polonia, 2018/2541(RSP). Si ricordano anche le precedenti raccomandazioni della Commissione 2016/1374, 2017/146 e 2017/1520.

<sup>52</sup> C-192/18, *Commissione c. Polonia*; C-619/18, *Commissione c. Polonia*. Il 3 aprile 2019 la Commissione ha altresì messo in mora la Polonia per via delle riforme al regime disciplinare della magistratura, nella misura in cui consente di sottoporre i giudici ordinari a indagini disciplinari, procedure e sanzioni per il contenuto delle loro decisioni giudiziarie.

<sup>53</sup> Corte giust., 8 aprile 2019, causa C-192/18, *Commissione c. Polonia, attualmente pendente*.

<sup>54</sup> Corte giust., 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*.

<sup>55</sup> Le questioni sollevate dalla Corte Suprema Polacca sono C- 487/19; C-508/19; C-522/18; C-537/18; C-585/18; C-624/18; C-625/18 e C-668/18. La Corte suprema amministrativa della Polonia ha sollevato la questione C-824/18 e i giudici ordinari hanno sollevato le questioni C-558/18, C-563/18 e C-623/18.

## 5. La nuova giurisprudenza sull'indipendenza

Le censure mosse dalla Commissione nelle due menzionate procedure di infrazione sono apparse inedite nel panorama giurisprudenziale europeo. Come sopra anticipato, l'articolo 19, paragrafo 1, TUE, fino a quel momento, non aveva ancora trovato applicazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>56</sup>. In qualche misura, tale circostanza, insieme al numero crescente di rinvii pregiudiziali sul tema, ha rafforzato la necessita, già avvertita dalla Corte, di costruire un percorso argomentativo volto a delineare, intorno al requisito di indipendenza del giudice nazionale, confini più marcati e, insieme, ad individuare nuovi e più effettivi meccanismi per la sua giustiziabilità.

Nelle more, il tentativo di un gruppo di giudici portoghesi di difendere il loro salario dalle misure di austerità adottate a livello nazionale ha fornito alla Corte l'occasione di inaugurare un nuovo filone della giurisprudenza europea sul tema della indipendenza del potere giudiziario. In *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* la Corte ha intenzionalmente ricondotto le misure che concernono lo statuto dei giudici nazionali sotto la sua giurisdizione, riconducendo il requisito di indipendenza all'obbligo di garantire una tutela giurisdizionale effettiva previsto dall'articolo 19, paragrafo 1, TUE<sup>57</sup>. Il mero fatto che un giudice nazionale sia competente a decidere sulla interpretazione o sulla applicazione del diritto dell'Unione diventa un elemento sufficiente per ricondurre le garanzie che ne presidiano l'esercizio delle funzioni sotto la sfera di giudizio della Corte. Si tratta di una interpretazione volta ad estendere la giurisdizione della Corte a «tutti i settori disciplinati dal diritto dell'Unione» superando le difficoltà legate al ristretto ambito di applicazione materiale della Carta dei diritti fondamentali, che sarebbero sorte in ragione dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta qualora si fosse lasciato, quale mero referente

---

<sup>56</sup> VON BOGDANDY - BOGDANOWICZ - CANOR - RUGGE - SCHMIDT - TABOROWSKI, *Un possibile «momento costituzionale» per lo Stato di diritto europeo: i confini invalicabili*, in *Quad. Cost.*, 4, 2018, 855-875.

<sup>57</sup> Corte giust., causa 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, con nota di BONELLI - CLAES, *Judicial serendipity: how portuguese judges came to the rescue of the polish judiciary*, in *European Constitutional Law Review*, 14, 2018, 622-643; MIGLIO, *Indipendenza del giudice, crisi dello stato di diritto e tutela giurisdizionale effettiva negli Stati membri dell'Unione europea*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 12, 2018, 421-453; PARODI, *Il controllo della Corte di Giustizia sul rispetto del principio dello Stato di diritto da parte degli Stati Membri: alcune riflessioni in margine alla sentenza Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, in *European Papers*, 3, 2018, 985-992; PEREIRA COUTINHO, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses: judicial independence and austerity measures at the Court of Justice*, in *Quad. Cost.*, 2018, 510-512.

normativo, l'articolo 47 della stessa<sup>58</sup>. Inoltre, nel chiarire che «ogni Stato membro deve garantire che gli organi rientranti, in quanto «giurisdizione» nel senso definito dal diritto dell'Unione, nel suo sistema di rimedi giurisdizionali [...] soddisfino i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva», la Corte sembra aver chiesto agli Stati membri di adeguare l'organizzazione ed il funzionamento del sistema giurisdizionale nazionale ad uno standard europeo di tutela<sup>59</sup>. Tale standard è stato progressivamente cristallizzato nel requisito di indipendenza elaborato dalla giurisprudenza della Corte intorno agli articoli 267 TFUE e 47 della Carta, che sembra adesso confluire nell'articolo 19, paragrafo 1, TUE.

Poco dopo, in *Achmea*, la Corte è stata adita al fine di verificare se un tribunale arbitrale creato tramite un trattato di investimento bilaterale tra due Stati membri, al quale un investitore di uno dei due Stati avrebbe potuto rivolgersi in caso di controversia relativa agli investimenti operati nell'altro Stato membro, fosse compatibile con il diritto dell'Unione<sup>60</sup>. Sebbene non fosse la questione principale, la Corte non ha mancato l'occasione di ricondurre questa pronuncia al nuovo filone giurisprudenziale sull'indipendenza, inaugurato qualche giorno prima con *Associação*, circostanza che emerge dal richiamo all'articolo 19, paragrafo 1 TUE e dal suo inquadramento alla luce della tutela dei valori dell'Unione di cui all'articolo 2 TUE<sup>61</sup>. In questa occasione, rafforzando le argomentazioni già fornite in *Associação*, la Corte si è preoccupata di giustificare la propria legittimazione a pronunciarsi in merito alla compatibilità con il diritto dell'Unione delle misure nazionali che siano potenzialmente idonee a incidere sull'organizzazione del potere giudiziario. In particolare, il sistema che assegna alla Corte di giustizia, in via esclusiva, il compito di garantire la corretta applicazione e l'uniforme interpretazione del diritto dell'Unione trova le sue fondamenta nell'attività dei giudici nazionali, quali sede privilegiata per

---

<sup>58</sup> Corte giust., 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, § 29.

<sup>59</sup> Corte giust., 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, §36, 40.

<sup>60</sup> Corte giust., 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*.

<sup>61</sup> Corte giust., 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*, §34,36,50. La Corte di giustizia non sembra soffermarsi in modo accurato sull'esame intorno all'indipendenza e l'imparzialità del tribunale arbitrale ai fini della sua esclusione dal meccanismo di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, come invece fa l'Avvocato Generale M. Wathelet nelle sue conclusioni, presentate il 19 settembre 2017, ossia prima della pronuncia sui giudici portoghesi. Peraltro, si noti che, nelle conclusioni dell'Avv. Generale, il riferimento all'art. 19, paragrafo 1, TUE, compare una sola volta e in via del tutto incidentale al §204.

la sua applicazione. Nei limiti in cui uno Stato membro adotta misure idonee ad incidere sul funzionamento degli organi giurisdizionali interni, la Corte sarebbe legittimata a pronunciarsi al fine di tutelare il funzionamento del sistema giurisdizionale dell'Unione e, più in generale, preservare l'autonomia del diritto dell'Unione<sup>62</sup>.

In *LM*, l'Alta Corte d'Irlanda chiedeva alla Corte di giustizia se fosse possibile rifiutare l'esecuzione di tre mandati d'arresto europei (MAE), emessi da autorità polacche nei confronti di un cittadino del medesimo Stato ma detenuto in Irlanda, nella misura in cui le carenze sistemiche o generalizzate riguardanti l'indipendenza del potere giudiziario nello Stato emittente apparissero idonee a esporre il destinatario dei MAE alla violazione del diritto fondamentale ad un processo equo, di cui all'articolo 47 della Carta<sup>63</sup>. Nella sua sentenza la Corte di giustizia ha precisato che, in presenza di «circostanze eccezionali», il giudice dell'esecuzione può rifiutare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo qualora la consegna del destinatario alle autorità richiedenti esporrebbe quest'ultimo a un rischio reale di violazione del diritto fondamentale ad un equo processo e, in particolare, del diritto ad un giudice indipendente ed imparziale<sup>64</sup>. Ciò in quanto il mancato rispetto degli standard europei di tutela dell'indipendenza del potere giudiziario sarebbe una circostanza idonea a compromettere il rispetto delle garanzie proprie dello Stato di diritto di cui all'articolo 2 TUE da parte dello Stato Membro e, conseguentemente, a far venir meno il meccanismo di mutua fiducia su cui si fonda la cooperazione giudiziaria orizzontale. Pertanto, i giudici nazionali chiamati a dare esecuzione ad un MAE sono adesso investiti del compito di verificare se l'autorità emittente sia effettivamente indipendente, per il tramite di una valutazione suddivisa in due fasi.

---

<sup>62</sup> Corte giust., 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*, §33-37.

<sup>63</sup> Corte giust., 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU, *LM*, con nota di ROSANO, *Crisi dello Stato di diritto nell'Unione europea e occasioni perdute. La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea sulle carenze del sistema giudiziario*, in *Eurojus*, 6 giugno 2018, reperibile online all'indirizzo [www.rivista.eurojus.it](http://www.rivista.eurojus.it); SHEPPELE, *Rule of Law Retail and Rule of Law Wholesale: The ECJ's (Alarming) "Celmer" Decision*, in *Verfassungsblog*, 28 luglio 2018, reperibile online all'indirizzo [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de); WENDEL, *Mutual Trust, Essence and Federalism – Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice after LM*, in *European Constitutional Law Review*, 15, 2019, 17–47; VON BOGDANDY - BOGDANOWICZ - CANOR - RUGGE - SCHMIDT - TABOROWSKI, *Un possibile «momento costituzionale» per lo Stato di diritto europeo, cit.*; degli stessi anche *Drawing Red Lines and Giving (some) bite – the CJEU's Deficiencies judgement on the European Rule of Law*, in *Verfassungsblog*, 3 agosto 2018, reperibile online all'indirizzo [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de).

<sup>64</sup> Corte giust., 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU, *LM*, § 46. Cfr. Corte giust., 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e 659/15 PPU.

Innanzitutto, essi dovranno verificare «in base a elementi oggettivi, attendibili, precisi e debitamente aggiornati riguardanti il funzionamento del sistema giudiziario nello Stato membro emittente [...], l'esistenza di un rischio reale di violazione del diritto fondamentale a un equo processo, connesso a una mancanza di indipendenza dei giudici di detto Stato membro, a causa di carenze sistemiche o generalizzate in quest'ultimo Stato»<sup>65</sup>. A tal proposito, il giudice potrà utilizzare le informazioni contenute in una proposta motivata rivolta dalla Commissione al Consiglio in base all'articolo 7, paragrafo 1, TUE<sup>66</sup>. Qualora l'autorità giudiziaria dell'esecuzione dovesse accertare l'esistenza di un tale rischio, essa dovrà in secondo luogo valutare «in modo concreto e preciso, se, nelle circostanze del caso di specie, esistano motivi seri e comprovati per ritenere che, in seguito alla sua consegna allo Stato membro emittente, il ricercato corra tale rischio»<sup>67</sup>. In caso di esito positivo, l'autorità potrà rifiutare l'esecuzione del MAE, circostanza che, è bene ribadire, dovrebbe avvenire solamente in *circostanze eccezionali*. Diversamente, nel caso in cui il Consiglio europeo dovesse costatare, alla luce dell'articolo 7, paragrafo 2, TUE l'esistenza di una violazione grave e persistente del valore dello Stato di diritto, di cui all'articolo 2 TUE, da parte dello Stato membro emittente, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione sarebbe tenuta a rifiutare l'esecuzione del MAE in maniera automatica ossia senza procedere alla valutazione che si è appena illustrata<sup>68</sup>.

I giudici nazionali diventano un utile strumento di monitoraggio nella difesa comune dei valori dell'Unione, non solo intervenendo a supporto della Corte di giustizia ma addirittura anticipandola. La valutazione operata a livello nazionale sembrerebbe poter intervenire a supporto del dubbio generalizzato all'interno dello spazio giuridico europeo rispetto all'esistenza di una crisi sistemica all'interno di uno Stato membro. Tuttavia, si ritiene che un tale approccio non vada esente da criticità. Al fine di verificare se il destinatario di un MAE «corra un rischio reale di violazione del suo diritto fondamentale ad un giudice indipendente», il giudice nazionale dovrebbe istituire un dialogo con l'autorità giudiziaria emittente per ottenere qualsiasi elemento oggettivo che sia idoneo ad escludere la sussistenza di tale rischio. Qualche dubbio sembra potersi avanzare sulla possibilità che l'autorità dell'esecuzione fondi le proprie valutazioni su informazioni fornite da un'autorità giudiziaria di un altro Stato membro della quale si sospetta la mancanza di indipendenza.

---

<sup>65</sup> Corte giust., 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU, LM, §61.

<sup>66</sup> Corte giust., 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU, LM, §61.

<sup>67</sup> Corte giust., 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU, LM, §68.

<sup>68</sup> Corte giust., 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU, LM, §72.

## 6. I provvedimenti provvisori

La volontà della Corte di giustizia di assumere un ruolo proattivo nel dialogo sulla *rule of law* emerge altresì dall'ampliamento dei suoi poteri relativi alla concessione di misure cautelari. Nel caso della foresta polacca di *Białowieża*, la Corte si è automunita di significativi strumenti di coercizione per realizzare l'obbligo incombente sui singoli Stati membri di rispettare i valori fondamentali dell'Unione<sup>69</sup>. La vicenda da cui è scaturito il caso riguardava il rifiuto espresso dal governo polacco di attuare l'ordinanza *ante causam* del 27 luglio 2017 con la quale il Vicepresidente della Corte aveva ordinato la sospensione in via cautelare del programma di abbattimento degli alberi della foresta, in ragione di seri rischi di pregiudizio per l'ecosistema e di una violazione, *prima facie*, di una serie di direttive dell'Unione, tra le quali la direttiva *habitat*<sup>70</sup>. Nel confermare tale provvedimento la Corte ha ritenuto di poter condannare la Polonia ad una penalità di mora pari ad "almeno" 100.000 euro giornalieri, nel caso di inadempimento agli obblighi derivanti dall'ordinanza. Il riconoscimento di tali poteri è avvenuto in assenza di ogni indicazione dei Trattati sulla tipologia di provvedimenti che la stessa Corte può adottare in virtù dell'art. 279 TFUE, in ragione di una interpretazione estensiva del medesimo articolo, secondo la quale l'assenza di qualsiasi prescrizione va intesa nel senso che la Corte possa «prescrivere qualsiasi provvedimento provvisorio che ritenga necessario per garantire la piena efficacia della decisione definitiva»<sup>71</sup>.

Più di recente, la Corte di giustizia ha accolto la domanda di provvedimenti provvisori presentata dalla Commissione a norma del medesimo articolo 279 TFUE e dell'articolo 160 paragrafi 2 e 7 del regolamento di procedura della Corte. Con tale ordinanza la Corte ha imposto al governo polacco di sospendere le disposizioni sul pensionamento anticipato dei giudici della Corte Suprema polacca, di adottare tutte le misure necessarie al fine di garantire che i giudici coinvolti dai provvedimenti impugnati potessero

---

<sup>69</sup> Corte giust., ordinanza del 20 novembre 2017, causa C-441/17 R, *Commissione c. Polonia* (foresta Białowieska), con nota di D'AGNONE, *Interim Relief in Commission v. Poland: the End Justifies the Means? in Osservatorio europeo*, dicembre 2017, reperibile online all'indirizzo [www.dirittounioneuropea.eu](http://www.dirittounioneuropea.eu); ŁAZOWSKI, *Winter is Coming. The Polish woodworm games*, in *European Papers*, 2017, 795 ss.

<sup>70</sup> Direttiva 92/43/CEE, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, come modificata dalla direttiva 2013/17/UE del Consiglio, del 13 maggio 2013.

<sup>71</sup> Corte giust., ordinanza del 20 novembre 2017, causa C-441/17 R, *Commissione c. Polonia (foresta Białowieska)*, §97.

continuare ad esercitare le proprie funzioni nella stessa posizione che occupavano alla data di entrata in vigore della normativa nonché di astenersi dal nominare nuovi giudici e un nuovo presidente della Corte Suprema<sup>72</sup>. Si tratta di un provvedimento che, probabilmente, è stato concesso alla luce della infelice esperienza ungherese, nel tentativo di preservare l'autorevolezza e l'effettività delle successive pronunce della Corte sul tema<sup>73</sup>. Ciò emerge con maggior evidenza se si pensa che, il 4 ottobre 2018, a solo due giorni dall'avvio della menzionata procedura di infrazione, il Procuratore generale della Repubblica di Polonia ha presentato un ricorso al Tribunale costituzionale di Varsavia chiedendo che venga dichiarato contrario alla nuova costituzione l'articolo 267 TFUE, nella misura in cui consente ai giudici nazionali di sollevare rinvii pregiudiziali in materie che riguardano l'organizzazione del sistema giudiziario nazionale<sup>74</sup>. In questo contesto, parrebbe lecito chiedersi se il "dialogo" giurisprudenziale tra Unione e Polonia non potrebbe spostarsi, in futuro molto prossimo, sul tema dei controlimiti, quale *diplomatico* baluardo di resistenza dell'ordinamento nazionale all'azione conformativa della menzionata giurisprudenza dell'Unione.

## 7. La tutela dell'indipendenza dei giudici polacchi

Il 24 giugno 2019, la Corte è intervenuta in soccorso della magistratura polacca dichiarando la normativa sull'abbassamento dell'età di pensionamento dei giudici della Corte suprema contraria al diritto

---

<sup>72</sup> Corte giust., ordinanza del 17 dicembre 2018, causa C-619/18 R, *Commissione c. Polonia*.

<sup>73</sup> Si ricorda che, quando la Corte si pronunciò in merito alla incompatibilità della riforma sul pensionamento anticipato dei giudici ungheresi (C-286/12), il governo ungherese evitò di reinserire in organico i giudici colpiti dalla riforma offrendo loro laute compensazioni nel caso in cui avessero rinunciato al reinserimento. Inutile dire che la maggior parte dei giudici accettarono l'offerta, compreso il vicepresidente della Corte suprema. In quella occasione, sebbene la Commissione dichiarò che il governo ungherese si fosse conformato alla decisione della Corte di giustizia -poiché offrì ai giudici nazionali la possibilità di essere reinseriti in organico -(Commissione Europea, Press Release, *European Commission Closes Infringement Procedure on Forced Retirement of Hungarian Judges*, 23 Novembre 2013, reperibile *online* all'indirizzo [www.europa.eu](http://www.europa.eu)) -la situazione di fatto rimase inalterata.

<sup>74</sup> Tribunale Costituzionale, caso K 7/18. Per un commento si rinvia a BIERNAT-KAWCZYNSA, *Though this be Madness, yet There's Method in't: Pitting the Polish Constitutional Tribunal against the Luxembourg Court*, in *Verfassungsblog*, 26 ottobre 2018, reperibile *online* all'indirizzo [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de).

dell'Unione<sup>75</sup>. Nella sua sentenza, la Corte ha ritenuto che le disposizioni impugnate dalla Commissione -segnatamente gli articoli 37 e 111 della *nuova legge sulla Corte Suprema*- siano contrarie ai principi di indipendenza ed imparzialità risultanti dall'articolo 19, paragrafo 1, TUE.

Da un punto di vista procedurale la Corte ha ricordato che l'eliminazione – con efficacia retroattiva- delle disposizioni nazionali contestate da parte della Polonia, in seguito all'accoglimento della domanda di provvedimenti provvisori presentata dalla Commissione, non vale a far venir meno l'oggetto del ricorso<sup>76</sup>. Di fatto, come emerge dalla consolidata giurisprudenza della Corte, nell'ambito di una procedura di infrazione l'esistenza di un inadempimento deve essere valutato esclusivamente sulla base della situazione esistente alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato<sup>77</sup>.

Di maggior interesse risulta il fatto che la Corte abbia voluto ricordare che l'effettività dei Trattati sarebbe compromessa ed il perseguimento degli obiettivi dell'Unione risulterebbe gravemente ostacolato qualora gli Stati membri potessero esercitare i poteri rientranti nelle materie di loro esclusiva competenza - come l'organizzazione ed il funzionamento della giustizia nazionale - senza curarsi degli obblighi su di essi incombenti in virtù del diritto dell'Unione. Ciascuno Stato membro ha infatti liberamente deciso di aderire all'Unione e altrettanto liberamente si è impegnato a rispettarne e promuoverne i valori, di cui all'articolo 2 TUE, vincolandosi altresì al rispetto di tutti quegli obblighi che di tali valori risultino concretizzazione, tra cui, segnatamente, l'obbligo di garantire una tutela giurisdizionale effettiva di cui all'articolo 19, paragrafo 1, TUE<sup>78</sup>. Pertanto, come ricordato dall'Avvocato generale Tanchev nelle sue conclusioni, il fatto che la Corte Suprema polacca sia chiamata a pronunciarsi su questioni riguardanti l'interpretazione e l'applicazione del diritto dell'Unione attrae la normativa relativa alla sua organizzazione e al suo funzionamento nella sfera di applicazione dell'articolo

---

<sup>75</sup> Corte giust., sentenza del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*, con nota di PECH - PLATON, *The beginning of the end for Poland's so-called "judicial reforms"?* *Some thoughts on the ECJ ruling in Commission v Poland (Independence of the Supreme Court case)*, in EULawAnalysis, 30 giugno 2019, reperibile online all'indirizzo [www.eulawanalysis.blogspot.com](http://www.eulawanalysis.blogspot.com); RASI, *Effetti indiretti della Carta dei diritti fondamentali? In margine alla Sentenza Commissione c. Polonia (Indépendance de la Cour Supreme)*, in *Europeanpapers*, 31 luglio 2019, 1-14; TABOROWSKI, *CJEU Opens the Door for the Commission to Reconsider Charges against Poland*, in *Verfassungsblog*, 13 marzo 2018, reperibile online all'indirizzo [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de).

<sup>76</sup> Corte giust., ordinanza del 17 dicembre 2018, causa C-619/18 R, *Commissione c. Polonia*.

<sup>77</sup> Corte giust., 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*, §30-31.

<sup>78</sup> *Commissione c. Polonia, cit.*, §42 - 59.

19, paragrafo 1 TUE, imponendo ad ogni Stato membro di garantire che gli organi giurisdizionali nazionali rispettino i requisiti di indipendenza ed imparzialità definiti dalla giurisprudenza della Corte<sup>79</sup>.

Nel merito, la Corte ha ritenuto che l'abbassamento dell'età di pensionamento dei giudici della Corte Suprema -da 70 a 65 anni- non sia giustificata dal perseguimento di alcuna finalità legittima e, pertanto, sia lesiva del principio di inamovibilità di cui all'articolo 19, paragrafo 1, TUE<sup>80</sup>. I giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che la riforma sul pensionamento dei giudici della Corte suprema faccia sorgere seri dubbi quanto al fatto che il suo scopo fosse stato quello di rimuovere un certo gruppo di giudici dall'organo giurisdizionale supremo, dubbi che sembrerebbero corroborati da taluni punti della relazione che accompagna il disegno di legge della contestata riforma<sup>81</sup>, dalla contestuale combinazione di tale misura con l'introduzione di un meccanismo di proroga della funzione giudiziaria attiva assegnato alla esclusiva discrezionalità del Presidente della Repubblica nonché dall'impatto pratico della riforma, la quale ha coinvolto quasi un terzo dei membri in carica presso la Corte Suprema, compreso la prima presidente<sup>82</sup>.

In secondo luogo, la Corte ha ritenuto che il conferimento al presidente della Repubblica del potere discrezionale di prorogare, per tre anni e per un massimo di due volte, la funzione giudiziaria attiva dei giudici del *Sąd Najwyższy*, al di là della nuova età di pensionamento, «sia idonea a far sorgere dubbi circa l'impermeabilità dei giudici interessati rispetto a elementi esterni e alla loro neutralità rispetto agli interessi che possono trovarsi contrapposti dinanzi ad essi», presentando profili di violazioni dei requisiti di imparzialità e indipendenza<sup>83</sup>. Nello specifico, il potere attribuito al Presidente della Repubblica è apparso alla Corte intriso di una eccessiva discrezionalità, posto che non è stato assoggettato al rispetto di alcun criterio oggettivo e verificabile né al rispetto di un obbligo di motivazione<sup>84</sup>. D'altra parte, tale discrezionalità non è stata ritenuta controbilanciata dal potere attribuito al Consiglio nazionale della magistratura di fornire un parere al Presidente della Repubblica sull'eventuale concessione di una tale proroga. Di fatto, i pareri fino a quel momento forniti da quest'organo sono stati privi di alcuna

---

<sup>79</sup> Conclusioni dell'Avv. Generale E. Tanchev, presentate l'11 aprile 2019 nella causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*, §63.

<sup>80</sup> Corte giust., 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*, §96.

<sup>81</sup> La Corte sul punto richiama il parere n. 904/2017 della Commissione di Venezia dell'8-9 dicembre 2017, punti 33 e 47.

<sup>82</sup> Corte giust., 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*, §82-86.

<sup>83</sup> Corte giust., 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*, §118.

<sup>84</sup> Corte giust., 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*, §114.

motivazione o corredati da motivazioni puramente formali, come tali inadeguate a guidare il Presidente della Repubblica nella scelta di concedere o meno la proroga<sup>85</sup>.

*Commissione c. Polonia* appare l'attesa sintesi delle già menzionate pronunce *Associação, Achmea* e *LM*. Come è stato brevemente illustrato nel corso della trattazione, la Corte ha valutato la contestata riforma sull'abbassamento dell'età di pensionamento dei giudici della Corte Suprema in relazione al nuovo standard europeo di tutela dell'indipendenza degli organi giurisdizionali nazionali. Tale standard è apparso, finalmente, idoneo a contestare ad uno Stato membro la contrarietà con il diritto dell'Unione delle riforme nazionali relative alla composizione ed al funzionamento sistema giudiziario interno<sup>86</sup>. Ciò è avvenuto non tanto per la rimodulazione del suo contenuto, che non appare diverso da quello sviluppato dalla giurisprudenza della Corte intorno agli articoli 267 TFUE e 47 della Carta, quanto per il nuovo parametro normativo utilizzato. Nelle valutazioni della Corte, l'articolo 19, paragrafo 1, TUE è diventato l'unico referente normativo del requisito di indipendenza, nonostante la Commissione lo avesse invocato in combinato disposto con l'articolo 47, paragrafo 2, della Carta.

## 8. Considerazioni conclusive

Dalla giurisprudenza esaminata sembra potersi desumere che la Corte di giustizia stia progressivamente assumendo il ruolo di custode dell'indipendenza dei giudici nazionali<sup>87</sup>. La forza dell'argomentazione e la creatività interpretativa mostrata nelle sue ultime pronunce sembrano aver incrinato il braccio di ferro tra spinte illiberali e ordine giuridico europeo a favore di quest'ultimo. Ciò non sembra riconducibile alla mera costruzione giurisprudenziale dell'obbligo di garantire una tutela giurisdizionale effettiva ex articolo 19, paragrafo 1, TUE quanto al fatto che tale principio generale sia divenuto espressa concretizzazione di un valore dell'Unione<sup>88</sup>. Il requisito di indipendenza va oltre la funzione di requisito di matrice giurisprudenziale funzionale a censire le autorità remittenti o di diritto processuale del singolo,

---

<sup>85</sup> Corte giust., 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*, §115-117.

<sup>86</sup> Corte giust., 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*, §71-77; 112.

<sup>87</sup> CANNIZZARO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori dell'Unione Europea*, in AA. VV. *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, Torino, 2018, 158-169.

<sup>88</sup> Corte giust., 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, § 32; Corte giust., 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*, §47.

diventando parte dell'«interesse generale dell'Unione al buon funzionamento del suo ordinamento giuridico»<sup>89</sup>. A sostegno della sua effettività sono entrati in gioco i capisaldi del diritto dell'Unione, quale l'autonomia del diritto dell'Unione e il principio di leale cooperazione di cui all'articolo 4 TUE. Ciò sembrerebbe realizzare quello che taluni autori hanno definito un *momento costituzionale* per l'Europa, ossia la definizione di «confini invalicabili» al diffondersi di riforme *illiberali* all'interno dell'ordinamento giuridico europeo<sup>90</sup>.

Peraltro, la Corte ha recentemente confermato la sua intenzione di sindacare, in modo effettivo, l'organizzazione del sistema giudiziario nazionale, che non può più ritenersi esente dal rispetto dei profilati *parametri* sovranazionali. In *OG e PI*, la Corte ha ritenuto che, nel quadro del Mandato d'arresto europeo, i pubblici ministeri tedeschi non godano di sufficienti garanzie di indipendenza, posto che questi ultimi sono inseriti all'interno di una struttura gerarchica al cui vertice è posto il ministro della Giustizia e alle cui istruzioni devono conformarsi, circostanza che li espone, direttamente o indirettamente, alla possibilità di ricevere ordini o istruzioni dall'esecutivo<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> Corte giust., ordinanza del 17 dicembre 2018, causa C-619/18 R, *Commissione c. Polonia*, §114.

<sup>90</sup> VON BOGDANDY - BOGDANOWICZ - CANOR - RUGGE - SCHMIDT - TABOROWSKI, *Un possibile «momento costituzionale» per lo Stato di diritto europeo*, cit. Con riguardo alla tutela dell'indipendenza dei giudici nazionali in Romania si rinvia alle cause C-83/19, *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»* e C-127/19, *Asociația «Forumul Judecătorilor Din România»* e *Asociația Mișcarea Pentru Apărarea Statutului Procurorilor*, attualmente pendenti.

<sup>91</sup> Corte giust., 27 maggio 2019, cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU, *OG e PI*, con commento di GRAF VON LUCKNER, *German Prosecutors are insufficiently independent to issue european arrest warrants*, in *European Law Blogs*, 11 giugno 2019, reperibile *online* all'indirizzo [www.europeanlawblog.eu](http://www.europeanlawblog.eu). Nel caso di specie, la Corte ha esaminato l'indipendenza dei pubblici ministeri tedeschi, quali «autorità giudiziaria» competente ad emettere un Mandato d'arresto europeo ai sensi dell'art. 6 della decisione quadro 2002/584. Con riferimento al MAE, la nozione di «autorità giudiziaria» risulta essere più estesa rispetto a quella delineata dalla Corte di giustizia in relazione all'art. 267 TFUE. Proprio nella citata sentenza la Corte ha chiarito che «nella misura in cui il mandato d'arresto europeo agevola la libera circolazione delle decisioni giudiziarie, intervenute in una fase anteriore alla sentenza, relative all'esercizio dell'azione penale, si deve ritenere che le autorità competenti, in base al diritto nazionale, ad adottare decisioni siffatte possano rientrare nell'ambito di applicazione di detta decisione quadro» (§59). Si ricorda che la Corte di giustizia è già intervenuta ad escludere il pubblico ministero (italiano) tra gli «organi giurisdizionali» legittimati a sollevare un rinvio pregiudiziale posto che «la Procura della Repubblica ha il compito, [...], non già di dirimere con assoluta indipendenza una controversia, ma di sottoporla eventualmente, in quanto parte che esercita l'azione penale nel processo, al giudizio dell'organo giurisdizionale competente», in Corte di giustizia, 12 dicembre 1996, C-74/95 e 129/95, *Procura Torino/X*, §19-20. Tuttavia, la

Di fatto, la Corte mostra di prediligere un approccio di valutazione *europeo*, fondato sulla verifica delle garanzie formali da parte del singolo ordinamento nazionale che non sembra lasciare spazio alcuno agli specifici equilibri interni, talvolta in egual modo garantisti<sup>92</sup>. Alla luce di ciò, parrebbe opportuno chiedersi fino a che punto la Corte di giustizia possa sostituirsi alle Corti Costituzionali nazionali nella conformazione dei singoli sistemi giudiziari nazionali.

I tempi sembrano maturi per chiedersi altresì se la Corte si stia muovendo verso il riconoscimento di effetti diretti all'articolo 19, paragrafo 1, TUE. La giurisprudenza più recente delinea infatti l'obbligo di garantire l'indipendenza e l'imparzialità del giudice nazionale in modo sempre più sufficientemente preciso ed incondizionato, impressione che sembrerebbe confortata dalla formulazione delle numerose domande di rinvio pregiudiziale attualmente pendenti<sup>93</sup>.

In secondo luogo, il tentativo di giuridicizzare l'approccio alla tanto discussa crisi democratica, individuando chiari confini europei alla compressione delle garanzie di indipendenza del potere giudiziario, sembra diventare un'esigenza sempre più pressante nell'attuale quadro giuridico-istituzionale dell'Unione. La scelta di utilizzare l'articolo 19, paragrafo 1, TUE quale catalizzatore del valore dello Stato di diritto sancito dall'articolo 2 TUE, ha il pregio di affidare la valutazione sull'aderenza delle riforme nazionali rispetto ai valori dell'Unione a parametri quantomeno *prevedibili*,

---

delineazione delle garanzie di indipendenza del pubblico ministero appare di fondamentale importanza nell'organizzazione giudiziaria nazionale. L'approccio olistico mostrato dalla Corte nella ricostruzione della garanzia di indipendenza impone un'analisi di tale garanzia a prescindere dallo specifico referente normativo individuato.

<sup>92</sup> Sulla base delle sezioni 146 e 147 della Costituzione tedesca, i pubblici ministeri sono obbligati a seguire le istruzioni dei superiori, comprese quelle provenienti dal Ministro della Giustizia. Tuttavia, tali istruzioni, soprattutto a livello ministeriale, sarebbero particolarmente rare e accompagnate da una forte attenzione pubblica. Sul punto cfr. GRAF VON LUCKNER, *cit.*

<sup>93</sup> Cfr., ad esempio, la domanda di rinvio pregiudiziale C-522/18, *DŠ*, con la quale il giudice del rinvio chiede alla Corte di definire la nozione di *inamovibilità*, nonché se sia possibile «sospendere d'ufficio l'applicazione di disposizioni nazionali che mettono in discussione il principio dell'inamovibilità dei giudici nei confronti di tutti i giudici che rientrano nell'ambito di applicazione di tali disposizioni»; tra le altre, cfr. le cause pendenti C-558/18, *Miasto Łowicz*; C-563/18, *VX, WW, XV*; C-585/18, *A. K.*; C-624/18, *CP*; C-625/18, *DO*. Sempre sulla tutela dell'indipendenza dei giudici nazionali ma con matrice rumena si rinvia alle cause C-83/19, *Asociația "Forumul Judecătorilor din România"* e C-127/19, *Asociația "Forumul Judecătorilor Din România e Asociația "Mișcarea Pentru Apărarea Statutului Procurorilor"*, entrambe attualmente pendenti.

sottraendola all'esclusiva volontà politica sottesa alle logiche dell'articolo 7 TUE.

Ciò emerge se si guarda alla recente proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione, uno strumento ideato per consentire la protezione degli interessi finanziari dell'Unione nel caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto in uno degli Stati membri<sup>94</sup>. Questa proposta pone il requisito di indipendenza dei giudici nazionali in stretta correlazione con «l'esecuzione efficiente del bilancio dell'Unione in conformità dei principi di sana gestione finanziaria»<sup>95</sup>, nella misura in cui solo un'istanza giurisdizionale terza ed imparziale consente di garantire un controllo effettivo sulla «regolarità degli atti, dei contratti o di altri strumenti che generano spese o debiti pubblici, in particolare nell'ambito di procedure di appalto pubblico, di cui detti organi possono parimenti essere aditi»<sup>96</sup>. In questo contesto, la giurisprudenza della Corte di Giustizia rappresenterebbe una fonte su cui la Commissione potrebbe fondare la propria valutazione rispetto all'esistenza di una carenza generalizzata all'interno del singolo Stato<sup>97</sup>. Pertanto, l'individuazione di confini chiari e contenuti precisi alla garanzia di indipendenza del giudice nazionale avrebbe l'effetto di aumentare la certezza del diritto, riducendo, al contempo, l'arbitrarietà nelle valutazioni della Commissione.

La reazione giurisprudenziale alla crisi politica che sembra interessare taluni Stati membri, e più nello specifico la Polonia, non rappresenta di certo la farmacia per il ripristino effettivo della legalità europea. Tuttavia, sembra possibile confidare nell'azione della Corte di giustizia quale guardiano dello Stato di diritto, purché ciò sia mediato da un'azione conformativa che si mantenga sempre e necessariamente all'interno dei confini della legalità europea.

---

<sup>94</sup> Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla tutela del Bilancio dell'Unione in casi di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri, COM(2018) 324 final, 2.5.2018. Per un commento al testo della proposta cfr. FISICARO, *Rule of Law Conditionality in EU Funds's Management: Is it the right way to take values seriously?* in *Cahiers Jean Monnet - Actes des ateliers doctoraux "The Rule of Law"*, Tolouse, 2019, in corso di pubblicazione.

<sup>95</sup> Considerando 10.

<sup>96</sup> Considerando 9.

<sup>97</sup> Articolo 5, paragrafo 2. Cfr. il considerando 12.



## RULE OF LAW IN POLAND. UNEXPECTED BREAKDOWN OR A LESSON, WHICH NEED TO BE REPEATED? °

**Karol Popławski**

*PhD Candidate*

*Akademia Leona Koźmińskiego, Warszawa*

*L'articolo 2 della Costituzione del 2 aprile 1997 definisce la Polonia come uno "Stato democratico di diritto che attua i principi di giustizia sociale". Sin dall'avvio della transizione democratica nel Paese, il principio del rule of law rappresenta il fondamento della democrazia polacca. Una corretta comprensione del principio richiede oggi di analizzare le sfide che tale principio deve affrontare. L'articolo inizia con la descrizione dei recenti sviluppi costituzionali della Polonia. Quindi, nella seconda parte, si concentra sull'evoluzione e sulla creazione dello stato di diritto in Polonia durante il periodo di transizione democratica. L'articolo prosegue, nella terza parte, concentrandosi sull'attuale situazione dello stato di diritto in Polonia. L'articolo si conclude con una riflessione sulla "lezione incompiuta" che l'attuale situazione polacca sta ponendo in termini di diritto costituzionale e sulle possibili violazioni dell'identità comune europea.*

*Article 2 of the Constitution of 2<sup>nd</sup> April 1997 sets out Poland as "democratic state of law implementing the principles of social justice". However, the rule of law principle was already present in the Polish legal discourse - specifically since December 1989, when the former communist Constitution of 1952 was amended. Since its beginning it is the foundation of Polish democracy. A correct understanding of mentioned principle requires to identify the challenges it has to face. The article starts with the description of current situation in Poland. Then, in the second part, it focuses on the evolution and on the creation of the rule of law in Poland during the transitional period. It presents the core elements of the notion, as long as it considers the rule of law as a multi-dimensional phenomenon, rather than a strictly legal one. In the end of this part, the article focuses on the practical aspect, that is to say on how the rule of law is conceived by the Polish Constitutional Tribunal - presenting principles resulting from it. In the third part, the article focuses on a doctrinal research concerning the recent situation in Poland, trying to capture its social factors. It concludes that the entitled "unfinished lesson" is in fact facing the paradox of breaching the core of common European Identity.*

### **Summary:**

1. Introduction - a glance on current affairs
2. Rule of law in Poland - an issue between theory and practice
3. Backsliding, breakdown or unfinished lesson on the rule of law
4. Conclusions

---

° Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

## 1. Introduction - a glance on current affairs

On 2<sup>nd</sup> April 1997, the Republic of Poland passed the Constitution of the Third Republic. It happened quite late - 8 years after the beginning of the process of post communism transition. The New Constitution was a modern act, opening the whole system on the process of European integration. It also determined a vast catalogue of modern principles and values - well developed in Western Democracies. Among them, we can point out those referring directly to human rights i.e.: dignity, solidarity, proportionality, sovereignty etc., as well as addressed to the State: democracy, legality, independence and integrity of the territory of the country. Before that (years 1989-1997), the constitutional system of Poland was based on amended, but former-communist Constitution on 22<sup>nd</sup> July 1952. From that point of view, the second amendment of December 1989), which introduced the *rule of law* clause into Polish legal system, was the most important one. Then, new art. 1 par. 1 of the Constitution on 22<sup>nd</sup> July 1952 set up Poland as a “democratic State of law implementing the principles of social justice”. Its content did not change in the newly passed Constitution of 1997. However, the *rule of law* principle was moved to art. 2 of the Constitution, being replaced by new art. 1, according to which “Republic of Poland shall be the common good of all citizens”.

On 12<sup>th</sup> November 2015, the VIII tenure of the Polish parliament began. The Majority belonged to PiS (Law and Justice) party, which formed the government. President of the Republic who won the election on 24<sup>th</sup> May 2015, was also the candidate supported by the PiS. That meant the whole *executive* power in Poland belonged to the same political party. The Ruling party immediately started a series of legal changes. On 20<sup>th</sup> December 2017, the European Union (further: EU) issued a Reasoned Proposal in Accordance with art. 7(1) of the Treaty on European Union (further: TEU) regarding the *rule of law* in Poland<sup>1</sup>. Despite the fact that in the official Polish version the above mentioned document was named as “recommendations”, it was the formal background for a Council Decision on the determination of a clear risk of a serious breach of art. 7(1) TEU by the Republic of Poland. Opening proceedings of art. 7(1) TEU is sometimes considered as a “nuclear option”. The reasoning for such a decision was the “clear risk of a serious breach by a

---

<sup>1</sup> Reasoned proposal on 20th of December 2017 in accordance with article 7(1) of the Treaty on European Union Regarding the Rule of Law in Poland, European Commission, Brussels, 2017/0360 (NLE), COM(2017) 835 final; further called: reasoned proposal. It included also earlier recommendations on: 2016/1374, 2017/146, 2017/1520.

Member State of the values referred to in Article 2". Among them we indicate: respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. Obviously, the main charges concerned the breaching of the *rule of law* by the Polish government. It also resulted with the legal discourse between the Republic of Poland and European bodies - especially Venice Commission. On that basis a catalogue of opinions on broadly interpreted certainty of law and its procedures in Poland were created<sup>2</sup>. In parallel, European Commission issued a complaint on *rule of law* in Poland to the European Union Court of Justice (further: ECJ). ECJ adjudicated on that on 24<sup>th</sup> of June 2019 (C-619/18 - analyzed further).

From the European perspective, the main threats to the *rule of law* in Poland concern the separation of powers. The Executive and legislative powers took advantage of the judiciary, whereas *minimum minimorum* safeguards of the legal and political system were subdued. Initially whole issue focused upon the legality of the judges of the Constitutional Tribunal (further: CT) nominated by the previous government. The biggest controversies related to the fact of nomination, which happened right before the end of tenure of the former Parliament (VII tenure). According to the PiS party, it was an unjustified action. In that opinion, it was supposed to keep the majority of the judges (helpful for opposite political parties) in the content of the Constitutional Tribunal. It was subject of CT considerations in judgments on 3<sup>rd</sup> and 9<sup>th</sup> of December 2015<sup>3</sup>. According that, CT ruled that actions taken by the ruling party, threatened the procedure, excluded three correctly appointed judges from the status of a Judge of a Constitutional Tribunal, opening the composition of CT on newly elected (by the new political majority) judges<sup>4</sup>. Analyzed interference led to take over in the Polish Constitutional Tribunal. Further changes concerned the acts on Supreme

---

<sup>2</sup> See: Venice Commission. *Opinion on amendments to the act on 25th of June 2015 on the Constitutional Tribunal*, CDL-AD(2016)001, *Opinion on the act of 15th January 2016 amending the Police act and certain other acts*, CDL-AD(2016)012, *Opinion on the act on Constitutional Tribunal*, CDL-AD(2016)026, *Opinion on the act on the Public Prosecutor's office as amended*, CDLA-AD(2017)028, *Opinion on the draft acts: amending the act on the National Council of the Judiciary, amending the act on the Supreme Court, on organisation of ordinary courts*, CDL-AD(2017)031,

<sup>3</sup> Judgment of CT of Poland on 3<sup>rd</sup> of December 2015, *K 34/15*, OTK ZU 2015, nr 11A, pos. 185; Judgment of CT of Poland on 9<sup>th</sup> of December 2015, *K 35/15*, Dz.U. 2015, pos. 2147. Issuing presented judgments was preceded with controversies as Polish government refused to publish it in official journal.

<sup>4</sup> According to uncertain legal status of mentioned judges, they are sometimes called in Poland "understudy judges"

Court and National Council of Judiciary. Such interference focused upon personal changes in composition of those bodies<sup>5</sup>. On that basis, the European Commission acknowledged a “lack of an independent and legitimate constitutional review in Poland”. These changes could be considered as systematic as it referred to: composition of fundamental Constitutional bodies, procedures of passing and exercising law, respect to CT judgments<sup>6</sup>. ECJ maintained such reasoning in judgment C-619/18 stating that “the measure consisting in lowering the retirement age of the judges of the Sąd Najwyższy (Supreme Court, Poland) “ and granting the President of the Republic the discretion to extend the period of judicial activity of judges of that court beyond the newly fixed retirement age, the Republic of Poland has failed to fulfil its obligations under the second subparagraph of Article 19(1) TEU<sup>7</sup>.

Circumstances of changes cannot be omitted neither. A vast catalogue of laws was passed urgently (at night) without proper procedures, civic consultations and especially - *vacatio legis*. Obviously, the Polish government consequently presented opposite standpoint<sup>8</sup>. Thus, it presented itself as the guard of the principle of sovereignty of Nation, assuming to represent the interests of the Sovereign against the corrupted and non-reformed judiciary. The implemented changes were - up to their point of view - leading to a strengthen of the *rule of law* in Poland (i.e. by merging offices of Public Prosecutor General and Minister of Justice - noted even by the Venice Commission in opinion CDL-AD (2017)028).

Referring to the “*Rule of law* checklist” issued by the Venice Commission, we should consider it a basic, universal principle. Hence it includes the following “core” elements: 1. Legality, including a transparent, accountable and democratic process for enacting law; 2. Legal certainty; 3. Prohibition of arbitrariness; 4. Access to justice before independent and impartial courts, including judicial review of administrative acts; 5. Respect for human rights;

---

<sup>5</sup> Estimated changes in composition of Supreme Court was about 37%. It was connected with shortening retirement age of the Judges of the Supreme Court. Tenure of National Council of Judiciary was also discontinued before its termination.

<sup>6</sup> On how changes influenced Polish judiciary see the report of Helsinki Foundation on the Human Rights (HFHR’s): <https://www.hfhr.pl/en/hfhrs-report-the-time-of-trial-how-do-changes-in-justice-system-affect-polish-judges/> (access on: 3-12-2019).

<sup>7</sup> Judgment of the Court (Grand Chamber) on 24 June 2019, *European Commission vs. Republic of Poland*, case C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531,

<sup>8</sup> White Paper on the Reform of the Polish Judiciary. Available on: [https://www.premier.gov.pl/files/files/white\\_paper\\_en\\_full.pdf](https://www.premier.gov.pl/files/files/white_paper_en_full.pdf) (access: 25-5-2019). Practically whole paper was a set of fragmentary thesis from recent opinions of Venice Commissions, enriched with subjective standpoint of need of reforms in Polish judiciary system.

6. Non-discrimination and equality before the law<sup>9</sup>. The European Commission itself also stressed out the importance of the respect for fundamental law and equality before the law<sup>10</sup>. In parallel it is assigned to the principle of democracy with its main assumption, which is protection of minorities before the will of political majority. Considering Polish example: changes in composition of constitutional judiciary bodies, breaching procedures of passing and exercising ordinary laws, rejecting candidates on Judges of Polish CT by the President of the Republic of Poland - each contrary to exact provisions of the Constitution - indicated certain threat to the *rule of law* in Poland. On July 2018 Polish society commenced a huge strike against acts (ordinary laws) on Supreme Court, which aimed to break its integrity before executive and legislative powers in Poland. It represented a tremendous attempt to secure the *rule of law* in Poland - resulting with unexpected reaction from the President of the Republic. Acting on the basis of art. 122 p. 5 of the Constitution, he referred the act, with given reasons, to the Sejm (lower chamber of Polish parliament) for its reconsideration (*veto* procedure). Nevertheless, it did not stop unconstitutional changes and the new act on Supreme Court was passed on Autumn 2018, without society's objection, with minor changes. We can assume that since January 2018 there was no progression on securing *rule of law* in Poland coming from internal (Polish) entities<sup>11</sup>. One significant exception was the so-called *Reinstatement Law* on 21<sup>st</sup> November 2018. On its basis, the judges previously forced (by the ordinary law) to retire, could be moved back to normal services. It was possible only as a result of the efforts made by the EU Commission and following the proceedings initiated before the ECJ (C-619/18 Commission vs. Poland)<sup>12</sup>. In relation to this judgment, the ECJ adjudicated also on 19<sup>th</sup> of November 2019 (joined cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18) where Polish Supreme Court (Sąd Najwyższy) issued a pre-judiciary question. The

---

<sup>9</sup> *Venice Commission - Rule of law checklist*, CDL-AD (2016)007, 14-18.

<sup>10</sup> European Commission. *A new EU Framework to strengthen the Rule of Law*, COM(2014) 158 final, 4.

<sup>11</sup> GRZELAK, *Odpowiedź Polski na czwarte zalecenie Komisji Europejskiej w sprawie praworządności* [Answer on 4th recommendation of European Commission on the rule of law] in BARCZ - ZAWIDZKA-ŁOJEK (ed.) *Sądowe mechanizmy ochrony praworządności w Polsce w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości*, Warsaw, 2018, 107-136. Whole discussion was maintained with mechanisms of soft law, presenting its drawbacks. More on that: POPLAWSKI, *Role and functions of soft law in public international law. Remarks on the basis of the opinion of the Venice Commission*, *Krytyka Prawa*, n. 3, 2019.

<sup>12</sup> More on whole process: TABOROWSKI-MARCISZ, *The first judgment of the ECJ regarding a breach of the rule of law in Poland?*, <https://verfassungsblog.de/the-first-judgment-of-the-ecj-regarding-a-breach-of-the-rule-of-law-in-poland/> (access on: 3-12-2019).

main issue of the judgment was the consideration on the acceptable level of legal guarantees granted to the Member States by the art. 47 of the EU Charter of Fundamental Rights (discretionary, internal power of the Member States), when there are justified doubts concerning independence and autonomy of certain judicial bodies<sup>13</sup>. The presented level of interference to the autonomy of judiciary power, could be considered a serious threat not only to the proper separation of powers, but a danger for the whole liberal democracy in Poland and for its citizens. Nevertheless, the civil society is still granting a strong voice of support to the ruling party, by assuring to the PiS the power to govern in IX tenure of the Parliament (in principle: years 2019-2023). We shall then ask: do Poles understand the importance of the *rule of law*? And do they see its breaches?

## 2. Rule of law in Poland - an issue between theory and practice

When presenting the Polish standpoint, we need to start the analysis from the beginning. Despite the fact that the “Rechtsstat” and the *rule of law* were well developed in Western Europe and in the Countries of *common law*, for Poland it was kind of *terra incognita*. Before 1989 it was an unknown concept in Poland. In the legal discourse it was presented in its basic assumptions - deriving its initial content from the experiences of German constitutionalism<sup>14</sup>. A fundamental moment for the implementation of the *rule of law* in Poland was the amendment of the Constitution (from December 1989), which can be seen as the initial point of the transforming process. By amending the existing communism Constitution, the new art. 1 par. 1 of the Constitution of 22<sup>nd</sup> July 1952 defines Poland as a “democratic State of law implementing the principles of social justice”. The Mentioned democracy meant to be universal, without any adjectives describing it - and in fact limiting it<sup>15</sup>. In early 1990’s there was an open question what is behind the

---

<sup>13</sup> Judgment of the Court (Grand Chamber) on 19 November 2019, *A.K. vs. Krajowej Radzie Sądownictwa (National Council of Judiciary) and CP; DO vs. Sąd Najwyższy (Supreme Court)*, joined cases: C-585/18, C- C-624/18 and C-625/18) ECLI:EU:C:2019:982.

<sup>14</sup> TULEJA, *Zastane pojęcia państwa prawnego*, in WRONKOWSKA, *Zasada demokratycznego państwa prawnego*, Warsaw, 2006, 70.

<sup>15</sup> SOKOLEWICZ, *Rzeczpospolita Polska - demokratyczne państwo prawne (uwagi na tle ustawy z dnia 29 XII o zmianie Konstytucji)*, in *Państwo i Prawo*, n. 4, 1990, 17-18. It is worth to mention that during the communist period, former Constitution also recognised notion of democracy (art. 7), but as a ”social democracy”, which was pursuant to the needs of uniformal, totalitarian leadership.

words “democratic State of law”, which was considered as combination of “law - abiding” State as well as democratic one. It consisted of two aspects: theoretical and - in some sense - ideological<sup>16</sup>. The Theoretical one was focused on a well know dilemma: the relation of the State and the law (created and exercised). Moreover, the new order had to be based on *rule of law* maintained in a democratic State. Thus, it was about securing democratism on procedural, merits influence of the public opinion on decisions of the Bodies of the State. In this sense countries meant to be “instrumentally” obedient to the society<sup>17</sup>. Ideology results from the need of realizing the principle of social justice. Kind of a split between legality and democratism was obvious and important. However, it was not so obvious if newly established democratic State of law will be basing on tripartition of powers - important for independent judicial power. Early Polish doctrine focusing on the *rule of law*, emphasized it had to be based on limitation of powers of each other, where legislative or executive bodies had to abide - with its own initiative - limits of competences. Polish *rule of law* - in its initial process - wanted to create situation, when State passing and exercising rights is considering and protecting dignity or other fair rights and freedoms of individuals<sup>18</sup>. It was also stated that *rule of law* was about political declaration of creating “legal norms of certain standards” as well as creating situation, where State actions could be “judged from the concept of the rule of law”<sup>19</sup>.

As it follows, the whole process was also about a sociological change. Since that moment, whole system of exercising powers or competences, had to be strictly legal. What is more, civil society though needed to be aware of their special position as the Sovereign power and concrete legal tools it was given. The judiciary power played a crucial role in the early process of transition. It is strictly connected with judicial activity in interpretation the clause of the *rule of law* until new Constitution was established. It seemed problematic, when works on the content of the Constitution on 2<sup>nd</sup> of April 1997 was prolonging. At the same time there was an urgent need of creating a new, modern axiology, able to bring Poland - even if slowly - closer to the legal standards of the Western Democracies. This role started to be fulfilled by the Polish Constitutional

---

<sup>16</sup> WRÓBLEWSKI, *Z zagadnień pojęcia i ideologii demokratycznego państwa prawnego (analiza teoretyczna)*, in *Państwo i Prawo*, n. 3, 1990, 12.

<sup>17</sup> WRÓBLEWSKI, *supra note 12*, 13.

<sup>18</sup> SOKOLEWICZ, *Rzeczpospolita Polska - demokratyczne państwo prawne...*, p. 25.

<sup>19</sup> JASKIERNIA, *Problem adekwatności konstytucjonalizacji państwa prawnego w kategoriach odzwierciedlenia rzeczywistości ustrojowej*, in SKOTNICKI, *Demokratyczne państwo prawne w teorii i praktyce w państwach Europy Środkowej i Wschodniej*, Łódź 2010, 33.

Tribunal, which then started to base its rulings mainly on the principle of the *rule of law*. The whole process was based on assumption, that *rule of law* is a condensation of other more specific principles. Works of the CT initially focused on: setting constitutional framework for proper law making or developing principles of fair and decent legislation. All under the main goal: protecting proper procedures impinging on citizen's confidence in the State apparatus<sup>20</sup>. However, it did not only refer to the general aspect of constitutional law, because it sometimes had a certain, individual dimension - by being created a source of individual rights and freedoms not explicitly mentioned in the Constitution. As it was presented, it mainly concerned the guarantees of the judicial branch, but also: dignity of man, right to protection of life, right to privacy<sup>21</sup>. Important for early judgments was also the financial situation of the State and the conditions of the economical transitions. In its concept *rule of law* was about to establish minimum of new, modern democracy. It has soon turned out that criteria worked out in described period, became a corner stone of further development. It is also worth stressing out the third dimension of "democratic transition", which focused on the legal changes referring to issues of economy and free market<sup>22</sup>.

The complexity of political circumstances (especially pending process of the European *integration through law*) forced Poland to undertake certain actions. The actions needed to be taken urgently. Until 1997, there has been an intense judicial activism. The Years 1989 - 1997 are even called times of "judicial made Constitution", where creative interpretation of the Constitution went rather far<sup>23</sup>. On the other hand, it made foundations for the whole system. It played a crucial role in the creation of the new Constitution. Works were maintained in parallel to the exercising the *rule of law* principle by the CT. Fundamental principles of new Constitution were already interpreted by the CT and only needed to be implemented into legal text. The source of such interpretation was the *rule of law*. Polish constitutionalism was then prepared for further changes, specifically concerning the democratization and the internationalization of the Polish legal system. This mainly occurred through the implementation of the *rule of law* and thanks to the efforts of the Polish Constitutional Tribunal. Later - after the

---

<sup>20</sup> GARLICKI, *Constitutional Law*, in FRANKOWSKI (ed.), *Introduction to Polish Law*, Cracow 2005, 7-8.

<sup>21</sup> Ibid. Concrete provisions resulting from described principle will be presented further.

<sup>22</sup> WYRZYKOWSKI, *Legislacja - demokratyczne państwo prawa - radykalne reformy polityczne i gospodarcze*, SUCHOCKA (ed.), *Tworzenie prawa w demokratycznym państwie prawnym*, 44.

<sup>23</sup> See: GARLICKI, *Constitutional Court of Poland: 1982-2009*, in PASQUINO - BILLI (ed.), *The political origins of Constitutional Courts*, Roma 2009, 25-26.

enactment of the new Basic Law - the process of European integration on the basis of the new Constitution began. Obviously, the entry into the European Union had an influence on the understanding of the - relatively still new - principle of the *rule of law*. That is why the final remarks on the described aspect shall be found in modern descriptions. Relatively modern analysis is focused on the material and formal aspects of principles of law in the process of exercising the *rule of law*. Presenting it shortly, material aspect focuses on the content of the principle, defines rights or competitions, is concerned about individuals. Formal aspect concerns issues related to the process of creation of the law or other guarantees different from the content of the principle. Is about to limit competences of the State and creates form of correct governing<sup>24</sup>. On that basis it is emphasized that in Polish system, *rule of law* played mainly - but not only - formal aspect. As it will be presented it mainly focuses on methods of right government, passing and exercising law. Material aspect- if occurs - is usually connected with a formal dimension (i.e. principle of certainty of law reflecting on the situation of individuals, but concerning requirements of correct legislation - more presented in below passage). It is sometimes stressed out that Polish *rule of law* is filled with axiology, which in fact make it far from initial (continental) meaning of *rule of law*<sup>25</sup>. Then it shall be admitted that the concrete provision of *rule of law* in Poland is a combination of the above presented *rule of law* (in a “common law” sense) and of the “State governed by law” (similar to German *Rechtsstaat* and its assumptions). In some sense, it presents the objective attitude of the State ruled by certain and predictable provisions, but it still maintains an individual *pedigree* focused on the individuals and on their rights. It even results from the provision of art. 2 of the Constitution, which (since the moment of democratic transition) presents Poland as a democratic State- implementing principles of social justice. In general, *rule of law* can be perceived as a guarantee of the proper evolution of the political regime, being itself “axiomatically tied” with principles of: democracy, freedom, dignity etc. Hence, we can cite *T. Carothers* pointing that “one cannot get through a foreign policy debate these days without someone proposing the rule of law as a solution to the world’s troubles”<sup>26</sup>. Thus, a proper

---

<sup>24</sup> KORDELA, *Formalna interpretacja klauzuli demokratycznego państwa prawnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, in WRONKOWSKA, *Zasada demokratycznego państwa prawnego*, cit., 142.

<sup>25</sup> KORDELA, *Formalne państwo prawne*, in ALEKSANDROWICZ, A. JAMRÓZ, L. JAMRÓZ (ed.), *Demokratyczne państwo prawa. Zagadnienia wybrane*, Białystok 2014, 92.

<sup>26</sup> Following: JANSE, *A turn to legal pluralism in Rule of Law promotion?*, in *Erasmus Law Review*, n. 3, 2013, 182-183.

understanding of the *rule of law* (especially during transition period) forces the researchers to consider it as a multi-dimensional phenomenon, which concerns not only legal but also political and economical factors.

Here it is worth to point out the main principles, which was derived from the *rule of law*. It shall be stressed out that primary role, in the proper interpretation of the *rule of law*, was played by the judiciary.<sup>27</sup> *Rule of law* shall be then considered as combination of values, which are implemented and expressed in the content of the Constitution<sup>28</sup>.

As it follows, one of the fundamental is the principle of the citizens' confidence in the State - reduced to the mutual relation between State and citizens. It is based on the assumption that State has to preserve legitimate interests of the citizens' - remembering that they are organizing their "everyday" activities within created norms, which though need to be certain and predictable. Sometimes it is connected with the concept of the Latin maxim *pacta sunt servanda* and it corresponds to the idea of the Constitution as social contract. Following that, CT interpreted from the *rule of law* well known concepts of the "principle of non retroactivity of law" (*lex retro non agit*). In general, it forbids to exercise laws to the past situation and protects the "principle of security of vested rights". The "vested rights" shall be then understood as rights, which were correctly acquired and - on that basis - cannot be withdrawn or interfered<sup>29</sup>. It is worth mentioning that the above mentioned principle secures only fairly acquired laws<sup>30</sup>. The Constitutional Tribunal enlarged the above criteria also to a situation in which the State should secure "interests in progress"<sup>31</sup>. It also affirmed the prohibition for the legislator "to create normative constructions, which are unfeasible, constitute the illusion of the law and its security aspect"

---

<sup>27</sup> BIERNAT, *Zasada "the rule of law"*, in ALEKSANDROWICZ - A. JAMRÓZ - L. JAMRÓZ (ed.), *Demokratyczne państwo prawa. Zagadnienia wybrane*, cit., 27.

<sup>28</sup> Judgment of the Constitutional Tribunal of Poland of 25th of November 1997, *K 26/97*, OTK ZU nr 5 - 6, pos. 64, pp. 22. In presented judgment CT confirmed earlier (pre-Constitutional) judgments on the *rule of law* as still actual

<sup>29</sup> In English, it is precisely presented in: BRZEZIŃSKI, GARLICKI, *Judicial Review in Post Communist Poland: The Emergence of a Rechtsstaat*, J. Int'l L. no 13, 1995, 36-40.

<sup>30</sup> Judgment of the Constitutional Tribunal of Poland of 24th of February 2010, *K 6/09* (Dz. U. on 10th of March 2010, nr 36, pos. 204), pp. 553. CT emphasized "According to the settled position of the Constitutional Tribunal, the principle the protection of acquired rights does not apply to rights acquired unduly or illegally, as well as rights without support in the assumptions in force on the date of adjudication of the constitutional order ". There is also significant difference in interpretation of this principle in matters on Social Protection System.

<sup>31</sup> Judgment of the Constitutional Tribunal of Poland of 2nd of March 1993, *K 9/92*, OTK ZU 1993, n. 1, pos. 6.

<sup>32</sup>. In other words, it can be called a principle banning creation of illusory entitlements. Crucial for this principle is trust in existing law, which is based on the assumption that the State creates law in a predictable manner and that it is not willing to act surprisingly for the citizens. In some sense, it leads to the principle of certainty of law. The Presented principle does not have absolute character and basically it is analyzed under following conditions: 1) whether the basis for the introduced restrictions are other norms, constitutional principles or values, 2) whether there is a possibility of implementing a given norm, principle or constitutional value without violating already acquired rights, 3) whether constitutional values for which the legislator limits acquired rights, in a given specific situation, can be granted priority among values being fundamental for vested rights, 4) whether the legislator has taken the necessary measures to ensure the individual's conditions to adapt to the new regulation<sup>33</sup>. The principle of sufficient definition of law cannot be omitted neither. It corresponds to the rules of correct creation of legal text. It was explicitly mentioned, that legislator should use clear and precise formulas in the process of "law - making". Despite the fact law should be interpreted in certain circumstances that accompany the regulation being taken [...] "it is the legislator's duty to create legal provisions that are as specific as possible in a given case, both in terms of their content and form"<sup>34</sup>. In order to ensure a correct legislative process, it is necessary to guarantee the application of the principle of appropriate *vacatio legis*, that is to say to guarantee a certain period of time between the moment in which the law is passed and when it comes into force<sup>35</sup>. The principle of the *rule of law* also concerns a precise, hierarchical structure of the sources of law. Thus, the next principle resulting from that is the one of banning those normative acts which are in contrast with acts of higher level and order to act within limits of the competences established by law<sup>36</sup>. Moreover, another important one is also the principle of proportionality. In this sense, it cannot be confused with the principle of proportionality from art 31 p. 3 of the Constitution. Principle of

---

<sup>32</sup> Judgment of the Constitutional Tribunal of Poland of 19th of December 2002, *K 33/02*, OTK ZU 7A/2002, pos. 97, 155.

<sup>33</sup> See: Judgments of the Constitutional Tribunal of Poland of 11th of February 1992, *K 14/91*, OTK 1992, no 1, pos. 7, Judgments of the Constitutional Tribunal of Poland of 14th of July 2003, *SK 42/01*, OTK-A 2003, n. 6, pos. 63).

<sup>34</sup> Judgment of the Constitutional Tribunal of Poland of 28th of October 2009, *Kp 3/09*, OTK ZU 9A/2009, pos. 138), p. 6.2 and next passage.

<sup>35</sup> F.e in judgments of CT on: 15th of December 1997, *K 13/9* (Dz. U. on 23rd of December 1997, n. 157, pos. 1039), 28.

<sup>36</sup> BANASZAK, *Art. 2. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warsaw, 2012, 17-57.

proportionality, in a way it results from the CT judgments exercising the *rule of law*, shall be interpreted individually. Hence, it is about setting limits and standards of State's actions, which are found- or quite the opposite not found - legitimate and appropriate. The way that Polish CT understood this principle, shows significant similarities with European standards on that issue<sup>37</sup>.

In Poland, those principles result directly from the principle of the *rule of law*. However, there are still more examples of its influence on the process of passing and exercising laws in the Country. Firstly, they relate to the certainty of tax law in Poland, which - shortly speaking - bans the possibility of changing tax law during the "tax year". In some sense it is a continuation of the principles mentioned earlier (especially: certainty of law or proper *vacatio legis*). A State governed by the *rule of law* has to be ruled with ordinary laws, which is also connected with other, more general: principle of law - abidingness and principle of procedural justice. First of presented, bases on material and formal aspect of law and refers to the well - known fact law should be realized - not only - by formal interpretation of legal text, but also pursuant to values it emphasize. Second, refers to the right of fair procedure, both judicial as well as administrative. Some authors stresses also the principle banning "excessive" formalism of procedures of law. Basically, each State has the right to organize - even complicated - formal procedures, but they cannot be found more important than "core" of justice or legality.

### 3. Backsliding, breakdown or unfinished lesson on the *rule of law*?

The above-mentioned fragment emphasize the practical dimension of the *rule of law*, presenting that its foundations were well developed by domestic judiciary. Seeking for the reason of entitled "breakdown or lesson to repeat", we need to point, that it is acceptable to develop different interpretation between domestic and external constructions on the *rule of law*<sup>38</sup>. Having presented the European and Polish perspectives on the *rule of law*, it is noticeable, they refer to the same standards - focusing mainly on the formal aspect. However, issue begin when there is a political will to breach the well-established foundations of the *rule of law*<sup>39</sup>. The EU does not dispose of

---

<sup>37</sup> BANASZAK, *op. cit.*, 17-57.

<sup>38</sup> COCCHI, *Strengthening the rule of law: Sketching a comparison between the domestic and external constructions of an EU foundational principles*, in *Ianus*, nn. 15-16, 2017, 215.

<sup>39</sup> See: BONELLI, *Carrots, Sticks, and the rule of law. EU political conditionality before and after accession*, in *Ianus*, nn. 15-16, 2017, 171-200.

effective tools to prevent Member States from such actions. Only one thing certain are the common European values established i.e. in the preamble, art. 2, art. 19 or 21 of TEU. Thus we are witnessing progressing process of exercising and “making more operative” values fundamental for the EU. Example of such attitude is the judgment C-64/16<sup>40</sup>. Polish doctrine of law is also getting more and more concerned on other cases, among which we determine: C-216/18 (*Celmer*)<sup>41</sup> and C-404/15 (*Aranyosi*)<sup>42</sup>. Presenting it shortly, both these judgments focus on the procedural guarantees of fair trial in cases of individual and on the criteria established in order to make a proper evaluation on the independence of the judiciary power. Further considerations were extended in recent judgment C-619/18 (*European Commission vs. Republic of Poland*)<sup>43</sup>. In the presented judgment, the European Court of Justice pointed out the importance of the *rule of law* as a fundamental value of the EU. It also emphasized its influence on the mutual trust between Member States and the way in which “autonomy of the legal order are preserved” by consistency and uniformity in the interpretation of EU law. On that basis, the most important was making a clear reasoning in which circumstances Member States cannot use argument, that organization of justice in the Member States falls within the competence of those Member States<sup>44</sup>. Thus main requirement is providing sufficient remedies ensuring effective legal (judicial) protection. As it was presented, judgment C-619/18 relates to a series of other cases (here: judgment on joined cases C- 624/18 and 625/18). There, the main reasoning of the ECJ was that in several situations -which considered separately would be legal, but interpreted jointly would present serious breach of the principle of independency and autonomy of judiciary branch - EU law shall be granted priority and applied directly, even if it refers to the organization of internal issues. The competence to

---

<sup>40</sup> Judgment of the EU Court of Justice (Grand Chamber) of 27 February 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses v Tribunal de Contas*, case C-64/16, ECLI:EU:C:2018:142, 30-34. In its content ECJ stated that art. 19 TEU is a substantiation of art. 2 TEU in a scope in which it emphasizes *rule of law* as a fundamental principle of the EU.

<sup>41</sup> Judgment of the EU Court of Justice (Grand Chamber) of 25 July 2018, *Execution of European arrest warrants issued against LM*, case C-216/18, ECLI:EU:C:2018:328, 35-36.

<sup>42</sup> Judgment of the Court (Grand Chamber) of 5 April 2016, *arrest warrants issued in respect of Pál Aranyosi (C-404/15), Robert Căldăraru (C-659/15 PPU)*, ECLI:EU:C:2016:211.

<sup>43</sup> Judgment of the Court (Grand Chamber) of 24 June 2019, *European Commission vs. Republic of Poland*, case C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, pp. 42-50. From practical point of view it is worth to mention that in presented judgment ECJ maintained previous interpretation connecting art. 2 and 19 TEU - as in judgment *Associação Sindical dos Juizes Portugueses v Tribunal de Contas*.

<sup>44</sup> *Ibid.*, 52.

decide whether certain judicial bodies are independent or not shall be granted to the Court, which issued a pre-judiciary question (here: Polish Supreme Court)<sup>45</sup>.

However, systematic changes concerning the principle of the *rule of law*, which lasts more than 4 years, must be conceived also as a sociological phenomenon. Exercising common values demands at least a similar way of understanding them by the societies of the EU countries - somehow depending on it<sup>46</sup>. At the same time, the scope and range of the issue forces to consider it as a systematic and progressive process rather than an episode. Even if there is at present no formal definitions of this phenomenon, some scholars name it as *rule of law - or even democratic - backsliding*. It is thought to be “the process through which elected public authorities deliberately implement governmental blueprints which aim to systematically weaken, annihilate or capture internal checks on power with the view of dismantling the liberal democratic State and entrenching the long-term rule of the dominant party”<sup>47</sup>. There are also attempts to find another definition. *T. T. Koncewicz*, one of the main researchers on that issue in Poland, used to call it “politics of resentment”, which consists in a attack to the *rule of law* and to the separation of powers<sup>48</sup>. Judge *M. Zubik*, in describing constitutional crisis from the insight of CT, formulated the notion of “social sin” against the Basic Law. This concept assumes it as “act of individual violating sphere of duties referring to common good (commonwealth) of the society”<sup>49</sup>. Considering the

---

<sup>45</sup> See: supra note 14, pp. 131-146. Concrete issue of the case focused upon legal competence of the Extraordinary Chamber of the Polish Supreme Court to decide on retirement of the Supreme Court judges. Court issuing a pre-judiciary question presented doubts concerning legality of the Extraordinary Chamber by presenting faults in the procedure of its appointment. ECJ did not found its competence to decide on that issue directly, however found postponed case justified and relevant. On that basis, ECJ has presented a criteria, which Supreme Court should take into consideration during the process of adjudication of presented case.

<sup>46</sup> Partially on that: VON BOGDANDY, *Common Principles for a plurality of orders. A study on Public Authority in the European Legal Area*, Jean Monet Working Papers, n. 16, 2014, 19-20.

<sup>47</sup> SCHEPPELE, PECH, *What is rule of law backsliding?*, <https://verfassungsblog.de/what-is-rule-of-law-backsliding/> (access on: 23-7-2019). According Poland issues: KONCEWICZ, *The Democratic Backsliding and the European constitutional design in error. When will HOW meet WHY?*, <https://verfassungsblog.de/the-democratic-backsliding-and-the-european-constitutional-design-in-error-when-how-meets-why/> (access on: 23-7-2019).

<sup>48</sup> KONCEWICZ, *Uncostitutional capture and constitutional recapture. On the rule of law, separation of powers and judicial promises*, Jean Monet Working Papers, 3/2017, p. 4-14. Author interestingly presents the notion rather as a social phenomenon of populist politics encroaching liberal democracy and its foundations.

<sup>49</sup> ZUBIK, *O grzechach społecznych przeciwko ustawie zasadniczej*, in *Państwo i Prawo*, n. 1, 2018, 4-5.

whole thing from another perspective, the Polish doctrine sometimes names this process as a special kind of *judicialization of politics*<sup>50</sup>.

On that basis, the Polish aspect of the *rule of law* shall be actualized. From the formal point of view, the *rule of law* establishes a catalogue of procedural guarantees, which does not deprive it from a strong, axiological dimension. It concerns a certain vision of the State and Nation - their relation and mutual duties. The exact content of the art. 2 of the Constitution of Poland describes "a democratic State governed by law implementing principles of social justice". Thus, the Polish version of the *rule of law* is both dimensional - formal ("democratic State governed by law) and axiological, but also legally relevant ("implementing principle of social justice"). However, there are also opinions in Poland stating that social aspect of the *rule of law* was underestimated. The procedural aspect of this principle, which was mainly developed during analyzed period, was then found as a kind of "technocratic tool".<sup>51</sup> Focusing mainly on formal aspect of legality i.e. separation of powers, systematic "check and balances", somehow it lost its social *attitude*. However, when it did consider material aspect of the *rule of law* - like in the case of termination of the pregnancy on social matters - CT was criticized of lack of strictly legal argumentation, basing mainly on the axiological foundations of the ruling<sup>52</sup>. It emphasized well the known assumption of the so-called democratic paradox stating: more rights to be exercised equals less democracy given to the society. As it is sometimes formulated that the *rule of law* and the democracy - unlike European standards - refer to different ways of understanding the political powers<sup>53</sup>. It is the fact that Polish CT was able to find concrete provisions contrary to the Constitution only on the basis of the mentioned "principle of social justice", but only when it is obvious and

---

<sup>50</sup> BIEŃ-KACAŁA, DRINOCZI, *Illiberal constitutionalism in Hungary and Poland: The case of judicialization of politics*, in BIEŃ-KACAŁA - CSINK - MILEJ - SEROWANIEC (ed.), *Liberal constitutionalism - between individual and collective interests*, 88-108. Authors stated that situation faced in Poland does not fulfill the requirements of the notion of *abusive constitutionalism* as well as pure *political constitutionalism*. *Judicialisation* though is focusing on a preserving political regime by the law, which is positioning judges as a servants of executive bodies.

<sup>51</sup> CZARNOTA, *Populist constitutionalism or new constitutionalism?*, in *Krytyka Prawa*, n. 1, 2019, 3-16.

<sup>52</sup> PIETRZYKOWSKI, *Trybunał Konstytucyjny na straży rządów prawa w systemie trójpodziału władzy*, in SZMYT - PIOTROWSKI (ed.) *Trybunał Konstytucyjny na straży wartości konstytucyjnych 1986-2016*, Warsaw 2016, 109-119.

<sup>53</sup> SAWICKA, *Does a democratic rule of law Create Opportunity for Civic Engagement*, in *Krytyka Prawa*, n. 1, 2019, 4.

only, when it includes other, detailed principles of Polish Constitution<sup>54</sup>. Such assumption was made cautiously as it had to include a significant discretion of the legislator in creating social policies<sup>55</sup>.

On the other hand, each law is exercised on certain aim<sup>56</sup>. Ruling party found such aim. It was well known - both internationally and domestically (in Poland) - lack of democratic legitimacy of Constitutional Tribunal and judges representing it<sup>57</sup>. Even *H. Kelsen*, the creator of the concept of the process of constitutional analysis done by the judiciary bodies, have seen the risk of the “political dimension” of such process. That is why CT is sometimes defined as “negative legislator”. The main aspect though was about creating the conviction that all the changes issued by “PiS” (Law and Justice) party, are not breaching the *rule of law*, but simply implementing changes in the composition of the Constitutional Tribunal. The whole issue never stemmed beyond certainty of procedures and proper separation between powers. Moreover, the PiS party maintained narrative in which, they found bodies emerging from public elections as the only legitimate. Hence it was difficult to expect that young, post-communism society will possess an appropriate “cognitive apparatus”, able to defend liberal democracy and to identify a systematic threat to the principle of legality. Despite the fact that the European bodies mainly consider the *rule of law* principle in its formal aspect, doctrine of law (especially in Poland) shall maintain broadened and extensive interpretations. Already presented, *rule of law* as a pure notion, can be interpreted in its formal and material aspect. Political system transition, which occurred in Poland, also presents that *rule of law* is also built on strictly political, economic and social factors. Having presented legal and political (and partially economical) aspects, we need to emphasize also the social aspect. It is based on a simple assumption: the breaching of the foundations of the *rule of law* in Poland consists in an interference with the autonomy of judiciary power. If we assume, the whole process was ignited by the bodies of legislative and executive powers, which presents itself representant of the will

---

<sup>54</sup> Judgments of the Constitutional Tribunal of Poland of 25th of February 1997, *K 21/95*, OTK 1997, n. 1, pos. 7.

<sup>55</sup> Compare: Judgments of the Constitutional Tribunal of Poland of 22nd of June 1999, *K 5/99*, OTK 1999, n. 5, pos. 100.

<sup>56</sup> See: VON DER PFORDTEN, *On the foundations on the Rule of Law and the principle of the Legal State*, in SILKENAT–HICKEY - BARENBOIM (ed.), *The legal doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, 2014, Switzerland, 15-30.

<sup>57</sup> Interesting on that issue from Italian perspective: FLICK, *50 lat Włoskiego Sądu Konstytucyjnego*, in *Przegląd Sejmowy*, n. 6, 2007, 61-62. In Poland see f.e. MAŁAJNY, *Legitymacja sądownictwa konstytucyjnego*, in *Państwo i Prawo*, n. 10, 2015, 5-22.

of the Nation thus only the Nation (or other words polish society) can modify this process<sup>58</sup>.

To remedy to the capture of the Constitutional Tribunal, a possibility could be the direct application of the Constitutional provisions, even by the ordinary Courts. Thus they could have competence to interpret and exercise the Constitution independently from the CT. On the basis of art. 8 of the Constitution “provisions of the Constitution shall apply directly, unless the Constitution provides otherwise”. That makes the Constitution a fully enforceable act, which can be limited only by constitutional procedures. Procedurally possible direct application of constitutional norms was considered cautiously by the doctrine<sup>59</sup>. At the same time, Courts sustained a vague discussion, which did not bring to a clear conclusion on that matter. It was even stated that “Constitution is not directly applicable law”<sup>60</sup>. Earlier, the Supreme Court of Poland excluded the possibility of implementing the “interpretative clauses” of the Constitutional Tribunal in Supreme Court’s judgments<sup>61</sup>. Hence, it forced to ask justified question whether ordinary Courts ever wanted to use Constitution directly and - as a result - it withdraw some of the unique competences of Constitutional Court. The existing *judicial review (dialogue)* remained insufficient and time given to that - completely lost<sup>62</sup>. The first and foremost factor, which could be exercised during the times of “special necessity”, was not effective enough. Polish jurisprudence shall have that issue developed long before the risk of “constitutional crisis”. We have seen Polish Constitutional Tribunal as part of the “community of courts” and focused on improving legal standards of jurisdiction - bringing closer

---

<sup>58</sup> More on the specific of the legitimacy of legal changes and relations between powers: BIEŃ-KACAŁA, DRINOCZI, , *Illiberal constitutionalism in Hungary and Poland: The case of judicialization of politics*, cit., 73-108.

<sup>59</sup> What drives attention is increasing number of recent analysis on that issue f.e. MATCZAK, *Imperium tekstu: prawo jako postulowanie i urzeczywistnianie świata możliwego*, Warsaw, 2019, KORYCKA-ZIRK, *Filozoficznoprawny wymiar kontroli konstytucyjności*, Toruń, 2017.

<sup>60</sup> See: Judgment of Supreme Court of Poland on 13th of April 2015, *SNO 13/15*, Legalis.

<sup>61</sup> Resolution of the 7 judges of Supreme Court of Poland on 17<sup>th</sup> of December 2009, *III PZP 2/09*, available on: [http://www.sn.pl/orzecznictwo/SitePages/Baza\\_orzeczen.aspx?Sygnatura=III%20PZP%202/09](http://www.sn.pl/orzecznictwo/SitePages/Baza_orzeczen.aspx?Sygnatura=III%20PZP%202/09) (access on: 22-7-2019). Presented judgment was granted a role of universal, legal principle. It shall be stated that Supreme Court of Poland emphasized respect for CT judgments, but - in parallel - it refused to implement “interpretative clauses” which were not expressed directly in the sentence of CT judgements. It had certain, negative influence on the possibility of resumption of the proceedings - also in cases of individuals.

<sup>62</sup> On social aspect of legal transformation see: ŁĘTOWSKA, *Prawo i poezja*, in *Monitor Prawniczy*, n. 16, 2017, 878-882.

Western Standards. Partially abandoning the obvious regularity of the more important relation *judges to society*, rather than *judges to judges*<sup>63</sup>.

Sociological research on “emotions and political engagement towards the EU” shows that Poles still present a mostly positive attitude towards the EU. Each of the result concerning Poland, were above average EU result - including strong conviction, that “what brings European citizens together is more important than what separates them”<sup>64</sup>. Studies on the common European identity presents other interesting conclusions. Undoubtedly, the main factors creating it were the “values of democracy and freedom”<sup>65</sup>. Obviously, the *rule of law* shall be classified as one of the fundamental among the mentioned values. National and European identity - in the scope of the survey - can exist next to each other. National identity though does not exclude European, common identity. On that basis, it is explicitly paradoxical to present positive attitude towards EU and its institutions, with maintaining consent for breaching values fundamental for the common identity. Hence as long as the multi - dimensional *rule of law* would be considered by the Polish society only in its political aspect, despite the fact of its legal relevance - a “lesson” mentioned in the title would be unfinished. Thus it would be justified to state a question on importance of maintaining further analysis on the social aspect of the law - particularly in post-communist countries of Central and Eastern Europe<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> Compare with: KONCEWICZ, *The European Comity of Circumspect Constitutional Courts. Searching for Constitutional Reason, Relevance and Voice*, Warsaw, 2015, 56.

<sup>64</sup> *Flash Eurobarometer. Emotions and political engagement towards the EU. Report on 25th of April 2019*, available on: <https://www.europarl.europa.eu/at-your-service/en/be-heard/eurobarometer/emotions-and-political-engagement-towards-the-eu> (access on 3-12-2019). Report was made on the basis of the survey made on group of 25 258 EU citizens (in their mother tongues). Poles as their first insight on EU pointed hope (about 30% of examined people). Then Poles mentioned doubts (slightly less than 30%) and hope (29%). Positive insights were above the EU average - by 2-3%, whereas doubts were 3% below the EU average. Answering question on the importance of the unity of the EU, vast majority of Poles gave positive answers (36% totally agreed, whereas 49% tend to agree).

<sup>65</sup> NANCY, *Major Changes in European public opinion regarding the European Union. Exploratory study*. November 2016, “European Parliament Research Service”, European Union, 2016, p. 42. Stated question concerned the most important elements making up European Identity. Precisely 50% of surveyed EU citizens answered, that values of democracy and freedom are the most important to common identity. Further answers were: single currency (33%), culture (32%), history (28%). Access available: <https://www.europarl.europa.eu/at-your-service/files/be-heard/eurobarometer/2016/major-changes-in-european-public-opinion-2016/report/en-report-exploratory-study-201611.pdf> (access on: 3-12-2019)

<sup>66</sup> Especially, while CT refused to use broad interpretation of the *rule of law* in cases of individuals. Here I refer to “constitutional complaint” from art 79 of the Constitution as

#### 4. Conclusions

Answering to the question stated in the title, there is no point in repeating democratization process, which went well. Obviously, it does not mean accepting changes and breaches to the *rule of law*. Thus, we shall try to find a correct definition for the current situation. All of the theoretical concepts, capturing recent situation and presented above, are correct and somehow connected to each other. The politic of resentments started a process of common doubts in the European principles and values and - as it is correctly pointed - replaced “these founding principles with zero-sum politics a vision of *us vs. them*”<sup>67</sup>. That ignited process of the “*rule of law* backsliding” has been consequently maintained by the ruling party. But it could not have happened, without - even silent - society’s consent<sup>68</sup>. Seeking for the purposes of mentioned “breakdown”, we shall indicate a kind of *particularity of values* - present in young, post communism societies. Poland still has the will to secure common European values. The way in which they are understood is other relevant aspect. On that basis, there are more and more opinions of creation of non-liberal democracies or even populist oriented democracies. The Polish example shows that the process of breaching the rule of law was

---

subsequent constitutional control. On its basis “everyone whose constitutional freedoms or rights have been infringed, shall have the right to appeal to the Constitutional Tribunal for its judgment on the conformity to the Constitution of a law or another normative act upon which basis a court or organ of public administration has made a final decision on his freedoms or rights or on his obligations specified in the Constitution”. Such formula emphasized “narrow understanding” of *actio popularis*. In parallel CT created rigorous procedural requirements of issuing such complaint. It could not be issued by individual only on the basis of breach of art. 2 of the Constitution - provision on the *rule of law* in Poland. For its procedural correctness, claiming party shall present certain principles presented explicitly in the content of the Constitution (different than art. 2) or at least present its connection to the *rule of law*. Constitutional Complaint basing only on the *rule of law* were dismissed. From one perspective, CT was aware of vast catalogue of principles, which were interpreted derivative from the *rule of law*, unlikely other constitutional principles naming them directly. Maintaining such situation was quite dangerous from the scope of correct legislative interpretation, which sometimes could lead to incorrect conclusions. On the other hand during later years there were no proper remarks on that issue - especially considering “relaxed interpretation” in cases of individuals. On that matter see: KUSTRA, *Model skargi konstytucyjnej jako czynnik kształtujący orzecznictwo sądów konstytucyjnych w sprawiach związane z członkostwem w Unii Europejskiej*, in *Państwo i Prawo*, n. 3, 2015, 37-40; BAŁABAN, *Granice interpretacji zasady demokratycznego państwa prawa*, *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny*, n. 1, 2018, 56. Author ascertained even, the CT weakened the rule of law in Poland being its main defender.

<sup>67</sup> KONCEWICZ, *supra* note 34, 15-16.

<sup>68</sup> It is easier to formulate such conclusions after third consecutive elections won by governing party „Prawo i Sprawiedliwość” (Law and Justice).

related with implementation of a big social program resulting with financial transfer to the society (families with children). It cannot be omitted that in 2014 - when whole process began - Poland was considered as a Country providing a “low level on expenses on social security and reduction of inequalities”<sup>69</sup>.

On that basis, we can assume that the *rule of law* breakdown was unexpected - especially if we consider the range and the structure of the interference. However, the Polish system was not prepared for its occurrence. The axiological part of the *rule of law* turned out to be insufficiently exercised and in some sense it shall be reconsidered and brought closer to the society. Restoring the formal aspect of the *rule of law* shall be a matter of professional bodies - pursuant to the principles of mutual trust or of loyal cooperation between EU and Member States. On the other hand, it will become effective only if the Polish society will understand the relevance of the *rule of law* and it will finally consider this principle as foundation of the common European heritage.

---

<sup>69</sup> ZGLICZYŃSKI, *Polityka społeczna w państwach UE - wydatki i rozwiązania modelowe*, Biuro Analiz Sejmowych, n. 10(233), 2017, available on: <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/publikacjaBAS.xsp?documentId=1F477741D5BACEFDC12581980041F5DA&lang=PL> (access on: 24-7-2019)

## THE DEMOCRATIZATION PROCESS IN TURKEY<sup>°</sup>

**Sevgi Doğan**

*Assegnista di ricerca,  
Scuola superiore Sant'Anna di Pisa*

*In questo articolo mi soffermerò sugli ostacoli al processo di democratizzazione nella Turchia contemporanea, un processo iniziato con l'istituzione della Repubblica di Turchia, ma mai completato. L'ideologia kemalista è uno di questi ostacoli. Il kemalismo si basa sul secolarismo, sul nazionalismo, sul populismo, sul riformismo, sullo statismo e sul repubblicanesimo, tutti valori presenti nel programma del partito del 1931. Come ideologia, da un lato sostiene valori liberali come la libertà dell'individuo, i diritti umani e il diritto democratico dei cittadini; d'altra parte, insiste ancora sul fatto che la Turchia ha solo un'identità etnica, quella turca. Un altro ostacolo è la debolezza delle organizzazioni non governative, ovvero la debolezza della società civile. In particolare, negli ultimi anni il governo ha limitato l'azione di queste organizzazioni, danneggiando l'ambiente democratico e comportando una concentrazione del potere. Proverò a discutere di come questi due ostacoli mettano in pericolo la democrazia mediante un'analisi del concetto stesso di democrazia.*

*In this paper, I would like to concentrate on the obstacles to the democratization process in contemporary Turkey. Democratization began with the establishment of Republic of Turkey but it has never been properly and in the strict sense completed. My question is what these obstacles are; the Kemalist ideology is one of these obstacles, which is considered a secular, nationalist and modern movement in collaboration with western values, and which takes its name from the founder of the Republic of Turkey: Mustafa Kemal Atatürk. Kemalism<sup>1</sup> is based on secularism, nationalism, populism (halkçılık), reformism (or revolutionism), Statism/State control (devletçilik/etatism), and republicanism which all featured in the party<sup>2</sup> program of 1931. As an ideology, on the one hand it advocates liberal values such as freedom of the individual, human rights, and the democratic right of citizens; on the other hand, it still insists on the fact that Turkey has just one ethnic identity which is Turkish. This approach leads this ideology to limit itself with a nationalist and secular idea excluding other ethnic groups. Another obstacle is the weakness of non-governmental organizations, that is the weakness of civil society. In particular, the closure of institutions within civil society by the authority of the current government has damaged the environment in which the democracy can be improved and discussed. This situation causes power to be centralized/gathered in one hand, which has created an authoritarian and dangerous system for democracy like a presidential system. I will try to discuss how these two obstacles endanger democracy by means of an analysis of the concept of democracy.*

---

<sup>°</sup> Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

<sup>1</sup> “[...] Kemalism-an ideology which grew out of the Turkish war of independence and which was further developed during the Atatürk reform period.” KILI, *Kemalism in Contemporary Turkey*, in *International Political Science Review / Revue internationale de science politique*, vol. 1, no. 3, *Political Ideology: Its Impact on Contemporary Political Transformations*, 1980, 382.

<sup>2</sup> CHP (Cumhuriyet Halk Partisi/ The Republican People's Party). Turkey was governed by one party until 1946 when it entered a multi-party era.

**Summary:**

1. Introduction to democracy
2. Democracy in Turkey
3. Weakness of civil society
4. Conclusion

## 1. Introduction to democracy

Cultural and economic developments pave the way for the emergence of modern democracy. In the western societies, democracy is the result of a series of cultural and economic developments which began with the Renaissance. This suggests that in the non-western societies, in order to establish a democratic system, cultural, social, and economic developments are necessary elements. In this regard, the function and the role of the intellectuals are fundamental for the establishment of a democracy as well. Since the existence of democracy, we have been asking what democracy is. Is it an aim *in and for itself* or is it a means or an instrument for governing?<sup>3</sup> Democracy, as an ancient form of government, has also been exposed to attacks and criticized for being the rule of majority. From the *Apology of Socrates*, we know that Plato thinks that democracy punishes Socrates and that such forms of maladministration harm society. Plato's idea about democracy is based on knowledge; he believes that politics is a sort of art or profession which should be done or practiced by specialists.

Aristotle writes that democracy is the governing of people. He defines the forms of government in relation to property. According to him, if sovereignty is in the hands of only a few it becomes oligarchy and if it is in the hand of wealthless, the form of government is democracy. He writes that «oligarchy is when men of property have the government in their hands; democracy, the opposite, when the indigent, and not the men of property, are the rulers».<sup>4</sup> In

---

<sup>3</sup> Regarding the answer to this question Joseph Alois Schumpeter's *Capitalism, Socialism and Democracy* is worth reading and evaluating because Schumpeter considers democracy as a political method. He defines democracy as follows: «Democracy is a political method, that is to say, a certain type of institutional arrangement for arriving at political—legislative and administrative—decisions and hence incapable of being an end in itself, irrespective of what decisions it will produce under given historical conditions. And this must be the starting point of any attempt at defining it». J. A. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, London-New York, 2003, 242. Schumpeter criticizes the classical doctrine of democracy based on «the proposition that 'the people' hold a definite and rational opinion about every individual question and that they give effect to this opinion—in a democracy—by choosing "representatives" who will see to it that that opinion is carried out». SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, cit., 269. He defines democracy by relating it to capitalist elements. In the same page, he writes that «the democratic method is that institutional arrangement for arriving at political decisions in which individuals acquire the power to decide by means of a *competitive* struggle for the *people's vote*» (italics are mine). Here as we can see, the political system is simply seen as a place in which politicians or leaders are *competitively* struggling for votes, which seems to be the basic problem of the democracy which regards democracy just as a method and ignores its content.

<sup>4</sup> ARISTOTLE, *Politics*, trans. Benjamin Jowett, Kitchener, 1999, 61-62.

Aristotle, general interest takes precedence over personal interests; he suggests a mixture of oligarchy and democracy, called polity.

When we come to the modern period, Hegel is one who is against democracy and suggests a constitutional monarchy. As we can see, both ancient and modern philosophers try to avoid democracy, that is the rule of people. Against Hegel, Karl Marx defends democracy as a representative of people's sovereignty.<sup>5</sup> For Hayek<sup>6</sup>, democracy is just an instrument.<sup>7</sup> In short, democracy has taken on different meanings throughout intellectual history.

The Italian philosopher, Norberto Bobbio believes that «democracy is the natural development of liberal state»<sup>8</sup> because it is based on liberal assumptions including the idea of consent, «the role of critical argument and the diversity of opinion for the discovery of truth»<sup>9</sup>, as well as the individual's freedom to choose. Bobbio considers the democratic process and democratic participation of citizens in law making as a barrier against the misuse of power. In *Liberalismo e democrazia*, he writes that the democratic method is necessary to safeguard the individuals' fundamental rights which are the basis of liberal state, but later he adds that safeguarding these rights is necessary for

---

<sup>5</sup> Karl Marx, Frederick Engels and other Marxists such as Antonio Gramsci and Rosa Luxemburg criticize the bourgeois democracy. For them democracy and socialism were the same or unitary. For these Marxists under capitalism, democracy and socialism cannot be considered the same. Even though Marx did not make a deep and elaborated analysis of democracy we can still discern what democracy is for Marx. Marx is a defender of political democracy. He defends freedom of expression and thought and he was against authoritarian governments and their restrictions for the sake of democracy.

<sup>6</sup> F. A. HAYEK, in his famous article, *The Principles of a Liberal Social Order*, differentiates liberalism from democracy. According to him, liberalism is about «the extent of governmental power» while democracy is concerned with «who holds this power». Liberalism is defined as being opposed to totalitarianism and democracy as opposed to authoritarianism. According to Hayek, there are two different understanding of liberalism; the first understanding is based on «advocating limitations on the powers of government», while the second focuses on «the ideal of the unlimited powers of the majority». This latter has become democratism and thus according to Hayek, «has become essentially anti-liberal». For Hayek, democracy poses an obstacle to freedom. F. A. HAYEK, *The Principles of a Liberal Social Order*, in *I Politico*, vol. 31, n. 4, 1966, 601.

<sup>7</sup> M. BILGE, *Türkiye'de Demokrasi Kültürü: Siyaset ve Toplum*, in *Türkiye Sosyal Araştırmalar Dergisi*, year. 15, no. 3, 2011, 52.

<sup>8</sup> N. BOBBIO, *Liberalismo e democrazia*, in G. M. BRAVO - S. R. GHIHAUDI (eds.), *Il pensiero politico contemporaneo*, vol. I, Milano, 1985, 46.

<sup>9</sup> R. BELLAMY, 'Dethroning Politics': *Liberalism, Constitutionalism and Democracy in the Thought of F. A. Hayek*, in *British Journal of Political Science*, vol. 24, n. 4 (Oct., 1994): 419-441, 419.

the proper functioning of the democratic method.<sup>10</sup> It seems that Bobbio reduces democracy into an instrument.

I believe that we can define or separate the idea of those who analyze or interpret democracy into two different groups: those who consider democracy as a “form” of government and as an instrument or protector; and those who consider democracy as an “essence” of a society or people and give importance to its “content.” Therefore, the problem (of democracy) is based on this separation: the form-content, or the form-essence. In *Critique of Hegel's Philosophy of Right* (1843) Marx was a fervent critic of this separation of democracy which he expresses through his critiques of Hegel's understanding. The form, which is the deliberative process or a simple process for arriving at decisions completes and fulfills itself with the quality of its content, which is *people*, and with the quality of its *space*, which is *civil society*.

Here, it can be useful to talk about the relationship between freedom and will which are basic concepts of democracy. I believe that freedom does not exist only in pure thought but the concept of freedom itself is associated with practice, and therefore with law, that is, with the practical actions of human beings. Hence, we cannot limit the free will only to the theoretical field and thought. At this point, for Hegel, the most repeated definition of freedom is that freedom is perceived as the ability to do what we want or demand. Those who look at the concept of freedom in this way, in short those who associate it with the ability to do what they want, prove that they do not care about the nature of social life, right, morality, laws, as well as the daily needs. Freedom must be linked to understanding, responsibility and awareness of moral imperatives. For Hegel, freedom is an imperative to be understood. Hegel says that human beings are not free from natural laws, but they can be free through natural laws. This means that the more people understand the laws of nature, the less they are exposed to them and the more they control their freedom. Freedom is possible not outside society but within society and in relation to others. In this regard, democracy guarantees the realization of human freedom in a society. Is democracy a guarantee mechanism? Is it just that the people rule themselves and decide for themselves? On the one hand, it enables the realization of the freedom of the individual, on the other hand, it limits the infinite freedom and arbitrary will of the individual on behalf of the interest of the general. Thus, this prevents the emergence of an authoritarian situation.

---

<sup>10</sup> N. BOBBIO, *Liberalismo e democrazia*, cit., 47.

As a modern form of government, democracy, against oligarchy, monarchy and totalitarian forms of governance, is seen as the healthiest form of governance by the developed countries as well as by underdeveloped countries. However, today democracy is in a crisis. At this point the following questions come to mind: What depends on the healthy and correct functioning of democracy? Why are democracies currently in crisis and why are they facilitating the emergence of an authoritarian form of governance? I believe that in order for democracy to function correctly, an economic, cultural and social environment should be provided to enable individuals to make decisions freely. The free choice of individuals depends on their economic independence. This also prevents political parties from approaching the public in a populist guise, thus enabling them to reach the public with reasonable promises. But alongside economic development it is important to create some mechanisms such as a democratic constitution in order to protect democracy and civil rights. The separation of powers as a mechanism of controlling the power of government is another significant and fundamental element to avoid the emergence of authoritarian government. Democracy does not simply mean the participation of people in political elections to decide the delegates who can govern but «on a universal level, the rule of law, the judicial review of government actions and the safeguarding of human rights are determining elements of the definition of democracy. The participation of individuals and groups in government at every stage constitutes a complementary element of democratic governance».<sup>11</sup>

I believe that while democracy reflects the conflict of the universal and individual, it also emerges from this conflict. In its relationship with freedom and will, democracy paradoxically plays a dual role: it is both restrictive and permissive. Democracy is the restriction of freedom through freedom. People make laws and develop an order, but resist to other laws and another order. This order is condemned to fail and collapse in the face of a stronger understanding. Democracy, as we said, is directly related to the development of economic and political institutions.

We do not simply refer to democracy as a political constitution or a structure of a society or a political form of government/State but we consider also the democratic structure of the entire society. Socio-economic modernization leads the individuals in a society to participate in politics. The concept of democracy can be related directly to the concept of “development”

---

<sup>11</sup> S. YOKUŞ, *Constitutional Amendments in Turkey 2017 and the Process of Resolution*, in *Democratic Process Institute (DPI)*, <https://www.democraticprogress.org/wp-content/uploads/2017/04/English-Translation.pdf>. (access: 4-12-2019)

or “progress” in the sphere of economy, politics, and social-cultural structure. The development correlates with political participation. In the sense of industrial and technological development, the abolishment of poverty and inequality can make a contribution to the concept of development and progress but if the individuals do not have direct and determinant influences over executing their social life, this cannot correspond to the “development.”<sup>12</sup> The indispensable element of a concept of development in the sense of the realization of humans’ potentiality is democratization on a political level.<sup>13</sup>

A recent literature claim that Turkey’s form of government is semi-authoritarian<sup>14</sup> and semi-democratic<sup>15</sup>, referring to models which emerged particularly at the end of the 20<sup>th</sup> century. Recent studies focus on the classification of authoritarian regimes. These regimes are “sophisticated” authoritarian types which use democratic forms in order to fulfill their own interest. Regarding the definition of recent democratic and authoritative forms of government, they are variously classified as “competitive authoritarianism,”<sup>16</sup> signifying that regimes can be both “competitive” and “authoritarian”; “illiberal democracy”<sup>17</sup>; “hybrid regimes”<sup>18</sup>; “authoritarian constitutionalism”<sup>19</sup> which represents a normative model between liberal constitution and authoritarianism, and “electoral authoritarianism”<sup>20</sup> etc. Other labels such as “virtual democracy,” “pseudodemocracy,” “soft authoritarianism,” “partly free,” or “democratically disguised dictatorship” try to explain how democracy is losing its proper meaning. These types of democracy or authoritarianism are not new phenomenon, at least in the case

<sup>12</sup> L. KOKER, *Modernleşme, Kemalizm ve Demokrasi*, İstanbul, 2007, 95.

<sup>13</sup> L. KOKER, *Modernleşme, Kemalizm ve Demokrasi*, cit., 95-96.

<sup>14</sup> M. OTTAWAY, *Democracy Challenged: The Rise of Semi-Authoritarianism*, Washington, D.C, 2003.

<sup>15</sup> J. P. BURNS, *Editorial Introduction: Special Issue on the Second Decade of the Hong Kong Special Administrative Region of China: Themes and Overview*, 39, 2017. J. HOXHA, *Network Policy Making Within the Turkish Health Sector: Becoming Collaborative*, Bingley, 2020, 8. M. SOMER, *Understanding Turkey’s democratic breakdown: old vs. new and indigenous vs. global authoritarianism*, in *Journal Southeast European and Black Sea Studies*, issue. 4: Exit from Democracy: Illiberal Governance in Turkey and Beyond, 2016.

<sup>16</sup> S. LEVITSKY-L. A. WAY, *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes after the Cold War*, New York, 2010.

<sup>17</sup> F. ZAKARIA, *The Rise of Illiberal Democracy*, in *Foreign Affairs*, vol. 76, n. 6, 1997, 22-43.

<sup>18</sup> L. J. DIAMOND, *Thinking about Hybrid Regimes*, in *Journal of Democracy*, vol. 13, n. 2, 2002, 21-35.

<sup>19</sup> M. TUSHNET, *Authoritarian Constitutionalism* in *Cornell Law Review*, vol. 100, 2015.

<sup>20</sup> A. SCHEDLER, *The Logic of Electoral Authoritarianism*, in A. SCHEDLER (ed.), *Electoral Authoritarianism: The Dynamics of Unfree Competition*, Boulder-London, 2006.

of Turkey in which democracy never completes and realizes itself in terms of democratic norms. It always remains “semi”-democratic or “soft” authoritarian. I believe that Turkey can be labeled with these markers, namely “illiberal democracy,” “electoral authoritarianism,” “semi-democracy,” “authoritarian constitutionalism” or “semi-authoritarianism” because when we look through the political systems in Turkey we can observe that governments in general used elements of democracy like elections to maintain their power but came out against intellectual and adopted anti-intellectual attitudes. Here we can consider Juan Linz’s definition of authoritarianism referring to its three characteristics: limited pluralism; depolitization or limited political participation, that is limited political mobilization; and no ideological aim to realize or legitimate the system.<sup>21</sup> The authoritarian system tries to influence people in psychological manner, for instance, through their religious feeling and their feeling towards the nation. To this definition, can be added also an anti-intellectual character.

I think that democracy generally is considered as “formal” or “stylistic” democracy but not as an essence of politics and therefore as an essence of human beings. Human beings are by their nature political. The problem of democracy must be evaluated within this consideration. Democracy means being open to diversity, accepting the existence of different languages, religions, ethnic groups, cultures, and different way of living. The concept of democracy can be analyzed by considering human beings’ *social ontology*. In this regard, democracy is not just a simple method of politics or a form of government but it is a way through which the individual can realize his/her essence-existence in a society. It is not only a sort of a method of establishing a government. The democratization process in Turkey can be analyzed regarding this point of view of democracy, which began at the end of Ottoman empire, that is at the end of 19<sup>th</sup> century. The paper tries to demonstrate the fundamental obstacles that stand in the way of democracy’s “true” realization. I believe that there are many issues posing a challenge before the realization of democracy but here I would like to indicate two basic challenges for fulfilling a “real” and “true” democracy in Turkey. 1) The Kemalist ideology or movement which is especially based on the nationalism, secularism, and statism among its six principles; 2) the weakness of civil society as a fundamental guarantee of democracy.

---

<sup>21</sup> J. LINZ, *An Authoritarian Regime: Spain*, in E. ALLARDT - Y. LITTUNEN (eds.), *Cleavages, Ideologies and Party Systems: Contribution to Comparative Political Sociology*, Helsinki, 1964, 297.

## 2. Democracy in Turkey

The question of democracy in Turkey also today needs to be analyzed, particularly through the current political situation under the government of AKP (Adalet ve Kalkınma Partisi/Justice and Development Party). In Turkey, democracy has unfortunately always been in danger due to political and military interventions since its establishment as a nation-State. The fact that a country has a democratic form of government cannot be a sufficient sign of the existence of democracy. The structure of the political parties is also important for the real and true realization of democracy. In this sense, both AKP and CHP (Cumhuriyet Halk Partisi/The Republican People's Party) have a non-democratic and hierarchical structure and are supporters of the status quo. I believe that some Kemalist principles create an obstacle for democracy, particularly its nationalist, statist, and secular approach.

CHP, the first party after the foundation of the Republic, is the incarnation of Kemalist ideology and is a "cadre party."<sup>22</sup> Kemalism has six principles: republicanism, populism, reformism, secularism, statism, and nationalism. These principles were first established in the Constitution of 1924<sup>23</sup>: at the beginning, there was republicanism, nationalism and unity of power and other principles were added through constitutional amendments. The 1924 Constitution<sup>24</sup> is generally considered as being based on «the idea of a

---

<sup>22</sup> L. KÖKER, *Modernleşme, Kemalizm ve Demokrasi*, cit., 13.

<sup>23</sup> Although the six principles of Kemalism were enshrined with the 1937 amendment, the principles such as republicanism, nationalism, and popular sovereignty were first incorporated into the 1924 Constitutional Law. S. KILI, *Kemalism in Contemporary Turkey*, cit., 387. The 1924 constitution was amended in 1928, 1934 and 1937; in 1961, the constitution was replaced by the new constitution.

<sup>24</sup> With the Ottoman Basic Law (Kanun-i Esasi) during the Ottoman period in 1876, the first constitutional system had begun. The 1921 Constitution (Teşkilatı Esasiye) was the first written constitution of the modern Turkish state and predated the proclamation of the Republic (1923). Y. ALTUĞ, *the Development of Constitutional Thought in Turkey*, in A. EVİN (ed.) *Modern Turkey: Continuity and Change*, Wiesbaden, 1984, 131-149. "The sultanate was abolished on October 30, 1922, and the Republic was officially proclaimed about a year later, on October 29, 1923." E. ÖZBUDUN, *The Constitutional System of Turkey: 1876 to the Present*, New York, 2011, 6. Thus the 1921 constitution was amended in 1923 in order to add an article declaring that Turkey is a republic. The following year, the constitution was replaced with a new constitution.

Four constitutions were established in Turkey. Only the 1924 Constitution was amended by the decision of the constituent assembly. The constitution of 1961 and 1982 were put into practice by the coup d'état. The 1924 Constitution was amended three times: in 1928, the article claiming that «the religion of the state is Islam» was amended and in 1934 under the new amendment the right to vote was given to women and they could be elected. In 1937, the six

monolithic and homogenous political unity—the nation—that denied the existence of plurality and internal conflict based on class or ethnic identities». <sup>25</sup> The Turkish constitution defines citizens in terms of a unique political consideration of the individuals that refers to a uniform citizen: Turk, Sunni, laic and loyal to the ideology of the Republic of Turkey (Kemalism), that is Atatürk's or Kemalist principles (“the six arrows”). <sup>26</sup> Therefore, the Turkish constitution eliminates and ignores “others” who remain outside this «acceptable type of citizen». <sup>27</sup> When we consider the Turkish constitutions as a whole, particularly, those of 1924 and 1982<sup>28</sup>, we can say that these constitutions «focus on protecting the state against the individual and its constitutional freedoms rather than protecting the individual against the superior authority of the state». <sup>29</sup>

The fundamental democratic rights are guaranteed by a constitution. The amendment of the current constitution, the 1982 Constitution<sup>30</sup> which

---

principles of the Republican People's Party (CHP), especially of secularism, were added to the constitution. In 1946, transition to a multi-party system was realized. Even though the history of the Turkish constitution extended back a long time, crises and coups have played a decisive role in the making or changing of the constitution. «Since the beginning of constitutionalism, Turkey has made five constitutions (those of 1876, 1921, 1924, 1961 and 1982), not counting the radical amendments of 1909, 1971, 1973, 1995, 2001 and 2004 and a much greater number of more minor amendments» and we can also add the amendment of 2017 to these radical changes. Ö. F. GENÇKAYA, *Politics of Constitution Making in Turkey*, in *ECPR Joint Workshops*, 11-16 April 2008 Rennes, WS 20 Politics of Constitution Making: <https://ecpr.eu/Filestore/PaperProposal/25eb58e6-bdd5-4d5f-b3ce-b573d63d1a59.pdf>. (access: 4-12-2019). For the further reading on the history of Turkish constitutions and amendments, it is worth reading Ergun Özbudun's book, *The Constitutional System of Turkey: 1876 to the Present* and also the short article called “On the Way to a New Constitution in Turkey: Constitutional History, Political Parties and Civil Platforms.”

<sup>25</sup> E. TOMBUŞ, *The People and its Embodiment: Authoritarian Foundation of Constitutions in Turkey*, in F. PETERSEN - Z. YANAŞMAYAN (eds.) *The Failure of Popular Constitution Making in Turkey: Regressing towards Constitutional Autocracy*, New York, 2019 (online), 71.

<sup>26</sup> S. Yokuş's article on the structure of Turkish constitutions in their historical development explains how they contain important restrictions for the democratization process in Turkey. S. YOKUŞ, *Constitutional Amendments in Turkey 2017 and the Process of Resolution*, cit., (access: 4-12-2019).

<sup>27</sup> S. YOKUŞ, *Constitutional Amendments in Turkey 2017 and the Process of Resolution*, cit., (access: 4-12-2019).

<sup>28</sup> For detailed information about the history of constitution-making in Turkey see: E. ÖZBUDUN-Ö. F. GENÇKAYA, *Democratization and the Politics of Constitution-Making in Turkey*, Budapest, 2009.

<sup>29</sup> B. ŞAHİN, *Anayasa Taslağının Başlangıç İlkeleri ve Genel Esaslar*, in *Hukuk Gündemi Dergisi*, 2008-9, 109.

<sup>30</sup> In 2000s, with the solution process (Çözüm süreci) known as the Kurdish-Turkish peace process aiming to resolve the Kurdish-Turkish conflict, and with Turkey's intention to join the

restricted many civilian rights, has always been a topic of debate in Turkish politics. Although it has been amended many times, there are still many discussions about the new amendments but generally these amendments have occurred according to the actual political demands and particularly have been made according to the European Union criteria as an external element rather than as the result of internal factors like the will of people or civilian initiative. The lack of a democratic structure of the constitution is also one of the obstacles to the democratization process.<sup>31</sup> The existence of some principles of Kemalism in the constitution prevents Turkish politics from taking effective action and finding a substantial solution to the deep-seated problems of democracy. Although the question of the constitution and the democratization process are interrelated, here the structure of Kemalism will be analyzed in terms of democratization.

The social and political project of Kemalist ideology as an official ideology of the Republic of Turkey is not only to define a new homeland/nation, a new society, a new identity and a new history for the created nation but this ideology also changes the meaning and status of politics for the people.<sup>32</sup> On the one hand Kemalism considers republic as the best form of government of national sovereignty, on the other hand it fails to suggest policies in order to protect the republican system; these policies were taken to hinder the participation of the people in the decision-making process. This is a contradiction within Kemalism in terms of its approach to the populism and republican system.

What is the nature/essence of Kemalism? In the words of Mesut Yeğen, a sociologist, «a radical secularism against Islam and the tradition remolded within it, an assimilationist nationalism that offers cultural homogeneity against ethnic heterogeneity, though not ethnic, and the idea of a state-bureaucracy that wants to involve everything and leave out/exclude nothing

---

EU, the idea of amending the constitution of 1982 became dominant in society. For example, the amendments of 2001 and 2004 aimed at complying with The European Convention on Human Rights and extending the freedom and rights. In this regard, the important and comprehensive constitutional amendments in relation to democratic transformation took place in the period of Turkey's European Union membership process. However, with the amendments of 2017, the 1982 constitution has even become more authoritarian. The increasing power of the political leader over the legislative, executive and judicial structures is an important indicator of this authoritative regulation.

<sup>31</sup> Especially since 2016, the dominance of the authoritarian regime over civil society has also once again revealed the authoritarian character of the constitution.

<sup>32</sup> N. B. ÇELİK, *Kemalizm: Hegemonik Bir Söylem*, in T. BORA - M. GULTEKINGİL (eds.), *Modern Türkiye'de Siyasal Düşünce: Kemalizm*, İstanbul, 2009, 75.

establish the essence of Kemalism in its foundation». <sup>33</sup> Some important thinkers of the period, like Afet Inan, believed that Islam could be «a barrier to Turkishness and caused no advantages to Turks. On the contrary, it caused the fall of Turkish enthusiasm and nationalist feelings in their idea». <sup>34</sup> In addition, her idea was that «Islam is based on Arab nationalism and this is not very appropriate for Turks». <sup>35</sup> The ignorance or the exclusion of Islam from the idea of Kemalist nationalism led to a gap between society and the state and therefore it also created an identity problem because individuals do not identify themselves only by a single identity but are determined by different identities: ethnic, religious, cultural, national, sexual etc. Not by ignoring or excluding cultural differences but rather by consensus can transformations and changes be made possible. This approach is also indicative of a very positivist-west-centered understanding.

Kemalism is defined as Bonapartism <sup>36</sup> by many Turkish and Kurdish intellectuals. Bonapartism, in strict sense, refers to the political ideology of Napoleon Bonaparte who used it to maintain his power. This term was developed by Marx and Engels, especially in *The Eighteenth Brumaire of Louis Bonaparte* and *The Class Struggle in France*. It is used for a political movement that supports an authoritarian centralized state or a sort of

---

<sup>33</sup> M. YEĞEN, *Kemalism ve Hegemonya*, in T. BORA - M. GULTEKINGİL (eds.), *Modern Türkiye'de Siyasal Düşünce: Kemalizm*, cit., 58. «İslâm ve onunla yoğrulmuş geleneğe karşı radikal bir sekülerizm, etnik heterojenliğe karşı, etnik olmasa da kültürel homojenliği öneren özümsemeci bir milliyetçilik ve her şeyi içine alıp, hiçbir şeyi dışarda bırakmak istemeyen bir devlet-bürokrasi fikri Kemalizmin kuruluştaki esasını oluşturur».

<sup>34</sup> O. ÖRMECI, *Kemalist Nationalism and Turkey's Kurdish Question: Ethnicization of the Civic Identity*, in *Uluslararası Politika Akademisi*, 2014, <http://politikaakademisi.org/2014/04/28/kemalist-nationalism-and-turkeys-kurdish-question-ethnicization-of-the-civic-identity/> (Access: 6-1-2016)

<sup>35</sup> O. ÖRMECI, *Kemalist Nationalism and Turkey's Kurdish Question: Ethnicization of the Civic Identity*, cit.

<sup>36</sup> See particularly F. BASKAYA, *Paradigmanın İflası: Resmi İdeolojinin Eleştirisine Giriş* (The Bankruptcy of the Paradigm: An Introduction to the Critique of the Official Ideology), first published in 1991. In this book, he claims that the Kemalist movement is a Bonapartist and pragmatic movement. In 1993, he was sentenced to 20 months in pris on for opposition to the Anti-Terrorism Act because of the fact that he criticized Kemalism and the early period of Republic of Turkey in his book. See also, F. C. CENGİZ, *The mutation of Islamic politics and the demise of the Kemalist state in Turkey*, 2016. It is a PhD thesis submitted to SOAS, University of London, and one of the chapters is dedicated to Kemalism as Bonapartism: "The Kemalist State as a Capitalist-Bonapartist State." Here, Bonapartism is regarded as analytical tool in order to explain the Kemalist state. See also, G. Şaylan, *Ordu ve Siyaset; Bonapartizmin Siyasal Kültürü* (The Military and Politics; Political Culture of Bonapartism), in *Bahri Savcı'ya Armağan* (A Tribute to Bahri Savcı), Ankara, 1988, 449-459.

dictatorship. This political movement is actualized by a strong charismatic leader, army support, and conservatism. Kemalism itself claims to be an ideology “for the people despite the people.”<sup>37</sup> Democracy for the people despite the people implies power not flowing from bottom to top but from top to bottom. Bonapartism supports a strong and centralized state; the civil and military bureaucrat categories do not allow a class or group to be dominant in the government of the state. In Bonapartism, the proletariat could not have the power but neither could the bourgeoisie because it could not get rich enough: for this reason, the bourgeoisie transfers its political power into bureaucracy. In Bonapartism, the alliance of the military, civil bureaucracy and petty-bourgeois intellectuals, in the name of bourgeoisie but without completely giving up the power to bourgeoisie, holds the power. In this regard, in a letter to Marx, Engels writes of the relationship between Bonapartism and bourgeoisie as follows: «Bonapartism is after all the real religion of the modern bourgeoisie. It is becoming more and more clear to me that the bourgeoisie has not the stuff in it to rule directly itself, and that therefore unless there is an oligarchy, as here in England, capable of taking over, for good pay, the management of state and society in the interests of the bourgeoisie, a Bonapartist semi-dictatorship is the normal form. It upholds the big material interests of the bourgeoisie even against the will of the bourgeoisie, but allows the bourgeoisie no share in the government. The dictatorship in its turn is forced against its will to adopt these material interests of the bourgeoisie as its own».<sup>38</sup>

- *Populism (halkçılık)*

Populism (*halkçılık*) is the main principle of Kemalism, through which it claims to reject the exploitation of the people by a class or a group.<sup>39</sup> In other words, the interest of the whole nation is prioritized over the interest of classes and groups. Populism referred to «the notion of national solidarity»<sup>40</sup> especially during the First World War. In one of his speech of July 12, 1920 in National Assembly, Mustafa Kemal Atatürk talked about populism as follows: «Let us concern ourselves with the question of what principle we shall lay down. I believe the essential reason of our existence now has proven the general tendency of our nation, and it is populism and people's

---

<sup>37</sup> L. KÖKER, *Modernleşme, Kemalizm ve Demokrasi*, 2007, İstanbul, 175-176.

<sup>38</sup> K. MARX-F. ENGELS, *Selected Correspondence*, Moscow, 1975,

[https://www.marxists.org/archive/marx/works/1866/letters/66\\_04\\_13.htm](https://www.marxists.org/archive/marx/works/1866/letters/66_04_13.htm)

<sup>39</sup> Ö. TURAN, *Cahit Tanyol*, in T. BORA - M. GULTEKINGIL (eds.), *Modern Türkiye'de Siyasal Düşünce: Kemalizm*, cit., 384.

<sup>40</sup> E. J. ZÜRCHER, *Turkey: A Modern History*, 2004, London, 182.

government. It is the taking over of the government by the people».<sup>41</sup> On 14 August of the same year he stated that «[...] Our point of view, which is populism, means that power, authority, sovereignty, administration should be given directly to the people, and should be kept in the hands of the people».<sup>42</sup> In this speech he also differentiates his understanding of populism from that of Bolshevism. While Bolshevism takes on a class of people who are victims of the nation, Atatürk says that «our nation in its totality is victim and oppressed/suffering».<sup>43</sup> The concepts of people and nation were considered the same. People was put at the center of the politics within a newly-founded nation-state. Populism did not only refer to popular sovereignty but also to «socioeconomic transformation to realize a truly populist system».<sup>44</sup> Populism in this sense is different from its actual meaning. In this period, the idea of populism was based on the economic and cultural development of the people. On 1 December 1921, Atatürk said that «populism is a social principle that seeks to rest the social order on its work and its law».<sup>45</sup> In this speech, he emphasized that populism presents a social system resting on people's work and it refers to «national unity both for national security and development».<sup>46</sup> In the same speech Atatürk differentiates his understating of the form of government from democracy, socialism and other forms of government which can be found in any book. For him, this form of government does not look like any other form. He emphasizes that it is a government that makes the sovereignty and the will of nation possible. Thus, he says that «if it is necessary to express our government from the scientific and social point of view, we say 'the government of people'».<sup>47</sup> Even though his principle of populism by definition similar to democracy, he considers the latter different from populism. I believe that this is due to the need to stay at a certain distance from the political forms that existed at that time.

However, although in the 1920s he claimed that the form of government was different from democracy, in the 1930s he emphasized that the

---

<sup>41</sup> ATATURK, *Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri I-III*, I, Ankara, 1997, 91. For English translation see, S. KILI, *Kemalism in Contemporary Turkey*, 389 as well as B. LEWIS, *The Emergence of Modern Turkey*, London, 256.

<sup>42</sup> ATATURK, *Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri I-III*, I, cit., 102. English version from B. LEWIS, *The Emergence of Modern Turkey*, cit., 256.

<sup>43</sup> ATATURK, *Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri I-III*, I, cit., 102.

<sup>44</sup> S. KILI, *Kemalism in Contemporary Turkey*, cit., 389.

<sup>45</sup> ATATURK, *Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri I-III*, I, cit., 211. English version from B. LEWIS, *The Emergence of Modern Turkey*, cit., 465.

<sup>46</sup> S. KILI, *Kemalism in Contemporary Turkey*, cit., 389.

<sup>47</sup> ATATURK, *Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri I-III*, I, cit., 211.

government was democratic and popular. In this regard, on 27 January 1931 in his speech in party congress in Izmir, he said that «even though the program followed by our party is a completely democratic and populist, its economic approach is statist».<sup>48</sup> Kemalist populism did not accept any class differentiation and class conflict. Today, populism, even though not an ideology, has a negative connotation which means using some popular elements like the national sentiment of a people in order to obtain and maintain political power. In short, it speaks to people's interests, prejudices, frustrations and anger.<sup>49</sup>

Mustafa Kemal Atatürk writes that «we call the people of Turkey who established the Republic of Turkey, the Turkish nation» and «the Turkish nation is a State governed by a republic which is the government of people».<sup>50</sup> There were two ways to determine the will of nation during the Turkish war of independence: 1) the “direct democracy” in which people can decide their destiny by their actions; 2) the will of people can be determined by the representatives elected by people, that is by “representative democracy”. Kemalism selected the second way.

- *Statism/Etatism (Devletçilik)*

Another principle of Kemalism is statism which is a condition of populism in the economic sphere. Statism is a guarantee for protecting the interests of the people from the exploitation of private enterprise. In 1931 Atatürk published his manifesto in which he talked about six fundamental principles.<sup>51</sup> He defined statism as follows: «Although considering private work and activity a basic idea, it is one of our main principles to interest the State actively in matters where the general and vital interests of the nation are in question, especially in the economic field, in order to lead the nation and the country to prosperity in as short a time as possible».<sup>52</sup> From his speech we can interpret the state being in the service of the interest of a nation, that is a

<sup>48</sup> ATATURK, *Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri I-III*, II, cit., 291.

<sup>49</sup> F. LOĞOĞLU, *Popülizm nedir? İyi midir, Kötü müdür? Bizde nasıldır?*, in *Gazete Duvar*, 2017, <https://www.gazeteduvar.com.tr/forum/2017/04/02/populizm-nedir-iyi-midir-kotumudur-bizde-nasildir/>. (access: 4-12-2019).

<sup>50</sup> The quotation from L. KOKER, *Modernleşme, Kemalizm ve Demokrasi*, 154.

<sup>51</sup> Devletçilik was placed in the party program for the congress of CHP in 1931. It was the newest and most hotly debated principle. On 20 April 1931, due to the 1931 parliamentary elections, Atatürk gave a declaration to the nation and said that «the main points that we find useful to remind the nation of today are: 'The Republican, Nationalist, Populist, Statist, Secular and Revolutionary features of the Republican People's Party are its unchanging apparent nature'». *Atatürk'ün Tamim, Telgrafve Beyannameleri IV* (ATTB), Ankara 1991, 606.

<sup>52</sup> *CHP Program*, Ankara, 1935, 9-11. For English version see B. LEWIS, *The Emergence of Modern Turkey*, cit., 286.

people. The purpose of statism is to sustain, strengthen and invigorate the economic, cultural and social life of the nation. In this sense, it seems that the idea of statism defined by Atatürk does not refer to the supremacy of the state over the people. The idea of statism was a result of pragmatic concerns. Examining the words of Atatürk, we find that the interpretation of statism of Kemalism was not ideological: «The system of etatism applied in Turkey [said Mustafa Kemal at the Izmir Fair in August 1935], is not a system copied and translated from the ideas that socialist theoreticians have been putting forward since the 19th century» and he continued to explain the pragmatic considerations behind statism: «Our etatism takes as its basis the private initiative and personal aptitudes of individuals, but at the same time, taking account of all the needs of a great nation and a broad land, and of the fact that so much still remains to be done, it rests on the principle that the state must take charge of the national economy».<sup>53</sup> The Turkish economy, after the war, was very weak, as was the case in other countries, and the aim was to strengthen the economy with state intervention since private enterprise could not be active and capable of development in some fields. In this sense, it can be said that statism was not an alternative to the accumulation of private capital but it can be considered as its complementary element because it allowed the accumulation of private capital.

Kemalism never claims to be a grassroots movement. For Kemalism, the modernization and democratization process is based on the power of the state. According to this ideology, statism is a system which helps the evolution of the nation. Under the tutelage of a statist regime, industry progresses quickly. Statism, according to this ideology, prevents the accumulation of wealth and earnings in the hands of a few individuals and does not allow socialism and communism to appear as happened in Europe. The State does not only have a role in the economy but also promotes social, intellectual, cultural, and artistic life. Kemalism accepted that the political system cannot be democratized without economic development (i.e. industrial development) and cultural development (through education establishing a scientific-rational society).<sup>54</sup>

Kemalism tends to evaluate the state as an independent political and social subject. Its ideal is to create a uniform society because Turkish society has never been a uniform society due to the fact that there are many different ethnic groups that live together. Because of this diversity, Kemalism aims to constitute a uniform and integrated society. Kemalist idea does not reject

---

<sup>53</sup> B. LEWIS, *The Emergence of Modern Turkey*, cit., 287.

<sup>54</sup> L. KÖKER, *Kemalizm/Atatürkçülük: Modernleşme, Devlet ve Demokrasi* cit., 106.

democracy but it reduces democracy into populism and limits it within the principles of a secularistic/laic republic.<sup>55</sup>

- *Nationalism*

In relation to the idea of populism and nationalism Kemalism denies class conflict because it emphasizes social justice and social solidarity. The slogan of this nationalism is “classless, non-privileged, fused/united/socialized mass.” The nationalism of Kemalism is based on territorial integrity. There are different interpretations of the nationalism of Kemalism; according to one of these interpretations it is based on cultural nationalism more than racial nationalism.<sup>56</sup> This nationalism is infused with a cultural-republican and secular character. According to a Kemalist thinker, Turhan Feyzioglu, in the nationalism of the Kemalist movement, this cultural system attaches great importance to the national unity and integrity of the country and refuses a racial component.<sup>57</sup> For him, it has nothing to do with the idea of a master race.<sup>58</sup>

However, the history of minorities in Turkey presents us with a different interpretation of the nationalism of Kemalism, especially that of the Kurdish minority.<sup>59</sup> First of all, a few words about the foundation of the Turkish state, because it is directly connected with the Kurdish issue<sup>60</sup> and its conception of

<sup>55</sup> T. BORA - M. GULTEKINGIL (eds.), *Modern Türkiye'de Siyasal Düşünce: Kemalizm*, 20.

<sup>56</sup> M. BELGE, *Mustafa Kemal ve Kemalizm*, in T. BORA - M. GULTEKINGIL (eds.), *Modern Türkiye'de Siyasal Düşünce: Kemalizm*, cit., 33.

<sup>57</sup> A. YILMAZ, *Kemalist Milliyetçilik*, in T. BORA - M. GULTEKINGIL (eds.), *Modern Türkiye'de Siyasal Düşünce: Kemalizm*, cit., 212.

<sup>58</sup> There are many ambiguities in Atatürk's idea of nationalism and questions about whether it was based on racial approach but for a detailed investigation on the racial attitude of Kemal Atatürk towards Kurds see: M. VAN BRUINSEN, *Race, culture, nation and identity politics in Turkey: some comments*, Presented at the Mica Erteğün *Annual Turkish Studies Workshop on Continuity and Change: "Shifting State Ideologies from Late Ottoman to Early Republican Turkey, 1890-1930"* at the Department of Near Eastern Studies, Princeton University, 1997. These ambiguities in the Kemalist conception of nationalism and cultural identity obviously creates problems within Turkish society.

<sup>59</sup> For the deconstruction of Kemalism with regards to the Kurdish question, it is important to refer to İsmail Beşikçi's works, such as *Türk-tarih tezi' ve Kürt sorunu* (Turkish History Thesis and the Sun-Language Theory) and Fikret Başkaya's works such as *Paradigmamızın İflası: Resmi İdeolojinin Eleştirisine Giriş* (The Bankruptcy of the Paradigm: An Introduction to the Critique of the Official Ideology).

<sup>60</sup> The history of the Kurds is a long one. During the period in which Yavuz Selim was sultan of the Ottoman Empire, between 1512 and 1520, the year of his death, the Kurdish people supported the Ottomans against the Safavids, and the latter submitted to their authority. In exchange for support, Selim promised autonomy to the Kurdish region, and so until the nineteenth century governments and emirates survived in the region. It is believed that the Kurdish question arose with the rebellion of Şeyh Said in 1925, after the foundation of the

nationalism. The foundation of Turkey coincided with the modernization that caused the collapse of the Ottoman Empire although the result of war also had huge impact: the ideological and intellectual environment played an important role in preparing the way for its fall. Some Turkish intellectuals such as Yusuf Akçura and Ziya Gökalp contributed to the development of Turkish nationalism, which gave rise to the birth of the Kurdish question. Yusuf Akçura in 1904 wrote an article entitled “Three types of policies”, in which he talked about Turkism, pan-Islamism and Ottomanism. According to him, although Ottomanism was a useful idea for recreating the Ottoman nation, its application and implementation would have been very difficult. So, he defended the idea of Turkism and pan-Islamism and therefore he considered Turkism as the best political solution. In short, the subsequent Republic of Turkey was based on these two ideas, namely Turkism and pan-Islamism, which went in the opposite direction to the idea of Ottomanism. Ziya Gökalp was a sociologist and, through his research, he showed the Young Turks<sup>61</sup> the problem of the Kurds and thus encouraged them to activate a policy in this regard.

According to Ziya Gökalp, the Kurdish tribal organization was like a disease that had to be eradicated. In 1913, the Union and Progress Party (İttihat ve Terakki) seized power and therefore began to apply Ziya Gökalp’s policy of “Turkishization”, which included assimilation of the Kurds. Mehmed Talat Pascia<sup>62</sup> described Anatolia as “a black box.” For this reason, he wanted to be

---

Turkish Republic (1923). Şeyh Said was an important figure in the history of the Kurdish people, who are for the most part of the Sunni Muslim religion, and was the sheikh. Şeyh Said led a widespread Kurdish rebellion against the central government, the purpose of which was the formation of an independent Kurdish country. At the end of the First World War, in the Paris Peace Conference (1919-1920) the allied powers came together to set the peace terms by taking U.S. President Woodrow Wilson’s principles (fourteen points) into consideration even if, in the end, they did not respect them. One of these principles aimed at the autonomy of other nations under the Turkish rule. «The Turkish portion of the present Ottoman Empire should be assured a secure sovereignty, but the other nationalities which are now under Turkish rule should be assured an undoubted security of life and an absolutely unmolested opportunity of autonomous development [...]». In this conference, the Treaty of Sevres (10 August 1920) was prepared which promised an autonomy to Kurds but the treaty was replaced by Treaty of Lausanne (signed on 24 July 1923) which dropped all promises about autonomy; therefore, an independent Kurdistan was never realized.

<sup>61</sup>A group of Turks formed the Union and Progress Party (İttihat ve Terakki) against Sultan Abdul Hamid II’s regime. This movement was made up by medical students until 1906 and later included mainly military officers. The Union and Progress Party appeared in the political arena for the first time in 1895, with a poster titled ‘Motherland at Risk’.

<sup>62</sup>He was one of the leaders of the Young Turks, together with Ahmed Cemal and Ismail Enver.

done some ethnographic research. According to him, Kurdistan was an unknown land.<sup>63</sup>

Through sociological, ethnographic and demographic research and by means of questionnaires that were circulated among the Kurds, the extent and distribution of the Kurdish people was determined and it was possible to implement a strategy of allocation of the Kurds that took into account of both nomadic and sedentary ones. Historically, it is difficult to reject the ethnic feature of Kemalist nationalism, which is based on being Turk.

Levent Köker, a Turkish intellectual, claims that since its foundation in the 1930s, as well as today, Kemalist ideology is obviously a set of considerations that encompass renewal goals for Turkish society and state at economic, cultural and political levels.<sup>64</sup> Kemalism is against Ottomanism while developing the idea of Turkishness (nationalism) through an integrated society (populism) and Sun-Language theory.<sup>65</sup> In his book, "Turks and Kurds" [Türkler ve Kürtler], Cahit Tanyol, a Kemalist thinker, wrote that Atatürk, with his expression, «how happy is he who can say I am a Turk», realized an education policy and program which was based on the repudiation of/ignoring of the Kurds.<sup>66</sup> According to Tanyol, even if this expression does not imply an exclusion, it has imposed the condition of adopting Turkishness and this has been a factor in the separation of the Kurds and the Turks.<sup>67</sup>

The construction of Turkish identity as a supra-identity and the problem of how the ethnic and religious sentiments can subsequently be reflected in this identity, created obstacles for Kemalist nationalism from its foundation.<sup>68</sup> The stabilization of the nation-state was the main task of the Kemalist ideology. For this aim, Kemalists tried to «eliminate their rivals within the military, civil bureaucracy, and the National Assembly (the parliament), and to suppress the religious and Kurdish nationalist revolts against secular Turkish state». <sup>69</sup> With

---

<sup>63</sup> Also for the attitude of Atatürk towards Kurdish people during the National Struggle (during the years of Turkish Independence War (1919-1922)) see: A. MANGO, *Atatürk and the Kurds*, in *Middle Eastern Studies, Seventy-Five Years of the Turkish Republic*, vol. 35, no. 4, 1999, 1-25.

<sup>64</sup> L. KÖKER, *Kemalizm/Atatürkçülük: Modernleşme, Devlet ve Demokrasi*, in T. BORA - M. GULTEKINGİL (eds.), *Modern Türkiye'de Siyasal Düşünce: Kemalizm*, cit., 111.

<sup>65</sup> This was developed in the 1930s and claimed that all languages are originated from one primal Turkic language.

<sup>66</sup> Ö. TURAN, *Cahit Tanyol*, cit., 387.

<sup>67</sup> Ö. TURAN, *Cahit Tanyol*, cit., 387.

<sup>68</sup> A. YILMAZ, *Kemalist Milliyetçilik*, cit., 234.

<sup>69</sup> H. YILMAZ, *The Kemalist Revolution and the Foundation of the One-Party Regime in Turkey: A Political Analysis*, in S. YAZICI - K. GÖZLER - F. KEYMAN (eds.) *Prof. Dr. Ergun*

the Kurdish rebellion in 1925, especially after the Sheikh Said rebellion, Ataturk's attitude towards Kurdish people took a different direction. For example, «on 8 December 1925, the Ministry of Education announced in a proclamation on 'Currents trying to undermine Turkish unity' that use of the terms Kürt, Laz, Çerkez, Kürdistan, and Lazistan would be banned». <sup>70</sup> In this regard, although Kemalist nationalism did not conform to the racist approach and tried to subsume different ethnic groups under the idea of Turkishness, the Kemalist Turkish state did not respect the article 39 of the Lausanne Peace Treaty. <sup>71</sup>

Many Turkish nationalists condemned those who disclaimed the past but in the same way they deny the recent past. <sup>72</sup> In one of the letter of Erich Auerbach to Walter Benjamin in 1937, he refers to Ataturk's policies and wrote on a «fanatically anti-traditional nationalism which destroyed the historical national character». <sup>73</sup> Auerbach writes as follows:

«But he [Kemal Ataturk] had to force through everything he did in the struggle against the European democracies on the one hand and the old Mohammedan Pan-Islamic sultan's economy on the other; and the result is a fanatically anti-traditional nationalism: rejection of all existing Mohammedan cultural heritage, the establishment of a fantastic relation to a primal Turkish identity, technological modernization in the European sense, in order to

---

*Özbudun 'a Armağan*, vol. I, Siyaset Bilimi (Essays in Honer of Ergun Özbudun, vol. 1 Political Science), Ankara, 2008, 535-564.

<sup>70</sup> E. J. ZÜRCHER, *Young Turks, Ottoman Muslims and Turkish Nationalists: Identity Politics (1908-1938)* in K. KARPAT (eds.), *Ottoman Past and Today's Turkey*, Leiden, Boston, Köln, 2000, 176.

<sup>71</sup> Article 39: «Turkish nationals belonging to non-Moslem minorities will enjoy the same civil and political rights as Moslems. All the inhabitants of Turkey, without distinction of religion, shall be equal before the law. Differences of religion, creed or confession shall not prejudice any Turkish national in matters relating to the enjoyment of civil or political rights, such as, for instance, admission to public employments, functions and honours, or the exercise of professions and industries. No restrictions shall be imposed on the free use by any Turkish national of any language in private intercourse, in commerce, religion, in the press, or in publications of any kind or at public meetings. Notwithstanding the existence of the official language, adequate facilities shall be given to Turkish nationals of non-Turkish speech for the oral use of their own language before the Courts». In *Treaty of Peace with Turkey signed at Lausanne July 24, 1923 The Convention Respecting the Regime of the Convention Respecting the Regime of the Straits and others Instruments signed at Lausanne*,

[http://host.uniroma3.it/progetti/cedir/cedir/Lex-doc/TK\\_trat-los.pdf](http://host.uniroma3.it/progetti/cedir/cedir/Lex-doc/TK_trat-los.pdf). (access: 6-12-2019)

<sup>72</sup> O. KOÇAK, *1920'lerden 1970'lere Kültür Politikaları*, in T. BORA - M. GULTEKİNGİL (eds.), *Modern Türkiye'de Siyasal Düşünce: Kemalizm*, cit., 391.

<sup>73</sup> N. CURTHOYS - D. GANGULY (eds.), *Edward Said: The Legacy of a Public Intellectual*, Carlton-Victoria, 2007, 173.

triumph against a hated and yet admired Europe with its own weapons: hence, the preference for European-educated emigrants as teachers, from whom one can learn without the threat of foreign propaganda. Result: nationalism in the extreme accompanied by the simultaneous destruction of the historical national character. This picture, which in other countries like Germany, Italy, and even Russia (?) is not visible for everyone to see, shows itself here in full nakedness.... It is becoming increasingly clear to me that the present international situation is nothing but a ruse of providence, designed to lead us along a bloody and tortuous path to an International of triviality and a culture of Esperanto. I have already suspected this in Germany and Italy in view of the dreadful inauthenticity of the "blood and soil" propaganda, but only here has the evidence of such a trend almost reached the point of certainty». <sup>74</sup>

Auerbach's concern about the politics of that moment echoes the Gramscian critique of the alienation of intellectuals from their own cultural heritage and their national character. The result of this policy is «rejection of all existing Mohammedan cultural heritage, the establishment of a fantastic relation to a primal Turkish identity». Auerbach also refers to this nationalism resulting in the «destruction of the historical national character». In order to create a Turkish nationalism by means of cultural assimilation, this policy led other ethnic groups to lose their identity and cultural character. This policy was not naturally a democratic one.

However, I would like to divide the ideological development of Kemalism into two different periods: 1) during the period of Atatürk; 2) the period after his death<sup>75</sup>. After his death, Kemalism was interpreted in a different manner and utilized in more authoritative way to eliminate social and political conflict with reference to the six principles.

In short, Kemalist principles are contradictory. This is so because the definitions and explanations of the principles are uncertain and ambiguous. Populism can be in conflict with statism. The state is considered superior to the people. While secular understanding should be perceived as the protection of religious difference, it becomes an enemy to religion and an exclusionary factor. Nationalism is based on a single ethnic group. By the same token, it excludes other ethnic and religious groups. Now, let us focus on another obstacle to democracy in Turkey: weakness of civil society.

---

<sup>74</sup> K. BARCK - A. REYNOLDS, *Walter Benjamin and Erich Auerbach: Fragments of a Correspondence*, in *Diacritics*, vol. 22, no. 3/4, Commemorating Walter Benjamin, 1992, 81-83.

<sup>75</sup> This period can be also divided into different periods in itself but I cannot elaborate it here because of the limited space.

### 3. Weakness of civil society

The development of democracy depends on the democratic institutions of a society. In this sense, the strength of a democracy is dependent on that of the civil society. If a civil society is vulnerable to the intervention of the state due to the fact that it is not strong enough, the democracy is also in danger, in the sense that it can be transformed into a dictatorial regime. Civil society is a necessary element of democracy. It must be a place where there is not any separation between political and private life or political and private spheres. This separation basically creates alienation of the individual from politics itself. Civil society must produce a sort of control mechanism of the political system in order to prevent the creation of a totalitarian or dictatorial regimes. The important elements of civil society are the civil organizations, institutions, and associations. In Turkey particularly after 1980, civil institutions or non-governmental organizations began to appear and increase in number.<sup>76</sup> Two things are necessary for the true realization of a civil society: 1) the limitation of the State's interference and activities; 2) existence of the rule of law. There is a difference between the ideological character of the state and legal character of the state. The legal character defends the right of the individuals before the constitution and the law, but the ideological character of the state aims to realize its interests alone against the individual's rights and interests.

Mustafa Kemal in one of his speeches outlined his own idea on the link between «elitist past and populist future»:<sup>77</sup> «If we now look at the other details of the organization - we begin our work from the village, from the individual. A structure that in this way rises from below to the top, from the foundation to the roof, will surely be sturdy. Nonetheless, there is a need at the beginning of any undertaking to go not from below upward, but from above downward».<sup>78</sup> From this passage, we can see how the first idea of Kemalist populism appeared. Atatürk refers to popular sovereignty and participation of people in civil affairs. Kemalism, in this sense, emphasizes the participation in particular of science but not of religion. This secular view created, as we said, a divide in society. The perception of religion as an enemy

---

<sup>76</sup> Ş. KAYPAK, *Demokrasi Kültüründe Sivil Toplumun Rolü*, in Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, n. CIEP Special Edition, 2016, 648.

<sup>77</sup> N. ABADAN-UNAT, *Patterns of Political Modernization and Turkish Democracy*, in the *Turkish Yearbook*, vol. XIX, 1979, 10. Also, S. KILI, *Kemalism in Contemporary Turkey*, in *International Political Science Review / Revue internationale de science politique*, vol. 1, n. 3, *Political Ideology: Its Impact on Contemporary Political Transformations*, 1980, 385-86.

<sup>78</sup> N. ABADAN-UNAT, *Patterns of Political Modernization and Turkish Democracy*, cit., 10.

to the secular structure and republic, that is to Kemalist state, has meant that the people are not understood holistically. Kemalism failed to understand secularism as means of realizing religious pluralism. Atatürk clearly states that development from the below upward is better than from roof to foundation but at the beginning he believes that it is necessary to progress from above downward until the establishment of democracy. These ambiguous approaches led to different interpretations creating conflict within the Kemalist conception of cultural and national identity. The failure of Kemalism is that it continues to remain an elite regime and ideology which therefore did not allow it to achieve its ultimate aim of being a populist ideology.

The Occidentalism of Kemalism was criticized after the death of Atatürk, particularly between 1960 and 1980, for being “imitation”. Even during the last period of Ottoman empire some criticized the idea of Westernism/Occidentalism as “imitation” of West. However, while Şerif Mardin, a Turkish sociologist, accepted the critique, claiming that western values were implemented in superficial ways, he believes that the reason for this superficial implementation is not “imitation” but the reason must be found in the elements of the structure of Muslim-ottoman-Turkish culture<sup>79</sup> because the Kemalist intellectuals failed to analyze the society at that period and thus did not manage to realize the western values.

One of the failures of Kemalism is based on its relationship with civil society and intellectuals. According to Meust Yeğen, Kemalism of the 1930s was not nourished by civil society and in this sphere, it did not find any response in return. It disregarded the organization of the social consensus in order to constitute/form its domination or hegemony. For him the most important thing is that Kemalism failed to create a general intellectual and moral leadership that could organize a sum of “denominations/invitations” corresponding to a national-popular imagination.<sup>80</sup> Here Yeğen tries to indicate how the Kemalist ideology is alienated from civil society and therefore failed to establish its hegemony. Just as Gramsci tried to demonstrate the relationship between hegemony and intellectuals in his works, especially in the *Prison Notebooks*, here, Yeğen highlights the importance of intellectual leadership, that this not only establish its hegemony but also that it should forge a consensus between the people, politics, and ideology. Civil society is the place where this hegemony can be established. In this regard, civil

---

<sup>79</sup> Ş. MARDIN, *Türk Modernleşmesi*, İstanbul, 1991, 21.

<sup>80</sup> M. YEĞEN, *Kemalism ve Hegemonya*, cit., 62.

organizations, societies, associations, and institutions<sup>81</sup> are important to re-establish democracy and create a national-popular front for establishing hegemony, as Gramsci pointed out.

Gramscian criticisms of the Italian intellectuals who were separated and alienated from the people can be applied to the intellectual movements at the beginning of the foundation of Turkey. While Kemalism tried to establish its cultural and intellectual hegemony in that period, it moved away from and became estranged from its own culture and even rejected its history. In the name of modernization or westernization, and in order to establish cultural hegemony, the intellectuals, such as authors and academics, refused their cultural values and history, which led them to cut off relations with the people.

Liberalism is one of the four enemies (along with reactionism, communism, kurdishness/separatism) of the single party and republican regime. People's House was a cultural vehicle to transform the past society into a modern one or more precisely into one conforming to Western standards. According to Nermin Abadan-Unat, «Atatürk never developed an ideology justifying authoritarianism and dictatorship. His main concern revolved around two themes: replacing irrational, traditional, religious thinking with scientific knowledge and logic, and achieving a peaceful competitive system». <sup>82</sup> However, some thinkers claim that Kemalist thought argues for an authoritarian democracy<sup>83</sup> and Kemalism believes in the indivisible union of authority.<sup>84</sup> In trying to create national unity, the idea of nationalism itself led to separatism. Instead of resolving a problem of “separatism”, like the Kurdish problem, through civilian consensus and democratic negotiation, it still continues to take up strong nationalist ideas and statist views in undemocratic ways. This creates a great problem for Turkish democratization.

After the recent coup attempt, the Decree Law No. 677, published on 22 November 2016, permanently closed 375 associations and other non-

---

<sup>81</sup> Regarding the civil organizations, Mesut Yeğen claims that the People's Houses (Turkish Institution for Public Education) which were opened by Atatürk in 1932 and the Village Institutes which were established by Hasan Ali Yucel in 1940 could be considered institutions allowed the state to monitor and reform society. M. YEĞEN, *Kemalism ve Hegemonya*, cit., 61. These institutions were founded above all for establishing a national identity based on Turkishness.

<sup>82</sup> N. ABADAN-UNAT, *Patterns of Political Modernization and Turkish Democracy*, cit., 12.

<sup>83</sup> A. INSEL, *Giriş* (Introduction), in T. BORA - M. GULTEKINGIL (eds.), *Modern Türkiye'de Siyasal Düşünce: Kemalizm*, cit., 23.

<sup>84</sup> A. INSEL, *Giriş* (Introduction), cit., 24.

governmental organizations (NGOs) and their assets were confiscated.<sup>85</sup> Right after that, in the framework of the Decree Law No. 668 of 27 July, many newspapers, TV channels, journals and publishing houses, news agencies were also closed. These attacks on civil organization were aimed at the Islamic organization known as FETÖ but in the end resulted in the closure of Kurdish media in the name of “counter terrorism.” These attacks on civil society obviously damage Turkish democracy.

In the history of Republic of Turkey, military power is always considered as an assurance for the protection of the secular state against radical islamist movements or ideology, and against the attacks more generally. Military intervention damages civil society and the development of democracy, the participation of the people in decision making. In this regard, it seems that the decline and weakness of military power may strengthen or re-enforce democracy and facilitate the democratization process, which paves the way for the intervention and participation of the people and society in politics. In other words, the democracy or democratization will be not a top-down process as Kemalist ideology proposed, but a bottom-up process. Kemalist ideology should accept that, without consideration of other ethnic groups in society such as Kurds, the re-establishment of democracy is not possible. This re-establishment is possible within a consensus in civil society and in collaboration with civilian organizations.

#### **4. Conclusion**

In conclusion, let us try to evaluate the relationship between civil society, the state, and the intellectual in the period when Kemalist ideology emerged, by comparing it with the AKP period. In contrast to AKP, Kemalist ideology cannot provide integration within civil society. However, I would claim that neither Kemalist ideology nor AKP did manage to set up its hegemony. It seems that the AKP regime constituted its hegemony by strengthening its ties with civil society, while Kemalist ideology aimed to found it on the intellectual and cultural level. But I believe that in terms of the Gramscian sense of hegemony based on the intellectual elements and cultural development of civil society, these two different political approaches failed to achieve their hegemony because, while Kemalist ideology could not integrate with the public, AKP could not create a culture and intellectual environment

---

<sup>85</sup> <https://acileyem.org.tr/eylem/yuezlerce-sivil-toplum-oerguetue-daimi-olarak-kapatildi> (access: 24-6-2019)

necessary for the establishment of hegemony. Although we can criticize the use of populism by the AKP regime to build up and keep its power, still we should say that AKP has succeeded in discussing the ethnic, religious, political and cultural issues in the society, regardless of the extent to which it is sincere in this. I believe that these principles of Kemalism, secularism for instance, prevented CHP from discussing the head scarf problem within civil society, because Kemalism saw the problem as a threat to the integrity of the State; by the same token, because of its principles of statism and nationalism, it could not create a consensus on the Kurdish problem within civil society. CHP almost always ignored or overlooked the power of civil society. However, AKP did manage to present these problems to civil society.

Finally, democratization, which has always been problematic in Turkey since its foundation, is interrupted once more by the authoritarian government. CHP, as the party of Turkey's founder, Mustafa Kemal Atatürk, helped and still tries to help to interrupt this process with its incorrect political attitude. With its current political decisions, it generally services the realization of AKP's own policies; for example, it voted for the invasion of Syria by the Turkish military. Of course, the democratization process in Turkey is not only based on the CHP's political structure and attitude, but this played a significant role.

## **ALTRI SAGGI**



## LE GARANZIE COSTITUZIONALI NEI RAPPORTI ECONOMICI DI MERCATO ALLA LUCE DEI PRINCIPI DI COOPERAZIONE INTERNAZIONALE<sup>o</sup>

**Brunella Russo**

*Professore associato di Diritto bancario e finanziario,  
Università degli Studi di Messina*

*Questo documento, nel disquisire sui principi costituzionalmente protetti di "sicurezza economica" e di "ordine pubblico economico", pone l'accento sul combinato disposto degli art. 41 e 47 Cost. al fine di comprendere i dogmi ordinamentali che il Costituente ha voluto sancire: in tal senso il principio della 'libera iniziativa economica privata', trova piena attuazione - e nello stesso tempo una ben precisa definizione - nell'intervento dello Stato sull'attività delle banche, giustificato non solo e non tanto dalla necessità di "funzionalizzare" l'esercizio del credito, quanto dall'urgenza di imporre un vero e proprio controllo per tutti gli operatori del settore, benché mitigato dalla preminente finalità di evitare effetti negativi per i risparmiatori e per la collettività.*

*L'ampiezza del tema pone diverse possibilità di sviluppo interpretativo anche in chiave comunitaria: il diritto inconfutabile delle libertà protette dalla Carta Costituzionale va infatti misurato con l'ulteriore principio uniformatore della normativa comunitaria che, attraverso l'indicazione di strumenti adeguati di lotta alla criminalità finanziaria, ha permesso la piena implementazione della composita disciplina antiriciclaggio anche nel nostro ordinamento giuridico.*

*This document, in the discourse on the constitutionally protected principles of "economic security" and "economic public order", emphasizes the combined provisions of art. 41 and 47 of the Constitution to understand the dogmas that the constituent member wanted to sanction: in this sense, the principle of free private economic initiative, is fully implemented - and at the same time very precisely defined - in the intervention of the State on the activity of banks, justified not only and not so much by the need to "functionalize" the exercise of credit, as by the urgency to impose real control on all operators in the sector, albeit mitigated by the preeminent aim of avoiding negative effects for savers and the community.*

*The breadth of the theme poses different possibilities for interpretative development also from a community viewpoint: the irrefutable right of freedoms protected by the Constitution must in fact be measured with the further standardizing principle of community legislation which, through the indication of adequate instruments to fight financial crime, has allowed the full implementation of the composite anti-money laundering discipline also in our legal system.*

### **Sommario:**

1. La sicurezza economica. ...
2. ... e la salvaguardia del regolare funzionamento dei mercati
  - 2.1. (Segue). Il richiamo ai principi espressi dagli artt. 41-47 della Carta costituzionale ai fini di una valutazione esegetica
  - 2.2. (Segue). L'incisività della normativa speciale sull'attività di raccolta del risparmio ed esercizio del credito
3. Il contenuto del segreto bancario: dal "principio di segretezza" al sistema di cooperazione internazionale
4. Le novità apportate dalle Direttive antiriciclaggio in tema di cooperazione tra autorità

---

<sup>o</sup> Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

## 1. La sicurezza economica...

È un principio ormai assodato quello secondo cui la “sicurezza economica” – posta a fondamento del nostro ordinamento giuridico – costituisce l’asse portante dell’insieme degli strumenti o, se si preferisce, delle condizioni e delle azioni di generale presidio degli interessi della collettività e del mercato: quest’ultimo percepito quale “meccanismo regolatore” e garante dell’efficienza nel suo complesso.

A partire dagli anni '90 del secolo scorso, anche a seguito delle trasformazioni del mercato globale – e con esse dell’affacciarsi di una diversa tipologia di reati – si è andata via via sottolineando l’importanza della “sicurezza economica” ritenuta segmento integrante del concetto più ampio di “sicurezza nazionale”; cosa che, di fatto, ha spostato l’attenzione del legislatore domestico - già protesa alla tutela dei fondamenti costituzionali - verso la protezione del sistema da possibili minacce, nella consapevolezza dell’impellente necessità di contrastare efficacemente i più svariati fenomeni di criminalità economica<sup>1</sup>.

Cosicché, nel corso degli ultimi 30 anni, il concetto di “sicurezza” ha finito con l’intrecciarsi indissolubilmente con l’ulteriore principio cardine dell’“ordine pubblico economico”, inteso quale insieme di disposizioni inderogabili sottese al “buon funzionamento”, o meglio, quale esempio di equo bilanciamento tra interessi commerciali e negoziali, da un lato, ed interessi generali e di protezione, dall’altro, riferibili ad una realtà in cui quotidianamente si vengono ad incontrare e scontrare - con i propri eterogenei interessi - l’insieme delle imprese, dei cittadini consumatori/risparmiatori e, nei suoi diversi ruoli e funzioni, lo Stato<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Nell’ultimo decennio si è evidenziato una crescita esponenziale del rischio generalizzato di comportamenti “scorretti”, che vanno da iniquità distributive di tipo economico fino a giungere a fenomeni di turbativa delle normali dinamiche evolutive politiche e sociali. Tali minacce, assumono peso e dimensione via via più articolati, ponendo nuove ed inedite incognite per il mantenimento su scala mondiale dell’ordine e della stabilità.

Per una lettura più approfondita si veda, ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale - Parte Speciale*, Milano, 2000, 223-232; CERRI, *Ordine Pubblico (Diritto Costituzionale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, 1990, 3 ss., CARABBA, *Codice Penale e Codice di Procedura Penale commentati*, Roma, 2003, 654 ss.

<sup>2</sup> L’estrema eterogeneità degli interessi in gioco e delle situazioni ha reso necessario comprendere appieno il concetto di ordine pubblico economico, determinando, invero, non poche perplessità da parte della dottrina, la quale si è trovata di fronte alla difficoltà di tentare di ricondurre tali interessi e situazioni in un quadro organico su cui costruire nozioni e concetti unitari.

Con particolare riferimento al concetto di “ordine pubblico economico”, cfr. BIANCO, *Ordine pubblico economico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 2005, 493 ss., il quale parla di «un

Nel riflettere attorno ai concetti di “sicurezza economica” e di “ordine pubblico economico”, occorre allora riferirsi all’economia come ad un ‘sistema’, costituito da un ordinato complesso di attività, organizzazioni e istituzioni, con la funzione precipua di procurare i mezzi per fini diversi<sup>3</sup>, accompagnato da un *corpus* specializzato di regole di comportamento.

L’“ordinato insieme” rappresenta pertanto la chiave di lettura per realizzare quella corrispondenza interna al sistema stesso in quanto «interesse generale eminentemente pubblico», costituzionalmente protetto, sul quale lo Stato intervenire fattivamente a garanzia<sup>4</sup>.

Tale intervento, prima che nelle specifiche e peculiari azioni di dettaglio, è individuabile nei valori fondamentali della società elaborati dal legislatore con riferimento alla libertà negoziale, alla libertà d’intrapresa ed al libero funzionamento del mercato, considerati dogmi essenziali della nostra «Costituzione economica»<sup>5</sup> e principi ispiratori dell’intero ordinamento comunitario.

---

ordine pubblico di tipo normativo e funzionale e non ideale o meramente “negativo”, da qualificarsi come una categoria ermeneutica generale utile per comprendere la struttura normativa della Costituzione economica alla luce dei principi fondamentali della Costituzione stessa».

Ancora, in argomento, PANZA, *L’ordine pubblico economico* - nella voce *Ordine Pubblico - Teoria generale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, 1990, 5 ss.; PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Nuov. Dig. It.*, XIV, Torino, 1965, 135 ss.

<sup>3</sup> Le questioni sottese alla consapevolezza, da parte dell’ordinamento, che l’economia costituisce un sistema «che vive e si evolve secondo leggi sue proprie, che possono essere, al più, assecondate e protette dal diritto» è stata evidenziata da CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2004, 3 ss., il quale sottolinea la particolare difficoltà nell’individuare i fondamentali aspetti del rapporto, inducendo gli interpreti ad affrontare l’analisi da diverse prospettive da cui sono scaturite differenti definizioni del concetto di «*Costituzione economica*».

<sup>4</sup> Trattasi, invero, di una tutela del patrimonio individuale - nel duplice senso di protezione della libertà di godimento (contro aggressioni esterne) e di protezione della libertà di disposizione verso condizionamenti di varia natura - che si rende necessaria a presupposto della stessa esistenza di un libero mercato, non prescindibile da una difesa istituzionale contro ogni tipo di turbativa volta a sconvolgere le regole del gioco.

<sup>5</sup> L’espressione, usata molto di rado in Italia fino alla metà degli anni settanta del secolo scorso, è stata oggetto di trattazione da parte di autorevole dottrina. Si veda, *ex pluribus*, RESCIGNO, voce *Costituzione economica*, in *Enc. Giur. Treccani*, X, 2001, 2; LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, V, Torino, 1990, 374-375.

In particolare, RESCIGNO rammenta come con il libro intitolato *La Costituzione economica del 1977* - che costituisce il primo volume del *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da F. GALGANO - si pongono le fondamentali normative della materia. In tale opera, sottolinea ancora l’autore, si intendeva collegare coerentemente il diritto

Quindi, la nozione di «Costituzione economica» può essere avvertita nel suo significato intrinseco di formula riassuntiva del complesso di norme predisposte per regolamentare i rapporti economici tra i privati e gli scambi commerciali, in cui vengono indicate, oltre alle disposizioni strettamente costituzionali, anche altre che, pur essendo contenute in leggi ordinarie, sono tuttavia di rilevanza costituzionale<sup>6</sup>.

Ma l'ampiezza di tale espressione non solo abbraccia istituti e norme giuridiche riferibili a rapporti economici e d'impresa - considerando altresì gli aspetti amministrativi e la prassi applicativa (c.d. «diritto vivente») - ma si estende fino a ricomprendere aspetti squisitamente sociali e culturali.

Nell'ambito di questi concomitanti interessi si innesta la lettura combinata degli artt.41 e 47 Cost.: nella loro struttura essenziale, gli articoli si sviluppano intorno alla fattispecie più ampia dei «diritti economici» e dettano la disciplina dell'organizzazione, della produzione e distribuzione dei beni e dei servizi (pur essendone condizionati e conformati nell'esercizio, come da più parti sostenuto) di cui il «libero mercato» costituisce il principio e la regola generale di quell'ulteriore «libertà di iniziativa economica privata»<sup>7</sup>.

commerciale con il diritto pubblico dell'economia, in quanto «*articolazioni di un corpo unitario di principi che trovano la loro origine e il loro fondamento nella Costituzione italiana*».

Nel senso di protezione della libertà individuale nelle sue estrinsecazioni economiche, cfr., PEDRAZZI, voce *Mercati finanziari (disciplina penale)*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, Torino, 1993, 653; FANELLI, *L'aggiotaggio tra informazione e mercato*, *Riv. pen.*, n.2/2005, 109 ss.

<sup>6</sup> In tal senso vanno interpretati sia i riferimenti normativi all'impresa e alla proprietà (artt.41 e 43, artt.42 e 44), sia il richiamo alle norme speciali, quali, ad esempio, quelle relative alla cooperazione o al risparmio, ex artt.45 e 47 del dettato costituzionale.

Così ancora, CASSESE, *La nuova costituzione economica*, *op. cit.*, 15 ss. in cui, l'A., con riferimento alle norme contenute in leggi ordinarie che «sono, tuttavia, di rilevanza costituzionale» individua, ad esempio, come di particolare importanza, anche la L. 10 ottobre 1990 n. 287 (c.d. legge *antitrust*) e il D.L. 11 luglio 1992 n. 333 (convertito con L. 8 agosto 1992 n. 359), le quali hanno disposto la privatizzazione delle maggiori imprese pubbliche (cd. legge Amato).

<sup>7</sup> Si rinvia in proposito a DI GASPARE, *Diritto dell'Economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2003, 83 ss., secondo il quale le norme costituzionali sui diritti economici (art. 41 sull'iniziativa economica privata e art. 42 sul diritto di proprietà) sono strutturate in modo da fare seguire alla statuizione di portata generale (contenuta nel c. 1), commi successivi che ne condizionano o ne conformano l'esercizio. A questi articoli, poi, si aggiungono i casi di disciplina eccezionale e derogatoria della libertà d'iniziativa economica (art. 43) e del diritto di proprietà (art. 44) rimessi all'intervento del legislatore ordinario, nonché ulteriori norme in tema di cooperazione e artigianato (art. 45), di «partecipazione» dei lavoratori alla gestione delle aziende (art. 46) e, soprattutto, le disposizioni inerenti la tutela del risparmio in tutte le sue forme (art. 47).

Vista in questi termini, la norma non è di poco conto. Nell'incoraggiare e tutelare il risparmio «in tutte le sue forme»<sup>8</sup> si afferma un assioma imprescindibile, in base al quale tutto ciò che ne costituisce momento essenziale dev'essere necessariamente oggetto di una specifica protezione da parte dello Stato<sup>9</sup>.

L'accezione del risparmio «incoraggiato» e «tutelato» nelle sue forme, richiede, dunque, che gli interventi attuativi varino costantemente a seconda delle differenti tipologie di mercato (tradizionalmente distinti in mercato bancario, mobiliare ed assicurativo): qui l'investimento finanziario differisce essenzialmente in relazione al grado di liquidità, al rendimento offerto e, soprattutto, al rischio connesso, ponendo in luce sia differenti esigenze di tutela del risparmiatore/investitore, sia, conseguentemente, strumenti e interventi regolatori mirati, ai quali l'ordinamento dovrà far ricorso per garantire tale tutela<sup>10</sup>.

In questa prospettiva, non sfugge l'*intentio* del legislatore di voler riconoscere, attraverso il contenuto normativo dell'art.47 Cost., un'indubbia «legittimità costituzionale» all'*agere* di chi opera utilizzando lo strumento del risparmio: l'attribuzione di un siffatto rango, nel superare gli angusti ambiti della vetusta legge bancaria del '36-'38, ne enfatizza la vocazione imprenditoriale (ricavabile dal combinato disposto degli artt. 2082 e 2195

---

<sup>8</sup> Particolarmente significativo nella formulazione normativa è, in effetti, il riferimento al «risparmio in tutte le sue forme», che evidenzia la rilevanza, a tal fine, di qualsiasi tipo di attività finanziaria intesa non solo come monetaria e creditizia ma, in genere, anche quale espressione del mercato assicurativo e mobiliare.

<sup>9</sup> Ciò è perseguibile attraverso un sostanziale superamento delle asimmetrie informative gravanti sul risparmiatore rispetto agli operatori di mercato (banche, assicurazioni, emittenti titoli mobiliari e investitori istituzionali), in modo da regolare i diversi settori e mercati finanziari, assicurando, per tale via, la protezione del risparmiatore nella sua veste di contraente più debole.

Cfr., OLIVIERI, *L'evoluzione della disciplina dei rapporti tra banca e cliente: la tutela del contraente "debole"*, in *Filodiritto.it* del 27 marzo 2018.

<sup>10</sup> E' evidente come il risparmiatore/investitore abbia la necessità di varie peculiari garanzie, che vanno da un'adeguata informazione (in particolare negli investimenti nel mercato mobiliare) alla solvibilità e stabilità degli intermediari (in particolare nei rapporti relativi al mercato bancario ed a quello assicurativo). Questo spiega perché il legislatore, per tutelare le suddette esigenze, deve individuare ed adottare gli strumenti più opportuni, che vanno dalla previsione di specifici obblighi documentali e, in genere, informativi (adeguati a seconda della diversa tipologia di soggetti economici interessati), alla previsione di specifici vincoli di accesso sul mercato, alla istituzione di appositi organismi di vigilanza e controllo, fino alla predisposizione di appositi sistemi sanzionatori.

Più in particolare, BARENGHI, *Appunti sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo*, in *Questione Giustizia*, n.3/2017, 112 ss.

c.c.)<sup>11</sup> e la potenziale capacità dell'intermediario di creare nuove forme di raccolta del risparmio diverse da quelle tradizionali.

## 2. ... e la salvaguardia del regolare funzionamento dei mercati

Tuttavia per poter comprendere appieno i principi ordinamentali che il Costituente ha comunque voluto sancire, occorre riformulare il nesso funzionale solitamente attribuito agli artt. 41 e 47<sup>12</sup>, imponendo una chiave di lettura inversa dei principi normativi *ivi* contenuti. L'art. 47, pertanto, conterrebbe un principio d'apice nell'intervento programmatico del Governo sull'attività delle banche, giustificato non solo e non tanto dalla necessità di "funzionalizzarne" l'esercizio<sup>13</sup>, quanto dall'urgenza di imporre un vero e proprio controllo impositivo per tutti gli operatori del settore, benché mitigato

<sup>11</sup> Con la previsione di un obbligo di iscrizione nel registro delle imprese anche per gli imprenditori «*i quali esercitano attività bancaria*».

<sup>12</sup> L'iniziativa economica privata è garantita dall'art. 41 della Costituzione come «libertà» del cittadino, che si impone con carattere di generalità ed immediatezza prescrittiva nei riguardi sia degli altri cittadini sia dello stesso Stato.

In virtù di tale libertà chiunque può vedere riconosciuto il proprio diritto ad accedere sul mercato, ad esercitare in esso la propria «attività economica» e realizzare dinamicamente, in tal modo, la propria «iniziativa economica».

Vasta risulta la letteratura in argomento. Per tutti, LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl., op. cit.*, 380 ss., laddove nell'evidenziare la pluralità delle posizioni dottrinali, puntualizza come «mentre alcuni affermano che l'iniziativa si identifica con qualunque atto che esprime l'intento di raggiungere un fine economicamente rilevante, altri ritengono che sia soggetto attivo di vera iniziativa economica solo chi esercita attività di impresa, ed altri infine – ed è posizione in certo senso intermedia – che l'iniziativa economica di cui parla l'art. 41 Cost. sia solo quella di colui che promuove un'attività di produzione (e non di mera erogazione) finalizzata allo scambio».

La giurisprudenza costituzionale, dal canto suo, ha mostrato di aderire sostanzialmente alla prima di queste tesi, ma l'ha fatto in modo piuttosto disattento.

<sup>13</sup> La dottrina secondo la quale l'impresa bancaria sarebbe un'"impresa-funzione" riflette correttamente quanto indicato nella legge bancaria. Così, GIANNINI, *Problemi della banca come impresa*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1981, I, 391 ss.

Teoria questa che andava respinta, secondo quanto sostenuto da altra parte della letteratura in argomento, già alla luce dell'ordinamento costituzionale, il quale in linea di principio ravvisa nell'esercizio dell'attività d'impresa l'espressione di un diritto in difetto di norme positive che considerano l'attività bancaria alla stregua di una funzione.

Cfr., MINERVINI, *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, in *Riv. Dir. civ.*, 1958, I, 626 ss.; SANTINI, *Le teorie dell'impresa*, *Ibidem*, 1970, I, 405; GALGANO, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Tratt. Dir. comm.*, I, 511 ss.

dalla preminente finalità di evitare effetti negativi per i risparmiatori e per la collettività in seguito ad una gestione incontrollata<sup>14</sup>.

Secondo quest'impostazione allora la riserva di legge posta al c. 3 dell'art. 41, ne costituirebbe la naturale conseguenza in termini di espletamento del 'potere interventista' dello Stato sull'economia, cui prima si faceva riferimento, esercitato su espressa indicazione dello stesso Costituente. Tra l'altro, pur nella "sacralità" da quest'ultimo attribuita, anche tale *libertà* non è assoluta nel senso che non vale a porre l'imprenditore nella condizione di poter realmente fruire dell'autonomia riconosciutagli dal c. 1 dell'articolo in oggetto. Essa, infatti, trova un limite nel contemporaneo riconoscimento costituzionale di altre libertà, sul presupposto, in gran parte condiviso dalla dottrina in argomento, secondo cui «l'uguale sviluppo di tutte le libertà costituzionalmente garantite è condizione necessaria della piena realizzazione di ciascuna di esse»<sup>15</sup>.

La lettura armonizzata del secondo e terzo comma danno il senso di quanto sopra affermato.

La libertà economica deve assolutamente essere vista nell'ottica di una «libertà fra le libertà» che si realizza dialetticamente nel rapporto con gli altri privilegi concessi al cittadino: essa pertanto richiede un intervento programmatico, regolatore e di vigilanza da parte pubblica, allo scopo di rendere effettivo il principio di libera concorrenza<sup>16</sup>. Diversamente

---

<sup>14</sup> Sul punto, più specificatamente, COSTI, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, 2012, 250 ss., secondo cui era necessario applicare il dogma della "riserva di legge" (fissato dall'art. 41, c. 3, Cost.) anche all'attività bancaria, quale conseguenza del principio liberistico, ispiratore della legislazione del '26, che aveva portato - in assenza di controlli e nell'eccessiva immistione del capitale bancario (si rammenti come l'attività bancaria veniva esercitata su criteri di libero mercato) nell'attività d'investimento delle imprese - ai fatti ben noti della crisi bancaria del '29.

<sup>15</sup> In merito al convincimento che a tale condizione non si sottrae neppure la libertà di iniziativa economica privata, si veda, *amplius*, GALGANO, *La costituzione economica*, Vol. I, *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, Padova, 1977, 526 ss.

<sup>16</sup> Risulta condivisibile, come lo svolgimento dell'iniziativa economica non possa prescindere da un quadro di riferimento programmatico e di sviluppo delle altre libertà costituzionalmente garantite. In pratica l'intervento pubblico in questione, si pone quale necessario fattore di equilibrio tra le diverse libertà dei soggetti economici operanti sul mercato. In questo modo si garantisce la più volte richiamata 'libertà di iniziativa economica', la quale - calata in un contesto di economia di mercato - assicura le condizioni per un'effettiva competizione tra imprese quindi, il principio della libera competitività.

Sul punto, si veda tra tutti, GALGANO - RODOTÀ, *Rapporti economici*, t. II del *Commentario della Costituzione* diretto da G. BRANCA, Bologna, 1982, 7 ss.

In particolare, GALGANO, *La costituzione economica*, *op. cit.*, 512, secondo cui spetta allo Stato il compito di assicurare il funzionamento e lo sviluppo del sistema economico, insieme all'ulteriore onere - particolarmente accentuato dalla nostra Carta costituzionale - di coordinare

argomentando, l'esplicitazione della 'libertà di concorrenza' finirebbe con il costituire un corollario del principio della 'libera iniziativa economica privata', trovando piena attuazione nei numerosi e costanti interventi del legislatore nazionale e comunitario a garanzia di quel già accennato "corretto funzionamento" del mercato contro ogni eventuale rischio- criminalità<sup>17</sup>.

Da questo specifico angolo di osservazione, potrebbe essere corretto interpretare il principio di funzionalizzazione della proprietà privata sancito all'art. 42 Cost., come norma di chiusura, da cui deriverebbe l'ulteriore funzionalizzazione di quel tipo particolare di proprietà privata rappresentato dal diritto di esercitare un'impresa economica, ex art. 41 Cost., allorché, nel definire il carattere autonomo dell'iniziativa privata, se ne subordina tale svolgimento alla salvaguardia dell'interesse collettivo (c.d. "utilità sociale") ai fini della «sicurezza, libertà e dignità umana».

L'art.42 Cost., come noto, tutela il diritto di proprietà inteso nella sua accezione "dinamica". In effetti, lo scambio – esprimendo il profilo "dinamico" del bene economico – e l'esercizio del *diritto di proprietà* – inteso come profilo "statico" del suo godimento – sono momenti inscindibili nel funzionamento dell'economia di mercato e, dunque, non si può pensare di tutelare l'iniziativa economica senza garantire, conseguentemente, la proprietà dei beni<sup>18</sup>. In tal modo, viene assicurata l'effettività del

---

le esigenze dello sviluppo economico con quelle della giustizia sociale e del pieno sviluppo della persona.

<sup>17</sup> Il presupposto da cui si parte è che la concorrenza da sola non garantisce il bene pubblico della sicurezza economica, conseguenza questa ancora più evidente se si tiene conto del carattere marcatamente economico delle attuali fenomenologie dell'associazionismo criminale.

Per quanto riguarda la disciplina della concorrenza essa trova vigore nell'ambito di numerose norme del Codice civile, in particolare, agli artt. 2595-2601 anche con riferimento all'individuazione di specifiche sanzioni per gli atti di concorrenza sleale. Con l'emanazione della legge 10 ottobre 1990 n. 287, si è introdotto nel nostro ordinamento una serie di nuove disposizioni normative per la tutela della concorrenza e del mercato, specificando espressamente in apertura come si tratti di norme stabilite in attuazione dell'art. 41 Cost., a garanzia e tutela della libertà/diritto di iniziativa economica. Il rilievo, attribuito a siffatta disposizione legislativa, è costituito dal controllo delle intese restrittive della concorrenza, dagli abusi di posizione dominante e dalle concentrazioni.

In sede comunitaria, ritroviamo inoltre importanti direttive in materia di *antitrust*. In generale, il quadro normativo comunitario in materia è individuabile nei suoi aspetti essenziali negli artt. 81-90 TCE e si incentra sostanzialmente su quattro macro-settori d'intervento: la repressione degli accordi restrittivi della concorrenza (*trust*) e degli abusi di posizione dominante; il controllo delle concentrazioni tra imprese; la liberalizzazione dei settori economici soggetti a monopolio; il controllo degli aiuti di Stato.

<sup>18</sup> L'evidenziata relazione tra la garanzia costituzionale dell'iniziativa economica e quella della proprietà dei beni economici emerge dal fatto che, tra l'altro, è presente in entrambe le

riconoscimento della posizione giuridica fondamentale della proprietà privata, pur determinandone, ai sensi del c. 2 dell'art. 42 Cost., «i modi d'acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti».

A voler ulteriormente sintetizzare, l'iniziativa privata verrebbe tutelata dal dettato costituzionale non quale posizione del singolo (che si manifesta autonomamente) ma in quanto attività diretta a concorrere alla realizzazione di determinati fini sociali previsti dall'ordinamento istituzionale<sup>19</sup> dando luogo, secondo l'opinione dominante, ad un indispensabile raccordo sinergico tra momento pubblico e privato<sup>20</sup>.

A questo punto, il tema si mostra aperto a diverse possibilità di sviluppo anche in chiave comunitaria: il diritto inconfutabile delle libertà costituzionalmente protette andrebbe così misurato con l'ulteriore principio

---

due fondamentali norme in questione (artt. 41 e 42 Cost.) «*lo stretto collegamento con gli interessi sociali che è significativamente una costante nella gran parte delle norme costituzionali in materia economica*».

Così, LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, op. cit., 377, laddove l'autore si esprime ritenendo siffatto elemento di collegamento affiancato da un duplice ordine di fattori. Questi si sostanziano, da un lato, nel fatto che al pari dell'iniziativa economica, anche la proprietà dei beni economici può essere sia pubblica che privata e, dall'altro, nella circostanza secondo la quale vi è un espresso riconoscimento e una garanzia da parte della legge ordinaria, desumibile dall'art. 42, c. 2, Cost.

<sup>19</sup> Negli anni precedenti all'entrata in vigore della Carta Costituzionale del 1948, l'economia italiana era già caratterizzata da un massiccio intervento dello Stato, favorita anche dagli eventi bellici del tempo, il quale aveva consegnato gran parte del settore trainante dell'economia a società in mano pubblica. Si era passati, infatti, dall'ideologia politica economica dello Stato unificato, sostanzialmente basato sul liberismo, cioè improntato al principio del "non intervento pubblico nell'economia" (c.d. *laissez-faire*) in particolare in quei settori che tradizionalmente erano affidati alle imprese private.

Sulle ragioni e sulle conseguenze per il nostro sistema dell'istituzione di alcuni importanti enti pubblici economici, ancora ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, op. cit., 9 ss., allorché delinea una caratterizzazione destinata a connotare a lungo l'ordinamento italiano: la presenza della proprietà pubblica, da un lato, e la "specializzazione" dell'attività bancaria, dall'altro.

<sup>20</sup> La stessa dottrina dominante (NIGRO, VIGNOCCHI, PORZIO, CAPRIGLIONE) è unanime nel ritenere come attraverso la ricostruzione dello statuto dell'impresa bancaria in chiave dirigistica, si volesse porre fine al c.d. fenomeno della "nazionalizzazione dei rischi" e, nel contempo, si mirasse ad assicurare che l'impiego del risparmio e la politica degli investimenti fosse orientata verso finalità effettivamente coincidenti con i veri interessi della produttività e della maggiore espansione dell'economia nazionale.

Il risultato è ravvisabile in un passaggio da un principio liberistico nell'esercitare attività bancaria, all'estrinsecazione di scelte aziendali, imposte con atti amministrativi (c.d. "controllo amministrativo" dell'attività di erogazione del credito) idonee a realizzare una selezione di tale attività in conformità alle scelte di politica economica elaborate in sede di Governo.

*uniformatore* delle normative interne degli Stati europei ai più avanzati standard internazionali.

Esso (principio informatore) – attraverso l’indicazione di strumenti adeguati di lotta alla criminalità finanziaria – si è posto l’obiettivo primario di conseguire la piena implementazione della composita disciplina antiriciclaggio anche nel nostro ordinamento giuridico, come sarà dimostrato nel prosieguo della trattazione.

### **2.1. (Segue). Il richiamo ai principi espressi dagli artt.41-47 della Carta costituzionale ai fini di una valutazione esegetica**

L’esame della legislazione attraverso cui l’ordinamento giuridico nazionale ha storicamente attuato il principio costituzionale della ‘tutela del risparmio’, già da una rapida analisi, si presta ad alcune preliminari considerazioni, frutto anche dell’evolversi dei tempi e dunque dei mercati.

Invero, nel testo contenuto all’art. 1 del R.D.L. n. 375/36, la raccolta del risparmio e l’esercizio del credito sono considerati «funzioni d’interesse pubblico»: i due momenti, intrinsecamente collegati l’uno all’altro, risultano così finalizzati al perseguimento della tutela degli interessi di natura pubblica (quindi tutela della stabilità dell’intero sistema bancario) oltre alla contemporanea necessità d’imporre una verifica selettiva del credito, attraverso l’espletamento di quel citato “controllo amministrativo” dell’attività di erogazione del credito, da parte degli organi di settore.

L’identificazione della dimensione costituzionale della ‘*tutela del risparmio*’, delineato nel precedente paragrafo, diventa pertanto uno strumento utile per poter stabilire la concreta esecuzione di quanto stabilito dal diritto sostanziale, in relazione non solo al modello di sistema economico a quel tempo adottato, quanto, in particolare, alla qualificazione della forma di Stato<sup>21</sup>.

Si consacra in questo modo il “governo del credito” al potere centralizzato e dell’autorità statale diretto a «disciplina(re), coordina(re) e controlla(re) l’attività espletata dagli enti creditizi».

Orbene, la questione in merito agli scopi che i pubblici poteri devono perseguire nella disciplina dell’attività d’intermediazione si sposta, in una chiave di lettura più attuale, verso una necessaria divisione dei due momenti

---

<sup>21</sup> Per la distinzione tra “Stato ordinamento” e “Stato apparato”, si veda MODUGNO, *La dicotomia “Stato ordinamento” - “Stato soggetto” nel pensiero dei tre Maestri*, in CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, 2003, 42 ss.; ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, II ed., Milano, 1947, 64 ss.

del tradizionale esercizio dell'attività bancaria, dettata dal carattere estensivo - e non limitativo - del contenuto normativo dell'art. 47, c. 1, Cost. Pertanto, la tutela investirebbe il risparmio «*in tutte le sue forme*» in virtù della previsione, nel successivo c. 2, di modalità d'investimento dirette del risparmio ed alternative al circuito bancario<sup>22</sup>, indipendentemente - a rigore - dai suoi legami con la disciplina del credito.

Non è un caso, dunque, come la frequenza dei provvedimenti normativi approvati dal legislatore statale, intorno agli anni '90 - volti, direttamente o indirettamente, alla tutela del risparmio - abbia avuto effetto dal recepimento nell'ordinamento nazionale di direttive europee in materia di mercato dei valori mobiliari<sup>23</sup>, a conferma del fatto che il legislatore comunitario concepisce la 'tutela del risparmio' principalmente come forma di 'protezione degli investitori'<sup>24</sup>.

Una concezione questa la quale trova la sua massima espressione nella redazione del Testo Unico della finanza n.58 del 1998 laddove sostanzialmente si assiste ad un "adeguamento" della disciplina pubblicistica del mercato mobiliare alle esigenze d'integrazione del mercato europeo degli strumenti finanziari, con una modalità del tutto analoga a quella utilizzata per il sistema creditizio.

Seguendo tale impostazione sembra si possa concordare con quanto sostenuto da un'autorevole letteratura in argomento<sup>25</sup>, secondo cui le norme degli artt.41 e 47 Cost., vanno poste su due distinti piani senza considerare il

---

<sup>22</sup> L'ordinamento bancario dell'epoca appariva finalizzato alla realizzazione di obiettivi di politica economica volti, da un lato, a contrastare la svalutazione esterna della moneta nazionale e, dall'altro, ad assicurare la stabilità del sistema creditizio, mediante un articolato sistema di controlli. Pertanto, il mercato mobiliare e quello assicurativo non erano oggetto di alcun intervento legislativo considerato che il risparmio finanziario dei soggetti privati veniva affidato allo Stato ed alle imprese, attraverso, rispettivamente, la sottoscrizione di titoli pubblici e l'apertura di depositi bancari.

<sup>23</sup> Il riferimento normativo va alla legge 4 giugno 1985, n.281 in materia di mercato dei valori mobiliari e disposizioni per la tutela del risparmio, cui fa seguito la legge 29 dicembre 1990, n.428 «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (legge comunitaria per il 1990) di recepimento della Direttiva del Consiglio 279/79/CEE».

<sup>24</sup> In particolare il legislatore comunitario individua come strumenti indispensabili a garantire la protezione dell'investitore quelle misure che consentono allo stesso di "prendere le decisioni di investimento con piena cognizione di causa" a fronte della rischiosità degli investimenti in genere, e, in particolare, degli investimenti in valori mobiliari.

<sup>25</sup> In specie, COSTI, *L'ordinamento bancario, op. ult. cit.*, 252 ss.; ID., *Lo statuto dell'impresa bancaria e le recenti vicende del sistema creditizio*, in *Banca impresa società*, 1983, 3 ss.

contenuto delle stesse, come regola ed eccezione<sup>26</sup>. Cosicché, la necessità del controllo verrebbe determinata, per l'impresa bancaria, secondo principi generali fissati appunto dal c. 3 dell'art. 41 Cost. come per qualunque impresa privata volta ad espletare liberamente l'iniziativa economica.

Tra l'altro, il contenuto dell'art. 47 Cost. non riguarda i soggetti, ovvero, non disciplina le imprese che raccolgono ed erogano, quanto, piuttosto, l'esercizio dell'attività: in particolare i fenomeni del risparmio e del credito sono da considerare ipoteticamente collegati tra di loro in modo funzionale solo allorché si ritenga che il Costituente abbia voluto imporre il controllo del credito al precipuo scopo di tutelare quell'interesse primario rappresentato dalla raccolta del risparmio<sup>27</sup>.

A seguito della caduta dell'“oligopolio amministrato”, ovvero, dell'“impianto interventistico” sul credito da parte dello Stato – il quale sul piano euristico, per dirla con Carriero, segna il passaggio da un sistema chiuso a un'economia di mercato aperta alla concorrenza – si fa strada una visione più europeistica dei mercati alla quale va il merito di apportare una complessa metamorfosi del concetto di banca da «*istituzione protetta*» all'affermazione di un'«*attività d'impresa*» altamente efficiente ed orientata alla concorrenza<sup>28</sup>.

Tuttavia, fermo restando l'obiettivo del rafforzamento di tale principio costituzionale, residua – almeno in questa prima fase di trasformazione del concetto di “banca” e di “attività bancaria” – una certa ambiguità interpretativa dovuta ad una forzatura della legge bancaria piuttosto che ad un

<sup>26</sup> Così, se l'art. 47 Cost. rende doveroso un controllo sul credito - tanto che il riordino della disciplina bancaria e finanziaria non ha per nulla scardinato il sistema di vigilanza e gli equilibri istituzionali già in essere tra le due principali autorità di regolazione del mercato - la fonte dei vincoli imponibili all'impresa bancaria non affranca quest'ultima dalle garanzie della riserva (relative) di legge stabilite dall'art. 41 Cost.

<sup>27</sup> Una tesi largamente accettata dalla dottrina è stata quella che suggerisce, sul piano logico, l'inversione dell'ordine numerico dei due articoli. Così, PORZIO, *La disciplina giuridica dell'esercizio del credito*, Napoli, 1991, sicché per l'autore sarebbe l'art. 47 a precedere la norma dell'art. 41.

Il limite della tesi del PORZIO, secondo una posizione minoritaria, risiederebbe nella circostanza d'individuare la sola specificità dell'art. 47 nell'affermazione della *doverosità* della disciplina sull'esercizio dell'attività creditizia, posto che nell'articolo in questione non è presente una valutazione circa l'opportunità dell'intervento legislativo, il quale, invece, si riscontra chiaramente nel dettato dell'art. 41 Cost., benché rivolto verso imprecisati fini sociali.

<sup>28</sup> Sul concetto di oligopolio amministrato, cfr., CARRIERO, *Trasparenza bancaria, credito al consumo e tutela del contraente debole*, in *Foro it.*, 1992, V, 354 ss. Ancora sul punto, COSTI, *L'ordinamento bancario*, op. cit., 56 ss.

L'elemento di svolta verso il nuovo ordinamento bancario è segnato dall'emanazione del D.P.R. n.350/1985 che ha dato concreta attuazione alla prima direttiva comunitaria in materia creditizia (direttiva n.780/77/CEE).

suo adeguamento normativo alle direttive Ce, facendo leva sulla natura elastica delle disposizioni in essa contenute, con il risultato evidente di un' "amministrativizzazione" eccessiva della disciplina del settore bancario<sup>29</sup>. Va aggiunto, peraltro, come i precetti contenuti nelle varie leggi comunitarie in materia siano stati accolti, nel nostro ordinamento, attraverso una "rilegificazione" parziale e soprattutto casuale, suscitando non pochi problemi di coordinamento con il tessuto normativo della citata legge del '36, cui spetta l'arduo compito di coniugare il principio di stabilità del sistema finanziario con la sua efficienza e competitività.

Questi aspetti, che potrebbero sembrare mere disquisizioni formalistiche, evidenziano, invece, le difficoltà incontrata dal legislatore nell'agire direttamente sulla concezione stessa di risparmio sotto il profilo giuridico ed economico.

Solo quando la nozione di risparmio ha finito con il risentire fortemente dei mutamenti sociali - vuoi anche per effetto dell'adesione diretta ad un modello di mercato caratterizzato da un forte livello d'innovazione finanziaria e da processi di *securitization*, responsabili del cambiamento della finanza nazionale<sup>30</sup> - che contestualmente muta la stessa concezione giuridica della 'tutela del risparmio'. Essa risulta distinta, rispetto alla vetusta legge bancaria, per finalità ed oggetto e per una concezione sicuramente globale dei mercati la quale affonda le sue radici nel dettato dell'art. 117 Cost., predisposto nell'ambito della riforma costituzionale del 2001, creando così le premesse per un più stretto rapporto dell'ordinamento interno con il diritto comunitario e quello internazionale. In particolare, attraverso la norma contenuta al c. 2, l'art. 117, lett. e), Cost., il legislatore sembra chiaramente delineare i nuovi confini previsti per l'esercizio della tutela propendendo per una dimensione

---

<sup>29</sup> In tal senso, va inquadrata la disciplina del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, caratterizzato dall'attribuzione alla Banca d'Italia di potestà mancanti di base legislativa; nonché la regolamentazione, in via amministrativa, non solo dei rapporti *banca-industria*, ma anche dell'autorizzazione all'apertura di sportelli bancari, fondata sul principio del silenzio-assenso, il quale ha convertito l'autorizzazione esplicita, *ex art. 28 l.b.*, in un silenzio reso equipollente, *quoad effectum*, alla stessa autorizzazione in parola.

<sup>30</sup> Di conseguenza, la legislazione in materia di mercati finanziari che ne è derivata si è, a sua volta, sviluppata su un concetto privatistico di tale tutela. Essa, infatti, risulta legata non tanto al risparmio, quanto ai risparmiatori trasformati, di fatto, in "investitori" per l'appartenenza ad un sistema economico-finanziario con accesso a tutte le varie tipologie di strumenti finanziari presenti sui mercati.

*privatistica* del fenomeno, scandita da misure volte alla protezione del risparmiatore/investitore piuttosto che del risparmio *lato sensu*<sup>31</sup>.

L'individuazione della portata giuridica della disciplina contenuta nei suaccennati articoli presuppone, a questo punto, un'ultima riflessione circa la distinzione sistematica dei rispettivi momenti sottesi all'attività bancaria.

La lettura congiunta degli artt.10 e 11 del T.U.B. attribuiscono indubbiamente al profilo della "pubblicità" della raccolta un rilievo sostanziale nell'identificazione della fattispecie<sup>32</sup>, ripensando in chiave economica a quel fenomeno sociale che è il risparmio. Cosicché, l'ulteriore sussistenza dell'obbligo di rimborso<sup>33</sup>, come peraltro previsto dalle stesse direttive comunitarie in materia, si considera integrante il concetto di attività

<sup>31</sup> La conferma di tale interpretazione si ravvisa nella scelta del Costituente di legare insieme, nel contesto disciplinare del c. 2, lett. e), art. 117 Cost., sia la materia della tutela del risparmio sia quella dei mercati finanziari.

Anche la giurisprudenza sembra riconoscere la necessità d'individuare, in particolare, forme giuridiche specifiche di protezione per quei risparmiatori i quali investono nei mercati finanziari e, che, per la natura di tali mercati, sono sottoposti, in modo più o meno consapevole, al rischio finanziario.

Si veda, al riguardo, la Sentenza della Corte Costituzionale n.376 del 30 dicembre 2003, che, nell'occuparsi di alcune questioni di legittimità inerenti la legge finanziaria 2002, individua nell'articolo in oggetto «in particolare la disciplina delle forme e dei modi in cui i soggetti (...) possono ottenere risorse finanziarie derivanti da emissione di titoli o contrazione di debiti».

Inoltre, si richiama la sentenza della Corte Costituzionale del 13 gennaio 2004, in *Giur. cost.*, 1, 2004, 1 ss.; *Foro amm.* CDS 2004, 61; *Giur. it.*, 2004, 2234 ss., per i profili di rilevanza macroeconomica dell'intervento statale su queste materie specifiche.

<sup>32</sup> Una volta definita la natura della fattispecie, il T.U.B. passa a definire il carattere della disciplina, sottostante la fattispecie, stabilendo, in via di principio, la riserva di attività allorché si afferma all'art. 10, c. 2, che l'esercizio dell'attività bancaria è *riservata* alle banche, per poi vietare, al successivo art. 11, c. 2, che soggetti "diversi" dalle banche possano effettuare attività di raccolta del risparmio tra il pubblico. I successivi c. 3 e 4 dell'art. 11 devono essere letti in chiave interpretativa dell'espressione «raccolta del risparmio tra il pubblico», in quanto il legislatore stesso non solo ne delimita l'ambito, individuando quei fenomeni di raccolta tra il pubblico i quali, per loro natura, sfuggono alla riserva di attività (c. 3, lett. a e b) - e pertanto non possono essere considerati, *stricto sensu*, attività di raccolta tra il pubblico - ma indica, inoltre, quei fenomeni di raccolta (c. 4, lett. a, b, c, d) che, per varie ragioni, vengono esonerate dal principio di riserva delle attività in favore delle banche.

<sup>33</sup> Attraverso siffatta disposizione il legislatore sembra prendere coscienza del fatto che non esiste un concetto univoco definitorio della raccolta del risparmio, posto come essa potrebbe anche essere ricondotta, ad esempio, in un'attività di acquisizione del capitale di rischio, ovvero, del capitale azionario. In verità, con questa enunciazione di principio, il legislatore ha inteso prendere in considerazione le sole ipotesi di acquisizione del capitale con obbligo alla restituzione.

bancaria solo in quanto la raccolta in parola risulta realizzata «tra il pubblico»<sup>34</sup>.

Tuttavia, il legislatore affronta il problema della qualificazione del concetto di pubblico in termini negativi, avendo cura di specificare tassativamente tutti quei casi in cui, sulla base di limiti e criteri stabiliti dal CICR, non si è in presenza di una raccolta di risparmio tra il pubblico. Qui la norma dell'art. 11 T.U.B. si presta ad una duplice considerazione che non esclude, in via principale, lo sforzo chiarificatore compiuto dal legislatore speciale nel voler *razionalizzare* il concetto in parola.

Ciò posto, l'importanza delle suddette esclusioni non è da considerarsi di poco momento, poiché nell'affidare alla regolamentazione - mediante provvedimenti di natura amministrativa - la potestà di determinare i suddetti criteri e limitazioni, si è inteso disciplinare anche quelle forme di raccolta non strettamente collegate ad un interesse pubblicistico<sup>35</sup> ma, nondimeno, degne di tutela.

In altre parole, si è cercato di evitare che eventuali incertezze interpretative permettessero di porre in essere - al di fuori dei controlli e delle garanzie poste a tutela dei risparmiatori - forme di attività illecite<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Su posizioni alquanto diverse, altra parte della dottrina, FERRO LUZZI - CASTALDI, *La nuova legge bancaria*, vol. I, Milano, 1996, per cui le espressioni "raccolta" e "tra il pubblico" non si prestano ad interpretazioni univoche a meno che si voglia procedere attraverso un'interpretazione «funzionale» secondo la quale si intendono le suaccennate espressioni come raccolta tra «soggetti bisognevoli di tutela da parte dell'ordinamento».

In questo senso, pertanto, le disposizioni dei c. 3 e 4 dell'art. 11 T.U.B., pur essendo ben diverse tra di loro, chiarirebbero, soprattutto con riferimento alla prima disposizione, cosa debba intendersi con l'espressione, non sempre pacifica, di «raccolta tra il pubblico», dal momento che esclude dal novero di siffatta espressione quelle ipotesi per le quali non risulta necessario prevedere una speciale tutela dei propri interessi al di là di quella civilisticamente (vizi della volontà; azione di risoluzione del contratto e risarcimento del danno) e penalisticamente (denuncia per truffa, ecc.) prevista in via generale.

<sup>35</sup> Comunque, l'approccio legislativo all'individuazione della nozione di «pubblico» non risulta esaustivo. Infatti il legislatore nell'affermare in negativo la nozione di raccolta del risparmio tra il pubblico, ovvero, specificando cosa pur costituendo una forma di raccolta del risparmio esso stesso non presenti il profilo della pubblicità, ha preferito rimettere al CICR la concreta determinazione, in via amministrativa, delle condizioni di applicazione dell'esclusione, piuttosto che consacrarli in norme aventi forza di legge.

<sup>36</sup> Ad ogni modo, l'adozione di limiti e criteri legati all'attività o alla forma giuridica dei soggetti da parte del CICR ridurrebbe, secondo alcuni autori, notevolmente i margini di discrezionalità nella valutazione delle concrete situazioni e, comunque, ricondurrebbe a condizioni di certezza giuridica forme di raccolta del risparmio, quali ad esempio quella effettuata presso soci e dipendenti, molto compatibili con l'esercizio della raccolta del risparmio da parte delle banche

## 2.2. (*Segue*). L'incisività della normativa speciale sull'attività di raccolta del risparmio ed esercizio del credito.

Specularmente, il Testo Unico delle banche n.385 del 1993 non sembra risolvere la questione circa la definizione di 'esercizio del credito', lasciando immutate le incertezze interpretative che lo stesso art. 1 della vecchia legge bancaria aveva posto rispetto ad una precisa formulazione del concetto di raccolta del risparmio.

A tal proposito, mentre l'art. 11 citato ha previsto una regolamentazione puntuale di questo particolare momento dell'attività bancaria (con l'individuazione dei soggetti abilitati) non vi è, di contro, una norma altrettanto espressa per quanto riguarda l'erogazione del credito. Questo diverso atteggiamento del legislatore non dev'essere interpretato come una dimenticanza, ma quale esigenza di contemperare due diverse posizioni: quella di considerare anche l'erogazione del credito quale fenomeno d'interesse pubblico, da un lato, e di acclarare la sua natura di mero fatto economico, rispetto alla raccolta del risparmio (sia pure di indole sociale), dall'altro.

Non poteva inoltre sfuggire al legislatore speciale la circostanza secondo la quale, mentre la peculiarità del fenomeno della raccolta ha consentito di predisporre delle restrizioni ben precise a siffatto esercizio (inibizione per soggetti diversi dalle banche di acquisire fondi con obbligo di rimborso presso il pubblico), l'erogazione ne è stata esente dal momento che l'indicazione di limiti stringenti avrebbe comportato il rischio di condizionare l'operatività delle banche rispetto alle società finanziarie<sup>37</sup>.

Già in vigenza del precedente impianto normativo si era constatato, da parte della dottrina formatasi nel vigore della legge, come siffatta nozione non esaurisse l'intera gamma di attività potenzialmente espletate dalla banca, tant'è che si cercò di ampliare il concetto utilizzando categorie ambigue - tra cui quelle denominate attività «connesse e strumentali» o ancora riguardanti operazioni cosiddette «accessorie» - sul fondamento della duttilità del sistema bancario a rappresentare, di volta in volta, una pluralità di imprese (creditizie,

---

La fattispecie contemplata nella lett. *b*), c. 3, art. 11, T.U.B. si riferisce alla provvista effettuata nell'ambito di raggruppamenti societari.

<sup>37</sup> Ritornando all'espressione "esercizio del credito" resta comunque che anche nella formulazione del T.U.B. va ricavata un'interpretazione restrittiva di tale concetto, nel momento in cui si vuole definire "esercizio del credito" quelle sole operazioni per le quali la banca diventa creditrice nei confronti del prenditore del credito, a prescindere dal fatto che siffatte operazioni rientrino nel novero dei contratti definiti bancari dal codice civile.

Ancora COSTI, *L'ordinamento bancario, op. ult. cit.*, 211 ss.

finanziarie e assicurative) benché ristrette entro i vincoli operativi imposti dall'autorità di controllo<sup>38</sup>.

Ciò nonostante, il legislatore bancario non ha dato una definizione precisa ed univoca del concetto di esercizio del credito e questo lo si rinviene inequivocabilmente dal combinato disposto degli artt. 1, c. 2, e 10, c. 3, del Testo Unico, rispettivamente riguardanti l'elencazione delle attività ammesse al mutuo riconoscimento e la possibilità per le banche di esercitare, oltre all'attività bancaria, ogni altra attività finanziaria. Ora il punto sarebbe quello di individuare quali tra le attività indicate all'art. 1, c. 2, T.U.B., rientrino, a rigor di logica, nella nozione di esercizio del credito, dal momento che l'elenco non fa riferimento ad alcuna di esse con tale espressione<sup>39</sup>.

A prescindere da siffatte questioni esegetiche, la nozione in parola sembra svincolarsi dai criteri tipici del contratto di prestito - tradizionalmente inteso come trasferimento di una somma di denaro ad un soggetto con l'obbligo di restituzione - per ricomprendere tutti quei negozi i quali comportano un «accrescimento patrimoniale temporaneo dell'accreditato, accompagnato da un obbligo di restituzione di quest'ultimo verso l'ente accreditante»<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Sul punto per una prima descrizione dei “servizi bancari” si rinvia a CARRETTA, *La gestione dei servizi bancari*, Milano, 1981, 31 ss.; BELLÌ, *I servizi bancari*, in *Tratt. Dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, vol. XII, Torino, 1985, 941 ss.

<sup>39</sup> Il problema, posto in questi termini, sembra, però, circoscrivibile alle sole operazioni di leasing finanziario (n.3, c. 2, lett. f) e di rilascio di garanzie o impegni di firma (n.6, c. 2, lett. f).

Con riguardo al leasing finanziario, la stessa Cassazione, con una sentenza del 28/10/83, n.5390, aveva dichiarato che benché la stessa fosse da considerarsi una vera e propria operazione di prestito, il legislatore del T.U.B. aveva preferito inquadrala, giustamente, come un'attività finanziaria autonoma.

<sup>40</sup> Così, COSTI, *L'ordinamento bancario*, op. cit., 207.

A sottolineare l'importanza fondamentale del carattere “temporaneo” dell'accrescimento, cfr. anche BRESCIA MORRA, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2006, 47, allorquando individua quale elemento fondamentale della fattispecie creditizia “il tempo”, in linea con la dottrina tradizionale prevalente.

Sul punto, già VIVANTE, *Tratt. dir. comm.*, I, Milano, 1928, ove riteneva che far credito significasse fornire «una prestazione (principalmente in denaro) nella fiducia di una controprestazione futura», cui adde SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1953, 120 ss.; MESSINEO, *Caratteri giuridici comuni e classificazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1960, I, 330 e, da ultimo, FERROLUZZI, *Attività bancaria e attività delle banche*, in AA. VV., *Il Testo Unico bancario: esperienze e prospettive*, Roma, 1996, 60 e ss., che appunto riconduce il fenomeno creditizio nello schema “denaro-tempo-denaro”.

Ancora, sul punto, MOTTI, *Commento sub art. 10*, in AA.VV., *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Commento al d.lgs. 1° settembre 1993*, n. 385, Bologna, 2003, 173 ss., la quale propone, invece, un approccio microeconomico, che, ricondotto poi su un piano giuridico, la porta ad individuare quale caratteristica del “credito” bancario quella di

Definiti i parametri del concetto di attività bancaria, resta tuttavia da individuare la natura imprenditoriale della stessa<sup>41</sup>.

Si noti come, spesso, venga usata la dizione “intermediazione creditizia” per definire l’esercizio dell’attività bancaria. L’espressione, per quanto esatta, non sembra caratterizzare puntualmente l’espletamento di tale attività. Ed infatti, va ricordato come la sua peculiarità consiste proprio nel creare nuova moneta - sia pure in senso economico e non giuridico -rispetto a quella raccolta attraverso i depositi ed i risparmi. In altri termini, pur essendo il denaro l’oggetto finale dell’attività bancaria è altrettanto vero che l’ente creditizio non eroga lo stesso bene raccolto: il denaro verrebbe dunque a rappresentare quel bene strutturalmente e funzionalmente diverso da quello ricevuto, il che darebbe riprova della connotazione di “impresa di produzione” piuttosto che di semplice intermediario.

Poste le premesse, è opportuno, a questo punto, fare alcune brevi annotazioni.

La ‘tutela del risparmio’, in un sistema economico così concepito, ha rappresentato per il legislatore una sfida da cogliere individuando forme giuridiche idonee a proteggere gli investitori, del tutto assenti nel pregresso contesto disciplinare. Ma soprattutto ha reso sempre più urgente superare quelle asimmetrie regolamentari che hanno permesso- nel nostro Paese come in altre realtà economiche sparse nel mondo - di sviluppare “legislazioni di favore”, atte ad attrarre capitali ed investimenti dall’estero con inevitabili effetti distorsivi delle regole della concorrenza.

La delicatezza di siffatte questioni ha fatto emergere la frammentarietà e, non di rado, l’assenza (per taluni aspetti) di norme uniformi sull’attività dei soggetti bancari e finanziari e di nicchie di protezione come nei casi emblematici dell’esercizio bancario espletato, fino a qualche anno fa, nella Città Stato del Vaticano e nella Repubblica di San Marino, anche in presenza

---

determinare il sorgere per la banca di una pretesa pecuniaria nei confronti del cliente, indipendentemente dalle sorti economiche di quest’ultimo.

<sup>41</sup> Fermo restando come nell’esercitare i due momenti la banca risulti, in un certo senso, immune da ogni rischio d’impresa, vuoi perché essa è sicuramente un investitore esperto, attento a frazionare gli investimenti, vuoi perché lo stesso ordinamento predispone gli strumenti di garanzia del risparmio bancario (si pensi al già citato Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi).

Inoltre, lo stesso art. 10, c. 1, T.U.B. si preoccupa di attribuire un carattere d’impresa all’esercizio dell’attività bancaria, laddove per attività d’impresa si intende quell’attività di organizzazione e coordinamento di una serie programmatica di operazioni di raccolta e di erogazione di moneta sotto forma di capitale di credito.

di accordi organici con l'Italia a fondamento dei rapporti di 'reciproca collaborazione'<sup>42</sup>.

Nell'ottica del superamento di tale gap, come si avrà modo di dire, va ricondotta, l'azione del legislatore comunitario e di organismi internazionali tesa ad intervenire sulla protezione dei risparmiatori/investitori, mediante azioni "preventive" e/o "punitive" dell'operato dell'impresa di investimento - a fronte di comportamenti irregolari - ed ancora rendendo applicabili norme di trasparenza delle transazioni uguali per tutti.

### **3. Il contenuto del segreto bancario: dal "principio di segretezza" al sistema di cooperazione internazionale**

Il tema della segretezza bancaria - inteso, secondo una consolidata accezione, come diritto/dovere dell'ente creditizio di mantenere il riserbo sugli affari con la clientela e sulle notizie (a essa relative) apprese nell'esercizio dell'attività<sup>43</sup> - ha suscitato da sempre un grande interesse nel panorama internazionale, sia per il contenuto complesso che esprime(va) - riconducibile ai differenti interessi economici alla base di ogni ordinamento e alle disuguaglianze connesse al grado di tutela accordato (per non andare molto lontano dagli ambiti geografici nazionali, si rinvia a quanto già accennato con riguardo alle regolamentazioni vaticana e sammarinese, le quali conferivano a tale segreto un grado di legittimazione esplicita attraverso

---

<sup>42</sup> A riprova di ciò, vale la pena ricordare gli scandali finanziari (e anche politici) i quali a partire dall'"affaire Sindona" e al crac del Banco Ambrosiano hanno affollato le cronache italiane fino al 2013, anno in cui nell'esigenza di avviare opportune riforme, è stata istituita una Commissione d'inchiesta sullo IOR e un'altra Commissione, la COSEA, nominata per indagare sulle finanze del Vaticano. E' emersa una situazione di quasi totale assenza di trasparenza nei bilanci della Santa Sede causa di evidenti inefficienze dei sistemi di controllo e di conseguente difficoltà - da parte dell'ordinamento nazionale sull'onda degli accordi intrapresi - di garantire la tutela del risparmio nell'interpretazione più ampia data dell'art. 47, c. 1, della Carta Costituzionale.

Su questi particolari aspetti sia consentito il richiamo a RUSSO, *Il sistema bancario vaticano nel quadro delle disposizioni antiriciclaggio*, in *RTDE* n.3/2019, 297-355.

<sup>43</sup> Un segreto questo che pur non essendo previsto né disciplinato dal legislatore trovava comunque un suo riconoscimento giuridico da parte della dottrina e della stessa giurisprudenza, nell'art. 1 delle preleggi al codice civile, e specificatamente negli usi, quale fonte normativa del segreto bancario. Da ciò, ne scaturiva come la violazione dello stesso comportava sotto il profilo civilistico, la previsione di sanzioni, in quanto si poteva far rientrare siffatto comportamento illecito nell'ambito dell'art. 2043 c.c., il quale prevede la responsabilità delle parti di natura extracontrattuale per il danno causato, che, nella fattispecie del segreto in parola, riguarda anche il c.d. lucro cessante ovvero il danno patrimoniale arrecato alla parte lesa a seguito del comportamento illecito della banca.

specifiche norme di legge)<sup>44</sup> - sia soprattutto per gli effetti derivanti da un quadro legislativo che, pur globalizzato, presenta(va) forti asimmetrie sul versante della collaborazione tra gli Stati membri nel settore finanziario, in genere, e della movimentazione dei capitali, in particolare<sup>45</sup>.

L'evoluzione e l'internazionalizzazione dei mercati dei capitali e delle regole sulla trasparenza delle operazioni bancarie e finanziarie, entrambi fattori principali del cambiamento, hanno dunque imposto una chiave di lettura diversa di tale principio, non più circoscritto alla mera ricerca delle fonti da cui esso trae(va) origine e ai limiti di applicazione dello stesso<sup>46</sup>, ma esteso opportunamente alla necessità di realizzare sistemi di cooperazione tra i vari Paesi membri nel contrasto del *money laundering* internazionale: i fatti dell'11 settembre 2011 hanno infatti radicalmente cambiato lo scenario di riferimento accendendo i riflettori sul concetto di trasparenza e comunicazione volti a prevenire attività criminose e di stampo terroristico<sup>47</sup>.

La percezione via via sempre più chiara – non ultima determinata dal rapido sviluppo di una fitta rete di interrelazioni e di scambi – di un “rapporto di complementarità” tra lotta al terrorismo e esigenza di monitoraggio dei flussi finanziari (trasferimento di fondi, riciclaggio di denaro sporco, etc.), ovvero tra rischio di infiltrazioni della criminalità e esigenza di tutela del

<sup>44</sup> La valutazione del fenomeno sotto questo profilo è fin troppo ampia.

Ci si limita ad indicare, ai fini che qui interessano, la fonte normativa sammarinese a tutela del segreto bancario; cfr., legge n.165/2005 (LISF), il cui art. 36, c. 1-4, inserito nel Tit. VII del LISF, fa espressamente riferimento al segreto bancario e ai soggetti autorizzati vincolati al suo mantenimento. Mentre il c. 5, dell'articolo in oggetto, indica due casi tassativi di inopponibilità del segreto bancario (nei confronti dell'autorità giudiziaria penale e all'autorità di vigilanza nell'esercizio delle sue funzioni).

<sup>45</sup> Angolazioni del problema questi che indicano come il tema della segretezza bancaria sia stato per lungo tempo al centro dell'attenzione di istituzioni comunitarie e non, nell'intento di eliminare, o almeno di attenuare fortemente una serie di riflessi giuridico-economici (legati alla soluzione di problematiche di natura penale, civile e tributaria e all'espansione economica dei Paesi attraverso la raccolta di capitali) e internazionali, riguardanti la trasparenza delle transazioni illecite o sospette e di cooperazione tra Stati.

Per una completa disamina, cfr., CAPRIGLIONE, *Etica della finanza mercato globalizzazione*, Bari, 2004, 204 ss.

<sup>46</sup> Cfr., RIOLO, *Il segreto bancario in Italia e in Europa*, Conferenza presso la Scuola Ufficiale Arma dei Carabinieri, Roma 12 marzo 1989.

<sup>47</sup> In molti ordinamenti nazionali ciò si è tradotto nell'adozione di sistemi di *policy* interna per il monitoraggio delle transazioni e impiego di misure in caso di sospetto di riciclaggio di denaro o di legami con organizzazioni criminali. Dalla necessità pratica di trovare strumenti idonei a porre in luce comportamenti sospetti di un cliente sono stati elaborati sistemi elettronici di *scoring* (*scoring system*) che fanno scattare l'allarme in presenza di transazioni caratterizzati da determinanti fattori di rischio, ai quali viene assegnato un certo valore.

sistema bancario e finanziario, ha comportato un ulteriormente affievolimento del diritto individuale al segreto bancario in ambito internazionale, a favore di impianti normativi e di strumenti di contrasto più efficaci ed adeguati. Lasciando opportunamente ampi margini di manovra all'operato di magistrature e autorità di vigilanza correttamente funzionanti<sup>48</sup> e a possibili valutazioni di merito in ordine all'opponibilità del segreto bancario all'autorità civile, penale e fiscale del singolo Paese: ne è emersa una realtà composita soprattutto con riguardo a situazioni di carattere civile, laddove tale "riservatezza" è stata derogata *in toto* o, in altri casi, revocata in parte in presenza di determinate disposizioni (spesso difformi) nel contesto dei vari ordinamenti; mentre in sede di indagini svolte dal magistrato penale tale segreto (come pure quello professionale) ha incontrato ulteriori eccezioni<sup>49</sup>.

È d'uopo aggiungere inoltre come, pur non costituendo una minaccia per la sicurezza internazionale e il corretto funzionamento dei mercati, sono stati considerati comunque illeciti una vasta gamma di comportamenti i quali rinvenivano nel segreto bancario "forte" una delle principali protezioni: trattasi dei fenomeni di evasione fiscale che vanno dalla semplice sottrazione di redditi alla vera e propria frode.

In questo caso e a differenza dei reati legati al riciclaggio di denaro - i quali hanno trovato nella Comunità internazionale fin da subito incisivi sistemi di collaborazione - la diversità dei sistemi fiscali e, non ultima, la palese reticenza di alcuni ordinamenti nei confronti di un proficuo scambio di informazioni ha fatto del segreto bancario, fino a poco tempo fa, uno elemento di impenetrabilità nei conti bancari di molti cittadini<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Una lucida analisi dell'intreccio tra fenomeni di criminalità e sistema finanziario è stata elaborata da URBANI, *Disciplina antiriciclaggio e ordinamento bancario*, in CAPRIGLIONE (a cura di), *Saggi e monografie di Diritto dell'Economia*, Padova, 2005.

Ed ancora sui rapporti tra globalizzazione e fenomeni di criminalità organizzata soprattutto in campo economico, cfr., FERRARO, *Globalizzazione, criminalità e sicurezza economica*, in *Riv. Guardia di Finanza*, 2003, 747 ss.

<sup>49</sup> Importante ricordare alcuni esempi di *policy* interna, adottati da molte banche a livello internazionale e diretti al monitoraggio delle transazioni, all'accettazione delle relazioni d'affari, alle misure da intraprendere in caso di sospetto di riciclaggio di denaro. Nell'ambito di tali misure vi è, da un lato, la ricerca di un equilibrio tra le aspettative delle autorità giudiziarie degli organi di polizia e, dall'altro, la tutela effettiva degli interessi economici dell'azienda.

<sup>50</sup> La tendenza prevalente è stata quella di non consentire deroghe, anche se l'atteggiamento delle varie legislazioni bancarie, laddove tale segreto veniva custodito, si è nettamente distinto tra autorizzazione all'accesso di notizie coperte dal segreto bancario - unicamente in relazione ad indagini di natura penale (riguardanti pure reati tributari) - e autorizzazione ad effettuare indagini di tipo amministrativo subordinate però al grado di discrezionalità o meno dell'autorità fiscale nel richiedere documenti e informazioni.

Le forti ripercussioni delle leggi di contrasto, dall'inizio degli anni '90 a seguito dell'introduzione delle norme antiriciclaggio<sup>51</sup>, ha creato le condizioni per l'affermarsi tanto del concetto di «collaborazione attiva» - in conseguenza dell'intensificarsi della lotta all'evasione fiscale e al riciclaggio di denaro - quanto del principio di «cooperazione internazionale» per il contrasto alla criminalità economica, ponendo fine alla lunga stagione delle deroghe, traducibili in vere e proprie leggi, giustificate dalla necessità di accedere alle notizie in possesso delle banche<sup>52</sup>.

Senonché, dall'angolo visuale dell'interpretazione evolutiva della disciplina di settore, il segreto bancario non si atteggia più - in termini positivi - quale dovere comportamentale imprescindibile (sia pure in mancanza di un riscontro normativo oggettivo), ma risulta definito - in negativo - entro lo spazio normativo non occupato dalle disposizioni di legge che ne definiscono esplicitamente i limiti<sup>53</sup>.

Una conferma formale della regressione del segreto bancario attiene al contenuto normativo dell'art. 7 del T.U.B., laddove l'obbligo di «riservatezza» (riconducibile al più generale segreto d'ufficio)<sup>54</sup> risulta ora temperato sia

Sia consentito un rinvio, a RUSSO, *Voluntary disclosure su contanti e cassette di sicurezza all'estero. Luci ed ombre di una procedura "stralciata" dalla legge di bilancio 2019*, in questa *Rivista* n.19/2019, 198 ss., laddove vengono spiegate le ragioni che hanno decretato l'"abbattimento" del segreto bancario a favore dello scambio automatico di informazioni finanziarie, quale nuovo standard globale nel contrasto del *money laundering* internazionale e nella lotta all'evasione transnazionale.

<sup>51</sup> La legge n.197/1991 ha ribaltato i termini del rapporto "autorità settoriali-sistema finanziario" il quale, fino agli inizi degli anni '90, era caratterizzato da una forma di collaborazione basata sulle deroghe al segreto bancario.

<sup>52</sup> Così, ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, op. cit., 59 e ss. Secondo l'autore, la previsione di uno scambio di informazioni tra autorità di vigilanza del mercato finanziario, nazionali ed estere, non sembra in realtà porre in essere alcuna deroga, in quanto le previsioni contenute ai c. 5-10 dell'art. 7 T.U.B. «compongono una sorta di assimilazione tra autorità di controllo tra di loro omologhe che vigilano su terreni contigui sia sotto il profilo dei mercati che sotto il profilo dei soggetti vigilati e che sono, per altro e complementare aspetto, tutte tenute ad omologhi regimi di segreto, che tutelano anche le notizie ricevute da altre autorità».

<sup>53</sup> Uno di questi nasce proprio dall'ingresso in Italia delle direttive europee (a partire dalla prima direttiva antiriciclaggio 91/308/CEE recepita quasi contestualmente con D.L. n.143/91, convertita in Legge 197/91). Esse hanno considerato in una prospettiva inedita i profili inerenti il tema trattato, facendo del segreto stesso una materia per così dire "plasmabile" i cui contenuti sono mutati con il mutare del tempo e della normativa, attraverso il nascere di nuovi istituti giuridici e nuove tutele.

<sup>54</sup> L'analisi non può prescindere da una comparazione tra il disposto dell'art. 7 del T.U.B. rubricante «segreto d'ufficio e collaborazione tra autorità» e la previsione del vecchio art. 10 della legge bancaria, considerato che da una siffatta lettura coordinata ne discendono alcune considerazioni.

dall'obbligo di collaborazione tra le diverse autorità nazionali - a motivo della complessità dei soggetti bancari e finanziari presenti sul mercato - sia, *a fortiori*, dalla necessità di confrontarsi con i competenti organismi europei in un'ottica comunitaria dell'attività d'intermediazione<sup>55</sup>.

La rivoluzione regolamentare di Basilea ha poi aperto un'ulteriore breccia nella roccaforte del segreto bancario: la circolazione delle informazioni sulla meritevolezza del credito e sulla solvibilità dei soggetti finanziari costituisce un limite all'opponibilità del segreto d'ufficio tra gli operatori bancari, data anche la consolidata prassi della circolazione delle informazioni interbancarie<sup>56</sup>.

#### **4. Le novità apportate dalle Direttive antiriciclaggio in tema di cooperazione tra autorità**

Il cambio di paradigma nel sistema delle deroghe al segreto bancario, che vale la pena qui ricordare si esauriva nella semplice adesione alle richieste di documentazione bancaria (avanzate per fini penali, fiscali ed antimafia), ha

---

Va precisato che il riferimento al segreto bancario nell'ambito delle norme a tutela del segreto d'ufficio, si giustifica, come pure in passato, non nell'assimilazione delle due figure, peraltro completamente diverse, quanto nel fatto che l'elemento in comune è rinvenibile nella *doverosità* da parte dei soggetti, vincolati ad un dato comportamento, a non divulgare le notizie in loro possesso. Cioè, il segreto d'ufficio può essere considerato come un obbligo nei confronti dei dipendenti della P.A. o di enti pubblici (come nel caso degli Ispettori della Banca d'Italia), mentre il segreto bancario attiene al potere-dovere dell'impresa bancaria a non divulgare notizie che sono in suo possesso, nell'ambito dell'espletamento della sua attività.

Pertanto, tale potere dev'essere ravvisato nella possibilità della banca di negare la concessione di tutte quelle notizie riguardanti il suo rapporto con la clientela in merito alla loro consistenza patrimoniale, a meno che vi sia una specifica legge ordinaria, o anche dietro espressa richiesta da parte di altri organi della P.A.

<sup>55</sup> Alle stesse conclusioni si perviene confrontando l'art. 78 della vecchia legge bancaria con l'art. 87, c. 5, del T.U.B. a proposito di accertamento dei crediti nella procedura di liquidazione coatta amministrativa, ove all'espressa dizione «allo scopo di tutelare il segreto bancario» viene sostituita la generica espressione «l'elenco non viene messo a disposizione» ancora presente nella formulazione attuale.

<sup>56</sup> Sul ruolo della Centrale dei rischi si rinvia ancora una volta a COSTI, *L'ordinamento bancario, op. ult. cit.*, 575 ss., e *ivi* per la bibliografia in argomento. L'autore, nell'evidenziare la disciplina amministrativa oggi vigente sulla base della delibera della Banca d'Italia del 29 marzo 1994, precisa come tale provvedimento abbia rimosso una precedente "ipocrisia" normativa, per cui i dati forniti all'organo di vigilanza, come quelli che essa doveva comunicare alle banche, erano soggetti all'obbligo del segreto d'ufficio, *ex art. 10 l.b.* anche le confronti degli stessi affidati. La delibera citata adotta invece un diverso approccio precisando che la Banca d'Italia, e le banche partecipanti alla Centrale dei Rischi, possono comunicare i terzi le informazioni registrate a loro nome.

dato sempre più spazio - come accennato poc' anzi - a forme di collaborazione attiva frutto di un'intensa attività normativa in materia di prevenzione dei reati di riciclaggio. Sia attraverso l'adempimento formale ad obblighi di identificazione, registrazione, conservazione di dati, controllo dei mezzi di pagamento, sia mediante l'espletamento di una vera e propria attività valutativa delle operazioni finanziarie e, allo stesso tempo, l'implementazione di specifici meccanismi di controllo e di approfondimento.

Tale ampiezza di poteri ha inevitabilmente inciso sul rapporto con la clientela: le banche sono state chiamate ad attenzionare tanto le caratteristiche personali non soltanto dei soggetti "affidati", ma anche della vasta gamma dei depositanti, assicurati, investitori - attraverso una più accurata identificazione anagrafica - quanto l'esatta percezione del profilo economico e finanziario, elementi insieme idonei a costituire un patrimonio informativo utilizzabile ai fini del contenimento del rischio, ed ancora, per un efficace controllo di gestione ed una migliore efficienza allocativa dei propri prodotti<sup>57</sup>.

La norma prevede un'analiticità a tutto tondo nella disciplina dell'"adeguata verifica" della clientela rivolta specificamente agli operatori finanziari indicati sulla base delle modifiche apportate, ai quali è richiesta una maggiore trasparenza, attraverso il ricorso a criteri più stringenti per identificare il cliente effettivo e valutare le alee legate ad operazioni sospette.

La metodologia di riferimento per l'attuazione dell'accertamento della clientela si fonda sul c.d. 'approccio basato sul rischio' (di riciclaggio di danaro e di finanziamento di attività terroristiche). In pratica, la verifica dev'essere realizzata commisurando i pericoli associati al tipo di cliente - acquisito mediante un rapporto continuativo o il compimento di un'operazione - avendo cura che i sistemi valutativi risultino omogenei, tracciabili ed adeguati rispetto ai rischi rilevati in concreto<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Vanno valutati, in questo senso, gli aspetti positivi e le opportunità forniti alle banche dall'antiriciclaggio. Infatti tale legge non solo ha favorito una migliore percezione all'esterno dell'immagine e dei contenuti operativi distintivi dell'ente creditizio; ma ha consentito altresì l'instaurazione tra le parti di un rapporto personalizzato, basato sulla conoscenza approfondita, sulla consulenza e sulla più accorta comprensione e soddisfacimento delle esigenze della clientela. Ciò consente, in caso di eventuali incongruenze rispetto alla normale operatività del cliente, di procedere all'eventuale segnalazione.

Così, RAZZANTE, *Il riciclaggio come rischio tipico dell'intermediazione finanziaria*, in *Diritto Bancario*, n. 2, 2008, 1-20.

<sup>58</sup> Da un punto di vista operativo, le banche e gli intermediari finanziari devono provvedere ad una sorta di "profilatura della clientela" sulla base delle informazioni acquisite e delle analisi effettuate a seguito dei parametri valutativi indicati dalle stesse istruzioni della Banca d'Italia<sup>58</sup>, in modo da dimostrare alle autorità di vigilanza di settore che la portata delle misure adottate è

Sul tema dell' 'adeguata verifica' della clientela, la normativa antiriciclaggio ha stretto ulteriormente le maglie rendendo applicabili misure più complesse ogniqualvolta sussiste un elevato rischio di riciclaggio e/o finanziamento del terrorismo, derivante da specifiche previsioni normative, ovvero, dall' autonoma valutazione del destinatario stesso<sup>59</sup>. L'adozione di siffatte misure, in caso di verifica rafforzata consiste in provvedimenti caratterizzati da maggiore profondità, estensione e frequenza, nelle diverse aree che possono andare dall' acquisizione di informazioni ulteriori rispetto ai dati identificativi ordinariamente previsti (ad esempio, possono essere acquisite ulteriori informazioni sull' esecutore e il titolare effettivo) fino a riguardare l' aumento dell' intensità e della frequenza del monitoraggio nel controllo continuo.

Strettamente connesso a tale obbligo di verifica è l'ulteriore comportamento teso a conservare i documenti, i dati e le informazioni utili a prevenire, individuare o accertare eventuali attività di riciclaggio, nel rispetto dei principi della normativa nazionale ed europea in materia di tutela e protezione dei dati personali<sup>60</sup>.

Anche l'obbligo di segnalazione all'UIF delle operazioni sospette si incunea in questo rivalutato rapporto tra cliente e la banca superando l'ultima,

---

adeguata all'entità del rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, ai fini della segnalazione di operazioni sospette.

<sup>59</sup> I casi di misure rafforzate specificamente previsti dal decreto antiriciclaggio sono rappresentate dall'operatività a distanza (senza la presenza fisica del cliente come nel caso di *Internet Banking*); da persone politicamente esposte (soggetti residenti all'estero che abbiano rivestito cariche pubbliche); dai conti di corrispondenza con enti corrispondenti di Stati extracomunitari; nel caso di operazioni di versamento di contanti o valori provenienti da altri Stati; qualora sia inviata alla UIF la segnalazione di operazione sospetta. In quest'ultimo caso, il destinatario applica misure rafforzate almeno fino a quando la UIF comunichi di non aver dato alcun seguito alla segnalazione.

La necessità di misure di adeguata verifica si rendono necessarie altresì in relazione al ricorso a prodotti, operazioni, tecnologie che possano aumentare il rischio di riciclaggio e/o finanziamento del terrorismo (ad es. favorendo l'anonimato). Infine, secondo le istruzioni in parola anche l'utilizzo di banconote di grosso taglio (euro 500 ed euro 200) presentano un maggiore rischio di riciclaggio e/o di finanziamento del terrorismo, in quanto agevola il trasferimento di importi elevati di contante rispetto alle banconote di taglio minore, favorendo le transazioni finanziarie non tracciabili. Le istruzioni in commento ricordano, in proposito, che gli intermediari devono avvalersi degli indicatori di anomalia delle operazioni potenzialmente sospette e dei modelli e degli schemi rappresentativi di comportamenti anomali diffusi dalla UIF, ai sensi dell'art. 6 del d. lgs. 231/07.

<sup>60</sup> A questo fine va conservata sia copia dei documenti acquisiti in occasione dell' *adeguata verifica* della clientela sia l'originale ovvero copia avente efficacia probatoria delle scritture o delle registrazioni inerenti le operazioni.

sia pure velata, esigenza di riconducibilità ad un criterio prioritario di “riservatezza” delle informazioni.

Ovviamente il contesto da cui promanano le informazioni costituisce il *discrimen* tra riserbo e informativa: oggetto dell’obbligo segnaletico sono le informazioni possedute o acquisite dai destinatari delle norme nell’ambito dell’ordinaria attività svolta (senza che essi si facciano carico di compiti investigativi) legate esclusivamente a un giudizio puramente tecnico di valutazione degli elementi oggettivi e soggettivi che caratterizzano le operazioni individuate. Solo successivamente vengono riferite a un soggetto e valutate da un operatore qualificato, chiamato a verificarne la coerenza con il profilo finanziario del cliente al fine di individuare le possibili deviazioni; il che, in altri termini, consente di vagliare adeguatamente la propria clientela e di cogliere le illogicità o le incongruenze tra il profilo economico del cliente e le prestazioni da questo richieste<sup>61</sup>.

Va comunque ricordato, per completezza, che la segnalazione dell’operazione sospetta non costituisce una denuncia di reato e, quindi, non rappresenta una “notizia di reato”, ma una forma di collaborazione doverosa richiesta a soggetti dotati di conoscenze e competenze tecniche in grado di agevolare l’accertamento di eventuali illeciti penali. Ciò costituisce uno spunto per le indagini, in seguito al quale un atto pre-investigativo potrà trasformarsi, eventualmente, in una *notitia criminis*<sup>62</sup>.

Oltre all’individuazione delle situazioni di maggiore rischio che impegna sul fronte interno le autorità di settore, anche mediante l’ausilio della nuova figura dell’”Organismo di autoregolamentazione”<sup>63</sup>, l’introduzione della IV

<sup>61</sup> Sul punto, l’UIF ha precisato che i segnalanti sono chiamati a fornire un’accurata e completa rappresentazione delle operazioni e dei soggetti, qualificando altresì in modo puntuale i motivi del sospetto.

Cfr., Provvedimento UIF del 4 maggio 2011.

<sup>62</sup> Talvolta, la segnalazione di operazione sospetta esaminata dall’UIF, e trasmessa agli organi investigativi, potrebbe anche costituire un elemento di valutazione idoneo a far scattare l’avvio di un procedimento penale nei confronti del soggetto segnalato. Quest’ultimo non potrà peraltro avanzare alcuna pretesa risarcitoria nei confronti del segnalante, il quale ha adempiuto in buona fede il dovere di collaborazione previsto dalla disciplina antiriciclaggio. Infatti, l’art. 41, c. 6, del novellato d. lgs. n.231/2007 stabilisce che «le segnalazioni di operazioni sospette [...] se poste in essere per le finalità previste e in buona fede, non comportano responsabilità di alcun tipo».

<sup>63</sup> Cfr., art. 3 della IV Direttiva antiriciclaggio che lo descrive come «un organo che rappresenta i membri di una professione e svolge un ruolo nella loro regolamentazione, nell’espletamento di alcune funzioni a carattere di controllo o di vigilanza e nel garantire il rispetto delle norme che lo riguardano».

Direttiva antiriciclaggio<sup>64</sup> ha dato una maggiore vigenza al principio di cooperazione - già posto a deroga di quel segreto d'ufficio sancito dall'art. 7 T.U.B. - tra le autorità investigative dei diversi Paesi. Lo scopo nella nuova disciplina è aggiornare le normative nazionali degli Stati membri ai più avanzati standard internazionali e conseguire la piena efficacia della regolazione antiriciclaggio fornendo ai singoli sistemi ordinamentali adeguati strumenti di lotta alla criminalità finanziaria<sup>65</sup>.

In tema di cooperazione internazionale la IV Direttiva dispone che, in deroga all'obbligo del segreto ufficio, la UIF può scambiare informazioni e collaborare con analoghe autorità degli altri Stati preposte all'esercizio delle medesime funzioni<sup>66</sup>, a condizione di reciprocità anche per quanto riguarda la "riservatezza" delle informazioni, potendo a tal fine stipulare protocolli d'intesa: oggetto di scambio saranno le informazioni finanziarie tra cui i saldi dei conti, gli interessi, i dividendi e i ricavi derivanti dalla vendita dei beni<sup>67</sup>.

Nell'ultimo decennio, il continuo avanzamento tecnologico ha favorito - a motivo non solo delle pesanti inefficienze, dovute all'accennata asimmetria legislativa tra i Paesi, ma anche e soprattutto, a causa di tecniche di anonimato nell'uso dei prodotti finanziari divenute sempre più sofisticate<sup>68</sup> - un contesto nel quale le organizzazioni criminali hanno potuto sfruttare le cosiddette "aree

---

<sup>64</sup> Cfr., Direttiva Ue 2015/849 del Parlamento europeo, recepita in Italia con d.lgs. n.90/2017 ed entrata in vigore il 4 luglio 2017.

<sup>65</sup> Non vi è dubbio come una tale ampiezza di scopi abbia richiesto un' incisiva attività di revisione e integrazione della materia per il superamento di tutte quelle faglie nei sistemi di protezione dei singoli Paesi, responsabili del mancato o scarso tracciamento dei flussi di denaro, che sempre più velocemente si muovono tra i confini nazionali.

<sup>66</sup> La cornice normativa internazionale è costituita oltre che da una articolata gerarchia di fonti - rappresentata da convenzioni internazionali e norme europee - anche dal coinvolgimento di organismi di natura governativa e tecnica che a livello internazionale sono parti attive nella prevenzione e nel contrasto del riciclaggio del finanziamento del terrorismo. Si pensi al GAFI, al Gruppo Egmont, al Moneyval, nonché al Comitato antiriciclaggio dell'Unione Europea.

<sup>67</sup> Con riferimento ad ogni *reportable account*, i Paesi aderenti si impegnano a scambiare, in via automatica su base annuale, le informazioni concernenti i dati identificativi del titolare del conto, il suo saldo (o valore corrente), il numero identificativo della relazione bancaria e i dati identificativi dell'istituto finanziario.

<sup>68</sup> L'esigenza di incrementare il sistema di tutele in ambito finanziario contro il riciclaggio ed il finanziamento del terrorismo si era fatto sempre più stringente con il ripetersi di numerosi attacchi terroristici. La circostanza aveva così spinto la Commissione europea, nel dicembre 2015, ad adottare tale proposta di direttiva oltre ad un piano di azione per rafforzare la lotta contro il finanziamento del terrorismo. L'idea che è alla base della proposta di direttiva è utilizzare i flussi finanziari per seguire le tracce dei terroristi ed impedire agli stessi di trasferire altri fondi ed altri beni.

Cfr., Gazzetta Ufficiale Unione Europea C202/2016, Art. 288, disponibile all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex:12016E288>

grigie” dei vari sistemi legali e regolamentari, utilizzando per finalità criminali strumenti perfettamente leciti in origine come le monete elettroniche e virtuali<sup>69</sup>.

Si è dato pertanto avvio, con la V Direttiva antiriciclaggio 2018/843, ad un processo di revisione dei meccanismi di contrasto alle attività criminali e terroristiche in chiave moderna, con un approccio comprensivo teso soprattutto ad estendere l’ambito di applicazione della segnalazione e del contrasto del fenomeno del riciclaggio anche ai prestatori di servizi di scambio e di portafoglio digitale, prima del tutto esenti da tali obblighi.

La Direttiva, nel superare i limiti operativi della precedente regolazione, mette in campo un’opera di revisione delle misure volte a garantire la trasparenza delle operazioni finanziarie. Potenziando, a tal fine, le capacità delle singole UIF nazionali<sup>70</sup> nell’ottenere informazioni idonee ad associare gli indirizzi delle valute virtuali all’identità del legittimo proprietario<sup>71</sup>, considerata l’ampia diffusione delle stesse quali strumenti finanziari alternativi con cui gruppi terroristici finanziano e gestiscono i flussi di denaro e di beni dentro e fuori l’UE.

Restano tuttavia ancora presenti non solo significative differenze tra le varie unità europee in termini di funzioni, competenze e poteri - che tendono a limitare una comunicazione fattiva ed un vero scambio di informazioni - ma anche una congerie di norme nazionali, le quali disciplinano in modo diverso l’applicazione della direttiva e i singoli reati presupposto.

Spetterà dunque ai singoli Stati uniformarsi quanto più possibile ai principi sanciti dal legislatore comunitario allo scopo di dotare ciascun ordinamento di una regolazione sistematizzata e, quindi, più coordinata ed efficace in relazione alle indagini finanziarie<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> L’argomento è stato esaustivamente trattato da URBANI, *La disciplina antiriciclaggio alla prova del processo di digitalizzazione dei pagamenti*, in RUSSO (a cura di), *L’evoluzione dei sistemi e dei servizi di pagamento nell’era del digitale*, Atti del Convegno nazionale in ricordo del prof. Giuseppe Restuccia, Padova, 2019, 71-87.

<sup>70</sup> Sul nuovo ruolo delle UIF nell’ambito della V Direttiva antiriciclaggio, si rimanda all’indirizzo web [https://uif.bancaditalia.it/pubblicazioni/quaderni/2018/quaderni-1-2018/Quaderno\\_I\\_2018.pdf](https://uif.bancaditalia.it/pubblicazioni/quaderni/2018/quaderni-1-2018/Quaderno_I_2018.pdf)

<sup>71</sup> Sull’utilizzo anomalo di valute virtuali, si veda BANCA D’ITALIA - Unità d’Informazione Finanziaria (UIF), *Bollettino di Vigilanza n.1 del 30 gennaio 2015*.

Ancora in dottrina, LA ROCCA, *La prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo nelle nuove forme di pagamento. Focus sulle valute virtuali*, in *Analisi Giuridica dell’economia*, 2015, issue 1, 201 ss.; CAPACCIOLI, *Riciclaggio, antiriciclaggio e bitcoin*, in *Il fisco*, n.46/2014, 4562 e ss.; PASSERELLI, *Bitcoin e antiriciclaggio* in <https://www.sicurezza nazionale.gov.it>

<sup>72</sup> Una UIF, pur in siffatto contesto, non dovrebbe astenersi o rifiutare lo scambio di

Una finalità questa la quale non può non identificarsi, in ultima analisi, con quell'ulteriore interesse che è la 'tutela del risparmio' visto nell'accezione più ampia attribuita dal nostro Costituente come valore "economicamente" e "socialmente" rilevante e traducibile nella necessità di difendere non tanto il binomio risparmio-credito *tout court*, di cui all'art. 47 Cost., quanto l'elemento in cui esso si traduce – ovvero la liquidità monetaria<sup>73</sup> – che acquista, nell'ottica fin qui esaminata, un'accentuata specificità rispetto a quella riguardante l'"attività economica" in generale anche, e non ultimo, per le sue ricadute sulla disciplina della prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo.

---

informazioni spontaneo o su richiesta con un'altra unità per ragioni quali una mancata identificazione di un reato presupposto associato, le caratteristiche del diritto penale nazionale, le differenze tra definizioni (di reati presupposto associati) o l'assenza di un riferimento (a determinati reati presupposto associati).

<sup>73</sup> Sul punto, NIGRO - GHEZZI - MERUSI, *Rapporti economici*, t. III, in *Commentario della Costituzione* diretto da G. BRANCA, *op. cit.*, 154 ss., nel sottolineare come «l'art. 47 abbia inteso, infatti, disciplinare congiuntamente sia il risparmio che, correlato al credito, entra a far parte della liquidità monetaria, sia il risparmio che non rifluisce nella liquidità [...] del quale vengono poi favorite, nel secondo comma, alcune particolari destinazioni, considerate socialmente rilevanti».



**I CONTROLLI PUBBLICI SULL'ACCESSO AL MERCATO  
CREDITIZIO E SULLA CRESCITA TERRITORIALE DELLE BANCHE:  
VECCHI PRINCIPI E NUOVE COMPLESSITÀ ALLA LUCE  
DELL'ATTUAZIONE IN ITALIA DEL SSM<sup>o</sup>**

**Alessandro Benocci**

*Ricercatore di Diritto commerciale,  
Università degli Studi di Pisa*

*La regolamentazione bancaria attribuisce alle pubbliche autorità poteri di controllo sia sulla nascita delle banche sia sulla relativa crescita territoriale, che - tipicamente - può avvenire mediante stabilimento di succursali ovvero mediante prestazione di servizi. Su questi temi, le prime due direttive comunitarie portarono a compimento un processo di riforma che si concluse con l'affermazione del principio del mutuo riconoscimento delle licenze bancarie e dei derivati principi di libertà di stabilimento e di libertà di prestazione dei servizi che, nel tempo, hanno dato prova di sostanziale efficacia. La crisi finanziaria e l'evoluzione del mercato bancario hanno imposto un ripensamento dei meccanismi di vigilanza, che tuttavia non ha messo in discussione i vecchi principi, ma ne ha ridisegnato parzialmente i contorni introducendo complessità tali, da richiedere uno nuovo sforzo di sistemazione del dato normativo, anche a seguito dell'attuazione in Italia delle disposizioni del Single (ma non sempre "simple") Supervisory Mechanism.*

*Banking regulation grants public authorities supervisory powers over both the birth of banks and their territorial growth, which typically can take place by establishing branches or by providing services. On these issues, the first and the second EEC directives introduced the principle of mutual recognition of bank licenses and the derived principles of freedom to establish branches and freedom to provide services that, over time, have proven effective. The financial crisis and the evolution of the banking market have imposed a rethinking of the supervisory mechanisms. However, this has not called into question the old principles, but has partially redesigned their outlines, by introducing such complexities as to require a new effort to systematize legal data, also following the implementation in Italy of the provisions of the Single (but not always "simple") Supervisory Mechanism.*

**Sommario:**

1. Premessa
2. I controlli sull'accesso al mercato creditizio
3. I controlli sulla crescita territoriale della banca mediante articolazione dell'impresa bancaria
  - 3.1. Lo stabilimento di succursali di banche italiane
  - 3.2. Lo stabilimento in Italia di succursali di banche comunitarie
  - 3.3. Lo stabilimento in Italia di succursali di banche extracomunitarie
4. I controlli sulla crescita territoriale della banca mediante espansione dell'attività bancaria
  - 4.1. La prestazione di servizi da parte di banche italiane
  - 4.2. La prestazione di servizi in Italia da parte di banche comunitarie
  - 4.3. La prestazione di servizi in Italia da parte di banche extracomunitarie
5. Considerazioni conclusive

---

<sup>o</sup> Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

## 1. Premessa

La specialità dell'impresa bancaria rispetto all'impresa di diritto comune dà conto della specialità della relativa regolamentazione anche sotto il profilo dei controlli pubblici cui una banca è soggetta: rispetto ad un'impresa di diritto comune anche esercitata in forma collettiva, una banca è infatti sottoposta a controlli pubblici diversi e maggiori. Il ruolo istituzionale affidato alla banca dal suo collocamento nel mercato finanziario - quello cioè di erogatore di fondi tendenzialmente a lungo termine in favore dei settori in *deficit*, gravato dall'obbligo di restituzione a vista dei risparmi raccolti nei confronti dei settori in *surplus* - impone alla banca stessa di garantire la selezione dei soli soggetti meritevoli di affidamento, per ridurre i rischi di recupero del credito erogato e i conseguenti rischi di liquidità e per evitare quindi che il pubblico dei risparmiatori avverta una riduzione delle proprie garanzie e dia luogo alla diffusione di fenomeni di panico bancario e, con essi, a spaccature non risarcibili nel sistema dei pagamenti e nell'intero sistema economico e produttivo: tali circostanze hanno allora indotto il legislatore a sottoporre la banca ad una fitta rete di controlli pubblici a miglior tutela degli interessi, anch'essi pubblici, coinvolti dalla presenza *sic et simpliciter* di una banca<sup>1</sup>.

Limitandoci ai soli controlli pubblici di tipo amministrativo, il legislatore ha tradizionalmente previsto che la pubblica amministrazione esercitasse nei confronti dell'impresa bancaria dei controlli non solo *ex post* (cioè con funzione di accertamento di illeciti e di irrogazione di sanzioni) né solo *in itinere* (cioè con funzione di monitoraggio e presidio), ma anche *ex ante*: il legislatore prevede cioè che la pubblica amministrazione eserciti nei confronti dell'impresa bancaria anche dei controlli preventivi che, tipicamente, si risolvono nei procedimenti di rilascio o meno dell'autorizzazione all'accesso al mercato creditizio e alla modifica delle condizioni di presenza della banca sullo stesso mercato creditizio. Tra i primi, vi è senz'altro il controllo esercitato dalle autorità di vigilanza sui costituendi enti creditizi in sede di autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria. Tra i secondi, vi sono i controlli esercitati dalle medesime autorità di vigilanza sugli enti creditizi già costituiti non solo in sede di modifica dei relativi assetti proprietari o dei

---

<sup>1</sup> Cfr. FAMA, *What's Different about Banks?*, in *J. Mon. Econ.*, 1985, 35; SCHUMPETER, *Business Cycles: a Theoretical, Historical and Statistical Analysis of the Capitalist Process*, London-New York, 1939, 107-123; ONADO, *La banca come impresa*, Bologna, 2004, 243 ss.; PORZIO, *Le imprese bancarie*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Buonocore, Torino, 2006, 113 ss.; BENOCCI, *Fenomenologia e regolamentazione del rapporto banca-industria. Dalla separazione per soggetti alla separazione per ruoli*, Pisa, 2007, 24-25.

relativi statuti in senso lato (si pensi per esempio all'autorizzazione all'acquisizione di partecipazioni rilevanti in una banca *ex art. 19 t.u.b.* o all'autorizzazione ad una fusione o ad una scissione bancaria *ex art. 57 t.u.b.*), ma anche in occasione della loro possibile crescita territoriale<sup>2</sup>.

Il legislatore italiano qualifica dunque la banca in ragione di un esercizio dell'attività bancaria non solo riservato, ma anche necessariamente autorizzato, e la regolamentazione bancaria disciplina non solo la nascita di nuovi enti creditizi, ma anche la loro eventuale crescita territoriale, che - tipicamente - può avvenire tramite "articolazione dell'impresa bancaria" (cioè mediante stabilimento di sedi locali della banca, per mezzo delle quali la stessa banca presta i propri servizi sul territorio) ovvero tramite "espansione dell'attività bancaria" (cioè mediante prestazione di servizi, effettuata direttamente dalla banca sul territorio). Come noto, nascita e crescita di una banca sono oggetto di un'attenzione da parte del legislatore comunitario che si è manifestata nell'affermazione del principio del mutuo riconoscimento delle licenze bancarie e nei derivati principi comunitari di libertà di stabilimento e di libertà di prestazione dei servizi: il nuovo *Single Supervisory Mechanism* non ne ha affatto messo in discussione la portata, ma li ha parzialmente ridisegnati mediante l'introduzione di alcune regole di estremo dettaglio e una redistribuzione di competenze particolarmente complessa che - a seguito della recente attuazione in Italia delle disposizioni del Meccanismo di Vigilanza Unico (MVU) - giustificano uno sforzo di risistemazione del rinnovato dato normativo, che non può prescindere da uno sguardo alla regolamentazione in materia anche nelle sue linee evolutive.

## 2. I controlli sull'accesso al mercato creditizio

Con riferimento ai controlli pubblici sull'accesso al mercato creditizio, si ritiene che, storicamente, sia stata l'accelerazione della crisi della banca mista durante i primi anni Venti del secolo scorso ad indurre il legislatore a porre un presidio, già, nel momento dell'accesso al mercato bancario<sup>3</sup>. In effetti, è con i provvedimenti per la tutela del risparmio del 1926 (r.d.l. n. 1511/1926 e r.d.l. n. 1830/1926) che fu fissato per la prima volta nel nostro ordinamento il principio in forza del quale, per poter essere legittimamente esercitata,

---

<sup>2</sup> Cfr. BELLI, *Corso di legislazione bancaria. Legislazione bancaria italiana (1861-2010)*, Pisa, 2010, 21 ss.; COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012, 193-194.

<sup>3</sup> In questo senso, cfr. BELLI, *Corso di legislazione bancaria*, cit., 130.

l'attività bancaria dovesse essere anche autorizzata. L'art. 2 del r.d.l. n. 1511/1926 prevedeva infatti che «le società e gli altri enti esercenti il credito e le ditte bancarie in genere» non potevano «iniziare le operazioni (...) se non ne [avessero] ottenuta autorizzazione con decreto dal Ministro per le finanze, di concerto col Ministro per l'economia nazionale, sentito il parere dell'Istituto di emissione» (cioè della Banca d'Italia), mentre l'art. 5 del r.d.l. n. 1830/1926 fissava la condizione principale al ricorrere della quale si poteva chiedere ed ottenere un'autorizzazione all'inizio delle operazioni bancarie e infatti prevedeva un capitale minimo che si diversificava a seconda della forma giuridica adottata e dell'ambito geografico di operatività del costituendo ente creditizio (50 milioni di lire per società di capitali, società cooperative, società di persone e ditte individuali con attività interregionale; 10 milioni di lire per società di capitali, società cooperative, società di persone e ditte individuali con attività regionale; 5 milioni di lire per società di capitali, società di persone e ditte individuali con attività provinciale; 300 mila lire per società cooperative con attività provinciale). Con riferimento ai provvedimenti per la tutela del risparmio del 1926, si può quindi osservare: (i) che l'autorizzazione bancaria era concepita come “singola” autorizzazione all'inizio delle operazioni bancarie; (ii) che l'autorizzazione era rilasciata dal Ministro delle finanze di concerto con il Ministro per l'economia nazionale, e quindi da un organo politico, sentito solo il parere dell'organo tecnico Banca d'Italia; (iii) che per ottenere l'autorizzazione, il costituendo ente creditizio poteva assumere una delle varie forme giuridiche offerte dall'ordinamento per l'esercizio delle attività d'impresa commerciale in generale (non solo società di capitali e cooperative, ma - si è visto - anche società di persone e ditte individuali) e versare un capitale minimo fissato direttamente dalla legge in via primaria; (iv) che nel rilasciare l'autorizzazione, la pubblica autorità poteva esercitare un grado di discrezionalità abbastanza ridotto<sup>4</sup>.

Il principio secondo il quale l'attività bancaria può essere legittimamente esercitata solo se autorizzata dalla pubblica autorità è confermato anche dalla legge bancaria del 1936-1938 (r.d.l. n. 375/1936, conv. nelle leggi nn. 141/1938 e 636/1938). L'art. 28 della legge bancaria del 1936-1938 prevedeva infatti che le aziende di credito «non [potevano] costituirsi, né iniziare le operazioni (...) se non ne [avessero] ottenuto l'autorizzazione dall'Ispettorato per la difesa del risparmio e per l'esercizio del credito», con precisazione che il neocostituito IDREC aveva la facoltà «di determinare l'ammontare del capitale o del fondo di dotazione minimo cui doveva essere subordinata la

---

<sup>4</sup> Sul punto, cfr. POLSI, *Stato e Banca centrale in Italia*, Roma-Bari, 2001, 116.

costituzione di nuove aziende di credito» e che le nuove aziende di credito potevano costituirsi solo in forma di società anonima o in accomandita per azioni ovvero di società cooperativa per azioni a responsabilità limitata. Con riferimento alla legge bancaria del 1936-1938, si può quindi osservare: (i) che l'autorizzazione bancaria diveniva "duplice" autorizzazione alla costituzione dell'ente creditizio e all'inizio delle operazioni bancarie; (ii) che l'autorizzazione era rilasciata dall'IDREC (organo diretto dal Governatore della Banca d'Italia, ma posto alle dipendenze di un Comitato di Ministri economici presieduto dal Capo del Governo) e quindi era rilasciata da un organo tecnico, ma politicamente non indipendente; (iii) che per ottenere l'autorizzazione, il costituendo ente creditizio doveva assumere la forma giuridica di società di capitali o cooperativa e versare un capitale minimo fissato dall'IDREC in via secondaria; (iv) che nel rilasciare l'autorizzazione, la pubblica autorità poteva esercitare un grado di discrezionalità particolarmente elevato. Sotto quest'ultimo profilo, va osservato che, effettivamente, la legge bancaria del 1936-1938 non poneva alcun limite in ordine agli interessi che l'IDREC poteva considerare ai fini del rilascio o meno dell'autorizzazione e consentiva anzi che l'IDREC tenesse conto di tutti gli elementi di ordine anche politico che rendevano opportuno o meno l'ingresso di un nuovo operatore sul mercato creditizio, coerentemente con la configurazione allora in auge dell'impresa bancaria come impresa-funzione<sup>5</sup>. L'elevato grado di discrezionalità attribuito dalla legge alla pubblica autorità in fase di rilascio dell'autorizzazione non rappresentava tuttavia un problema solo dal punto di vista operativo (soprattutto in termini di sindacabilità giurisdizionale), ma anche dal punto di vista dogmatico: nonostante che l'art. 28 della legge bancaria del 1936-1938 qualificasse espressamente il provvedimento da esso contemplato come "autorizzazione", la dottrina si è infatti divisa tra chi continuava a qualificarlo effettivamente come un'autorizzazione (cioè come un atto della pubblica autorità che rimuove un ostacolo all'esercizio di un diritto preesistente in capo al soggetto privato)<sup>6</sup> e chi lo qualificava invece come una concessione (cioè come un atto della pubblica autorità che trasferisce al soggetto privato la facoltà di esercitare

---

<sup>5</sup> Sul punto e sulla possibilità per la pubblica autorità di tener conto di quelle che poi la successiva regolamentazione bancaria europea qualificherà come "condizioni economiche del mercato", cfr. GIANNINI, *Intorno all'autorizzazione all'apertura di sportelli*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1950, 308; FERRI, *La validità attuale della legge bancaria*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, 135; COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 2012, 327.

<sup>6</sup> Cfr. PRATIS, *La disciplina giuridica delle aziende di credito*, Milano, 1977, 183.

un'attività altrimenti riservata allo Stato)<sup>7</sup>, anche se - viene sottolineato - il problema era forse mal posto, perché la distinzione tra autorizzazione e concessione non dipende tanto dal diverso grado di discrezionalità esercitabile dalla pubblica autorità (che può in realtà essere elevato anche in presenza di un'autorizzazione), quanto dalla circostanza se la facoltà di esercitare l'attività bancaria sia riconosciuta dalla pubblica autorità a titolo originario ovvero a titolo derivativo: e se sul punto poteva sorgere qualche dubbio finché rimase in vigore la legislazione fascista, l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana del 1948 e il conseguente riconoscimento delle libertà personali ed economiche impose una lettura "costituzionalmente orientata" della legislazione vigente, che indusse la maggioranza della dottrina a ritenere che, nonostante l'ampia discrezionalità, il diritto di esercitare l'attività bancaria era preesistente in capo al soggetto privato e che il provvedimento contemplato dall'art. 28 della legge bancaria del 1936-1938 rimuoveva quindi solo un ostacolo al suo esercizio, compatibilmente con la sua espressa qualifica di "autorizzazione"<sup>8</sup>.

Anche dopo il 1948, le autorità creditizie fecero quindi ampio uso della discrezionalità concessa loro dalla legge, sia pur dovendo tener conto di interessi costituzionalmente più circoscritti quali erano - e sono tuttora - i fini sociali in generale indicati dall'art. 41 Cost. e la tutela del risparmio in particolare, sacralizzata all'art. 47 Cost. Anzi, fu proprio durante il secondo dopo guerra che, forse ancor più che immediatamente dopo l'entrata in vigore della legge bancaria del 1936-1938, le autorità creditizie posero le basi di una politica restrittiva in materia di accesso al mercato bancario; e ciò, al fine di dare discontinuità alla proliferazione di imprese bancarie che, soprattutto sotto la vigenza dei provvedimenti del 1926, aveva determinato forti difficoltà per la stabilità del sistema bancario e per la tutela del risparmio. Proprio a questo fine, il Comitato interministeriale per il credito e il risparmio (nato nel 1947 sulle ceneri del Comitato dei Ministri istituito con la legge bancaria del 1936-1938) deliberò - nel 1966 - che la Banca d'Italia (che nel frattempo aveva sostituito l'IDREC assorbendone il potere di rilasciare le autorizzazioni in conformità delle deliberazioni del CICR) sospendesse momentaneamente il rilascio delle autorizzazioni «per favorire un processo di razionalizzazione del sistema bancario» e - nel 1971 - che la Banca d'Italia potesse riprendere il rilascio delle autorizzazioni solo per la costituzione di nuove società

---

<sup>7</sup> Cfr. GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, 1939, 720.

<sup>8</sup> Cfr. PIRAS, *Gli stabilimenti bancari nella dinamica dei rapporti d'impresa*, Milano, 1975, 80.

cooperative aventi la forma di casse rurali e artigiane «per consentire l'accesso al credito ai residenti di comuni di modeste dimensioni in cui non fossero presenti sportelli bancari». Il blocco delle autorizzazioni e il piano di forte controllo strutturale sull'accesso al mercato creditizio determinò una chiusura del sistema bancario, i cui argini vennero però meno dalla metà degli anni Ottanta, sotto la spinta - sul piano sostanziale - dell'introduzione di elementi di concorrenza per l'ingresso nel mercato di nuovi intermediari finanziari non bancari e di succursali di banche estere e - sul piano formale - della necessità di dare attuazione alla prima direttiva comunitaria in ambito bancario (la direttiva 1977/780/CEE oggi confluita nella direttiva 2013/36/UE)<sup>9</sup>.

La prima direttiva bancaria imponeva infatti agli Stati membri che, nel rilasciare le autorizzazioni, le autorità nazionali di vigilanza avrebbero dovuto limitarsi ad accertare la sussistenza o meno di requisiti oggettivi predeterminati, individuati (a) nell'esistenza di fondi propri minimi, (b) nell'esistenza di fondi propri non solo minimi, ma anche distinti da quelli dei proprietari dell'ente creditizio e quindi nell'assunzione di forme societarie riconducibili alle società di capitali o alle società cooperative a responsabilità limitata o agli enti pubblici, (c) nell'esistenza di un programma di attività che precisasse struttura organizzativa e tipologia delle operazioni che si intendeva porre in essere e (d) nella presenza negli esponenti aziendali di un adeguato livello di esperienza e di onorabilità. La prima direttiva bancaria prevedeva soprattutto che, nella valutazione delle richieste di autorizzazione, le autorità nazionali di vigilanza non avrebbero potuto tener conto delle «esigenze economiche del mercato» né tanto meno avrebbero potuto negare un'autorizzazione facendo appello ad esigenze di razionalizzazione del mercato bancario o di politica economica. La direttiva si poneva in netto contrasto con la legislazione italiana vigente e infatti consentiva agli Stati membri che, come l'Italia, legittimavano un ampio uso di discrezionalità tecnica nei procedimenti amministrativi preordinati al rilascio di autorizzazioni bancarie, di beneficiare di un periodo transitorio per adeguare la relativa normativa. Questo spiega perché l'Italia abbia definitivamente attuato la prima direttiva comunitaria solo diversi anni dopo, con l'entrata in vigore del d.P.R. n. 350/1985, nell'ambito del quale - per la prima volta - sono venuti meno nella legislazione italiana i parametri riconducibili alle esigenze economiche del mercato, per essere sostituiti dalla necessità che la Banca d'Italia tenesse conto esclusivamente della presenza di requisiti oggettivi riconducibili a quelli pretesi dalla direttiva. La nuova normativa è di

---

<sup>9</sup> Cfr. POLSI, *Stato e Banca centrale*, cit., 145 ss.; COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 329.

straordinaria importanza sia disciplinare sia sistematica. Dal primo punto di vista, si può infatti osservare: (i) che l'autorizzazione bancaria torna ad essere concepita come "singola" autorizzazione (ma né alla costituzione dell'ente creditizio né all'inizio delle operazioni bancarie, bensì) all'esercizio dell'attività bancaria; (ii) che l'autorizzazione è rilasciata dall'organo tecnico Banca d'Italia; (iii) che per ottenere l'autorizzazione, il costituendo ente creditizio deve possedere i requisiti oggettivi determinati dalla legge; (iv) che nel rilasciare l'autorizzazione, la pubblica autorità deve limitarsi ad accertare la presenza o meno di requisiti oggettivi senza poter esercitare alcun grado di discrezionalità, con la conseguenza che l'autorizzazione cessa di essere concepibile come atto discrezionale sostanzialmente sottratto al sindacato giurisdizionale e, in presenza dei requisiti oggettivi fissati dalla legge, diviene "atto dovuto", la cui negazione soggiace al necessario controllo del giudice. Dal secondo punto di vista, venivano meno le incertezze in ordine alla natura giuridica del provvedimento che, a pieno titolo, era ora annoverabile nella categoria concettuale delle autorizzazioni, conformemente al *nomen iuris* attribuito espressamente dalla legge; ma, sempre dal punto di vista sistematico, la normativa di recepimento della prima direttiva segna un momento di forte discontinuità con il passato anche con riferimento alla delimitazione degli interessi tutelabili in seno al procedimento autorizzatorio: non possono infatti più essere valutate le condizioni economiche di mercato; la Banca d'Italia non può più quindi utilizzare il potere di rilasciare le autorizzazioni bancarie per pianificare la struttura del mercato del credito; l'impresa bancaria cessa di essere impresa-funzione e assume anche normativamente i tratti distintivi dell'impresa-diritto<sup>10</sup>.

Tuttavia, il d.P.R. n. 350/1985 non porta definitivamente a termine l'opera di attuazione della prima direttiva. Per giungere ad una collocazione stabile della disciplina dell'autorizzazione, è infatti necessario attendere il breve passaggio del d.lgs. n. 481/1992 e la successiva entrata in vigore del testo unico bancario di cui al d.lgs. n. 385/1993 e del suo art. 14. L'art. 14 t.u.b. si muove senz'altro sulla scia di quanto previsto dalla prima direttiva comunitaria e dal d.P.R. n. 350/1985, ma - rispetto a questi provvedimenti - introduce comunque degli elementi di novità sotto diversi punti di vista. Si vedrà infatti: (i) che l'autorizzazione bancaria continua ad essere configurata

---

<sup>10</sup> Cfr. PORZIO, *La legislazione bancaria di attuazione della direttiva Cee 77/780. Prime riflessioni*, in *Mezzogiorno d'Europa*, 1985, 383 ss.; COSTI, *Autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria e costituzione di enti creditizi*, in *Giur. comm.*, 1986, 567 ss.; NIGRO, *Il d.P.R. n. 350 del 1985 e la legge bancaria: l'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1989, 15 ss.; BELLI, *Corso di legislazione bancaria*, cit., 217.

come “singola” autorizzazione all’esercizio dell’attività bancaria, ma con sostanziale valore costitutivo; (ii) che l’autorizzazione continua ad essere rilasciata da un organo tecnico, ma l’organo originariamente competente (cioè la Banca d’Italia) sarà sostituito dalla Banca Centrale Europea che ora rilascia l’autorizzazione su proposta della Banca d’Italia; (iii) che per ottenere l’autorizzazione, il costituendo ente creditizio continua a dover possedere requisiti oggettivi, ma la loro determinazione sarà oggetto di ampia delegificazione ai sensi del comma 4-*bis* della disposizione; (iv) che nel rilasciare l’autorizzazione, la pubblica autorità continua a dover limitarsi ad accertare la sussistenza o meno dei requisiti oggettivi, ma con precisazione che l’autorizzazione può essere negata se, nonostante la sussistenza dei requisiti oggettivi, non risulti garantita la «*sana e prudente gestione*»; l’autorizzazione continua quindi ad essere configurabile come atto tendenzialmente dovuto, ma il testo unico bancario introduce un c.d. “concetto valvola” che consente all’autorità di vigilanza di utilizzare legittimamente un criterio di valutazione sostanzialmente discrezionale che, in definitiva, non scompare e che risulta essere di difficile sindacato giurisdizionale, come confermato non solo dalla dottrina, ma inesorabilmente anche dalla giurisprudenza<sup>11</sup>.

L’attuale versione dell’art. 14 t.u.b. esordisce confermando come l’autorizzazione debba configurarsi come atto tendenzialmente dovuto: stabilisce infatti che essa «è rilasciata» quando ricorrano le sette condizioni elencate dal comma 1. Per completezza dell’indagine, merita rammentarle telegraficamente:

a) la prima condizione è che sia adottata la forma di società per azioni o di società cooperativa per azioni a responsabilità limitata; la disposizione è chiara e porta a compimento un processo di restrizione delle forme organizzative utilizzabili dall’imprenditore bancario<sup>12</sup>;

---

<sup>11</sup> Cfr. AMOROSINO, *Commento all’art. 14 t.u.b.*, in CAPRIGLIONE - PELLEGRINI - SEPE - TROIANO (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Milano, 2018, 183; ANTONUCCI, *Commento all’art. 14 t.u.b.*, in BELLI - LOSAPPIO - PORZIO - RISPOLI - SANTORO (a cura di), *Il testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, 156 ss.; diversamente, si veda COSTI, *L’ordinamento bancario*, cit., 329; in giurisprudenza, si veda *ex multis* TAR Lazio, 9 aprile 2010, n. 6185, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2011, 331, con nota di BENOCCI, la quale ha affrontato la questione dell’apprezzamento rimesso dalla legge alla Banca d’Italia in merito alla sana e prudente gestione statuendo che tale apprezzamento è riconducibile alla categoria delle c.dd. “valutazioni tecniche complesse” per le quali è escluso un sindacato giurisdizionale caratterizzato dalla possibilità di sostituzione della valutazione del giudice a quella precedentemente effettuata dalla Banca d’Italia.

<sup>12</sup> I provvedimenti del 1926 consentivano infatti che l’attività bancaria potesse essere esercitata in forma di società di capitali, società cooperative, società di persone e anche in forma

b) la seconda condizione è che la sede legale e la direzione generale siano situate nel territorio della Repubblica italiana; la disposizione è altrettanto chiara e ha evidente finalità antielusiva<sup>13</sup>;

c) la terza condizione è che il capitale versato sia di ammontare non inferiore a quello determinato dalla Banca d'Italia (attualmente, 10 milioni di euro per le banche società per azioni e per le banche popolari e 5 milioni di euro per le banche di credito cooperativo), in modo da tener conto sia dell'esigenza di non ostacolare l'accesso al mercato di nuovi operatori sia di assicurare adeguati mezzi finanziari alle banche nella fase d'inizio dell'attività<sup>14</sup>;

d) la quarta condizione è che venga presentato un programma concernente l'attività iniziale, unitamente all'atto costitutivo e allo statuto.

---

di imprenditore individuale. La legge bancaria del 1936-1938 consentiva che l'ente creditizio assumesse la forma di società di capitali o di società cooperativa. La prima direttiva comunitaria e il d.P.R. n. 350/1985 di attuazione consentivano l'uso della forma di società di capitali, di società cooperativa a responsabilità limitata o di enti pubblici. Il d.lgs. n. 481/1992 e il testo unico bancario - concludendo il processo di privatizzazione formale e sostanziale delle banche italiane inaugurato dalla legge Amato del 1990 - non contemplano più la possibilità di utilizzare la forma dell'ente pubblico (tanto è vero che l'art. 151 è rubricato «*Banche pubbliche residue*» tra le quali può oggi essere annoverato il solo Istituto per il Credito Sportivo), confermano la possibilità di utilizzare la forma della società cooperativa a responsabilità limitata (da declinare come banca popolare ovvero come banca di credito cooperativo) e - all'interno delle società di capitali - restringono il campo d'azione delineato a livello comunitario optando per la sola società per azioni ed escludendo quindi sia la società a responsabilità limitata sia la società in accomandita per azioni, senza una ragione particolarmente evidente. In questo senso, si vedano COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 329; PORZIO, *Le imprese bancarie*, cit., 138.

<sup>13</sup> Questa condizione è stata aggiunta dal d.lgs. n. 333/1999 in attuazione della direttiva 1995/26/CEE e, nell'imporre la coincidenza tra sede legale e direzione generale all'interno del territorio italiano, è preordinata ad arginare quelle pratiche di arbitraggio regolamentare che, separando il luogo in cui è formalmente posta la sede legale della banca dal luogo in cui è sostanzialmente esercitata la relativa attività, mirano a beneficiare del trattamento più favorevole vigente nel Stato in cui è stata posta la sede legale, anche se - nell'era della c.d. "detritorializzazione" - è una condizione che inizia a perdere la sua originaria ragion d'essere. Cfr. VELLA, *L'attuazione della direttiva n. 95/26 Cee in materia di rafforzamento della vigilanza prudenziale delle banche*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, 458; ANTONUCCI, *Commento all'art. 14 t.u.b.*, cit., 156 ss.; AMOROSINO, *Commento all'art. 14 t.u.b.*, cit., 185.

<sup>14</sup> I provvedimenti del 1926 fissavano già a livello di norma primaria il capitale minimo necessario per poter ottenere l'autorizzazione all'inizio delle operazioni bancarie e lo diversificavano a seconda della forma giuridica adottata e dell'ambito geografico di operatività del costituendo ente creditizio. Dalla legge bancaria del 1936-1938 in poi il capitale minimo è stato determinato in via secondaria prima dall'IDREC e poi - e ancora - dalla Banca d'Italia. Cfr. BELLÌ, *Corso di legislazione bancaria*, cit., 269; AMOROSINO, *Commento all'art. 14 t.u.b.*, cit., 185; PUPO, *Commento all'art. 14 t.u.b.*, in COSTI - VELLA (a cura di), *Commentario breve al testo unico bancario*, Milano, 2019, 82.

Rispetto alle prime tre condizioni (effettivamente oggettive e chiuse), siamo in presenza di un requisito meno tassativo e dunque più permeabile alle valutazioni discrezionali dell'autorità di vigilanza. Rispetto alle prime tre condizioni, siamo peraltro alla presenza anche di un requisito sostanzialmente plurimo, in quanto è richiesta la presentazione di due distinti documenti di cui deve esserne valutato il contenuto. Con riferimento al programma concernente l'attività iniziale, le disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia prevedono che il relativo documento debba indicare gli obiettivi di sviluppo, le attività programmate e le strategie funzionali alla loro realizzazione e - limitatamente ai primi tre esercizi - debba indicare le previsioni sui profili tecnici e di adeguatezza patrimoniale, l'analisi della sostenibilità patrimoniale, la mappatura dei rischi e dei relativi presidi organizzativi e di controllo e gli scenari avversi rispetto alle ipotesi di base formulate e i relativi impatti economici e patrimoniali: la presentazione del programma consente all'autorità di vigilanza di conoscere i progetti industriali e finanziari del costituendo ente creditizio e di apprestare i conseguenti strumenti di vigilanza, ma - durante il processo decisionale che porterà al rilascio o alla negazione dell'autorizzazione - l'autorità di vigilanza non potrà fornire un giudizio di opportunità del programma in relazione alla struttura del mercato creditizio, ma potrà solo valutarne l'adeguatezza rispetto al parametro della sana e prudente gestione dell'intermediario. Con riferimento allo statuto, le disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia non prevedono quale debba essere lo specifico contenuto, ma stabiliscono quali siano i modelli organizzativi più adeguati per la *governance* della società bancaria cui lo statuto non può che allinearsi in materia di ripartizione tra i diversi organi interni ed esterni delle varie funzioni di indirizzo, gestione, controllo, direzione operativa e vigilanza interna: anche in questo caso, l'autorità di vigilanza accerta la sussistenza del requisito in esame, "guadagnando" un margine di valutazione discrezionale che, ancora una volta, non può consentire una valutazione orientata a garantire la struttura del mercato creditizio, ma può spingersi sino a tollerare valutazioni orientate a garantire la sola sana e prudente gestione dell'intermediario. A conferma che la sana e prudente gestione costituisce il parametro entro il quale l'autorità di vigilanza può valutare discrezionalmente la sussistenza o meno di un requisito (e di questo requisito in particolare), vi è non solo il successivo comma 2 (a norma del quale l'autorità di vigilanza nega l'autorizzazione se, nonostante la sussistenza delle condizioni, «non risulti garantita la sana e prudente gestione»), ma anche il successivo art. 56 t.u.b., a norma del quale l'autorità di vigilanza deve verificare che le modifiche statutarie «non contrastino con una sana e prudente

gestione», da ciò potendo ricavare che, se tale parametro vige in sede di modificazione degli statuti di un ente creditizio esistente, lo stesso varrà a maggior ragione in sede di costituzione di un nuovo ente creditizio<sup>15</sup>;

e) la quinta condizione è che sussistano i presupposti per il rilascio dell'autorizzazione prevista dall'art. 19 t.u.b. per i titolari delle partecipazioni ivi indicate. È dunque necessario che i titolari di partecipazioni superiori al 10% del capitale della banca o comunque di partecipazioni che comportino la possibilità di esercitare un'influenza notevole o il controllo della banca posseggano i requisiti indicati dall'art. 19 t.u.b. in materia di acquisizione a qualsiasi titolo di partecipazioni nelle banche «*in modo da garantire la sana e prudente gestione*» dell'intermediario, con le conseguenze già dette in ordine alla possibilità e ai limiti per l'autorità di vigilanza di conservare spazi di valutazione discrezionale<sup>16</sup>;

f) la sesta condizione è che i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo siano idonei, ai sensi dell'art. 26 t.u.b.. È dunque necessario che gli esponenti aziendali del costituendo ente creditizio siano considerati idonei dall'autorità di vigilanza in termini di possesso dei

---

<sup>15</sup> La necessità di presentare un programma di attività è stata introdotta dalla prima direttiva comunitaria e dal d.P.R. n. 350/1985 posto a sua attuazione e definitivamente fissata dall'art. 14 t.u.b. Cfr. DE TROIA, *Commento all'art. 14 t.u.b.*, in FERRO-LUZZI - CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria*, Milano, 1996, 251; PATRONI GRIFFI - APPIO, *Commento agli artt. 13-14 t.u.b.*, in BELLI - CONTENTO - PATRONI GRIFFI - PORZIO - SANTORO (a cura di), *Commento al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385. Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Bologna, 2003, 245; COSTI, *Governo delle banche e potere normativo della Banca d'Italia*, in *Giur. comm.*, 2008, 1270; AMOROSINO, *Commento all'art. 14 t.u.b.*, cit., 185.

<sup>16</sup> L'autorità di vigilanza potrà quindi *inter alia* valutare: la qualità del titolare di partecipazioni rilevanti del costituendo ente creditizio; la sua reputazione in termini di possesso dei requisiti di onorabilità, competenza e correttezza stabiliti con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze ai sensi dell'art. 25 t.u.b.; la sua solidità finanziaria e la sua partecipazione al capitale della banca «*in modo da garantire la sana e prudente gestione*» dell'intermediario. Sul punto, sia consentito il rinvio a BENOCCI, *Rapporto banca-industria e tramonto della separazione*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2010, 291 ss.; ID., *Commento all'art. 19 t.u.b.*, in BELLI - LOSAPPIO - PORZIO - RISPOLI - SANTORO (a cura di), *Il testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, 188 ss. Si vedano inoltre VENTURI, *Commento all'art. 19 t.u.b.*, in CAPRIGLIONE - PELLEGRINI - SEPE - TROIANO (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Milano, 2018, 208 ss.; MAZZINI, *Commento all'art. 25 t.u.b.*, in BELLI - LOSAPPIO - PORZIO - RISPOLI - SANTORO (a cura di), *Il testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, 257 ss.; SARTORI, *Commento all'art. 25 t.u.b.*, in CAPRIGLIONE - PELLEGRINI - SEPE - TROIANO (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Milano, 2018, 226 ss. In giurisprudenza, si vedano invece Cass., 28 agosto 1995, n. 9040, in *Giur. it.*, 1996, 308, con nota di IRRERA; TAR Lazio, 9 marzo 1995, n. 407, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, 244, con nota di DE TROIA; TAR Catanzaro, 29 gennaio 2001, n. 66, in *Foro amm.*, 2001, 1362.

requisiti di onorabilità, professionalità, competenza e correttezza stabiliti con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze ai sensi, appunto, dell'art. 26 t.u.b., «in modo da garantire la sana e prudente gestione» dell'intermediario, con tutte le conseguenze già dette<sup>17</sup>;

g) la settima condizione è che non sussistano, tra la banca o i soggetti del gruppo di appartenenza e altri soggetti, stretti legami che ostacolino l'effettivo esercizio delle funzioni di vigilanza. L'obiettivo è evidentemente quello di impedire l'accesso al mercato bancario da parte di quegli operatori - soprattutto internazionali - i cui nessi partecipativi rendano difficoltoso il controllo e rappresentino un potenziale strumento elusivo. Il risultato è che, nel valutare la sussistenza o meno di questo requisito, la Banca d'Italia può ancora una volta fare uso di margini di discrezionalità che - secondo alcuni - sono addirittura svincolati dal parametro della sana e prudente gestione, mentre - secondo altri - tale vincolo di destinazione non può venir meno, in quanto posto come regola generale dal successivo comma 2, coerentemente con il divieto comunitario di fare ricorso alle condizioni economiche del mercato<sup>18</sup>.

Le sette condizioni elencate dal comma 1 tendono dunque a qualificarsi come requisiti oggettivi in ossequio ai dettami comunitari: ciò vale senz'altro per le condizioni meramente formali (forma, sede, capitale), mentre per le condizioni più propriamente sostanziali (programma di attività e statuto e, sia pure in parte, qualità dei soci e degli esponenti aziendali e assenza di stretti legami), la “compulsione” dell'autorità di vigilanza all'uso della

---

<sup>17</sup> Cfr. LUISE, *Il possesso dei requisiti di onorabilità e professionalità da parte dei soci e degli esponenti bancari per la tutela del risparmio: evoluzione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, 802 ss.; DE TROIA, *Autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria: requisiti di onorabilità, qualità degli azionisti, sana e prudente gestione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, 246 ss.; MAZZINI, *Commento all'art. 26 t.u.b.*, in BELLI - LOSAPPIO - PORZIO - RISPOLI - SANTORO (a cura di), *Il testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, 254 ss.; DE LILLO, *Commento all'art. 26 t.u.b.*, in CAPRIGLIONE - PELLEGRINI - SEPE - TROIANO (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Milano, 2018, 267.

<sup>18</sup> Come la seconda condizione, anche questo requisito è stato aggiunto dal d.lgs. n. 333/1999 in attuazione della direttiva 1995/26/CEE. I c.d. «stretti legami» sono definiti dall'art. 1, c. 2, lett. h), t.u.b. come i rapporti esistenti tra la banca e un altro soggetto, italiano o estero, controllante o controllato, partecipante o partecipato in misura almeno pari al 20%, direttamente o indirettamente, con possibilità per la Banca d'Italia di ampliare ulteriormente la nozione. La norma impone quindi che l'autorizzazione possa essere concessa solo quando tra la banca richiedente e i soggetti sindacati non esistano legami tali ad ostacolare la vigilanza bancaria. Cfr. VELLA, *Attività bancaria internazionale e sistemi di vigilanza: la nuova disciplina comunitaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, 749 ss.; *contra*, COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 361; PUPO, *Commento all'art. 14 t.u.b.*, cit., 86.

discrezionalità dovrebbe essere arginata dal parametro della sana e prudente gestione, che - secondo alcuni - costituisce vincolo efficace dell'azione amministrativa impediente il ricorso alla valutazione delle condizioni economiche del mercato, mentre - secondo altri - non può che risolversi in un mezzo che consente all'autorità di vigilanza di continuare a fare uso legittimo di valutazioni discrezionali difficilmente sindacabili sul piano giurisdizionale<sup>19</sup>.

Passando ai profili di competenza, la versione originaria dell'art. 14 t.u.b. attribuiva la competenza a rilasciare e a negare l'autorizzazione alla Banca d'Italia. Le disposizioni del Meccanismo di Vigilanza Unico (regolamento 2013/1024/UE del Consiglio sul MVU e regolamento quadro 2014/468/UE sul MVU della BCE) hanno concentrato la potestà autorizzatoria in capo alla sola BCE, sia pure in cogestione con le autorità nazionali di vigilanza. Il comma 2 dell'art. 14 t.u.b. è stato allora modificato dal d.lgs. n. 223/2016 proprio in attuazione delle disposizioni del MVU e prevede adesso che l'autorizzazione debba essere rilasciata dalla BCE, su proposta della Banca d'Italia, ma possa essere negata tanto dalla BCE quanto dalla Banca d'Italia. Il procedimento di autorizzazione postula quindi una ripartizione di competenze che assegna alla Banca d'Italia una funzione istruttoria e alla BCE una funzione decisoria. Più in particolare, la Banca d'Italia deve accertare la sussistenza o meno delle condizioni indicate al comma 1. Se l'istruttoria ha esito negativo, la Banca d'Italia può negare direttamente l'autorizzazione. Se invece l'istruttoria ha esito positivo, la Banca d'Italia deve proporre alla BCE di autorizzare il soggetto richiedente all'esercizio dell'attività bancaria. In quest'ultimo caso, la BCE può verificare ulteriormente che le condizioni indicate al comma 1 sussistano effettivamente, ma deve adottare una decisione entro il termine di 10 giorni decorrenti dalla data di ricezione della proposta della Banca d'Italia, decorsi inutilmente i quali, l'autorizzazione sarà da ritenersi rilasciata in forza del principio del silenzio-assenso; tuttavia, se la BCE riterrà che la propria verifica abbia avuto esito positivo, ben potrà rilasciare espressamente l'autorizzazione, mentre, in caso di esito negativo, negherà l'autorizzazione<sup>20</sup>.

Sulla base di quanto detto, è evidente che, nell'esercizio delle proprie funzioni di accertamento (di istruttoria in senso stretto per quanto concerne la Banca d'Italia e di verifica in senso lato per quanto concerne la BCE), le autorità di vigilanza non potranno che limitarsi a prendere atto della ricorrenza

---

<sup>19</sup> Sul punto, si vedano le posizioni di COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 327; ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Milano, 2006, 191.

<sup>20</sup> Cfr. AMOROSINO, *Commento all'art. 14 t.u.b.*, cit., 183 e 186.

o meno delle condizioni meramente formali (per intendersi, le prime tre condizioni), mentre potranno spingersi a compiere valutazioni implicanti un certo grado di discrezionalità con riferimento alla ricorrenza o meno delle condizioni più propriamente sostanziali (per intendersi, le seconde quattro condizioni), ma pur sempre dovendo orientare tali valutazioni all'esigenza di garantire la sana e prudente gestione dell'intermediario bancario e non anche alle esigenze economiche del mercato creditizio. L'autorizzazione potrà infatti essere negata tanto dalla Banca d'Italia quanto dalla BCE solo quando non ricorrano una o più delle condizioni indicate al comma 1 ovvero solo quando, nonostante la loro ricorrenza, non risulti garantita la sana e prudente gestione della banca. Laddove invece le autorità di vigilanza ritengano sussistenti le condizioni indicate al comma 1 e ritengano altresì garantita la sana e prudente gestione, esse - ciascuna nell'ambito delle proprie competenze - debbono rilasciare l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, la quale - nonostante la qualificazione della legge - ha un sostanziale valore costitutivo perché, in sua assenza, il comma 3 stabilisce che «non si può dare corso al procedimento per l'iscrizione nel registro delle imprese»<sup>21</sup> né - ai sensi dell'art. 13 t.u.b. - al successivo procedimento per l'iscrizione nell'albo delle banche<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Cfr. ANTONUCCI, *Commento all'art. 14 t.u.b.*, cit., 156 ss.; COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 329; in giurisprudenza, cfr. App. Salerno, 15 giugno 1995, in *Giur. comm.*, 1996, 248, con nota di FAUCEGLIA, e Trib. Firenze, 20 marzo 2003, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 11, con nota di BONTEMPI, che puntualizzano come l'autorizzazione all'attività bancaria costituisca elemento di procedibilità dell'iscrizione al registro delle imprese e - nonostante che Cass., 3 dicembre 2014, n. 2556, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014, precisi che l'iscrizione nel registro delle imprese non è idoneo a provare l'esistenza dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria - TAR Lazio, 9 marzo 1995, n. 407, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, 244, con nota di DE TROIA, che stabilisce che l'iscrizione nel registro delle imprese in mancanza della prescritta autorizzazione non ne sana la mancanza.

<sup>22</sup> Con riferimento all'albo delle banche di cui all'art. 13 t.u.b., va infatti rammentato che, come per qualunque imprenditore commerciale, anche per l'imprenditore bancario è necessario che i soggetti di varia natura operanti nel relativo mercato possano disporre di informazioni veritiere e non contestabili. La maggiore e speciale concentrazione di interessi pubblici e privati coinvolti in presenza di una banca ha storicamente indotto il legislatore ad affiancare al sistema di pubblicità legale previsto per qualunque imprenditore commerciale, fondato sull'iscrizione nel registro delle imprese, un sistema aggiuntivo di pubblicità, fondato sull'ulteriore iscrizione in un apposito albo, che secondo taluni era da ritenersi di mera pubblicità notizia (l'iscrizione produce solo effetti di certificazione anagrafica e di conoscibilità delle informazioni presenti nell'albo), mentre secondo altri era da ritenersi anche di più compiuta pubblicità legale (l'iscrizione produce anche effetti giuridici sostanziali). Certamente, la versione originaria dell'art. 13 t.u.b. continuava ad affiancare al sistema di pubblicità legale, fondato sull'iscrizione nel registro delle imprese, un sistema di pubblicità di un certo rilievo, in quanto unico e

---

nazionale e quindi sostanzialmente sovrano e chiuso. Nonostante ciò, la maggior parte della dottrina ha costantemente ritenuto che l'effetto dell'iscrizione nell'albo fosse prevalentemente di pubblicità notizia: l'iscrizione nell'albo non produceva cioè effetti giuridici sostanziali, ma aveva una funzione solo informativa; in particolare, l'effetto giuridico sostanziale dell'ingresso della banca nel mercato regolamentato del credito e dunque nell'ambito della vigilanza della Banca d'Italia non derivava dall'iscrizione nell'albo, ma dall'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria rilasciata dalla Banca d'Italia e dalla successiva iscrizione nel registro delle imprese, di cui l'iscrizione nell'albo era dunque mero atto dovuto e ricognitivo e, per ciò stesso, inidoneo a modificare o integrare la situazione giuridica soggettiva del soggetto cui si riferiva. La versione attuale dell'art. 13 t.u.b. (anch'essa derivante dall'attuazione in Italia delle disposizioni del MVU) conferma le considerazioni appena svolte e infatti continua a prevedere che la Banca d'Italia debba iscrivere in un apposito albo «le banche italiane», «le succursali in Italia di banche extracomunitarie» e «le succursali delle banche comunitarie stabilite nel territorio della Repubblica», ma aggiunge come debba rimanere fermo «quanto previsto dalle disposizioni del MVU in tema di pubblicazione dell'elenco dei soggetti vigilati». In questo modo, il sistema nazionale di pubblicità previsto per le banche è posto «a valle» di quello europeo, perdendo non solo la propria unicità, ma confermando il proprio carattere derivato e la propria funzione, propriamente ricognitiva e dunque meramente informativa. Le «disposizioni del MVU in tema di pubblicazione dell'elenco dei soggetti vigilati» tenute ferme dall'art. 13 t.u.b. e da questo poste «a monte» della disciplina italiana in materia di pubblicità delle banche coincidono sostanzialmente con l'art. 49 del regolamento quadro sul MVU della BCE. In particolare, il primo paragrafo dell'art. 49 del regolamento quadro sul MVU prevede che la BCE debba pubblicare, da un lato, un elenco contenente la denominazione dei «*soggetti vigilati*» che ricadono sotto la «vigilanza diretta della BCE» e cioè dei c.dd. «*soggetti vigilati significativi*» o *significant institutions* e, dall'altro lato, anche un elenco contenente la denominazione dei «*soggetti vigilati*» che ricadono sotto la vigilanza di una ANC e la denominazione della relativa ANC: la BCE deve cioè pubblicare anche un elenco dei c.dd. «*soggetti vigilati meno significativi*» o *less significant institutions*. Tanto l'elenco dei soggetti vigilati significativi sottoposti alla vigilanza diretta della BCE, quanto l'elenco dei soggetti vigilati meno significativi sottoposti alla vigilanza diretta delle ANC e alla vigilanza indiretta della BCE, sono aggiornati periodicamente, con la possibilità che un soggetto vigilato sia diversamente classificato da significativo a meno significativo e viceversa, con tutte le conseguenze del caso sia in termini di cambiamento dell'autorità di vigilanza competente, sia in termini di trasferimento delle competenze di vigilanza da un'autorità all'altra. Il corollario della disciplina è evidente: non vi è infatti dubbio che l'iscrizione in uno degli elenchi tenuti dalla BCE abbia la consueta efficacia di pubblicità notizia, ma pare abbastanza evidente come - diversamente dall'iscrizione nell'albo domestico - l'iscrizione negli elenchi europei produca anche ulteriori effetti giuridici sostanziali. Se infatti l'iscrizione «in uno dei due elenchi europei» può - essendo atto cronologicamente successivo all'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria concessa dalla BCE - continuare ad essere considerato come un atto ricognitivo, l'iscrizione «nell'uno oppure nell'altro degli elenchi europei» (cioè in quello dei soggetti vigilati significativi piuttosto che non in quello dei soggetti vigilati meno significativi) costituisce atto conclusivo del procedimento di classificazione o di riesame della significatività di un soggetto vigilato effettuato dalla BCE che, con l'iscrizione, produce i sopracitati effetti giuridici sostanziali in termini di variazione della competenza dell'autorità di vigilanza preposta (BCE o ANC) e del regime giuridico applicabile (europeo o domestico). La circostanza della parziale efficacia di pubblicità legale del sistema europeo di pubblicità bancaria non deve

La disciplina della revoca dell'autorizzazione è stata introdotta nel corpo dell'art. 14 t.u.b. solo recentemente, attraverso l'inserimento dei nuovi commi 3-*bis* e 3-*ter* ad opera del d.lgs. n. 223/2016 di attuazione delle disposizioni del MVU. Con una certa simmetria rispetto all'ipotesi di rilascio dell'autorizzazione, il comma 3-*bis* dispone che, in certi casi, la BCE possa revocare l'autorizzazione «sentita la Banca d'Italia o su proposta di questa». Nell'ambito del procedimento di rilascio dell'autorizzazione, Banca d'Italia e BCE agiscono quindi congiuntamente nell'ambito delle proprie competenze (istruttorie per la Banca d'Italia e decisorie per la BCE); nell'ambito del procedimento di revoca dell'autorizzazione, la BCE può invece agire anche in via autonoma limitandosi a sentire soltanto la Banca d'Italia, ma potendo evidentemente agire anche su suo impulso. I casi previsti dal comma 3-*bis* nei quali la BCE, «sentita la Banca d'Italia o su proposta di questa», può revocare l'autorizzazione ricorrono quando le condizioni poste a fondamento del rilascio dell'autorizzazione siano venute meno, quando l'autorizzazione sia stata rilasciata sulla base di dichiarazioni poi rivelatesi false e quando sia accertato che l'attività bancaria precedentemente autorizzata non è esercitata per un periodo superiore ai sei mesi. Il comma 3-*ter* prevede un altro caso di revoca nel quale - questa volta in via perfettamente simmetrica - la BCE può disporre la revoca dell'autorizzazione solo «su proposta della Banca d'Italia» e riguarda il caso in cui la Banca d'Italia stessa abbia chiesto e ottenuto dal Ministro dell'economia e delle finanze l'apertura a carico di una banca della procedura di liquidazione coatta amministrativa. Con l'inserimento dei nuovi

---

tuttavia trarre in inganno: alla sopravvenuta efficacia di pubblicità legale del sistema europeo non corrisponde efficacia di pubblicità legale del sistema nazionale; postulando il sistema europeo, il sistema nazionale accentua anzi il proprio carattere derivato e, così facendo, accentua la sua efficacia di pubblicità notizia, perché adesso non svolge più solo una funzione di ricognizione dell'attività autorizzatoria posta in essere, prima, dalla sola Banca d'Italia e, ora, anche dalla BCE, ma svolge anche una funzione di *mirroring* dell'attività pubblicitaria posta in essere direttamente dalla BCE. Su questi temi, si vedano GIANNINI, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Mon. e cred.*, 1949, 113; CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 79; CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 975 ss.; GORTSOS, *The Single Supervisory Mechanism (SSM). Legal Aspects of the First Pillar of the European Banking Union*, Athens, 2015, 102 ss.; GNES, *Il meccanismo di vigilanza prudenziale. Le procedure di vigilanza*, in *L'unione bancaria europea*, a cura di Chiti - Santoro, Pisa, 2016, 243; LACKHOFF, *Which Credit Institutions Will Be Supervised by the Single Supervisory Mechanism?*, in *J. Int. Banking L. Reg.*, 2013, 454 ss.; GUARRACINO, *Le "procedure comuni" nel meccanismo di vigilanza unico sugli enti creditizi: profili sostanziali e giurisdizionali*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2014, 252 ss.; MAGLIARI, *Il Single Supervisory Mechanism e l'applicazione dei diritti nazionali da parte della Banca centrale europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1348.

commi 3-bis e 3-ter, viene quindi superata la *querelle* tra chi riteneva che il successivo venir meno delle condizioni non comportava la revoca dell'autorizzazione e chi invece riteneva che una revoca fosse dovuta, con tutte le conseguenze del caso anche in termini di configurabilità della mancata autorizzazione come causa di nullità della società bancaria<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Sul punto, si vedano le posizioni di NIGRO, *L'autorizzazione "all'attività bancaria" nel T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1994, 285 ss.; COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 362; PUPO, *Commento all'art. 13 t.u.b.*, in COSTI - VELLA (a cura di), *Commentario breve al testo unico bancario*, Milano, 2019, 87. Naturalmente, è ben possibile che un soggetto eserciti di fatto l'attività bancaria in mancanza di un'autorizzazione, e ciò può avvenire non solo nelle ipotesi espressamente previste di autorizzazione negata ovvero di autorizzazione rilasciata e poi revocata, ma anche nell'ipotesi non contemplata di autorizzazione nemmeno richiesta. In ogni caso, la circostanza che l'esercizio dell'attività bancaria debba essere necessariamente autorizzato determina come corollario che il suo esercizio da parte di chi non è stato autorizzato - e quindi da parte di chi banca non è - debba considerarsi abusivo e, come tale, vietato e, se praticato, sanzionato. Il nostro ordinamento configura infatti l'esercizio abusivo dell'attività bancaria (e delle altre attività finanziarie riservate) non solo come illecito amministrativo, ma anche come ipotesi di reato. Tuttavia, il problema si è posto più frequentemente con riferimento alle imprese bancarie non autorizzate che versassero in stato di insolvenza, per comprendere quale procedura concorsuale (liquidazione coatta amministrativa o fallimento) dovesse essere loro applicata. Secondo le posizioni più formalistiche, l'applicazione della disciplina sulla procedura di liquidazione coatta amministrativa presuppone che l'impresa insolvente sia qualificabile come "banca", con la conseguenza che, laddove un'autorizzazione dovesse mancare, una banca non esisterebbe e la procedura di liquidazione coatta amministrativa non potrebbe applicarsi, con conseguente necessaria applicazione della procedura fallimentare. Secondo posizioni più sostanzialistiche, non vi è dubbio che l'applicazione della disciplina bancaria presupponga solitamente che l'impresa bancaria sia autorizzata: il fondamento della specialità della regolamentazione bancaria risiede infatti nella specialità della banca anche in senso formale, ma una parte della disciplina bancaria - per esempio, proprio quella sulle crisi - trova la propria ragion d'essere non tanto nella specialità del soggetto bancario, quanto nella specialità degli interessi coinvolti dalla presenza di un soggetto che - autorizzato o meno - esercita attività bancaria; ne segue la convinzione che anche alle imprese bancarie non autorizzate in stato di insolvenza dovrebbe applicarsi la procedura di liquidazione coatta amministrativa, in quanto procedura idonea a tutelare non solo i tradizionali interessi privati dei creditori concorsuali (per i quali sarebbe sufficiente la procedura fallimentare), ma anche gli ulteriori interessi collettivi dei risparmiatori e pubblici della stabilità del sistema, che sono messi in pericolo dall'esercizio dell'attività bancaria da parte di imprese insolventi anche quando queste non siano autorizzate; viene cioè sottolineato «come sarebbe singolare che la legge proteggesse quegli interessi nei confronti di condotte pericolose poste in essere da enti creditizi autorizzati e non li tutelasse più quando le stesse condotte vengano realizzate da imprese illegali». In quest'ultimo senso, cfr. ancora COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 361; CARRARO, *Le casse peote del Veneto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, 384; BONFATTI, *Commento all'art. 80 t.u.b.*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Caprigione, Padova, 1994, 415; *contra*, NIGRO, *L'autorizzazione "all'attività bancaria"*, cit., 306; SANTORO, *Questioni in tema*

### 3. I controlli sulla crescita territoriale della banca mediante articolazione dell'impresa bancaria

Si è visto come i controlli pubblici riguardino non solo il momento della nascita di una nuova banca, ma anche il momento della crescita territoriale di una banca già esistente, che – a sua volta – può avvenire sia tramite “espansione dell’attività bancaria” (cioè mediante prestazione di servizi sul territorio direttamente da parte della banca) sia tramite “articolazione dell’impresa bancaria” e cioè mediante stabilimento di sedi locali della banca, per mezzo delle quali la stessa banca presta i propri servizi sul territorio. Nell’ipotesi in cui la crescita territoriale della banca avvenga mediante stabilimento di sue sedi locali, si pongono due tradizionali problemi di regolamentazione: quello relativo al *nomen iuris* e alla definizione della sede locale della banca e quello relativo alla disciplina del suo stabilimento.

Con riferimento al primo problema, le sedi locali della banca sono state tradizionalmente qualificate dalla legge recependo la terminologia di volta in volta corrente nella prassi bancaria e utilizzando quindi diversi sinonimi come filiali, succursali, agenzie, dipendenze o recapiti. Con la prima direttiva comunitaria e il testo unico bancario, il legislatore ha tuttavia optato per l’utilizzo del termine univoco di «succursale», della quale ha fornito una definizione che - stando all’attuale versione posta dall’art. 1, c. 2, lett. e), t.u.b. - prevede che, per succursale, debba intendersi «una sede che costituisce una parte, sprovvista di personalità giuridica, di una banca (...) e che effettua direttamente, in tutto o in parte, l’attività a cui la banca (...) è stata autorizzata». Le disposizioni di vigilanza della Banca d’Italia forniscono un ulteriore contributo definitorio e chiariscono che, per succursale, deve intendersi un punto operativo permanente che svolge l’attività bancaria direttamente con il pubblico, anche solo in parte o non continuativamente, con conseguente precisazione che non rientrano nella definizione di succursale «le apparecchiature di *home banking* nonché gli sportelli automatici (ATM e POS) presso i quali non è presente personale della banca, gli uffici amministrativi e i punti operativi temporanei». La certezza terminologica della definizione di succursale è di particolare importanza, perché la relativa nozione costituisce il necessario presupposto per l’applicazione delle

---

*di banca di fatto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, 97 ss.; CRISCUOLO, *Il fallimento della banca di fatto: una conferma*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, 226

disposizioni in materia di vigilanza sulla struttura periferica degli enti creditizi<sup>24</sup>.

Con riferimento al secondo problema, la prima disciplina a regolare lo stabilimento di succursali bancarie è rappresentata dal r.d. n. 1620/1919, il quale, da un lato, distingueva il fenomeno dell'articolazione territoriale delle banche italiane da quello dell'articolazione territoriale delle «banche estere», ma, dall'altro lato, non distingueva all'interno di queste ultime (né poteva peraltro distinguere) quelle che sarebbero state successivamente definite come banche comunitarie da quelle che sarebbero state successivamente definite come banche extracomunitarie e - per le banche estere *tout court* - subordinava all'autorizzazione del Ministro del tesoro, d'intesa con il Ministero degli affari esteri, lo stabilimento in Italia della sola prima succursale, senza occuparsi di stabilimento delle succursali successive. Per distinguere all'interno delle banche estere le banche comunitarie dalle banche extracomunitarie e per disciplinare lo stabilimento di tutte le succursali (prima e successive), è stato necessario attendere l'entrata in vigore di entrambe le direttive bancarie. Con la seconda direttiva (direttiva 1989/646/CEE oggi confluita nella direttiva 2013/36/UE), è stato infatti affermato il principio del mutuo riconoscimento delle licenze bancarie e il conseguente principio della libertà di stabilimento, che avrebbe consentito ad una banca comunitaria di stabilire liberamente le proprie succursali nel territorio di un altro Stato membro e di essere posta sotto la supervisione dell'autorità di vigilanza dello Stato membro d'origine in ossequio all'ulteriore principio del c.d. *home country control*. Con l'attuazione dei principi comunitari in materia di libertà di stabilimento, il testo unico bancario ha dunque separato la sorte delle banche comunitarie da quella delle banche extracomunitarie e - per le prime - ha previsto la facoltà di stabilire succursali nel territorio di un altro Stato membro senza chiedere autorizzazioni, mentre - per le seconde - ha previsto l'obbligo di chiedere l'autorizzazione sia per lo stabilimento della prima succursale sia per lo stabilimento delle succursali successive. Tradizionalmente, la regolamentazione bancaria ha allora disciplinato lo stabilimento di succursali di una banca in modo diverso in base all'intersezione di tre diversi criteri: il primo è quello della fase del processo di articolazione territoriale della banca (che consente di distinguere tra stabilimento della prima succursale e stabilimento delle succursali successive alla prima); il secondo è quello del territorio nel quale la banca intende stabilire la succursale (che consente di

---

<sup>24</sup> Cfr. PIRAS, *Gli stabilimenti bancari*, cit., 30 ss.; PORZIO, *Le imprese bancarie*, cit., 184-186.

distinguere tra territorio italiano, comunitario ed extracomunitario); il terzo è quello dell'ordinamento giuridico cui appartiene la banca che intende stabilire la succursale (che consente di distinguere tra banca italiana, comunitaria ed extracomunitaria). Questa organizzazione disciplinare può ritenersi ancora valida, ma l'entrata in vigore delle disposizioni del MVU ha imposto all'interprete di tener conto di ulteriori articolazioni; all'interno degli Stati comunitari, adesso è infatti necessario distinguere tra Stati comunitari partecipanti al MVU e Stati comunitari non partecipanti al MVU sia con riferimento al particolare territorio nel quale una banca intende stabilire la succursale sia con riferimento al particolare ordinamento giuridico cui appartiene la banca che intende stabilire una succursale; non solo, perché - all'interno della categoria delle banche degli Stati comunitari partecipanti al MVU - è necessario distinguere anche tra soggetti vigilati significativi, sottoposti alla vigilanza diretta della BCE, e soggetti vigilati meno significativi, sottoposti al controllo diretto della propria Autorità Nazionale Competente per la vigilanza bancaria (ANC) e al controllo indiretto della BCE<sup>25</sup>). Di tutto ciò, ha tentato di tener conto il d.lgs. n. 223/2016, che ha attuato

---

<sup>25</sup> Ai sensi delle disposizioni del MVU, i c.dd. "soggetti vigilati" possono essere enti creditizi insediati in uno Stato membro partecipante al MVU, società di partecipazione finanziaria insediate in uno Stato membro partecipante al MVU, società di partecipazione finanziaria mista insediate in uno Stato membro partecipante al MVU ovvero succursali stabilite in uno Stato membro partecipante al MVU da un ente creditizio insediato in uno Stato membro non partecipante al MVU. Se soddisfano determinati criteri, i soggetti vigilati sono qualificati come "soggetti vigilati significativi" e, in quanto tali, sono sottoposti alla vigilanza diretta della BCE. I criteri per stabilire se un soggetto vigilato sia o meno significativo sono quattro e, affinché un soggetto vigilato sia classificato come significativo e sia quindi sottoposto alla vigilanza diretta della BCE, è sufficiente che esso soddisfi almeno uno di tali criteri: a) quello della dimensione, che ricorre quando il valore totale delle attività del soggetto vigilato supera i 30 miliardi di euro; b) quello dell'importanza economica, che ricorre quando un soggetto vigilato sia ritenuto rilevante per l'economia di uno Stato membro partecipante al MVU o per l'economia dell'Unione Europea nel suo insieme; c) quello dell'operatività transfrontaliera, che ricorre quando il valore totale delle attività del soggetto vigilato supera i 5 miliardi di euro e il rapporto tra le attività transfrontaliere in più di un altro Stato membro partecipante al MVU e le attività totali è superiore al 20% o il rapporto tra le passività transfrontaliere in più di un altro Stato membro partecipante al MVU e le passività totali è superiore al 20%; d) quello dell'assistenza finanziaria pubblica diretta, che ricorre quando un soggetto vigilato ha richiesto e ottenuto finanziamenti nel quadro del Meccanismo europeo di stabilità (MES o ESM, *European Stability Mechanism*). Per contro, i soggetti vigilati che non soddisfino nemmeno uno dei quattro criteri di significatività sono qualificati come "soggetti vigilati meno significativi" e, in quanto tali, sono sottoposti alla vigilanza diretta della propria ANC e alla conseguente vigilanza "solo" indiretta della BCE. Sul punto, si vedano CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, cit., 975 ss.; GORTSOS, *The Single Supervisory Mechanism (SSM)*, cit.,

le disposizioni del MVU anche con riferimento alla disciplina delle succursali e ha quindi modificato l'art. 15 t.u.b. predisponendo un impianto normativo non particolarmente ordinato, ma comunque di raccordo con il nuovo regime europeo di ripartizione delle competenze, il quale pare modularsi mediante il graduale passaggio da discipline in cui la libertà di stabilimento è affermata "in purezza" a discipline in cui la libertà di stabilimento è "contaminata" dalla previsione di obblighi di comunicazione a carico delle banche e di poteri di veto in favore delle autorità creditizie che si intensificano via via che lo stabilimento della succursale comporta situazioni progressivamente più pericolose per gli interessi tutelati dall'ordinamento<sup>26</sup>.

### 3.1. Lo stabilimento di succursali di banche italiane

Con riferimento allo stabilimento di succursali di banche italiane, una disciplina appositamente dedicata è stata assente fino all'entrata in vigore dei provvedimenti per la tutela del risparmio del 1926: dall'assenza di controlli, derivò una inevitabile proliferazione di sportelli che creò problemi di stabilità anche sotto il profilo dell'articolazione territoriale delle banche. Con i provvedimenti del 1926, il legislatore tentò di arginare il problema stabilendo che gli enti creditizi dovessero ottenere l'autorizzazione da parte del Ministro per le finanze, di concerto col Ministro per l'economia nazionale e sentito il parere della Banca d'Italia, non solo per iniziare le operazioni, ma anche per «aprire sedi e filiali nel regno, nelle colonie e all'estero». La legge bancaria del 1936-1938 confermò l'impostazione e anche il relativo art. 28 stabilì che gli enti creditizi dovessero ottenere l'autorizzazione dell'IDREC-Banca d'Italia non solo per costituirsi e per iniziare le operazioni, ma anche per

---

102 ss.; LACKHOFF, *Which Credit Institutions Will Be Supervised by the Single Supervisory Mechanism?*, cit., 454 ss.; MAGLIARI, *The Single Supervisory Mechanism*, cit., 1348.

<sup>26</sup> Cfr. ARIENTI, *Aspetti dell'articolazione territoriale delle aziende di credito*, Milano, 1960, 2 ss.; PIRAS, *Gli stabilimenti bancari*, cit., 70 ss.; CONIGLIANI, *Insedimenti bancari ed efficienza del sistema creditizio*, in *Banca impr. soc.*, 1983, 347 ss.; CLAROTTI, *Il principio comunitario della vigilanza delle succursali estere da parte dell'autorità del Paese d'origine*, in *Banca impr. soc.*, 1984, 23 ss.; TROIANO, *Le banche*, in CAPRIGLIONE (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Padova, 2015, 326 ss.; in giurisprudenza, si rammenti Corte cost., 8 giugno 1994, n. 224, in *Giur. it.*, 1995, 192, con nota di CELOTTO, che respinge diverse questioni di legittimità costituzionale dell'art. 15 t.u.b. per l'asserita violazione da parte di questo delle norme degli statuti speciali delle regioni Sardegna e Trentino-Alto Adige, che attribuivano alle regioni e alle province autonome alcune competenze in materia di stabilimento di succursali e che il giudice delle leggi ha ritenuto siano divenute non più operanti a causa del primato del principio comunitario della libertà di stabilimento e della sua attuazione nel testo unico bancario.

«istituire sedi e filiali nel regno, nelle colonie e all'estero». Il legislatore attribuì quindi alla pubblica autorità un potere di vigilare anche il processo di articolazione territoriale dell'ente creditizio e di valutare l'utilità e la convenienza dell'apertura della filiale, accordandole un forte potere di controllo strutturale e discrezionale. Questo regime permase nonostante l'entrata in vigore della prima direttiva comunitaria che, nel vietare espressamente agli Stati membri di tener conto delle condizioni economiche del mercato in sede di autorizzazione alla costituzione dell'ente creditizio, avrebbe dovuto indurre gli Stati membri a fare altrettanto anche in sede di autorizzazione all'articolazione territoriale dell'ente creditizio già costituito. Sotto questo profilo, il d.P.R. n. 350/1985 attuativo della prima direttiva comunitaria non fu particolarmente efficace. Tuttavia, l'entrata in vigore della seconda direttiva comunitaria fissò il termine del 31 dicembre 1992 entro il quale gli Stati membri avrebbero dovuto recepire i principi del mutuo riconoscimento e della libertà di stabilimento: l'Italia rischiava quindi di porre le proprie banche in condizioni di inferiorità rispetto alle altre banche comunitarie che - diversamente dalle banche italiane - avrebbero potuto stabilire in Italia le proprie succursali, liberamente. Le direttive comunitarie furono pienamente recepite con il d.lgs. n. 481/1992 e, definitivamente, con il testo unico bancario e con il suo art. 15: l'art. 15 t.u.b. attribuì allora alle banche italiane la facoltà di stabilire liberamente le proprie succursali nel territorio italiano. Il legislatore riconobbe così come tale facoltà rappresentasse manifestazione del diritto di iniziativa economica costituzionalmente garantito; tuttavia, mantenne in capo alla Banca d'Italia il potere di vietare lo stabilimento di succursali per motivi attinenti all'adeguatezza delle strutture organizzative o della situazione finanziaria, economica e patrimoniale della banca; mantenne cioè in capo alla Banca d'Italia un potere di veto che però non poteva essere esercitato tenendo conto delle esigenze economiche del mercato, ma solo di esigenze attinenti alla sana e prudente gestione della banca. La versione originaria dell'art. 15 t.u.b. disciplinava in modo coerente anche l'ipotesi di stabilimento di succursali di banche italiane nel territorio degli altri Stati membri, che poteva avvenire liberamente, e l'ipotesi di stabilimento di succursali di banche italiane nel territorio di uno Stato extracomunitario, che invece poteva avvenire solo se la banca italiana si fosse munita dell'autorizzazione della Banca d'Italia. La versione vigente dell'art. 15 t.u.b. disciplina lo stabilimento delle succursali di banche italiane alla prima parte del comma 01, al comma 1 e al comma 2 e - come si è visto - tiene conto dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni

del MVU: la costruzione della norma è complessa e il raccordo con le disposizioni del MVU non è immediatamente intellegibile<sup>27</sup>.

La prima parte del comma 01 prevede in particolare che «le banche italiane possono stabilire succursali nel territorio della Repubblica e degli altri Stati membri in conformità delle procedure previste dalle disposizioni del MVU». Si ritiene che la proposizione «in conformità delle procedure previste dalle disposizioni del MVU» sia riferita solo all'ipotesi di stabilimento «nel territorio (...) degli altri Stati membri» e non anche all'ipotesi di stabilimento nel «territorio della Repubblica»: infatti, le procedure previste dalle disposizioni del MVU non riguardano le ipotesi puramente domestiche di stabilimento nel territorio di uno Stato membro di succursali di banche aventi sede legale in quello stesso Stato. Si può quindi affermare con ragionevole certezza come la prima parte del comma 01 preveda, da un lato, che «le banche italiane possono stabilire succursali nel territorio della Repubblica» e, dall'altro lato, che «le banche italiane possono stabilire succursali nel territorio (...) degli altri Stati membri in conformità delle procedure previste dalle disposizioni del MVU». La prima parte del comma 01 regola quindi direttamente l'ipotesi di stabilimento in Italia di succursali (sia la prima sia le successive) di una banca italiana significativa (per le banche italiane non significative, opera il comma 1) e, così facendo, conferma il principio dell'autonomia decisionale di una banca italiana nelle proprie scelte di localizzazione e la conseguente facoltà per una banca italiana di stabilire liberamente le proprie succursali nel territorio italiano. Per lo meno in presenza di una banca italiana significativa, tale facoltà viene riconosciuta in modo pressoché assoluto, visto che può essere esercitata senza il potere di veto riconosciuto alla Banca d'Italia dal vecchio art. 15 t.u.b.<sup>28</sup>.

La prima parte del comma 01 regola tuttavia “indirettamente” anche le ipotesi di stabilimento in un altro Stato comunitario partecipante al MVU di succursali (sia la prima sia le successive) di una banca italiana significativa (per le banche italiane non significative, opera il comma 1) e di stabilimento in uno Stato comunitario non partecipante al MVU di succursali (sia la prima sia le successive) di una banca italiana significativa (per le banche italiane non

---

<sup>27</sup> Cfr. GIANNINI, *Intorno all'autorizzazione dell'apertura di sportelli*, cit., 309 ss.; GIARDINO, *Espansione delle banche all'estero. Contributo ad una analisi del caso italiano*, in *Banca impr. soc.*, 1983, 165 ss.; FORLATI PICCHIO, *Il trattamento di impresa bancaria di Stati terzi nella Cee*, in UBERTAZZI (a cura di), *La concorrenza bancaria*, Milano, 1985, 101.

<sup>28</sup> Sul punto, cfr. ROSSANO, *Commento all'art. 15 t.u.b.*, in CAPRIGLIONE - PELLEGRINI - SEPE - TROIANO (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Milano, 2018, 190; PUPO, *Commento all'art. 15 t.u.b.*, in COSTI - VELLA (a cura di), *Commentario breve al testo unico bancario*, Milano, 2019, 88.

significative, opera il comma 1). Per queste ipotesi, la disposizione prevede che lo stabilimento della succursale della banca italiana possa avvenire in conformità delle procedure previste dalle disposizioni del MVU. Tali procedure sono previste dagli artt. 11, parr. 1 e 3, e 17, par. 1, del regolamento quadro sul MVU della BCE<sup>29</sup>. Con riferimento alla prima ipotesi, la banca italiana deve notificare l'intenzione di stabilire la succursale alla Banca d'Italia, la quale informerà la BCE che informerà a sua volta l'ANC dello Stato membro ospitante e, decorsi due mesi dalla ricezione della notifica, la banca italiana potrà stabilire la succursale e iniziare la propria attività sotto la supervisione della Banca d'Italia nella sua qualità di autorità di vigilanza dello Stato membro d'origine. Con riferimento alla seconda ipotesi, la banca italiana deve notificare l'intenzione di stabilire la succursale alla Banca d'Italia, la quale informerà la BCE e, decorsi due mesi dalla ricezione della notifica, la banca italiana potrà stabilire la succursale e iniziare la propria attività sotto la supervisione della BCE, che agirà quale autorità di vigilanza dello Stato membro d'origine<sup>30</sup>.

Il comma 1 prevede invece che, fermo restando quanto sopra, «la Banca d'Italia può vietare lo stabilimento di una nuova succursale di un soggetto italiano meno significativo per motivi attinenti all'adeguatezza delle strutture organizzative o della situazione finanziaria, economica e patrimoniale del soggetto». La disposizione regola quindi le ipotesi di stabilimento in Italia di succursali (sia la prima sia le successive) di una banca italiana meno

---

<sup>29</sup> In particolare, l'art. 11, par. 1, del regolamento quadro sul MVU della BCE prevede che «ogni soggetto vigilato significativo che intenda stabilire una succursale all'interno del territorio di un altro Stato membro partecipante notifica la propria intenzione all'ANC dello Stato membro partecipante in cui il soggetto vigilato significativo ha la propria sede principale» e che «l'ANC informa immediatamente la BCE della ricezione di tale notifica». L'art. 11, par. 3, del regolamento quadro sul MVU della BCE prevede invece che, «se la BCE non adotta una decisione contraria entro due mesi dalla ricezione della notifica, la succursale di cui al paragrafo 1 può essere stabilita e avviare alla propria attività» e che «la BCE comunica tali informazioni all'ANC dello Stato membro partecipante in cui sarà stabilita la succursale». L'art. 17, par. 1, del regolamento quadro sul MVU della BCE prevede infine che «un soggetto vigilato significativo che intenda stabilire una succursale o esercitare la libera prestazione dei servizi nel territorio di uno Stato membro non partecipante notifica la propria intenzione all'ANC di riferimento, in conformità alle disposizioni normative dell'Unione applicabili», con precisazione che «l'ANC, ricevuta tal notifica, ne informa immediatamente la BCE», che «esercita i poteri di autorità competente dello Stato membro d'origine».

<sup>30</sup> In entrambe le ipotesi, il quinto comma dell'art. 15 t.u.b. integra la disciplina comunitaria prevedendo che, quando la banca italiana intende esercitare anche attività di intermediazione mobiliare, la Banca d'Italia deve informare la CONSOB delle comunicazioni ricevute. Cfr. MEZZACAPO, *Commento all'art. 15 t.u.b.*, in CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2001, 128.

significativa, di stabilimento in uno Stato comunitario partecipante al MVU di succursali (sia la prima sia le successive) di una banca italiana meno significativa e di stabilimento in uno Stato comunitario non partecipante al MVU di succursali (sia la prima sia le successive) di una banca italiana meno significativa. Con riferimento a tutte e tre queste ipotesi, la disposizione riconosce alla Banca d'Italia - sia pur limitatamente allo stabilimento di succursali di banche italiane meno significative - il potere di veto in precedenza riconosciuto per lo stabilimento di succursali di tutte le banche italiane e, come in passato, vincola l'esercizio di questo potere a parametri riconducibili non tanto alle esigenze economiche del mercato, quanto più propriamente all'esigenza di garantire la sana e prudente gestione della banca. Con riferimento alla seconda e alla terza ipotesi, la disposizione domestica deve tuttavia coordinarsi con le disposizioni del MVU e in particolare con gli artt. 11, par. 2 e 4, e 17, par. 2, del regolamento quadro sul MVU della BCE<sup>31</sup>. Con particolare riferimento alla seconda ipotesi (stabilimento in uno Stato comunitario partecipante al MVU di succursali di una banca italiana meno significativa), la banca italiana deve notificare l'intenzione di stabilire la succursale alla Banca d'Italia, la quale informerà la BCE e l'ANC dello Stato membro ospitante e, decorsi due mesi dalla ricezione della notifica, la banca italiana potrà stabilire la succursale e iniziare la propria attività sotto la supervisione della Banca d'Italia nella sua qualità di autorità di vigilanza dello Stato membro d'origine. Con particolare riferimento alla terza ipotesi (stabilimento in uno Stato comunitario non partecipante al MVU di succursali di una banca italiana meno significativa), la banca italiana deve notificare l'intenzione di stabilire la succursale alla Banca d'Italia e, decorsi due mesi dalla ricezione della notifica, la banca italiana potrà stabilire la succursale e

---

<sup>31</sup> In particolare, l'art. 11, par. 2, del regolamento quadro sul MVU della BCE prevede che «ogni soggetto vigilato meno significativo che intenda stabilire una succursale all'interno del territorio di un altro Stato membro partecipante, notifica la propria intenzione alla propria ANC». L'art. 11, par. 4, del regolamento quadro sul MVU della BCE prevede invece che, «se l'ANC dello Stato membro d'origine non adotta una decisione contraria entro due mesi dalla ricezione della notifica, la succursale di cui al paragrafo 2 può essere stabilita e dare avvio alla propria attività», con precisazione che «l'ANC comunica tali informazioni alla BCE e all'ANC dello Stato membro partecipante in cui la succursale sarà stabilita». L'art. 17, par. 2, del regolamento quadro sul MVU della BCE prevede infine che «un soggetto vigilato meno significativo che intenda stabilire una succursale o esercitare la libera prestazione dei servizi nel territorio di uno Stato membro non partecipante notifica la propria intenzione all'ANC di riferimento, in conformità alle disposizioni normative dell'Unione applicabili», con precisazione che «l'ANC di riferimento esercita i poteri di autorità competente dello Stato membro d'origine».

iniziare la propria attività sotto la supervisione della Banca d'Italia nella sua qualità di autorità di vigilanza dello Stato membro d'origine<sup>32</sup>.

Il comma 2 prevede infine che «le banche italiane possono stabilire succursali in uno Stato terzo previa autorizzazione della Banca d'Italia». La disposizione regola quindi l'ipotesi di stabilimento in uno Stato extracomunitario di succursali (sia la prima sia le successive) di una banca italiana. Il maggior rigore si giustifica in ragione dell'esigenza di verificare nel Paese di insediamento l'esistenza di una legislazione e di un sistema di vigilanza adeguati e la possibilità di agevole accesso alle informazioni finanziarie essenziali. Queste esigenze impongono una valutazione che l'organo di vigilanza può fare solo caso per caso con conseguenti ampi margini di valutazione discrezionale, che - né a livello di fonte primaria né a livello di fonte secondaria - sono ancorati a tassativi parametri di riferimento<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Cfr. BELLÌ - BENOCCI, *Commento agli artt. 15-18 t.u.b.*, in BELLÌ - LOSAPPIO - PORZIO - RISPOLI - SANTORO (a cura di), *Il testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, 177 ss., che parlano di libertà di stabilimento "in uscita".

<sup>33</sup> Anche in questa ipotesi, quando è previsto che la banca italiana eserciti attività di intermediazione mobiliare, la Banca d'Italia deve informare la CONSOB. Cfr. PIRAS, *Le filiali estere di banche italiane*, in CAPRIGLIONE - MEZZACAPO (a cura di), *Il sistema valutario italiano*, Milano, 1981, 771 ss.; PUPO, *Commento all'art. 15 t.u.b.*, cit., 89. Con riferimento alla disciplina dello stabilimento di succursali di banche italiane, va in particolare sottolineato che, se le attività esercitate nel territorio di uno Stato comunitario mediante stabilimento di succursali sono attività ammesse al mutuo riconoscimento e il soggetto che le esercita non è una banca italiana, ma una società finanziaria italiana, la fattispecie concreta si situa al di fuori del perimetro dell'art. 15 t.u.b., ma la circostanza che l'attività esercitata rientri comunque nel novero delle attività ammesse al mutuo riconoscimento e che il soggetto che le esercita rientri comunque nel novero dei soggetti finanziari vigilati ha indotto prima il legislatore comunitario e poi il legislatore domestico a consentirne l'esercizio. La fattispecie è regolata dall'art. 18 t.u.b. che, più in generale, estende l'applicazione dei principi comunitari della libertà di stabilimento di succursali e della libertà di prestazione dei servizi previsti per le banche italiane e comunitarie anche alle società finanziarie italiane e comunitarie che esercitano attività (non bancarie, ma comunque finanziarie) ammesse al mutuo riconoscimento ai sensi dell'art. 1, c. 2, lett. f), t.u.b. Come vedremo in seguito, il legislatore si occupa primariamente di disciplinare l'esercizio comunque effettuato di attività bancarie e di attività sia ammesse sia non ammesse al mutuo riconoscimento da parte di banche italiane (in Italia, in uno Stato comunitario o in uno Stato extra comunitario) ovvero da parte di banche comunitarie (in Italia) ovvero da parte di banche extracomunitarie (in Italia). Allo stesso tempo, il legislatore non prende in considerazione l'esercizio in Italia di attività da parte di società finanziarie extracomunitarie, in quanto ipotesi posta al di fuori dell'ambito di applicazione dei principi comunitari, né prende in considerazione l'ipotesi di esercizio di attività non ammesse al mutuo riconoscimento da parte di società finanziarie non bancarie italiane o comunitarie, in quanto ipotesi posta al di fuori dell'ambito di applicazione della regolamentazione bancaria *tout court*. Il legislatore postula invece l'ipotesi che attività ammesse al mutuo riconoscimento possano essere esercitate anche da società finanziarie diverse dalle banche e, per garantire il necessario coordinamento e la relativa

### 3.2. Lo stabilimento in Italia di succursali di banche comunitarie

Con riferimento allo stabilimento in Italia di succursali di banche comunitarie, si è visto che la prima disciplina in materia è rappresentata dal r.d. n. 1620/1919, che tuttavia si occupava di insediamento in Italia di succursali di «*banche estere*» (senza distinzione tra quelle che poi saranno

---

parità di trattamento, provvede ad estendere l'applicazione dei principi comunitari in materia bancaria anche all'esercizio di quelle attività da parte di quei soggetti nell'ambito del territorio dell'Unione europea. In questo senso, si può quindi sostenere che, nella materia che ci occupa, il legislatore non ha tanto regolato direttamente e differentemente gli operatori (banche e società finanziarie), ma ha soprattutto disciplinato uniformemente le attività ammesse al mutuo riconoscimento da chiunque esercitate con la conseguenza di porre l'accento più sul profilo funzionale che non sul profilo dei soggetti agenti. La circostanza va sottolineata. La regola dell'estensione dei principi comunitari in materia bancaria anche alle società finanziarie che esercitano attività ammesse al mutuo riconoscimento è stata introdotta dalla seconda direttiva comunitaria e va ricordato come - al tempo dell'emanazione della seconda direttiva - il sistema bancario italiano si caratterizzasse per una forte specializzazione funzionale, in forza della quale le banche italiane potevano esercitare attività finanziarie non bancarie utilizzando non tanto il modello di banca universale, quanto il modello di gruppo creditizio polifunzionale; fu quindi su pressione della delegazione italiana impegnata nella redazione della direttiva che - come è stato osservato - fu attuata una «difesa della via italiana alla banca universale, costituita dal gruppo creditizio polifunzionale», mediante l'adozione di una regolamentazione delle attività, più che dei soggetti, in modo da assicurare la necessaria neutralità della normativa a fronte delle diverse possibilità organizzative dell'impresa bancaria. Ciò detto, la norma comunitaria accorda il beneficio del mutuo riconoscimento previsto in materia bancaria anche in favore delle società finanziarie che svolgano una o più attività ammesse al relativo regime quando tali società (i) siano filiazioni di enti creditizi, (ii) siano inserite nel sistema di vigilanza che ricomprende gli enti creditizi e (iii) siano garantite dall'ente creditizio controllante nell'adempimento delle relative obbligazioni. L'attuazione in Italia della norma comunitaria è avvenuta definitivamente con l'art. 18 t.u.b., modificato prima dal d.lgs. n. 72/2015 in attuazione della direttiva 2013/36/UE e successivamente dal d.lgs. n. 223/2016 in attuazione delle disposizioni del MVU. In generale, l'art. 18 t.u.b. prevede dunque che una società finanziaria italiana possa esercitare in uno Stato comunitario attività ammesse al mutuo riconoscimento sia mediante stabilimento di succursali sia mediante prestazione di servizi e - simmetricamente - che una società finanziaria comunitaria possa esercitare in Italia le medesime attività in entrambe le forme. Affinché una società finanziaria possa accedere al beneficio del mutuo riconoscimento, la disciplina prevede tuttavia che la società finanziaria debba possedere determinati requisiti e debba adempiere a determinati oneri per evitare che il beneficio venga accordato indistintamente anche al di fuori dell'ambito comunitario di matrice bancaria e per arginare quindi il rischio di lacune nella vigilanza su attività comunque rischiose per la stabilità del sistema finanziario e per la protezione dei risparmiatori. Sul punto, cfr. DESIDERIO, *Riflessioni preliminari sulla proposta di seconda direttiva banche*, in *Banca impr. soc.*, 1988, 428 ss.; CAPELLI - GRASSI, *Commento agli artt. 15-18 t.u.b.*, in BELLI - CONTENTO - PATRONI GRIFI - PORZIO - SANTORO (a cura di), *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Bologna, 2003, 283; BELLI - BENOCCI, *Commento agli artt. 15-18 t.u.b.*, cit., 185.

definite comunitarie e quelle che poi saranno definite extracomunitarie) e si occupava di «primo insediamento» di una succursale, lasciando lo stabilimento in Italia delle successive succursali delle banche estere alla disciplina comune prevista per lo stabilimento in Italia delle succursali delle banche italiane, quindi richiedendo un'autorizzazione del Ministro delle finanze solo dal 1926 e un'autorizzazione dell'IDREC-Banca d'Italia dal 1936 in poi. Ai sensi delle disposizioni del r.d. n. 1620/1919, lo stabilimento in Italia della prima succursale di una banca estera era invece subordinato all'autorizzazione del Ministro del tesoro d'intesa con il Ministro degli affari esteri, i quali - nel valutare la domanda di autorizzazione - potevano tener conto delle condizioni di reciprocità in termini ampiamente discrezionali. La regolamentazione bancaria iniziò a distinguere tra banche comunitarie e banche extracomunitarie solo con la direttiva 1973/183/CEE, che vietava trattamenti discriminatori tra enti aventi la propria sede legale in uno dei Paesi membri e che fu attuata in Italia con una delibera CICR del 1976 che trasferì la competenza autorizzatoria dall'organo politico ministeriale all'organo tecnico Banca d'Italia, ferma restando la possibilità per l'autorità di vigilanza di esercitare un controllo strutturale con ampi margini di discrezionalità sia in sede di primo insediamento sia in sede di insediamenti successivi. Questo assetto rimase stabile anche dopo l'affermazione da parte della prima direttiva comunitaria del divieto di tener conto delle condizioni economiche di mercato in sede di autorizzazione alla costituzione dell'ente creditizio e anche dopo l'entrata in vigore del d.P.R. n. 350/1985, che attuò in Italia la prima direttiva, ma che - sulla declinazione di tale divieto anche in sede di autorizzazione all'articolazione territoriale dell'ente creditizio già costituito - si rivelò abbastanza timido. Con l'introduzione dei principi del mutuo riconoscimento delle licenze bancarie e della libertà di stabilimento da parte della seconda direttiva comunitaria, gli Stati membri furono obbligati ad adeguarsi e in Italia il recepimento di tali principi è avvenuto definitivamente con l'art. 15 t.u.b.. Con riferimento allo stabilimento in Italia delle succursali di banche comunitarie, la versione originaria della norma distingueva allora tra primo insediamento e successivi insediamenti e prevedeva che una banca comunitaria potesse stabilire in Italia la prima succursale, previa comunicazione alla Banca d'Italia da parte dell'autorità di vigilanza dello Stato membro d'origine, e le successive succursali, liberamente. La versione vigente dell'art. 15 t.u.b. disciplina lo stabilimento in Italia delle succursali di banche comunitarie alla seconda parte del comma 01 e al comma 3 e - ancora

una volta - tiene conto dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni del MVU<sup>34</sup>.

La seconda parte del comma 01 prevede in particolare che «le banche degli altri Stati comunitari [partecipanti al MVU] possono stabilire succursali nel territorio della Repubblica in conformità delle procedure previste dalle disposizioni del MVU». La disposizione regola quindi le ipotesi di stabilimento in Italia di succursali (sia la prima sia le successive) di una banca significativa di altro Stato comunitario partecipante al MVU, di stabilimento in Italia di succursali (sia la prima sia le successive) di una banca meno significativa di altro Stato comunitario partecipante al MVU e di stabilimento in Italia di succursali (sia la prima sia le successive) di una banca di altro Stato comunitario non partecipante al MVU, anche se - per quest'ultima ipotesi - il primo insediamento è sottoposto alle regole speciali di cui al comma 3. Per tutte e tre queste ipotesi, la disposizione prevede che lo stabilimento in Italia della succursale della banca comunitaria possa avvenire in conformità delle procedure previste dalle disposizioni del MVU. Tali procedure sono previste dagli artt. 11 e 13 del regolamento quadro sul MVU della BCE<sup>35</sup>. Con particolare riferimento alle prima ipotesi (stabilimento in Italia di succursali di una banca significativa di altro Stato comunitario partecipante al MVU), la banca comunitaria deve notificare l'intenzione di stabilire la succursale alla propria ANC, la quale informerà la BCE che informerà a sua volta la Banca d'Italia e, decorsi due mesi dalla ricezione della notifica, la banca comunitaria potrà stabilire la succursale e iniziare la propria attività sotto la supervisione della propria ANC nella sua qualità di autorità di vigilanza dello Stato membro d'origine. Con particolare riferimento alla seconda ipotesi (stabilimento in Italia di succursali di una banca meno significativa di altro Stato comunitario

---

<sup>34</sup> Cfr. DE VECCHIS, *Dipendenze in Italia di enti creditizi stranieri*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1981, 64 ss.; ID., *Filiali in Italia di banche estere*, in *Bancaria*, 1982, 1342 ss.; BELLI, *Appunti sulla disciplina giuridica delle filiali di banche estere operanti in Italia*, Siena, 1984, 21 ss.; VELLA, *Le succursali di banche estere in Italia*, Milano, 1987, 23.

<sup>35</sup> Si vedano le note *supra* con riferimento al testo dell'art. 11 del regolamento quadro sul MVU della BCE. Con riferimento all'art. 13 del regolamento quadro sul MVU della BCE, va invece rammentato come la norma stabilisca che «se l'autorità competente di uno Stato membro non partecipante comunica le informazioni (...) all'ANC dello Stato membro partecipante in cui la succursale deve essere stabilita, tale ANC notifica immediatamente alla BCE la ricezione di tale comunicazione», con precisazione che, «entro due mesi dalla ricezione della comunicazione da parte dell'autorità competente di uno Stato membro non partecipante, la BCE, nel caso di una succursale significativa (...) o l'ANC di riferimento, nel caso di una succursale meno significativa (...), si preparano a esercitare la vigilanza sulla succursale (...) e, se necessario, indicano le condizioni in presenza delle quali, per motivi di interesse generale, la succursale può esercitare la propria attività nello Stato membro ospitante».

partecipante al MVU), la banca comunitaria deve notificare l'intenzione di stabilire la succursale alla propria ANC, la quale informerà la BCE e la Banca d'Italia e, decorsi due mesi dalla ricezione della notifica, la banca comunitaria potrà stabilire la succursale e iniziare la propria attività sotto la supervisione della propria ANC nella sua qualità di autorità di vigilanza dello Stato membro d'origine. Con particolare riferimento alla terza ipotesi (stabilimento in Italia di succursali di una banca di altro Stato comunitario non partecipante al MVU), la banca comunitaria deve notificare l'intenzione di stabilire la succursale alla propria autorità nazionale di vigilanza, la quale informerà la Banca d'Italia che informerà a sua volta la BCE e, decorsi due mesi dalla ricezione della notifica, la banca comunitaria potrà stabilire la succursale alle eventuali condizioni impartite dalla Banca d'Italia o dalla BCE e iniziare la propria attività sotto la supervisione della BCE, che agirà quale autorità di vigilanza dello Stato membro d'origine<sup>36</sup>.

Il comma 3 prevede invece che, «per le banche degli Stati comunitari non partecipanti al MVU che intendono stabilire succursali nel territorio della Repubblica, il primo insediamento è preceduto da una comunicazione alla Banca d'Italia da parte dell'autorità competente dello Stato di appartenenza». La disposizione regola quindi solo l'ipotesi di stabilimento in Italia della prima succursale di una banca di altro Stato comunitario non partecipante al MVU. La disposizione introduce dei minimi elementi di specialità rispetto a quanto previsto in generale dall'art. 13 del regolamento quadro sul MVU in materia di stabilimento in Italia di succursali *tout court* di una banca di altro Stato comunitario non partecipante al MVU. Con riferimento allo stabilimento in Italia della prima succursale di una banca di altro Stato comunitario non partecipante al MVU, il comma 3 prevede infatti che l'autorità di vigilanza dello Stato membro d'origine (cui sarà stata notificata l'intenzione di stabilire in Italia la prima succursale da parte della banca comunitaria come da regola generale) debba informare la Banca d'Italia (che per regola generale dovrà informare anche la BCE), con consueta precisazione che la succursale potrà iniziare le proprie attività decorsi due mesi dalla comunicazione, ma con ulteriore precisazione che - oltretutto la BCE come da regola generale - sia la Banca d'Italia sia anche la CONSOB possono indicare delle condizioni cui subordinare l'esercizio dell'attività della succursale «per motivi di interesse

---

<sup>36</sup> Anche nelle tre ipotesi indicate, l'art. 15, c. 5, t.u.b. stabilisce che, quando è previsto che la banca comunitaria eserciti attività di intermediazione mobiliare, la Banca d'Italia deve informare la CONSOB delle comunicazioni ricevute. Cfr. ROSSANO, *Commento all'art. 15 t.u.b.*, cit., 192; PUPO, *Commento all'art. 15 t.u.b.*, cit., 90.

generale»: i problemi interpretativi posti dall'ampiezza della formula sono del tutto evidenti<sup>37</sup>.

### 3.3. Lo stabilimento in Italia di succursali di banche extracomunitarie

Con riferimento allo stabilimento in Italia di succursali di banche extracomunitarie, si è già visto come il r.d. n. 1620/1919 sia stato il primo provvedimento normativo ad occuparsene - disciplinando tuttavia solo il «*primo insediamento*» in Italia di succursali di «*banche estere*» e subordinandolo all'autorizzazione del Ministro del tesoro d'intesa con il Ministro degli affari esteri - e come la disciplina dello stabilimento in Italia delle successive succursali di banche estere già insediate fosse rimessa alle regole comuni in materia di stabilimento in Italia di succursali di banche italiane: non era quindi richiesta alcuna autorizzazione sino al 1926, mentre

---

<sup>37</sup> Strumentale all'esercizio di tale potere anche da parte della CONSOB è che, quando è previsto che la banca comunitaria eserciti attività di intermediazione mobiliare, la Banca d'Italia deve informare la stessa CONSOB delle comunicazioni ricevute. Cfr. BELLÌ e BENOCCI, *Commento agli artt. 15-18 t.u.b.*, cit., 177 ss., che parlano di libertà di stabilimento "in entrata". Con riferimento alla disciplina dello stabilimento in Italia di succursali di banche comunitarie, le attività esercitate in Italia mediante stabilimento di succursali sono attività ammesse al mutuo riconoscimento e il soggetto che le esercita non è una banca comunitaria, ma una società finanziaria comunitaria, il legislatore consente a certe condizioni l'estensione del principio della libertà di stabilimento di succursali previsto per le banche comunitarie non tanto ai sensi dell'art. 15 t.u.b., quanto ai sensi dell'art. 18 t.u.b. e ciò, in ragione della circostanza che l'attività esercitata rientra comunque nel novero delle attività ammesse al mutuo riconoscimento e che il soggetto che le esercita rientra comunque nel novero dei soggetti finanziari vigilati; sul punto, si veda *supra* in nota. Con riferimento alla disciplina dello stabilimento in Italia di succursali di banche comunitarie, si pone tuttavia anche la questione relativa al trattamento giuridico da offrire all'ipotesi in cui, sempre mediante stabilimento di succursali, una banca comunitaria intenda esercitare in Italia attività non ammesse al mutuo riconoscimento: l'ipotesi è consentita dall'art. 17 t.u.b. con l'osservanza delle prescrizioni imposte dalla disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia; in questo caso, il legislatore estende l'applicazione del principio della libertà di stabilimento di succursali previsto in caso di esercizio di sole attività ammesse al mutuo riconoscimento perché, per quanto l'attività esercitata non sia ammessa al mutuo riconoscimento, il soggetto che le esercita mediante stabilimento di succursali è pur sempre una banca comunitaria che, in quanto tale, è sottoposta ad un *set* regolamentare comune ed è comunque sottoposta alla vigilanza nazionale ed europea. Sul punto, cfr. TROIANO, *Gli intermediari bancari*, in *L'ordinamento finanziario italiano*, a cura di Capriglione, Padova, 2010, 536 ss.; MARCHETTI, *Osservazioni sull'attuazione della seconda direttiva Cee in materia bancaria*, in *Riv. soc.*, 1993, 285; BELLÌ, *La collaborazione tra le autorità di vigilanza*, in BROZZETTI - SANTORO (a cura di), *Le direttive comunitarie in materia bancaria e l'ordinamento italiano*, Milano, 1990, 34; COSTI, *I controlli di liquidità e le succursali comunitarie*, in *Banca impr. soc.*, 1995, 199.

era richiesta un'autorizzazione del Ministro delle finanze dal 1926 e un'autorizzazione dell'IDREC-Banca d'Italia dal 1936 in poi. Si è visto anche come tale sistema sia rimasto sostanzialmente invariato finché, nell'ambito della revisione dell'intero ordinamento delle succursali bancarie imposto dalle due direttive comunitarie, il testo unico bancario non ha provveduto a distinguere tra succursali di banche comunitarie e succursali di banche extracomunitarie e a riscrivere interamente anche le norme riguardanti queste ultime. Come la disciplina previgente, il testo unico bancario ha mantenuto la distinzione tra primo insediamento della succursale di banca extracomunitaria e stabilimento di succursali di banche extracomunitarie già insediate e ha dedicato alla prima fattispecie l'art. 14, c. 4, t.u.b. e alla seconda fattispecie l'art. 15, c. 4, t.u.b..

Con riferimento all'art. 14, c. 4, t.u.b., la disposizione originaria prevedeva che lo stabilimento in Italia della prima succursale di una banca extracomunitaria dovesse continuare ad essere previamente autorizzato dal Ministro dell'economia e delle finanze, d'intesa con il Ministro degli affari esteri e sentita la Banca d'Italia: la disposizione si poneva in una certa continuità con il suo precedente normativo, ma in contrasto con le esigenze di ridurre gli spazi di controllo strutturale poste dal nuovo ordine normativo di derivazione comunque comunitaria. Il d.lgs. n. 303/2006 correttivo della legge n. 262/2005 sulla tutela del risparmio ha quindi modificato la disposizione, modificando le competenze e disponendo in particolare che lo stabilimento in Italia della prima succursale di una banca extracomunitaria deve essere autorizzato direttamente dalla Banca d'Italia, sentito il solo Ministro degli affari esteri, con conseguente espulsione del Ministro dell'economia e delle finanze dal sistema autorizzatorio e degradazione del Ministro degli affari esteri a funzione meramente consultiva: il tentativo è evidente ed è quello di spostare l'accento da una valutazione prevalentemente politica ad una valutazione più propriamente tecnica, lasciando sopravvivere la necessità di una consultazione di carattere solo diplomatico, in modo da non legittimare spazi di valutazione che possano fondarsi sulle esigenze economiche del mercato. Spazi di valutazione discrezionale non possono tuttavia non residuare e ciò, sia in ragione dei requisiti sulla base dei quali l'autorizzazione è concessa (capitale minimo e soprattutto programma di attività e idoneità degli esponenti aziendali) sia in ragione della circostanza che l'autorizzazione è concessa «tenendo anche conto della condizione di reciprocità», che la Banca d'Italia ha declinato nelle proprie disposizioni di vigilanza negli evanescenti termini di inesistenza di impedimenti alla vigilanza, esistenza nello Stato extracomunitario di una adeguata regolamentazione di vigilanza

ed esistenza con l'autorità nazionale di vigilanza dello Stato extracomunitario di accordi per lo scambio di informazioni finanziarie adeguate<sup>38</sup>.

Con riferimento all'art. 15, c. 4, t.u.b., la norma si limita a prevedere che, se per lo stabilimento della prima succursale è richiesta l'autorizzazione della Banca d'Italia sentito il Ministro degli affari esteri, per lo stabilimento di succursali di banche extracomunitarie già insediate è richiesta solo la «previa autorizzazione della Banca d'Italia» senza ulteriori specificazioni, da ciò seguendone uno spazio di valutazione limitato solo dalle finalità istituzionali, che sono tuttavia evidentemente ampie. Ulteriori specificazioni sono contenute nelle disposizioni di vigilanza, che si limitano a prevedere che, nel valutare le domande di autorizzazione, la Banca d'Italia deve tener conto «del permanere delle condizioni richieste per lo stabilimento della prima succursale (...) e dell'adeguatezza della situazione tecnico-organizzativa di essa», circoscrivendo quindi non molto l'ampio margine di discrezionalità esercitabile dalla Banca d'Italia, che si rivelerà tale non solo in sede di autorizzazione al primo insediamento *ex art. 14, c. 4, t.u.b.*, ma anche in sede di stabilimento delle successive succursali *ex art. 15, c. 4, t.u.b.*<sup>39</sup>.

#### **4. I controlli sulla crescita territoriale della banca mediante espansione dell'attività bancaria**

Si è anticipato come i controlli pubblici sulla crescita territoriale di una banca già esistente siano esercitati non solo quando lo sviluppo della banca avvenga tramite “articolazione dell'impresa bancaria” (cioè mediante stabilimento di sedi locali della banca, per mezzo delle quali la stessa banca presta i propri servizi sul territorio), ma anche quando avvenga tramite “espansione dell'attività bancaria” e cioè mediante prestazione di servizi sul territorio direttamente da parte della banca. Tradizionalmente, le due

---

<sup>38</sup> Cfr. FORLATI PICCHIO, *Il trattamento di imprese bancarie di Stati terzi nella CEE*, cit., 95 ss.; VELLA, *Le succursali di banche estere in Italia*, cit., 23 ss.; PATRONI GRIFFI - APPIO, *Commento agli artt. 13-14 t.u.b.*, cit., 253; ANTONUCCI, *Commento all'art. 14 t.u.b.*, cit., 156 ss.; AMOROSINO, *Commento all'art. 14 t.u.b.*, cit., 185.

<sup>39</sup> Si pone a questo punto il problema se tali regole dovranno applicarsi anche allo stabilimento in Italia delle succursali di banche britanniche, se e quando diventerà efficace la c.d. *Brexit*: la circostanza dipenderà con evidenza dal contenuto dei futuri accordi che saranno conclusi tra UE e Governo britannico. Cfr. FORLATI PICCHIO, *Il trattamento di impresa bancaria di Stati terzi nella Cee*, cit., 101; STANZIALE, *L'accesso al mercato*, in RAZZANTE - LACAITA (a cura di), *Il governo delle banche in Italia. Commento al testo unico bancario e alla normativa collegata*, Torino, 2006, 103; ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, cit., 210.

manifestazioni di crescita territoriale di una banca sono soggette a regole e a controlli fortemente differenziati, rispettivamente più rigorosi in caso di stabilimento di succursali e meno rigidi in caso di prestazione di servizi. Il r.d. n. 1620/1919 disciplinava per esempio lo stabilimento in Italia di succursali di banche estere, ma non la prestazione di servizi in Italia da parte di banche estere, che fu inizialmente ipotesi non regolata, per essere successivamente sottoposta a controlli da parte della Banca d'Italia sulla base della sola regolamentazione secondaria. I provvedimenti del 1926 e la legge bancaria del 1936-1938 disciplinavano - sempre per esempio - lo stabilimento (in Italia) di succursali di banche italiane, ma non la prestazione di servizi (in Italia) da parte di banche italiane, che era libera, in quanto coperta dall'autorizzazione all'inizio delle operazioni. È poi vero che le direttive comunitarie in materia bancaria affermarono - come corollario del canone del mutuo riconoscimento delle licenze bancarie e di quello del c.d. *home country control* - sia il principio della libertà di stabilimento sia il principio della libertà di prestazione di servizi, ma - nel distinguere contemporaneamente il fenomeno della crescita territoriale delle banche comunitarie da quello delle banche extracomunitarie - prevedero che, se una banca comunitaria poteva stabilire una succursale nel territorio di un altro Stato comunitario previa comunicazione all'autorità di vigilanza dello Stato ospitante cui veniva riconosciuto la facoltà di vietare l'insediamento per motivi di adeguatezza, una banca comunitaria poteva invece prestare servizi nel territorio di un altro Paese membro senza stabilirvi una succursale, semplicemente informando l'autorità di vigilanza dello Stato ospitante, senza che questa potesse vietare alcunché. Premesso questo, è allora evidente come una disciplina che si occupi di prestazione di servizi, effettuata in un determinato territorio da una banca senza stabilirvi succursali, presupponga comunque la nozione di succursale: una disciplina che si occupi di prestazione di servizi da parte di una banca non copre cioè soltanto le intuitive ipotesi di esercizio transnazionale di attività bancarie o finanziarie senza lo stabilimento di alcun punto operativo (cioè il c.d. esercizio mediante spostamento del prestatore del servizio), ma anche l'esercizio tramite stabilimento di punti operativi non qualificabili formalmente come «*succursali*»: se l'esercizio di attività in un determinato territorio da parte di una banca dovesse avvenire tramite sportelli automatici ATM sprovvisti di personale, la disciplina applicabile non sarebbe quella più rigorosa in materia di stabilimento di succursali, ma quella meno rigida in materia di prestazione di servizi. Ciò detto, le disposizioni in materia di prestazione di servizi (essenzialmente, l'art. 16 t.u.b.) presentano forti elementi di parallelismo strutturale con quelle in materia di succursali: anche l'art. 16 t.u.b. disciplina

infatti la prestazione di servizi da parte di una banca in modo diverso a seconda che la banca sia italiana, comunitaria o extracomunitaria e a seconda che la banca intenda prestare i propri servizi nel territorio italiano ovvero nel territorio di uno Stato comunitario o di uno Stato extracomunitario. Al criterio ordinamentale e a quello geografico deve tuttavia aggiungersi un ulteriore criterio - di tipo funzionale - che consente di graduare la disciplina anche a seconda che i servizi prestati da una banca in un determinato territorio rientrino o meno tra le attività ammesse al mutuo riconoscimento di cui all'art. 1, c. 2, lett. f), t.u.b.. Non solo, perché - con l'entrata in vigore delle disposizioni del MVU e la loro attuazione in Italia con il d.lgs. n. 223/2016 - è ora necessario articolare la disciplina anche a seconda che: (i) all'interno della categoria degli Stati comunitari, la banca intenda prestare i propri servizi nel territorio uno Stato comunitario partecipante al MVU ovvero non partecipante al MVU; (ii) all'interno della categoria delle banche comunitarie, la banca abbia la propria sede in uno Stato comunitario partecipante al MVU ovvero non partecipante al MVU; (iii) all'interno della categoria delle banche degli Stati comunitari partecipanti al MVU, la banca sia un soggetto vigilato significativo ovvero meno significativo<sup>40</sup>.

#### **4.1. La prestazione di servizi da parte di banche italiane**

Con riferimento alla prestazione di servizi da parte di banche italiane, l'art. 16 t.u.b. prevede che esse possano, da un lato, «esercitare le attività ammesse al mutuo riconoscimento in uno Stato comunitario senza stabilirvi succursali secondo quanto stabilito dalle disposizioni del MVU e nel rispetto delle procedure fissate dalla Banca d'Italia» (comma 1) e, dall'altro lato, «operare in uno Stato terzo senza stabilirvi succursali previa autorizzazione della Banca d'Italia» (comma 2). Le due disposizioni non contemplano quindi né l'ipotesi di prestazione di servizi in Italia da parte di banche italiane né la prestazione in uno Stato comunitario da parte di una banca italiana di servizi non ammessi al mutuo riconoscimento. La prima ipotesi non è regolata, ma è evidentemente coperta dall'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria di cui all'art. 14 t.u.b.. La seconda ipotesi è invece espressamente regolata, ma solo in via secondaria, dalle disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia, che si limitano

---

<sup>40</sup> Cfr. CIRILLO, *Commento all'art. 16 t.u.b.*, in CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2001, 142; BELLINI - BENOCCI, *Commento agli artt. 15-18 t.u.b.*, cit., 182; COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 385; BARIATI, *Commento all'art. 16 t.u.b.*, in CAPRIGLIONE - PELLEGRINI - SEPE - TROIANO (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Milano, 2018, 196.

tuttavia a stabilire che l'esercizio in uno Stato comunitario da parte di una banca italiana di attività non ammesse al mutuo riconoscimento deve avvenire nel rispetto delle disposizioni vigenti nell'ordinamento dello Stato comunitario ospitante e comunque previa comunicazione sia in favore della Banca d'Italia sia in favore dell'autorità di vigilanza dello Stato comunitario ospitante<sup>41</sup>.

Con particolare riferimento alla prestazione in uno Stato comunitario da parte di una banca italiana di attività ammesse al mutuo riconoscimento, il primo comma fissa il principio della libertà di prestare tali attività - direttamente e senza stabilimento di succursali - con l'unico onere di osservare le disposizioni del MVU e le procedure della Banca d'Italia<sup>42</sup>. Sotto questo profilo, le disposizioni del MVU (artt. 12 e 17 del regolamento quadro sul MVU della BCE) si differenziano e prevedono che, se lo Stato comunitario nel cui territorio la banca italiana intende prestare i servizi "partecipa al MVU" e la banca italiana è "significativa", allora la banca italiana deve notificare la propria intenzione alla sola Banca d'Italia, che informerà a sua volta BCE e ANC dello Stato comunitario ospitante; se invece lo Stato comunitario nel cui territorio la banca italiana intende prestare i servizi "partecipa al MVU" e la banca italiana è "meno significativa", allora la banca italiana deve notificare la propria intenzione non solo alla Banca d'Italia, ma anche alla BCE e all'ANC dello Stato comunitario ospitante; se infine lo Stato comunitario nel cui territorio la banca italiana intende prestare i servizi "non partecipa al MVU", allora la banca italiana (per la quale non si pone il problema della sua significatività o meno) deve notificare la propria intenzione alla Banca d'Italia, che informerà a sua volta la BCE. Sotto questo profilo, le vigenti disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia non aggiungono altro di rilevante<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Cfr. PUPO, *Commento all'art. 16 t.u.b.*, in COSTI - VELLA (a cura di), *Commentario breve al testo unico bancario*, Milano, 2019, 91.

<sup>42</sup> Il tutto, con la precisazione prevista dall'art. 16, c. 5, t.u.b. che, nell'ipotesi in cui la banca italiana intenda esercitare anche attività di intermediazione mobiliare, la Banca d'Italia dovrà dare notizia alla CONSOB delle comunicazioni ricevute.

<sup>43</sup> In particolare, l'art. 12 del regolamento quadro sul MVU della BCE prevede che «i soggetti vigilati significativi che intendano esercitare per la prima volta la propria attività nel territorio di un altro Stato membro partecipante nel quadro della libera prestazione dei servizi, notificano la propria intenzione all'ANC dello Stato membro partecipante in cui il soggetto vigilato significativo ha la propria sede principale», con precisazione che «d'ANC dà altresì comunicazione di tale notifica all'ANC dello Stato membro partecipante in cui i servizi saranno forniti»; inoltre, prevede anche che «i soggetti vigilati meno significativi che intendano esercitare per la prima volta la propria attività nel territorio di un altro Stato membro partecipante nel quadro della libera prestazione dei servizi notificano la loro intenzione alla propria ANC», con precisazione che «la notifica è comunicata alla BCE e all'ANC dello Stato

Con particolare riferimento alla prestazione in uno Stato extracomunitario da parte di una banca italiana delle proprie attività (qualunque attività, senza possibilità di distinguere tra attività ammesse e non ammesse al mutuo riconoscimento), il secondo comma prevede che le banche italiane possano operare previa autorizzazione della Banca d'Italia<sup>44</sup>. Su questo punto, le disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia intervengono invece diffusamente e impongono che la domanda di autorizzazione debba contenere informazioni quantomeno riguardanti lo Stato extracomunitario ospitante, le attività che si intendono esercitare e le relative modalità operative, con precisazione che, nel valutare la domanda di autorizzazione, la Banca d'Italia potrà richiedere un parere all'autorità di vigilanza dello Stato extracomunitario ospitante e rilasciare l'autorizzazione solo se avrà accertato l'esistenza nello Stato extracomunitario ospitante di una legislazione e di un sistema di vigilanza adeguati e l'inesistenza di ostacoli all'accesso alle informazioni finanziarie da parte della banca italiana e della Banca d'Italia<sup>45</sup>.

#### **4.2. La prestazione di servizi in Italia da parte di banche comunitarie**

Con riferimento alla prestazione di servizi in Italia da parte di banche comunitarie, l'art. 16, c. 3, t.u.b. prevede che le banche comunitarie possano «esercitare le attività previste dal comma 1 nel territorio della Repubblica senza stabilirvi succursali dopo che la Banca d'Italia sia stata informata dall'autorità competente dello Stato di appartenenza». Se una banca comunitaria intende esercitare direttamente le proprie attività in Italia, sono quindi previsti gli stessi limiti, e dunque la stessa libertà, previsti per l'inversa ipotesi di esercizio in uno Stato comunitario di attività da parte di una banca italiana. È quindi sufficiente che la Banca d'Italia riceva la notifica da parte

---

membro partecipante in cui i servizi saranno forniti». Con riferimento al testo normativo dell'art. 17 del regolamento quadro sul MVU della BCE, si veda *supra* in nota la relativa articolazione.

<sup>44</sup> Ai sensi dell'art. 16, c. 5, t.u.b., la Banca d'Italia informerà poi la CONSOB nell'ipotesi in cui la banca italiana intenda esercitare anche attività di intermediazione mobiliare.

<sup>45</sup> Con riferimento alla disciplina della prestazione di servizi da parte di banche italiane, va in particolare sottolineato che, se le attività esercitate senza stabilimento di succursali sono attività ammesse al mutuo riconoscimento e il soggetto che le esercita non è una banca italiana, ma una società finanziaria italiana, il legislatore consente a certe condizioni l'estensione del principio della libertà di prestazione di servizi previsto per le banche italiane non tanto ai sensi dell'art. 16 t.u.b., quanto ai sensi del già visto art. 18 t.u.b. e ciò, in ragione della circostanza che l'attività esercitata rientra comunque nel novero delle attività ammesse al mutuo riconoscimento e che il soggetto che le esercita rientra comunque nel novero dei soggetti finanziari vigilati; si veda *supra* in nota per le relative e più ampie riflessioni.

dell'autorità di vigilanza dello Stato comunitario d'origine<sup>46</sup>. Tuttavia, il terzo comma fa riferimento alle sole «attività previste dal comma 1» e quindi alle sole attività ammesse al mutuo riconoscimento: solo per l'esercizio di queste valgono i principi - sia "in uscita" sia "in entrata" - della libertà di prestazione dei servizi<sup>47</sup>. Con riferimento all'esercizio in Italia da parte di banche comunitarie delle sole attività ammesse al mutuo riconoscimento, la norma primaria si limita a prevedere il solo onere informativo in favore della Banca d'Italia da parte dell'autorità di vigilanza dello Stato comunitario d'origine. Le disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia sono aderenti, ma - per quanto non espressamente richiamate dalla norma - intervengono anche le disposizioni del MVU (artt. 12 e 15 del regolamento quadro sul MVU della BCE), dalle quali è consentito estrarre regole differenziate che prevedono che, se la banca comunitaria ha sede in uno Stato comunitario "partecipante al MVU" ed è "significativa", la banca comunitaria deve informare la propria ANC, che informerà a sua volta BCE e Banca d'Italia; se invece la banca comunitaria ha sede in uno Stato comunitario "partecipante al MVU" ed è "meno significativa", la banca comunitaria deve informare la propria ANC, la BCE e la Banca d'Italia; se infine la banca comunitaria ha sede in uno Stato comunitario "non partecipante al MVU", la banca comunitaria (per la quale non si pone il problema della sua significatività o meno) deve informare la propria autorità nazionale di vigilanza, che informerà a sua volta la Banca d'Italia, che a sua volta informerà la BCE<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Il tutto, con obbligo per la Banca d'Italia di darne comunicazione alla CONSOB in caso di esercizio di attività di intermediazione mobiliare ai sensi dell'art. 16, c. 5, t.u.b..

<sup>47</sup> Nell'ipotesi in cui le attività che una banca comunitaria intende esercitare in Italia non siano ammesse al mutuo riconoscimento, non si applica infatti l'art. 16 t.u.b., ma il già visto art. 17 t.u.b., che, come visto anche in materia di limiti alla libertà di stabilimento, prevede l'obbligo per la banca di osservare le procedure autorizzative comunque previste dalla Banca d'Italia.

<sup>48</sup> Cfr. PUPPO, *Commento all'art. 16 t.u.b.*, cit., 93. Sull'imperatività e la conseguente inderogabilità delle disposizioni sulla prestazione di servizi in Italia da parte di banche comunitarie, cfr. Cons. Stato, 26 agosto 2009, n. 4229, in *Foro it.*, 2009, 561. Con riferimento al testo normativo dell'art. 12 del regolamento quadro sul MVU della BCE, si veda *supra* in nota. Con riferimento all'art. 15 del regolamento quadro sul MVU della BCE, va invece rammentato come esso preveda che «se l'autorità competente di uno Stato membro non partecipante trasmette una notifica (...), l'ANC dello Stato membro partecipante in cui sarà esercitata la libera prestazione dei servizi è destinataria di tale notifica», con precisazione che «l'ANC informa immediatamente la BCE della ricezione di tale notifica». Per completezza, si osserva come, con riferimento alla disciplina della prestazione di servizi in Italia da parte di banche comunitarie, vada in particolare sottolineato che, se le attività esercitate in Italia senza stabilimento di succursali sono attività ammesse al mutuo riconoscimento e il soggetto che le esercita non è una banca comunitaria, ma una società finanziaria comunitaria, il legislatore

### 4.3. La prestazione di servizi in Italia da parte di banche extracomunitarie

Con riferimento alla prestazione di servizi in Italia da parte di banche extracomunitarie, l'art. 16, c. 4, t.u.b. prevede che le banche extracomunitarie possano «operare in Italia senza stabilirvi succursali previa autorizzazione della Banca d'Italia». Anche in questo caso, è ravvisabile una certa simmetria con l'inversa ipotesi di esercizio di prestazione di servizi in uno Stato extracomunitario da parte di una banca italiana. Anche in questo caso, è infatti previsto che la banca possa «operare» senza che si possa distinguere tra attività ammesse e attività non ammesse al mutuo riconoscimento e, anche in questo caso, è previsto che la banca possa operare «previa autorizzazione della Banca d'Italia». La norma primaria si limita a stabilire che l'autorizzazione è rilasciata tenendo conto delle condizioni di reciprocità.

La norma primaria è infatti integrata dalla disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia, che affermano che, nel richiedere l'autorizzazione, la banca extracomunitaria deve presentare un programma che indichi le attività che la banca intende esercitare e le relative modalità operative e un'attestazione rilasciata dall'autorità di vigilanza dello Stato extracomunitario d'origine concernente l'assenso all'iniziativa, la solidità patrimoniale e l'adeguatezza tecnico-organizzativa della banca e l'esercizio nello Stato extracomunitario d'origine da parte della banca delle attività che si intendono esercitare in Italia. Le disposizioni di vigilanza proseguono prevedendo che, nell'esame della domanda di autorizzazione, la Banca d'Italia tiene conto dell'inesistenza di impedimenti ad un esercizio efficace delle funzioni di vigilanza, dell'esistenza

---

consente ancora una volta l'estensione del principio della libertà di prestazione dei servizi previsto per le banche comunitarie non tanto ai sensi dell'art. 15 t.u.b., quanto ai sensi dell'art. 18 t.u.b. e ciò, in ragione della consueta circostanza che l'attività esercitata rientra comunque nel novero delle attività ammesse al mutuo riconoscimento e che il soggetto che le esercita rientra comunque nel novero dei soggetti finanziari vigilati (si veda *supra* in nota per le relative riflessioni). Con riferimento alla disciplina della prestazione di servizi in Italia da parte di banche comunitarie, si pone tuttavia anche la questione relativa all'ipotesi in cui, sempre senza stabilimento di succursali, una banca comunitaria intenda esercitare in Italia attività non ammesse al mutuo riconoscimento: l'ipotesi è consentita dall'art. 17 t.u.b. con l'osservanza delle prescrizioni imposte dalla disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia ed è evidente come, in questo caso, il legislatore estenda l'applicazione del principio della libertà di prestazione di servizi previsto in caso di esercizio di sole attività ammesse al mutuo riconoscimento, in ragione della circostanza che, per quanto l'attività esercitata non sia ammessa al mutuo riconoscimento, il soggetto che le esercita senza stabilimento di succursali è pur sempre una banca comunitaria che, in quanto tale, è sottoposta ad un *set* regolamentare comune ed è comunque sottoposta alla vigilanza nazionale ed europea.

nello Stato extracomunitario d'origine di una regolamentazione adeguata sotto il profilo dei controlli di vigilanza, dell'esistenza di accordi per lo scambio di informazioni e dell'esercizio delle attività con le stesse modalità previste per le banche italiane e la possibilità per queste di svolgerle, a condizioni di reciprocità, nello Stato d'origine della banca<sup>49</sup>.

## 5. Considerazioni conclusive

Concludendo, i controlli pubblici sulla nascita e sulla crescita territoriale delle banche sono articolati dal legislatore italiano in conformità alle disposizioni comunitarie in materia di mutuo riconoscimento delle licenze bancarie e di libertà di stabilimento di succursali e di prestazione di servizi e, da ultimo, anche in conformità alle nuove disposizioni del MVU. La circostanza ha dato luogo ad una disciplina particolarmente articolata e complessa, ma completa, che ha la sua principale *sedes materiae* negli artt. 13 ss. t.u.b. e nelle disposizioni sia comunitarie (poste a monte) sia nazionali di vigilanza (poste a valle) di volta in volta richiamate.

Volendo darne una rappresentazione sintetica, la disciplina passata in rassegna può dirsi organizzata come segue:

A) con riferimento all'esercizio di attività da parte di "banche italiane", l'esercizio in Italia di attività sia ammesse sia non ammesse al mutuo riconoscimento è in primo luogo disciplinato dall'art. 15, c. 01, t.u.b., se effettuato mediante stabilimento di succursali (ed è libero), e dall'art. 14, c. 1 e 2, t.u.b., se effettuato mediante prestazione di servizi (ed è coperto dall'autorizzazione all'attività bancaria cui è subordinato); in secondo luogo, l'esercizio in uno Stato comunitario delle sole attività ammesse al mutuo riconoscimento è disciplinato dall'art. 15, c. 01 e 1, t.u.b., se effettuato mediante stabilimento di succursali (ed è subordinato a comunicazione), e dall'art. 16, c. 1, t.u.b., se effettuato mediante prestazione di servizi (ed è subordinato a comunicazione), mentre l'esercizio delle sole attività non ammesse al mutuo riconoscimento, sia mediante stabilimento di succursali sia

---

<sup>49</sup> Norma primaria e norma secondaria si allineano poi prevedendo entrambe che, laddove l'operatività in Italia della banca extracomunitaria includa anche attività di intermediazione mobiliare, è necessaria non solo l'autorizzazione della Banca d'Italia, ma anche il parere favorevole della CONSOB. Cfr. DESIDERIO, *Riflessioni preliminari sulla proposta di seconda direttiva banche*, cit., 428 ss.; CIRILLO, *Commento all'art. 16 t.u.b.*, cit., 142; BARIATTI, *Commento all'art. 16 t.u.b.*, cit., 196; PUPO, *Commento all'art. 16 t.u.b.*, cit., 94; GUARRACINO, *Le "procedure comuni" nel meccanismo di vigilanza unico sugli enti creditizi*, cit., 252-254.

mediante prestazione di servizi, è disciplinato dalle disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia (ed è pure subordinato a comunicazione); in terzo luogo, l'esercizio in uno Stato extracomunitario di attività sia ammesse sia non ammesse al mutuo riconoscimento è disciplinato dall'art. 15, c. 2, t.u.b., se effettuato mediante stabilimento di succursali (ed è subordinato ad autorizzazione), e dall'art. 16, c. 2, t.u.b., se effettuato mediante prestazione di servizi (ed è pure subordinato ad autorizzazione);

B) con riferimento all'esercizio di attività da parte di "banche comunitarie", l'esercizio in Italia delle sole attività ammesse al mutuo riconoscimento è invece disciplinato dall'art. 15, c. 01 e 3, t.u.b., se effettuato mediante stabilimento di succursali (ed è subordinato a comunicazione), e dall'art. 16, c. 3, t.u.b., se effettuato mediante prestazione di servizi (ed è pure subordinato a comunicazione), mentre l'esercizio in Italia delle sole attività non ammesse al mutuo riconoscimento è disciplinato dall'art. 17 t.u.b., indipendentemente dalla circostanza che la banca comunitaria intenda esercitare in Italia tali attività mediante stabilimento di succursali ovvero mediante prestazione di servizi;

C) con riferimento all'esercizio di attività da parte di "banche extracomunitarie", l'esercizio in Italia di attività sia ammesse sia non ammesse al mutuo riconoscimento è infine disciplinato dall'art. 14, c. 4, t.u.b., se effettuato mediante stabilimento della prima succursale (ed è subordinato a autorizzazione), dall'art. 15, c. 4, t.u.b., se effettuato mediante stabilimento di succursali successive (ed è subordinato a autorizzazione), e dall'art. 16, c. 4, t.u.b., se effettuato mediante prestazione di servizi (ed è pure subordinato a autorizzazione).

Volendo tentare una *reductio ad unum* dei dati normativi considerati, si può quindi osservare come, pur nella sua complessità, la disciplina dei controlli pubblici sulla nascita e sulla crescita territoriale delle banche si risolve in una disciplina preordinata alla regolamentazione dell'esercizio delle "attività delle banche" e, in particolare, alla regolamentazione delle "attività delle banche" senza limiti temporali, ordinamentali, geografici o funzionali. La disciplina dei controlli pubblici sulla nascita e sulla crescita territoriale delle banche si articola tuttavia diversamente proprio in ragione del diverso intersecarsi di fattori temporali, ordinamentali, geografici e funzionali; e regola allora l'esercizio delle "attività delle banche" proprio tenendo conto dei seguenti quattro fattori che, alla luce dell'attuazione in Italia delle disposizioni del MVU, possono adesso considerarsi così riorganizzati:

1. il primo fattore - di tipo temporale - coincide con la fase di vita della banca e impone di distinguere tra nascita e crescita della banca e, all'interno della crescita, tra crescita mediante prestazione di servizi e crescita mediante

stabilimento di succursali e, all'interno della crescita mediante stabilimento di succursali, tra crescita mediante stabilimento della prima succursale e crescita mediante stabilimento di succursali successive alla prima;

2. il secondo fattore - di tipo ordinamentale - coincide con il diritto oggettivo dello Stato d'origine della banca e impone di distinguere tra banca italiana, banca comunitaria e banca extracomunitaria e, all'interno delle banche comunitarie, tra banca comunitaria avente sede in uno Stato partecipante al MVU ovvero non partecipante al MVU e, all'interno delle banche comunitarie aventi sede in uno Stato partecipante al MVU, tra banca significativa e banca non significativa;

3. il terzo fattore - di tipo geografico - coincide con il territorio dello Stato ospitante la banca e impone di distinguere a seconda che la banca intenda esercitare le proprie attività in Italia, in uno Stato comunitario o in uno Stato extracomunitario e, all'interno degli Stati comunitari, a seconda che la banca intenda esercitare le proprie attività nel territorio di uno Stato partecipante al MVU ovvero non partecipante al MVU;

4. il quarto fattore - di tipo funzionale - coincide con l'attività che la banca intende esercitare e impone di distinguere tra attività ammesse e attività non ammesse al mutuo riconoscimento.

Nel tener conto dei quattro fattori sopra indicati, la disciplina dei controlli pubblici sulla nascita e sulla crescita territoriale delle banche regola l'esercizio delle "attività delle banche" mediante la predisposizione di regimi disciplinari che, a loro volta, si diversificano in base alla tipologia dei controlli, alla ripartizione delle competenze tra autorità di vigilanza e all'articolazione delle procedure che i soggetti vigilati devono seguire. Il legislatore modula questi diversi regimi disciplinari in base alla diversa fattispecie concreta risultante dal concorso dei quattro fattori anzidetti e li modula mediante un graduale passaggio da regimi meno restrittivi (orientati alla libertà di esercizio delle attività) a regimi progressivamente più limitanti (obblighi di comunicazione dei soggetti vigilati, diritti di veto delle autorità di vigilanza, necessità di autorizzazione) via via che l'esercizio delle attività da parte della banca porta a gradualmente aumenti di pericolo per gli interessi tutelati dall'ordinamento giuridico. L'attuazione in Italia delle nuove disposizioni del MVU in materia di controlli pubblici sulla nascita e sulla crescita territoriale delle banche ha dunque introdotto forti complessità, ma - nel rispettare i tradizionali principi comunitari - ha consentito all'interprete di preservare uno strumento di

orientamento che ha permesso di comprendere l'organizzazione della disciplina e di individuarne sostanzialmente la *ratio*<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> In conclusione, due notazioni finali per esigenze di completezza. Quando si parla di disciplina dei controlli pubblici sulla nascita e sulla crescita territoriale delle banche come disciplina dell'esercizio delle "attività delle banche", si intende dare alla nozione di "attività delle banche" il significato desumibile dall'art. 10 t.u.b., il quale, oltre a fissare i confini della nozione di "attività bancaria" nell'esercizio congiunto e funzionale di «raccolta del risparmio tra il pubblico ed esercizio del credito», prevede anche che le banche possano esercitare non solo l'attività bancaria, ma anche «ogni altra attività finanziaria (...) nonché attività connesse e strumentali» con salvezza delle sole «riserve di attività previste dalla legge», così ponendo anche una nozione di "attività delle banche" di perimetro maggiore e diverso rispetto a quello di "attività bancaria". In questo senso, la disciplina dei controlli pubblici sulla nascita e sulla crescita territoriale delle banche si presenta quindi come disciplina dell'esercizio delle "attività delle banche" qualunque sia l'attività esercitata. Non solo. Rammentando quanto già detto in precedenza, la disciplina dei controlli pubblici sulla nascita e sulla crescita territoriale delle banche può infatti configurarsi non solo come disciplina dell'esercizio delle "attività delle banche" qualunque sia l'attività esercitata, ma anche come disciplina dell'esercizio delle "attività ammesse al mutuo riconoscimento" chiunque sia il soggetto che le esercita. Tornando a quanto detto in nota sull'art. 18 t.u.b., va confermato come il legislatore si occupi di disciplinare l'esercizio comunque effettuato di attività bancarie e di attività sia ammesse sia non ammesse al mutuo riconoscimento da parte di banche italiane (in Italia, in uno Stato comunitario o in uno Stato extra comunitario) ovvero da parte di banche comunitarie (in Italia) ovvero da parte di banche extracomunitarie (in Italia). L'art. 18 t.u.b. si spinge oltre e postula invece l'ipotesi che attività ammesse al mutuo riconoscimento possano essere esercitate anche da società finanziarie diverse dalle banche e, per garantire il necessario coordinamento e la relativa parità di trattamento, provvede ad estendere l'applicazione dei principi comunitari in materia bancaria anche all'esercizio di quelle attività da parte di quei soggetti nell'ambito del territorio dell'Unione europea, andando a regolare uniformemente le attività ammesse al mutuo riconoscimento da chiunque esercitate con la conseguenza di porre l'accento più sul profilo funzionale che non sul profilo dei soggetti agenti.

**LEGGI ELETTORALI E GOVERNO DELLA CRISI<sup>o</sup>****Nicola Vizioli**

*Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico,  
Università degli Studi di Siena*

*Il saggio si pone l'obiettivo di verificare se e in che modo i diversi tassi di disproporzionalità delle leggi elettorali abbiano influito in quattro grandi Paesi europei (Francia, Germania, Italia e Spagna) nel periodo successivo alla crisi economico-finanziaria del 2008. La conclusione a cui perviene è che una maggiore rappresentatività, garantita da leggi meno disproporzionali, ha conseguenze positive sull'assetto politico del paese e sul funzionamento delle istituzioni. L'entità di tali effetti è tutt'altro che trascurabile e può essere avvicinata a quelli derivanti dalla situazione economica.*

*The essay aims to verify whether and in which way the different rates of disproportionality of the electoral laws had an impact on four major European countries (France, Germany, Italy, and Spain) in the period following the 2008 economic-financial crisis. The analysis hereby conducted leads to the conclusion that a greater representativeness, to be guaranteed through less disproportionate laws, has positive consequences both on the political order and on the functioning of the institutions within the Country. The extent of these effects is far from negligible and it may be equated to those resulting from the economic situation.*

**Sommario:**

1. Il quadro economico
2. La disproporzionalità
  - 2.1. La Francia
  - 2.2. La Germania
  - 2.3. L'Italia
  - 2.4. La Spagna
3. Partecipazione, partiti, governo
  - 3.1. La Francia
  - 3.2. La Germania
  - 3.3. L'Italia
  - 3.4. La Spagna
4. Brevi considerazioni finali

---

<sup>o</sup> Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

## 1. Il quadro economico

Gli anni successivi alla crisi economica del 2008 hanno accentuato e quindi reso palese un'altra crisi non meno pericolosa: quella democratica. La crisi economica ha infatti posto problemi a cui la politica non ha saputo spesso dare risposte soddisfacenti.

Ma ben vedere è la stessa crisi economica che può essere vista come conseguenza di lustri in cui la politica ha sempre più spesso abdicato davanti alla forza brutta del potere finanziario. Almeno nei Paesi occidentali - ché il discorso riguardante altri paesi sarebbe ben più lungo è complesso - la decisione di ritirarsi davanti al potere economico ha determinato un aumento delle disuguaglianze che poi ha contribuito alla crisi economica in senso stretto<sup>1</sup>.

Ferme restando queste considerazioni di fondo e la convinzione della necessità di un ripensamento dei rapporti tra politica e finanza, le pagine che seguono si pongono un obiettivo di ben più limitato orizzonte. Verificare se e come la legge elettorale - e soprattutto il suo tasso di proporzionalità - ha contribuito ad aggravare (o ad alleviare) la crisi democratica in atto. E per farlo ci affideremo anche a parametri numerici consci che le scienze sociali non possono ridursi a meri dati ma che, al tempo stesso, trascurare i dati indebolisce la capacità di leggere e interpretare la realtà.

Per questo tentativo abbiamo preso in considerazione quattro dei cinque paesi più popolosi dell'Unione europea. Dall'analisi abbiamo escluso il Regno Unito perché le vicende legate al referendum sulla permanenza del Paese all'interno dell'Unione europea sono divenute centrali nel dibattito pubblico e hanno inciso in modo determinante su tutte le dinamiche politiche di questi ultimi anni facendo passare secondo piano quei fattori che invece risultano determinanti negli accadimenti politici dei restanti Paesi.

Prima però di soffermarci sugli aspetti istituzionali è opportuno dedicare qualche parola alla crisi economico-finanziaria. In un mondo sempre più globalizzato essa avuto degli effetti ovunque, ma diversa - anche molto diversa - è stata l'entità di tali effetti. Non è questa la sede per esaminarli in dettaglio. Ci limitiamo quindi a poche righe su tre aspetti economici che risultano fortemente indicativi per tratteggiare l'economia di un Paese: il prodotto interno lordo, la distribuzione del reddito e il tasso di disoccupazione.

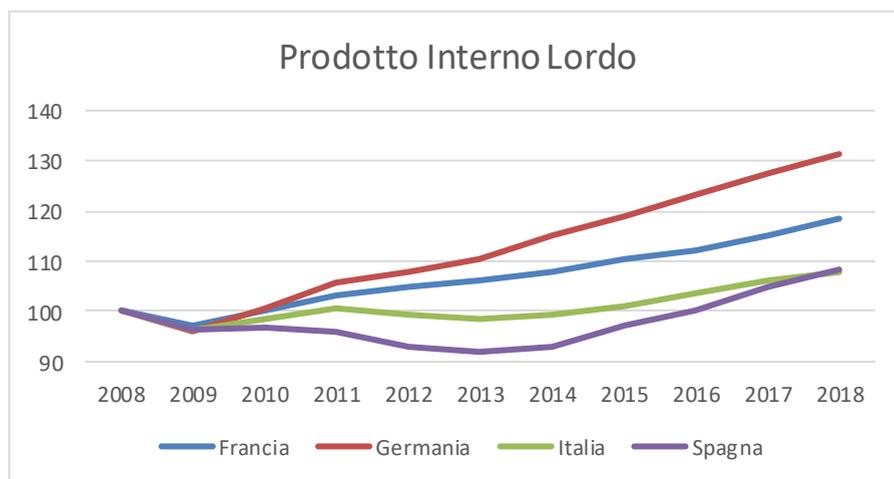
Il prodotto interno lordo se considerato in termini assoluti rende palesi le differenze esistenti tra i quattro Stati, ma ai nostri fini interessano soprattutto le variazioni intervenute dal 2008 in poi. Per questa ragione il grafico che

---

<sup>1</sup> Sul punto cfr. KUMHOF - RANCIÈRE - WINANT, *Inequality, Leverage, and Crises*, in *American Economic Review*, vol. 105, n. 3, marzo 2015, 1217 ss.

segue assegna il valore di 100 al PIL nel 2008 così da evidenziare il diverso andamento successivo.

Nel 2008, nonostante gli effetti della crisi americana iniziassero a manifestarsi anche in Europa, il PIL di tutti e quattro i paesi risultò in crescita rispetto all'anno precedente. È nel 2009 che l'impatto negativo della crisi finanziaria determina un calo abbastanza simile per tutti e quattro i Paesi<sup>2</sup>. Successivamente il comportamento delle quattro economie si diversifica. Francia e Germania nel 2010 hanno già recuperato totalmente il calo del 2009 e proseguono in una crescita costante anche se quella francese è meno accentuata di quella tedesca. Diverso invece è il comportamento del PIL negli altri due Paesi. Quello italiano fluttua per vari anni intorno ai livelli del 2008 per poi assumere un andamento crescente dal 2014 quando, comunque, il PIL era ancora inferiore a quello del 2008. Ancora peggiore è l'andamento dell'economia spagnola che nel periodo tocca il suo picco negativo nel 2013 (91,96% del PIL del 2008) per poi iniziare una crescita più sostenuta rispetto a quella italiana.

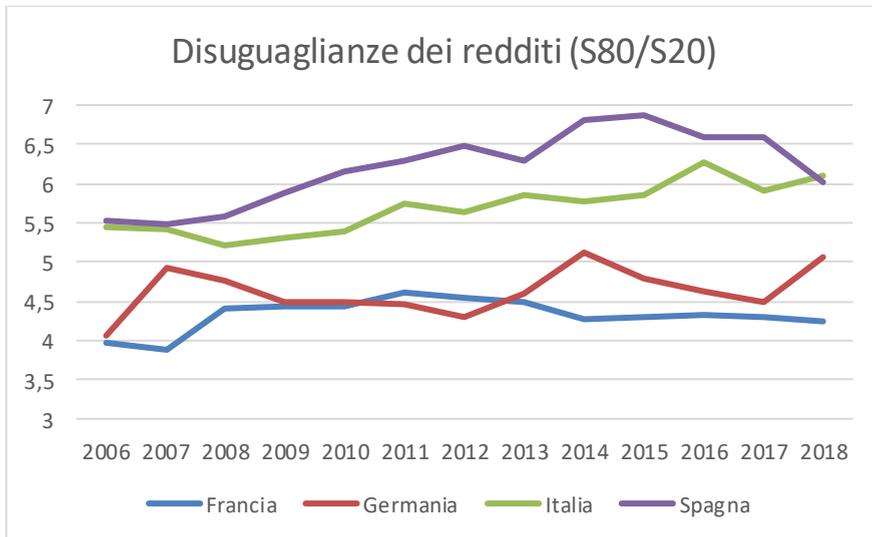


Il secondo aspetto riguarda la distribuzione del reddito. Il PIL è sicuramente un dato importante, ma la sua crescita o la sua diminuzione assume significati del tutto diversi se questa crescita o questa diminuzione riguarda molti o pochi, se riduce o accresce le disuguaglianze economiche. Per aggiungere questa ulteriore dimensione, abbiamo fatto ricorso al rapporto interquintile S80/S20 vale a dire il rapporto tra il reddito del quinto più ricco

<sup>2</sup> La Germania è stata quella che ha avuto il calo maggiore (96,04% rispetto a quello dell'anno precedente), seguita dall'Italia (96,31%), Spagna (96,37%) e Francia (97,17%).

della popolazione e quello del quinto più povero. Maggiore è questo rapporto, maggiori sono le disuguaglianze di reddito all'interno del gruppo oggetto della misurazione. Ovviamente è chiaro che anche questo indicatore è tutt'altro che esaustivo della multiforme realtà sottostante<sup>3</sup>, ma esso risulta comunque adeguato ai nostri limitati fini, che sono quelli di avere un quadro molto generale della situazione economica nei singoli Paesi. Il grafico, basato su dati Eurostat, mostra chiaramente che, benché questo rapporto possa subire da un anno all'altro anche variazioni significative (dell'ordine del 10-15%), per i vari Paesi emergono tendenze abbastanza chiare.

La Francia risulta essere il Paese meno disuguale con un rapporto che oscilla tra il 3,88 (2007) e il 4,61 (2011). La segue la Germania che occasionalmente riesce a ottenere anche indici migliori di quelli francesi. Ben più disuguali risultano essere l'Italia e soprattutto la Spagna. Nell'intervallo di tempo considerato nel grafico la prima oscilla tra il 5,21 (2008) e il 6,27 (2016) mentre la seconda varia tra 5,48 (2007) e 6,87 (2015). I dati medi del periodo (2006-2018) rispecchiano bene la distanza tra i vari Paesi: per la Francia la media è del 4,32, per la Germania del 4,63, per l'Italia del 5,68 e per la Spagna del 6,20.

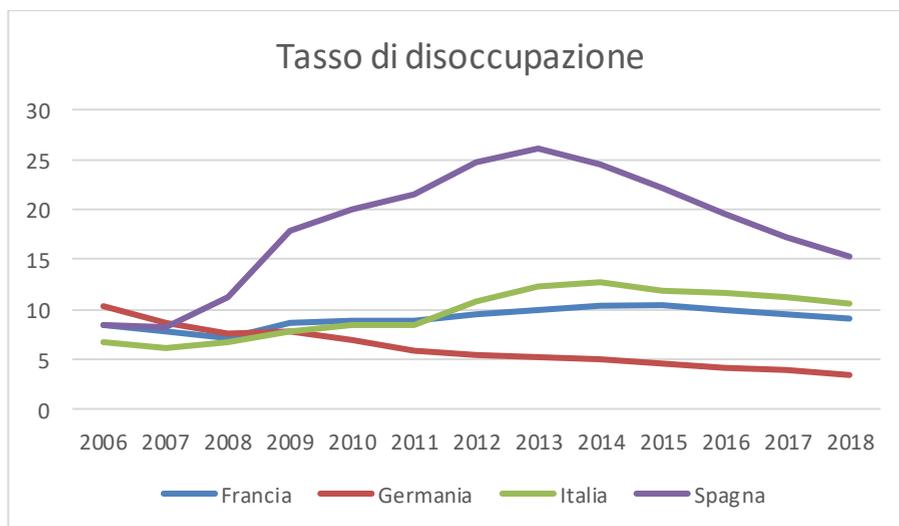


Risulta evidente dai due gruppi di dati visti sopra che tra i quattro Paesi osservati ce ne sono due - Germania e Francia - che hanno una migliore

<sup>3</sup> Si vedano in proposito le osservazioni di PIKETTY, *Il capitale nel XXI secolo*, Milano, 2014, 406 e soprattutto 407 ss..

distribuzione del reddito e, al tempo stesso, hanno risentito meno della crisi economica. Mentre altri due - Italia e Spagna - hanno una distribuzione del reddito più squilibrata e hanno impiegato parecchi anni per tornare a un prodotto interno lordo superiore a quello precedente alla crisi.

Il terzo profilo macroeconomico su cui ci soffermiamo riguarda invece la disoccupazione. Qui i dati<sup>4</sup> mostrano differenze più accentuate tra i Paesi e una maggiore variabilità nel tempo, anche se i dati presi nel loro complesso tutto sommato confermano lo “stato di salute” economica che emerge dai due precedenti indicatori. La Francia arriva al 2008 con una disoccupazione in calo (7,1%) che inverte la tendenza a partire dal 2009 (8,9%) e cresce quasi ininterrottamente fino al 2015 (10,4%) per poi iniziare a scendere. In Germania il tasso di disoccupazione, che ancora nel 2007 era più alto rispetto agli altri tre Paesi (8,7%), ha solo una lievissima crescita tra il 2008 (7,5%) e il 2009 (7,8%) per poi riprendere la sua graduale ma costante discesa. In Italia il tasso di disoccupazione inizia a crescere nel 2008 (6,7% rispetto al 6,1% dell'anno precedente) e tocca il picco nel 2014 (12,7%) per poi iniziare una lenta discesa. Decisamente più grave è il fenomeno in Spagna. Come nel caso italiano la disoccupazione inizia a crescere già nel 2008 (11,3% rispetto all'8,2% dell'anno precedente) e poi sale rapidamente fino a toccare il 26,1% nel 2013 per poi iniziare una discesa rapida quanto lo era stata la salita.



<sup>4</sup> I dati Eurostat riguardano la percentuale di persone nella fascia d'età 15-74 anni che risultava essere in cerca di lavoro.

## 2. La disproportionalità

Fatti questi brevissimi cenni sul quadro economico, passiamo a valutare la disproportionalità dei singoli sistemi elettorali per l'elezione delle Camere. O meglio, la disproportionalità dei risultati delle singole elezioni che si sono svolte nel periodo 2007-2019<sup>5</sup>. Se infatti è indubitabile che le singole leggi elettorali abbiano una diversa propensione alla disproportionalità, è anche vero che, da un lato, essa può manifestarsi in modo più o meno accentuato in ogni singola elezione e che, dall'altro, solo l'esame delle singole consultazioni consente di misurare e di comparare sotto questo profilo leggi elettorali anche molto diverse e la cui propensione alla disproportionalità sarebbe difficile - se non impossibile - comparare in astratto.

Prima però di verificare l'effettiva disproportionalità dei risultati delle singole tornate elettorali, è necessario fare alcune premesse.

La prima riguarda le camere oggetto dell'indagine.

I quattro Stati esaminati, pur avendo forme di governo diverse - la Francia quella semipresidenziale e le altre quella parlamentare - hanno in comune l'esistenza di un rapporto di fiducia tra Parlamento e Governo e questo rende praticabile una comparazione che altrimenti sarebbe impossibile o comunque ben più ardua. Volendo verificare se e come le leggi elettorali incidano sul concreto atteggiarsi della forma di governo, l'esame sarà di conseguenza limitato alle Camere a cui i governi sono legati da un rapporto di fiducia. Quindi alle quattro camere basse e, per quel che riguarda l'Italia, anche al Senato. Del resto negli altri tre casi la seconda camera non viene scelta direttamente dai cittadini (Germania e Francia) o è eletta solo in parte a suffragio universale (Spagna). Con ciò ovviamente non si vuole certo negare il ruolo che le Camere alte svolgono in Francia, Germania e Spagna, ma è indubbio che esso è di gran lunga meno rilevante di quello svolto dalle Camere a cui il governo è legato da un rapporto di fiducia.

Una seconda premessa riguarda l'influenza del sistema elettorale sulle scelte degli attori coinvolti. Da un lato, i partiti politici su cui la legge elettorale influisce in vari modi: sulla scelta delle candidature ma, prima ancora, sulla scelta di presentarsi o meno alle elezioni, se farlo da soli, in un'unica lista insieme ad altre forze politiche o all'interno di una coalizione di liste (qualora la legge elettorale lo consenta). Da un altro lato, la legge elettorale influenza anche gli elettori, sia la loro decisione sul recarsi o meno alle urne, sia poi la scelta della lista e/o del candidato da votare. È indubbio

---

<sup>5</sup> Alla scelta dell'anno iniziale del periodo esaminato non è estranea la volontà di avere per tutti i Paesi un campione di almeno tre distinte consultazioni elettorali.

che queste influenze avvengano a monte del voto e non siano valutabili - se non parzialmente e solo in alcuni casi specifici - osservando il solo esito elettorale. Quanto appena detto non inficia però l'analisi che segue e, anzi, ne rafforza in un qualche modo le ragioni. Infatti questi condizionamenti sono, almeno tendenzialmente, tanto maggiori quanto più la legge elettorale si allontana da una legge astrattamente e perfettamente proporzionale<sup>6</sup>.

La terza e ultima premessa concerne il metodo usato per misurare la disproporzionalità. I politologi hanno elaborato nel corso degli ultimi decenni vari metodi di misurazione. Non è questa la sede per entrare nel dettaglio di tali metodi e del perché alcuni siano preferibili ad altri. Qui ci limitiamo ad illustrare brevemente il metodo scelto, quello di Loosemore-Hanby<sup>7</sup> la cui formula è la seguente:

$$I = \frac{1}{2} \sum_{i=1}^n |v_i - s_i|$$

Dove  $v_i$  è la percentuale di voti ottenuta da un singolo partito politico e  $s_i$  è la percentuale dei seggi ottenuti. L'espressione  $v_i - s_i$  assumerà quindi un valore positivo nel caso in cui il partito sia penalizzato dalla legge elettorale e un valore negativo nel caso contrario. Ovviamente la somma dei vantaggi e degli svantaggi di tutti i partiti sarebbe destinata ad annullarsi se non fosse misurata in valore assoluto. La somma degli scostamenti in valore assoluto è quindi uguale al doppio degli spostamenti positivi (o di quelli negativi). Di qui il senso del dimezzamento della sommatoria così ottenuta. Quanto appena detto significa altresì che l'indice si può misurare anche come sommatoria degli scostamenti riguardanti le sole forze politiche che hanno ottenuto dei vantaggi percentuali in termini di seggi o, in alternativa, delle sole forze

---

<sup>6</sup> Sarebbe però un errore pensare che l'indice di disproporzionalità riesca sempre a tenere conto adeguatamente. I sistemi elettorali maggioritari a turno unico risultano, ad es., meno disproporzionali di quelli a maggioritari a doppio turno. Questo accade perché l'indice non riesce a valutare l'influenza che i primi hanno sugli elettori che avrebbero intenzione di votare un candidato che non ha alcuna probabilità di essere eletto. Al contrario questa influenza è minore nei sistemi maggioritari a doppio turno in cui il primo turno serve spesso soltanto a ridurre il numero di coloro che si contenderanno il seggio al secondo turno.

<sup>7</sup> Vedi LOOSEMORE-HANBY, *The Theoretical Limits of Maximum Distortion: Some Analytic Expressions for Electoral Systems*, in *British Journal of Political Science*, 1971, 467 ss. Gli autori intervengono a modificare il c.d. indice di Rae che misurava la disproporzionalità dividendo la stessa sommatoria per il numero di partiti. Questo indice risultava insoddisfacente perché eccessivamente influenzato dal numero dei partiti che non sempre incidiva sull'effettiva disproporzionalità del sistema. Basti pensare a come l'indice poteva variare in presenza o meno di partiti dall'esiguo consenso elettorale.

politiche che invece ne sono risultate svantaggiate. L'indice può variare da zero, nel caso in cui la percentuale degli eletti delle singole forze politiche corrispondesse esattamente a quella dei voti, a cento, nel caso in cui non vi fosse alcuna corrispondenza, vale a dire in un ipotetico caso in cui gli eletti fossero assegnati esclusivamente a forze politiche che non avessero ottenuto alcun consenso popolare. Sono, come è evidente, due ipotesi di scuola. Nella realtà questo indice si muove tra valori ben più contenuti e, anzi, se salisse eccessivamente denoterebbe un divario così ampio tra voto popolare e rappresentanza parlamentare da mettere in dubbio la democraticità stessa del sistema elettorale.

Fatte queste premesse, passiamo all'esame della disproportionalità nei vari ordinamenti esaminati.

## 2.1. La Francia

Come è noto, la legge elettorale francese per l'elezione dell'Assemblea nazionale è una legge maggioritaria a doppio turno. La costituzione non contiene previsioni espresse sul sistema elettorale<sup>8</sup> ma questo, adottato anche alla luce dell'insoddisfacente esperienza proporzionale della quarta repubblica, gode in Francia di un particolare consenso visto che, se si esclude una brevissima parentesi<sup>9</sup>, è quello adottato in tutte le elezioni dal 1958. Attualmente il territorio francese è diviso in 566 circoscrizioni uninominali a cui ne vanno aggiunte altre 11 in rappresentanza dei francesi residenti all'estero (art. 9 della l. cost. del 23 luglio 2008). In ogni circoscrizione viene eletto al primo turno il candidato che soddisfi contemporaneamente i seguenti requisiti: a) abbia ottenuto la maggioranza assoluta dei voti validi e b) abbia ottenuto il voto di almeno il 25% degli aventi diritto<sup>10</sup>. Nel caso - molto

---

<sup>8</sup> Sul punto DELLEDONNE, *Costituzione e legge elettorale. Un percorso comparatistico nello Stato costituzionale europeo*, Napoli, 2019, 74 ss.

<sup>9</sup> Con legge n. 85-890 del 10 luglio 1985 la maggioranza parlamentare socialista introdusse un sistema proporzionale con collegi coincidenti con i dipartimenti e soglia di sbarramento al 5%. Nelle elezioni del 16 marzo 1986, svolte con la nuova legge, la destra ottenne la maggioranza e tra i primi atti reintrodusse il sistema elettorale maggioritario a doppio turno (legge n. 86-825 dell'11 luglio 1986).

<sup>10</sup> Con una partecipazione al voto intorno al 54-55% questo secondo requisito si rivela spesso inutile perché, se si escludono anomalie percentuali di voti nulli, il raggiungimento del primo requisito implica anche quello del secondo. Diverso ovviamente è il discorso quando il tasso di partecipazione è particolarmente basso come è successo alle elezioni del 2017 in cui ha partecipato al primo turno il 48,70% degli aventi diritto mentre i voti validi sono stati espressi dal 47,62% degli aventi diritto. In tale occasione in ben 10 collegi (uno della Martinica, uno de La Réunion e otto degli undici collegi riservati ai francesi residenti all'estero) il candidato

frequente<sup>11</sup> - in cui nessun candidato sia nelle condizioni appena viste, si procederà ad un secondo turno a cui parteciperanno i due più votati al primo turno e, eventualmente, anche altri candidati purché abbiano ottenuto il voto di almeno il 12,5% degli aventi diritto<sup>12</sup>.

Per quel che concerne l'applicazione della formula di Loosemore-Hanby al caso francese occorre preliminarmente fare due precisazioni. Una legata al fatto che il sistema elettorale è di tipo maggioritario, l'altra all'esistenza del doppio turno. Iniziando da questo ultimo aspetto, va rilevato che mentre per i seggi si farà ricorso - come è ovvio - alla composizione finale dell'organo, per i voti si farà riferimento a quelli espressi nel primo turno. Se infatti l'obiettivo è misurare la distanza tra una composizione teoricamente proporzionale e quella realizzatasi concretamente, la scelta non può che ricadere sui voti espressi quando l'elettore ha a disposizione un ampio ventaglio di scelte e non certo quando le opzioni - peraltro proprio in ragione della legge elettorale - sono ridotte o due o, raramente, a tre.

Un secondo elemento da sottolineare dipende dalla scelta del legislatore per un sistema di tipo maggioritario. In questi casi, nelle singole circoscrizioni è facile trovare anche più di un candidato indipendente o appartenente a forze politiche che hanno presentato un ridottissimo numero di candidati in tutto il Paese. Il ministero dell'interno francese è solito classificare questi candidati sotto etichette volte a raggruppare - sia sulla base di dichiarazioni dei candidati stessi, sia per decisione dei prefetti - i candidati di tendenze politiche simili. Queste classificazioni presenti anche sui dati elettorali finali diffusi dal

---

vincente al primo turno è stato costretto al secondo turno nonostante avesse ottenuto percentuali superiori al 50% dei voti validi.

<sup>11</sup> Nelle ultime elezioni (2017) si è registrato il numero minimo di eletti al primo turno: appena 4. Nel 2012 erano stati 36 e nel 2007 ben 110. Un numero di eletti al primo turno così elevato è però abbastanza raro; bisogna infatti risalire al 1988, per trovarne uno simile (allora ne vennero eletti addirittura 120).

<sup>12</sup> Questa soglia, dapprima ben più ridotta (5%) e calcolata sul più ristretto numero dei votanti e stata poi aumentata in due occasioni: dapprima con legge 66-1022 del 29 dicembre 1966 è stata portata al 10% degli aventi diritto al voto e poi con legge 76-665 del 19 luglio 1976 è stata fissata la soglia attualmente vigente del 12,5% degli aventi diritto. Queste modifiche legislative, a cui si aggiunge un rilevante calo della partecipazione (su cui v. oltre) hanno reso sempre più rari i casi in cui al secondo turno accedono più di due candidati. I casi in cui con quattro o più candidati dopo la modifica del 1966 sono diventati rarissimi: appena due nel 1967 e uno nel 1973. I casi con tre candidati erano molto comuni nel 1958 (235) e nel 1962 (129); dopo la prima riforma oscillano tra i 49 del 1968 e i 96 del 1973 e, dopo la legge del 1976 diventano ancora più rari. Se infatti si escludono le elezioni del 1997 (79 casi) e del 2012 (34 casi), il loro numero è estremamente contenuto e in ben quattro tornate elettorali (1978, 1981, 2007 e 2017) si riduce a un solo caso.

ministero incidono sicuramente sul calcolo dell'indice di Loosemore-Hanby. In questa sede si è scelto di considerare questi raggruppamenti alla stregua di normali formazioni politiche poiché è possibile verificare che l'incidenza dell'errore non è tale da inficiare le considerazioni che su quei dati si basano<sup>13</sup>.

Un sistema elettorale maggioritario a doppio turno ha mediamente un alto indice di disproportionalità, anche maggiore di quello dei sistemi maggioritari a turno unico. In quest'ultimo caso il fatto che il voto sia unico spinge le forze politiche alla scelta di candidati e di programmi in cui possa riconoscersi un numero il più possibile ampio di elettori, ivi compresi gli accordi tra forze politiche diverse con l'intento di presentare candidati unitari. Al tempo stesso anche gli elettori ne rimangono condizionati e, almeno in certo numero di casi, optano per il candidato che, tra quelli che hanno possibilità di vittoria, sentono come più vicino (o meno lontano) rispetto alle loro idee. Se invece il sistema prevede un doppio turno sia le forze politiche che gli elettori sono coscienti del fatto che il primo turno solitamente altro non è che un modo per selezionare i candidati che si contenderanno la vittoria al secondo. Ne

---

<sup>13</sup> Nel caso francese, per ogni aggregazione fatta dal ministero degli interni che abbia conquistato almeno un seggio, possiamo pensare a due casi assolutamente ipotetici in cui l'espressione  $v_i - s_i$  assume valori più divergenti possibili. Non potendo esse né  $v_i$ , né  $s_i$  negativi questo si realizza quando uno dei due valori è uguale a zero. Avremo così, per ogni aggregazione che abbia conquistato dei seggi, un intervallo all'interno del quale sicuramente ricade il valore reale.

Non solo: avevamo visto sopra che, in generale, l'indice si può calcolare sia tenendo conto soltanto di quei casi in cui la percentuale dei voti è superiore alla percentuale dei seggi, sia quella delle restanti forze politiche (in cui la percentuale dei voti è inferiore alla percentuale dei seggi) e che i due dati coincidono. Nel caso francese per ognuna delle due sommatorie appena viste avremo risultati diversi a seconda dei dati che usiamo per le singole aggregazioni e quindi possiamo determinare un intervallo entro il quale ricade la sommatoria dei partiti in cui la percentuale dei voti è stata superiore a quella dei seggi e un secondo intervallo per quei casi in cui la percentuale dei seggi è stata superiore a quella dei voti. L'indice che noi cerchiamo, dovendo ricadere all'interno dei due intervalli deve trovarsi all'interno della loro intersezione.

Un esempio aiuta a chiarire meglio quanto detto. Alle elezioni del 2017 i dati ministeriali hanno contemplato 17 diversi soggetti politici: dieci partiti (che hanno ottenuto l'87,16% dei voti) e sette aggregazioni fissate dal ministero (12,84%). Una di queste aggregazioni (*Extrême gauche*) non ha ottenuto alcun seggio e quindi ai fini dei nostri calcoli può essere assimilato ad un partito che non ha ottenuto seggi. Per le altre sei aggregazioni invece abbiamo tenuto conto degli intervalli calcolati nel modo visto sopra. In questo modo abbiamo individuato l'intervallo in cui ricade l'indice che tenga conto solo dei casi in cui la percentuale dei seggi ottenuta è superiore alla percentuale dei voti e abbiamo trovato che questo valore è compreso tra 32,11 e 36,96. Procedendo analogamente per quei casi in cui la percentuale dei voti è superiore a quella dei seggi abbiamo individuato un secondo intervallo: 24,89-36,96. Ne consegue che il valore effettivo dell'indice debba trovarsi all'interno dell'intersezione tra i due intervalli che è 32,11-36,96 (e che, in questo caso, coincide con il primo intervallo).

conseguono che i condizionamenti cui si è fatto cenno a proposito dell'uninominalità a turno unico incidono sul primo turno in un numero molto più limitato di casi, vale a dire quando un certo candidato abbia la possibilità - ma non la certezza - di raggiungere il secondo turno.

Venendo ai dati delle elezioni per l'Assemblea nazionale, nel 2007<sup>14</sup> l'indice risulta essere 24,29. I principali beneficiari sono stati i due partiti più votati al primo turno: l'Union pour un Mouvement Populaire (UMP), che ha ottenuto 313 seggi (54,25%) a fronte del 39,54% dei voti, e il Parti socialiste (PS) che ha ottenuto 186 seggi (32,24% del totale) con il 24,73% dei voti. Tra le forze politiche penalizzate l'UDF - Mouvement Démocrate, che con il 7,61% dei voti ha avuto solo 3 eletti (0,52%), e il Front National, che con il 4,29% dei voti non ha portato nessun rappresentante sui banchi dell'Assemblea nazionale.

Non molto diverso è il quadro delle elezioni del 2012. L'indice è del 26,52 e i principali partiti che ne hanno beneficiato sono stati gli stessi delle precedenti elezioni, ma a ruoli invertiti. Il Partito socialista con il 29,35% dei voti ha infatti conquistato il 48,53% dei seggi (280) mentre l'UMP con una percentuale di voti di poco inferiore (27,12%) ha ottenuto comunque il 33,62% dei seggi (194). La forza più penalizzata è stata il Front National che, pur essendo stata la terza forza più votata (13,60%), ha ottenuto due soli deputati (0,35%). Consistente, anche se non paragonabile a quello del Front National, è stato anche il pregiudizio per il Front de Gauche, una coalizione di partiti di sinistra che con il 6,91% dei voti ha ottenuto soli 10 rappresentanti (1,73%).

Nel 2017, come nelle tornate elettorali precedenti, l'indice di Loosemore-Hanby risulta essere decisamente elevato (32,59), ma in un contesto politico molto mutato rispetto al passato<sup>15</sup>. Il voto è risultato essere più frammentato del solito e La République en marche (LREM), il partito che ha ottenuto i maggiori consensi, si è fermato al primo turno al 28,21% di voti. A questo modesto consenso elettorale è conseguita però una percentuale quasi doppia di seggi (53,38%). In misura minore hanno tratto vantaggi dal sistema elettorale anche il secondo partito più votato (Les Républicains) che con il 15,77% dei voti ha conseguito il 19,41% dei seggi e il Mouvement démocrate (MODEM) che, a fronte del 4,12% dei voti ha ottenuto il 7,28% dei seggi. Qui occorre aggiungere, anche per spiegare la sovrarappresentazione di questo

---

<sup>14</sup> Su queste elezioni v. PASSAGLIA, *Le elezioni legislative in Francia: più conferme che novità*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 860 ss.

<sup>15</sup> Per un quadro delle elezioni (presidenziali e parlamentari) del 2017 v. PERRINEAU (a cura di), *Le vote disruptif. Les élections présidentielle et législatives de 2017*, Parigi, 2017.

ultimo partito, che La République en marche e il Mouvement démocrate hanno dato vita ad un vero e proprio accordo di desistenza per cui, per inquadrare correttamente il fenomeno, il risultato dei due partiti va letto congiuntamente<sup>16</sup>. Tra partiti più danneggiati dalla legge elettorale c'è, ancora una volta, il Front National che con il 13,20% dei voti validi è riuscito ad eleggere 8 deputati (1,39%) e La France insoumise (11,03% dei voti validi e 17 deputati, il 2,95% del totale).

## 2.2. La Germania

Anche la *Grundgesetz*, come la Costituzione francese, nulla dice circa la formula elettorale per l'elezione del *Bundestag*<sup>17</sup>. Il sistema attualmente vigente risente delle scelte fatte in sede di prima legge elettorale approvata per disciplinare le sole elezioni tenutesi nel 1949. Quella legge era un compromesso tra chi considerava la legge elettorale proporzionale una delle ragioni del fallimento della Repubblica di Weimar e quindi sosteneva la necessità di una legge elettorale maggioritaria e chi invece difendeva la scelta proporzionale in quanto in grado di meglio rappresentare la volontà di un popolo che ritrovava la democrazia dopo gli anni bui del nazismo e la dolorosa esperienza bellica.

La legge elettorale vigente (*Bundeswahlgesetz*, di seguito BWahlG) realizza un interessante convivenza tra un voto proporzionale e uno maggioritario. Essa prevede che il territorio dello Stato sia diviso in un numero di circoscrizioni uninominali pari alla metà del numero minimo dei seggi parlamentari, attualmente fissato in 598 dall'art. 1 BWahlG. Ogni elettore ha a disposizione una scheda con cui può esprimere due voti. Con il primo (*Erststimme*) l'elettore sceglie il vincente nel collegio uninominale; il secondo (*Zweitstimme*) serve invece ad eleggere i restanti parlamentari che sono candidati nei singoli *Länder* in liste di partito bloccate. Questo secondo voto determina altresì la percentuale complessiva di seggi ottenuti dalle varie forze politiche all'interno del *Bundestag*, a prescindere dal fatto che gli eletti provengano da un collegio uninominale o da uno plurinominale a liste bloccate.

---

<sup>16</sup> Avendo entrambi i partiti avuto un comportamento simile (in questo caso di sovrarappresentazione), il considerarli separatamente o congiuntamente non comporta alcuna variazione dell'indice di Loosemore-Hanby.

<sup>17</sup> V. DELLEDONNE, *Costituzione e legge elettorale. Un percorso comparatistico nello Stato costituzionale europeo*, cit., 52 ss.

Fermi restando i 299 eletti nei collegi uninominali, la ripartizione proporzionale avviene solo tra quei partiti che abbiano superato a livello federale la soglia del 5% di voti validi nel secondo voto (*Sperrklausel*) o che abbiano ottenuto almeno 3 eletti nei collegi uninominali (*Alternativklausel*)<sup>18</sup>.

Il numero minimo degli eletti, che abbiamo detto essere 598, di solito risulta aumentato per due distinte ragioni. Può infatti succedere che un partito ottenga nei collegi uninominali un numero di eletti maggiore di quello che gli spetterebbe in base alla ripartizione proporzionale. Questi seggi in eccesso (*Überhangmandate*) vengono comunque assegnati e vanno ad incrementare il numero di seggi minimo. Questi seggi in eccesso vanno a beneficio dei partiti maggiori in quanto soprattutto ad essi appartengono gli eletti nelle circoscrizioni uninominali. A seguito di due decisioni del giudice costituzionale il legislatore ha approvato nel 2013 una riforma volta ad evitare che gli *Überhangmandate* alterino il carattere sostanzialmente proporzionale della legge elettorale. Quindi, per compensare gli effetti degli *Überhangmandate* sono stati previsti dei seggi in compensazione (*Zusatzmandate*) volti a ricondurre i rapporti quantitativi tra le forze politiche a quelli che emergono dal secondo voto.

Da quanto appena detto è evidente che in Germania l'unico meccanismo che nei fatti incide sulla proporzionalità del sistema è quello della soglia di sbarramento. Di fatto, i partiti che superano la soglia e ottengono una rappresentanza parlamentare risultano essere sovrappresentati in proporzione ai consensi ottenuti nel secondo voto. In un quadro siffatto, l'indice di Loosemore-Hanby coincide di solito<sup>19</sup> con la somma delle percentuali dei voti dei partiti che rimangono sotto la soglia. Nel 2009<sup>20</sup> l'indice è stato uguale a 6,01 e nel 2017 a 5. Solo nel 2013 l'indice è stato decisamente più alto di quel

---

<sup>18</sup> La necessità di raggiungere almeno una delle due clausole non è prevista per le forze politiche espressione di minoranze nazionali.

<sup>19</sup> L'unica eccezione riguarda quei casi in cui il partito ottiene una rappresentanza parlamentare senza raggiungere nessuna delle due clausole che gli consentirebbero di partecipare alla ripartizione proporzionale. Questo accade in quei casi - estremamente rari - in cui un partito ottiene uno o due eletti in collegi uninominali. È quanto accaduto nel 2002 al Partei des Demokratischen Sozialismus (PDS) che ottenne soli due eletti in altrettanti collegi uninominali. In tal caso per calcolare l'indice di Loosemore-Hanby occorre aggiungere alla percentuale dei voti ottenuti dai partiti non presenti in Parlamento (in quel caso 3,04) la differenza tra la percentuale dei voti ottenuti dal partito che ha eletto uno o due deputati e la percentuale degli eletti ottenuti. Nel 2002 quindi l'indice è stato del  $3,04 + 3,99 - 0,33 = 6,7$  dove 3,99% è la percentuale dei secondi voti ottenuti dal PDS e 0,33% la percentuale dei parlamentari ottenuti.

<sup>20</sup> Sulle elezioni del 2009 v. MERKEL - WESSELS, *La Germania dopo le elezioni*, in *Il Mulino*, 2010, 93 ss.

che solitamente accade in Germania<sup>21</sup> raggiungendo il 15,67. Questo dato si spiega con la circostanza che, oltre all'esistenza di tante forze politiche di scarsissimo seguito elettorale, in quell'occasione ci sono stati ben due partiti che hanno mancato di pochissimo la soglia di sbarramento: il *Freie Demokratische Partei* (FDP) che ottenne il 4,76% di voti validi e *Alternative für Deutschland* (AfD) con il 4,70%. A sottolineare l'eccezionalità dell'evento è la circostanza che quella è stata l'unica occasione dal 1949 in cui i liberali del FDP sono rimasti fuori dal *Bundestag*.

### 2.3. L'Italia

Anche per l'Italia, come per i Paesi già visti, il costituente non ha costituzionalizzato alcuna formula elettorale<sup>22</sup> tanto che nel corso degli ultimi lustri si sono susseguite varie leggi elettorali di impianto proporzionale (anche se in alcuni casi con esiti molti diversi da una legge proporzionale, come avremo modo di vedere) o misto. L'unica disposizione da richiamare in questa sede è l'art. 57 Cost. che prevede che il Senato sia «eletto a base regionale» (c. 1) e che nessuna Regione abbia meno di sette senatori ad eccezione del Molise che ne ha due e della Valle d'Aosta che ne ha uno (c. 3)<sup>23</sup>. Questa disposizione comporta una certa sovrarappresentazione non solo delle due Regioni citate ma solitamente anche di quelle che si vedono riconosciute sette seggi<sup>24</sup>.

In questa sede, pur limitando l'esame ad un ridotto numero di consultazioni, la trattazione sarà più articolata sia perché il governo deve instaurare un rapporto di fiducia con le due Camere e questo comporta la necessità di esaminarle entrambe, sia perché bisognerà tener conto di due leggi elettorali distinte che si sono susseguite nell'intervallo di tempo considerato:

---

<sup>21</sup> Nel 2005 l'indice è stato del 3,93; nel 2002, come si è visto, del 6,7 e nel 1998 del 5,88.

<sup>22</sup> V. DELLEDONNE, *Costituzione e legge elettorale. Un percorso comparatistico nello Stato costituzionale europeo*, cit., 62 ss.

<sup>23</sup> In data 8 ottobre 2019 il Senato ha approvato in via definitiva - ma senza ottenere il quorum dei 2/3 in entrambe le Camere - una legge cost. che, oltre a diminuire il numero dei membri delle due Camere porta a tre il numero minimo di senatori garantito a tutti le regioni ad eccezione della Valle d'Aosta e del Molise per le quali restano immutati i limiti di uno e due senatori. Il riferimento alla base regionale è invece oggetto di una proposta di legge costituzionale (la C 2238) pensata in funzione dell'approvazione della precedente con l'obiettivo di ampliare le circoscrizioni con l'intento di limitare la disproporzionalità insita nell'esistenza di circoscrizioni molto piccole.

<sup>24</sup> Alle elezioni del 2018 sono state cinque le Regioni a cui sono stati assegnati sette senatori. Di queste solo una (l'Abruzzo) li avrebbe comunque ottenuti in virtù della ripartizione proporzionale alla popolazione.

la n. 270 del 21 dicembre 2005 e la 165 del 3 novembre 2017, essendo stata una terza (la l. n. 52 del 6 maggio 2015) dichiarata costituzionalmente illegittima prima ancora di trovare applicazione.

La legge 270 del 2005 per entrambe le Camere si basava su una formula proporzionale a liste bloccate su base circoscrizionale<sup>25</sup>, con una serie di soglie di sbarramento<sup>26</sup> e un premio di maggioranza per la lista o la coalizione di liste che avesse ottenuto più voti. La principale differenza tra Camera e Senato consisteva proprio nel premio di maggioranza. Questo infatti per la Camera veniva attribuito alla lista o alla coalizione che su base nazionale<sup>27</sup> avesse ottenuto più voti, senza peraltro individuare una soglia minima al di sotto della quale il premio non sarebbe stato attribuito<sup>28</sup>. La lista o la coalizione vincente si vedevano così assegnati 340 seggi su 617 mentre i restanti 277 seggi sarebbero stati ripartiti tra tutte le altre liste e coalizioni. La Camera dei deputati era poi completata da un deputato eletto nella circoscrizione Valle

---

<sup>25</sup> Per la Camera dei deputati, oltre alla circoscrizione estero, erano individuate 27 circoscrizioni coincidenti con il territorio delle Regioni o, nel caso delle Regioni più popolate (Campania, Lazio, Lombardia, Piemonte, Sicilia e Veneto), con una parte di esso. Per quel che riguarda il Senato, se si esclude la circoscrizione estero, il territorio delle altre circoscrizioni coincideva con quello delle Regioni. Per il Senato è comunque il caso di rilevare le peculiarità della regione Trentino-Alto Adige per la quale erano conservati i collegi uninominali previsti dalla l. n. 422 del 30 dicembre 1991 («Elezioni del Senato della Repubblica per l'attuazione della misura 111 a favore della popolazione alto-atesina»).

<sup>26</sup> Per la Camera erano ammesse al riparto dei seggi le coalizioni che avessero superato la soglia del 10% dei voti validi su base nazionale (purché all'interno della coalizione fosse stata presente una lista che avesse ottenuto almeno il 2% sul piano nazionale o, nel caso di liste rappresentative di minoranze linguistiche, il 20% su base circoscrizionale); all'interno delle coalizioni i seggi erano poi ripartiti tra le liste che avevano superato il 2% su base nazionale e la più votata di quelle sotto tale soglia. Erano ammesse al riparto anche le liste che avessero ottenuto almeno il 4% su base nazionale, anche qualora fossero state parte di una coalizione non ammessa al riparto dei seggi. Infine, erano ammesse al riparto anche le liste rappresentative di minoranze linguistiche purché avessero ottenuto almeno il 20% su base circoscrizionale.

Per il Senato, alla ripartizione dei seggi su base regionale partecipavano le coalizioni che avessero ottenuto almeno il 20% di voti validi su base regionale purché al loro interno fosse presente almeno una lista che avesse ottenuto superato la soglia del 3% (sempre su base regionale, come per tutte le soglie riguardanti il Senato) e le singole liste che avessero superato l'8%, anche nel caso in cui avessero fatto parte di coalizioni che non fossero state ammesse alla ripartizione dei seggi.

<sup>27</sup> Nel calcolare il dato nazionale per l'assegnazione del premio non si teneva conto del dato della Valle d'Aosta.

<sup>28</sup> L'unico caso - peraltro mai verificatosi - di mancata assegnazione del premio riguardava l'ipotesi in cui la lista o coalizione vincente avesse ottenuto un consenso tale da avere con la semplice ripartizione proporzionale un numero di seggi uguale o superiore a quello che le sarebbe spettato con il premio.

d'Aosta e da dodici deputati eletti dagli italiani residenti all'estero. La lista o la coalizione che quindi avesse ottenuto il premio avrebbe potuto contare sulla maggioranza assoluta dei seggi alla Camera dei deputati. Anche per quel che riguarda il Senato non era prevista una percentuale minima per accedere al premio che, ed è questa la principale differenza rispetto alla Camera, era attribuito su base regionale<sup>29</sup> nella misura del 55% dei seggi da attribuire nella singola Regione arrotondato all'unità superiore<sup>30</sup>.

Quindi, al contrario di quel che accadeva alla Camera, la legge elettorale del Senato non garantiva l'esistenza di una maggioranza e, anche qualora questa ci fosse effettivamente stata, sarebbe stata verosimilmente più debole di quella presente alla Camera, a meno che non si fosse verificato il caso (decisamente improbabile) di una lista vincente praticamente su tutto il territorio nazionale.

Come vedremo, l'indice di disproporzionalità di questa legge è stato estremamente variabile senza però che riuscisse a garantire una maggioranza solida al Senato.

La disciplina attualmente vigente è sostanzialmente simile per le due Camere. Si tratta di un sistema misto in cui tre ottavi dei parlamentari vengono eletti in collegi uninominali maggioritari mentre i restanti cinque ottavi vengono eletti con metodo proporzionale in collegi plurinominali con liste bloccate brevi<sup>31</sup>. Le singole forze politiche possono presentarsi da sole o in coalizione. In questo ultimo caso nei collegi uninominali sarà presente un solo candidato per tutta la coalizione mentre nei collegi plurinominali saranno presenti le liste delle singole forze politiche. L'intero territorio nazionale è diviso in tre distinti livelli: un primo è quello dei collegi uninominali; un secondo livello è quello dei collegi plurinominali che raggruppano un certo numero di collegi uninominali contigui tale da far sì che gli eletti del collegio plurinominali varino di norma tra 3 e 8 per la Camera dei deputati e tra 2 e 8

---

<sup>29</sup> Facevano eccezione tre regioni: la Valle d'Aosta e il Molise per l'esiguo numero di eletti - rispettivamente uno e due - e il Trentino-Alto Adige per il quale, come si è detto, erano stati conservati i collegi uninominali.

<sup>30</sup> Come per la Camera, anche in questo caso il premio non veniva attribuito qualora con la semplice ripartizione proporzionale la lista o la coalizione avesse già ottenuto un numero di seggi uguale o superiore a quello che avrebbero ottenuto con il premio.

<sup>31</sup> Il testo della legge originariamente indicava il numero esatto dei seggi assegnati nei due modi. Nel 2019 è intervenuta la legge n. 51 del 27 maggio 2019 che, in previsione di una diminuzione del numero dei parlamentari, ha modificato numerose disposizioni senza tuttavia alterarne sostanzialmente il contenuto al mero scopo di «assicurare l'applicabilità delle leggi elettorali indipendentemente dal numero dei parlamentari». Su questa legge v. PODETTA, *Il pregio di fondo, e qualche difetto, della legge n. 51 del 2019 (in attesa di una comunque non rinviabile riforma elettorale)*, in *Nomos*, n. 2, 2019.

per il Senato<sup>32</sup>; infine il terzo livello è quello che delle circoscrizioni che raggruppano più collegi plurinominali e il cui territorio per il Senato corrisponde sempre alla Regione mentre per la Camera può anche coincidere con una parte del territorio regionale per le regioni più popolose. All'elettore viene consegnata un'unica scheda senza che - al contrario di quanto abbiamo visto accadere in Germania - sia possibile esprimere il voto disgiunto. L'elettore italiano ha tre opzioni possibili: 1) votare una delle liste presenti nel collegio plurinominali e, in tal caso, il voto è considerato espresso anche a favore del candidato all'uninominali che è sostenuto dalla lista votata; 2) votare uno dei candidati all'uninominali e in tal caso il voto è considerato espresso anche a favore di tutte le liste che appoggiano quel candidato in proporzione al numero dei voti ottenuti da ciascuna di esse nel collegio uninominali; 3) votare sia per un candidato al maggioritario che per una forza politica al proporzionale purché siano collegati tra loro (se così non fosse il voto sarebbe considerato nullo).

Come per la legge 270 del 2005, anche la legge 165 del 2017 ha previsto una complessa serie di soglie di sbarramento. Alla ripartizione dei seggi della Camera sono infatti ammesse a) le liste che abbiano raggiunto almeno il 3% a livello nazionale a prescindere dal fatto che facciamo o meno parte di una coalizione, b) le liste rappresentative di minoranze linguistiche riconosciute, presentate esclusivamente in una regione ad autonomia speciale il cui statuto o le relative norme di attuazione prevedano una particolare tutela di tali minoranze linguistiche, che abbiano conseguito almeno il 20% dei voti validi espressi nella regione medesima o i cui candidati siano stati proclamati eletti in almeno un quarto dei collegi uninominali della circoscrizione a prescindere dal fatto che facciano parte o meno di una coalizione e c) le coalizioni che abbiano superato il 10% dei voti validi e che tra le forze politiche coalizzate ne comprendano almeno una con le caratteristiche di cui ai punti a) o b). Nel calcolare i voti ottenuti dalle coalizioni non si tiene conto dei consensi raccolti dalle liste che non hanno raggiunto l'1% dei voti validi. I consensi raccolti da liste coalizzate che hanno ottenuto tra l'1% e il 3% voti validi contribuiscono al risultato della coalizione, ma non danno diritto all'ottenimento dei seggi da parte di quelle liste e quindi i voti da esse ottenute andranno a beneficio delle forze politiche della coalizione stessa che abbiano superato la soglia. La disciplina per il Senato ricalca quella della Camera con una sola differenza:

---

<sup>32</sup> Conoscendo la proporzione tra eletti con il sistema maggioritario ed eletti con il sistema proporzionale, è agevole calcolare che i collegi uninominali costituenti i collegi plurinominali varino da due a cinque per la Camera dei deputati e da uno a cinque per il Senato della Repubblica.

sono ammesse al riparto anche quelle liste che abbiano ottenuto almeno il 20% dei voti validi all'interno di una singola regione e le coalizioni in cui esse sono presenti.

Esaminiamo ora all'indice di Loosemore-Hanby cominciando dalle elezioni del 2008 e del 2013 che si svolsero sotto la vigenza della legge 270 del 2005.

Per quel che riguarda la Camera dei deputati<sup>33</sup> nel 2008 il voto ha disegnato un sistema bipolare in cui due coalizioni si sono divise oltre i quattro quinti dei voti validi (84,36%) mentre alla rappresentanza parlamentare hanno avuto accesso, oltre alle due suddette coalizioni, anche due forze politiche: l'Unione di centro con il 5,62% dei voti e la Südtiroler Volkspartei che, nonostante lo 0,41% dei voti validi, è entrata alla Camera in virtù delle norme riguardanti i partiti rappresentativi delle minoranze linguistiche. L'indice nel 2008 è stato pari al 9,7 ed è andato quasi tutto a vantaggio della coalizione di centrodestra che, con il 46,81% dei voti validi, si è vista riconoscere il premio del 55,11% dei seggi (340). Le principali liste danneggiate dalla legge elettorale sono state quelle che non hanno raggiunto il quorum e tra queste le più votate sono state La sinistra arcobaleno (3,08% dei voti validi) e La destra - Fiamma tricolore (2,43%).

Nel 2013 il voto ha mostrato un panorama completamente diverso. Il sistema è diventato tripolare con due coalizioni (una di centrodestra e una di centrosinistra) e un partito (il Movimento 5 stelle) che si sono divise quasi equamente<sup>34</sup> una percentuale di voti molto simile (84,29%) a quella che cinque anni prima era andata alle due coalizioni. Ha avuto accesso alla ripartizione anche una coalizione di centro che ha ottenuto il 10,56% dei voti. In questo caso l'unico soggetto sovrarappresentato è stato la coalizione di centrosinistra che ha ottenuto il premio di 340 deputati (55,11% dei seggi) a fronte di un modesto risultato elettorale (29,55% dei voti validi). Questa abnorme differenza tra voti e seggi ottenuti da questa coalizione ha fatto sì che l'indice di Loosemore-Hanby abbia raggiunto il 25,56, un valore insolito per l'Italia.

Molto diverso è stato invece il comportamento dell'indice nelle elezioni per il Senato<sup>35</sup>. Infatti, a fronte di una ripartizione dei voti tra i partiti che si è discostata pochissimo rispetto a quella della Camera, la ripartizione dei seggi

---

<sup>33</sup> I dati di cui si è tenuto conto nel calcolo non comprendono per le loro peculiarità né la circoscrizione della Valle d'Aosta (un deputato) né quella estera (12 deputati) e quindi riguardano 617 dei 630 deputati eletti.

<sup>34</sup> Alla coalizione di centrosinistra va il 29,55% dei voti validi, a quella di centrodestra il 29,18% e al Movimento 5 stelle il 25,56%.

<sup>35</sup> In questo caso, e sempre in ragione delle loro peculiarità elettorali, i dati oggetto d'analisi non comprendono, oltre che la circoscrizione Valle d'Aosta (un senatore) e quella estera (6 senatori), neppure quella del Trentino-Alto Adige (7 senatori) e quindi riguardano i restanti 301 seggi.

se ne è allontanata molto in ragione sia delle soglie (esplicite e implicite) che della diversa base geografica su cui era calcolato il premio. Così nel 2008 il premio è andato alla coalizione di centrodestra in dodici regioni e a quella di centrosinistra in cinque<sup>36</sup> e, se si escludono 3 seggi conquistati in Sicilia dall'Unione di centro (1% degli eletti su base nazionale a fronte del 5,69% dei voti validi), nelle altre 17 regioni i seggi sono ripartiti solo tra le due coalizioni. L'indice di Loosemore-Hanby è risultato essere il 13,67.

Nel 2013 l'indice di disproporzionalità non si è discostato da quello di cinque anni prima (13,72) e, ancora una volta della legge elettorale hanno beneficiato le due coalizioni più votate che sono state le uniche ad ottenere i premi su base regionale<sup>37</sup>, anche se l'analisi delle singole regioni mostra che in alcuni casi anche le liste sconfitte sono riuscite ad ottenere una sovrarappresentazione come è accaduto alla coalizione di centro nelle regioni che assegnavano un ridotto numero di senatori<sup>38</sup>.

In generale possiamo dire che la legge 270 del 2005 doveva gran parte della sua disproporzionalità al premio di maggioranza o, ad essere più precisi, all'assenza di una soglia minima ragionevole al di sotto della quale il premio viene assegnato<sup>39</sup>. Così quando, come nel 2006, si realizza un bipolarismo quasi perfetto l'indice risulta essere molto basso<sup>40</sup> mentre risulta particolarmente alto in situazioni come quella del 2013.

Per quel che riguarda la finora unica applicazione della legge 165 del 2017, abbiamo effettuato il calcolo della disproporzionalità su coalizioni e su liste singole non coalizzate. Il sistema che prevede nei collegi uninominali un

---

<sup>36</sup> La coalizione di centrodestra ottiene il premio in Piemonte, Lombardia, Veneto, Friuli-Venezia Giulia, Liguria, Lazio, Abruzzo, Campania, Puglia, Calabria, Sicilia e Sardegna. Quella di centrosinistra in Emilia-Romagna, Toscana, Umbria, Marche e Basilicata.

<sup>37</sup> La coalizione di centrosinistra ha ottenuto il premio in Piemonte, Friuli-Venezia Giulia, Liguria, Emilia-Romagna, Toscana, Umbria, Marche, Lazio, Basilicata e Sardegna. Quella di centrodestra in Lombardia, Veneto, Abruzzo, Campania, Puglia, Calabria e Sicilia.

<sup>38</sup> La legge prevedeva che, escludendo la coalizione o la lista singola vincente, tutte le altre che avessero superato la soglia di sbarramento si ripartissero i seggi non attribuiti al vincitore. Questo ha fatto sì che in 5 delle 6 regioni che assegnavano 7 o 8 senatori (Friuli-Venezia Giulia, Liguria, Umbria, Marche e Basilicata) la coalizione di centrodestra, il Movimento 5 stelle e la coalizione di centro si siano viste attribuire un senatore a testa in ognuna di esse (13,51% dei 37 senatori assegnati in quelle regioni) a fronte di una percentuale di voti decisamente diversa: il 24,89% per la coalizione di centrodestra, il 27,86% per il Movimento 5 stelle e il 9,91% per la coalizione di centro.

<sup>39</sup> Sul punto si vedano le argomentazioni svolte dalla Corte costituzionale nella sent. n. 1 del 2014 con la quale, tra le altre, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme che tale premio prevedevano sia per la Camera che per il Senato.

<sup>40</sup> Nel 2006 per la Camera l'indice è stato del 5,1 mentre per il Senato l'assegnazione dei premi su base regionale ne ha determinato l'abbassamento fino allo 0,83.

candidato comune all'intera coalizione non permette infatti di ricondurre gli eletti all'uninominali ai partiti che fanno parte della coalizione. Alla Camera l'indice è risultato essere del 9,25 mentre al Senato è stato del 10,47<sup>41</sup>. Ad aver ottenuto una rappresentanza in percentuale superiore a quella dei voti sono state la coalizione di centrodestra e il Movimento 5 Stelle. La prima alla Camera ha ottenuto 262 seggi (42,46%) a fronte del 37% dei voti e al Senato ha conseguito 135 seggi (43,83%) con il 37,50% dei voti validi. Il secondo alla Camera si è assicurato 225 seggi (36,47%) con il 32,68% dei voti e al Senato ha conquistato 112 seggi (36,35%) a fronte del 32,22% dei voti.

Questa sovrarappresentazione è dovuta soprattutto alla quota attribuita nei collegi uninominali. Alla Camera la coalizione di centrodestra ha ottenuto il 48,05% (111) dei seggi con il 37% dei voti, mentre al Senato con il 37,5% dei voti ha conseguito 58 seggi (il 50,43%). Il Movimento 5 Stelle invece ha raccolto il 32,68% dei voti alla Camera e il 32,22% al Senato facendo eleggere 92 deputati (39,83%) e 44 senatori (38,26%).

La quota proporzionale ha premiato tutte le forze politiche che hanno ottenuto dei seggi perché esse si sono viste attribuire, sia pure in modo non proporzionale ai voti ottenuti<sup>42</sup>, i seggi corrispondenti ai voti delle liste che non hanno superato la soglia di sbarramento del 3%.

## 2.4. La Spagna

Al contrario di quanto si è visto per gli altri tre Paesi, nel caso spagnolo è la Costituzione stessa a compiere delle importanti scelte di fondo<sup>43</sup> riguardanti il sistema elettorale. Infatti, dopo aver previsto nell'art. 68, c. 2 che le

---

<sup>41</sup> Sia per la Camera che per il Senato i dati su cui è stato calcolato l'indice non comprendono né la circoscrizione della Valle d'Aosta (un deputato e un senatore) né quella estera (12 deputati e 6 senatori) e quindi riguardano 617 deputati su 630 e 308 senatori su 315 elettivi.

<sup>42</sup> Le liste che non hanno superato la soglia hanno ottenuto nel complesso il 9,47% dei voti alla Camera e 8,64% dei voti al Senato. I voti ottenuti dalle liste singole che non hanno superato il 3% e da quelle presenti all'interno delle coalizioni che non hanno superato l'1% dei voti validi non hanno avuto effetti differenziati sulla distribuzione dei seggi nella parte proporzionale e quindi hanno determinato una sovrarappresentazione di tutte le liste che hanno ottenuto eletti. I voti conseguiti dalle liste che si sono presentate all'interno di una coalizione e hanno ottenuto una percentuale di voti validi superiore all'1% e inferiore al 3% (si tratta di Noi con l'Italia - UDC che faceva parte della coalizione di centrodestra e di +Europa presente all'interno della coalizione di centrosinistra) sono andati invece a vantaggio delle sole altre forze politiche della stessa coalizione che hanno superato il 3%.

<sup>43</sup> V. DELLEDONNE, *Costituzione e legge elettorale. Un percorso comparatistico nello Stato costituzionale europeo*, cit., 81 ss.

circoscrizioni elettorali coincidono con le Province, la Costituzione aggiunge al comma successivo che nelle circoscrizioni andrà applicato un criterio di rappresentanza proporzionale.

Il numero delle Province, la distribuzione demografica e il ridotto numero dei deputati - che la Costituzione fissa tra un minimo di 300 e un massimo di 400 (art. 68, c. 1) - sono i fattori che in gran parte esulano dall'intervento del Parlamento e incidono grandemente sul carattere più o meno proporzionale degli esiti elettorali.

La *Ley Orgánica del Régimen Electoral General* (di seguito LOREG) n. 5 del 1985 ha poi completato la disciplina, fissando in 350 il numero dei deputati (art. 162, c. 1), riprendendo il dettato costituzionale che prevede l'assegnazione di un deputato ciascuno alle città autonome di Ceuta e Melilla (art. 68, c. 2 Cost.) e, come previsto dalla disposizione costituzionale appena citata, fissando il numero minimo di parlamentari per ogni Provincia. Essendo 50 le Province e due il numero minimo di deputati previsto dalla LOREG, ad essere ripartiti tra le Province proporzionalmente alla popolazione sono i restanti 248 seggi (art. 68, c. 2 Cost. e art. 162, c. 3 LOREG). L'aver fissato in due il numero minimo di deputati per provincia, combinato con le grandi differenze demografiche tra Province, comporta una rilevante sovrarappresentazione delle province più piccole a scapito di quelle più grandi. Così la provincia più popolosa del Paese - quella di Madrid - si vede attribuiti 37 deputati a fronte di 6.693.394 abitanti<sup>44</sup> (quindi uno ogni 181.000 abitanti circa) mentre la Provincia di Soria che conta solo 88.636 abitanti se ne vede assegnati due (uno ogni 44.318 abitanti) e quella di Teruel (134.137 abitanti) elegge ben tre deputati (uno ogni 44.712 abitanti). Il dato medio ottenuto dal rapporto tra abitanti e numero di seggi è invece di un eletto ogni 135.000 abitanti circa.

Sono appena sette le Province che all'ultima consultazione elettorale (novembre 2019) si sono viste assegnare dieci o più deputati: Madrid (37), Barcellona (32), Valencia (15), Alicante e Siviglia (12), Malaga (11) e Murcia (10). Bastano questi ultimi dati a dar conto della scarsa utilità della previsione di una soglia di sbarramento del 3% (art. 163, c. 1, lett. a LOREG) che può trovare concreta applicazione in paio di Province essendo negli altri casi ben più alta la c.d. soglia di sbarramento implicita.

Ed è proprio la dimensione dei collegi a determinare nel caso spagnolo la disproporzionalità. Ne traggono solitamente vantaggio i due partiti più votati mentre risultano svantaggiati gli altri, ad eccezione dei partiti regionali che,

---

<sup>44</sup> Il dato, così come quelli che seguono, è quello risultante dall'anagrafe al primo luglio 2019.

pur avendo a livello nazionale una piccola percentuale di consensi, riescono a conseguire una rappresentanza sostanzialmente corrispondente ai voti ottenuti proprio in virtù del fatto che concentrano i loro voti in poche province in cui spesso raggiungono percentuali considerevoli.

Nel 2008<sup>45</sup> l'indice di Loosemore-Hanby è stato dell'8,09 e a trarre vantaggio dal sistema elettorale sono stati soprattutto il Partito socialista (44,36% dei voti validi e 48,29% dei deputati) e il Partito popolare (40,39% dei voti e 44% dei seggi). La situazione si è ripetuta a parti invertite nel 2011 con l'indice di disproporzionalità più elevato tra quelli registrati nel periodo 2008-2019: 11,8. Il Partito popolare ha ottenuto infatti il 53,14% dei seggi a fronte del 45,25% dei voti e il Partito socialista ha conseguito il 31,43% degli eletti a fronte del 29,16% dei voti. Lo stesso è accaduto nel 2015 quando l'indice si è attestato al 10,53<sup>46</sup> e la legge ha avvantaggiato ancora una volta il Partito popolare (28,92% dei voti e 35,14% dei seggi) e il Partito socialista (22,16% dei voti e 25,71% dei seggi). Nel 2016 si è registrato l'indice di disproporzionalità più basso tra le sei consultazioni spagnole svoltesi nel periodo considerato (7,86) e il Partito popolare ha ottenuto il 39,14% dei seggi con il 33,26% dei voti, mentre il Partito socialista si è fermato al 22,8% dei voti a cui ha corrisposto il 24,29% dei seggi. Nelle elezioni dell'aprile 2019 l'indice è stato del 9,66 e a ricevere la maggiore sovrarappresentazione è stato il Partito socialista che con un modesto 28,89% dei voti ha ottenuto un 35,14% dei seggi. Il secondo partito come consensi è stato quello popolare (16,82% dei voti) che ha ottenuto il 18,86% dei seggi<sup>47</sup>. Infine, nelle elezioni svoltesi poco più di sei mesi dopo, l'indice è salito all'11,46 con il partito socialista che ha ottenuto 120 seggi (34,29% del totale) a fronte del 28,25% dei voti validi, mentre il Partito popolare si è fermato al 20,99% dei voti e al 25,43% dei seggi.

L'aspetto che più colpisce del caso spagnolo è che l'indice di disproporzionalità delle sei consultazioni svoltesi tra il 2008 e il 2019 abbia subito variazioni minime nonostante i grandi mutamenti intervenuti nel quadro politico. L'indice infatti è variato tra un minimo del 7,86 nel 2016 e un massimo dell'11,8 del 2011. Invece il quadro politico è mutato

---

<sup>45</sup> Su queste elezioni v. BOTTI, *Zapatero ci riprova*, in *Il Mulino*, 2008, 544 ss.

<sup>46</sup> L'indice scende leggermente (10,46) qualora si considerino come un'unica forza politica sia Podemos che le alleanze regionali tra lo stesso Podemos e alcune forze politiche locali. In altre elezioni in cui l'esperienza si ripete, essa non incide sull'indice visto che tutte queste liste ne risultano parimenti svantaggiate nel riparto dei seggi rispetto al numero dei voti.

<sup>47</sup> Su queste elezioni v. FROSINA, *La Spagna ritorna al voto tra cambiamenti del sistema partitico e nuove dinamiche della forma di governo*, in *Nomos*, n. 1, 2019.

radicalmente: da un bipartitismo di fatto nel 2008, in cui i due principali partiti hanno ottenuto l'84,75% dei voti validi (e il 92,29% dei seggi), si è passati ad un sistema multipartitico in cui i due partiti maggiori - che restano sempre gli stessi - hanno toccato il minimo storico dei consensi nell'aprile del 2019 (45,71% e 54% dei seggi).

### 3. Partecipazione, partiti, governo

In questo paragrafo ci soffermeremo su alcuni aspetti specifici che, se letti nel loro insieme, ci danno un quadro sintetico, ma significativo del contesto politico-parlamentare.

Un primo aspetto importante concerne la partecipazione dei cittadini al voto. In questo ambito le differenze tra ordinamenti possono dipendere da fattori legati al quadro politico-partitico, dalla legge elettorale, ma anche da più radicati fattori culturali. Le variazioni diacroniche in un certo ordinamento, se osservate all'interno di un intervallo temporale sufficientemente ristretto, non trovano invece la loro ragione nel fattore culturale, ma vanno ricondotte al grado di rilevanza che i cittadini pensano possa assumere il loro voto in ragione della legge elettorale e della concreta offerta politica.

Un secondo aspetto riguarda l'assetto partitico del Paese. Molti ordinamenti democratici stanno facendo i conti con la trasformazione dei partiti di massa<sup>48</sup> che abbiamo conosciuto nel secolo scorso e che oggi sembrano aver in parte perso la capacità di rappresentare la società. Se il fenomeno è di carattere generale, diversa è l'intensità con cui si manifesta nei quattro ordinamenti oggetto di queste pagine.

Un terzo ed ultimo aspetto riguarda il governo in senso stretto. In particolare la sua genesi, la sua durata, la formula politica sottostante. Come si vedrà, la crisi della rappresentanza ha una ricaduta immediata anche su questi aspetti, ma ancora una volta il diverso modo di manifestarsi e la diversa intensità dei fenomeni ci forniscono una chiave di lettura importante.

#### 3.1. La Francia

Qualunque considerazione riguardante il concreto configurarsi della forma di governo francese, per quanto sintetica, non può non tenere conto delle modifiche introdotte con la l. cost. 2000-964 del 2 ottobre 2000 e con la l. org.

---

<sup>48</sup> Tra i tanti v. MASSARI, *Dal partito di massa alla partitocrazia senza partiti*, in *Nomos*, n. 3, 2018.

2001-419 del 16 maggio 2001. Con il primo provvedimento il mandato presidenziale è stato ridotto da 7 a 5 anni. Con il secondo è stato invece previsto che la legislatura dell'Assemblea nazionale termini il terzo martedì di giugno del quinto anno successivo alla sua elezione. Il combinato disposto dei due provvedimenti ha fatto sì che, a partire dal 2002, il primo turno delle elezioni legislative si svolga cinque settimane dopo l'elezione del nuovo Presidente della Repubblica (che è sempre avvenuta al secondo turno). La vicinanza temporale delle due elezioni, il fatto che quella presidenziale avvenga per prima e l'adozione di un sistema elettorale maggioritario a doppio turno per l'elezione dell'Assemblea nazionale rendono - eufemisticamente - molto improbabile che possano verificarsi situazioni di coabitazione tra un Presidente e una camera bassa in cui questi non abbia la maggioranza politica. Ne è prova lampante quanto accaduto nelle elezioni del 2017 in cui il neo-eletto Presidente Macron, nonostante fosse a capo di un partito di fatto inesistente, ha ottenuto un'amplissima maggioranza all'Assemblea nazionale. Quanto detto sopra fa sì che il baricentro del sistema politico si sia spostato verso il Presidente depotenziando il ruolo dell'Assemblea, peraltro già debole nel disegno costituzionale voluto da De Gaulle.

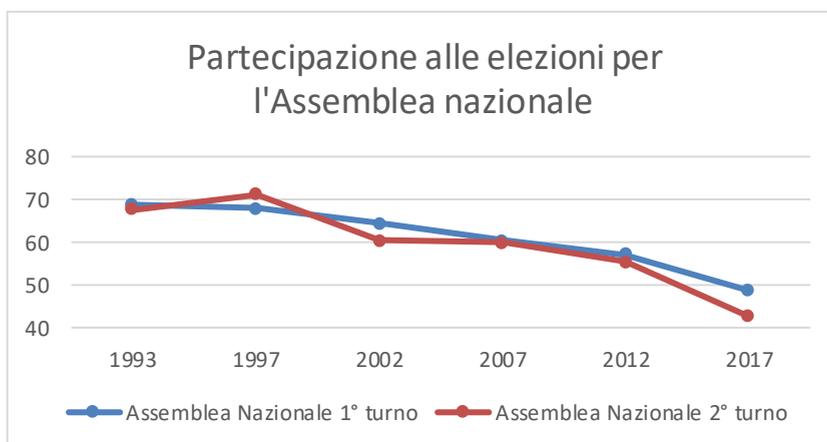
Gli elettori francesi sembrano averne preso coscienza e il tasso di partecipazione alle elezioni ne è la prova. Se essa resta alta per quelle presidenziali<sup>49</sup> risulta essere in brusca caduta per quelle dell'Assemblea nazionale ed ha assunto dimensioni prima inimmaginabili che dovrebbero far suonare più di un campanello d'allarme per chiunque abbia a cuore la democrazia nel Paese transalpino.

Negli anni novanta del secolo scorso la partecipazione alle elezioni per il rinnovo dell'Assemblea nazionale ha oscillato tra il 67,55% e il 71,07%<sup>50</sup>. A partire dal 2002, il calo è stato rapidissimo arrivando ai minimi storici delle ultime elezioni quando nel primo turno si sono recati alle urne il 48,70% degli aventi diritto e al secondo il 42,64%. Quest'ultimo dato scende ulteriormente al 38,43% se si tiene conto soltanto dei voti validi.

---

<sup>49</sup> Nel 2002 al primo turno si recarono alle urne il 71,60% degli aventi diritto e al secondo salirono al 79,71. Nel 2007 si è registrata la maggiore partecipazione tra le elezioni di questo scorcio di XXI secolo: 83,77% al primo turno e 83,97% al secondo. Nel 2012 al primo turno si sono recati alle urne il 79,48% degli elettori al primo turno e il 80,35% al secondo. Mentre nel 2017 le percentuali sono scese rispettivamente al 77,77% e al 74,56%.

<sup>50</sup> Nel 1993 è stata del 68,76% al primo turno e del 67,55% al secondo. Nel 1998 del 67,91% al primo turno e del 71,07% al secondo.



A questa bassa partecipazione corrisponde una rilevante dispersione del voto tra numerose forze politiche che spesso riescono ad ottenere una rappresentanza parlamentare per quanto limitata. Il sistema elettorale, che abbiamo visto essere fortemente disproporzionale, però ha fatto sì che all'Assemblea nazionale fossero presenti due partiti che per consistenza numerica si distaccassero da tutti gli altri. Quello che fa da fulcro alla maggioranza di governo di solito ottiene la maggioranza assoluta dei deputati mentre l'altro è il principale partito di opposizione. Nella tabella che segue sono riportati i dati riguardanti i due principali partiti nelle elezioni svoltesi in questo scorcio di XXI secolo e che, pur nel solco della tendenza appena vista, mostrano una certa riduzione sia del consenso (in percentuale e, in ragione di quel che si è detto sull'astensionismo, ancor più in termini assoluti), sia della rappresentanza parlamentare dei due principali partiti.

Anno	Partiti	% voti 1° turno	% voti 1° turno totale	% seggi	% seggi totale
2002	Union pour la majorité présidentielle (UMP)	33,30%	57,41%	61,53%	85,79%
	Parti Socialiste (PS)	24,11%		24,26%	
2007	Union pour un mouvement populaire (UMP)	39,54%	64,27%	54,25%	86,49%
	Parti Socialiste (PS)	24,73%		32,24%	
2012	Parti Socialiste (PS)	29,35%	56,47%	48,53%	82,15%
	Union pour un mouvement populaire (UMP)	27,12%		33,62%	
2017	La République en marche (LaRem)	28,21%	43,98%	53,38%	72,79%
	Les Républicains (LR) <sup>51</sup>	15,77%		19,41%	

<sup>51</sup> *Les Républicains* è il nome che ha assunto nel 2015 l'*Union pour un mouvement populaire*.

Grazie alla maggioranza assoluta di cui gode solitamente il partito più votato, la formazione dei governi è estremamente rapida. Però la consistenza della maggioranza parlamentare e le previsioni dell'art. 49 Cost. (fiducia presunta, necessità della maggioranza assoluta per approvare una mozione di sfiducia) non impedisce che la durata media dei governi resti bassa e non raggiunga i due anni. Questa breve durata è conseguenza del ruolo di "fusibile" svolto dal Primo ministro che si sacrifica per far sì che il Capo dello Stato non perda eccessivi consensi a fronte di politiche non condivise da buona parte dell'elettorato. Ma è un circolo vizioso di cui pare difficile intravedere l'uscita. Il Presidente gode di uno scarso consenso già nel momento elettorale<sup>52</sup>; il controllo totale del governo e del Parlamento rendono limitati - nel numero e nell'entità - quegli aggiustamenti al programma politico che sarebbero necessari per allargare l'area (che abbiamo visto essere ristretta) del consenso popolare; la scarsa rappresentatività dell'Assemblea nazionale e la sua incapacità di influire sull'indirizzo politico fanno sì che il dissenso (*rectius*, una parte di esso) si manifesti fuori dalle istituzioni e non sempre in modo pacifico; i cambiamenti nella compagine governativa non sono una risposta efficace al dissenso perché, per i motivi suddetti, non incidono in modo significativo sull'indirizzo politico; ne consegue una scarsa popolarità del Presidente uscente (e del partito di cui è espressione) e quindi la sua mancata conferma nelle elezioni successive<sup>53</sup>. Prima della riforma costituzionale la possibilità di eleggere durante il mandato presidenziale un'Assemblea nazionale a maggioranza politica diversa faceva sì che l'indirizzo politico subisse necessariamente una correzione di rotta. Oggi questo non è più possibile.

### 3.2. La Germania

Se il dato che più colpisce della Francia è quello della scarsa partecipazione al voto per l'elezione dell'Assemblea nazionale, non si può dire certo lo stesso della Germania che ha visto un tasso di partecipazione sempre sostenuto. A partire dalle elezioni del 1990, le prime dopo la riunificazione, c'è stato dapprima un aumento della partecipazione, di seguito un calo e poi un nuovo aumento. Il tutto comunque contenuto all'interno di un intervallo non particolarmente accentuato: tra il 70,78% (2009) e l'82,20% (1998).

---

<sup>52</sup> I Presidenti eletti dal 2001 hanno ottenuto al primo turno consensi tra il 19,88% di Chirac nel 2002 (5.665.855 voti) e il 31,18 di Sarkozy nel 2007 (11.448.663 voti)

<sup>53</sup> L'unico Presidente che ha fallito di poco la rielezione è stato Sarkozy nel 2012 quando, arrivato al ballottaggio, ha perso di misura (48,36%) contro il socialista Holland.

Una complessiva stabilità si riscontra anche nei partiti presenti nel *Bundestag* che presentano uno scarso tasso di variabilità dalle prime elezioni post riunificazione ad oggi<sup>54</sup>. La novità più rilevante è quella dell'ingresso nella Camera bassa del partito di estrema destra *Alternative für Deutschland* (AfD) che, dopo aver sfiorato il quorum alle elezioni del 2013, nel 2017 ha ottenuto il 12,64% nel voto proporzionale, risultando così il terzo partito più votato. Se i partiti presenti nel *Bundestag* non cambiano, non si può dire lo stesso del consenso che ognuno di essi ottiene nelle singole tornate elettorali. Un fenomeno che però pare evidente è un certo calo di consensi dei partiti maggiori. Se infatti ancora nel 2002 SPD (*Sozialdemokratische Partei Deutschlands*), CDU (*Christlich Demokratische Union Deutschlands*) e la sua "costola" bavarese CSU (*Christlich-Soziale Union in Bayern*) potevano contare su oltre tre quarti dei voti validamente espressi (77,03%), questa percentuale nelle ultime elezioni si è ridotta a poco più della metà dei voti validamente espressi (53,44%). Il fenomeno sembra però legato soprattutto - ma non esclusivamente - all'esperienza della *Große Koalition* che ha contraddistinto ben tre delle ultime quattro legislature. Se infatti per un verso è vero che questi tre partiti già nel 2005 avevano perso nel loro complesso circa 8 punti (equamente divisi tra i socialdemocratici e i due partiti cristiani), è anche vero che nelle elezioni del 2013, seguenti ad una legislatura con un più canonico governo CDU-CSU-FDP, la SPD, la CDU e la CSU hanno riguadagnato complessivamente circa il 9% dei voti rispetto alle precedenti elezioni. Questi governi di *Große Koalition* hanno avuto una genesi di certo più complessa, come è evidente dai tempi che intercorrono tra lo svolgimento delle elezioni e la formazione del nuovo governo. Si passa così da un mese dei governi Schröder I e II (SPD-Verdi) e Merkel II (CDU-CSU-FDP) ai due del governo Merkel I, ai tre del governo Merkel III fino ai quasi sei del governo Merkel IV<sup>55</sup>. A questa più complessa genesi non corrisponde però una diversa

---

<sup>54</sup> Non soffrono eccezioni la presenza dei socialdemocratici (SPD), dei cristiano democratici (CDU) e dei loro alleati bavaresi (CSU). È sempre stato presente pure il partito di sinistra (PDS prima e *Die Linke* poi) anche se nelle elezioni del 2002 non ha superato la soglia di sbarramento e si è dovuta accontentare di due parlamentari eletti in altrettanti collegi uninominali. Pure i verdi (*Bündnis 90/Die Grünen*) sono stati sempre presenti anche se nelle elezioni del 1990 *Die Grünen* che si candidava nei *Länder* dell'ovest non entrò nel *Bundestag* in cui, in compenso, entrò *Bündnis 90* che si presentava nei *Länder* dell'est. L'altro partito sempre presente, se si esclude la legislatura iniziata nel 2013 in cui mancò di poco la soglia di sbarramento, è quello liberale (FDP).

<sup>55</sup> Le trattative hanno portato alla redazione di programmi di governo estremamente dettagliati che, prima della nascita degli esecutivi Merkel III e Merkel IV, sono stati sottoposti dalla SPD ad un referendum tra i propri iscritti.

durata; anche questi governi infatti confermano la tradizione tedesca dei governi di legislatura per cui bisogna risalire ai primi anni ottanta per ritrovare l'ultimo caso di due governi diversi nella stessa legislatura<sup>56</sup>.

### 3.3. L'Italia

La partecipazione elettorale in Italia è stata tradizionalmente alta e negli anni ottanta del secolo scorso sfiorava ancora il 90%<sup>57</sup>. Da allora la discesa è stata costante se si escludono le elezioni del 9 aprile 2006 in cui, grazie alla forte bipolarizzazione di quella consultazione elettorale, ci fu un modesto incremento rispetto alle elezioni precedenti. Il calo della partecipazione si è però fortemente accentuato nelle ultime tre consultazioni elettorali. Il punto più basso è stato toccato nelle elezioni del 2018 con il 72,94% di partecipazione alla Camera e il 73% al Senato.

Quel che però sembra caratterizzare l'esperienza italiana è, a partire dai primi anni novanta del secolo scorso, il tentativo (fallito) di realizzare un bipolarismo attraverso le leggi elettorali. Questo tentativo è avvenuto attraverso leggi miste maggioritarie/proporzionali (le nn. 276 e 277/1993 e 165/2017), che incentivavano la formazione di coalizioni per massimizzare il risultato elettorale nei seggi assegnati con il maggioritario, o attraverso leggi proporzionali che miravano allo stesso scopo grazie l'assegnazione di un premio di maggioranza (l. n. 270/2005)<sup>58</sup>. In alcuni casi che la realtà sia ben più complessa di quella bipolare è stato evidente fin dal momento elettorale. In altri, l'esito tendenzialmente bipolare delle elezioni si è però palesato come apparente durante la legislatura, quando forze che si erano candidate

---

<sup>56</sup> Nel 1982 i liberali uscirono dalla maggioranza con i socialdemocratici che appoggiava il terzo governo Schmidt per appoggiare il primo governo Kohl. È stato questo l'unico caso in cui in Germania è stata approvata una mozione di sfiducia costruttiva. Le precedenti esperienze governative che erano state interrotte anticipatamente lo erano state per dimissioni dell'esecutivo.

<sup>57</sup> Nelle elezioni del 26 giugno 1983 la partecipazione fu dell'88,01% alla Camera e dell'88,83% al Senato. In quelle tenutesi il 14 giugno 1987 fu dell'88,83% alla Camera e dell'88,37% al Senato.

<sup>58</sup> Tra queste ultime leggi non abbiamo ricompreso la l. n. 52 del 2015. Anche a tacer del fatto che essa non ha trovato nessuna applicazione concreta essendo stata dichiarata costituzionalmente illegittima, da un lato, non prevedeva le coalizioni e, dall'altro, prevedendo un possibile doppio turno per l'assegnazione del premio, avrebbe verosimilmente avuto un modestissimo impatto per il profilo di cui si parla. Sull'uso del premio di maggioranza nelle diverse leggi elettorali italiane riguardanti anche altri livelli di governo v. CHIARAMONTE - TARLI BARBIERI (a cura di), *Il premio di maggioranza. Origini, applicazioni e implicazioni di una peculiarità italiana*, Roma, 2011.

all'interno della stessa coalizione si sono ritrovate in parte in maggioranza e in parte all'opposizione. Questo dissolversi - e, a volte, ricomporsi - di coalizioni si intreccia, in certi casi inestricabilmente, con altri fenomeni quali il forte trasfughismo parlamentare (che si è andato accentuando notevolmente con il passare delle legislature) e, in un sottoinsieme di casi, con la nascita, da parte di parlamentari fuoriusciti da un partito esistente, di nuove forze politiche la cui vita si è peraltro rivelata spesso effimera. Questi fenomeni, abbinati a leggi elettorali che prevedono le liste bloccate<sup>59</sup>, sicuramente hanno contribuito al forte calo della partecipazione intervenuto negli ultimi anni.

Sul fronte governativo, nonostante l'abbandono delle leggi elettorali proporzionali, la vita media dei governi non si è allungata di molto<sup>60</sup>. Numerose sono le peculiarità degne di nota.

In primo luogo, sembra essere entrato in crisi il modello, per molti versi classico, dei governi guidati da un parlamentare. Certo c'erano stati i precedenti, tra loro diversissimi<sup>61</sup>, dei governi Ciampi (1993-94), Dini (1995-96) e Amato II (2000-01), ma è solo a partire dalla XVI legislatura che il fenomeno ha assunto ben altre dimensioni. Dapprima con il governo Monti (2011-13) che era presieduto sì da un parlamentare, ma solo perché il Presidente della Repubblica aveva nominato Mario Monti senatore a vita appena quattro giorni prima di affidargli l'incarico di formare il governo che, peraltro, era composto esclusivamente da ministri non politici. Per continuare con il governo Renzi (2014-16) e i due governi Conte. Tutti e tre governi politici, ma comunque guidati da non parlamentari. Anche se bisogna

---

<sup>59</sup> Di fatto il contributo alla scelta degli eletti che davano i partiti e gli elettori prima del 1993, è mutato nelle leggi elettorali che da allora si sono susseguite. Il ruolo dei partiti ne è stato enormemente accresciuto a scapito di quello degli elettori fino a raggiungere l'apice con la legge n. 270 del 2005. A tal proposito si vedano anche le considerazioni della Corte costituzionale nella sent. 1 del 2014 (5.1 del considerato in diritto).

<sup>60</sup> Due governi nella XII legislatura che però è durata solo due anni (1994-96), quattro governi nella XIII (1996-2001), due nella XIV (2001-06), uno solo nella XV che però è durata solo due anni (2006-08), due nella XVI (2008-2013), tre nella XVII (2013-18) e già due nella XVIII.

<sup>61</sup> Ricordiamo che Carlo Azelio Ciampi era governatore della Banca d'Italia quando fu chiamato a presiedere il Consiglio dei ministri e il suo governo era composto in gran parte da personalità politiche e da pochi ministri indipendenti. Anche Lamberto Dini non era un politico però aveva ricoperto l'incarico di ministro del tesoro nel governo immediatamente precedente; il suo governo aveva la peculiarità di essere composto esclusivamente da ministri indipendenti. Giuliano Amato era stato invece più volte parlamentare e aveva ricoperto in precedenza numerosi incarichi di governo, compreso quello di Presidente del Consiglio; quando però venne chiamato a guidare il suo secondo governo non era più parlamentare da alcuni anni e non era iscritto a nessun partito politico anche se era ministro del governo precedente. Tra i ministri del suo governo vi erano solo due indipendenti.

distinguere tra Renzi, che era pur sempre segretario del partito politico più rappresentato in Parlamento, e Conte che era solo vicino, ma non organico, a uno dei partiti che appoggiavano i suoi due governi. Quattro governi molto diversi tra loro che però indicano che un assetto tradizionale è in crisi e non si è ancora giunti ad un punto di nuovo equilibrio.

Un altro aspetto degno di nota è che, a partire dalle elezioni del 2013, il risultato elettorale ha evidenziato la formazione di un sistema tripolare e questo ha reso particolarmente complessa la genesi del primo governo della legislatura, complice anche la prossimità temporale con consultazioni elettorali che ovviamente rende più difficili accordi tra forze che durante la campagna elettorale si sono presentate come contrapposte. In un qualche modo si è ripetuta, *mutatis mutandis*, una situazione che ricorda quella vista sopra a proposito della Germania. A differenza però del caso tedesco, le leggi elettorali italiane hanno favorito l'aggregazione in coalizioni e queste, essendo poco omogenee, si sono rivelate anche ben poco solide già nella fase di formazione del primo governo di legislatura. Così il governo Letta ha visto la partecipazione di forze politiche facenti parte sia della coalizione di centrodestra che di quella di centrosinistra, ma anche l'opposizione di altre forze che erano candidate all'interno delle due coalizioni (Lega Nord e Fratelli d'Italia nella coalizione di centrodestra e Sinistra Ecologia e Libertà in quella di centrosinistra). Mentre per il governo Conte I la diversificazione ha riguardato solo la coalizione di centrodestra mentre quella di centrosinistra è rimasta compatta all'opposizione.

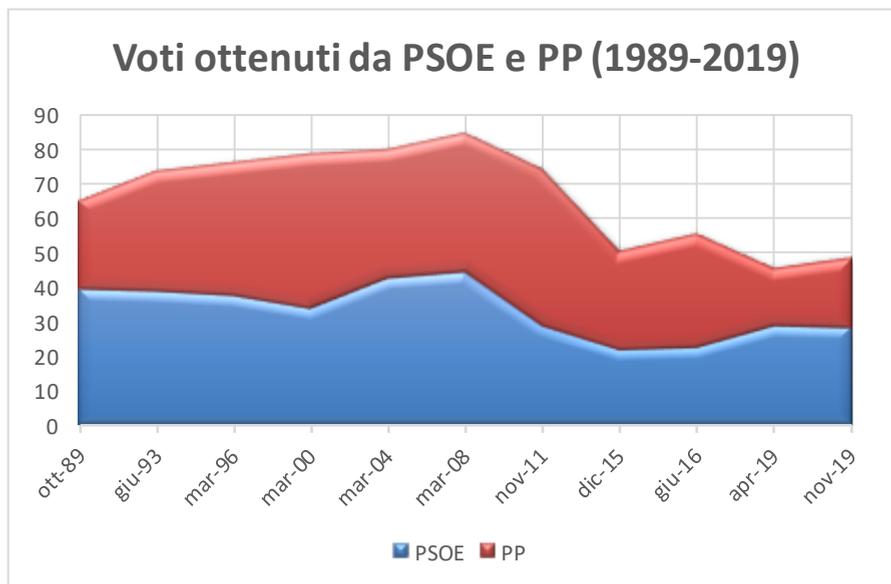
### 3.4. La Spagna

La partecipazione elettorale in Spagna risulta essere oscillante con crescite e diminuzioni che si alternano tra loro ma sempre all'interno di un intervallo abbastanza contenuto. Nelle undici elezioni che si sono susseguite negli ultimi trent'anni (1989-2019) la partecipazione degli spagnoli residenti nel territorio dello Stato<sup>62</sup> è variata da un minimo del 69,83% (2016) ad un massimo del 78,08% (1996).

---

<sup>62</sup> La scelta di tenere conto solo degli spagnoli residenti sul territorio dello Stato (CER, *Censo de los Electores Residentes*) e non anche di quelli residenti all'estero (CERA, *Censo de los Electores Residentes Ausentes*) è conseguenza del notevole incremento di questi ultimi, in parte dovuto ad una modifica legislativa. Nel periodo cui si fa riferimento sopra gli elettori residenti all'estero sono passati da 165.576 delle elezioni del 1989 a 2.130.754 del novembre 2019. L'ampliamento del CERA e la gran lunga minore partecipazione degli elettori residenti all'estero fanno sì che le percentuali di partecipazione dei soli residenti in Spagna e quella complessiva divergano sempre di più con il passare degli anni.

Se guardiamo al quadro partitico, il sistema spagnolo aveva raggiunto negli anni novanta del secolo scorso un bipartitismo di fatto. I due principali partiti (PSOE e PP) in tutte le elezioni tra il 1996 e il 2008 hanno sempre ottenuto oltre i tre quarti dei voti validi<sup>63</sup>. Se invece si guarda alla proiezione parlamentare del voto, questi due partiti, fino al 2011, hanno sempre ottenuto oltre i quattro quinti dei seggi del *Congreso*<sup>64</sup>. I restanti voti e i restanti seggi erano ripartiti tra altre forze politiche nazionali e numerosi partiti regionali.



<sup>63</sup> Nel 1996 il PSOE ha ottenuto il 37,63% dei voti e il PP il 38,79; nel 2000 a fronte di un calo socialista (34,16%) c'è stato un notevole incremento dei voti popolari (44,52% che ha fatto ottenere al partito la maggioranza assoluta nel Congresso); nel 2004 l'andamento si è invertito e i socialisti sono arrivati al 42,59% mentre i popolari sono scesi al 37,71%; infine nel 2008 entrambi i partiti hanno incrementato i voti in percentuale: 44,36% per il PSOE e 40,39% per il PP.

<sup>64</sup> Nella prima legislatura (1979-82) l'*Unión de Centro Democrático* ottenne 168 seggi e i socialisti 121. Nella seconda (1982-86) i socialisti conseguirono 202 seggi e la coalizione conservatrice *Alianza Popular-Partido Demócrata Popular* ne ottenne 107. Nella terza (1986-89) furono sempre i socialisti ad ottenere più seggi (184) seguiti da una coalizione conservatrice di ben cinque partiti di cui tre nazionali e due regionali (*Coalición Popular*) che si fermò a 105. A partire dal 1989 fino ad oggi i due partiti più votati sono stati sempre il PSOE e il PP che nel 2008 hanno ottenuto rispettivamente 169 e 154 seggi pari al 92,29% del totale.

La riduzione del consenso per entrambi i partiti maggiori e l'aumento del numero dei partiti nazionali presenti in Parlamento sono stati elementi che hanno influito in modo determinante sulla formazione dei governi<sup>65</sup>.

Indubbiamente l'esistenza nella Costituzione spagnola (art. 114, c. 2), così come nella Legge fondamentale tedesca (art. 67, c. 1), dell'istituto della sfiducia costruttiva contribuisce ad allungare la vita dell'esecutivo. Ciò però non toglie che nell'ultimo decennio, a fronte della stabilità degli esecutivi tedeschi, quelli spagnoli abbiano avuto più di un problema.

La IX legislatura, iniziata con le elezioni del 9 marzo 2008, ha presentato una rilevante novità: per la prima volta un governo ha ottenuto la fiducia del *Congreso* a maggioranza relativa<sup>66</sup>. Non solo: la legislatura si è anche conclusa in anticipo, sia pure di pochi mesi, rispetto alla scadenza naturale. Conclusione anticipata dovuta alla situazione di grave crisi economica attraversata dal Paese. Se la X legislatura, in cui il PP ha ottenuto la maggioranza assoluta dei seggi, ha avuto una durata ordinaria, non lo stesso si può dire di quella successiva. Le elezioni del dicembre 2015 non hanno consentito la nascita di un nuovo governo e, per la prima volta nella storia della Spagna post franchista, il candidato alla Presidenza del governo (Pedro Sánchez del PSOE) non ha ottenuto la fiducia del Congresso<sup>67</sup>. Trascorsi due mesi dalla prima votazione sulla fiducia senza esperire altri tentativi, il sovrano, in applicazione dell'art. 99, c. 5 Cost., ha quindi sciolto le Camere. Particolarmente tormentata è stata la XII legislatura nata dalle elezioni del 26 giugno 2016. Il candidato alla Presidenza del governo (Mariano Rajoy del PP) ha ottenuto la fiducia solo alla quarta votazione e grazie all'astensione di 68 deputati del PSOE<sup>68</sup>. Un governo di minoranza quindi nato dopo oltre quattro

<sup>65</sup> Sulle modifiche del quadro partitico e sui suoi effetti sulla forma di governo v. BLANCO VALDÉS, *Spagna: La fine della stabilità? Cambiamenti del sistema partitico e della forma di governo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2018, 349 ss.

<sup>66</sup> L'art. 99, c. 3 Cost. prevede che il candidato alla Presidenza del Governo si presenti davanti al Congresso per ottenere la fiducia a maggioranza assoluta dei membri (176). Qualora questa maggioranza non venga raggiunta, due giorni dopo si svolgerà una seconda votazione in cui sarà sufficiente ottenere la maggioranza relativa. In quella occasione nella seconda votazione i deputati che votarono la fiducia a Zapatero furono solo i 169 socialisti, 158 furono i voti contrari e 23 gli astenuti. Su cui quel voto di fiducia v. CURRERI, *La fiducia (a maggioranza semplice) a Zapatero*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, 631 ss.

<sup>67</sup> Nella prima votazione in cui è richiesta la maggioranza assoluta Sánchez ottenne 130 voti favorevoli (89 del PSOE, 40 di *Ciudadanos* e uno di *Nueva Canarias*) e 219 contrari. Nella seconda in cui è richiesta la maggioranza relativa ottenne 131 voti favorevoli (ai precedenti si aggiunse quello di *Coalición Canaria* che si era astenuto nella prima votazione) e 219 contrari.

<sup>68</sup> In tutte e quattro le votazioni Rajoy ottenne 170 voti (134 del PP, 32 di *Ciudadanos*, 2 dell'*Unión del Pueblo Navarro*, uno di *Coalición Canaria* e uno del *Foro de Ciudadanos*).

mesi dallo svolgimento delle elezioni. Successivamente, anche in seguito alla condanna di vari esponenti del PP per episodi di corruzione, i socialisti hanno presentato una mozione di sfiducia costruttiva che, per la prima volta nella storia parlamentare spagnola, ha ottenuto il voto favorevole della maggioranza assoluta dei membri del Congresso<sup>69</sup>. Il 1° giugno 2018 al governo Rajoy è quindi subentrato quello presieduto dal socialista Pedro Sánchez. Nonostante il cambio di governo, la legislatura non è però giunta a scadenza naturale poiché il 13 febbraio 2019 il governo è stato battuto sul bilancio, quando ai voti delle opposizioni si sono sommati quelli di due partiti catalani<sup>70</sup> che erano stati essenziali per l'approvazione della mozione di sfiducia costruttiva. La XIII legislatura è invece sembrata la replica della XI: un unico tentativo - fallito - di formare un nuovo governo guidato da Pedro Sánchez e il successivo scioglimento delle Camere senza che il Congresso sia riuscito a dar vita a un nuovo esecutivo<sup>71</sup>.

#### 4. Brevi considerazioni finali

Fatto questo quadro, necessariamente rapido, occorre chiedersi se quel nesso di causalità tra leggi elettorali disproporzionali e stabilità - governativa, ma non solo - di cui tanto si parla trovi conferma oppure no. E la risposta sembra inequivocabilmente negativa.

Tra i quattro ordinamenti esaminati quello tedesco indubbiamente ha mostrato sia il più basso indice di disproporzionalità, sia una maggiore stabilità. L'unico indice di un certo disagio è il consenso crescente e quantitativamente rilevante del partito di estrema destra AfD.

Pur tenendo conto delle peculiarità del modello semipresidenziale, tra i quattro ordinamenti sopra esaminati, quello francese risulta porsi per molti

---

Nella prima e nella seconda votazione del primo tentativo (31 agosto e 2 settembre 2016) tutti gli altri deputati votarono contro. Nella prima votazione del secondo tentativo (27 ottobre 2016) la situazione si è ripetuta identica e solo nella seconda votazione del secondo tentativo (29 ottobre 2019) l'astensione di una parte dei deputati socialisti ha fatto sì che il candidato ottenesse la maggioranza relativa.

<sup>69</sup> Si v. in proposito VIDAL PRADO, *Sfiducia costruttiva in Spagna?*, in *DPCE on line*, 2018, 1263 ss. e F. LONGO, *La sfiducia costruttiva in Spagna: regole e regolarità nella forma di governo parlamentare, a partire dall'avvicendamento Rajoy-Sánchez*, in *DPCE on line*, 2018, 1267 ss.

<sup>70</sup> Si tratta di *Esquerra Republicana de Catalunya* e del *Partido Demócrata Europeo Catalán* che contavano rispettivamente 9 e 8 deputati.

<sup>71</sup> Sulle vicende della XIII legislatura v. FROSINA, *La mancata investitura di Sánchez e il ricorso a nuove elezioni. Crisi e cambiamenti del sistema partitico e della forma di governo*, in *Nomos*, n. 2, 2019.

versi all'estremo opposto rispetto a quello tedesco. Un alto indice di disproporzionalità a cui corrispondono governi tutt'altro che stabili. Ma se la fugacità dei governi può essere in qualche modo una caratteristica del sistema, ciò che invece pare essere emerso in questo ultimo decennio è la fuga dei cittadini dalle istituzioni. Una fuga che sembra testimoniata, da un lato, dall'enorme astensionismo, e, dall'altro, dalle sempre più frequenti tensioni sociali di cui i *gilets jaunes* sono certo l'espressione più visibile ma non certo unica.

Tra questi due estremi si situano i casi italiano e spagnolo che hanno un indice di disproporzionalità abbastanza simile, ma presentano, nel periodo osservato, dinamiche non del tutto assimilabili tra loro. In Italia la fine del bipolarismo tendenziale sancita dalle elezioni del 2013 sembra essere stata assorbita anche se i segnali di una crisi restano evidenti: l'aumento dell'astensionismo, lo sfilacciamento dei partiti e il ritardo con cui sono nati i primi governi della XVII e XVIII legislatura. Non manca però anche qualche nota positiva quale la trasformazione, nel giro di una legislatura, del Movimento 5 Stelle da partito antisistema<sup>72</sup> a partito pienamente coinvolto nelle dinamiche della democrazia rappresentativa.

In Spagna invece la fine del bipartitismo di fatto, a cui va aggiunta l'evoluzione in senso indipendentista della situazione catalana<sup>73</sup>, ha determinato un vero e proprio ciclone politico-costituzionale. Per limitarsi agli eventi principali, in questi anni ci sono state ben due legislature in cui è risultato impossibile trovare una maggioranza che appoggiasse un governo, il primo caso di mozione di sfiducia con esito positivo, i primi casi di governi che hanno ottenuto la fiducia a maggioranza relativa. Sarebbe sbagliato ricondurre questa differenza tra la situazione italiana e quella spagnola ad un'unica ragione. Di certo però la diversa attitudine delle forze politiche a negoziare e delle opinioni pubbliche ad accettare gli effetti di quei negoziati hanno avuto un ruolo non secondario.

Prima di terminare queste poche righe di conclusione occorre fare un cenno a fattore economico con cui queste pagine si sono aperte. I tre parametri osservati restituiscono un'immagine abbastanza chiara: un Paese in ottima

---

<sup>72</sup> L'inclusione tra i partiti antisistema è di CECCANTI - CURRERI, *I partiti antisistema nell'esperienza italiana: il Movimento 5 Stelle come partito personale autoescluso*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2015, 799 ss.

<sup>73</sup> Già prima dei fatti del 2017 in Catalogna si è molto accentuato il peso delle forze indipendentiste che, ovviamente, trovano uno spazio non trascurabile in Congresso e con le quali risulta molto difficile - se non impossibile - stipulare accordi politici sia per i popolari che per i socialisti.

salute economica come la Germania, uno in una situazione meno brillante ma comunque più che positiva come la Francia, mentre l'Italia e ancor più la Spagna mostrano i segni duraturi della crisi.

Fermo restando l'influenza che le ragioni economiche da sempre hanno sulle vicende politiche - a maggior ragione negli ordinamenti democratici - c'è da chiedersi in che misura questa influenza si sia fatta sentire.

La favorevole situazione tedesca e francese fa credere che l'influenza sulla situazione politica sia stata ridotta. Non è un caso che i già citati *gilets jaunes* nascono come movimento contro l'aumento del prezzo dei carburanti ma allargano ben presto la rivendicazione a profili istituzionali. Non solo chiedono, ed è per molti versi scontato, le dimissioni del Presidente della Repubblica, ma chiedono di partecipare alle scelte. Una partecipazione però tutta esterna al circuito partitico rappresentativo (referendum di iniziativa popolare sia per l'abrogazione di leggi che per la modifica della Costituzione e la creazione di un'assemblea popolare i cui membri sarebbero da estrarre a sorte)<sup>74</sup>.

Per quel che invece riguarda la situazione italiana e spagnola, indubbiamente la crisi economica ha sicuramente svolto un ruolo non secondario in quei processi politici visti sopra di sfaldamento del sistema politico preesistente.

L'impressione è che ci sia una generalizzata crisi della rappresentanza politica (ma non solo) che coinvolge molti paesi occidentali. Questa crisi è decisamente meno avvertibile qualora la situazione economica sia buona e l'istituzione parlamentare garantisca una buona rappresentatività (Germania), si manifesti in modo più accentuato in quei casi in cui la crisi economica abbia inciso in modo più rilevante (Italia e Spagna) ma diventi invece deflagrante in situazioni anche economicamente buone ma in cui l'istituzione parlamentare non è sentita come rappresentativa. In questo quadro, a maggior ragione quando un Paese vive una situazione economica non brillante, la rappresentatività dei Parlamenti - e quindi la bassa disproporzionalità delle leggi elettorali - diventa un elemento essenziale se non si vuole rischiare, indebolendo la rappresentatività del parlamento, di mettere in crisi l'assetto stesso dello Stato democratico contemporaneo.

---

<sup>74</sup> Sull'atteggiamento del movimento di fronte alla democrazia rappresentativa cfr. R. LEFEBVRE, *Les Gilets jaunes et les exigences de la représentation politique*, in *La vie des idées*, 10-9-2019 disponibile all'url <https://laviedesidees.fr/Les-Gilets-jaunes-et-les-exigences-de-la-representation-politique.html>



## I RITARDI NELL'ISTITUZIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE E I RISCHI PER LA GIOVANE DEMOCRAZIA TUNISINA<sup>°</sup>

**Nicola Vizioli**

*Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico,  
Università degli Studi di Siena*

*Il saggio fa il punto sullo stato di attuazione della Costituzione tunisina per quel che riguarda la Corte costituzionale, organo essenziale nelle fasi di passaggio da un regime autoritario ad uno democratico-costituzionale. In particolare si sofferma ad analizzare la legge organica 2015-50 che, anche se va giudicata positivamente nel suo complesso, su alcuni profili specifici mostra delle serie criticità. Tra questi ultimi figurano le norme riguardanti l'elezione dei membri della Corte che hanno avuto un ruolo anche nella sua mancata istituzione.*

*The essay examines the progress on implementing the Tunisian Constitution as regards the Constitutional Court, which plays a crucial role in the phases of transition from an authoritarian to a democratic-constitutional regime. In particular, it focuses on the organic law n. 2015-50 that, even if to be judged positively as a whole, still shows serious critical issues on some specific profiles. Among these latter, one should consider the rules concerning the election of the members of the Court, which occurred to play a role in its non-creation.*

### **Sommario:**

1. Premessa
2. Le disposizioni generali
3. La composizione della Corte
4. Le garanzie e gli obblighi dei componenti della Corte costituzionale
5. L'organizzazione e il funzionamento della Corte
6. Le competenze della Corte costituzionale
  - 6.1. Il controllo di costituzionalità delle revisioni costituzionali
  - 6.2. Il controllo di costituzionalità dei trattati internazionali
  - 6.3. Il controllo di costituzionalità dei progetti di legge
  - 6.4. Il controllo di costituzionalità delle leggi
  - 6.5. Il controllo di costituzionalità del regolamento interno dell'ARP
7. Le altre competenze della Corte costituzionale
  - 7.1. La destituzione del Presidente della Repubblica
  - 7.2. La constatazione della vacanza della Presidenza della Repubblica
  - 7.3. Il giuramento del Presidente della Repubblica
  - 7.4. Lo stato di eccezione
  - 7.5. I conflitti tra il Presidente della Repubblica e il Capo del governo
8. La mancata elezione dei membri della Corte
9. Conseguenze della mancata istituzione della Corte

---

<sup>°</sup> Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

## 1. Premessa

È opinione diffusa tra i commentatori e in dottrina che quello tunisino sia l'unico ordinamento in cui la stagione delle cosiddette primavere arabe possa considerarsi conclusa con un successo. Un'opinione sicuramente condivisibile, ma che oggi appare meno evidente di quanto fosse pochi anni fa.

Questa parzialmente mutata percezione è la conseguenza di un convergere di ragioni molto diverse tra loro.

Sicuramente un grosso impatto lo ha avuto il fattore economico. Dalla fuga di Ben Ali avvenuta nel gennaio 2011 il prodotto interno lordo, dopo una piccola flessione, aveva ripreso la crescita che aveva caratterizzato gli ultimi anni del regime toccando nel 2014 - l'anno di approvazione della Costituzione - il picco di 47,63 miliardi di dollari<sup>1</sup>. Gli attentati terroristici avvenuti nella prima metà del 2015 hanno però colpito duramente il comparto turistico<sup>2</sup>, che costituisce uno dei settori trainanti dell'economia tunisina, determinando un calo notevole del PIL<sup>3</sup>. A preoccupare ulteriormente sono le notevolissime disparità su base geografica che vedono da un lato le zone del paese a forte vocazione turistica, che presentano indicatori non certo brillanti ma accettabili, e dall'altro quelle interne, i cui dati sono decisamente preoccupanti.

A questi profili economici se ne aggiungono altri più spiccatamente politici. Le elezioni, comprese quelle presidenziali, hanno visto un alto tasso di astensionismo e le elezioni legislative, che si svolgono in base ad una legge proporzionale, hanno restituito una forte frammentazione della rappresentanza politica in seno all'Assemblea dei rappresentanti del popolo (di seguito ARP)<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Secondo i dati della Banca mondiale il PIL era cresciuto moltissimo passando dai 32,27 miliardi di dollari del 2005, arrivando a 45,81 del 2011. Dopo la flessione del 2012 (45,04) aveva ripreso il suo *trend* crescente.

<sup>2</sup> Ci riferiamo agli attentati del 18 marzo 2015 al Museo del Bardo (24 morti - di cui 21 turisti stranieri - e 45 feriti) e del 26 giugno 2015 a Susa (39 morti - di cui 38 turisti stranieri - e altrettanti feriti).

<sup>3</sup> Nel 2015 il PIL è calato di circa il 10% rispetto all'anno precedente fermandosi a 43,17 miliardi di dollari e la discesa è continuata anche successivamente sia pure ad un ritmo inferiore (41,8 miliardi nel 2016 e 39,81 nel 2017)

<sup>4</sup> Nelle elezioni del 2014 sono entrati in Parlamento i rappresentanti di 18 diverse liste e nel 2019 le liste rappresentate sono salite a 31. Però mentre nel 2014 ben due liste avevano superato il 30% dei seggi (Nidaa Tounes con il 39,63% e Ennahdha con il 31,79%), nel 2019 le liste più rappresentate si sono fermate al 23,96% dei seggi (Ennahdha) e al 17,51% (Au coeur de la Tunisie).

Ultimo profilo che rende incerto il futuro della giovane democrazia tunisina riguarda l'attuazione costituzionale. Se in alcuni settori si è proceduto in modo più spedito, molto resta da fare per l'istituzione di una serie di organismi di garanzia indipendenti dal potere politico. Ci riferiamo alla Corte costituzionale (artt. 118-124 Cost.), al Consiglio superiore della magistratura (artt. 112-114 Cost.) e a cinque istanze costituzionali indipendenti<sup>5</sup> (art. 125-130 Cost.): l'Istanza superiore indipendente per le elezioni (art. 126 Cost.), l'Istanza della comunicazione audiovisuale (art. 127 Cost.), l'Istanza dei diritti dell'uomo (art. 128 Cost.), l'Istanza dello sviluppo sostenibile e dei diritti delle generazioni future (art. 129 Cost.) e l'Istanza del buon governo e della lotta alla corruzione (art. 130 Cost.).

Di queste ultime Istanze ad oggi effettivamente risulta istituita solo l'Istanza superiore indipendente per le elezioni la cui legge organica (la n. 2012-23 del 20 dicembre 2012) fu approvata dalla stessa Assemblea nazionale costituente (ANC) ancor prima dell'approvazione della Costituzione<sup>6</sup>. Per l'Istanza dei diritti dell'uomo, quella dello sviluppo sostenibile e dei diritti delle generazioni future e quella del buon governo e della lotta alla corruzione sono state approvate le necessarie leggi organiche<sup>7</sup>, ma gli organi non si sono ancora insediati.

Discorso diverso è quello che va fatto per la Corte costituzionale. L'estrema importanza del ruolo che essa è chiamata a svolgere era ben presente al costituente e lo si coglie bene da una serie di norme contenute nell'art. 148 Cost. Da un lato, infatti il costituente aveva previsto che, in attesa dell'inizio dei lavori della Corte costituzionale, nei tre mesi successivi all'entrata in vigore della Costituzione venisse creata una «*Instance provisoire chargée du contrôle de constitutionnalité des projets de loi*»<sup>8</sup> (di seguito Istanza provvisoria) formata da sei membri<sup>9</sup> e con il limitato compito, evidente

---

<sup>5</sup> Su queste Istanze v. TOUIR, *Les organes constitutionnels indépendants dans la Constitution. Bien-fondés politiques, processus de création et horizon*, in *La Constitution de la Tunisie. Processus, principes et perspectives*, Tunis, 2016, 577 ss.

<sup>6</sup> L'Istanza ha poi iniziato i suoi lavori nel 2014.

<sup>7</sup> Si tratta, rispettivamente, delle leggi organiche nn. 2018-51 del 29 ottobre 2018, 2019-60 del 9 luglio 2019 e 2017-59 del 24 agosto 2017. A queste bisogna aggiungere la legge organica 2018-47 del 7 agosto 2018 «recante disposizioni comuni alle istanze costituzionali indipendenti». Invece per l'Istanza della comunicazione audiovisuale manca ancora la legge organica.

<sup>8</sup> Sull'Istanza provvisoria v. il contributo di uno dei membri dell'organo: CHIKHAOUI-MAHDAOUI, *Le rôle de l'Instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets de loi en période de transition*, in *Sorbonne Student Law Review*, v. 2, n. 1, 2019, 39 ss.

<sup>9</sup> Si tratta di tre membri di diritto - il Primo Presidente della Corte di Cassazione (che è anche Presidente dell'Istanza provvisoria), il Primo Presidente del Tribunale amministrativo e il Primo Presidente della Corte dei conti - e di tre altri giuristi designati uno ciascuno dal

sin dal nome, di effettuare un controllo a priori sulle leggi. L'intento del costituente era chiaro: evitare che, in attesa della Corte costituzionale, il Parlamento approvasse leggi - soprattutto quelle di attuazione della Costituzione - che fossero in contrasto con la Costituzione stessa. Dall'altro lato, aveva previsto tempi brevi per l'entrata in funzione del Consiglio superiore della magistratura (indispensabile per il funzionamento del Corte costituzionale, visto che ad esso spetta la nomina di un terzo dei membri) e della Corte costituzionale: sei mesi per il primo e dodici per la seconda decorrenti dalla data di svolgimento delle prime elezioni parlamentari.

Invece la legge organica riguardante il Consiglio superiore della magistratura (n. 2016-34 del 28 aprile 2016) ha avuto un *iter* molto travagliato<sup>10</sup> e il Consiglio ha potuto iniziare i suoi lavori solo nell'aprile 2017, vale a dire due anni dopo il termine previsto dall'art. 148, c. 5 Cost.

Nelle pagine che seguono faremo il punto sull'attuazione della fonte suprema limitatamente alla Corte costituzionale<sup>11</sup>. In questa ottica è inevitabile che gran parte del testo sia dedicata all'esame della legge organica n. 2015-50 del 3 dicembre 2015<sup>12</sup>. Seguirà poi un breve resoconto delle vicende successive che riguardanti la mancata elezione dei membri di nomina parlamentare e, infine, concluderemo con alcune brevi considerazioni sull'impatto che l'ormai relevantissimo ritardo nella messa in opera dell'organo ha comportato e comporta per la giovane democrazia tunisina.

---

Presidente dell'Assemblea Nazionale Costituente, dal Presidente della Repubblica e dal Capo del governo.

<sup>10</sup> Per ben due volte l'Istanza provvisoria ha ritenuto che il progetto di legge approvato dal Parlamento fosse in contrasto con le norme costituzionali.

<sup>11</sup> Sulle disposizioni costituzionali riguardanti la Corte v. AKACHA, *La juridiction constitutionnelle dans la nouvelle Constitution tunisienne*, in BEN ACHOUR (a cura di), *Les nouvelles constitutions arabes: Tunisie, Maroc, Egypte*, Tunis, 2015, 157 ss.; LAGHMANI, *La Cour constitutionnelle*, in *La Constitution de la Tunisie. Processus, principes et perspectives*, cit., 2016, 401 ss.; PHILIPPE, *Contrôle juridictionnel et Cour constitutionnelle dans la Constitution*, in *La Constitution de la Tunisie. Processus, principes et perspectives*, cit., 541 ss.; RUIZ RUIZ, *Justicia constitucional transicional y jurisdicción constitucional en la Constitución tunecina de 2014*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, n. 19, 2016 e VIZIOLI, *Le garanzie giurisdizionali: il ruolo della Corte costituzionale*, in T. GROPPI - I. SPIGNO (a cura di), *Tunisia. La primavera della Costituzione*, Roma, 2015, 174 s. Per un quadro più generale riguardante il contesto nordafricano e mediorientale v. F. BIAGI, *La giustizia costituzionale in Nord Africa e Medio Oriente in seguito alle primavere arabe*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 645 ss.

<sup>12</sup> Sulla legge organica si v. anche DEMOCRACY REPORTING INTERNATIONAL, *La Cour Constitutionnelle tunisienne. Analyse de la physionomie de l'institution après l'adoption de la Loi organique du 3 décembre 2015*, Berlin-Tunis, 2016.

La grande rilevanza che ha la legge organica non deve però farci dimenticare che il quadro normativo risulta ancora incompleto. Sicuramente per la mancanza di un regolamento interno, che ovviamente dovrà essere approvato dalla Corte stessa e quindi sarà successivo alla sua istituzione. Non solo: secondo l'art. 124 Cost. «*la loi fixe l'organisation de la Cour constitutionnelle, les procédures suivies devant elle, ainsi que les garanties dont bénéficient ses membres*» e la mancata individuazione del tipo di legge a cui fa riferimento la riserva dell'art. 124 potrebbe aprire uno spazio anche per l'intervento di una legge ordinaria. Tale conclusione si ricava dall'art. 65 Cost., che elenca le materie riservate ai due tipi di legge. Gli aspetti organizzativi sono riservati alla legge organica in quanto rientranti nell'«*organisation de la justice et de la magistrature*»; quelli procedurali sono invece inquadrabili tra le «*procédures devant les différentes catégories de juridictions*», per le quali è invece prevista la legge ordinaria. Anche se il capitolo IV della legge organica riguarda «*compétences de la Cour constitutionnelle et procédures suivies devant la Cour*», residuano molti rilevanti aspetti procedurali che non sono stati disciplinati (come, ad esempio, la costituzione delle parti e lo svolgimento delle udienze) e sui quali resta da definire la ripartizione di competenza e, più in generale, il rapporto tra una eventuale legge ordinaria e regolamento interno della Corte.

## 2. Le disposizioni generali

Il Capitolo I della legge dedicato alle «Disposizioni generali» è composto da sei articoli, che, come avviene in molte altre disposizioni della stessa legge, in parte sono riproduttivi di norme costituzionali e in parte recano novità normative su cui è opportuno fare qualche breve osservazione.

Tra le novità rientra la previsione, nell'art. 4, di un regolamento interno. A dire il vero una potestà regolamentare della Corte poteva anche essere considerata come costituzionalmente implicita visto il ruolo di organo costituzionale della Corte stessa, ma è fuor di dubbio che l'esplicita previsione da parte della legge organica elimina qualunque margine di incertezza circa tale competenza normativa della Corte.

Diverso invece è il discorso per quel che concerne sia l'ambito normativo oggetto del regolamento che le modalità di approvazione. Per quel che riguarda il primo aspetto, la mancata individuazione di limiti competenziali permetterà alla Corte, nel rispetto delle previsioni costituzionali e legislative, di riempire i vuoti già evidenti e quelli che emergeranno in un secondo

momento e che non necessariamente concernono aspetti esclusivamente interni alla Corte<sup>13</sup>.

Per quel che invece riguarda il procedimento, l'unica previsione legislativa è quella che prevede la necessità della sua pubblicazione sia sul *Journal Officiel de la République* che sul sito internet della Corte. Nulla è invece detto sulla fase dell'approvazione e, in particolare, sulla maggioranza necessaria, anche se sembra logico ritenere che il regolamento interno vada approvato a maggioranza assoluta. Fanno concludere in tal senso non solo le esperienze di altri ordinamenti o il parallelismo con la previsione costituzionale riguardante il regolamento interno del Parlamento (art. 52, c. 2 Cost.), ma soprattutto l'art. 5 della legge organica che, pur non riferendosi al regolamento, prevede come regola generale che le determinazioni della Corte («*decisions*» e «*avis*») siano prese a maggioranza assoluta salvo le eccezioni esplicitamente previste.

La distinzione tra decisioni e pareri, alla quale si riferisce l'art. 5, si presta a qualche osservazione critica. Essa è infatti assente nella Costituzione, che si riferisce alle pronunce della Corte usando sempre il termine «*decision*». La legge connota come *avis* le sole pronunce riguardanti l'eventuale superamento dei limiti alla revisione costituzionale da parte di una legge costituzionale (art. 41 l.o.). Tuttavia, la distinzione sembra non aver ragioni d'essere perché lo stesso art. 5 l.o. prevede un identico regime giuridico: sia le decisioni che i pareri devono essere adottati a maggioranza assoluta (tranne eccezioni) e motivati (c. 1); entrambi i tipi di atti sono resi in nome del popolo e devono essere pubblicati entro quindici giorni sul *Journal Officiel de la République Tunisienne* (c. 2) così come debbono essere pubblicati sul sito internet della Corte (c. 3); infine sia le decisioni che i pareri «vincolano tutti i poteri» (c. 4).

Particolarmente problematica è la previsione generale della maggioranza assoluta di cui si è appena fatto cenno. A tal proposito, la Costituzione si limita, all'art. 121, c. 1, a prevedere una tale maggioranza per i ricorsi preventivi contro le leggi (*recours en inconstitutionnalité*) e quella dei due terzi per i giudizi sul Presidente della Repubblica per «*violation grave de la Constitution*» (art. 88).

Già la scelta dell'art. 121, c. 1 Cost. era apparsa poco felice e, a maggior ragione, suscita perplessità l'aver esteso questa maggioranza a tutte le competenze delle Corte (ad eccezione, oltre che della competenza di cui all'art. 88 Cost., della constatazione della vacanza definitiva della carica del

---

<sup>13</sup> L'art. 6, c. 2 prevede, ad es., l'intervento del regolamento interno per fissare «*les procédures et modalités de présentation de demandes*» con cui chi vi ha interesse può chiedere alla Corte sia la correzione di errori materiali che il chiarimento su aspetti poco chiari di una sua pronuncia.

Presidente della Repubblica, per la quale è ugualmente prevista, dall'art. 70 l.o., la maggioranza dei due terzi).

Il quadro sembra nel complesso problematico. Se da un lato, l'equiparazione del giudizio in via incidentale con quello preventivo può avere un senso in ragione del fatto che si tratta comunque di un giudizio su delibere legislative<sup>14</sup>, dall'altro non si comprende il perché la constatazione della vacanza provvisoria debba avvenire a maggioranza assoluta (art. 5, c. 1 l.o.) e invece quello della vacanza definitiva richieda la maggioranza dei due terzi (art. 70 l.o.). Se infatti gli effetti sono diversi, il tipo di accertamento è del tutto identico.

Ben più grave è però l'applicazione dell'art. 5, c. 1 al caso in cui la Corte è chiamata a risolvere «*les conflits de compétence entre le Président de la République et le Chef du Gouvernement*» (art. 101 Cost.). In tale situazione il mancato raggiungimento della maggioranza assoluta (dovuto ad una situazione di parità o anche alla partecipazione al giudizio solo di una parte dei membri della Corte) dovrebbe quindi portare al rigetto della domanda dell'attore, ma questo comporta effetti paradossali in quanto l'esito del giudizio dipende dal soggetto che lo promuove. In altre parole, se la competenza ad emanare un certo atto è controversa, c'è il concreto rischio che la Corte respinga sia il ricorso del Presidente contro un eventuale atto del Capo del governo che quello del Capo del governo contro un eventuale atto presidenziale.

Sul punto è quindi indispensabile che prima o poi il legislatore intervenga nuovamente soprattutto per disciplinare il caso in cui il voto all'interno della Corte risulti essere in parità. Infatti, mentre inizialmente il progetto di legge organica prevedeva la prevalenza del voto del Presidente, tale previsione è stata successivamente eliminata<sup>15</sup>. Tale eliminazione rende difficile ritenere che uno spazio in materia possa essere occupato dal regolamento interno, potendosi ricavare dai lavori preparatori una chiara volontà del legislatore in senso contrario alla prevalenza del voto del Presidente.

Infine, come ultima notazione sul punto, val la pena di rilevare che la richiesta della maggioranza assoluta mal si concilia con la previsione secondo

---

<sup>14</sup> A rigore non si tratta di un'equiparazione logicamente necessitata. Il giudizio in via preventiva infatti riguarda un testo appena approvato e sulla cui applicazione concreta si possono fare solo ipotesi. Il giudizio incidentale invece riguarda leggi approvate anche molti anni prima, su cui si è formato anche un diritto giurisprudenziale vivente e di cui più facilmente possono apprezzarsi gli effetti.

<sup>15</sup> L'art. 5 della bozza esaminata dalla Commissione di Venezia prevedeva in caso di parità la prevalenza del voto del Presidente. La norma, che stante la regola della maggioranza assoluta mai avrebbe trovato applicazione, è stata poi espunta.

cui «l'udienza si tiene validamente solo in presenza della maggioranza dei membri della Corte» (art. 37 l.o.). Un *quorum* strutturale così basso - addirittura inferiore a quello necessario per decidere sia della violazione grave della Costituzione da parte del Presidente che dell'accertamento dell'impedimento permanente dello stesso Capo di Stato - costringerebbe la Corte, nell'ipotesi di una minima partecipazione dei giudici al giudizio, a decidere all'unanimità.

Un'altra delle disposizioni generali degna di nota è quella che prevede la redazione da parte della Corte di un rapporto annuale che viene trasmesso al Presidente della Repubblica, al Capo del governo e al Presidente dell'ARP e pubblicato sia sul *Journal Officiel de la République* che sul sito internet della Corte (art. 3). La decisione di rendere obbligatoria la pubblicazione del rapporto anche sul sito web della Corte, va intesa come l'espressione di una necessità di informare i cittadini che è caratteristica dello Stato democratico. Stante l'indipendenza della Corte - prevista in Costituzione e ribadita dall'art. 1 della legge organica - lo stesso fine informativo caratterizza la trasmissione del rapporto alle principali cariche dello Stato per le quali il rapporto costituirà uno strumento di grande importanza per valutare la necessità o l'opportunità di procedere a eventuali modifiche normative che consentano un migliore funzionamento della giustizia costituzionale. Alla stessa necessità di rendere conoscibile al più ampio numero di soggetti l'attività della Corte vanno ascritti anche gli obblighi di pubblicazione sul suddetto sito web del regolamento interno della Corte (art. 4) e di tutte le sue pronunce (art. 5, c. 3).

Sempre tra le disposizioni generali è poi da segnalare quella che fissa la sede della Corte nella capitale ma aggiunge che essa potrà, in caso di circostanze eccezionali, riunirsi anche in un luogo diverso purché sul territorio dello Stato<sup>16</sup> (art. 2).

Un'ultima disposizione degna di nota è quella che consente a chiunque ne abbia interesse di chiedere sia la correzione di errori materiali che «il chiarimento di quanto vi è di ambiguo nei suddetti pareri e decisioni» (art. 6 l.o.). Quest'ultimo profilo può essere considerato un implicito invito alla Corte a rendere del tutto chiare e trasparenti le motivazioni, che in base agli artt.

---

<sup>16</sup> La Costituzione contiene norme del tutto identiche riguardanti l'Assemblea dei rappresentanti del popolo (art. 51) e il Presidente della Repubblica (art. 73). Una norma simile è altresì prevista dall'art. 2, c. 2 della legge organica n. 2014-14 istitutiva dell'Istanza provvisoria.

121, c. 2 e 123, c. 1 Cost. e all'art. 5, c. 1 l.o. costituiscono parte integrante delle sue pronunce<sup>17</sup>.

### 3. La composizione della Corte

La Corte costituzionale tunisina è composta da dodici giudici, secondo quanto previsto dall'art. 118 della Costituzione. Per quel che riguarda la scelta dei giudici, la Costituzione prevede che quattro vengano scelti dal Parlamento, quattro dal Consiglio Superiore della Magistratura e i restanti quattro dal Presidente della Repubblica. Come avviene nell'esperienza francese, il costituente ha previsto che essi restino in carica per un mandato di nove anni e non siano rieleggibili (art. 118, c. 2); inoltre, ogni tre anni si procede a un rinnovo di un terzo dei membri (art. 118, c. 3).

Per quel che riguarda la composizione della Corte, il principale profilo problematico resta la possibilità che tre dei dodici membri (uno eletto dall'ARP, uno dal CSM e uno dal Presidente della Repubblica) siano scelti tra non giuristi. La disposizione solo apparentemente sembra risentire del modello francese<sup>18</sup>; in realtà si tratta di una norma molto discussa e che è stata inserita in Costituzione per volontà del partito islamico Ennahdha e che potrebbe consentire la presenza di una componente religiosa in seno alla Corte.

In merito ai requisiti di cui devono essere in possesso i dodici membri della Corte, la Costituzione si limita a prevedere che essi debbano essere «*choisis*

---

<sup>17</sup> La Costituzione nel richiedere la motivazione si riferiva alle sole pronunce riguardanti la legittimità costituzionale degli atti normativi, mentre la legge riguarda in generale tutte le pronunce della Corte. In effetti la necessità della motivazione per qualunque pronuncia era forse già ricavabile implicitamente dal testo costituzionale che ha inserito la Corte costituzionale all'interno del Capitolo V riguardante il potere giurisdizionale e l'ha definita, all'art. 118, c. 1, «*instance juridictionnelle indépendante*» (locuzione poi ripresa dall'art. 1 della l.o.). Comunque bene ha fatto la legge a prevederlo per evitare equivoci riguardanti quelle competenze che si pongono ai margini di un'attività giurisdizionale in senso stretto quali, ad esempio, la constatazione della vacanza (provvisoria o definitiva) della carica di Presidente della Repubblica.

<sup>18</sup> L'esperienza francese è, sotto questo profilo, un *unicum* nelle esperienze di giustizia costituzionale in quanto ai membri del Consiglio costituzionale non è richiesta alcuna competenza giuridica. Se però si escludono gli ex Presidenti della Repubblica (che ne fanno parte di diritto), secondo J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 2010, 165, almeno 53 dei 69 membri designati nel periodo 1959-2010 (ossia il 76% del totale) sono da considerare giuristi.

*parmi les personnes compétentes, dont les trois-quarts sont des spécialistes en droit et ayant une expérience d'au moins vingt ans».*

La legge organica all'art. 8 prevede ulteriori requisiti richiesti a tutti i membri e poi, all'articolo successivo, requisiti distinti per i membri specializzati in diritto e per quelli che non lo sono.

Tra i requisiti dell'art. 8, oltre a quelli già costituzionalizzati, è richiesto il possesso della cittadinanza tunisina da almeno cinque anni, il godimento dei diritti civili e politici, l'aver compiuto il quarantacinquesimo anno di età<sup>19</sup>, l'indipendenza, imparzialità e integrità, non aver mai subito condanne per reati dolosi (*infractions intentionnelles*).

Se questi requisiti sono complessivamente condivisibili e anche per certi versi scontati - basti pensare al godimento dei diritti civili e politici -, non lo stesso si può dire per altri due requisiti richiesti dall'art. 8 l.o.

Il primo riguarda la necessità di non aver subito sanzioni di carattere disciplinare; da un lato il requisito sembra fin troppo severo perché tali sanzioni potrebbero riguardare comportamenti anche molto lontani nel tempo e potrebbero discendere da condotte certo considerate negative dall'ordinamento, ma che potrebbero anche essere di lieve o addirittura lievissima entità; dall'altro lato esso potrebbe introdurre un elemento di grave diseguaglianza in ragione della diversa provenienza professionale dei potenziali membri della Corte.

Ancora più severo appare poi il secondo requisito ovvero il «*n'avoir occupé aucune responsabilité partisane centrale, régionale ou locale ou ne pas avoir été candidat d'un parti ou d'une coalition aux élections Présidentielles, législatives ou locales depuis dix ans avant sa nomination à la Cour constitutionnelle*»<sup>20</sup>. Le perplessità riguardano, da un lato, il trattamento indifferenziato tra esperienze diversissime tra loro, quali la candidatura alle elezioni presidenziali e l'aver ricoperto incarichi anche non elettivi a livello locale e, dall'altro, l'eccessiva lunghezza del termine temporale. Fermo restando che i giudici costituzionali devono mostrarsi indipendenti nei confronti dei partiti politici - e l'indipendenza è comunque requisito che, come si è detto, è richiesto esplicitamente dalla legge organica - è anche vero che una certa sensibilità politica non solo è normale per i giudici

---

<sup>19</sup> La Commissione di Venezia ha ritenuto eccessivo tale limite di età ma ha anche rilevato che esso ha una scarsa incidenza poiché la stessa Costituzione richiede che essi abbiano un'esperienza ventennale.

<sup>20</sup> Meno stringente era la dizione prevista nella bozza della legge organica esaminata dalla Commissione di Venezia che richiedeva solo di «*ne pas être adhérent d'aucun parti politique depuis pas moins de dix ans*».

costituzionali, ma è altresì auspicabile<sup>21</sup>. Inoltre, se tale requisito è volto a garantire una certa distanza tra i giudici e i partiti politici, non risulta del tutto coerente con il procedimento, su cui torneremo più avanti, che prevede per i giudici di nomina parlamentare un sistema di liste redatte dai singoli partiti.

Sono invece scomparsi dal testo della legge altri due profili ostativi che erano presenti nel disegno di legge che era stato sottoposto all'esame della Commissione di Venezia.

Si tratta di quelli che riguardavano l'essere stato membro del *Conseil constitutionnel*<sup>22</sup> e dell'Istanza provvisoria. In verità tale ultimo requisito - già oggetto di critiche della Commissione di Venezia che aveva sottolineato il positivo contributo che i membri dell'Istanza provvisoria avrebbero potuto portare alla Corte in termini di esperienza - non è del tutto scomparso, ma ne è stata ridotta la portata temporale. Infatti, in base all'art. 77, c. 2 l.o., il divieto è limitato alla prima nomina dei membri della Corte e già dal primo rinnovo parziale - su cui torneremo in seguito - essi possono entrare a far parte dell'organo.

Per quel che riguarda i requisiti professionali, l'art. 9 individua quattro possibili categorie di giuristi: a) «*les enseignants chercheur des universités depuis au moins vingt ans*» che abbiano altresì «*au moins le grade de professeur d'enseignement supérieur*»; b) i magistrati da oltre vent'anni facenti parte dei più alti gradi della magistratura; c) gli avvocati che esercitino da almeno venti anni e che siano abilitati al patrocinio davanti alla Corte di cassazione; d) coloro che abbiano un'esperienza almeno ventennale nel settore giuridico purché titolari del titolo di dottore di ricerca in materie giuridiche o un titolo ad esso equivalente<sup>23</sup>.

Per i candidati non giuristi l'art. 9, c. 2 richiede invece solo il possesso del titolo di dottore di ricerca o di un titolo equivalente fermi restando, ovviamente, i requisiti di cui all'art. 8 ivi compresa l'esperienza ventennale.

Vista l'assoluta varietà delle professionalità dei non giuristi, era obiettivamente difficile prevedere un requisito generale che fosse applicabile a tutti. Detto ciò, va comunque sottolineato che, sia per i non giuristi che per la quarta categoria dei giuristi, la legge lascia ampi margini di incertezza circa

---

<sup>21</sup> Si veda sul punto il par. 17 dell'*Avis sur le projet de loi organique relative à la Cour constitutionnelle de la Tunisie* adottato dalla Commissione di Venezia nella sua 104 sessione plenaria (23-24 ottobre 2015)

<sup>22</sup> Si tratta dell'organo che avrebbe dovuto garantire la costituzionalità delle leggi sotto il precedente regime autoritario. Di fatto però si trattava di un organo sostanzialmente politico.

<sup>23</sup> Questa ultima categoria di giuristi è, di fatto, l'equivalente professionale di quanto previsto dall'art. 9, c. 2 l.o. per i membri non giuristi.

l'individuazione dei titoli equivalenti al dottorato (pensiamo, ad esempio, per i non giuristi ai titoli rilasciati dalle istituzioni di carattere religioso).

Riguardo alle modalità di scelta dei giudici, non costituisce una novità rispetto al testo costituzionale il sintetico art. 13, sulle nomine spettanti al Presidente della Repubblica. Del resto, trattandosi di una scelta affidata esclusivamente alla volontà di un organo monocratico, non erano necessarie specificazioni ulteriori.

Radicalmente opposto è invece il discorso circa gli altri otto membri della Corte. In questo caso l'assenza di specifiche previsioni costituzionali - basti pensare all'assenza di norme sulle maggioranze necessarie all'elezione - rendeva indefettibile l'intervento legislativo sul punto.

Per quel che riguarda la maggioranza necessaria per l'elezione dei giudici da parte dell'ARP, l'art. 10 l'ha fissata nei due terzi degli aventi diritto che, se da un lato consente di evitare che i giudici vengano scelti dalle sole maggioranze governative, dall'altro ha reso, come avremo modo di vedere, particolarmente problematico il raggiungimento dei consensi necessari all'elezione. Una maggioranza lievemente più bassa, quale ad es. quella dei tre quinti, potrebbe rendere più agevole l'elezione senza per questo lasciare la scelta alla sola maggioranza politica.

Circa il procedimento previsto per l'elezione (art. 11), è stabilito che ogni gruppo parlamentare (o un insieme di parlamentari non appartenenti a nessun gruppo ma la cui consistenza numerica permetterebbe loro di costituirsi in gruppo parlamentare<sup>24</sup>) può proporre una lista di quattro nomi di cui almeno tre siano giuristi. Se dopo tre votazioni (a scrutinio segreto) il Parlamento non ha eletto tutti i giudici, i partiti o gruppi di parlamentari presentano nuove liste composte da un numero di membri pari a quelli che restano da eleggere. Tale procedimento ha l'indubbio merito di favorire, anche presso l'opinione pubblica, la conoscibilità dei candidati, ma rischia di dare l'impressione di una eccessiva contiguità tra i singoli giudici e i partiti che li hanno inseriti nelle proprie liste. Un pericolo questo che, come si è accennato, il legislatore è sembrato voler evitare prevedendo il requisito decennale visto in precedenza. Se questo è il procedimento da seguire per la prima elezione dei giudici, resta qualche dubbio sulla consistenza numerica delle liste nel caso in cui i giudici da eleggere fossero in numero minore come può accadere per i rinnovi successivi a cadenza triennale o nel caso in cui ci sia da sostituire un giudice per cessazione anticipata. Dal tenore testuale della disposizione pare che le liste con le candidature per i primi tre scrutini debbano sempre essere

---

<sup>24</sup> Ad oggi l'art. 34, c. 1 del regolamento dell'Assemblea dei Rappresentanti del Popolo fissa in sette la consistenza numerica minima per la costituzione di un gruppo parlamentare.

composte da quattro nomi, ma un'applicazione analogica di quanto previsto nel caso in cui i primi tre scrutini non siano coronati dal completo successo fa ritenere che le liste debbano essere composte sempre da un numero di candidati pari al numero dei giudici da eleggere.

Anche per i giudici eletti dal Consiglio Superiore della Magistratura è previsto (art. 12) che l'elezione avvenga a scrutinio segreto e con il consenso dei due terzi degli aventi diritto su liste di quattro candidati (di cui almeno tre giuristi) proposte dai Consigli giurisdizionali che compongono il Consiglio superiore stesso<sup>25</sup>. Un meccanismo quindi simile a quello previsto per i giudici scelti dal Parlamento ma con alcune rilevanti differenze: in primo luogo, l'esistenza di una Commissione speciale composta dai presidenti dei tre Consigli giurisdizionali che, prima dell'elezione, deve verificare che i candidati proposti abbiano i requisiti previsti dalla legge<sup>26</sup> e, dall'altro, l'assenza della previsione di nuove candidature nel caso di mancata elezione. Sia per i membri di nomina parlamentare che per quelli del Consiglio a parità di voti tra più candidati viene eletto il candidato più anziano.

Le scelte dei tre organi sono effettuate nel rispetto del «principio di parità» tra i sessi (art. 10 l.o.). Tale disposizione va intesa come una specificazione del principio costituzionale in base al quale «*l'État garantit l'égalité des chances entre l'homme et la femme pour l'accès aux diverses responsabilités et dans tous les domaines*» (art. 46, c. 2 Cost.). Resta aperta la questione dell'interpretazione di tale disposizione quale norma precettiva, volta ad assicurare la presenza paritaria dei due sessi. Da un lato, riguardo alla Corte costituzionale, essa darebbe luogo a qualche difficoltà se letta in combinato disposto con la presenza di giuristi e non giuristi, con la pluralità di soggetti cui è affidata la scelta dei giudici e con il rinnovo triennale di un terzo di essi. Dall'altro, una lettura volta ad assicurare sempre una presenza paritaria, appare maggiormente in linea con la Costituzione tunisina, che

---

<sup>25</sup> Secondo l'art. 112, c. 1 Cost. «*Le Conseil supérieur de la magistrature est composé de quatre organes à savoir le Conseil de la magistrature judiciaire, le Conseil de la magistrature administrative, le Conseil de la magistrature financière et l'Assemblée plénière des trois Conseils de la magistrature*». Quindi i tre Consigli presentano altrettante liste di candidati mentre l'elezione spetta all'Assemblea plenaria. Tale sistema verosimilmente favorirà la presenza all'interno della Corte di magistrati ordinari, amministrativi e contabili. Anzi è probabile che si formi una prassi per cui ogni membro specializzato in diritto venga poi sostituito da uno indicato dallo stesso Consiglio giurisdizionale che aveva indicato il membro sostituito.

<sup>26</sup> Tale previsione risultava maggiormente comprensibile nella bozza oggetto del parere della Commissione di Venezia che non affidava la presentazione delle candidature ai Consigli giurisdizionali.

all'uguaglianza di genere dedica specifica attenzione in ben tre articoli (oltre all'art. 46, occorre richiamare l'art. 21 e l'art. 34)<sup>27</sup>.

Un'altra questione aperta è la possibilità di ipotizzare che i giuristi presenti nella Corte siano più di nove. L'art. 118 Cost., c. 1 potrebbe infatti essere interpretato nel senso che la percentuale dei tre quarti dei posti riservata ai giuristi non costituisca un limite massimo non oltrepassabile, ma solo una soglia minima sotto la quale non si può scendere. Tale interpretazione sarebbe perfettamente compatibile con altre disposizioni costituzionali quali quella dell'art. 118, c. 4 che riserva ai soli giuristi la possibilità di essere eletti Presidente e Vicepresidente.

La legge rende però questa lettura meno fluida perché contiene varie disposizioni in cui rileva la distinzione giurista/non giurista. La lettura sopra ipotizzata implica che in queste disposizioni (soprattutto legislative) la locuzione «non giurista» sia da interpretare a seconda della *ratio* per cui la singola disposizione distingue tra giuristi e non giuristi. In alcuni casi dovrebbe essere intesa come “membri eletti in quota non giuristi” (per le procedure di elezione, per la riunione in cui vengono eletti Presidente e Vicepresidente), mentre in altri casi sarebbe da intendere come “membri per i quali mancano i requisiti richiesti per essere considerati giuristi” (nomina del Presidente e del Vice-presidente, scelta dei relatori, composizione della Commissione che valuta l'ammissibilità delle richieste di costituzionalità sollevate durante un giudizio *a quo*).

La nomina di tutti i giudici, a prescindere dall'organo che li ha scelti, avviene con decreto del Presidente della Repubblica (art. 14) ed essi entrano in carica dopo aver prestato il giuramento previsto dall'art. 15<sup>28</sup>.

Per quel che riguarda la Presidenza della Corte, la Costituzione si limita a prevedere che il Presidente e il Vice-presidente della Corte sono eletti dalla Corte stessa tra i membri specializzati in diritto (art. 118, c. 4 Cost.). Anche

---

<sup>27</sup> Al riguardo, si veda CECCHERINI, *La questione dell'uguaglianza uomo-donna*, in GROPPI - SPIGNO (a cura di), *Tunisia. La primavera della Costituzione*, cit., 117 ss.

<sup>28</sup> La Commissione di Venezia nel suo parere sul disegno di legge ha espresso la preoccupazione circa la possibilità che il Presidente ritardi la nomina dei membri eletti dagli altri poteri o che lo stesso Presidente possa ritardare artificiosamente il momento del giuramento. Pur essendo le soluzioni proposte condivisibili (eliminazione del decreto di nomina e possibilità di giurare davanti all'organo che ha designato il singolo giudice), le preoccupazioni paiono francamente eccessive soprattutto se si considera che sia il decreto di nomina che la presenza al giuramento sono da considerarsi atti dovuti e un ritardo di una certa entità, tale da mettere in pericolo il corretto funzionamento dell'organo di giustizia costituzionale, potrebbe anche integrare quella «*violation grave de la Constitution*» che può dar luogo alla destituzione del Capo della Stato (art. 88 Cost.).

sul punto la legge organica interviene ad attuare le previsioni costituzionali con disposizioni su cui val la pena soffermarsi. Secondo l'art. 16 l.o. dopo il giuramento la Corte si riunisce, su convocazione del membro più anziano tra i non specializzati in diritto che presiede la riunione coadiuvato dal più giovane tra i membri non specializzati in diritto, ed elegge, a scrutinio segreto e a maggioranza assoluta, il Presidente e il Vice-presidente. In caso di parità si considera eletto il giudice più anziano d'età. In caso di vacanza definitiva della carica di Presidente, il Vice-presidente ne esercita le funzioni fino al momento in cui con la nomina di un nuovo membro viene ripristinata la normale composizione della Corte e quindi si provvede all'elezione del solo nuovo Presidente secondo le modalità viste sopra (art. 17). Se ne deve dedurre che, nel caso in cui il Presidente si dimetta solo dalla carica ma non da giudice costituzionale si provvede ad un'immediata nuova elezione seguendo il procedimento disciplinato dall'art. 16. Dalla disciplina vista sopra e cioè dal fatto che si dà luogo all'elezione del Presidente solo per vacanza della carica o a seguito del rinnovo parziale, deve dedursi che la durata del mandato presidenziale, non prevista esplicitamente dalla legge, è fissata in tre anni e che il Presidente è rieleggibile.

Di fatto il mandato del Presidente può anche eccedere i tre anni e questo in virtù dell'art. 19 della legge organica che prevede che ai giudici si applichi l'istituto della *prorogatio*. Semmai le modalità temporali per l'elezione del Presidente fanno nascere alcuni problemi circa l'interpretazione dell'art. 19. Secondo l'art. 19 infatti i giudici cessati «*continuent à exercer leurs fonctions jusqu'à la prise du fonction des membres nouveaux*» e l'interpretazione più logica sarebbe che quando un singolo giudice viene eletto esso sostituisca quello cessato<sup>29</sup> senza che si debba attendere l'elezione degli altri giudici che potrebbe avvenire anche a settimane o mesi di distanza. Se però ad essere sostituiti contemporaneamente fossero il Presidente e il Vice-presidente la Corte rimarrebbe senza alcun giudice che ne esercita le funzioni e quindi i suoi lavori ne sarebbero paralizzati<sup>30</sup> fino al rinnovo di tutti e quattro i nuovi giudici. Se invece la disposizione sopra citata fosse intesa nel senso che i quattro giudici in *prorogatio* restano tutti in carica fino al giuramento contestuale dei quattro nuovi giudici, si eviterebbe la paralisi dell'organo, ma

---

<sup>29</sup> Qui si porrebbe comunque il problema, nel caso in cui il Parlamento o il CSM debbano eleggere più di un giudice e non riescano a leggerli tutti, di quale tra i giudici che hanno terminato il mandato debba essere sostituito.

<sup>30</sup> Una tale eventualità conseguirebbe anche dalla cessazione anticipata e contestuale del Presidente e del Vicepresidente sia se essa avvenga per dimissioni sia per una delle altre ragioni previste dall'art. 20 l.o.

uno dei tre organi a cui è affidata la scelta dei giudici potrebbe di fatto bloccare le nomine validamente poste in essere dagli altri due e, viste le alte maggioranze richieste per il Parlamento e il CSM<sup>31</sup> dagli artt. 11 e 12, una tale ipotesi è tutt'altro che improbabile<sup>32</sup>.

Alla cessazione anticipata dalla carica di giudice è dedicato l'art. 20 il quale prevede, a garanzia dell'indipendenza della Corte, che le cause di cessazione siano accertate dalla Corte stessa a maggioranza dei due terzi. Queste cause sono elencate dallo stesso art. 20: a) decesso; b) incapacità permanente; c) dimissioni (che però diventano effettive nel momento dell'entrata in carica del nuovo giudice e comunque entro 90 giorni); d) perdita dei requisiti necessari per essere eletto giudice; e) mancato rispetto da parte del giudice degli obblighi previsti dalla legge stessa.

Quest'ultimo aspetto è quello che ovviamente presenta maggiori margini di incertezza perché teoricamente potrebbe trattarsi anche di violazioni poco significative. Sarebbe poi opportuno - e nel silenzio della legge potrebbe provvedervi il regolamento interno - che, almeno nelle ultime due ipotesi, al giudice sia assicurato espressamente il diritto di difesa<sup>33</sup> nel quale rientra, ovviamente, la possibilità di essere sentito dal collegio.

Il giudice chiamato in sostituzione di quello cessato anticipatamente completa il mandato del suo predecessore e non è rieleggibile (art. 21, c. 2): si tratta di una disposizione alquanto penalizzante per il giudice che abbia svolto solo una parte limitata del mandato. Negando in radice la possibilità dell'elezione per un successivo intero mandato si rinuncia al bagaglio di esperienza che il nuovo giudice ha nel frattempo acquisito. Inoltre, quando il periodo in cui il nuovo giudice rimarrà in carica è limitato a pochi anni o addirittura a pochi mesi i candidati più autorevoli potrebbero non essere disponibili a sacrificare la possibilità di essere eletti in seguito per l'intero mandato. Una ipotesi intermedia avrebbe potuto essere quella di legare la rieleggibilità al periodo restante tra l'elezione del giudice e la fine del mandato. Questa è la soluzione prescelta dall'ordinamento francese che ritiene rieleggibili i membri rimasti in carica per meno di tre anni (sui nove della

---

<sup>31</sup> Pur a parità di maggioranza richiesta, il minore tasso di politicizzazione del CSM rende meno probabili i ritardi rispetto a quelli del Parlamento.

<sup>32</sup> L'art. 19 prevede che il Presidente della Corte informi gli organi che debbano provvedere alla scelta dei nuovi giudici tre mesi prima della scadenza del mandato dei giudici che devono essere sostituiti. Invece, in caso di cessazione anticipata di un giudice, il Presidente informa l'organo che lo aveva eletto affinché provveda alla nomina del sostituto entro 45 giorni (art. 21). È però evidente che gli eventuali ritardi in entrambi i casi non dipenderebbero dalla tempistica prevista dalla legge ma da ragioni di carattere squisitamente politico.

<sup>33</sup> Il diritto di difesa è riconosciuto dalla Costituzione all'art. 27.

durata ordinaria del mandato). Tale durata sembra ragionevole anche in considerazione del fatto che con la rielezione il giudice potrebbe rimanere in carica al massimo fino a 12 anni.

Per concludere l'esame delle norme sulla composizione della Corte, va considerato l'art. 77, c. 1 l.o. che prevede, per i primi due rinnovi parziali, che essi avvengano per estrazione a sorte tra i primi dodici membri. Risulta escluso dall'estrazione a sorte il Presidente. Questa eccezione vuole evitare che nei primi anni di vita la Corte sia costretta a privarsi dell'esperienza maturata dal Presidente, ma potrebbe porre problemi organizzativi dipendenti da lacune normative.

Infatti mancano indicazioni su chi dovrà compiere il sorteggio e sulla sua tempistica.

Se per il primo profilo sembra naturale pensare che il sorteggio sia affidato alla stessa Corte, più complessa è la tempistica.

Se infatti l'estrazione degli otto membri da sostituire (quattro dopo i primi tre anni e altri quattro dopo sei anni) avvenisse contestualmente ad essere escluso è il primo giudice chiamato a coprire il ruolo di Presidente.

Se invece le estrazioni dei due gruppi di quattro giudici avvenissero in due momenti successivi, potrebbe verificarsi che il Presidente escluso dalla prima estrazione non coincida con quello escluso dalla seconda.

A parte questo rilievo, che tutto sommato non incide più tanto sulla vita della Corte, è necessario invece soffermarsi su un secondo profilo i cui effetti sono destinati a durare nel tempo. Il sorteggio infatti, se si prescinde dall'esclusione del Presidente, è assolutamente casuale per cui potrebbe accadere che, ad esempio, in un primo gruppo rientrino tre o tutti e quattro i giudici designati da un certo organo e che la stessa cosa capiti per il secondo gruppo. Questo da un lato renderebbe più semplice la scelta dei giudici spettante agli organi collegiali (soprattutto quella da parte dell'ARP), ma per altro verso creerebbe un certo squilibrio in quanto, ad esempio, un Presidente potrebbe essere chiamato a scegliere tre o quattro giudici e il suo successore uno o nessuno. Meglio sarebbe stato prevedere un sorteggio condizionato in modo tale che di ognuno dei gruppi di quattro giudici ne comprendesse almeno uno scelto da ognuno dei tre organi cui la Costituzione affida tale compito<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Una conclusione simile a quella qui auspicata si è realizzata in Francia senza ricorrere all'estrazione a sorte. L'art. 2 dell'*ordonnance* n. 58-1067 del 7 novembre 1958 *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel* ha infatti previsto che ciascuno dei tre organi cui spetta la scelta dei giudici elettivi nominasse un giudice che restava in carica tre anni, uno che restava in carica sei anni e uno che restava in carica per la durata ordinaria del mandato, vale a dire nove anni.

e, per dare ulteriore equilibrio, altresì uno dei membri non giuristi. Nel silenzio della legge occorre valutare se tali condizionamenti possano essere fissati dalla stessa Corte nel proprio regolamento interno.

#### 4. Le garanzie e gli obblighi dei componenti della Corte costituzionale

Alle garanzie e agli obblighi dei giudici è dedicata la sezione II del Capitolo II della legge.

A garanzia dell'indipendenza dei membri della Corte l'art. 22 prevede che durante il mandato essi godano dell'immunità.

In mancanza di un'autorizzazione da parte della Corte, i suoi membri non possono né essere oggetto di un giudizio penale, né essere arrestati, ad eccezione del caso in cui l'arresto avvenga in flagranza di reato. L'autorizzazione - che nel caso di arresto in flagranza deve essere richiesta immediatamente - può essere concessa dalla Corte a maggioranza assoluta dei suoi membri in una seduta a cui non può partecipare il giudice nei cui confronti è richiesta l'autorizzazione. Nulla è detto circa le conseguenze di tale autorizzazione. Nel caso in cui l'autorizzazione riguardi l'arresto il giudice non potrà, per ovvi motivi, partecipare alle successive sedute della Corte, ma sicuramente da tale autorizzazione non consegue automaticamente la destituzione. Sarà la Corte che dovrà eventualmente valutare se vi sono gli estremi per l'applicabilità dell'art. 20 l.o. Stante però la presunzione di innocenza prevista dall'art. 27 Cost. sembra poco verosimile che l'autorizzazione possa dar luogo alla revoca del giudice. Così come appare improbabile che l'eventuale prolungata assenza dovuta all'arresto possa essere considerata «mancato rispetto degli obblighi» previsti. Discorso diverso è invece quello di una condanna definitiva che, nel caso riguardasse un reato doloso, comporterebbe la perdita di uno dei requisiti necessari per essere membro della Corte (art. 8 l.o.) e quindi l'applicazione dell'art. 20 l.o.

Completa la disciplina sulle garanzie l'art. 23 della legge organica secondo cui la retribuzione e i *benefit* sono parametrati (*indexés*) per il Presidente su quelli previsti per i ministri, mentre per gli altri giudici su quelli previsti per i sottosegretari (*secrétaire d'État*).

Per quel che invece riguarda gli obblighi dei giudici, essi sono tenuti, entro un mese dall'entrata in carica, a presentare alla Corte dei conti il loro *status* patrimoniale (art. 25 l.o.) e non possono esercitare, neppure a titolo gratuito, nessun'altra «funzione, missione o professione» (art. 26 l.o.).

Inoltre, secondo l'art. 27, c. 1 l.o., i membri della Corte sono tenuti all'obbligo di riservatezza e debbono astenersi da qualunque atto che possa

attentare alla loro «indipendenza, neutralità e integrità». In particolare è fatto loro divieto, in corso di mandato, «di prendere posizione in pubblico, di esprimere un'opinione o di rendere pareri su questioni riguardanti la competenza della Corte costituzionale». Il secondo comma dello stesso articolo però prevede un'eccezione al precedente divieto costituita dai «commenti alle decisioni rese dalla Corte costituzionale e pubblicati solo in riviste giuridiche specializzate».

Tale articolo è rilevante in quanto potrebbe legittimare una sorta di "opinione separata" da parte dei membri della Corte: opinione che non risulta espressamente prevista dalla legge organica la quale, come si è detto, si limita a stabilire, all'art. 5, che le decisioni debbono essere motivate e che sono pubblicate sul giornale ufficiale, ma niente dice rispetto alla forma che esse debbono assumere.

Se infatti l'obbligo di riservatezza viene inteso in senso stretto se ne dovrebbe dedurre che la possibilità di pubblicare commenti alle decisioni debba limitarsi a quelle pronunce adottate quando l'autore non era membro del collegio decidente (o perché non faceva parte della Corte in quel momento storico o, al limite, perché era assente nel momento della decisione). Non solo: il commento non dovrebbe comportare una presa di posizione sulle questioni giuridiche affrontate che ben potrebbero successivamente tornare ad essere oggetto delle decisioni della Corte.

Oppure si deve pensare che il legislatore ha voluto evitare che l'intervento del giudice per le modalità di diffusione - un'intervista, un articolo su un quotidiano, ecc. - possa essere manipolato o frainteso. L'articolo su una rivista giuridica permette infatti al suo autore, al contrario di quel che accade con altre forme di diffusione del pensiero, di avere il pieno controllo del testo, di approfondire e motivare in modo compiuto il proprio punto di vista<sup>35</sup> e di rivolgersi ad un pubblico di tecnici.

Se si aderisce a questa seconda lettura, allora il giudice nel suo commento potrà anche assumere posizioni critiche nei confronti delle motivazioni giuridiche che sono alla base della sentenza stessa. Al contrario, un'interpretazione estremamente rigida del primo comma dell'art. 27 rischia di impedire o comunque di rendere difficoltose anche alcune normali attività delle Corte costituzionali quali i rapporti con le altre Corti che sono fatti anche

---

<sup>35</sup> Resterebbe comunque non consentito rivelare le dinamiche interne al collegio che hanno portato alla decisione così come la posizione assunta dagli altri membri del collegio.

di incontri bilaterali o plurilaterali, di partecipazione ad associazioni tra Corti<sup>36</sup> e che tanto contribuiscono alla circolazione delle giurisprudenze.

Il capitolo II si chiude con una disposizione - l'art. 28 - riguardante la ricusazione dei membri della Corte. La decisione, viene presa su domanda di parte dalla Corte stessa a maggioranza dei due terzi. Il giudice di cui si chiede la ricusazione deve essere sentito dalla Corte, ma non partecipa alla discussione e non vota (art. 28). La norma presenta diversi aspetti che debbono essere precisati da ulteriore normativa. Infatti, da un lato, non è chiaro a quali parti essa si riferisca perché la legge non contiene disposizioni riguardanti le parti del giudizio. Dall'altro, essa non indica, neppure in modo generico, quali sono le ragioni che potrebbero comportare la ricusazione. Si può solo ipotizzare che siano quelle previste per la ricusazione dei giudici ordinari, pur con i necessari adattamenti che la peculiare posizione del giudice costituzionale comporta. La lacuna sarà probabilmente colmata dalla prassi della Corte stessa che si svilupperà nel corso del tempo.

Sarebbe invece opportuno che il regolamento interno disciplinasse in modo più puntuale la procedura così da evitare che se ne possa fare un uso strumentale, anche tenendo conto dei ristretti margini temporali a disposizione della Corte per decidere questioni che le vengono sottoposte. In questa sede invece bisogna evidenziare la mancanza di una norma che preveda l'astensione del giudice. È pur vero che, nel caso in cui il giudice lo ritenga opportuno, può astenersi in modo informale non partecipando all'udienza in cui la causa viene decisa, ciò però non esclude che, anche nell'ipotesi in cui il giudice avesse deciso in tal senso e lo avesse già comunicato al Presidente, la Corte potrebbe comunque trovarsi a dover decidere su una domanda di ricusazione. Una previsione espressa dell'istituto potrebbe invece evitare alla Corte di pronunciarsi sulla ricusazione.

## **5. L'organizzazione e il funzionamento della Corte**

Il capitolo III della legge è dedicato all'organizzazione e al funzionamento della Corte. La sezione I, contenente il solo art. 29, affida al Presidente il ruolo di rappresentante legale dell'organo e la supervisione dei servizi del cui buon funzionamento è responsabile. Egli inoltre assicura la direzione amministrativa e finanziaria pur potendo delegare la firma al Vice-presidente o al segretario generale ma, in quest'ultimo caso, limitatamente alle funzioni

---

<sup>36</sup> Il *Conseil constitutionnel* tunisino era, ad esempio, membro dell'*Association des Cours Constitutionnelles ayant en Partage l'Usage du Français* (ACCPUF).

ad esso attribuite. La sezione II prevede l'esistenza di un segretariato generale al cui vertice è posto un segretario che viene nominato con decreto del Governo su proposta del Presidente e che assiste quest'ultimo nella direzione della Corte. La sezione III è dedicata all'organizzazione amministrativa e finanziaria e riconosce alla Corte l'autonomia in tali settori (art. 32). Tale riconoscimento esplicito è degno di nota perché assente nel testo costituzionale da cui poteva essere ricavato solo in via interpretativa in quanto tale autonomia è considerata essenziale per garantire l'indipendenza dell'organo di cui all'art. 118, c. 1 Cost.<sup>37</sup>. È altresì previsto (art. 35) che un contabile pubblico sia distaccato presso la Corte costituzionale con decisione del Ministro delle finanze. Tale disposizione, così come quella relativa alla nomina del segretario generale, pone qualche problema in termini di autonomia della Corte, rimettendo tali decisioni al governo. In più, per quel che riguarda il contabile pubblico, la legge non prevede, a differenza di quanto accade per il Segretario generale, la proposta del Presidente della Corte costituzionale.

Come è evidente da questa brevissima disamina, le norme organizzative sono alquanto sintetiche e molti sono gli aspetti dell'organizzazione interna della Corte che, nel silenzio della legge, sono lasciati opportunamente all'autonomia regolamentare della Corte stessa.

## 6. Le competenze della Corte costituzionale

La Costituzione tunisina nel determinare le competenze della Corte costituzionale risente indubbiamente dell'influenza del modello francese. Essa infatti prevede una serie di controlli preventivi (a volte obbligatori, a volte attivabili esclusivamente su richiesta dei soggetti legittimati) su molteplici atti: le leggi di revisione costituzionale, i trattati, le delibere legislative (ovviamente prima della promulgazione) e i regolamenti parlamentari. Questa impostazione di fondo è però completata dalla previsione di un controllo successivo di tipo incidentale sulle leggi che, come vedremo, si differenzia alquanto dalla *question prioritaire de constitutionnalité* introdotta nell'ordinamento francese a seguito della revisione costituzionale del 2008 (*loi constitutionnelle* n. 2008-724 del 23 luglio 2008).

---

<sup>37</sup> In tal senso v. LAGHMANI, *La Cour constitutionnelle*, cit., 407.

A queste cinque competenze della Corte sono dedicate altrettante sezioni del capitolo IV della legge organica<sup>38</sup>.

Prima però di esaminare in dettaglio la disciplina riguardante le singole competenze è il caso di ricordare le disposizioni di carattere generale poste in apertura del capitolo IV (artt. 36-39) che si applicano a tutti i tipi di giudizio. È così previsto che le udienze della Corte siano di solito pubbliche, anche se eccezionalmente essa può decidere di tenerle a porte chiuse (art. 36), che si svolgano su convocazione del Presidente<sup>39</sup> e siano valide solo se è presente la maggioranza assoluta dei membri (art. 37). Per l'attività istruttoria il Presidente incarica due o più giudici relatori, di cui almeno uno specializzato in diritto, i quali, oltre ad istruire il caso, hanno il compito di preparare un progetto di decisione o di parere (art. 38). La Corte nel suo lavoro può beneficiare di assistenti specializzati in diritto e, per singole questioni, di esperti e specialisti (art. 39); nulla esclude che tra questi ultimi possano esserci, in casi molto particolari, degli esperti in diritto, ma la disposizione è pensata soprattutto per quelle ipotesi in cui la Corte necessiti di conoscenze specialistiche in altre discipline.

### 6.1. Il controllo di costituzionalità delle revisioni costituzionali

Venendo alle singole competenze, la Costituzione già distingueva due tipi di controllo sulla costituzionalità delle leggi di revisione<sup>40</sup>: da un lato, un controllo sul contenuto per verificare «*que la révision ne concerne pas ce qui, d'après les termes de la présente Constitution, ne peut faire l'objet de révision*»<sup>41</sup>) (art. 144, c. 1 Cost.) e, dall'altro, un controllo sul «*respect des*

---

<sup>38</sup> Al controllo sulla costituzionalità delle revisioni della Costituzione è dedicata la sezione I (artt. 40-42); il controllo dei trattati è invece disciplinato dalla sezione II (artt. 43-44). Più corpose sono la sezione III, dedicata all'esame preventivo dei progetti di legge (artt. 45-53) e la IV, dedicata al giudizio incidentale sulle leggi (artt. 54-61); il giudizio sulla costituzionalità del regolamento parlamentare è infine disciplinato dalla sezione V (artt. 62-64)

<sup>39</sup> L'art. 37 l.o. prevede che in caso di impedimento del Presidente la convocazione avvenga su iniziativa del Vicepresidente e, in caso di impedimento anche di quest'ultimo, su convocazione di un terzo dei membri.

<sup>40</sup> Sul controllo di costituzionalità delle leggi di revisione costituzionale, v. RAGONE, *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali. Profili teorici e comparativi*, Bologna, 2011. Sulla revisione costituzionale in Tunisia v. invece ROUX, *La révision de la Constitution, in La Constitution de la Tunisie. Processus, principes et perspectives*, cit., 567 ss.

<sup>41</sup> Prevedono limiti espliciti alla revisione gli artt. 1 («*La Tunisie est un État libre, indépendant et souverain, l'Islam est sa religion, l'arabe sa langue et la République son régime*»), 2 («*La Tunisie est un État civil, fondé sur la citoyenneté, la volonté du peuple et la primauté du droit*»), 49 («*Aucune révision ne peut porter atteinte aux acquis en matière de*

*procédures de révision de la Constitution*» (art. 120 Cost.). Tale distinzione assume una rilevanza pratica notevole perché i due controlli vengono effettuati in momenti distinti.

Il controllo sui vizi sostanziali (circoscritto, come si è detto, alla verifica del fatto che non siano sottoposte a revisione le disposizioni qualificate come imm modificabili dalla Costituzione stessa), infatti, si svolge, per espressa previsione costituzionale, in una primissima fase dell'*iter* legislativo, dopo la presentazione dell'atto di iniziativa e prima che ne inizi l'esame del Parlamento. Il Presidente dell'Assemblea dei rappresentanti del popolo deve sottoporre al giudizio della Corte ogni iniziativa relativa alla revisione entro 3 giorni dal momento in cui essa viene depositata e deve darne contestualmente notizia al Presidente della Repubblica e al Capo del governo (art. 40 l.o.). La Corte entro 15 giorni dal momento in cui le viene sottoposta la questione deve rendere un *avis* che sarà trasmesso immediatamente al Presidente dell'ARP, al Presidente della Repubblica e al Capo del governo (art. 41 l.o.).

Il controllo sul rispetto della procedura deve invece essere effettuato necessariamente in un momento successivo. L'art. 42 l.o. prevede infatti che a tal fine il Presidente dell'ARP trasmetta il progetto di legge entro tre giorni dalla sua approvazione e che la Corte renda la sua decisione entro 45 giorni dal momento in cui ha ricevuto il progetto di legge. Se la Corte ritiene che la procedura sia stata rispettata, allora trasmette il progetto di legge al Presidente della Repubblica che lo promulga o lo sottomette a referendum. In tale ultima eventualità al controllo sul rispetto della procedura da parte della Corte costituzionale deve ritenersi si aggiunga poi il controllo sul regolare svolgimento del referendum affidato, secondo quando previsto in generale dall'art. 126, c. 1 Cost., all'Istanza superiore indipendente per le elezioni.

Nel caso in cui la Corte costituzionale abbia invece riscontrato violazioni procedurali, essa ne informa entro sette giorni il Presidente dell'ARP a cui trasmette la sua decisione. Il Parlamento in tal caso provvede entro 30 giorni a sanare i vizi procedurali riscontrati dalla Corte. La legge organica non si pronuncia sulla sorte del progetto di legge dopo la nuova approvazione da parte dell'ARP ma ragioni di ordine sistematico fanno ritenere che esso debba essere sottoposto ad un nuovo vaglio da parte della Corte. Non è invece ben chiaro cosa succeda nel caso in cui il Parlamento provveda sì a sanare il vizio, ma dopo la scadenza del termine di trenta giorni. La conclusione di gran lunga più ragionevole, vista anche l'assenza di qualunque termine in Costituzione, è

---

*droits de l'Homme et de libertés garantis par la présente Constitution*) e 75 Cost. («*Aucun amendement ne peut augmenter en nombre ou en durée les mandats présidentiels*» fissati, rispettivamente, in due mandati interi, anche non consecutivi, e in 5 anni).

di ritenere che il mancato rispetto del termine non possa essere un vizio che infici la revisione e che quindi il termine stesso si configuri come meramente ordinatorio.

## 6.2. Il controllo di costituzionalità dei trattati internazionali

Un'altra competenza della Corte, prevista dall'art. 120 Cost. riguarda il controllo di legittimità costituzionale dei trattati internazionali.

Secondo l'ordinamento tunisino i trattati si possono distinguere in due gruppi il cui regime giuridico diverge profondamente.

Da un lato ci sono «*les traités internationaux à caractère technique*» che sono conclusi dal Capo del Governo (art. 92 Cost.) e per la cui ratifica non occorre una legge, ma è sufficiente un decreto del Governo (art. 4 della l. n. 2016-29 del 5 aprile 2016 relativa al regime di ratifica dei trattati).

Dall'altro lato vi sono «*les traités commerciaux et ceux relatifs à l'organisation internationale, aux frontières de l'État, aux engagements financiers de l'État, à l'état des personnes, ou portant des dispositions à caractère législatif*» per la cui approvazione è necessaria una legge organica (art. 65 Cost.) di iniziativa governativa (art. 62 Cost.). Tale seconda categoria di trattati si colloca, per espressa previsione costituzionale<sup>42</sup>, in una posizione gerarchicamente superiore a quella delle leggi. Solo per questi ultimi trattati l'art. 120 Cost. prevede che il Presidente della Repubblica possa<sup>43</sup> sottometerli al giudizio di legittimità costituzionale «*avant la promulgation du projet de loi relatif à l'approbation de ces traités*». La decisione della Corte deve essere resa entro 45 giorni dal deposito della *saisine* presidenziale (art. 44 l.o.).

Resta il problema di come questa competenza possa coordinarsi con il più generale controllo di costituzionalità dei disegni di legge.

Pur essendo gli atti sottoposti a controllo diversi tra loro - in un caso il trattato, nell'altro la legge - è evidente che il controllo sulla legge possa poi trasformarsi su un controllo sul trattato che dalla legge è approvato. Per il Presidente della Repubblica non sorgono problemi particolari poiché i tempi

---

<sup>42</sup> Secondo l'art. 20 Cost. «*les conventions approuvées par le Parlement et ratifiées sont supérieures aux lois et inférieures à la Constitution*».

<sup>43</sup> Il testo dell'art. 120 Cost. - «*la Cour constitutionnelle est seule compétente pour contrôler la constitutionnalité [...] des traités que lui soumet le Président de la République avant la promulgation du projet de loi relatif à l'approbation de ces traités*» - poteva essere interpretato sia come un obbligo che come una possibilità da parte del Capo dello Stato di investire la Corte. L'art. 43 l.o. ha optato per la seconda interpretazione.

assegnati alla Corte coincidono (45 giorni) e il Presidente della Repubblica figura tra i soggetti che possono chiedere alla Corte il controllo delle leggi. Diverso il discorso nel caso in cui il giudizio sul progetto di legge di approvazione del trattato sia richiesto da uno degli altri soggetti che ne hanno la facoltà. Potrà allora la Corte esaminare anche il trattato? La risposta dovrebbe essere positiva per due ordini di ragioni. In primo luogo, impedire alla Corte di pronunciarsi sul trattato potrebbe svuotare e quindi vanificare il controllo costituzionalmente previsto su quei disegni di legge. In secondo luogo, vi sono ragioni di carattere più generale che attengono alla funzione stessa del controllo di costituzionalità che consiste nell'esigenza di rimuovere o, come in questo caso, di impedire che entrino a far parte dell'ordinamento, peraltro ad un livello gerarchico superiore alla legge, atti che siano in contrasto con la Costituzione. Una possibile soluzione potrebbe essere quella adottata dal *Conseil constitutionnel* francese che, a partire dal 1980, effettua il controllo dei trattati attraverso una duplice via. All'epoca la disciplina costituzionale transalpina prevedeva che il controllo della costituzionalità dei trattati potesse essere richiesto dal Presidente della Repubblica, dal Primo ministro e dai Presidenti delle due camere<sup>44</sup> (art. 54 Cost.) mentre il giudizio preventivo di costituzionalità della legge poteva essere promosso<sup>45</sup> oltre che dagli soggetti suddetti anche da sessanta deputati o sessanta senatori (art. 61 Cost.). La Corte, investita con *saisine parlementaire*, del controllo della legge di autorizzazione alla ratifica di un trattato ha di fatto effettuato la verifica della conformità del trattato alla Costituzione (Décision n. 80-116 DC del 17 luglio 1980) affiancando quindi questa seconda via d'accesso alla prima.

### 6.3. Il controllo di costituzionalità dei progetti di legge

Se la disciplina sull'esame dei trattati internazionali è estremamente sintetica, ben più articolata e dettagliata, sia in Costituzione che nella legge organica, risulta essere quella sul controllo dei progetti di legge. Si tratta, come per l'analogo controllo previsto nell'ordinamento francese, di un giudizio astratto che interviene, su richiesta dei soggetti a ciò legittimati, prima del completamento dell'*iter* legislativo e, per la precisione, dopo l'approvazione del Parlamento.

---

<sup>44</sup> Solo con la *loi constitutionnelle* n. 92-554 del 25 giugno 1992 sono stati inseriti tra i legittimati alla richiesta anche «*soixante députés ou soixante sénateurs*».

<sup>45</sup> *Loi constitutionnelle* n. 74-904 del 29 ottobre 1974.

L'art. 45 l.o., sostanzialmente riproduttivo di disposizioni costituzionali<sup>46</sup>, individua i soggetti legittimati al ricorso e i tempi in cui deve essere presentata la richiesta. Il ricorso alla Corte costituzionale può essere presentato dal Presidente della Repubblica, dal Capo del Governo e da 30 deputati<sup>47</sup> entro un termine di sette giorni che decorre dalla data di approvazione del progetto di legge o dall'approvazione del progetto in una versione emendata a seguito del rinvio da parte del Presidente della Repubblica<sup>48</sup> (art. 120 Cost.). Di soli tre giorni è invece il termine per presentare il ricorso quando questo ha ad oggetto la *loi de finance* (art. 66, c. 5 Cost. e art. 45, c. 2 l.o.).

La legge organica afferma espressamente, all'art. 46, c. 1, che la presentazione di un ricorso non impedisce un'analogo iniziativa da parte di altri soggetti legittimati, specificando altresì che la Corte può riunire e decidere congiuntamente i distinti ricorsi (art. 46, c. 2). La possibilità di presentare più ricorsi sulla stessa legge è del resto la logica conseguenza del fatto che la legge organica ha previsto, nel silenzio della Costituzione, che nel giudizio della Corte sui progetti di legge viga il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato<sup>49</sup> (art. 52, c. 1).

A prescindere dalla presentazione di un secondo ricorso, la legge prevede che i soggetti abilitati a ricorrere, anche se non abbiano presentato ricorso, possano comunque presentare alla Corte le loro osservazioni senza però poter ampliare il *thema decidendum*. A questo è finalizzato l'obbligo per il Presidente della Corte di darne notizia, a seconda dei casi, al Presidente della Repubblica, al Capo del Governo e al Presidente dell'ARP (quest'ultimo deve poi, per espressa previsione legislativa, informarne immediatamente i deputati). A tale obbligo il Presidente della Corte adempie trasmettendo una

---

<sup>46</sup> Il primo comma riproduce quanto già previsto dall'art. 120, c. 1 Cost. mentre il secondo comma, relativo alla *loi de finance*, è riproduttivo dell'art. 66, c. 5 Cost.

<sup>47</sup> Per quel che riguarda la decisione di fissare in Costituzione il numero dei deputati e non una percentuale dei membri dell'ARP in assenza di una previsione costituzionale che stabilisca la composizione numerica dell'ARP si rinvia a VIZIOLI, *Le garanzie giurisdizionali: il ruolo della Corte costituzionale*, cit., 174 s.

<sup>48</sup> L'art. 81, c. 2 Cost. prevede che, ad eccezione delle leggi costituzionali, il Presidente possa rinviare le leggi all'ARP entro cinque giorni che decorrono dallo scadere del termine per il ricorso di incostituzionalità, nel caso in cui questo non sia stato esercitato (quindi entro dodici giorni dall'approvazione della legge) o, nel caso in cui il ricorso sia stato presentato, dalla decisione di costituzionalità della Corte o dalla trasmissione del progetto al Presidente nel caso in cui la Corte non si sia pronunciata entro 45 giorni dal ricorso. Nel caso in cui la Corte si sia invece pronunciata per l'incostituzionalità (anche parziale) del disegno di legge, non è ovviamente prevista la possibilità del rinvio.

<sup>49</sup> Tale corrispondenza è prevista in Costituzione solo per quel che attiene il giudizio in via incidentale sulle leggi (art. 123).

copia dell'atto introduttivo e degli altri documenti depositati dal ricorrente (art. 49, c. 1 l.o.). A partire dalla comunicazione i potenziali ricorrenti - che in questo caso assumono il ruolo di *amici curiae* - hanno sette giorni (ridotti a due nel caso della *loi de finance*) per presentare le loro osservazioni (art. 49, c. 2 l.o.).

Sul ricorso, che una volta presentato non può essere ritirato (art. 47, c. 3 l.o.), la Corte si pronuncia entro 45 giorni (art. 121 Cost. e art. 50, c. 1 l.o.) che scendono addirittura a cinque nel caso della *loi de finance* (art. 66, c. 5 Cost. e art. 50, c. 2 l.o.). Il Presidente della Repubblica, il Capo del governo e 30 deputati possono poi, con domanda motivata, chiedere alla Corte di pronunciarsi con urgenza. Dal tenore letterale della disposizione, tale richiesta sembrerebbe svincolata dalla qualità di presentatore del ricorso, potendo pertanto essere avanzata da uno di tali soggetti anche qualora il ricorso fosse stato promosso da un diverso soggetto. La Corte decide su tale richiesta entro due giorni e, nel caso in cui l'accolga, dovrà poi pronunciarsi nel merito entro i successivi dieci giorni.

La brevità dei termini trova la sua ragione nel carattere preventivo del controllo che quindi si inserisce nel procedimento legislativo e, nel caso della *loi de finance*, anche nell'esigenza, ancora più stringente, di promulgare la legge entro il 31 dicembre (art. 66, c. 7 Cost.). Per quanto i termini siano più ampi di quelli previsti dall'ordinamento francese<sup>50</sup>, è indubbio che la loro brevità implica che la Corte si dia un'organizzazione adeguata e per le leggi più controverse e, in ogni caso, per la *loi de finance* prepari già un primo dossier in vista di una eventuale richiesta. Ciò che però lascia perplessi è la possibilità, disciplinata dall'ordinamento, che la Corte non si pronunci sul caso ad essa sottoposto nei termini previsti. L'art. 121, c. 3, prevede che «*si le délai [...] expire sans que la Cour rende sa décision, elle est tenu de transmettre sans délai le projet au Président de la République*».

Tale previsione, ribadita dall'art. 52, c. 7 l.o., potrebbe consentire alla Corte di evitare di pronunciarsi sulla questione ad essa sottoposta, consentendole una comoda via di uscita per i casi più difficili e controversi, svuotando però in tal modo di contenuto il diritto dei soggetti legittimati a chiedere la pronuncia della Corte.

Pur dettata dalla comprensibile preoccupazione di evitare che il procedimento legislativo subisca lunghi ritardi a seguito dell'inerzia della Corte, è evidente che l'aver esplicitato la possibilità di una mancata decisione rischia di indurre comportamenti non virtuosi o che comunque rispondono ad

---

<sup>50</sup> L'art. 61 della Costituzione francese fissa in un mese il termine per la decisione che si riduce a 8 giorni in caso di urgenza.

esigenze diverse da quelle che la Corte dovrebbe soddisfare in base al ruolo che le è stato assegnato dall'ordinamento. È auspicabile che la Corte non lasci mai scadere il termine senza essersi pronunciata<sup>51</sup>, ma la norma potrebbe anche diventare il mezzo attraverso cui la Corte effettua una selezione dei casi. Solo l'esperienza potrà dare delle risposte agli interrogativi che la normativa solleva. Ciò che però è indubbio è che solo una ottima organizzazione dei lavori potrà forse permettere alla Corte di ridurre al minimo i casi in cui non riesce a decidere. Soprattutto se si tiene conto che gran parte del lavoro della Corte riguarderà i giudizi incidentali sulle leggi i cui termini, pur essendo più ampi, non sembrano essere tali da garantire che la Corte possa svolgere appieno il proprio compito.

L'art. 52 disciplina l'*iter* del disegno di legge successivamente all'esame da parte della Corte. Se questa ritiene che il progetto di legge non sia in contrasto con la Costituzione oppure siano decorsi invano i 45 giorni di cui la Corte dispone per decidere, essa lo trasmette al Presidente della Repubblica che può, entro quattro giorni (due per la *loi de finance*), promulgarla ed ordinarne la pubblicazione sul *Journal officiel de la République tunisienne* (art. 81, c. 1 Cost.) oppure, entro cinque giorni (due per la *loi de finance*), rinviarla con messaggio motivato all'ARP per una seconda lettura (art. 81, c. 2 Cost.). In questo ultimo caso, se il Parlamento a seguito del rinvio modifica la legge, allora il Presidente della Repubblica è obbligato a trasmettere il nuovo testo alla Corte per un esame della legittimità costituzionale prima di poterlo pubblicare (art. 122, c. 2 Cost. e art. 52, c. 4 l.o.). Si tratta di un mero obbligo di trasmissione alla Corte e non di una *saisine* presidenziale così, stante la coincidenza tra chiesto e pronunciato, la Corte decide in base al contenuto del precedente ricorso. La legge organica all'art. 52, c. 5 chiarisce che il giudizio della Corte si limita a quanto modificato in sede di riesame parlamentare. Tale disposizione però ci pare debba essere interpretata non nel senso di limitare il giudizio alle sole disposizioni modificate, ma nel senso di valutare esclusivamente le modifiche normative che conseguono alle parti

---

<sup>51</sup> Il precedente dell'Istanza provvisoria, la cui legge istitutiva contiene un'identica norma (art. 23, c. 4), non lascia ben sperare, anche se va segnalato che il contesto in cui essa si è trovata ad operare è, per molti versi, non assimilabile a quella della Corte costituzionale. Da un lato, infatti, i tempi per la decisione da parte dell'Istanza sono decisamente più brevi - dieci giorni prorogabili per una sola volta di una settimana (art. 21, c. 1) e, in caso di urgenza, una settimana (art. 22, c. 2) - e il numero dei membri è più esiguo (sei invece che dodici) e ben tre dei sei membri della Corte - il Primo Presidente della Corte di Cassazione, il Primo Presidente del Tribunale amministrativo e il Primo Presidente della Corte dei conti - ricoprono ulteriori incarichi a cui occorre dedicare molto tempo ed energie. Dall'altro lato, le competenze attribuite all'Istanza provvisoria sono decisamente minori di quelle riservate alla Corte costituzionale.

emendate. In altre parole, la Corte potrebbe pronunciarsi anche su parti della legge il cui testo non è stato modificato purché il loro significato normativo abbia subito un'alterazione a seguito delle modifiche apportate in seconda lettura. L'art. 52, c. 5 nel limitare il giudizio alle sole innovazioni normative sembra voler evitare che il rinvio presidenziale sia inteso come una sorta di rimessione in termini per quelle attività che dovevano essere compiute in precedenza e non lo sono state. Se questa è la *ratio*, l'impossibilità della Corte di pronunciarsi su parti non modificate su cui aveva omesso di pronunciarsi in precedenza entro il termine di 45 giorni non ne è l'unica conseguenza. Potrebbero essercene altre che riguardano l'ammissibilità di ricorsi nei confronti del testo modificato. Se da un lato è infatti previsto dall'art. 120, c. 1 Cost. che il progetto di legge emendato dal Parlamento a seguito di un rinvio presidenziale possa essere oggetto di una autonoma *saisine*, dall'altro resta aperto il problema - su cui la Corte prima o poi sarà inevitabilmente chiamata ad esprimersi - dell'ammissibilità di tali ricorsi nella parte in cui questi riguardino norme che non risultano aver avuto modifiche nel passaggio da un testo all'altro.

Nel caso in cui invece la Corte ritenga il progetto di legge viziato in tutto o in parte, essa lo trasmette, assieme alla decisione, al Presidente della Repubblica che a sua volta la trasmette al Parlamento affinché questo provveda alle modifiche necessarie nel termine di 30 giorni<sup>52</sup> che si riduce a tre per la *loi de finance* (art. 53, c. 1 l.o.). Una volta modificato il progetto di legge, il Presidente della Repubblica deve trasmetterlo alla Corte (art. 122, c. 1 Cost. e art. 52, c. 3 l.o.) affinché, come nel caso visto in precedenza, ne esamini la costituzionalità limitatamente alla parte emendata<sup>53</sup> (art. 52, c. 5 l.o.).

Molte perplessità suscitano anche gli artt. 52, c. 6 e 53, c. 2 l.o. (quest'ultimo relativo alla *loi de finance*) i quali prevedono che in caso di dichiarazione di parziale incostituzionalità, il Presidente della Repubblica possa scegliere se rinviare la legge all'ARP o provvedere alla sua promulgazione limitatamente alle disposizioni non dichiarate incostituzionali. Tale ultima possibilità è condizionata ad un giudizio tecnico della Corte circa l'autonoma promulgabilità delle parti superstiti. Tali disposizioni sembrano porsi in contrasto con almeno tre diverse norme costituzionali. In primo luogo

---

<sup>52</sup> Anche in questo caso, così come in quello visto prima per la sanatoria dei vizi da cui sono affetti i progetti di legge costituzionale, ragioni di economia procedimentale fanno pensare che tale termine debba essere inteso come meramente ordinatorio.

<sup>53</sup> Valgono anche in questo caso le considerazioni fatte sopra a proposito dell'estensibilità del giudizio anche a parti della legge che, pur formalmente non modificate, abbiano assunto nuovi significati normativi.

con l'art. 122, c. 1 Cost. che non sembra ammettere alternative alla trasmissione al Parlamento del progetto di legge ritenuto incostituzionale affinché possa provvedere ad apportare le modifiche necessarie. In secondo luogo con l'art. 81, c. 1 Cost. che elenca i vari casi in cui il Presidente della Repubblica provvede alla promulgazione della legge. In terzo luogo, con l'art. 64 che prevede le maggioranze per l'approvazione dei progetti di legge da parte del l'ARP; tale approvazione finale dell'intero progetto di legge presuppone (o almeno dovrebbe presupporre) una valutazione di carattere tecnico, ma la decisione è essenzialmente politica e spetta al Parlamento che è l'organo attraverso il quale il popolo esercita il potere legislativo (art. 50 Cost.). Detto in altre parole, la valutazione politica del Presidente della Repubblica non può sostituirsi a quella del Parlamento che in precedenza aveva avuto modo di esprimersi solo su un testo diverso.

#### **6.4. Il controllo di costituzionalità delle leggi**

Il quadro costituzionale sull'impugnazione delle leggi trova il suo completamento nella possibilità di una impugnazione successiva all'entrata in vigore della legge. Per questo aspetto il costituente tunisino, pur risentendo delle influenze del modello francese (soprattutto quanto alla impossibilità dei giudici di sollevare *ex officio* una questione di costituzionalità) ha introdotto un elemento di novità che di fatto rende l'impugnazione incidentale molto simile ad un ricorso diretto con un conseguente pericolo, da un lato di caricare di lavoro la Corte e, dall'altro, di provocare una ricaduta negativa sul regolare svolgimento dei processi. Ma andiamo per ordine.

L'art. 120 Cost. ha previsto la competenza esclusiva della Corte costituzionale a verificare la costituzionalità *«des lois que lui renvoient les tribunaux, suite à une exception d'inconstitutionnalité soulevée par l'une des parties, dans les cas et selon les procédures prévus par la loi»*.

La disposizione suscita di per sé molte perplessità visto che sembra escludere la possibilità che il giudice sollevi la questione d'ufficio e che quindi, qualora nessuna delle parti sollevi l'eccezione di costituzionalità, esso sia costretto ad applicare una legge che ritenga costituzionalmente illegittima o sulla cui costituzionalità nutra seri dubbi. Il che rende, oltretutto, difficile il raccordo con l'art. 102, c. 1 Cost. secondo cui è compito della magistratura, tra l'altro, anche quello di garantire *«la suprématie de la Constitution»*.

Il Parlamento poi, nel disciplinare la procedura per sollevare l'eccezione di incostituzionalità (artt. 54-61 l.o.) ha effettuato alcune scelte che potrebbero rendere più complesso il funzionamento della giustizia costituzionale. Le parti di un giudizio possono sollevare eccezione di incostituzionalità (art. 54 l.o.)

con una memoria motivata, redatta da un avvocato abilitato a patrocinare davanti alla Corte di cassazione, in cui siano esposte le ragioni del ricorso e siano indicate le disposizioni legislative che ne sono oggetto (art. 55 l.o.). La necessità di un avvocato particolarmente qualificato, pur giustificata dal tipo di atto e dalla giurisdizione cui esso è destinato, rischia di impedire o comunque di rendere più difficile l'accesso alla giustizia costituzionale alle parti del giudizio che per condizioni economiche risultano più deboli o in quei casi in cui il valore economico della causa sia modesto.

Il Presidente dell'organo giudicante deve trasmettere senza indugio la questione alla Corte costituzionale; l'atto con cui avviene la trasmissione - che deve essere accompagnato dalla memoria di parte - non è suscettibile di alcuna impugnazione (art. 56 l.o.). Tale atto, oltre a dar inizio al procedimento davanti al giudice delle leggi, ha effetti anche nel giudizio *a quo* che resta sospeso fino alla decisione della Corte costituzionale o alla scadenza del termine che questa ha per pronunciarsi (art. 58 l.o.); termine che la Costituzione stessa ha fissato in tre mesi rinnovabili per una sola volta per altri tre (art. 123, c. 1 Cost.). Se il breve termine a disposizione della Corte costituzionale probabilmente limiterà il numero dei casi in cui le parti ne abuseranno a fini meramente dilatori, il non aver previsto un adeguato filtro da parte del giudice davanti al quale si svolge il giudizio - opzione che sarebbe stata compatibile con il testo costituzionale - di fatto trasforma in una sorta di ricorso diretto quello che dalla lettura del testo costituzionale sembrava configurarsi come un ricorso incidentale ispirato a quelli esistenti in vari ordinamenti europei e, da ultimo, anche in Francia. In questi ordinamenti però la richiesta della parte è soggetta ad un vaglio da parte del giudice *a quo* o, nel caso della *question prioritaire de constitutionnalité* francese, delle istanze giudiziarie superiori (*Conseil d'État* o *Cour de cassation*). La presenza di un filtro preventivo sarebbe stata sicuramente preferibile poiché avrebbe sollevato la giurisdizione costituzionale da una notevole mole di lavoro attribuendola a organi giurisdizionali che meglio sarebbero riusciti ad assorbire il numero consistente di domande che, in base all'esperienza comparata, sono destinate a investire la Corte costituzionale.

Del problema è cosciente anche il legislatore tunisino il quale non a caso ha previsto uno strumento simile a quello usato in altri ordinamenti quali ad es. la Spagna e la Germania, per contenere l'eccesso di ricorsi diretti. L'art. 59 prevede infatti che la Corte crei al suo interno una o più commissioni speciali formate da tre membri giuristi che hanno il compito di verificare che le memorie che sollevano la questione di incostituzionalità rispettino le condizioni di forma e di procedura.

Spetterà alla giurisprudenza costituzionale determinare quanto approfondito sarà questo controllo affidato alla commissione. La logica però fa ritenere che esso sarà ben più pervasivo di un mero controllo su requisiti strettamente formali. In primo luogo, se il controllo della commissione si limitasse a verificare aspetti esclusivamente formali e procedurali la sua utilità come filtro sarebbe estremamente limitata e ne risulterebbe vanificata la funzione deflattiva per cui è stata pensata. La previsione è poi confortata dall'esperienza comparata secondo cui commissioni di tal fatta compiono una selezione che riduce drasticamente il numero dei casi nei quali la Corte entra nel merito. Inoltre, da un punto di vista della legittimità costituzionale, nulla osta a che la commissione operi un controllo estremamente approfondito; infatti, sotto il profilo procedurale, la commissione si limita a elaborare le proposte ma la decisione finale resta di competenza del *plenum* che decide a maggioranza assoluta (art. 59, c. 3 l.o.).

Se così fosse la Corte potrebbe riservare anche un ruolo minimo al giudice *a quo*, volto ad accertare soltanto l'esistenza dei requisiti esclusivamente formali quali, ad esempio, la sottoscrizione di un avvocato abilitato al patrocinio davanti alla Corte di cassazione<sup>54</sup>. Anche se l'ipotesi fatta sopra trovasse poi effettivo riscontro da parte della Corte costituzionale, è probabile che, in ragione dei termini estremamente brevi, la Corte non riesca comunque a svolgere adeguatamente la propria funzione e quindi si renda necessaria una modifica della legge organica<sup>55</sup>.

Se la richiesta viene ritenuta ammissibile, la Corte deve decidere nel merito nei limiti della domanda entro il termine che, come si è detto è già previsto in Costituzione ed è di tre mesi prorogabili una sola volta per altri tre. Risultano difficilmente conciliabili con tale previsione costituzionale le deroghe previste dalla legge organica secondo cui quando l'eccezione di costituzionalità riguarda la legislazione elettorale e sia sollevata nell'ambito di un contenzioso elettorale<sup>56</sup> il termine è ridotto a 5 giorni (art. 60, c. 5) mentre se riguarda materie fiscali o doganali esso è ridotto a 30 giorni (art. 60, c. 6).

---

<sup>54</sup> In tal caso, a garanzia della parte che si vede negata la trasmissione del ricorso, sarebbe opportuna un'interpretazione letterale dell'art. 56 che vieta il ricorso contro "la decisione di trasmissione", sì da consentire la possibilità di ricorrere contro le decisioni che tale trasmissione negano.

<sup>55</sup> Limitandoci ai casi più noti del *recurso de amparo* spagnolo e della *Verfassungsbeschwerde* tedesca i tempi medi necessari alla definizione del ricorso risultano ben più lunghi dei sei mesi che al massimo può avere la Corte costituzionale tunisina.

<sup>56</sup> Se l'obiettivo della norma è quello di permettere che i giudizi riguardanti le elezioni si concludano in tempi rapidi per permettere il normale svolgimento delle varie operazioni elettorali, la norma sembra, a prescindere dall'incostituzionalità, peccare comunque in eccesso

La Corte deve, entro sette giorni dalla decisione, darne informazione al giudice *a quo*. Inoltre lo stesso giudice costituzionale ne informa - a prescindere dall'esito - il Presidente della Repubblica, il Presidente dell'ARP e il Capo del governo (art. 61 l.o.)

Alquanto complessa è la questione degli effetti della decisione di incostituzionalità che costituiva uno dei punti su cui era atteso un chiarimento da parte della legge organica. Infatti, l'art. 123, c. 2 Cost. nella traduzione francese ufficiale recita «*Si la Cour constitutionnelle déclare l'inconstitutionnalité, l'application de la loi est suspendue, dans les limites de ce qui a été jugé*» mentre nel testo in arabo era stata usata una locuzione (yatawaqqafa) traducibile con «arresto dell'applicazione». Comunque sia, restavano margini di incertezza notevoli anche se la logica portava a concludere che con tale formula si volesse intendere che la decisione dovesse avere efficacia *erga omnes* e fosse applicabile ai rapporti non esauriti, ma altresì che la locuzione usata in Costituzione potesse costituire un'apertura ad una modulazione temporale degli effetti, fermo restando comunque l'applicabilità della decisione al giudizio *a quo*<sup>57</sup>.

Tali ipotesi sembrano aver trovato conferma nella legge organica che, all'art. 60, c. 1, pur continuando a fare riferimento alla “sospensione” dell'applicazione della norma dichiarata incostituzionale («*son application est suspendue*») esplicitamente afferma in via generale sia l'efficacia *erga omnes* che l'irretroattività per i diritti acquisiti e per i casi che sono stati oggetto di una sentenza irrevocabile («*envers tous, sans que son prononcé ne puisse avoir d'effet rétroactif sur les droits acquis ou sur les affaires ayant fait l'objet d'un jugement définitif*»).

Al tempo stesso l'art. 60 prevede, nei due commi successivi, un'eccezione alla suddetta regola generale in merito alle leggi elettorali, la cui efficacia è sì “sospesa” ma soltanto limitatamente al ricorrente, mentre la cessazione (o “sospensione” che dir si voglia) degli effetti *erga omnes* avviene dalla elezioni successive.

Anche qui, come si è già detto poco sopra per l'abbreviazione dei termini, la *ratio* dell'eccezione risulta chiara, ma la disposizione fa sorgere dei dubbi quanto alla capacità di raggiungere l'obiettivo che il legislatore pare essersi prefisso, in quanto non è affatto detto che sia possibile non applicare la

---

e in difetto. In eccesso, in quanto nel contenzioso elettorale rientrano anche giudizi successivi alle elezioni per le quali non si pone il problema di una rapida definizione del giudizio stesso; in difetto in quanto la costituzionalità durante il contenzioso elettorale potrebbe comunque riguardare norme non rientranti nella legislazione elettorale.

<sup>57</sup> Si veda VIZIOLI, *Le garanzie giurisdizionali: il ruolo della Corte costituzionale*, cit., 177

normativa ritenuta incostituzionale al solo soggetto ricorrente. Questo potrebbe essere possibile nel caso in cui la disposizione riguardasse, ad esempio, la procedura per la presentazione delle liste, ma non lo sarebbe se riguardasse il meccanismo di attribuzione dei seggi, che richiederebbe, per poter evitare l'applicazione della norma al ricorrente, una cessazione degli effetti *erga omnes*.

### **6.5. Il controllo di costituzionalità del regolamento interno dell'ARP**

Ultimo tra i controlli sugli atti normativi disciplinati dalla legge organica è quello riguardante il regolamento parlamentare e tutte le sue modifiche, a cui è dedicato la Sezione V del Capitolo IV (artt. 62-64). Si tratta di un controllo preventivo<sup>58</sup> e necessario. Infatti il Presidente dell'ARP deve sottomettere all'esame della Corte il regolamento interno dell'Assemblea e tutti i successivi emendamenti prima della loro entrata in vigore (art. 62). Un'eccezione a questa scansione temporale è contemplata espressamente dall'art. 78 l.o. per il regolamento attualmente vigente per il quale è previsto un controllo di legittimità a posteriori. Il Presidente del Parlamento è infatti obbligato a trasmetterlo alla Corte entro 30 giorni dal momento in cui la Corte diventerà operativa. Per evitare vuoti normativi la legge ha altresì previsto che, limitatamente al regolamento vigente, le disposizioni che eventualmente fossero dichiarate illegittime restano comunque vigenti per un periodo massimo di tre mesi, quindi più che sufficiente per permettere all'Assemblea di apportare le modifiche necessarie.

Come accade per le leggi di revisione costituzionale, essendo il controllo obbligatorio, il Presidente dell'ARP si limita alla trasmissione dell'atto senza dover indicare gli eventuali profili di incostituzionalità. La Corte decide entro 45 giorni (art. 63) e, in caso di incostituzionalità, trasmette la decisione (e il regolamento) al Presidente dell'ARP affinché il Parlamento vi apporti le modifiche necessarie nei 30 giorni<sup>59</sup> seguenti (art. 64, c. 1). Il Presidente dell'ARP dovrà quindi sottomettere il nuovo testo ad un secondo controllo da

---

<sup>58</sup> Mentre la Costituzione francese qualifica come obbligatorio e preventivo il controllo sui regolamenti parlamentari, l'art. 120 della Costituzione tunisina si limita a prevederla come competenza della Corte: «*La Cour constitutionnelle est seule compétente pour contrôler la constitutionnalité (...) du règlement intérieur de l'Assemblée des représentants du peuple que lui soumet le Président de l'Assemblée*».

<sup>59</sup> Anche in questo caso, così come negli altri in cui la legge organica prevede dei termini entro i quali il Parlamento dovrebbe approvare le modifiche delle parti dichiarate illegittime, è opportuno per ragioni di economia procedimentale, ritenere tale termine meramente ordinatorio.

parte della Corte (art. 64, c. 2). Questo secondo controllo di legittimità costituzionale dovrebbe limitarsi alle disposizioni emendate anche se, pure in questo caso, la *ratio* della legge viene pienamente rispettata solo se la disposizione è interpretata nel senso di estendere il controllo della Corte anche a quelle disposizioni che, pur immutate nel testo, abbiano subito modifiche del loro significato in ragione delle modifiche adottate dal Parlamento.

## **7. Le altre competenze della Corte costituzionale**

In aggiunta alle competenze riguardanti la legittimità costituzionale degli atti normativi, la Costituzione tunisina ne ha previste altre, disciplinate in dettaglio nella sezione VI del Capitolo IV della legge organica: la destituzione del Presidente della Repubblica (Sottosezione I, artt. 65-68), la constatazione della vacanza della Presidenza della Repubblica (Sottosezione II, artt. 69-70), il giuramento del Presidente della Repubblica (sottosezione III, art. 71), il mantenimento dello stato di eccezione (sottosezione IV, artt. 72-73), la soluzione dei conflitti tra Presidente della Repubblica e Capo del governo (sottosezione V, artt. 76-78).

### **7.1. La destituzione del Presidente della Repubblica**

La destituzione del Presidente della Repubblica è prevista dalla Costituzione all'art. 88. Se l'ARP ritiene che il Presidente si sia reso colpevole di una grave violazione della Costituzione può, con una mozione motivata approvata a maggioranza dei due terzi degli aventi diritto, rinviarlo a giudizio davanti alla Corte costituzionale che può, anch'essa a maggioranza dei due terzi, emettere una decisione di condanna che comporta la destituzione del Presidente, la perdita dell'elettorato passivo e non impedisce, per espressa previsione costituzionale, un'eventuale giudizio penale nei confronti dell'ex Capo dello Stato.

Sia nella Costituzione che nella legge organica resta indeterminata - comprensibilmente - la nozione di «*violation grave de la Constitution*». Si tratta, a prescindere dall'aggettivo usato dal costituente, di una procedura da applicare solo in casi eccezionali. Del resto il procedimento stesso con la doppia maggioranza dei due terzi conferma l'eccezionalità che dovrebbe contraddistinguere l'istituto.

La legge organica provvede a precisare meglio il procedimento e i termini. La Corte, una volta investita del giudizio, chiede al Presidente della Repubblica, anche attraverso un rappresentante, di rispondere entro sette

giorni alle accuse che gli sono state mosse (art. 66 l.o.). Tale passaggio, pur non previsto esplicitamente dalla Costituzione, costituisce attuazione del diritto di difesa previsto dall'art. 27 della stessa Carta costituzionale. Dal tenore della disposizione, sembra emergere che la difesa del Presidente sia affidata ad un documento scritto, ma la Corte ben potrebbe anche sentire direttamente il Presidente. Infatti l'art. 67 l.o. la autorizza a compiere tutte quelle attività che ritenga utili ai fini della decisione; decisione che deve giungere entro 15 giorni decorrenti dal momento in cui è stata investita del caso. In caso di condanna la Corte informa immediatamente il Presidente dell'ARP che, come in tutti i casi in cui si verifica una vacanza definitiva della Presidenza della Repubblica ne assume *ad interim* le funzioni (art. 84, c. 2 Cost.) dopo aver prestato giuramento davanti al Parlamento.

## 7.2. La constatazione della vacanza della Presidenza della Repubblica

Oltre alla destituzione, molteplici possono essere le cause di una vacanza della carica presidenziale. Ad esse la Costituzione dedica l'art. 84 che coinvolge la Corte costituzionale nel procedimento per l'accertamento della suddetta vacanza.

In caso di impedimento temporaneo del Presidente che renda impossibile la delega dei propri poteri, l'art. 84, c. 1 Cost. prevede che la Corte si riunisca senza indugio per constatare la vacanza temporanea della carica e che le funzioni presidenziali vengano svolte *ad interim* dal Capo del governo. A tale disposizione costituzionale è data attuazione con l'art. 69 della legge organica che però non specifica, come fa la Costituzione, che la Corte è competente ad accertare la vacanza provvisoria solo in quei casi in cui il Presidente si trova nell'impossibilità di delegare i propri poteri. Sicuramente la Corte non è competente ad accertare l'impedimento temporaneo nel caso in cui sia stato il Presidente stesso a darne atto delegando i propri poteri al Capo del governo<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> Secondo l'art. 83, c. 1 della Costituzione «*en cas d'empêchement provisoire d'exercer ses fonctions, le Président de la République peut déléguer ses pouvoirs au Chef du Gouvernement pour une période n'excédant pas trente jours, renouvelable une seule fois*». Dal tenore della disposizione sembra che la scelta di delegare o meno i propri poteri sia rimessa all'assoluta discrezionalità del Presidente. Questa discrezionalità è però, proprio per le numerose competenze del Presidente che in taluni casi debbono essere esercitate in tempi relativamente brevi (come nel caso dei compiti adesso attribuiti nell'ambito dell'*iter* legislativo), è compatibile solo con impedimenti di durata sufficientemente limitata e tali da non impedire lo svolgimento delle funzioni. Nel caso in cui invece l'impedimento sia prevedibilmente più lungo il Presidente dovrebbe comunque delegare i propri poteri in modo da evitare che la Corte sia costretta a intervenire per constatare l'impedimento stesso.

come potrebbe accadere, ad esempio, nel caso in cui il Presidente si sottoponga a un intervento chirurgico programmato. Per il principio della continuità degli organi dello Stato, qualche dubbio potrebbe sorgere invece nel caso in cui, pur potendo il Presidente delegare i propri poteri, decida di non farlo. Comunque si tratta di un'ipotesi di difficile realizzazione perché l'intervento della Corte può avvenire solo nel caso in cui il Presidente si trovi già nell'impossibilità di adempiere alle proprie funzioni e quindi, verosimilmente, anche nell'impossibilità di poter delegare le proprie funzioni.

La legge organica prevede poi che, nel caso in cui la Corte non si riunisca, essa possa essere convocata a tal fine dal Presidente dell'ARP o dalla metà dei membri della stessa ARP. In applicazione dell'art. 5 l.o. la Corte decide (per l'esistenza della vacanza temporanea) a maggioranza assoluta dei suoi membri. La decisione (motivata, sempre in virtù dell'art. 5 l.o.) deve essere comunicata entro 48 ore al Presidente dell'ARP e al Capo del governo.

L'art. 84, c. 2 Cost. disciplina invece il procedimento per accertare la vacanza definitiva della Presidenza della Repubblica. Anche tale accertamento viene effettuato dalla Corte che, senza indugio, si riunisce a tale scopo. La Costituzione prevede poi un elenco non esaustivo di ragioni che determinano la vacanza definitiva: nel caso in cui la vacanza temporanea si prolunghi oltre i sessanta giorni, nel caso in cui il Presidente della Repubblica abbia presentato le sue dimissioni scritte al Presidente della Corte, in caso di decesso o di incapacità permanente. Della decisione è informato il Presidente dell'ARP che, nel caso in cui l'accertamento abbia dato esito positivo, è immediatamente investito delle funzioni di Presidente della Repubblica *ad interim* che eserciterà per il periodo di tempo, compreso tra i 45 e gli 90 giorni, necessario a provvedere all'elezione del nuovo Capo dello Stato. Alla disciplina costituzionale la legge organica aggiunge - come già visto per la procedura di accertamento della vacanza provvisoria - la previsione che, nel caso in cui la Corte non dovesse riunirsi di propria iniziativa, alla convocazione può provvedere il Presidente dell'ARP o una metà dei suoi membri. Inoltre la legge organica prevede che la decisione debba essere presa a maggioranza qualificata dei due terzi dei membri della Corte. Pur se non previsto esplicitamente, è da ritenere che per accertare i casi di incapacità temporanea o permanente la Corte possa, in virtù dell'art. 39 l.o.<sup>61</sup>, giovare dell'attività di medici specialisti.

---

<sup>61</sup> Secondo cui la Corte può ricorrere a esperti o specialisti competenti per essere assistita nell'esame delle questioni di cui è investita.

### 7.3. Il giuramento del Presidente della Repubblica

Sempre a proposito del Presidente della Repubblica, occorre dar conto dell'art. 71 l.o. che colma una lacuna costituzionale. La carta fondamentale infatti prevede che il Presidente eletto presti giuramento davanti all'ARP (art. 76, c. 1) senza contemplare l'eventualità che, nel momento in cui il Presidente debba prestare giuramento, l'ARP sia sciolta. Eventualità che invece la Costituzione stessa contempla nel caso del giuramento del Presidente della Repubblica *ad interim*, prevedendo che in caso di scioglimento dell'ARP il giuramento avvenga davanti alla Corte costituzionale. La legge organica, non distinguendo tra giuramento del Presidente *ad interim* e giuramento del Presidente eletto, di fatto estende al secondo la disciplina costituzionale prevista per il primo<sup>62</sup>. Tale scelta del legislatore ha, da un lato, il pregio di essere assolutamente condivisibile da un punto di vista logico e, dall'altro evita che si possano creare situazioni di incertezza in un momento particolarmente delicato qual è quello dell'elezione di un nuovo Presidente.

### 7.4. Lo stato di eccezione

Di maggior rilievo è la competenza che l'art. 80 Cost. assegna alla Corte riguardo alla verifica della persistenza dei presupposti che giustificano l'adozione di misure eccezionali da parte del Presidente della Repubblica. L'art. 80, ricalcato sul modello dell'art. 16 della Costituzione della V Repubblica francese, prevede che «*en cas de péril imminent menaçant l'intégrité nationale, la sécurité ou l'indépendance du pays et entravant le fonctionnement régulier des pouvoirs publics*» il Presidente della Repubblica, dopo aver consultato il Capo del governo e il Presidente dell'ARP e dopo aver informato il Presidente della Corte costituzionale, possa prendere tutte le misure che la situazione impone con l'obiettivo di «*garantir, dans les plus brefs délais, le retour au fonctionnement régulier des pouvoirs publics*». Trascorsi almeno trenta giorni dall'entrata in vigore delle misure il Presidente dell'ARP o almeno 30 parlamentari possono chiedere alla Corte di pronunciarsi sul mantenimento dello stato d'eccezione. Essa lo fa in udienza pubblica ed entro 15 giorni dalla richiesta. Visto che si tratta di una valutazione sulla situazione nel momento in cui la Corte si pronuncia, deve

---

<sup>62</sup> Che il legislatore si riferisca anche al giuramento del Presidente eletto non solo si deduce dal dato testuale, ma anche da un elemento topografico. L'art. 71 infatti non è compreso nella Sottosezione II della Sezione VI del Capitolo IV della legge organica dedicato all'accertamento della vacanza, ma ad esso è dedicata l'intera Sottosezione III.

considerarsi ammissibile la reiterazione della richiesta in un momento successivo anche da parte degli stessi soggetti. Su tale competenza la legge organica non aggiunge molto limitandosi a prevedere la necessità della forma scritta della richiesta (art. 72) e l'obbligo da parte della Corte di informare della decisione il Presidente della Repubblica, il Presidente dell'ARP e il Capo del governo (art. 73).

### **7.5. I conflitti tra il Presidente della Repubblica e il Capo del governo**

Gli ultimi tre articoli del capitolo IV della legge sono dedicati alla soluzione dei conflitti di attribuzione tra Presidente della Repubblica e Capo del governo prevista dall'art. 101 Cost. che fissa in sette giorni il termine a disposizione della Corte per risolvere il conflitto. La richiesta del ricorrente deve essere motivata (art. 74 l.o.) ed è compito della Corte darne notizia alla controparte in modo che possa, entro tre giorni, presentare le proprie osservazioni scritte (art. 75 l.o.). Fermo restando quanto detto nel paragrafo 2 sulla maggioranza richiesta per la decisione, questa competenza della Corte è particolarmente rilevante se inquadrata nel contesto della forma di governo semipresidenziale quale emerge dalla Costituzione del 2014<sup>63</sup>. Come è noto questa forma di governo può determinare periodi di forte conflittualità tra il Presidente della Repubblica e il Capo del governo quando questi sono su versanti politici diversi. Conflittualità che è enfatizzata dal fatto che entrambi gli organi si trovino a condividere il potere esecutivo<sup>64</sup>.

## **8. La mancata elezione dei membri della Corte**

Il giudizio sul contenuto della legge è quindi nel complesso positivo. Non si può non apprezzare il fatto che essa abbia colmato importanti vuoti e chiarito alcuni dubbi derivanti dalle disposizioni costituzionali. Spesso le scelte sono risultate essere quelle più logiche e condivisibili. In altri casi, invece sembrano essere meno felici se giudicate nell'ottica del buon

---

<sup>63</sup> Sulla forma di governo cfr. OLIVETTI, *La forma di governo, tra parlamentarismo razionalizzato e semipresidenzialismo*, in GROPPI - SPIGNO (a cura di), *Tunisia. La primavera della Costituzione*, cit., 129 ss.

<sup>64</sup> L'art. 71, posto in apertura del Capitolo IV della Costituzione dedicato al potere esecutivo, recita «*Le pouvoir exécutif est exercé par le Président de la République et un Gouvernement présidé par le Chef du Gouvernement*». Sul tema cfr. BEN ACHOUR, *La Dyarchie dans la Constitution*, in *La Constitution de la Tunisie. Processus, principes et perspectives*, cit., 515 ss.

funzionamento della giustizia costituzionale (il caso più evidente - ma non unico - è quello riguardante la mancanza di filtri per l'*exception d'inconstitutionnalité*).

Su alcuni di questi aspetti crediamo che il legislatore sarà chiamato prima o poi a modifiche necessarie. In molti casi comunque la Corte avrà margini di intervento significativi che potranno attenuare o enfatizzare l'impatto di alcune scelte legislative. In questa progressiva costruzione delle regole per il funzionamento della giustizia costituzionale tunisina il regolamento interno della Corte e, soprattutto, la creazione di un diritto giurisprudenziale, potranno contribuire non poco a smussare quei problemi che abbiamo cercato di individuare in queste pagine.

Ad oggi però queste ultime considerazioni restano del tutto astratte perché, nonostante il tempo passato dall'approvazione della legge, sembra ancora lontano il giorno in cui la Corte potrà iniziare i suoi lavori.

L'entrata in funzione del Consiglio superiore della magistratura avvenuto nell'aprile del 2017, vale a dire circa un anno e mezzo dopo l'approvazione della legge organica sulla Corte, ha eliminato l'ultimo ostacolo giuridico che ne rendeva impossibile l'istituzione e ha fatto sì che il Parlamento tunisino avviasse i lavori per la scelta dei quattro giudici costituzionali di sua competenza. Lavori che hanno portato all'elezione di un solo membro e hanno di fatto finora impedito l'entrata in funzione della Corte. Non era un problema imprevedibile, se si tiene conto che anche altri ordinamenti hanno avuto problemi nell'individuare i membri di nomina parlamentare<sup>65</sup>.

Lo stallo da parte dell'ARP ha impedito anche la scelta degli altri otto giudici rimessa al Consiglio Superiore della Magistratura e al Capo dello Stato. L'art. 10 l.o., secondo cui *«les membres de la Cour constitutionnelle sont désignés respectivement par l'Assemblée des représentants du peuple, le Conseil supérieur de la magistrature et le Président de la République»*, è stato infatti interpretato come fissante una precisa scansione temporale delle scelte dei giudici.

L'ARP, per eleggere i quattro giudici di sua spettanza, ha proceduto con modalità diverse rispetto a quelle previste dall'art. 11 della legge organica. Infatti il voto dell'assemblea non ha avuto ad oggetto direttamente le

---

<sup>65</sup> Emblematico è proprio il caso italiano. Nonostante fosse richiesta una maggioranza inferiore a quella richiesta nell'ordinamento tunisino - quella dei tre quinti - furono necessari ben nove scrutini e oltre due anni per elegerli. Le prime due votazioni si tennero infatti il 31 ottobre 1953; il 15 novembre 1955 furono eletti i primi due giudici: Gaspare Ambrosini al quarto scrutinio e Mario Bracci al quinto; i restanti tre giudici (Giuseppe Cappi, Giovanni Cassandro e Nicola Jaeger) furono eletti al nono scrutinio il 30 novembre 1955.

candidature presentate dai gruppi parlamentari o da un numero di deputati che avrebbero potuto formare un gruppo, ma quelle scelte da una commissione appositamente istituita per vagliare le proposte dei gruppi si da proporre al *plenum* una più ristretta rosa di nomi. Le ragioni che hanno portato alla nascita di questa commissione sono comprensibili e condivisibili visto che essa serviva a ridurre il numero dei candidati - eliminando anche coloro che non avevano i requisiti previsti dall'ordinamento - in modo da facilitare il coagularsi del consenso in Assemblea. Ciò non toglie che un simile *modus agendi* ponga qualche dubbio di legittimità stante il fatto che i parlamentari si sono visti privati della possibilità, attribuita loro dalla legge organica, di scegliere tra un numero maggiore di candidati.

Alla fine la commissione ha selezionato un numero di nomi doppio rispetto a quelli da eleggere e quindi sei giuristi (tre magistrati, due professori universitari e un avvocato) e due non giuristi. A marzo 2018, nella seconda delle tre votazioni previste dall'art. 11 della legge organica, la magistrata Raoudha Ouersghini ha ottenuto 150 voti superando quindi il *quorum* necessario per l'elezione (145 voti, pari ai due terzi dei 217 membri dell'ARP). Nessun altro candidato è stato eletto nella terza votazione, così come non hanno avuto successo altri tentativi esperiti su altri nomi nell'estate del 2018 e nel 2019.

Già il sostanziale insuccesso della prima terna di votazioni aveva reso evidente le difficoltà insite nel procedimento e negli ambienti politici si era ipotizzato un intervento volto ad incidere su due profili disciplinati dall'art. 11 della legge organica: da un lato, abbassando il *quorum* dei due terzi in modo da rendere più facile l'elezione e, dall'altro, modificando le procedure di selezione dei candidati da sottoporre al voto. Nel maggio 2018 il Consiglio dei ministri ha presentato al Parlamento un progetto di legge che, senza toccare il secondo punto, proponeva rilevanti modifiche al primo prevedendo che il *quorum* dei due terzi scendesse con il susseguirsi delle votazioni prima alla maggioranza assoluta e poi a quella relativa. Una tale proposta avrebbe ovviamente sbloccato lo stallo politico e consentito l'elezione dei restanti tre giudici, ma ad un prezzo altissimo perché avrebbe rischiato di compromettere sia la legittimazione della Corte che la sua funzione antimaggioritaria<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> Sulla Corte costituzionale tunisina come contropotere cfr. AKACHA, *La future Cour constitutionnelle tunisienne: un contre-pouvoir?*, in BEN ACHOUR (a cura di), *Constitution et contre-pouvoirs*, Tunis, 2015, 59 ss. e GOUIA, *Les freins au contre-pouvoir de la future Cour constitutionnelle tunisienne*, in BEN ACHOUR (a cura di), *Constitution et contre-pouvoirs*, cit., 67 ss.

Sarà ora il nuovo Parlamento eletto il 6 ottobre 2019 a dover scegliere i restanti tre giudici e, eventualmente, a modificare la legge organica n. 2015-50

## 9. Conseguenze della mancata istituzione della Corte

L'esistenza di un sistema di giustizia costituzionale è sempre più ritenuto essenziale per l'esistenza di uno Stato democratico. Non solo: il giudice costituzionale assume un ruolo ancora più rilevante nei periodi di transizione democratica in cui la sua opera è particolarmente importante per consolidare il ruolo della nuova Carta costituzionale. Per questa ragione il successo del nuovo Stato democratico dipende anche dalla rapidità con cui inizia a funzionare il sistema di giustizia costituzionale<sup>67</sup>.

Quanto appena detto assume, se è possibile, una rilevanza ancora maggiore nel caso tunisino perché, come abbiamo visto nelle pagine precedenti, le competenze attribuite alla Corte costituzionale sono numerose e, se si esclude il controllo preventivo affidato all'Istanza provvisoria, il costituente non ha previsto che siano esercitate da altri nel periodo antecedente l'entrata in funzione della Corte; questo perché, giova ribadirlo, il costituente aveva previsto che la Corte iniziasse i propri lavori al massimo un anno dopo lo svolgimento delle prime elezioni legislative.

Le conseguenze del ritardo sono quindi numerose e gravi e toccano quasi tutte le competenze che la Costituzione ha affidato alla Corte.

Cominciando dalle competenze riguardanti le fonti del diritto, pare evidente che l'inesistenza di una Corte costituzionale funzionante renda impossibile sottoporre a revisione la stessa Costituzione visto che l'esame da parte della Corte - sia sul contenuto della revisione (art. 144, c. 1 Cost.), sia sul procedimento (art. 120 Cost.) - è fase imprescindibile del procedimento di revisione.

Diverso è invece il discorso per quel che riguarda invece il controllo dei trattati internazionali. Da un lato, infatti l'art. 120 Cost. è stato inteso non come un obbligo di esame dei trattati, ma come una possibilità rimessa alla discrezionalità del Presidente della Repubblica; dall'altro lato, è possibile - come detto nelle pagine precedenti - ritenere che i trattati internazionali possano essere controllati anche in occasione del controllo preventivo sulle

---

<sup>67</sup> Sul ruolo della giustizia costituzionale nelle fasi di transizione cfr. F. BIAGI, *Corti costituzionali e transizioni democratiche. Tre generazioni a confronto*, Bologna, 2016, in particolare 289 ss. per quel che riguarda il momento dell'entrata in funzione del sistema di giustizia costituzionale.

leggi e quindi, in attesa dell'entrata in funzione della Corte, l'esame potrebbe essere svolto dall'Istanza provvisoria. Questi due profili fanno sì che il problema del controllo sui trattati si ponga in modo radicalmente diverso rispetto ai controlli sulle revisioni costituzionali.

Ancora diversa è la questione riguardante il controllo dei regolamenti parlamentari. La disposizione costituzionale, se presa alla lettera, non sembra imporre l'obbligo di un esame preventivo di tutte le modifiche regolamentari, anche se verosimilmente quella era l'intenzione dei costituenti. Questo obbligo è sancito dalla legge organica che prevede esplicitamente la necessità dell'esame preventivo. È però la stessa legge che, in una delle sue disposizioni transitorie e finali (art. 78), statuisce l'obbligo per la Corte di esaminare il regolamento vigente al momento in cui entra in funzione la Corte costituzionale. Da ciò si ricava che l'obbligo di esame preventivo come fase necessaria del procedimento vada inteso come decorrente dal momento in cui la Corte inizia a funzionare. Quindi, in attesa dell'inizio dei lavori della Corte, nulla pare ostare alla modifica dei regolamenti parlamentari.

Ultima fonte rimessa al controllo della Corte costituzionale è la legge ed è qui, in tutta evidenza, che si palesa quello che è il vero *vulnus* derivante dalla mancata elezione dei giudici. Se infatti il controllo a priori della Corte costituzionale non sembra sulla Carta molto diverso da quello che è svolto temporaneamente dall'Istanza provvisoria, molto diversa è la situazione riguardante il non certo meno rilevante controllo a posteriori. Tale ultimo tipo di controllo sarebbe quanto mai necessario per liberare l'ordinamento giuridico dalle numerose norme - soprattutto in tema di diritti - approvate dal precedente regime e ancora vigenti che sono in contrasto con la nuova disciplina costituzionale. Sul punto il dato costituzionale sembra essere incontrovertibile «*les tribunaux sont réputés incompétents pour contrôler la constitutionnalité des lois*» (art. 148, c. 2) anche se non si è mancato di sottolineare<sup>68</sup> come questa disposizione sembri essere in contraddizione con altre due norme costituzionali. Con l'art. 49, c. 1 Cost. secondo cui «*les instances juridictionnelles assurent la protection des droits et libertés contre toute atteinte*» e con l'art. 102, c. 1 Cost per il quale «*la magistrature est un pouvoir indépendant, qui garantit (...) la suprématie de la Constitution (...) et la protection des droits et libertés*». Ed è proprio sfruttando tali norme che un limitato controllo di costituzionalità sulla normativa in vigore è comunque avvenuto ad opera del giudice amministrativo. È chiaro però che questi interventi, a prescindere dalle considerazioni che si possono fare sulla loro

---

<sup>68</sup> Cfr. VIZIOLI, *Le garanzie giurisdizionali: il ruolo della Corte costituzionale*, cit., 176 s.

legittimità, non sono certo in grado di sostituire il giudizio che dovrebbe essere svolto dalla Corte costituzionale.

Oltre a questi profili riguardanti le fonti, il ruolo del giudice costituzionale resta fondamentale per quel che attiene alcuni aspetti legati al ruolo svolto dai principali attori costituzionali e quindi alla forma di governo. Così, in assenza della Corte costituzionale diventa impossibile avviare un procedimento finalizzato alla destituzione del Presidente della Repubblica per una «*violation grave de la Constitution*».

Del pari l'inesistenza della Corte rende inutile il diritto del Presidente dell'ARP e di trenta deputati di chiedere alla Corte di pronunciarsi sul mantenimento dello stato di eccezione dopo trenta giorni dalla sua proclamazione da parte del Presidente della Repubblica. Sono questi profili che incidono in modo evidente sui poteri e sulle responsabilità del Capo dello Stato e potrebbero, in caso di una prolungata assenza della Corte, dar luogo a rilevanti torsioni rispetto al dettato costituzionale e ai principi su cui si fonda.

Un aspetto su cui la Corte sicuramente sarebbe stata chiamata ad intervenire riguarda l'accertamento degli impedimenti provvisori o permanenti del Presidente della Repubblica. Il caso si è verificato il 25 luglio 2019 quando ha cessato di vivere, peraltro dopo due ricoveri ospedalieri nel giro di un mese, il Presidente Essebsi. In questo caso, fermo restando il problema giuridico legato all'assenza della Corte, unico soggetto autorizzato ad accertare l'impedimento definitivo (art. 84 Cost.), l'accertamento non ha presentato nessun margine di incertezza e su tale base il Presidente del Consiglio e quello dell'ARP si sono mossi in modo coordinato confermando il decesso sulla base di un certificato medico. Il giorno stesso il Presidente dell'Istanza provvisoria ne ha dato conferma in una conferenza stampa. Ben altri problemi avrebbe potuto comportare l'assenza della Corte nel caso di una lunga e grave malattia del Capo dello Stato.

La competenza però più rilevante tra quelle di questo secondo gruppo è sicuramente quella di risoluzione delle controversie tra Presidente della Repubblica e Capo del governo. Una competenza molto importante per delineare il concreto modo di atteggiarsi della forma di governo semipresidenziale tunisina. Ovviamente è difficile fare delle ipotesi sulle possibilità che in questi anni la Corte sarebbe stata chiamata a occuparsi di questi profili, ma i contrasti sempre più evidenti che hanno caratterizzato il rapporto tra i due organi nella parte finale della Presidenza Essebsi lasciano pensare che un coinvolgimento della Corte sarebbe stato probabile.

Ora spetterà al nuovo Parlamento cercare di far dimenticare i fallimenti del precedente confidando poi sul fatto che le nomine da parte del Consiglio superiore della magistratura siano più semplici grazie al minore tasso di

politicalità dell'organo. Di certo problemi non dovrebbero esserci per quel che riguarda la scelta da parte del Capo dello Stato. Se però provvedere alla designazione dei membri risulta essere propedeutica a qualunque altra considerazione non per questo bisogna trascurare il profilo dei membri della Corte. L'esperienza infatti insegna che giudici indipendenti, autorevoli e competenti riescono anche a ovviare a una normativa non sempre adeguata, mentre norme ottime non sono necessariamente sinonimo di una giustizia costituzionale efficiente. E il lavoro che attende il giudice delle leggi è particolarmente rilevante sia perché è chiamato a rimuovere molta legislazione precostituzionale, sia perché deve porre le basi - regolamentari e di prassi - su cui poi si poggerà in futuro il lavoro della Corte.



## VERSO UN CAPITALISMO INCLUSIVO?°

**Giovanni Liberati Buccianti**

*Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche,  
Università degli Studi di Parma*

*Il 19 agosto 2019 la Business Roundtable, un'organizzazione che riunisce circa 200 amministratori delegati delle più grandi imprese americane, ha preso una posizione sulle finalità che le suddette imprese devono perseguire. Il breve saggio ricostruisce, anche da un punto di vista storico, i fini delle società, tra interessi degli azionisti a massimizzare il profitto e interessi diversi (e divergenti) da parte degli altri stakeholders*

*On August 19, 2019, the Business Roundtable, an organization that brings together about 200 CEOs of the largest American companies, took a position concerning the goals that these companies must pursue. The short essay reconstructs the purposes of the companies, even from a historical point of view, between the interests of the shareholders to maximize the profit and the different (and divergent) interests on the part of other stakeholders.*

Il 19 agosto 2019 la Business Roundtable<sup>1</sup>, un'organizzazione che riunisce circa 200 amministratori delegati delle più grandi imprese americane, ha preso una posizione sulle finalità che esse devono perseguire. In particolare, gli amministratori delegati capitanati da Jamie Dimon della JP Morgan Chase hanno sottoscritto lo “Statement on the Purpose of a Corporation”<sup>2</sup>, stabilendo che lo scopo dell'impresa non si esaurisce nel profitto ma deve andare ben oltre, tenendo conto di valori etici e sociali. In altri termini l'etica deve indirizzare il capitalismo.

---

° Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

<sup>1</sup> La Business Roundtable è stata fondata nel 1972 ed ha diffuso nel tempo una serie di principi sulla corporate governance. Sulla base di dati riferiti al 2017, le imprese che fanno parte della Business Roundtable, hanno complessivamente circa 15 milioni di dipendenti e, annualmente, investono circa 150 miliardi di dollari in ricerca e sviluppo, distribuiscono dividendi per circa 300 miliardi di dollari e generano circa 500 miliardi di ricavi per i loro fornitori.

<sup>2</sup> La dichiarazione è consultabile sul sito istituzionale dell'organizzazione: [www.businessroundtable.org](http://www.businessroundtable.org). Tutta la stampa nazionale ed internazionale ha riportato la notizia. In particolare, si veda D. BENOIT, *Top CEOs See a Duty Beyond Shareholders*, nel *The Wall Street Journal* del 20 agosto 2019; M. PALUMBO, *La svolta etica del capitalismo*, ne *Il Corriere della Sera* del 20 agosto 2019.

Il documento, che si apre ricordando che gli americani meritano un'economia che permetta a tutti di avere successo tramite il lavoro e la creatività e che conduca ad una vita degna di essere vissuta, riconosce che il libero mercato è sempre il miglior sistema per generare occupazione, spingere l'innovazione e fornire beni e servizi essenziali. In un sistema così concepito, le imprese producono e vendono beni ai consumatori, costruiscono equipaggiamenti e veicoli, supportano la difesa nazionale, producono cibo, forniscono assistenza sanitaria, generano e distribuiscono energia, offrono servizi, anche finanziari e di comunicazione. Sostengono, insomma, la crescita economica.

La vera novità della “Dichiarazione sulle Finalità di una Società” è che gli amministratori delegati condividono un impegno fondamentale verso tutti i portatori di interessi (“... we share a fundamental commitment to *all* of our stakeholders”): consumatori, dipendenti, fornitori, comunità, azionisti. La Dichiarazione prende, in primo luogo, un impegno nei confronti dei consumatori-clienti dell'impresa. È evidente che sono proprio loro che, acquistando i beni o i servizi dell'impresa, consentono alla stessa di generare i ricavi. I CEO si impegnano a continuare la tradizione delle società americane che incrociano e addirittura superano le aspettative dei consumatori. È, insomma, una lode al consumismo, fenomeno diffuso specialmente nei Paesi occidentali, di massiccio acquisto di beni e servizi da parte delle masse per soddisfare i bisogni indotti dalla pressione della pubblicità e da fenomeni d'imitazione sociale diffusi<sup>3</sup>. In secondo luogo, gli amministratori delegati si impegnano ad investire nei dipendenti delle società, retribuendoli correttamente e corrispondono loro *benefits*. Traspare la questione del salario minimo e della disparità di trattamento che si è avuta per molto tempo tra le retribuzioni dei lavoratori e quella dei vertici aziendali. Il documento precisa che l'impegno verso i lavoratori include il supporto nella formazione e nell'educazione, così da aiutarli a sviluppare nuove competenze per un mondo in continuo cambiamento. Inoltre, le società incoraggiano la diversità, l'inclusione, la dignità e il rispetto. In terzo luogo, i CEO si impegnano a contrattare correttamente ed eticamente con i propri fornitori, grandi o piccoli. Sono evidenti le disparità di potere contrattuale e le asimmetrie tra le multinazionali e le imprese che con queste contrattano: queste ultime sono spesso costrette a subire condizioni capestro. Una risposta, nell'ordinamento italiano, è stata data con l'introduzione dell'abuso di dipendenza economica nella subfornitura nelle attività produttive ex art. 9 l. 192/1998; non si dimentichi, poi, che la globalizzazione ha consentito alle multinazionali di individuare fornitori in Paesi in via di sviluppo dove le tutele offerte dal diritto del lavoro non hanno

---

<sup>3</sup> Da un punto di vista filosofico, si veda Z. BAUMAN, *Consumo dunque sono*, Bari, 2007; da un punto di vista giuridico, A. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona*, Torino, 2017.

raggiunto i livelli dei Paesi occidentali. In quarto luogo, poi, vi è un impegno da parte dei CEO verso le comunità dove operano le imprese che essi amministrano. Tale impegno si sostanzia nel rispettare le persone delle comunità e nel proteggere l'ambiente tramite pratiche sostenibili nelle attività delle imprese. Dunque, le imprese pongono al centro il territorio e le comunità nel quale esse operano. Si parla, a tal proposito, di svolta *green* da parte delle imprese, anche perché alcune multinazionali sono state responsabili di disastri ambientali. Si pensi solo per fare due esempi fra i tanti al disastro ambientale della piattaforma petrolifera Deepwater Horizon, affiliata alla British Petroleum nel 2010 o al disastro di Seveso del 1976. L'impegno a proteggere l'ambiente si deduce anche fatto che alcune compagnie assicurative hanno limitato le coperture assicurative nei confronti di progetti carboniferi. In quinto luogo, gli amministratori delegati si impegnano a generare valore nel lungo termine per gli azionisti, i quali, fornendo il capitale, permettono alle imprese di investire, crescere ed innovare, anche tramite politiche trasparenti e coinvolgendo effettivamente gli azionisti.

L'analisi del documento sembra svelare un preciso impegno delle società per rivedere la teoria della supremazia del profitto. Se è vero, infatti, che ogni società ha il proprio oggetto sociale e persegue uno scopo di lucro, il documento in esame pone al centro dell'azione della società altri scopi, non formalmente enunciati, comunque meritevoli e da perseguire con convinzione: sono gli interessi degli *stakeholders*. Così, da un lato, si elencano gli *stakeholders* delle imprese: consumatori, dipendenti, fornitori, comunità ed azionisti, dall'altro, in questo elenco, tra gli *stakeholders*, gli azionisti (in inglese, *shareholders*) sono menzionati all'ultimo posto. Non sfugge, poi, l'impegno di generare valore per tutti questi, per il successo futuro delle imprese facenti parte della Roundtable, per le comunità e per gli Stati Uniti.

Si tratta di una presa di posizione forte, atteso che per lungo tempo<sup>4</sup> è stata dominante un'altra teoria, ben teorizzata da Milton Friedman. Il Professore, noto esponente della scuola liberista di Chicago (si ricordi l'appellativo riferito agli esponenti di quella scuola: Chicago Boys) e premio Nobel per l'Economia nel 1976, aveva pubblicato nel 1970 un breve saggio apparso sul

---

<sup>4</sup> Questa idea è presente anche in note opere cinematografiche. Si pensi a Wall Street, film del 1987, diretto da Oliver Stone con Michael Douglas e Charlie Sheen. Più recentemente, si pensi a The Wolf of Wall Street, film del 2013, diretto da Martin Scorsese ed interpretato da Leonardo di Caprio e Margot Robbie. È passato alla storia il monologo di Gordon Gekko, interpretato da Michael Douglas, nel film Wall Street sull'avidità: «L'avidità, non trovo una parola migliore, è valida, l'avidità è giusta, l'avidità funziona, l'avidità chiarifica, penetra e cattura l'essenza dello spirito evolutivo. L'avidità in tutte le sue forme: l'avidità di vita, di amore, di sapere, di denaro, ha improntato lo slancio in avanti di tutta l'umanità. E l'avidità, ascoltatemi bene, non salverà solamente la Teldar Carta, ma anche l'altra disfunzionante società che ha nome America».

The New York Times Magazine, dal titolo “The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits”<sup>5</sup>. In esso si affermava che l’unica responsabilità sociale dell’impresa era quella di aumentare i profitti per gli azionisti. Questa tesi, passata alla storia come Friedman Doctrine o Shareholder Theory, sostiene dunque che l’unica responsabilità che un’impresa ha è quella verso i suoi azionisti. Il settimanale politico-finanziario The Economist ha scritto nel 2016 che: «the biggest idea in business today shareholder value rules business»<sup>6</sup>. Questo obiettivo perseguito spesso tramite politiche societarie di breve termine portarono anche alla crisi del 2008 cercando un allineamento dell’interesse della società con quello degli amministratori, il cui esempio paradigmatico è il pagamento della parte variabile del compenso dei top manager con azioni della società.

Riecheggia l’idea del diritto dell’azionista al (lauto) dividendo, ben noto anche in Europa, ove si pensi al celebre saggio “I battelli del Reno” di Alberto Asquini del 1959<sup>7</sup>. L’illustre Autore riportava il dibattito durante un’assemblea annuale per l’approvazione del bilancio di una società armatrice tedesca, la Norddeutscher Lloyd. Un socio – rappresentante un gruppo di cassetisti, cioè di quei soci che detengono azioni per un lungo periodo di tempo facendo così parte della compagine sociale per partecipare alla distribuzione del dividendo assicurandosi così un provento fisso annuale – insisteva perché fosse distribuito ai soci il dividendo più alto possibile. Era evidente come questo corrispondesse a quanto Milton Friedman avrebbe in seguito teorizzato. Il Presidente del CdA, Walter Rathenau<sup>8</sup> – rappresentante dei soci di controllo, quelli cioè che preferiscono spesso reinvestire gli utili – rispose: «Finiamola, insomma! Noi non siamo qui per distribuire utili, ma per far navigare i battelli sul Reno». Oltre a costituire la summa della teoria istituzionalistica dell’impresa, l’espressione è utile per comprendere che, accanto agli azionisti, esistono altri *stakeholders*, che gravitano attorno

---

<sup>5</sup> M. FRIEDMAN, *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*, in *The New York Times Magazine*, 13 settembre 1970. La tesi era già accennata in M. FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, Chicago, 1962. Si veda altresì, M. FRIEDMAN - R. FRIEDMAN, *Free to Choose. A Personal Statement*, New York, 1980.

<sup>6</sup> Si veda l’articolo *Analyse this. The enduring power of the biggest idea in business*, apparso sull’edizione del 31 luglio 2016 del *The Economist*. Questo articolo è stato poi ripreso da S. DENNING, *Making Sense of Shareholder Value: “The World’s Dumbest Idea”*, in *Forbes*, 17 luglio 2017. Da ultimo, sui nuovi principi della Business Roundtable, *Big business is beginning to accept broader social responsibilities*, apparso sull’edizione del 22 agosto 2019 del *The Economist*.

<sup>7</sup> A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Rivista delle Società*, 1959, 617 ss.

<sup>8</sup> Walter Rathenau (1867 - 1922) fu un grande uomo d’affari, Ministro degli Esteri tedesco e prodotto raffinato di una tecnocrazia formatasi nei gabinetti di guerra.

all'impresa commerciale e guardano all'attività della società con obiettivi diversi, essendo portatori di interessi diversi.

La nascita moderna delle idee sulla responsabilità sociale dell'impresa si può far risalire convenzionalmente al 1953 quando Howard Bowen dette alle stampe un libro, "Social Responsibilities of the Businessman"<sup>9</sup>, in cui venivano illustrate le linee della *Corporate Social Responsibility*, intendendosi l'insieme delle politiche, decisioni e azioni che allineano l'operato dell'impresa agli obiettivi e ai valori della società. Non è questa la sede per ripercorrere l'evoluzione della materia: si può dire che l'elaborazione è giunta anche a teorizzazioni più estreme per le quali lo scopo dell'impresa dovrebbe essere la massimizzazione non tanto del profitto quanto degli interessi, vari e diffusi, degli *stakeholders*. Non pochi sono gli studiosi che hanno criticato le idee di Friedman, tra i quali un altro premio Nobel come Joseph Stiglitz, secondo cui è giunto il momento di insistere sull'importanza della creazione di valore nel lungo termine<sup>10</sup>. Due docenti della Harvard Business School, Joseph Bower e Lynn Paine hanno poi scritto che la massimizzazione dello *shareholder value* costituisce «the error at the heart of corporate leadership»<sup>11</sup>. Recentemente, due economisti di Oxford hanno criticato Friedman. Colin Mayer ritiene che la tesi dell'economista di Chicago non costituisca una legge naturale, ma rappresenti una minaccia, una vera e propria teoria sovversiva<sup>12</sup>. Per Paul Collier il capitalismo tradizionale non ha raggiunto i suoi obiettivi, è fallito ed ha fatto nascere una "società dei Rottweiler", dove aggressione, umiliazione e paura sono i sentimenti dominanti, mentre occorre dare vita ad un capitalismo etico<sup>13</sup>.

Il cambio di paradigma<sup>14</sup> fatto proprio dalla Business Roundtable non è una novità assoluta perché, in tempi recenti e a più riprese, i vertici delle imprese fra le più capitalizzate al mondo hanno espresso i medesimi intendimenti. Si pensi, ad esempio, ad una lettera di Larry Fink, CEO del fondo di investimento BlackRock. Nel corso del 2019 Fink ha scritto che i

---

<sup>9</sup> H. BOWEN, *Social Responsibilities of the Businessman*, New York, 1953.

<sup>10</sup> Si veda l'articolo Stiglitz *detta la linea ai capitalisti progressisti: ecco l'agenda per battere nazionalisti di destra e neoliberali di sinistra*, apparso su *Business Insider Italia* del 14 giugno 2019.

<sup>11</sup> J. L. BOWER - L. S. PAINE, *The Error at the Heart of Corporate Leadership*, in *Harvard Business Review*, vol. 95, n. 3, 2017.

<sup>12</sup> C. MAYER, *Prosperity. Better Business Makes the Greater Good*, Oxford, 2019.

<sup>13</sup> P. COLLIER, *The Future of Capitalism: Facing the New Anxieties*, 2018. Sul tema, la letteratura è sterminata. Si vedano, ad esempio, F. L. BLOCK, *Capitalism. The future of an illusion*, Oakland, 2018; R. SKIDELSKY, *Money and Government. A challenge to mainstream economics*.

<sup>14</sup> Si consideri che la Business Roundtable aveva aderito completamente alle tesi di Milton Friedman in un precedente documento del 1997 intitolato "Statement on Corporate Governance".

lavoratori e non solo gli azionisti hanno voce in capitolo nel definire lo scopo di una impresa<sup>15</sup>. Prima ancora, si erano mossi in tale direzione anche altri CEO, come ad esempio Tim Cook di Apple e l'ex AD di General Electric Jack Welch che riteneva una "dumb idea" quella per cui le società si devono concentrare solo sul fare denaro per i propri azionisti<sup>16</sup>. Non tutti i CEO delle imprese facenti parte della Business Roundtable hanno però sottoscritto il documento: delle 188 imprese solo 181 lo hanno fatto. È eclatante la mancata firma di Larry Culp, nuovo AD di General Electric e di Stephen Schwarzman del fondo di *private-equity* The Blackstone Group, che si sono astenuti dall'associarsi agli altri, forse perplessi sulle ripercussioni di una tale presa di posizione sugli investitori. È evidente, comunque, che la diga sembra ormai aperta e che sarà sempre maggiore l'interesse delle imprese a portare avanti gli interessi dei diversi *stakeholders* perché in futuro, tramite i *social network*, il boicottaggio verso imprese non etiche sarà sempre più agevole e marcato. Alcuni eminenti economisti insistono, poi, sull'importanza che le imprese devono avere nei riguardi delle comunità locali<sup>17</sup>. C'è dunque un netto spostamento dal piano squisitamente economico a quello sociale ed etico.

Le chiavi di lettura del documento recentemente sottoscritto sono molteplici e v'è anche chi lo relega a mero truismo per l'ovvietà del contenuto<sup>18</sup>. Cercando di dare un significato alla dichiarazione, non ci sono dubbi che la *corporate responsibility* traguardi (anche) a superare l'incapacità degli Stati di prendere cura di alcuni interessi, come ad esempio l'ambiente:

---

<sup>15</sup> Si tratta della Larry Fink's 2019 Letter to CEOs - Profit & Purpose, consultabile sul sito [www.blackrock.com](http://www.blackrock.com). Larry Fink ha scritto: "Profits are in no way inconsistent with purpose - in fact, profits and purpose are inextricably linked. Profits are essential if a company is to effectively serve all of its stakeholders over time - not only shareholders, but also employees, customers, and communities. Similarly, when a company truly understands and expresses its purpose, it functions with the focus and strategic discipline that drive long-term profitability. Purpose unifies management, employees, and communities. It drives ethical behavior and creates an essential check on actions that go against the best interests of stakeholders. Purpose guides culture, provides a framework for consistent decision-making, and, ultimately, helps sustain long-term financial returns for the shareholders of your company". E, ancora: "(...) workers, not just shareholders, can and will have a greater say in defining a company's purpose, priorities, and even the specifics of its business".

<sup>16</sup> F. GUERRERA, *La svolta del capitalismo americano: i profitti non bastano più. Bisogna occuparsi di clima e comunità*, ne *La Stampa*, 24 agosto 2019.

<sup>17</sup> R. RAJAN, *Il terzo pilastro*, Milano, 2019.

<sup>18</sup> Così si esprime J. R. COPLAND, *The Business Roundtable's statement isn't revolutionary. It's a truism*, in *The Washington Post*, 22 agosto 2019. Secondo l'Autore, la dichiarazione: «(...) proclaims that each of the chief executives signing on shares a fundamental commitment to all of our stakeholders including customers, suppliers, employees and the broader community. But that's a truism. No business can long survive without meeting such stakeholders' needs».

le imprese potrebbero, ad esempio, aiutare i Paesi sostituendosi a quei governi incapaci di farlo adeguatamente. A prescindere dal fatto che lo Stato non è neppure menzionato tra gli *stakeholders* dalla Dichiarazione,<sup>19</sup> c'è da dire che non è un caso che le azioni poste in essere dalle imprese nella loro attività di *corporate responsibility* siano, a volte, addirittura antecedenti a leggi statali. È accaduto, ad esempio, negli Stati Uniti, a proposito del riconoscimento di diritti ai *partner* degli omosessuali e delle prese di posizione di note società contro la discriminazione ed il razzismo. In chiave politica, poi, il documento potrebbe essere visto anche come una risposta ai movimenti populistici e sovranisti che hanno accusato i governi di aver lasciato troppa libertà alle imprese a discapito dei dipendenti. Larry Summers, ex segretario al Tesoro durante la presidenza di Bill Clinton, ritiene che il documento costituisca una presa di posizione delle società per evitare una imminente riforma fiscale<sup>20</sup>. Non sono poi da sottovalutare le opinioni di chi ha visto nel documento un mezzo per dialogare con i candidati alle elezioni presidenziali americane del 2020, quando potrebbero affermarsi i democratici. In proposito, giova ricordare la senatrice democratica Elizabeth Warren – in corsa per ottenere la nomination –, che si è fatta promotrice di proposte di legge in cui traspare chiaramente l'etica nel capitalismo. Si tenga conto del Reward Work Act (2018), la cui promulgazione introdurrebbe limiti agli *stock buybacks* (i riacquisti di azioni proprie da parte delle società), fonte di profonde ineguaglianze<sup>21</sup>, e dell'Accountable Capitalism Act (2018), tramite il quale si attribuirebbe ai lavoratori il diritto di eleggere membri del Consiglio di Amministrazione, come avviene in Germania. Il nocciolo di queste idee è il coinvolgimento degli *stakeholders* diversi dagli azionisti quando devono essere prese decisioni aziendali. È vero, tuttavia, che la categoria degli *stakeholders* è assai variegata e possono sorgere anche conflitti al suo interno (ad esempio, vi sono lavoratori il cui interesse è lavorare di più per ottenere un salario più alto ed altri il cui interesse è lavorare meno per poter dedicare maggiore tempo a famiglia e tempo libero) mentre la preminenza che era stata data allo *shareholder value* permetteva di superare questi conflitti. Un analista

---

<sup>19</sup> G. TONIOLO, *Manca lo Stato nella svolta etica di Wall Street*, in *Il Sole 24 Ore*, 23 agosto 2019. Scrive: «Agli occhi di un osservatore europeo (...) colpisce nella dichiarazione della Roundtable l'assenza di un importante stakeholder, lo Stato. Sembra quasi che le imprese si sentano oggi tanto grandi e dotate di risorse tanto abbondanti da ritenere di poter fare tutto da sole».

<sup>20</sup> Si veda, in proposito, R. HENDERSON - P. TEMPLE WEST, *Group of US corporate leaders ditches shareholder-first mantra*, in *Financial Times*, 19 agosto 2019.

<sup>21</sup> W. LAZONICK, *Profits Without Prosperity: How Stock Buybacks Manipulate the Market and Leave Most Americans Worse Off*, in *Harvard Business Review*, Settembre 2014.

italiano<sup>22</sup>, ha sottolineato acutamente che il documento potrebbe anche costituire un monito per gli azionisti per il futuro: la decrescita demografica mondiale, unitamente ai processi dell'automazione, potrebbero provocare una decrescita della produzione e dunque un minore valore delle imprese<sup>23</sup>.

Quello che sorprende è che nel momento in cui gli amministratori delegati delle grandi imprese discutono - giustamente - di capitalismo etico, negli ultimi anni le loro retribuzioni sono cresciute esponenzialmente<sup>24</sup> e poco è stato fatto con riguardo al salario minimo dei lavoratori. Uno studio dell'Economic Policy Institute, istituto di ricerca di Washington DC, ha affermato che il compenso dei CEO delle 350 più grandi imprese americane è aumentato del 940% dal 1978 ad oggi, mentre quello dei lavoratori del 12%<sup>25</sup>. Si parla, al riguardo, di *CEO pay ratio* per indicare il rapporto tra il compenso di un CEO e quello di un dipendente. Alcuni studi dimostrano come anche in Italia il divario nelle società quotate al segmento MTA sia cresciuto, attestandosi oggi su 38 volte<sup>26</sup>. Ad avviso di chi critica Friedman, la sua tesi avrebbe spinto i CEO a perseguire gli obiettivi di breve termine: il legame tra la retribuzione dei CEO e l'andamento in borsa delle società altro non sarebbe stato che un espediente per manipolare il prezzo delle azioni, anche impiegando fondi per riacquistare azioni per far lievitare i prezzi (gli *stock buybacks*). Quello che oggi interessa è almeno una maggiore trasparenza sui compensi dei vertici aziendali. Oltre alla classica disposizione sul compenso degli amministratori *sub art. 2389 cod. civ.*, sono intervenute numerose

<sup>22</sup> A. BRAMBILLA, *Ipotesi dietro alla svolta pop dei big di Wall Street*, in *Il Foglio*, 21 agosto 2019. Si veda anche G. ARFARAS, *Capitali stanchi. Il riflusso della globalizzazione*, in *Il Foglio*, 21 agosto 2019.

<sup>23</sup> Vi sono anche teorie più estreme, come quella della "decrecita felice". Si veda, S. LATOUCHE, *Breve trattato sulla decrescita felice*, Torino, 2008. S. LATOUCHE, *Come si esce dalla società dei consumi. Corsi e percorsi della decrescita*, Torino, 2011. Sulla scia in Italia Maurizio Pallante ha fondato il Movimento per la Decrescita Felice. Tali idee sono state respinte, ad esempio, dal Governatore della Banca d'Italia Ignazio Visco che, intervenendo ad un convegno dell'ANVUR nel 2014, ha ricordato che la crescita economica sostenuta e bilanciata è necessaria per garantire la stabilità finanziaria e, ancora, che «c'è chi dice che ci si possa fermare e non crescere più, la cosiddetta decrescita felice: qualcuno potrà stare anche bene, ma la maggior parte di noi ne soffrirebbe drammaticamente».

<sup>24</sup> S. BOCCONI, *Se il boss guadagna mille volte la mia paga*, in *Il Corriere della Sera - Inserto Economia*, 26 agosto 2019.

<sup>25</sup> L. MISHEL - J. WOLFE, *CEO compensation has grown 940% since 1978*, Report del 14 agosto 2019, disponibile sul sito istituzionale [www.epi.org](http://www.epi.org). Sul tema, si veda S. BOCCONI, *Stipendi, in Italia un Ceo guadagna 38 volte il compenso di un dipendente*, in *Il Corriere della Sera*, 12 luglio 2019.

<sup>26</sup> Si tratta dello studio condotto dall'Ufficio Studi Mediobanca (MBRES) per il 2017 dal titolo *Caratteristiche dei board delle società con sede in Italia quotate al segmento MTA* pubblicato nel dicembre 2018 e disponibile su [www.mbres.it](http://www.mbres.it)

disposizioni. Così, il codice di autodisciplina delle società quotate prevede (fin dal 2010), all'art. 6 alcune buone pratiche in materia di remunerazione: la remunerazione di amministratori esecutivi e dei dirigenti con responsabilità strategiche è definita in modo tale da allineare i loro interessi con il perseguimento dell'obiettivo prioritario della creazione di valore per gli azionisti in un orizzonte di medio-lungo periodo e viene prevista l'istituzione di un comitato per la remunerazione all'interno del CdA, composto da amministratori indipendenti. È evidente che per la creazione del valore occorre che le politiche retributive siano concentrate sul lungo periodo e non sul breve. Inoltre, è stata introdotta, sempre per le società quotate, una relazione sulla remunerazione nell'art. 123-ter TUF<sup>27</sup> in cui si prevede che le società con azioni quotate mettano a disposizione del pubblico una relazione sulla remunerazione (comma 1). Accanto alla relazione è stato introdotto il cd. *say on pay*, cioè il diritto degli azionisti di votare nell'assemblea a favore o contro la relazione sulla remunerazione (comma 6). Tuttavia la deliberazione non è vincolante sì che la capacità di controllo da parte dei soci sulle retribuzioni non è facile e l'eventuale voto contrario non ha grande effetto deterrente<sup>28</sup>. Nel settore bancario, poi, sono previste specifiche norme sulla remunerazione delle posizioni apicali, anche nelle disposizioni di vigilanza di Banca d'Italia<sup>29</sup>. Di recente, è stata recepita la Direttiva SHRD II del 2017, attuata nel giugno 2019 che ha introdotto alcune novità anche in tema di *say on pay*<sup>30</sup>. Per le società il cui controllo è pubblico, sono previsti limiti ai compensi per i manager pubblici previsti dall'art. 11, comma 6 del Testo

---

<sup>27</sup> La relazione sulla remunerazione è stata introdotta dall'art. 1, comma 1, d.lgs. 30 dicembre 2010, n. 259

<sup>28</sup> La letteratura in argomento è vasta. Si veda, M. L. VITALI - M. MIRAMONDI, *Il say on pay nel recente Quaderno Consob*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it)

<sup>29</sup> Si vedano, ad esempio, le Disposizioni in materia di politiche e prassi di remunerazione e incentivazione nel settore bancario, più volte aggiornate. Tali disposizioni sono state poi abrogate ed integrate nelle Disposizioni di Vigilanza 17 dicembre 2013, n. 285 (Parte Prima, Titolo IV, Capitolo 2), anch'esse più volte aggiornate, da ultimo per recepire la Direttiva CRD IV e le EBA Guidelines sulle politiche remunerative emanate il 27 giugno 2016.

<sup>30</sup> Si tratta della direttiva 2017/828 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2017, che modifica la direttiva 2007/36/CE per quanto riguarda l'incoraggiamento dell'impegno a lungo termine degli azionisti Shareholders' Rights Directive II, attuata con il d. lgs. 10 maggio 2019, n. 49 recante Attuazione della direttiva 2017/828 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2017, che modifica la direttiva 2007/36/CE per quanto riguarda l'incoraggiamento dell'impegno a lungo termine degli azionisti. In particolare, il *say on pay* è previsto dall'art. 9-ter della Direttiva e recepito dall'art. 3 del d.lgs. 49/2019

Unico in materia di Società a Partecipazione Pubblica (TUSPP)<sup>31</sup> che prevede un tetto massimo di compenso individuato in 240.000 euro annui. La questione della remunerazione dei vertici aziendali mette in luce anche alcune contraddizioni nel lento percorso che conduce ad un capitalismo autenticamente etico ed inclusivo.

Il dibattito sul capitalismo e sullo scopo dell'impresa, sebbene avvertito in diverse parti del globo, è emerso soprattutto negli Stati Uniti, in un periodo particolare, alla vigilia della competizione elettorale per l'elezione del nuovo Presidente. C'è da chiedersi se l'era del capitalismo conosciuto sino ad ora sia conclusa. Nel 1992, Francis Fukuyama parlò in un suo noto libro di "fine della storia"<sup>32</sup>. Pochi pensarono che la conclamata fine della storia potesse essere una pura illusione, una sorta di sterile dissertazione accompagnata da una valutazione riduttiva che poteva condurre a conclusioni sbagliate, a nuovi conflitti. La valutazione di Fukuyama si rivelò sbagliata e sembra oggi prematuro ed azzardato parlare di fine del vecchio capitalismo. Più realisticamente, lo *Zeitgeist* pretende oggi un "*better capitalism*": la richiesta avviene in un momento particolare e favorevole quando, a seguito delle crisi economiche, ci si è accorti che il vecchio capitalismo non ha completamente risposto ai desiderata della *comunitas*, che vuole interagire con chi è coinvolto nell'attività di un gruppo economico. È dunque forse giunto il momento di ripensare quello scopo di lucro, presupposto del contratto di società ex art. 2247 cod. civ. e, più in generale, il cambiamento delle finalità dell'impresa<sup>33</sup>? Solo il tempo lo dirà. Se è vero che di strada ne è stata fatta nei vari Paesi occidentali da quando cento anni fa, nel 1919, la Corte Suprema del Michigan affermò che Henry Ford dovesse agire nell'interesse degli azionisti, piuttosto che nell'interesse dei lavoratori o dei consumatori<sup>34</sup>, è altrettanto vero che per il momento, la Dichiarazione della Business Roundtable, dal contenuto così generico, non consente di parlare di vera svolta, di *end of capitalism*, e non è fonte di un

---

<sup>31</sup> Si veda il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, recante Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, ed integrato dal d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100.

<sup>32</sup> F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, New York, 1992.

<sup>33</sup> U. TOMBARI, «Potere» e «interessi» nella grande impresa azionaria, Milano, 2018. Tombari ricorda che in alcuni ordinamenti l'equilibrio tra *shareholders* e *stakeholders* è risolto facendo carico all'organo amministrativo di realizzare un'adeguata compensazione e mediazione di tutti gli interessi coinvolti; l'autorevole studioso vede con favore l'introduzione della società *benefit* nell'ordinamento italiano che, oltre allo scopo di distribuire l'utile, si propongono anche finalità di beneficio comune. Si veda, altresì, M. ONADO, *Le imprese guardino al beneficio comune*, in *Il Sole 24 Ore*, 17 marzo 2019.

<sup>34</sup> *Dodge v. Ford Motor Company*, 204 Mich. 459, 170 N.W. 668 (Mich. 1919). La Corte rifiutò l'idea portata avanti da Ford secondo cui lo scopo della società fosse quello di «benefit mankind». La Corte statò che: «a business corporation is organized and carried on primarily for the profit of the stockholders».

obbligo per i CEO ma costituisce al più una dichiarazione di buone intenzioni, come autorevolmente ricorda il Professor Umberto Tombari il quale precisa che molte imprese multinazionali si sono rese conto di rappresentare la fonte principale delle diseguaglianze a livello globale<sup>35</sup>. Per far sì che il capitalismo inclusivo non costituisca una mera dichiarazione d'intenti e l'Italia possa vantare una sorta di primato propositivo, il Professore<sup>36</sup> ha opportunamente proposto l'introduzione di una disposizione di diritto societario comune per la quale i soci abbiano tre opzioni: a) perseguire in via esclusiva interessi lucrativi, come oggi prevede l'art. 2247 cod. civ.; b) contemperare interessi lucrativi e beneficio comune, generalizzando il modello delle società benefit; c) perseguire unicamente finalità non lucrative, solidaristiche e di utilità sociale.

Concludendo, non si può non ricordare che l'idea di capitalismo inclusivo e di valore sociale d'impresa non sia stata perseguita da illuminati imprenditori e manager del nostro Paese. Si pensi, solo per fare qualche esempio a Enrico Mattei per l'impresa pubblica e ad Adriano Olivetti per l'impresa privata. La scommessa è ora quella di andare avanti concretizzando i tanti suggerimenti susseguitesesi nel più o meno recente passato anche e soprattutto nel "laboratorio Italia"<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> F. DE BORTOLI, *Il colore dei profitti. È sincera la svolta green?*, in *Il Corriere della Sera - Inserto Economia*, 26 agosto 2019.

<sup>36</sup> U. TOMBARI, *Dalla svolta etica di Wall Street una chance anche per l'Italia*, in *Il Sole 24 Ore*, 26 agosto 2019.

<sup>37</sup> R. BARLAAM, *Caio: «Su svolta etica e profitti l'Italia è già un laboratorio»*, in *Il Sole 24 Ore*, 22 agosto 2019. Su questo si leggano le auliche parole di Luigi Einaudi sulla vocazione naturale dell'imprenditore: «Migliaia, milioni di individui lavorano, producono e risparmiano nonostante tutto quello che noi possiamo inventare per molestarli, incepparli, scoraggiarli. È la vocazione naturale che li spinge; non soltanto la sete di guadagno. Il gusto, l'orgoglio di vedere la propria azienda prosperare, acquistare credito, ispirare fiducia a clientele sempre più vaste, ampliare gli impianti, costituiscono una molla di progresso altrettanto potente che il guadagno. Se così non fosse, non si spiegherebbe come ci siano imprenditori che nella propria azienda prodigano tutte le loro energie ed investono tutti i loro capitali per ritirare spesso utili di gran lunga più modesti di quelli che potrebbero sicuramente e comodamente ottenere con altri impieghi».





**Ianus - Diritto e finanza**

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 20 - dicembre 2019

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