

RIVISTA DI DIRITTI COMPARATI



Rivista Quadrimestrale

1/2017

Rivista di diritti comparati

Rivista quadrimestrale

Anno I – N. 1/2017

DIREZIONE

Andrea Buratti (Università di Roma – Tor Vergata)
Giuseppe Martinico (Scuola Superiore Sant'Anna)
Oreste Pollicino (Università Bocconi)
Giorgio Repetto (Università di Perugia)
Raffaele Torino (Università Roma Tre)

COMITATO SCIENTIFICO

Richard Albert (Boston College), Vittoria Barsotti (Univ. Firenze), Francesco Bilancia (Univ. Chieti-Pescara), Roberto Bin (Univ. Ferrara), Giuseppe Bronzini (Corte di cassazione), Ermanno Calzolaio (Univ. Macerata), Paolo Carrozza (Scuola Sant'Anna, Pisa), Marta Cartabia (Univ. Bicocca, Corte costituzionale), Ginevra Cerrina Feroni (Univ. Firenze), Francesco Cerrone (Univ. Perugia), Roberto Conti (Corte di cassazione), Diego Corapi (Univ. Sapienza, Roma), Barbara De Donno (Luiss "Guido Carli"), Pasquale De Sena (Univ. Cattolica del Sacrocuore, Milano), Giuseppe De Vergottini (Univ. Bologna), Alessandra Di Martino (Univ. Sapienza, Roma), Giuseppe Franco Ferrari (Univ. Bocconi), Tommaso Edoardo Frosini (Univ. Suor Orsola Benincasa), Anna Gamper (Universität Innsbruck), Javier García Roca (Universidad Complutense de Madrid), Michele Graziadei (Univ. Torino), Peter Hay (Emory University), Nicola Lupo (Luiss "Guido Carli"), Elena Malfatti (Univ. Pisa), Francesco S. Marini (Univ. Roma Tor Vergata), Giovanni Marini (Univ. Perugia), Roberto Mastroianni (Univ. Napoli Federico II), Petros Mavroidis (Columbia University, NY; Université de Neuchâtel), Antonello Miranda (Univ. Palermo), Luigi Moccia (Univ. Roma Tre), Laura Montanari (Univ. Udine), Massimo Papa (Univ. Roma Tor Vergata), Ernst Ulrich Petersmann (European University Institute), Valeria Piccone (Corte di Cassazione), Cesare Pinelli (Univ. Sapienza, Roma), Giovanni Pitruzzella (Univ. Palermo, AGCM), Miguel Poiars Maduro (European University Institute), Marie-Claire Ponthoreau (Université de Bordeaux), Patricia Popelier (University of Antwerp), Paolo Ridola (Univ. Sapienza, Roma), Roberto Romboli (Univ. Pisa), Antonio Ruggeri (Univ. Messina), Alejandro Saiz Arnaiz (Universitat Pompeu Fabra), Roberto Scarciglia (Univ. Trieste), Robert Schütze (Durham University), Francesco Viganò (Univ. Bocconi)

REDAZIONE

Marco Bassini (Università Bocconi)
Antonello Ciervo (Università di Perugia)
Giacomo Delledonne (Scuola Superiore Sant'Anna)
Claudio Di Maio (Università Roma Tre)
Francesco Saitto (La Sapienza - Università di Roma)

SOMMARIO

Saggi

- CESARE PINELLI, *Illiberal Regimes in the Perspective of Comparative Constitutionalism* [pp. 3-15]
- CRISTINA FASONE, *The Influence of the Standing Committes on the Form of Government. The Case of France, Italy and the UK* [pp. 16-59]
- HAIDEER MIRANDA BONILLA, *Diálogo judicial interamericano en derechos humanos* [pp. 60-89]
- ANTONIO RUGGERI, *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse dei minori* [pp. 90-124]

Note e commenti

- RAMÓN MÚGICA ALCORTA, *Las competencias municipales “impropias” en la reforma del régimen local español* [pp. 125-166]
- ELISABETTA PALICI DI SUNI, *Simboli religiosi e laicità: aperture e chiusure in alcune recenti pronunce* [pp. 167-175]

Recensioni e letture critiche

- NICOLA CEZZI, *Le finzioni di Marbury vs. Madison e la rule of law d’America* [pp. 176-186]

Il regolamento relativo alla procedura di valutazione dei contributi pubblicati nella *Rivista* e le *Norme editoriali* sono disponibili on line all’indirizzo www.diritticomparati.it/rivista.

Editore: Andrea Buratti (Università di Roma “Tor Vergata”), Giuseppe Martinico (Scuola Universitaria Superiore Sant’Anna di Pisa), Oreste Pollicino (Università commerciale “L. Bocconi” - Milano), Giorgio Repetto (Università di Perugia), Raffaele Torino (Università Roma Tre)

Coordinatore Editoriale: Serenella Quari

Sede: Via Roentgen, 1 – 20136 Milano / Via O. Raimondo, 18 – 00173 Roma

ISSN: 2532-6619

Illiberal regimes in the perspective of comparative constitutionalism *

Cesare Pinelli

1. *Premise*

Illiberal regimes are generally defined as regimes in which neither democracy nor fundamental rights are granted, and in which rule of law is substantially disregarded. Constitutional democracies, conversely, are regimes in which these principles and institutions are both granted and interconnected. No further distinction, on the other hand, is drawn between the constitutional democracies which were instituted gradually through a process of internal development within a given nation's form of government, and the more frequent instance of constitutional democracies which were instituted after the collapse of a former totalitarian state (namely, the typical instance of twentieth-century illiberal regimes).

It is also commonly acknowledged that several of the regimes to have emerged worldwide in recent decades are to be located at some intermediate point in the constitutional democracy/totalitarian state dichotomy. How these regimes should be classified theoretically and how they may stabilize are still matters to be assessed: rather than attempt a taxonomy, it is thus preferable to offer an account of their origins and of the problems raised by their emergence in the perspective of comparative constitutionalism.

2. *The totalitarian State as prototypical twentieth-century illiberal regime*

Differences between Nazi, Fascist, and Communist ideologies and practices notwithstanding, the illiberal regimes that took hold in the majority of European countries in the twentieth century marked a watershed in the practices of individual and collective experience. While the repression of dissent had been the primary concern of

* L'articolo non è stato sottoposto a referaggio, in conformità al Regolamento della Rivista, in quanto proveniente da un membro del comitato scientifico.

absolutist and authoritarian regimes, totalitarian regimes needed to secure active consent from the people – not least because the prior introduction of universal suffrage had already involved large sectors of the population in the public sphere, qua electorate. Consent was certainly achieved through the institution of a police state and the creation of a single mass party (hierarchically organized and closely interwoven with the state bureaucracy); what also proved vital was the use of mass propaganda technologies, available to political power for the first time in history.

As theorized by Italian philosopher Giovanni Gentile, in a totalitarian system “everything is in the State and nothing that is either human or spiritual exists, or is valuable, outside the State”¹. Ernst Cassirer was later to observe that even clever and cultivated men surrendered “the highest human privilege”, and all of them began to feel, to think and to speak in the same way, without realizing their own lives were manoeuvred by political rulers². By managing to inform the thoughts of individual citizens, totalitarian regimes succeeded in making public and private reason coincide. The feature of totalitarian regimes some theorists describe as their ‘concreteness’ consisted in the abolition of the distance between political power and the realm of the individual, the aim of which was to transform people into slaves.

At the Constituent Assemblies that convened after World War II there was a widespread sense that hitherto unknown evils had discredited the state; and at the same time, an account had to be provided for the failure of the previous liberal regimes to resist the totalitarian turn. Overall, a thorough re-examination of the relationship that had held between state and constitution since the French Revolution was felt to be in order.

The 1789 total breach with the *ancien régime*, the so called “*table rase*”, rested on the assumption that the plans for a future of freedom and equality for all could be drawn by the *volonté générale* as expressed in parliament. The law was conceived as an abstraction, at a remove from the actual needs of the people and the rights of the individual. The principle of equality before the law itself only granted

¹ G. Gentile, *Fascismo (dottrina del)*, in *Enciclopedia Italiana*, vol. XIV, Istituto dell’Enciclopedia Italiana, 1932, 835.

² E. Cassirer, *The Myth of the State*, Yale University Press, 1946, 483.

the equal treatment of citizens on formal grounds, while *de facto* laying the premises for discrimination. At the same time, the danger of a new form of absolutism (the “tyranny of the majority” denounced by Tocqueville) lay in the very principle of legitimacy parliament drew from the fact of representing the people. Finally, with the abolition of the *corps intermédiaires* (the system of associations and professional groups) which under the monarchy had held its absolutist pretensions in check, nothing remained between the state and the individual, the former directly exerting its authority over the latter through an increasingly centralized administration. Due to its abstractness, however, this design failed to meet the totalitarian launch of a ‘turn towards the concrete’, while at the same time exerting a strong influence on the rest of continental Europe.

3. The post-totalitarian Constituent Assemblies

The post-World War II Constituent Assemblies were thus confronted with the issue of reversing totalitarianism (particularly the blurring of the public/private divide, with the State interfering with the conscience of individuals) without reviving the ‘abstract’ version of sovereignty.

It is for this reason that the new constitutional perspective prevents any subject, including the state, from determining the ultimate ends of the community, which are expressed as substantive principles enshrined in the constitution. Meanwhile, the state itself ceases to be viewed as a monolithic entity; it is viewed, rather, as a set of public institutions whose constitutional legitimacy is relative to the respective functions of each, and made to descend from a pre-determined hierarchy.

This new version of constitutionalism aimed to overcome the atomistic conception of freedom that had characterized the post-1789 era over large stretches of the European continent: emphasis was placed on the relational dimension of individual identity by guaranteeing freedom of association (which did not feature in the nineteenth-century charters) and promoting pluralism in the social, economic, cultural and religious spheres. Such pluralism, in turn, was intended as a corrective to a purely representative democracy and

envisaged the direct involvement of the people at referenda and/or through the election of representatives at the local level. In this regard, a federal or a regional state structure was established on the twofold assumption that citizens are more likely to be aware of, and take interest in issues debated at a local level than the general policies discussed in the national assemblies, and that such structure serves the end of breaking down public power along vertical lines, thus complementing the division of power effected by the separation of powers at the horizontal level.

In order to foster a pluralistic version of democracy and prevent the formation of a monolithic power block, democratic practices were extended beyond electoral processes. First and foremost, democracy was compounded by the recognition of citizens' fundamental rights, whose full application was deemed necessary to ensure that electoral choices were made self-consciously. In the sophisticated version of the rule of law instantiated by the introduction of constitutional review over legislation, the judiciary was made fully independent in order to safeguard the enjoyment of such rights. Accordingly, different legitimation procedures were provided for elected officials and courts respectively, although this paved the way for a progressive imbalance between the democratic and the liberal pillar of the system.

4. *Illiberal democracy*

Post-1945 European Constitutions are still in force. Inter alia, this has tempered political conflict vis-à-vis the turbulent experience of the past. The new European constitutional states thus joined the family already formed by the United Kingdom, the United States, and Canada, which further grew with the accession of India, Japan, and Australia. Meanwhile, the Cold War created a division which extended beyond its military and economic aspects to a conflict of opposite *Weltanschauungen*. Hence, from a Western perspective, the divide between constitutional democracies and totalitarian States (or, in political terms, between "the free world" and Communism) which for a long time captured the essence of the liberal/illiberal regimes distinction.

Following the assertion that constitutional democracy had become the predominant type among constitutional regimes, Carl J. Friedrich and Zbigniew K. Brzezinski further suggested that totalitarian dictatorships, their current counterparts, differed from earlier autocracies not just inasmuch as their ideology covered “all vital aspects of man’s existence”, but because they “could have arisen only within the context of mass democracy and modern technology”³. Although opposed, totalitarianism and constitutional democracy were thus viewed as common products of an irreversible process of worldwide modernization.

The success of the 1979 Iranian Revolution, with its emphasis returning to the country’s religious tradition, should alone have demonstrated that generalized progress toward modernity was not to be taken for granted. What is more, the regime of the *Ayatollahs*, where religious bodies exert a tutelary role over elected officials, was in no way compatible with an exclusive constitutional democracy/totalitarianism dichotomy.

Further problems with this dichotomy became evident as the Soviet Union collapsed, bringing the Cold War to an end. While purely totalitarian regimes virtually disappeared (as even China liberalized its economy), constitutional democracies developed only in South Africa and in a series of Latin American States – with some difficulty. The new scenario was characterized, rather, by a huge flourishing of non-totalitarian illiberal regimes.

The formula ‘illiberal democracy’ was thus tentatively proposed to designate regimes which could be said to stand at some point between constitutional democracy and totalitarianism: although the number of democracies has increased to 118 out of the world’s 193 States, “many countries are settling into a form of government that mixes a substantial degree of democracy with a substantial degree of illiberalism”, with the implication that “Illiberal democracies gain legitimacy, and thus strength, from the fact that they are reasonably democratic”⁴.

³ C. J. Friedrich and Z. K. Brzezinski, *Totalitarian Dictatorship and Autocracy*, Harvard University Press, 1956, 27.

⁴ F. Zakaria, *The Rise of Illiberal Democracy*, in 76 *Foreign Affairs* (1997), 22.

It is important to note that constitutional democracies were founded and flourished on the understanding that free elections tie in with the rule of law and the safeguard of fundamental rights. Conversely, what the illiberal democracy formula implies is that the holding of elections suffices to qualify a certain system as democratic.

Outside the perimeter of what has traditionally been labelled as ‘violation of civil liberties’ lie further threats to constitutional democracy. Phenomena such as the virtual monopoly of the media by governing parties through patronage deals or proxy arrangements, or the disparity of resources between incumbents and the opposition created by state/party/business ties are likely not to be framed as civil liberties violations (the way, e.g., the closing down of newspapers would). And yet such uses of political power constitute an infringement of citizens’ political rights, the exercise of which is necessary for free elections⁵. It is crucial to note that “the use of political power to gain access to other goods is a tyrannical use. Thus, an old description of tyranny is generalized: princes become tyrants, according to medieval writers, when they seize the property or invade the family of their subjects”⁶.

On the other hand, the manipulation of democratic practices may give rise to the emergence of populist leaders even in countries where constitutional democracies were already established. While nominally democratic, in the actual exercise of power populist leaders have been observed to disregard (and sometimes interfere with) the rule of law and the separation of powers principle⁷. A greater cause for concern lies in the fact that an appeal to constitutional principles themselves is frequently made to justify such phenomena. For instance, the concentration of media power is justified on grounds of economic freedom (although it negatively affects freedom of information). Populist leaders, further, incline towards a misrepresentation of parliamentary procedures and of the

⁵ S. Levitsky and L. A. Way, *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes After the Cold War*, Cambridge University Press, 2010, 6.

⁶ M. Walzer, *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, Basic Books, 1993, 19.

⁷ C. Pinelli, *Populism and Illiberal Democracies: The Case of Hungary*, in Z. Szente, F. Mandak and Z. Fejes (eds.), *Challenges and Pitfalls in the Recent Hungarian Constitutional Development. Discussing the New Fundamental Law of Hungary*, L’Harmattan, 2015, 211.

independence of the judiciary on the strength of the argument that the will of the people is the ultimate source of legitimacy, casting them above other powers.

In the light of the above, it may be argued the ‘illiberal democracy’ formula is a misnomer, suggesting as it does that the regimes it designates are substantially democratic, although illiberal. They should, rather, be regarded as a type of illiberal regime that differs in certain respects from the totalitarian.

An alternative definition, that of “competitive authoritarian regimes”, is predicated on the fact that the contest for power in these regimes is ostensibly democratic; yet, while the opposition parties may run for election, they are however severely handicapped by fraud, civil liberties violations, and the abuse of state and media resources⁸. While there are grounds for a distinction between competitive authoritarian regimes so understood and mere ‘façade democracies’, it can be difficult in practice to draw a line of demarcation between them, as the instance of Russia may prove⁹.

At bottom, these definitions rest on the assumption that the Schumpeterian view of democracy as an electoral competition aimed at selecting governmental authorities also applies to constitutional democracies. However, as we have seen, there is much more to the structure of a democracy in the constitutional system than mere electoral competition.

5. The Western pretension to export democracy and civilization

The discussion so far has focussed on the constitutional and political organization of public life, though a further element needs to be taken into account. Counter to what had been envisaged as a global process of modernization, the 1979 Iranian Revolution was the first indication that a return to religious or cultural traditions was taking place among non-Western civilizations, alongside the rise of non-totalitarian illiberal regimes.

⁸ S. Levitsky and L. A. Way, *Competitive Authoritarianism*, cit.

⁹ L. Diamond, *Facing up to the Democratic Recession*, in 26.1 *Journal of Democracy* (2015), 144.

As globalization has brought civilizations at closer quarters than in the past, the question arises as to whether the latent conflict among different civilizations is founded on a principle of respective legitimacy or rather on the pretence to hegemony of one upon the others – as implied in the thesis that conflict opposing ‘the West’ to ‘the Rest’ has supplanted ideological and other forms of conflict¹⁰.

Diverging from the view that, in our times, “A country does not have to be deemed fit *for* democracy; rather, it has to become fit *through* democracy”¹¹, certain Western States took action to propagate a standardized version of democracy essentially founded on the holding of free elections: the underlying assumption being that the proper development of whatever civilization would proceed from those premises. Such attempts were made, initially, by the IMF, the World Bank, the US, and the EU based on the practice of conditionality – namely the making of aid and co-operation agreements with recipient States conditional upon the meeting of certain requirements, including financial stability and democracy, with the end of ensuring the opening of new markets. Conditionality may thus be viewed as a practice for promoting democracy under a narrow definition, one which “underscores a reconceptualised form of a constitutional state consciously crafted to be weak in relation to the sway of global markets, while also sufficiently barricaded against the day-to-day influence of ordinary citizens and civil society. This is a state in which citizens’ control over elected officials is removed while accountability, transparency and public participation are undermined”¹².

In EU policy, similarly, the accession of Central and Eastern European Countries (CEEC) to the EU was made conditional upon their adoption of provisions safeguarding human rights principles and democracy. The incremental manner in which the EU responded to CEEC demands contributed “to the construction of their role as

¹⁰ S. P. Huntington, *The Clash of Civilizations?*, in 72.3 *Foreign Affairs* (1993), 48.

¹¹ A. Sen, *Democracy as universal value*, in 10.3 *Journal Of Democracy* (1999), 4.

¹² N. L. Mahao, *The Constitutional state in the developing world in the age of globalization*, in 12.2 *African Journals Online* (2008), 13.

supplicants and, more particularly, as apprentices”¹³. In parallel, the EU attitude towards applicant states came to be framed as “an invitation to join the club coupled with the tightening of the club membership rules, in order to ensure that no barbarians get inside”¹⁴. Beyond the rhetoric of the EU motto ‘United in diversity’, accession criteria revealed how applicant states were in fact being subjected to a standardized test of democracy.

Further along the continuum of democratic enforcement, military intervention (whether in response to terrorist acts or as a means to maintain hegemonic control over certain regions) has been advertised as a mission to export democracy. The Constitution of Afghanistan is at once the clearest outcome of such a mission and manifest proof of its failure. Because it was super-imposed onto a communitarian domestic tradition, the Constitution alienated the people from the newly founded institutions and thus fuelled intractable conflicts¹⁵.

Under different circumstances, the imposition of the Constitution in Iraq also failed in tempering the religious conflicts latent in the country, thus paving the way for their violent outburst. In the Iraqi case, then, ‘Constitution, and constitution-making, instead of becoming tools of crisis management, and symbols of future political stability and identity, have become instead sources of special grievance for the excluded, a significant part of the fuel for the fires of a civil war’¹⁶.

The claim that Western efforts to propagate democracy lend support to religious fundamentalism need not necessarily validate Huntington’s thesis that democracy is an exclusive achievement of Western civilization. The rise of fundamentalism may instead signal the shortcomings of the Western ambition to enforce democracy as a

¹³ C. Bretherton and J. Vogler, *The European Union as a Global Actor*, Routledge, 1999, 149.

¹⁴ W. Sadurski, *Charter and Enlargement*, in 8 *European Law Journal* (2002), 343.

¹⁵ C. Pinelli, *State-Building and Constitution-Making. The Cases of Kosovo, Iraq, and Afghanistan*, in XVI *Diritto pubblico* (2010), 299.

¹⁶ A. Arato, *Post-Sovereign Constitution-Making and Its Pathology in Iraq*, in 51 *New York Law School Law Review* (2006/07), 538.

complementary means to achieve a standard of economic and cultural uniformity.

6. *Theocratic constitutionalism*

Islamic states are characterized by several different forms of regime, quite independently of reactions to the Western pretension to impose democracy from the outside. The range of forms of government goes from Saudi Arabia's absolute theocracy (thus, a form of totalitarianism) to the Republic of Tunisia's 2014 Constitution, which instituted a constitutional democracy while identifying Islam as the country's official religion. In between these extremes lies a variety of diverse regimes, in all of which free elections are held: Morocco's constitutional monarchy; Egypt's military regime; Turkey's presidential system; Pakistan's parliamentary system; or the Iranian republic of the *Ayatollahs*.

The criterion outlined in paragraph 4, above, for discriminating between liberal and illiberal regimes is insufficient to capture the reality of Islamic states, since it fails to bring into the equation the divine law (*Shari'ah*)/secular law relationship. At the same time, recognition of the importance of the religious element in understanding those polities does not necessarily imply that a category for 'theocratic constitutionalism' should be set apart as a distinct form of constitutionalism, as some believe.

The notional category of theocratic constitutionalism is identified by the following attributes: "(1) adherence to some or all core elements of modern constitutionalism, including the formal distinction between political authority and religious authority, and the existence of some form of active judicial review; (2) the presence of a single religion or religious denomination that is formally endorsed by the state as the "state religion"; (3) the constitutional enshrining of the religion, its texts, directives, and interpretations as a or *the* main source of legislation and judicial interpretation of laws – essentially, laws may not infringe upon injunctions of the state-endorsed religion; and (4) a nexus of religious bodies and tribunals that not only carry

symbolic weight, but that are also granted official jurisdictional status and operate in lieu of, or in an uneasy tandem with, a civil court system”¹⁷.

With the exceptions of the Constitutions of Afghanistan and Iraq, in which elements of modern constitutionalism were introduced (such as a federal structure, or a constitutional court), the constitutional organization of Islamic countries exhibits, rather, the features of nineteenth-century European statehood; first and foremost among these is a formal conception of the rule of law – a legacy from the colonial era. Each constitution makes different provisions for adjusting such features to the general principle of the hierarchical supremacy of religion, though this does not, in turn, necessarily qualify the state as a theocracy. Most importantly, adjustments of that sort are possible within a conceptual framework in which all individuals are seen to be subjected to an overarching objective order: such a notion is common to divine law (as in the instance of Islam) as it was to traditional legal positivism, whereas it is clearly at odds with the principles of modern constitutionalism.

The rationale behind the institution of a separate category for theocratic constitutionalism may be sought in the assertion that it “is seeking to displace the post-1945 universalist constitutionalist system, based on the normative system presided over by the community of nations, with one in which the constitutions of states reflect the will of God as one or another faith communities understand that will and its earthly constitution, for example, through *ulema* or *magisterium*”¹⁸.

If this were the issue at stake, the categorization of a theocratic constitutionalism would involve a paradigm shift affecting the entire domain of discourse on constitutionalism. Not just the post-1945 system would be affected, but the separation between religion and state inaugurated with the 1648 Treaty of Westphalia, which lay the premises for the establishment of state sovereignty, and later of liberal regimes. Our present grounds for distinguishing between *ulema* and *magisterium*, and, most importantly, between caliphates and states descend from such separation.

¹⁷ R. Hirschl, *The Theocratic Challenge to Constitution Drafting in Post-conflict States*, in 49.4 *William & Mary Law Review* (2008), 1179.

¹⁸ L. Catà Backer, *Theocratic Constitutionalism: An Introduction to a New Global Legal Ordering*, in 16.1 *Indiana Journal of Global Legal Studies* (2009), 85.

7. *Communitarian constitutionalism*

‘Communitarian constitutionalism’, finally, has enjoyed some popularity as a formula to describe such East Asian regimes as Malaysia and Singapore. These countries feature strong executives operating within a dominant party parliamentary system, as a reflection of a cultural background informed by the Confucian tradition and the Asian values school, in which the common good is valued higher than any notion of individual freedom. A trait these countries have in common with Islamic states is the emphasis placed on matters of identity and authority; on the other hand, they are also multiracial and religiously diverse, which means that internal balances are constantly shifting and have to be maintained through a continuous re-negotiation of consensus. In this regard, they also differ from liberal regimes: while these, it is contended, are structured according to principles based on the impersonal application of universal legal norms and the enjoyment of rights at the individual level, leading ‘to an asymmetric neglect of civic duties, responsibilities, and the common good which non-liberal communitarian polities prioritized’, in communitarian systems ‘The socially embedded rather than unencumbered self is the adopted vision where the community plays a role in forming personal identity and moral choice, with the state committed to equipping citizens to participate in self-rule’¹⁹.

Once again, it is necessary to consider whether the differences between liberal and illiberal regimes are in fact as irreconcilable as might appear. In particular, the view of constitutional democracies as committed to a notion of ‘unencumbered self’ has to be abandoned. Counter to an atomistic conception of society, there are several instances of countries which subscribe to a pluralistic vision of

¹⁹ L.-A. Thio, *Constitutionalism in Illiberal Polities*, in M. Rosenfeld and A. Sajò (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, OUP, 2012, 133.

Cesare Pinelli

*Illiberal regimes in the perspective
of comparative constitutionalism*

democracy, combining open political competition with the granting of freedom of association and of cultural and social pluralism among citizens. Again, the interval between the orientation to strictly individual rights and to the participation of social groups in public affairs may be regarded as a continuum along which diverse points of balance may be achieved.

Liberal regimes nurture within themselves the potential for internal evolution. Though to a lesser extent, however, the same holds for non-totalitarian illiberal regimes. It is in this perspective that the latter deserve further consideration.

Abstract: Illiberal regimes are generally defined as regimes in which neither democracy nor fundamental rights are granted, and in which rule of law is substantially disregarded. Instead of attempting a taxonomy, the article gives an account of their origins and of the problems raised by their emergence in the perspective of comparative constitutionalism.

Keywords: illiberal regimes, constitutional democracies, theocratic constitutionalism, totalitarianism, populism

Cesare Pinelli, Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma La Sapienza, cesare.pinelli@uniroma1.it

**The influence of standing committees
on the forms of government.
The case of France, Italy and the UK***

Cristina Fasone

1. Introduction: different committee systems in different forms of government

As Michel Debré used to say with regard to the French Fourth Republic, too many and too powerful committees in parliament can limit substantially the margin of manoeuvre of the executive branch in ruling over the country.¹ The standing committees were so strong as to become incompatible with the parliamentary form of government in existence at that time (1946 to 1958).

The setting up of standing committees for carrying out legislative oversight or scrutiny activities characterizes all parliaments in Europe and, potentially, in the world.² By “standing committees” we refer to those parliamentary bodies set up systematically at the beginning of every parliamentary term for the duration of the entire legislature – although their composition can be adjusted and updated to the political reality – and having a specialized jurisdiction, provided in binding rules or practice,³ on a set of subject-matters as to cover the whole *spectrum* of public policies. In this sense they are deemed to form a “committee system”, based on a mutual relationship among

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

¹ See Debré, Michel, “Trois caractéristiques du système parlementaire français”. In, *Revue française de science politique*, volume 5, n°1, p. 46, 1955.

² According to a report published by the Interparliamentary Union, every democratic country has a legislature organized in committees: see Interparliamentary Union, *Tools for parliamentary oversight. A comparative study of 88 national parliaments*. Edited by H. Yamamoto, Genève, p15, 2008.

³ Usually the boundaries of the jurisdictions of standing committees are fixed in the parliamentary rules of procedures or standing orders. Sometimes they can be set in the Constitution itself or by means of constitutional conventions, or parliamentary practice.

these committees as for their composition and participation in parliamentary procedures. Although the operation of standing committees does not prevent the creation of *ad hoc* or special committees, legislatures usually rely on the former for the greater part of their constitutional tasks.

Moreover, standing committees enjoy a privileged relationship with the executive branch. They look closely at the daily activity of the Ministers and departmental secretaries, by subject-matter. Standing committees and Ministries entertain a constant “dialogue” on the relevant bills examined in parliament with regard to amendments tabled and the committee stage in the legislative process.

Given such a close relationship between standing committees and “their” Ministers, since the committees’ jurisdiction corresponds basically to the Ministries’ portfolios, it has been expressly acknowledged that parliaments, by means of their committees, are deemed capable to define the general political directions and priorities of national policies;⁴ in other words, standing committees are able to shape the form of government in a certain legal system, that is the relationship between constitutional bodies entitled to set the general political directions in a polity.⁵ At least potentially, the

⁴ Volpi, Mauro, Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo. Torino: Giappichelli, p109, 2010. “General political directions and priorities” is an expression used in the English version of Art. 15 TEU with reference to the European Council. This is an approximation to the Italian notion of “*indirizzo politico*” or the German notion of “*Richtlinien der Politik*” that do not exist properly either in French or in English. The official English translation of the German Basic Law uses “the general guidelines of policy” in the place of “*Richtlinien der Politik*” (Art. 65 GG). The official translation of the Italian Constitution for “*indirizzo politico (e amministrativo)*” (Art. 95 Const.), instead, as “general policy” seems not completely satisfactory. On the problem of translation in comparative law, see Sacco, Rodolfo, “Lingua e diritto”. In, Traduzione e diritto – Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica. Padova: Cedam, p117 et seqq., 2000.

⁵ These constitutional bodies are certainly the Parliament and the Government, on the basis of the presence or the lack of a confidence relationship, and also, according to what the Constitution provides, the electoral body and political parties, whereas the judiciary and Constitutional Courts are in principle excluded from the notion of “form of government”. See Luciani, Massimo, “Governo (forme di)”. In, Enciclopedia del diritto, IIIrd revision, Annali. Milano:

relationship between legislatures and executives is so intense within committees that the rules presiding over their functioning can strongly condition the performance of a certain form of government, especially where committees are empowered with veto or (autonomous) decision-making powers. When this happens the Executive is forced to negotiate the measures to be adopted with these parliamentary bodies.

Parliaments have changed substantially over time, particularly in the new century, as a consequence of new phenomena appearing in the institutional landscape, such as the transfer of significant normative powers from legislatures to executives, the crisis of the parliamentary legislation and of the long standing representative function of political parties and legislatures, globalization and the deepening of processes of regional integration, mediatization and personalization of politics, as well as the rise of populist movements. By the same token, for example we have witnessed a shift in the balance between the exercise of the legislative and the oversight function in legislatures in favour of the latter.

This paper argues that, in spite of the transformations of parliaments, standing committees, also by way of constitutional, legislative or standing orders' reforms, have accommodated their role accordingly, and are still influential in shaping the form of government.

This relationship, between standing committees and operation of a form of government is presented in three legal systems, France, Italy, and the United Kingdom (UK). These case studies have been selected on the basis of the different nature of their forms of government, semi-presidential in France and parliamentary in the other two countries, although loosely "rationalised" in Italy while (traditionally) very stable and centered on the role of the Prime Minister in the UK.⁶ The committee systems in the three parliaments

Giuffrè, p538-540, 2009. Under these conditions, there can be parliamentary, semi-presidential and presidential forms of government.

⁶ The notion of "rationalised parliamentarism" was coined by Mirkin-Guetzévitch, Boris, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*. Paris: Delagrave, 1928, aiming to define the parliamentary forms of government whose stability and endurance (and thus the prevention of political crisis) is ensured by legal mechanisms preferably entrenched by the Constitution. Until recently and, in

also show rather diverse features in terms of structure and powers assigned to standing committees⁷. While the standing committees of the Italian Parliament have been usually considered very powerful in the legislative process, those of the French National Assembly and of the UK House of Commons are often described as weak when it comes to the exercise of lawmaking power, although for different reasons (the size for the French committees and the lack of permanent committees dealing with bills in the UK). By contrast, in relation to scrutiny and oversight powers, the select committees of the UK House of Commons are deemed to be very influential, the Italian standing committees play a marginal role, whereas the committees of the French National Assembly stand halfway. However, in the last few years the transformation of the executive-legislative relationship, achieved by means of a constitutional reform in France and of legislative and standing orders' reforms as well as of changes of the institutional practice in Italy and the UK, has confirmed the centrality of standing committees for the proper functioning of those forms of government. Hence for the case selection, "the most different case logic"⁸ has been used, in order to show that, despite the patent differences amongst the three committee systems, all of them are crucial for guaranteeing the equilibrium of the forms of government.

The paper is structured as follows: Section 2 provides an overview of the constituent moment of standing committees in the three legislatures as a turning point for the transformation of parliaments; Section 3 examines the structure and the organisation of the system of standing committees in each country; Section 4 analyses the evolution of the three forms of government in the light of the

particular, until the *Fixed Term Parliament Act 2011*, the British parliamentary system has shown a low level of "rationalization" as for the presence of written legal rules providing a detailed discipline of the form of government, but, in spite of this, has always performed as a very stable system.

⁷ However, the analysis here is limited to the role of standing committees in the lower Chambers, given the peculiar features that identify the British House of Lords and the French Senate with reference to their composition and powers and, in addition, the circumstance that both are excluded from the confidence relationship with the executive.

⁸ See Hirschl, Ian, "The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law". In, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 53, n°1, p125-155, 2005.

changes of the powers of the standing committees; finally, Section 5, attempts to draw some conclusions on the basis of the comparison between the three constitutional case-studies.

2. Transforming parliaments. The setting up of standing committees in France, Italy and the UK

The legislature's choice to create a system of standing committees in the twentieth century depended on many factors: for instance, the engagement of the State, and consequently of the executive, in exercising new public functions and in providing social services; the need to control public expenditure more carefully; the growth of the statutes approved; the rise of a more complex and technical legislation. These factors imposed on parliaments more rational arrangements in order to face their new workload. Standing committees fitted perfectly with parliaments in search of a more specialised support to their activity, dealing with highly complex and technical bills, and for faster decision-making procedures.

Another prominent factor forced (most) parliaments to organise in committees, namely the creation of parliamentary groups as stable structures and points of reference for parliamentary procedures. The weight of groups in committees was proportional to their size in the Chamber. Thus, by sitting in committees political groups were able to control the crucial activities of pre-legislative scrutiny and oversight much better than had occurred in the previous *Bureaux*, whose components were chosen at random, or than the Committee of the Whole House, where parliamentarians (MPs) participated on a voluntary basis. The process of institutionalisation of standing committees, which entails a transformation of the parliament itself, however, has taken place at different moments in the history of the selected legislatures.

Since the period of the Revolution of 1789, the French legal system has always experienced an ambivalent relationship *vis-à-vis* parliamentary committees, in particular the standing committees. Periodically there has been a swing between their refusal, acceptance

or even enhancement,⁹ as a consequence of constitutional developments. Every French Constitution elaborated its own model of committees or forbade them. For example, while the Constituent Assembly of 1789 set up around thirty standing committees, specialised by subject-matter, the Convention of 1792 conferred on standing committees the power to rule as if they were governmental authorities enabled to take decisions; and then, from 1795 until 1848 no standing committees were in operation within the French legislatures.¹⁰ Subsequently, from 1848 to the formation of the French Third Republic, in 1871, parliamentary activities were organised according to the system of the *Bureaux* –temporarily established and composed of MPs chosen by way of drawing – lacking any other organisational principle that could shape the legislature.¹¹ Only in 1902, by way of an amendment to the existing rules of procedure, did the establishment of standing committees become a general principle of parliamentary organisation.¹² And a few years later, on 1st July 1910, following the official set up of political groups in the Assembly, the rules of procedure were amended again, so as to ensure that the composition of the standing committees reflected proportionally the size of political groups in the House. With this decision to link standing committees and political groups, which was reproduced later on in many other legislatures in the world, the destiny of these two kinds of parliamentary bodies became irremediably interwoven. Since then, during the French Third and Fourth Republic, standing committees have grown in their prestige and number, building up a committee system able to control all public policies. The strength of standing committees in the presence of highly fragmented ruling coalitions in the executive branch put into question even the endurance of the government in office. Standing committees became so powerful that later the founding fathers of the Fifth Republic, in

⁹ See Türk, Pauline, *Les commissions parlementaires permanentes et le renouveau du Parlement sous la V^e République*. Paris: Dalloz, p35-44, 2005.

¹⁰ See Roques, Xavier & Herin, Jean-Louis, “Les commissions parlementaires”. In, *Administration*, n°120-121, p32 et seqq., 1983.

¹¹ See Poudra, Jules & Pierre, Eugène, *Traité pratique de droit parlementaire*, Versailles: CERF et fils éditeurs, p970 et seqq., 1878.

¹² See the resolution proposed by Antide Boyer, on 1st June 1902, « *Journal officiel, Documents parlementaires* », *Chambres, session ordinaire*, p2282, 1902.

1958, deliberately decided to marginalise these parliamentary bodies in the new constitutional architecture, up to the point that they were considered the main “victims” of the attempt to rationalise the French form of government.¹³

By contrast, the British parliamentary tradition, until recently, has not favoured a process of institutionalization of a committee system. For a long time, at least until the end of the Seventies, the will of the British executives to control parliamentary activities undermined the effectiveness of parliamentary committees, which were kept deliberately powerless by prohibiting their establishment as standing committees.

According to the distinction proposed by Norton, between “chamber-oriented” and “committee-oriented” legislatures, the British Parliament fell undoubtedly into the first category¹⁴. Before the 1979 reform of the Standing Orders, the House was at the heart of parliamentary work and the executive found it relatively easy to supervise its activity instead of being involved in complex negotiations with several committees.

This did not imply, however, that the British House of Commons remained devoid of a clear internal structure. During the Tudor Kingdom (1485-1603), when the principle of separation of powers was still far from being enforced, the King was used to appointing committees in Parliament, aiming to control the activity of this institution.¹⁵ Nonetheless, the attempt to circumvent such interference by the King with parliamentary autonomy led some MPs to meet in *committees of the whole House*, i.e. committees that met in camera to debate freely and were composed on a voluntary basis, which later became one single committee of the whole House, presided over by a temporary chairman, different from the Speaker of

¹³ See Debré, Michel, “Trois caractéristiques du système parlementaire”, cit., p47 and Türk, Pauline, Les commissions parlementaires permanentes et le renouveau du Parlement sous la V^e République, cit., p29.

¹⁴ See Norton, Philip, “Nascent Institutionalisation: Committees in the British Parliament”. In, Longley, Lawrence D., & Davidson, Roger H., The New Roles of Parliamentary Committees. London: Frank Cass, p. 143 et seqq., 1998.

¹⁵ See Keir, David L., The Constitutional History of Modern Britain. 1485-1937, II ed.. London: Adam and Charles Black, p151, 1943, and Vila Ramos, Beatriz, Los sistemas de comisiones parlamentarias. Madrid: CEPS, p54-55, 1999.

the House, who was deemed to be a “civil servant” of the King¹⁶. The activity of the committee of the whole House was kept confidential and showed a low level of formalisation compared to the procedure of the House. Since then, and until 1979, the proceedings in the House of Commons have been arranged according to three formats: the House, the Committee of the Whole House, in particular for money bill,¹⁷ and special committees, appointed on an *ad hoc* basis to examine only a certain issue and dissolved immediately after. It is easy for the executive to gain control over special committees, since Ministers and departmental secretaries take part in committee meetings as members, as long as they have been elected as MPs. A few standing committees, called select committees, like the Public Accounts Committee (1861), had been established since the end of the nineteenth century, but they enjoyed limited autonomy from the executive and they did not oversee a large portion of public policies.¹⁸

The increasing awareness about the poor performance of these isolated select committees led to the launch of a process of reform of the House of Commons’ internal organisation, under the leader of the House, Richard Crossman,¹⁹ who promoted the experimental setting up of a committee system, based on select committees – i.e. standing committees – covering the jurisdictions of all executive departments. Select committees started to be perceived by backbenchers as tools for

¹⁶ The Committee of the Whole House was firstly summoned in 1606, during the reign of James I. See Champion, Gilbert F., *An Introduction to the procedure of the House of Commons*. London: Macmillan, p27, 1947.

¹⁷ The involvement of the Committee of the Whole House does not imply that the House is bypassed. Rather, such a committee is summoned before a bill is examined in the House and shows a composition that can change item by item, depending on the interest of MPs on the issue at stake.

¹⁸ See Todd, Alpheus, *On Parliamentary Government in England. Its origin, development and practical operation*, vol. I. London: Longmans, Green & co., p26 et seqq., 1867. The executive controlled committee appointments and often refused to transmit to these committees documents and dossiers to be used for their activity. The select committee on agriculture, which did not show enough deference towards the executive and that insisted on the transmission of some documents, was substantially inhibited from carrying out its activity: see Turpin, Colin & Tomkins, Adam, *British Government and the Constitution*, 7th ed. Cambridge: Cambridge University Press, p613, 2011.

¹⁹ Being the leader of the House of Commons, Richard Crossman was also a member of the Cabinet.

enhancing their role in parliament and thus their powers were extended – they could set up subcommittees, appoint advisers, organize missions – and their role was eventually made official by the 1979 reform of the House of Commons’ standing orders.²⁰ Since then the organization of the House of Commons has remained somewhat unchanged, except for the setting up of new select committees – like the select committee on justice established in 2002 – or the enlargement of some of their powers, for example, allowing the hearings of the Prime Minister from 2001 onwards.

In brief, there are around thirty select committees mirroring the jurisdiction of the executive’s departments and a Liaison Committee that coordinates their activities, being composed of the chairmen of select committees. However, select committees are not involved in the legislative process (except for pre-legislative scrutiny), their role being limited to the scrutiny and oversight function. The lack of “legislative authority” of these committees has been subject to debate for decades, but an overall reform of the House of Commons’ committee system has not yet been proposed.²¹

Finally, the setting up of standing committees in the Italian Chamber of Deputies has been deeply influenced by the experience of the French and the British Parliament. Based on the French example of the *Bureaux*, the internal organization of the Italian Chamber of Deputies was basically modeled on such bodies from 1848 to 1920. However, such a model was mixed with other institutional arrangements, given the wide margin of manoeuvre left by the

²⁰ On this reform, see Baines, Priscilla, “History and Rationale of the 1979 Reforms”. In, Dewry, Gavin, *The New Select Committees. A Study of the 1979 Reforms*. Oxford: Oxford University Press, p1 et seqq., 1985, and Giddings, Philip, “Select Committees and Parliamentary Scrutiny: Plus Ça Change”. In, *Parliamentary Affairs*, volume 47, n°4, p669-686, 1994.

²¹ The fact that select committees are *de facto* excluded from participating in the committee stage of the legislative process does not necessarily imply that they are “weak committees”: see Benthon, Meghan & Russell, Meg, “Assessing the Impact of Parliamentary Oversight Committees: The Select Committees in the British House of Commons”. In, *Parliamentary Affairs*, p23, May 2012. *Contra* Mattson, Ingvar & Strøm, Kaare, “Parliamentary Committees”. In, Döring, Herbert, *Parliaments and Majority Rule in Western Europe*. New York: St Martin’s Press, p249-306, 1995.

Albertine Statute.²² In 1868 the Committee of the Whole House was established and periodically set up in the following years.²³ Special committees were occasionally established for the examination of bills, particularly at the beginning of the twentieth century, and even standing committees were created in 1863, although they did not participate in the legislative process.

As in the case of the French legislature, in the Italian Chamber of Deputies the turning point was represented by the creation of political groups in the House, which became the linchpin for the composition of parliamentary bodies. Indeed, after the 1919 electoral reform, which extended the suffrage and opted for the proportional formula for the election of the Chamber (the Senate was appointed by the King), political parties, and in particular mass parties, could not be disregarded in parliamentary organisation, as happened in the tradition of a “parliament of notables”. Following the recognition of political groups in the 1920 rules of procedure of the Chamber, nine standing committees, specializing in different subject-matter related to the government departments and composed proportionally to the size of political groups, were finally set up.

However, the operation of the new committee system was challenged by the authoritarian turn of the Italian form of government in 1922.²⁴ In a chamber where only the fascist party was admitted, the provision on the proportional representation of groups within the standing committees could not be applied, and thus these bodies were replaced by the system of *Bureaux* until 1939, when the entire

²² Article 55 of the Albertine Statute of 1848 allows each Chamber to set up internal bodies for carrying out their activities without imposing clear constraints on the nature and composition of these bodies. See M. Mancini, U. Galeotti, *Norme ed usi del Parlamento italiano*, Roma, 1887, p. 212 and, more recently, Gianfrancesco, Eduardo, “Uffici e Commissioni nel diritto parlamentare del periodo statutario”. In, *Amministrazioneincammino.it*, p 5-7, July 2013.

²³ One of the most enthusiastic supporters of the Committee of the Whole House was Francesco Crispi (also a Prime Minister of the Kingdom of Italy), who was very much in favour of the “transplant” of the British model to Italy.

²⁴ See Orsina, Giovanni, “L’organizzazione politica nelle Camere della proporzionale: 1920-1924”. In, Grassi Orsini, Fabio, & Quagliariello, Gaetano, *Il partito politico dalla grande guerra al fascismo: crisi della rappresentanza e riforma dello stato nell’età dei sistemi politici di massa (1918-1925)*. Bologna: Il Mulino, p397 et seqq., 1996.

Chamber of Deputies was abolished and substituted by the Chamber of Fasces and Corporations, representing the different branches of trade and industry.²⁵

Despite the different origins of the committee systems in Italy, France and the UK, the constitutional developments and the evolution of the form of government to some extent forced the three legislatures to set up standing committees able to control the executive, to adapt their functioning and even to limit their powers, as the case of France during the Fifth Republic shows.

3. The position of standing committees in Parliament and the organisation of the committee system²⁶

3.1. The French National Assembly

A. Constitutional acknowledgment

The French Constitution of 1958 has chosen to define as many elements as possible about the structure and the functions of standing committees. On the one hand, such a detailed discipline derives from the will of the founding fathers to put committee activity “under constitutional control”. On the other hand, by means of constitutional provisions, especially those introduced by Constitutional Law no. 2008-724 of 23rd July 2008, standing committees are decisively empowered and, being entrenched in the Constitution, committees’ powers have a considerable expectation of endurance. Interestingly

²⁵ On this Chamber, see Perfetti, Francesco, *La Camera dei fasci e delle corporazioni*. Roma: Bonacci, p196, 1991.

²⁶ Standing committees are not the only type of committee established in the three Chambers, namely, the French National Assembly, the Italian Chamber of Deputies, and the British House of Commons. For example, bicameral committees, special committees and committees of inquiry do exist in the three case studies, whereas the committee of the whole House is provided only in the House of Commons’ standing orders. However, the analysis in the present contribution is focused only on standing committees because these are the bodies most closely connected to the operation of the executive branch and thus are deemed to be particularly influential on the form of government. See in detail Fasone, Cristina, *Sistemi di commissioni parlamentari e forme di governo*. Padova: Cedam, p209 et seqq., 2012.

enough, the constitutionalisation of the rules on standing committees implies that, should their violation occur, it can be challenged before the *Conseil constitutionnel*, which can be asked to resolve disputes on the enforcement of parliamentary rules of procedure, even while the legislative process concerned is taking place.

The Constitution (Art. 43) fixes the maximum number of standing committees, that is eight in each Chamber, plus the Committee on European affairs (Art. 88-4 Cost.), which does not participate in the national legislative process.²⁷ Since 2008 standing committees have been involved in the mandatory examination and scrutiny of every bill prior to its debate in the House (Art. 43 Const.). Although the opportunity to set up a special committee on a bill upon request of the executive, or of the House, has been maintained following the constitutional reform of 2008, the default option for the examination of a bill now consists in relying on standing committees.

Art. 42 Const., as amended in 2008, ensures that during the first reading the bill at stake cannot reach the House before the deadline of six weeks since its proposal has expired. Although for financing bills, social security financing bills and bills concerning a state of emergency such a secured timeframe is not granted, because of the nature of the bills and the need for fast-track procedures, the time reserve at the benefit of standing committees allows for the proper scrutiny of bills.²⁸

Since 2008, the French Constitution, for the very first time, also confers upon standing committees a general power to oversee and assess public policies by way of “missions” (Art. 51-2 Cost.); temporary bodies set up within a standing committee or between two or more standing committees. This provision impresses a “revolutionary” change in the role of the National Assembly’s standing committees, given the traditional understanding of the exercise of oversight powers in the French Parliament as a prerogative assigned to the House, but not to committees (see *infra*, section 4.1.).

Following the marginalisation imposed on standing committees by the 1958 Constitution, the constitutional reform of 2008 enhances,

²⁷ See Jancic, Davor, “The French Parliament: A European Scrutineer or National Actor?”. In, *European Public Law*, volume 19, n°1, p129-159, 2013.

²⁸ Other constitutional provisions on standing committees are examined in section 4.1., since they affect the relationship with the executive.

at least on paper, the role of these parliamentary bodies in the National Assembly and in the inter-institutional relationship with the executive.

B. The structure of the committee system

The committee system of the French National Assembly has been rather stable since 1958, and was affected by the setting up of two new standing committees only in 2009, following the constitutional reform.

It is commonly agreed that a direct relationship between the size, the number and the strength of standing committees in parliament does exist: the smaller and more numerous standing committees are, the less the speaker of the House and political groups are likely to coordinate and to dominate standing committee activity.²⁹ However, under these circumstances, the committee system becomes highly decentralised and fragmented, since each committee acts regardless of the other standing committees. Likewise, the size and the opportunity for a multiple committee membership are definitely significant for an assessment of the shape of a committee system.

In Europe the French National Assembly is the Chamber with the lowest number of standing committees – only eight – compared to the number of MPs, 577 (Art. 24, section 3 Const.). Therefore, on average, a standing committee is composed of 70 MPs. Indeed, Art. 36 of the parliamentary rules fixes the maximum number of committee members at one eighth of the overall number of MPs (72), without setting a minimum threshold. Possibly the National Assembly's committees are among the largest standing committees in Europe and of course, by being only eight, their level of specialization in public policy is modest.

Although MPs are allowed to attend the meeting of other standing committees, the multiple membership in committee is forbidden and this does not favour the exchange of views and interaction between committees. The only exception is represented by

²⁹ See Smith, Gordon, *Politics in Western Europe. A comparative analysis*, 3rd ed. New York: Holmes & Meier, p167, 1980, and Strøm, Kaare, "Parliamentary Committees in European Democracy". In, Longley, Lawrence D. & Davidson, Roger H., *The New Roles of Parliamentary Committees*. New York: Frank Cass, p30, 1998.

the Committee on European Affairs, which is smaller in its size than the other standing committees (around 40 members) and is composed by members of the other standing committees because of its cross-sectional jurisdiction.

Besides the case of the Committee on European Affairs, the rules of procedure do not make explicit any asymmetry in the committee system, although the membership of some committees can be considered as particularly prestigious, because of the power conferred. For example, the Committee on Laws (*Commission de Lois*), which has a pivotal role in the legislative process by examining the 60-70 per cent of the overall bills assigned to the National Assembly,³⁰ and the Committee on Finance (*Commission de Finances*), which enjoys a prominent role in the national budgetary procedures as well as in the European semester,³¹ are more powerful than others.

C. The composition of standing committees

In the three legislatures political groups are the points of reference for the appointment of committee members and the principle of proportionality is followed, aiming to mirror in committee the composition of the House.

Once the quotas of seats in standing committees have been allotted to political groups, the groups designate their “candidates” as committee members and then three possible procedural options are in place: the appointment on the part of the speaker of the House, the appointment by a committee of selection, the appointment following the vote of the House.

In the French National Assembly committee members are appointed by the speaker; a choice that allows to speed up the creation of standing committees and to review any proposal made by groups, favouring a balanced decision. The speaker acts as an arbiter in committees’ appointments, but is devoid of a substantial role to orient the decision.

³⁰ See Camby, Jean-Pierre, & Servent, Pierre, *Le travail parlementaire sous la cinquième République*, 5th ed., p70, 2011.

³¹ See Bouhadana, Irène, *Les commissions des finances des assemblées parlementaires françaises: origines, évolutions et enjeux*. Paris: LGDJ, 2007.

The most important position in a standing committee of this Chamber is that of the chairman, who is elected by the each committee from among its members. The chairman is assisted by a bureau composed of four vice-chairmen and four secretaries (Art. 39 rule).³² The election of the members of the bureau – chairman included – takes place by simple majority; in particular the political affiliation of the chairmen has been subject to debate. The monopoly of the parliamentary majority over the committee chairmanship has been harshly criticized by the opposition especially in 1973, 1978 and 1981, when the Prime Minister – who, as all the other members of the executive branch, cannot be an MP – proposed to assign the role of committee chairmen proportionally to the size of political groups.³³ The fear of potential obstructionist conduct on the part of committee chairmen from the opposition has led to the refusal of any hypothesis of reform on this point. Thus, since 1980s, the parliamentary majority has always taken up all the committee chairmanships, except for the Committee of Finance whose chairman comes from the opposition bench, according to the rules of procedure.

The office of committee chairman is considered a distinguished position in France, performed by the MPs with the greatest expertise and the richest *cursus honorum*, and showing a strong political accord with the Prime Minister.³⁴ Moreover, the office of committee chairman seems somewhat inter-changeable with that of Minister, as confirmed by the institutional practice: many committee chairmen then become Ministers and vice versa. In addition the committee chairman is entitled to exercise on his own, or on behalf of the committee, specific prerogatives acknowledged by the *Conseil constitutionnel*.³⁵ For example, committee chairmen are members *ex*

³² The conspicuous size of the committees' bureau in the National Assembly can be explained by the large size of the standing committees. See Avril, Pierre & Gicquel, Jean, *Droit parlementaire*, 4th ed. Paris: Montchrestien, p108, 2010.

³³ See Foyer, Jean, "Le président de commission parlementaire". In, VV. AA., *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*. Paris: Montchrestien, p435 et seqq., 2001.

³⁴ See Türk, Pauline, *Les commissions parlementaires permanentes*, cit., p237.

³⁵ See the decision n. 69-37 DC, *Conseil constitutionnel*, 20th November 1969. A committee chairman can ask for an increase in the number of committee members (the decision is taken by the House) and can present oral questions on behalf of his committee.

officio of the Conference of Presidents, the body that sets the agenda of the National Assembly together with the Executive and gives directions to parliamentary business.³⁶

The rules of the National Assembly also provide the office of rapporteur, who is appointed by the chairman among the committee members to report on a bill or an item under examination by the committee and is usually chosen within the parliamentary majority.³⁷

3.2. *The Italian Chamber of Deputies*

A. Constitutional acknowledgment

Compared to the French Constitution, the Italian fundamental charter of 1948 contains less detailed provisions about standing committees, although it confers on them significant prerogatives in the legislative process.

Art. 72, 3rd section, Const. recognizes explicitly the option – thus, this is not an obligation – to set up standing committees only for the procedure in which they are allowed to pass laws on their own, which is quite a unique power granted to Italian parliamentary committees in comparative perspective.³⁸ In other words, the Italian Constitution admits that the committees in the Italian Chamber of Deputies (as well as in the Senate) can pass legislation without the involvement of the House and on its behalf (*sede legislativa* or *deliberante*). The bill is examined, amended and approved by final vote directly in committee. The acknowledgment of such power finds

³⁶ The Conference of Presidents is composed of the speaker, the vice-presidents, the committee chairmen, the president of political groups and the general rapporteur of the Committee on Finance.

³⁷ The general rapporteur of the Committee on Finance is appointed for the entire parliamentary term among the MPs of the majority. In the National Assembly, in 80 per cent of cases, an MP from the majority is appointed as rapporteur: see Türk, Pauline, *Les commission parlementaires permanentes*, cit., p285. According to Pierre, Eugène, *Traité de droit politique électoral et parlementaire*. Paris: Librairies-imprimeries réunies, p901, 1919, the rapporteur is by nature an organ of the majority.

³⁸ On the basis of the Italian model, a similar power has been recognised in the standing committees of the Spanish Parliament, of the Greek Assembly, and of the Brazilian federal Congress.

a precedent in the power conferred upon the standing committees of the Chamber of Fasces and Corporations, but this occurred when an undemocratic regime was in place.

However, in the new democratic regime this committee power is framed within a brand new constitutional settlement and limited by clear boundaries. For example, standing committees cannot act as autonomous legislators on constitutional and electoral bills, on bills of legislative delegation, as well as on budget bills (Art. 72, 4th section Const.). Moreover, at any time during this kind of procedure either the executive or one tenth of the MPs in the Chamber or one fifth of the committee members can ask for the remittal of the bill to the House.³⁹

In this hypothesis the Speaker of the Chamber assigns a bill to a committee only for the examination and amendments (*sede referente*), which is the basic option offered by the Constitution (Art. 72, 1st section Const.).⁴⁰ Afterwards, once the legislative process has started, it is always possible to change the position of a committee, from that of a committee in charge only for the examination of a bill to a committee (the same committee actually) acting as a legislator, and *vice versa*.

As in the French Constitution, following the 2008 amendments, the Italian Constitution also fixed a fundamental guarantee for committees: a bill cannot be debated in the House if it has not been examined beforehand by a committee. Furthermore, such a provision on the compulsory examination of bills in committees is not commonly found elsewhere at constitutional level.⁴¹

³⁹ See Ciaurro, Gian Franco, "Commissioni parlamentari". In, Enciclopedia giuridica, volume VII. Roma: Istituto delle Enciclopedia italiana, 1988, p. 8, and Traversa, Silvio, "La riserva di legge d'Assemblea". In, Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente, volume V. Firenze: Vallecchi, p613 et seqq., 1969.

⁴⁰ The third option, which is infrequently used, is to assign the bill to a committee for its approval article by article, leaving just the final approval to the House (*sede redigente*).

⁴¹ See Perna, Raffaele, "Le commissioni parlamentari al tempo del maggioritario". In, Lupo, Nicola & Gianfrancesco, Eduardo, Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione. Roma: LUISS University Press, p141-142, 2007, who highlights that in Europe only the Italian, the Finnish, and the French Constitutions provide this obligation.

In spite of the fact that the Italian Constitution neither imposes the setting up of standing committees nor lists them, the institutional practice and the rules of procedure of both Chambers have led to the institutionalization of standing committees, whereas special committees have been an exception.⁴²

B. The structure of the committee system

The number of standing committees in the Italian Chamber of Deputies has not been subjected to significant changes since 1920, and has increased from 11 to 14. After the adoption of the new rules of procedure in 1971,⁴³ the main reform of the committee system, in 1987, aimed at contrasting the problem of its fragmentation. At that time each standing committee had developed an exclusive and symbiotic relationship with the Ministry competent on the subject-matter without any fruitful interplay with the other standing committees. The reason was self-evident: most laws were passed directly by standing committees acting as “legislators”.⁴⁴

Against this status quo, in which every committee played its role alone and completely detached from the other parliamentary activities, the jurisdiction of standing committees has been revised in order to identify consistent and cross-sectional competences with reference to the portfolios allocated within the executive.⁴⁵ Moreover, the participation of other standing committees, alongside the one competent on the subject-matter in the legislative process, has been

⁴² See Decaro, Carmela, “La struttura delle Camere”. In, Martines, Temistocle, Silvestri, Gaetano, Decaro, Carmela, Lippolis, Vincenzo & Moretti, Raffaele, *Diritto parlamentare*. Milano: Giuffrè, p75-153, 2011.

⁴³ Indeed, both Chambers of the new Parliament elected in 1948 decided to re-adopt the rules of procedure of the Italian Chamber of Deputies in the pre-fascist regime, albeit with adaptations to the new Constitution. The new rules of procedure were adopted only in 1971.

⁴⁴ See Predieri, Alberto, “Parlamento 1975”. In, Predieri, Alberto, *Il Parlamento nel sistema politico italiano*. Milano: Giuffrè, p. 11 et seqq., 1975.

⁴⁵ See Berarducci, Elio, “La revisione delle competenze delle commissioni parlamentari”. In, *Il Parlamento della Repubblica: organi, procedure, apparati*. Roma: Camera dei deputati, p45 et seqq., 1987 and Letta, Guido, “Le nuove competenze delle commissioni permanenti nel regolamento della Camera dei deputati”. In, *Diritto e società*, n°1, p123 et seqq., 1989.

promoted by providing that some of them shall issue (semi-binding) opinions on every bill (see *infra*).

Compared to the standing committees of the French National Assembly, standing committees in the Italian Chamber are smaller in size, from 35 to 45 members each, since 630 MPs are allotted in 14 committees.⁴⁶ Likewise, also in the Italian Chamber, MPs – except the speaker – are obliged to participate in committee activities, but they must choose the membership of one committee only (Art. 19, section 3 rules).⁴⁷

Following the reform of the rules of procedure in the 1980s, the committee system of the Italian Chamber of Deputies has become more integrated, more easily manageable, and in most procedures several committees are involved, although with different roles. The previous trend towards sectoralisation of committee activities and an exclusive relationship with “their” Ministry has been hindered. This does not mean, however, that no asymmetry features in the committee system. The Committee on EU Policies does not enjoy the same powers as the other committees in the legislative process, while it is very active on the scrutiny of EU draft legislation; some standing committees, like the Committee on Constitutional Affairs and the Committee on Budget, are involved in the examination of every bill in order to assess, respectively, the compatibility with the Constitution and their financial effects. Under certain circumstances, their opinions are binding upon the other committees. If the latter do not comply with this opinion while acting in their capacity of legislator (*sede legislativa* or *deliberante*), the bill is immediately remitted to the examination of the House (Art. 93, section 3 rules); if the bill is only examined and amended in committee, the lack of compliance with this opinion must be justified in the report prepared for the House (Articles 73, section 4, 74, section 3, and 75, section 2, rules). In particular, the Committee on Budget is somewhat the linchpin of the

⁴⁶ There are no rules setting the number of members of standing committees or thresholds as in France.

⁴⁷ However, MPs are allowed to replace a colleague of the same political group who has been appointed in the executive or a colleague limited to a committee meeting or to a bill. Such a replacement is decided by political groups, which control the committees’ composition and they have to inform the committee chairman.

legislative process. Whenever its opinion on a bill reveals that there are not enough resources for its funding and the committee competent on the subject-matter disregards the position of the Committee on Budget, the conditions set in the opinion are automatically converted into amendments voted in the House.

C. The composition of standing committees

The standing committees of the Italian Chamber of Deputies are formed proportionally to the size of political groups in the House (Art. 19, section 2 rules). Aiming to adjust the committees' composition to possible changes of the political groups and of the majority in the Chamber, Art. 20, section 5 of the rules provides the renewal of committees after two years from the beginning of the parliamentary term. Previous committee members can either be confirmed in their positions or be replaced, depending on the changing landscape of political groups and on the needs to observe the principle of proportionality. Meanwhile, before such a renewal is carried out, the composition of standing committees may not, temporarily, mirror the composition of the House, for example because new groups have been established or because some groups have withdrawn their confidence in the executive, or a new executive is appointed without prior elections, as happened during the 16th parliamentary term (2008-2013). Thus it can be that the majority in the House is provisionally the minority in one or more committees.

Although the role played by political groups in the designation of committee members is definitely crucial, the speaker has the final word. Indeed, the speaker is responsible for the allotment of committee seats, checks whether the proportion between groups is effectively respected, and is allowed to intervene to balance the representation of groups in committees.⁴⁸

The chairmen of the standing committees are elected by absolute majority among the committee members, and thus are “men

⁴⁸ Cozzoli, Vito, I gruppi parlamentari nella transizione del sistema politico-istituzionale. Le riforme regolamentari della Camera dei deputati nella XIII legislatura. Milano: Giuffrè, p118-119, 2002, mentions several occasions in which the speaker has stepped in to tackle cases of violation of the principle of proportionality and, in particular, the over-representation of the mixed parliamentary group (composed of the MPs not registered in any other group).

of the majority”. Usually chairmen are chosen among those affiliated to one of the parties within the ruling coalition, but different from the party that supports the relevant Minister, as to provide a more accurate and pervasive control within the coalition. Sometimes committee chairmen can shift from the majority, at the time they were elected, to the opposition, as a consequence of developments occurring within the ruling coalition.

3.3. *The British House of Commons*

A. Constitutional acknowledgment

In the UK, talking about the constitutional acknowledgment of standing committees can appear as non-sense because of the lack of a Constitution conceived as a unique binding document endowed with great endurance over the time (i.e. its rigidity). However, as many scholars, and even judges, have pointed out, besides the constitutional conventions that certainly form part of the unwritten British Constitution, this Constitution is also composed of several Acts of Parliament enjoying a constitutional status.⁴⁹ Many of these Acts affect the form of government – e.g. the *Parliament Acts 1911* and *1949* and the *Fixed-Term Parliaments Act 2011* – and the exercise of public powers.

Not one of these Acts contains a reference to the standing committees of the House of Commons, presumably because, in homage to the principle of parliamentary sovereignty, which has been a landmark principle of British constitutional law for decades,⁵⁰ a Parliament cannot bind its successor by dictating how to structure its internal organization. However, the lack of recognition for the role of standing committees in constitutional documents does not necessarily

⁴⁹ See Turpin, Colin & Tomkins, Adam, *British Government and the Constitution*, 4th ed. Cambridge: Cambridge University Press, p139, 2007, according to whom “although our constitution is frequently described as «unwritten», almost all of it is written down, somewhere”. This opinion was also shared by Justice Laws of *High Court in Thoburn v. Sunderland City Council [2002] EWHC 195, [2003] QB 151* in 2002.

⁵⁰ See, for instance, Dicey, Albert V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London-New York: Macmillan & co., 1889.

entail that they are weak parliamentary bodies. Rather, sometimes a constitutional clause that fixes the number of standing committees and their jurisdiction is really intrusive of the constitutional autonomy of a legislature and can aim to contrast the enlargement of the standing committees' number and powers.

B. The structure of the committee system

After the “revolution” occurred in 1979 and the creation, for the first time, of select committees in the House of Commons, the committee system has not been affected by significant transformations, although the debate on how to improve it is still ongoing.

The select committees that are the subject of the present contribution (S.O. 144 et seqq.) are: the 19 in charge of overseeing the expenditure, the administration and the policies implemented by the different governmental departments, also called “departmental select committees”, given their close relationship with the executive (S.O. 152); and, the unicameral select committees with a cross-sectional jurisdiction, like the Public Accounts Committee, the European Scrutiny Committee, the Public Administration Committee, the Environmental Audit Committee and the Liaison Committee, the body where all select committees are represented by their chairmen.

Other unicameral, though non-permanent, committees are the public bills committees, which are set up *ad hoc* for the examination of a bill and are dissolved as soon as the bill is finally approved.⁵¹ To some extent the public bills committees complement the activity of select committees: the former are fully involved in the legislative process, whereas the latter exercise the oversight function.

⁵¹ See Thompson, Louise, “More of the Same or a Period of Change? The Impact of Bill Committees in the Twenty-First Century House of Commons”. In, *Parliamentary Affairs*, volume 66, n°3, p459-479, 2013. Blackburn, Robert & Kennon, Andrew, (Griffith and Ryle on) *Parliament. Functions, Practice, and Procedures*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, p385, 2003, highlight that the original denomination of the public bills committees was “*standing committees*”, which was a *misnomer*, given their temporary nature. Possibly the name standing committees derives from the practice of the MPS to stand while speaking, a practice also observed during the debates in the House.

On the whole, in the House of Commons, the number of select committees is remarkable if compared to the Italian Chamber of Deputies and even more so to the French National Assembly. The 650 MPs are not obliged to become member of a select committee.⁵² Moreover, MPs fulfilling the role of whips or an office in the executive branch are excluded from select committees by law in order to avoid conflicts of interest, since select committees are established primarily to control the performance of the government. They can be heard before a select committee, but they are prevented from being members. Rather, select committees are composed of backbenchers and have a very small size – from 11 to 14 seats – fixed for each select committee directly by the Standing Orders.⁵³ Because of the limited number of seats available in the select committees, some backbenchers remain outside the select committee system: in other words, there are not enough seats for all the MPs potentially interested in membership of a select committee. The proposals of the Modernization Committee, which is periodically appointed to study reforms of the Standing Orders, to increase the size of select committees to (at least) 15 seats – so as to allow another 50 MPs to participate in select committee activities – to date have been disregarded.⁵⁴

The size of select committees is kept deliberately small in order to have highly cohesive bodies able to carry out in-depth examination of departmental performance and whose members, who are often confirmed in their position term after term, are definitely expert on the subject-matter. In the House of Commons there is a strong belief that small standing committees are better able to perform their tasks

⁵² Following the approval of the *Parliamentary Voting System and Constituencies Act 2011* the number of seats in the House of Commons will be decreased from 650 to 600 starting from the next parliamentary term.

⁵³ By contrast, the *public bill committees* are usually composed of 16 to 50 MPs, depending on the importance of the bill. The more the bill is significant the bigger is the committee appointed, up to the point of summoning the committee of the whole House.

⁵⁴ Nonetheless, the overall number of MPs participating in select committees has increased throughout the years from 222 in the 1978-1979 session to 326 in the 2007-2008 session. See McKay, William & Johnson, Charles W., *Parliament & Congress. Representation and scrutiny in the Twenty-first century*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, p559, table 8.1., 2012.

effectively, as confirmed also by the statements of some committee chairmen, who are in favour of the limitation of committee size.⁵⁵

There is no hierarchy among select committees that can be inferred by any rule: the official powers of select committees to oversee the executive action are perfectly symmetric. However, the Public Accounts Committee is acknowledged *de facto* a peculiar *status*, as the first select committee established and usually chaired by an MP from the opposition bench. Its recommendations to the executive are taken into consideration much more so than those of other committees.⁵⁶

C. The composition of standing committees

It has been said that “*The beauty of the select committee system is that it is the only area of activity in this House at this time where the writ of the Whips office does not run. Once one is on a select committee, one is on it for the Parliament (...)*”.⁵⁷ Whosoever sits in a select committee, when overseeing the executive, is asked to act for the whole Chamber and not on behalf of its political group. This is why, by contrast to the process of appointment of the public bills committees – where also members of the executive branch seat –, carried out by an *ad hoc* Committee of Selection, select committee members must be confirmed in their position by the vote of the House, following the proposal by the Committee of Selection.

The involvement of the House in this procedure is crucial. For example, in 2001 the House of Commons refused to confirm the designation by the Committee of Selection of the members of the select Committees on Foreign Affairs and on Transport as long as the former chairmen of these committees were not included in the list of appointees. It appeared that the two former chairmen were victims of

⁵⁵ See the speech of the chairman of the House of Commons’ Business, Innovation and Skills Committee, Hon. Peter Luff, during the session 2007-2008, (HC Deb (2007-8), meeting of 28th October 2008, 481 c. 852), who complained about the fact that his committee, with 14 members, was too big to be ruled.

⁵⁶ According to Turpin, Colin & Tomkins, Adam, British Government and the Constitution, 7th ed., cit., p641-642, the greatest part of the Public Accounts Committee recommendations are accepted by the executive.

⁵⁷ See the speech by Hon. Diane Abbott, House of Commons, Commons Hansard, 7th July 1998, col936.

their group for their behaviour, and were considered too critical of the executive. Once included in the list, the select committees have been finally appointed by the House.⁵⁸

The chairman of a select committee is definitely in a powerful position. On the one hand, by contrast to the French and the Italian experiences, select committees do not elect either a bureau or rapporteurs on the issues under consideration. The reports in select committees are usually drafted by committee clerks as a chairman's report. On the other hand, the procedure for the appointment of a select committee chairman is regulated in detail by the Standing Orders and involves almost all parliamentary bodies; an element that highlights the prominence given to select committee chairmen. First of all the speaker, at the beginning of the parliamentary term, allots the positions as select committee chairman proportionally to political groups, according to their size. In other words, the speaker fixes how many chairs are granted to each group and this distribution must be approved by the House.⁵⁹ Afterward a competition between MPs starts within each group for the designation as a committee chairman. Interestingly, the election of committee chairmen is finally decided by House, unlike the rule in the French National Assembly and the Italian Chamber of Deputies, where the chairmen are chosen by the committee itself.⁶⁰

S.O. 122C, introduced in 2010, provides, for the first time and only for select committees, that a committee chairman can be removed by way of a vote of no-confidence and thus assumes the existence of a confidence relationship between committee members and their chairman. The new provision might jeopardise the usual *modus operandi* of select committees as highly autonomous and independent

⁵⁸ See Turpin, Colin & Tomkins, Adam, *British Government and the Constitution*, 7th ed., cit., p614-615.

⁵⁹ The liberal-democrats obtained for the first time the chairmanship of a select committee only in 1997.

⁶⁰ To become a candidate as a committee chairman the MP has to gain the support of at least 15 members of his group or 10 per cent of the MPs elected in the same party at the latest elections (S.O. n. 122B, section 8, amended after the elections in 2010).

bodies, albeit composed of MPs.⁶¹ It runs counter to what the leader of the House of Commons stated a few years ago about the profile of committee chairmen: once appointed “they go native”, as if they were not affiliated to a political party. If a committee chairman was removed through a resolution of no-confidence an unusual asymmetry would arise. Committee members do not elect their chairmen, but they can remove him; by contrast, the House elects him, but has no say in his removal.

It is important to notice that the introduction of this provision in the Standing Orders in 2010 reflects the structural shift from a party government to a coalition government, following the election. The wording of S.O. 122C makes this clear: there is no reference to the majority and opposition as in most other Standing Orders, but rather to the “largest party represented” and “another party”, whenever the consensus lacks. This element confirms that committee composition and chairmanship are closely connected to the operation of the form of government and to its change.

4. The evolution of the form of government in the light of the changes of standing committees’ powers

4.1. A brief overview of the main developments of the British, Italian and French forms of government

It has been observed that in a parliamentary form of government, grounded on the confidence relationship between the legislature and the executive, the latter is deemed to be a sort of “steering committee” in parliament.⁶² In other words, it seems inherent that the executive can lead parliamentary activities, according to its political programme. However, even when the executive

⁶¹ See McKay, William & Johnson Charles W., *Parliament and Congress*, cit., p366.

⁶² See Elia, Leopoldo, “Il Governo come comitato direttivo del Parlamento”. In, *Civitas*, n°4, p59-66, 1951. Parliamentary systems are “fused power systems”, between the legislature and the executive.

dominates the parliament, parliamentary bodies can influence, amend, and even replace the content of the bills tabled by the executive.⁶³

There are, however, several variations of parliamentary systems.⁶⁴ The British system, which for centuries has been a model of parliamentarism, based on party government, a strong Prime Minister, and the first-past the post electoral system, has been affected by some transformations in the last few years. The evolution partly derives from changes in politics and in the party system and partly from institutional reforms.

The 2010 general elections led to the formation of one of the few coalition governments (between conservatives and liberal democrats) in British constitutional history with significant consequences for the operation of parliament.⁶⁵ The simple distinction between majority and opposition had to be updated to a situation in which two parties rule together.⁶⁶ Even the chairmanship of select committees has been influenced by such political change (see *supra*, section 3.3.) and, interestingly, the strengthening of select committees is one of the objectives that the coalition government aims to fulfill (point 16 of the Coalition Agreement, on government transparency).

Furthermore, in 2011 three significant parliamentary Acts entered into force. The Parliamentary Voting System and Constituencies Act 2011 aimed at changing the electoral system from plurality to the alternative vote system and at reducing the number of

⁶³ Amongst the many classifications of parliaments proposed by scholars, see Norton, Philip, "The Legislative Powers of Parliament". In, Flinterman, Cees, Heringa, Aalt W. & Waddington, Lisa, *The Evolving Role of Parliaments in Europe*. Antwerpen: Maklu Uitgevers, p15-35, 1994, on the influence of parliaments on policymaking. In parliamentary forms of government the bills introduced by the executive are those that show the highest rate of success in terms of approval, though they might be heavily amended in parliament.

⁶⁴ See Bradley, Anthony W. & Pinelli, Cesare, "Parliamentarism". In, Rosenfeld, Michel & Sajó, András, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, p628-648, 2012.

⁶⁵ The Standing Orders for public business in the House of Commons were profoundly changed by the new Parliament in 2010 compared to those in force before the elections, aiming to adapt parliament to the new political reality.

⁶⁶ On the impact of the coalition government on the British constitutional system, see House of Lords, *Inquiry into the constitutional operation of coalition government – Written and oral evidence*. London: Select Committee on the Constitution, p59-101, 10th December 2013 (Robert Hazell's written evidence).

Commons. It failed for the first part, because of the negative outcome of a referendum, but succeeded in introducing a cut of 50 MPs from the next parliamentary term onwards. The European Union Act 2011, following the entry into force of the Treaty of Lisbon, has list a series of cases in which parliamentary assent is required whenever certain clauses of the European Treaties are used: this is a condition for the executive to act upon. However, even more important for the British form of government is the Fixed Term Parliaments Act 2011, which “rationalized” it compared to the previous discipline based on constitutional conventions. Not only has the House of Commons a fixed term of five years but the hypotheses of an early dissolution are clearly fixed. The case for a self-dissolution of the Chamber by a two-thirds majority has been introduced, as well as the possibility for the House of Commons to adopt a motion of no confidence against the government followed by a (express) vote of confidence in favour of a new cabinet, which allows the House to avoid an early dissolution. Although possibly it is too early to assess the effects of these Acts, in principle the position of the House of Commons *vis-à-vis* the executive seems reinforced. As a consequence, the debate on the performance and prospects for enhancement of select committees has also arisen vigorously, as a way to ride the transformation occurring in the relationship between the executive and the parliament.⁶⁷

By contrast, until the end of the last century, the functioning of the Italian Parliament did not follow the usual rationale of parliamentary forms of government, according to which the executive leads parliamentary activities. Rather, due to the fragmentation and the polarization of the party system and to the international constraints upon Italian politics, very unstable governments – which remained in office from six months to one year – were unable to rule parliament and were in fact submitted to its “diktat”.⁶⁸

⁶⁷ See Brazier, Alex & Fox, Ruth, “Reviewing Select Committee Tasks and Modes of Operation”. In, *Parliamentary Affairs*, volume, 62, n°4, p354-369, 2011, and Russell, Meg & Benton, Meghan, *Selective Influence. The Policy Impact of House of Commons Select Committees*. London: The Constitution Unit, UCL, p18 et seqq., June 2011.

⁶⁸ On fragmentation and polarization of party systems, see Sartori, Giovanni, *Parties and party system: A framework for analysis*, reprinted ed., Essex: ECPR, p80 et seqq., 2005[1976]. On the factors affecting government’s duration, see Fischer,

During the first forty years of the Italian Republic, when the communist party was kept apart from the Executive branch but not from the legislative process, standing committees represented the very centres of legislative production:⁶⁹ it suffices to say that in each of the first ten parliamentary terms (from 1948 to 1992) the greater part of the Acts passed received their final approval in committees without reaching the Floor of Houses.⁷⁰ Standing committees were the place where, in the atmosphere of the Cold War and behind closed doors, everyone could be included and actively involved in the legislative decision-making process. All compromises, sometimes even very controversial ones, and often with the Executive relegated to a passive role, were weaved by committees oriented towards the consensual and the most inclusive logic.⁷¹ The result was an explosion of the legislative production, often originating from parliamentary bills: hundreds of super-sectional laws, mirroring the jurisdiction of standing committees and making an enormous increase to public expenditure.

However, at the beginning of the 1990s the collapse of the party system and the change of the electoral laws produced a majoritarian turn in the functioning of the political system, without any constitutional amendment and maintaining the same form of government. Although the legal norms – included the parliamentary rules of procedure – were not substantially restyled, the real operation of the relationship between parliament and government changed dramatically.

The Italian political context has shifted away from the time when confidential agreements achieved in committees were functional to accommodate a highly fragmented and polarised political debate, in the absence of an alternative for the composition of the executive.

Jörn, Dowding, Keith & Dumont, Patrick, “The duration and durability of cabinet ministers”. In, *International Political Science Review*, volume 33, p505-519, 2012.

⁶⁹ See Russo, Federico & Verzichelli, Luca, “Parliaments and Citizens in Italy: An Unfilled Gap”. In, *The Journal of Legislative Studies*, volume 12, n°3/4, p351-367, 2012.

⁷⁰ See. Gianniti, Luigi & Lupo, Nicola, *Corso di diritto parlamentare*, 2nd ed. Bologna: Il Mulino, p238, 2013.

⁷¹ See Pizzorno, Alessandro, “Opposition in Italy”. In *Government and Opposition*, volume 32, n°4, p647-656, 1997.

Nowadays coalitions are formed before the election and the system has moved towards a majoritarian logic, in the House as well as in committees, with a stronger role for the Executive in the legislative process compared to the past. Evidence of this evolution is given by the fact that the number of Acts directly approved by committees dropped substantially.⁷² This does not imply that standing committees have lost any role in policymaking; they have been able to adapt and find new ways to influence the legislative process (see *infra*, Section 4.2.).

Finally French semipresidentialism is in many regards a hybrid form of government: on the one hand, the President of the Republic, who is directly elected by people, is at the same time the Head of State and the Head of the executive branch and, as in the United States, cannot even enter the Parliament; on the other, the Prime Minister, who is appointed by the President of the Republic, cannot operate without the confidence of the National Assembly.⁷³

Up to the end of the twentieth century, however the French National Assembly was voluntarily put under the dominance of the Prime Minister and the government. The constitutional design of the French Fifth Republic was aimed to avoid any possible repetition of the experience of the Third and Fourth Republic, founded on a parliamentary system clearly affected by governmental instability.

⁷² See, for instance, during the fifth parliamentary term (1968-1972) 78% of bills were approved ultimately in committees (at least in one of the two Houses), whereas during the fifteenth parliamentary term (2006-2008) the percentage dropped to 11%. However, during the latest part of the sixteenth parliamentary term (2008-2013), during the Monti government (2011-2013), which was supported by a wide coalition in parliament, the number of bills directly approved in committees rose to 17 %.

⁷³ Some authors, for example Lauvaux, Philippe, *Parlementarisme rationalisé et stabilité du pouvoir executive*. Bruxelles: Bruylant, p52, 1988, tends to compare French semipresidentialism to a highly rationalized parliamentary system; others highlight its *sui generis* nature: see Elgie, Robert, "What is semi-presidentialism and where it is found?". In, Elgie, Robert & Moestrup, Sophia, *Semipresidentialism outside Europe. A comparative Study*. London-New York: Routledge, p. 1 et seqq., 1997. Linz, Juan J., "Presidential or Parliamentary Democracy? Does it Make a Difference?". In, Linz, Juan J. & Valenzuela, Arturo, *The Failure of Presidential Democracy. Comparative Perspectives*, volume I. Baltimore: John Hopkins University Press, p3-89, 1994, includes French semipresidentialism amongst the systems based on a dual executive.

Therefore, the legislative competence of the Parliament (*domain de la loi*) has been limited, in favour of the rule-making power of the executive (Ar. 37 Const.); the order of business of the National Assembly was defined by the executive (Art. 48 Const.); the approval of parliamentary resolutions was precluded; the government can use the blocked vote (Art. 44 Const.)⁷⁴ and the accelerated procedure (Art. 49, section 3 Const.).⁷⁵

Only by the mid-1990s, initially by amending the rules of the National Assembly, has the parliament been gradually empowered.⁷⁶ Indeed, the first changes concerned the strengthened power of the committee on finance over budgetary issue and the control of the legislative implementation by standing committees: the main tool for empowering the Assembly was by means of its committees.⁷⁷ A decade later a major input towards reinforcing the legislature was found in the “presidentialization” of the form of government achieved by the constitutional reform of 2000 and in its following “re-parliamentarization” by the constitutional reform of 2008.⁷⁸ The former matched the duration of the presidential mandate – seven years – to that of the National Assembly – five years –, thus trying to

⁷⁴ The government can ask the National Assembly to adopt just with one vote the entire text of a bill or a part thereof. All amendments are precluded, except those tabled or accepted by the government itself.

⁷⁵ If subject to the accelerated procedure a bill is almost immediately adopted because the bill on which the government has put a question of confidence is deemed automatically approved unless one tenth of the MPs tables a motion of no confidence that is then passed by the majority (of the members) of the National Assembly. Such a procedure is very unlikely to lead to the resignation of the government (only a minority government can be defeated by way of the accelerated procedure). Moreover, since 1958 only one government has resigned, in 1962, because a motion of no confidence was passed.

⁷⁶ Of course, compared to other legislature, like the U.S. Congress, the power of the National Assembly still remains weak, but considering the point of departure in 1958, the Assembly has been considerably strengthened.

⁷⁷ See Avril, Pierre & Gicquel, Jean, *Droit parlementaire*, cit., p303-304.

⁷⁸ On the constitutional reform of 2000, see Colliard, Jean-Claude, “Une confirmation de l’évolution présidentieliste de l’Exécutif”. In, *Revue politique et parlementaire*, volume 10/12, p10, 2007; on the constitutional reform of 2008, interpreted as pursuing a “re-parliamentarisation” of the form of government, see Gicquel, Jean, “La re-parlementarisation: une perspective d’évolution”. In, *Pouvoirs*, n°126, p47-59, 2008.

avoid the risk of cohabitation, and providing for parliamentary elections after presidential elections (*loi constitutionnelle n. 2000-964*). Constitutional law n. 2008-724 has tried to re-balance the position of the parliament towards a very powerful President of the Republic.⁷⁹ For example, the order of business of the National Assembly has become *partagé* between the government and the Conference of the Presidents, and in addition to the traditional parliamentary function a new one has been added: to control and assess public policies (Art. 24 Const.). Above all, by way of constitutional amendments, the “re-parliamentarization” has entailed an extension of standing committees’ power in the legislative process and to oversee the action of the executive.

4.2. The transformation of standing committees’ powers in the legislative process

It is well-known that, to date, in the British House of Commons the role of select committees in amending government bills has been almost inexistent. In principle the Standing Orders would allow the participation of select committees in the legislative process as committees in charge of reviewing and amending government bills. However in practice *ad hoc* public bills committees or the Committee of the Whole House have been preferred. In spite of the greater amount of time spent in the scrutiny of government bills and the wide use of the procedure to take evidence after 2006, the poor performance of public bills committees in shaping legislation has raised the question of whether select committees would be much more suitable in carrying out this task, given their permanent nature and the expertise of its members. Except for a few remarkable examples, like the Hunting Bill, public bills committees remain largely unable to shape legislation: the introduction of oral and written evidence in committees has reinforced legislative scrutiny, but the

⁷⁹ See Costa, Olivier, Schnatterer, Tinette & Squarcioni, Laure, “Peut-on revaloriser le parlement français? Le regard des députés sur la revision constitutionnelle de 2008 et les réformes souhaitables” In, Les Essais – Jean Jaurès Foundation, n°5, 2012, on how the 2008 constitutional reform has been perceived by MPs, showing conflicting views on its outcomes.

executive has reacted by introducing a huge number of amendments during the report stage, which follows the committee stage, aiming at responding to committees' scrutiny.⁸⁰

A very gradual and still partial transformation of the role of select committees in the legislative process has occurred anyway. Occasionally bills have been assigned for legislative scrutiny to select committees and the number has slightly increased throughout the years, from three in the 2005-2006 session to six in the 2007-2008 session, and then has remained quite stable.⁸¹

Even more significant is possibly the present involvement of select committees in pre-legislative scrutiny on government bills, that is at an earlier stage of the legislative process, before the bill is officially tabled in the House of Commons. This has happened in a systematic way and, although select committees are not able to control the final legislative output (except for the implementation of legislation), by means of pre-legislative scrutiny they have become able to orient some fundamental choices of the executive in policymaking.⁸²

Likewise the history of the standing committees of the French National Assembly has been characterized by a long-standing marginalization since 1958, followed by a later enhancement. A significant redress for standing committees has derived from the constitutional reform of 2008. As mentioned, the first signal of a committees' revenge was launched by the reform of the rules of procedure in the mid-1990s, which however was not strictly focused on the legislative process.

By contrast, Constitutional law n. 2008-724, organic law of 15th April 2009 on the application of Articles 34-1, 39 and 44 Const., and

⁸⁰ For an in depth examination of public bills committees in the House of Commons, see Thompson, Louise, "More of the same or a period of change?", cit., p19, 2012, who points out that the impact of parliament, by means of public bills committees, on government bills is "perhaps more negligible today (...) than it was in the previous years", although their overall activity has increased.

⁸¹ See McKay, William & Johnson, Charles W., *Parliament and Congress*, cit. p362.

⁸² On select committees' pre-legislative scrutiny, see Brazier, Alex, Kalitowski, Susanna, Rosenblatt, Gemma & Korris, Matt, *Law in the Making: Influence and Change in the Legislative Process*. London: Hansard Society, 2008.

the amendments to the National Assembly's rules of procedure seem to have changed the landscape.

Not only does Art. 42, section 4 Const. reserve on any bill assigned at first reading six weeks for legislative scrutiny on the part of the standing committee competent on the subject-matter. A “revolution” is carried out in the way the legislative process is conceived, traditionally as government-centred. Since 2008 new Art. 42, section 1 Const. states that the House examines government and private members' bills on the basis of the text passed by the committee to which it was referred rather than, as it had been up until then, on the bill as presented by the government. Thus standing committees can adopt amendments which are immediately effective upon the bill concerned, although the House can change it further. This new committee prerogative has had as a corollary the acknowledgment on the part of the *Conseil constitutionnel* of the executive power to attend all committee meetings dealing with legislative scrutiny, aiming to ensure that its own bills are not overturned by committees.⁸³ To safeguard the action of the executive some bills are excluded from being directly revised in committees – although during the committee stage amendments can be tabled and passed –, namely constitutional revision bills, financing bills, social security financing bills.

Moreover, the *pivot* of the legislative process in the National Assembly is the rapporteur.⁸⁴ The rapporteur, an MP from the majority (see *supra*, section 3), represents the standing committee in the House, who can table amendments and reply to the Minister. It has been demonstrated that, even before the constitutional reform of 2008, 80 per cent of committee amendments tabled in the House derived from the rapporteur.⁸⁵

⁸³ See the decision of the *Conseil constitutionnel* n. 2009-579 DC of 9th April 2009 on the *Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*.

⁸⁴ See Loquet, Patrick, *Les commissions parlementaires permanents de la V^e République*. Paris: PUF, p37, 1981, and Cahoua, Paul, “Les commissions lieu du travail législative”. In, *Pouvoirs*, n°34, p43, 1985.

⁸⁵ See Colliard, Jean-Claude, “Le débat des projets de loi sur le texte adopté en commission”. In, Camby, Jen-Pierre, Fraissex, Patrick, & Gicquel Jean, *La revision de 2008: une nouvelle Constitution?*. Paris: Dalloz, p197-202, 2011.

Although leading to similar outcomes – the retention and the preservation of standing committee powers – the evolution of the “legislative function” of standing committees in the Italian Chamber of Deputies has followed a different path of development to the two previous Chambers. After 1994 the shift from a legislature based on standing committees, acting as autonomous legislators, to committees in charge “only” for the examination and amendment of bills, could have undermined the role of these parliamentary bodies in the legislative process (see *supra*, section 4.1.). Evidence of this risk comes from the way the parliamentary agenda and business are set, defined by the Conference of Groups Chairpersons (in agreement with the government) by special majority or, lacking this majority, by the Speaker.

Standing committees must simply adapt their schedule to the House order of business without having a say in the Chamber’s agenda. Nor are the provisions of the rules of procedure that provide for a minimum timeframe for legislative scrutiny enforced. The committee stage can be *de facto* stopped at any moment whether the report on a bill has been drafted or not, and the rapporteur has to be given the mandate to report to the House. In principle, during the committee stage, Italian standing committees have always enjoyed the power that the committees of the French National Assembly gained from 2008: they can amend whatever bill, which is examined in the House according to a text passed by committees. However, according to the rules of procedure of the Italian Chamber of Deputies, if the bill starts to be examined by the House without the completion of the committee report, all the work previously done by the committee in amending the bill and on the report is lost and the text is considered by the House according to the wording of the bill originally presented. Whether such an outcome can be considered consistent with Art. 72, 1st section Const., which makes the committee stage mandatory (see above, section 3.2.), is a matter of discussion.

A second major concern is represented by the practice of adopting maxi-amendments (*maxi-emendamenti*), particularly on decree-laws, which are enacted by the executive in extraordinary circumstances of necessity and urgency, come immediately into force, and must be converted into a parliamentary Act within 60 days

otherwise lose their effects retroactively (Art. 77 Const.).⁸⁶ A maxi-amendment, which is composed of one article divided into thousands sections and aims to replace the entire content of a bill, is always associated with a question of confidence put forward by the executive on the maxi-amendment itself. Thus, if the maxi-amendment is rejected the government has to resign. The “explosive mixture” of a maxi-amendment plus the question of confidence also has another procedural effect: should a question of confidence be raised, all the tabled amendments – also those of the principal committee – are precluded.⁸⁷ Therefore, even if the committee stage is concluded, the committee report is adopted and the House examines the bill (or the bill that converts the decree-law into law) as amended by the relevant committee, the maxi-amendment tabled together with the question of confidence can annul the outcomes of the committee work.

Yet, in spite of this result, it has been noticed that, on the one hand, when the committee stage has not been completed, the amendments adopted in committee and not transposed into the text for the House are inserted later on into the bill, in the House, for example as committee amendments. The principal standing committees, indeed, take part in the legislative process in the House, through a delegation of nine committee members (*comitato dei 9*), which of course enhances its influence compared to what happens in the British House of Commons and the French National Assembly.

On the other hand, even if a maxi-amendment is tabled and adopted, usually most of the changes made during the committee stage to the original bill are maintained in the final text as well as other committee amendments presented in the House.⁸⁸

⁸⁶ The unlawful use or, better, the abuse of decree-laws has been challenged by the Constitutional Court (and the President of the Republic has severely criticized the practice, in particular in 2011): see the decisions n. 360/1996 and 22/2012. However, the number of decree-laws does not seem to decrease.

⁸⁷ On maxi-amendments, see in detail, Piccirilli, Giovanni, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*. Padova: Cedam, p261 et seqq., 2008.

⁸⁸ Data have been collected about the government bills passed during the sixteenth parliamentary term (2008-2013) by a joint research group between the Centro di Studi sul Parlamento at LUISS Guido Carli of Rome, and the Law Department, at the Sant'Anna School of Advanced Studies, Pisa. The first outcomes of the research were presented on the occasion of a seminar on “Il procedimento legislativo tra Governo “legislatore” e Parlamento “emendatore” [The legislative

Because of the new political context and the majoritarian turn, the influence of standing committees is shown in a more indirect and hidden way compared to the past. The role of standing committees has reacted to the (informal) transformation of the form of government.

4.3. The transformation of the oversight function of standing committees

While the standing committees of the Italian Chamber of Deputies are still quite influential in the legislative process, their exercise of the oversight function has always been rather weak and the situation has become worse since the turning point of 1992-1994. In fact, the oversight function of the Italian Parliament in general has always been underused: oversight tools had been provided by the rules of procedure but exploited in only a limited way.⁸⁹

Although they are devoid of the power to conduct an inquiry – which the Constitution assigns as obligatory to temporary, unicameral or bicameral, committees composed proportionally of the House (Art. 82 Const.), – standing committees can start fact-finding investigations, can carry out hearings, ask for specific documents, and devote part of their time to parliamentary questions.⁹⁰ An improvement in the way the traditional oversight tools are applied in the Chamber derives from the need to oversee the conduct of the government in EU affairs. Ministers are more and more often asked to appear before standing

process between the legislative power of the executive and the amending power of the parliament], organised on 21st May 2010 at the Sant'Anna School on Advanced Studies, Pisa.

⁸⁹ See Manzella, Andrea, *I controlli parlamentari*. Milano: Giuffrè, 1970 and Chimenti, Carlo, *Il controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

⁹⁰ Recently, on 26th June 2013, by way of a new interpretation of the rules of procedure provided by the Committee on Rules (*Giunta per il regolamento*) of the Italian Chamber of Deputies, standing committees have been allowed the possibility to hear appointees to governmental positions, either using informal hearings or by providing internet broadcasting of the hearings. Standing committees issue a binding opinion upon the government appointment to independent agencies, like the independent authority on communication (law n. 249/1997).

committees (as well as in the House) to explain the Italian position on certain European legislative dossiers, and prior and after Council of Ministers and European Council's meetings.⁹¹ Likewise the "European activities" of standing committees have been extensively enlarged, particularly in terms of the time used for the scrutiny of European draft legislative acts, if such activity can be conceived also as a way to oversee the executive.⁹² This development has happened, once again, without any formal amendment of the rules of procedure, after the Treaty of Lisbon.

Moreover, given the broad rise in the adoption of legislative decrees by the executive (Art. 76 Const.),⁹³ standing committees are almost always asked to issue opinions on draft legislative decrees prior to their final approval by the government, but it is extremely rare that a parliamentary opinion on this draft is given binding effects.⁹⁴

A major field where potentially the oversight powers of Italian standing committees may be strengthened is that of budgetary and fiscal matters. For the first time, constitutional law n. 1/2012 has acknowledged at constitutional level the oversight function on public finance of the two Chambers, to be regulated by the rules of procedure, which, however, have not yet been updated.⁹⁵ Standing committees, particularly those on budget and finance, can become the *pivot* for the fulfillment of this function.

⁹¹ This is also because of the new provisions of law n. 234/2012, passed to enforce the new parliamentary powers provided by the Treaty of Lisbon.

⁹² See European Commission, Annual Report 2012 on relations between the European Commission and national parliaments, COM (2013) 565 final: Bruxelles, p. 4, 30th July 2013, highlights, however, that the number of written opinions sent by the Italian Chamber of Deputies to the European Commission, in the light of the early warning mechanism and of the "political dialogue" in 2012 has decreased from 28 to 15 submissions.

⁹³ Legislative decrees are adopted following a legislative act of delegation by the parliament.

⁹⁴ See Lupo, Nicola, "Alcune tendenze relative ai pareri parlamentari sui decreti legislativi e sui regolamenti del Governo". In Caretti, Paolo, Osservatorio sulle fonti 1998. Torino: Giappichelli, p139, 1999, and Albanesi, Enrico, Pareri parlamentari e limiti della legge. Milano: Giuffrè, p227-231, 2010.

⁹⁵ Constitutional law n. 1/2012 has introduced the balanced budget clause in Art. 81 Const. See also the organic law n. 243/2012. Until this constitutional law the oversight function of the Chambers was not recognised at constitutional level.

As for oversight powers, standing committees of the French National Assembly were in a completely different position. Due to *ordonnance* n. 58-1100 of 1958 and to the jurisprudence of the *Conseil constitutionnel*, the oversight function of the two Chambers has been put under severe constraints. In particular, standing committees were precluded from exercising any inquiry, and some subject-matters, like foreign policy, defense, internal security, were excluded from being subject to committees hearings.⁹⁶ The oversight function could be exercised, within limits, only by the House. Therefore, whereas in Italy the enforcement of the oversight tools has been traditionally weak, although the tools were in principle provided, in France there were even legal limits to the exercise of the oversight function on the part of the standing committees of the National Assembly.⁹⁷

Fact-finding investigations, known in France as *missions d'information*, now are considered the main tool for providing information to the House on matters of public interest (usually on the enforcement of legislation), but they are not carried out by the committees as such. Rather *missions d'information* implies the setting up of a temporary body, within or outside the competent standing committee, often composed of some of its members.

However, the constitutional reform of 2008 has changed such an understanding of the parliamentary oversight powers, although the actual effects on the exercise of the standing committees' oversight functions are still unclear. The parliament is now expressly entitled to control and assess public policies (Art. 24 Const.). It has been pointed out that standing committees are the principal beneficiaries of this provision.⁹⁸ Furthermore an *ad hoc* standing committee, having a cross-sectional jurisdiction on all public policies, has been established in the National Assembly, the *Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques*. All the bodies of the National Assembly are represented in this committee, which can function as a *trait d'union*

⁹⁶ See Avril, Pierre & Gicquel, Jean, *Droit parlementaire*, cit., p303-304.

⁹⁷ See Thiers, Éric, "Le contrôle parlementaire et ses limites juridiques: un pouvoir presque sans entraves". In, *Pouvoirs*, n°134, p71-81, 2010.

⁹⁸ See Dosière, René, "Le contrôle ordinaire", and Houillon, Philippe, "Le contrôle extraordinaire". Both in, *Pouvoirs*, n°134, p37 et seqq. and p59 et seqq., 2010.

for parliamentary procedures dealing with the oversight function and is presided over by the Speaker.

Another (new) power conferred upon standing committees of the French National Assembly deals with the confirmation of presidential appointments. According to new Art. 13, section 5 Const., some presidential appointments to be defined by an organic law, “on account of their importance in the guaranteeing of the rights and freedoms or the economic and social life of the Nation”, must be confirmed by the relevant standing committee, the Committee on Laws. In particular, such appointments are deemed rejected if three-fifths of the votes in committee does not concur with the presidential decision. However, in the light of legislative developments that occurred in 2009 (see organic law n. 2009-257 and law n. 2009-258), of the decisions of the *Conseil constitutionnel*, and following the adoption of the organic law for implementing Art. 13 Const., in 2010,⁹⁹ it does not seem likely that standing committees will often veto presidential appointments: the quorum to be reached for rejection is rather challenging.¹⁰⁰ However, standing committees are now in a position to control and review these appointments, and this can be considered an enhancement of their oversight powers.

Compared to the case of the Italian and French standing committees, the select committees of the British House of Commons are more equipped to oversee the conduct of the executive, since they have been established exactly for this purpose.

Select committees enjoy the power to conduct inquiries and thus to compel *sub poena* the appearance of witnesses, as well as to force the transmission of information and documents unless executive privileges can be invoked. Executive departments have not always shown a cooperative attitude towards select committees, by refusing to provide information or to send public officials as witnesses. Although drafted in the House of Lords, the *Scott Report* of 1996 has shed light on the executive omissions in providing information to

⁹⁹ The enforcement of Art. 13 Const. has been fulfilled by organic law n. 2010-837 and law n. 2010-838 that set a list of 51 presidential appointments to be subject to this procedure.

¹⁰⁰ See Pourhiet, Anne-Marie, “Le pouvoir de nomination du Chef de l’État contrôlé par le Parlement”. In, Camby, Jean-Pierre, Fraissex, Patrick & Gicque, Jean, La révision de 2008, cit., p57 et seqq.

parliament, even on matters of public interest, as on the illegal trade of weapons to Iraq.¹⁰¹ Since then the cooperation between the executive and select committees has improved, thanks to the Freedom of Information Act 2000, on disclosure of the executive's documents, and to the Minister Code 2005. Lastly, since 2009 the guidelines for witnesses in committee hearings – the so-called Osmotherly Rule – presume the Minister allows public officials working in his department to testify before select committee as the general rule. Should the Minister persistently refuse authorization to one of the public officials to appear before a select committee, the select committee can force the House to execute its order against the will of the Minister.

A recent reinforcement of the select committees' oversight powers has derived from the acknowledgement to control ministerial appointments. Such a result has been reached following a long and gradual process, in spite of the reticence of the executive. The green paper on *The governance of Britain*, and later on the coalition agreement of 2010, have promoted this achievement. Select committees hear the candidates to around thirty positions prior to their appointment, although it remains unclear the extent to which a select committee may object to an appointment.¹⁰²

5. Conclusion

This paper has first described the origins of standing committees in the French, Italian and UK Parliaments and then has analysed the structure and the organisation of the three committees system of standing committees in each country. Secondly, it has focused on the evolution of the French, Italian and UK forms of government in the light of the changes of the legislative and oversight powers of the standing committees. Finally, in this section some

¹⁰¹ See Leyland, Peter, "The Westminster Parliament and Executive Accountability: The oversight function of departmental select committees with reference to the Millennium Dome and the David Kelly affair". In, Rossi, Emanuele, *Studi pisani sul Parlamento II*, Pisa, Plus-Pisa University Press, p419 et seqq, 2008.

¹⁰² See McKay, William & Johnson, Charles W., *Parliament and Congress*, cit., p76-77.

conclusions are drawn on the basis of the comparison between the three constitutional case studies.

Prominent scholars have underlined, favourably¹⁰³ or critically,¹⁰⁴ depending on the case, that parliamentary standing committees are crucial for studying the relationship between legislatures and executives and how the form of government is shaped. This statement is of the utmost importance when we consider that these scholars have directly experienced how parliamentary committees work.

Notwithstanding the complex transformations of constitutional legal orders between the twentieth and the twenty-first century standing committees seem to confirm their centrality. Indeed, especially in parliamentary forms of government, the organizational features, the functions and the powers of parliamentary standing committees strongly influence the executive's stability.

In the three case studies considered, standing committees have adapted to the transformation of the form of government so as to preserve or even enhance their role, albeit in a different way compared to the past. At the same time, the organisation and the functioning of standing committees, since their establishment, has shaped parliamentary procedures.

Such a result seems confirmed by looking at the French National Assembly, the British House of Commons,¹⁰⁵ and the Italian Chamber of Deputies, although the structure of their committee systems and the powers of standing committees vary significantly.

¹⁰³ See Barthélemy, Joseph, *Essai sur le travail parlementaire et le système des commissions*. Paris: Delagrave, 1934 and Elia, Leopoldo, "Commissioni parlamentari". In, *Enciclopedia del diritto*, volume VII. Milano: Giuffrè, p895-910, 1960. Both of them served as MPs and as Ministers.

¹⁰⁴ Wilson, Woodrow, *Congressional Government. A study in American politics*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009 [1884] and then Wilson, Woodrow, *Constitutional Government in the United States*. Memphis, Tennessee, 2010 [1908].

¹⁰⁵ Even in a parliament that has been traditionally described as based on a weak committee system. On the strengthening of select committees in the British House of Commons, see the key-note speech by John Bercow, Speaker of the House of Commons on "Towards a 21st century Parliament" at the Handard Society, London, 27th November 2013.

The quality and the quantity of committees' activity can be put in direct connection with the level of autonomy of parliamentary decision making towards the executive¹⁰⁶. This means that the strength of legislatures largely relies on the force of its committees¹⁰⁷. Any coherent attempt to undermine a legislature passes through the restriction of the margins of manoeuvre of their committees. However, such an attempt would not have the sole effect of challenging the institutional balance within the legal system. It could also de-legitimize the policymaking process, which is largely based on committees for performing both the legislative and the oversight functions.

Abstract: Parliaments have changed substantially over time, particularly in the new century, as a consequence of new phenomena appearing in the institutional landscape, such as the transfer of significant normative powers from legislatures to executives, the crisis of the long standing representative function of political parties,, globalization and regional integration processes of regional integration, mediatization, personalization of politics and populism. By the same token, for example we have witnessed a shift in the balance between the exercise of the legislative and the oversight function in legislatures in favour of the latter. This paper argues that, in spite of the transformations of parliaments, standing committees and parliamentary committee systems, also by way of constitutional, legislative or standing orders' reforms, have accommodated their role accordingly, and are still influential in shaping the form of government.

Keywords: Parliaments, standing committees, form of government, France, Italy and the UK

¹⁰⁶ See Mattson, Ingvar & Strøm, Kaare, "Parliamentary Committees". In, Döring, Herbert, Parliaments and Majority Rule in Western Europe. Frankfurt: Campus, p249-307, 1995.

¹⁰⁷ See Lupo, Nicola, "Il ruolo del Governo nelle commissioni parlamentari". In, Studi pisani sul Parlamento III. Pisa: Plus, Pisa University Press, p137-147, 2009.

Cristina Fasone
*The influence of standing Committees
on the forms of Government*

Cristina Fasone, Assistant Professor of Comparative Public Law,
Department of Political Science, LUISS Guido Carli, cfasone@luiss.it

Diálogo judicial interamericano en derechos humanos *

Haideer Miranda Bonilla **

1. Introducción

En el presente estudio se analiza la noción de *judicial dialogue* en el ámbito de la protección multinivel de los derechos fundamentales en América Latina¹. En particular se estudiarán las diferentes tipologías, características y elementos fundamentales de este fenómeno con fundamento en la doctrina y la jurisprudencia más relevante en la materia. Posteriormente se analizará la relación que existe entre la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica –en adelante la Sala Constitucional– y la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante Corte IDH–, es decir entre las “Cortes de San José”², en particular a través de la jerarquía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el derecho interno, la utilización de jurisprudencia convencional interamericana por parte de la Sala Constitucional y el fenómeno *inverso*, así como el conflicto que generó entre ambos órganos jurisdiccionales la sentencia en el caso Artavia Murillo a fin de determinar la existencia o no de un diálogo judicial.

2. El diálogo judicial en la protección multinivel de los derechos fundamentales

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

** Las opiniones y comentarios contenidos en este artículo no representan necesariamente el criterio oficial de las instituciones en las que el autor labora.

1 En el presente estudio se utilizarán los términos diálogo entre cortes o tribunales, jurisprudencial, jurisdiccional o judicial dialogue como sinónimos.

² R. Hernández Valle, *Diálogo entre las Cortes en Costa Rica*, p. 835 – 858. En E. Ferrer Mac Gregor, A. Herrera García (coord.) *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

Desde mitad de los años 90, los primeros estudios de «derecho constitucional global» habían resaltado el creciente rol de los jueces constitucionales como protagonistas de la circulación jurídica, a través de la utilización de argumentos «extra sistémicos» o bien la referencia cada vez más frecuente en las sentencias al derecho internacional y de sentencias de otras Cortes Constitucionales³. Este fenómeno se ha verificado a nivel internacional en las sentencias de órganos regionales de protección como la Corte IDH y su homólogo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El progresivo aumento que viene reconocido al derecho extranjero y a la comparación jurídica por parte de la jurisprudencia no solo interna, sino internacional y supranacional, pone en evidencia el así denominado «diálogo judicial»⁴. En esta materia se debe

³ Entre los múltiples estudios de derecho constitucional comparado que surgieron en esa época se puede mencionar: C. L'Heureux-Dubé, *The international Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation*. En *Harvard Law Journal*, 2001, p. 2049 ss. A. Slaughter, *Global Community of Courts*. En *Harvard International Law Journal*, 2003, p. 191 ss.

⁴ Sobre el así denominado «diálogo judicial» existe una basta literatura jurídica dentro de la que se puede citar: M. Cartabia, “*Taking dialogue seriously*” *The renewed need for a judicial dialogue at the time of constitutional activism in the European Union*. En Jean Monnet working papers, número 2/2007. Id. *La Corte costituzionale italiana e la Corte di Giustizia europea: argomenti per un dialogo diretto*, in AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile*, Ed. Giuffrè, Milano, 2008. S. Cassese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Ed. Einaudi, Torino 2009. Id. *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un ordine globale*. Ed. Donzelli, Roma, 2009. R. Cosío, R. Flogia (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo tra corti*. Ed. Giuffrè, Milano, 2013. G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Ed. Il Mulino, Bologna, 2010. Id. *Il dialogo transazionale tra le corti*. Ed. Scientifica, Napoli, 2010. M. Fragola (a cura di), *La Cooperazione fra Corti nella tutela dei diritti fondamentali in Europa*. Ed. Scientifica, Napoli, 2011. J. García Roca, R. Canosa Usera, P.A. Fernández Sánchez, P. Santolaya Machetti (coord.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Ed. Civitas, Madrid, 2012. T. Groppi, *Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali*. En *Revista Quaderni Costituzionali*, número 11, Ed. Il Mulino, Bologna, 2011. H. Miranda Bonilla, *Diálogo Judicial Interamericano: entre constitucionalidad y convencionalidad*. Ed. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá Colombia, 2016. A. Pertici, E. Navarretta, *Il dialogo fra le Corti: principi e modelli di argomentazione*. Ed. Edizioni Plus,

distinguir entre el «diálogo horizontal» y el «diálogo vertical». El primero se desarrolla entre órganos de un mismo nivel, en particular entre Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales o a nivel internacional entre la Corte IDH y sus homólogos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Africana de Derechos Humanos. A este propósito, se encuentran ordenamientos que demuestran una apertura en la utilización del derecho comparado y la jurisprudencia de Tribunales Internacionales como la Corte Constitucional Sudafricana y en sentido opuesto, casos de ordenamientos donde esta apertura es muy limitada, como la Corte Suprema de los Estados Unidos⁵. El segundo fenómeno, así denominado diálogo vertical, es aquel que se lleva a cabo en la relación entre jurisdicciones nacionales, internacionales o supranacionales pudiéndose llevar a cabo de arriba hacia abajo o viceversa. En este ámbito se estudia la relación que existe entre las Cortes o Tribunales Constitucionales y la Corte IDH en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección. Por su parte, en el ámbito de la tutela multinivel en Europa se analiza la relación de las jurisdicciones constitucionales con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a nivel supranacional con la Corte de Justicia de la Unión Europea (U.E.).

En el ámbito de los derechos fundamentales se puede establecer la existencia de un espacio cultural común que permite instituir los presupuestos para establecer la existencia de un diálogo judicial⁶. En este sentido, el éxito del diálogo judicial se debe a varios factores: 1) la globalización de las fuentes normativas; 2) la internacionalización de los derechos humanos y de garantías para su tutela, lo cual ha dejado de ser un asunto de competencia exclusiva de los Estados, motivo por

Università di Pisa, 2004. A: Pizzorusso, *La produzione normativa nei tempi della globalizzazione*. Ed. Giappichelli, Torino, 2008. Id. *Fonti del diritto. Disposizioni preliminari*. Ed. Zanichelli, Bologna 2011. G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*. Ed. Il Mulino, Bologna, 2008.

⁵ T. Groppi, *Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali*. En Revista Quaderni Costituzionali, número 11, Ed. Il Mulino, Bologna, 2011.

⁶ G. Zagrebelsky, Discurso pronunciado en la conmemoración de los 50 años de actividad de la Corte Constitucional Italiana. En www.cortecostituzionale.it

el cual existe un *costituzionalismo multinivel*; 3) la existencia de problemáticas comunes⁷. En relación al último de los elementos se puede mencionar la tutela del ambiente, el matrimonio entre personas del mismo sexo, temáticas relacionadas con la bioética como la eutanasia, el inicio y fin de la vida, símbolos religiosos, terrorismo internacional, derechos de los inmigrantes, el surgimiento de nuevos derechos ligados con las nuevas tecnologías como el derecho de acceso a internet que están presentes en todas las latitudes y a las cuáles las jurisdicciones nacionales e internacionales han tenido que dar respuestas que no son uniformes en todas las latitudes. En este sentido, la jurisprudencia de un determinado órgano de justicia constitucional, convencional o supraconstitucional puede estimular la reacción en otros ordenamientos quiénes pueden dar una solución idéntica, similar o diferente a una misma problemática, lo que evidencia la influencia que puede existir entre jurisdicciones y el peso que actualmente tiene el derecho comparado⁸.

En estricto *sensu*, el término «diálogo judicial» viene utilizado cada vez que en una sentencia se encuentra referencia a sentencias provenientes de un ordenamiento diverso de aquel en que opera un determinado juez y por lo tanto, externo, respecto del ordenamiento en que la sentencia debe explicar su eficacia. Al respecto, es muy útil la distinción entre «influencia» y «interacción». La primera es simplemente unidireccional, por su parte, la segunda implica una plausible reciprocidad que conlleva a una «cross fertilization». De aquí que solo si estamos en presencia de interacción, parece sensato recurrir al tema de diálogo⁹. Con base en ello, es indispensable la existencia como mínimo de dos actores que interactúen. En este

⁷ Esta temática fue ampliamente tratada por el profesor Roberto Romboli en la conferencia que impartió sobre el «Dialogo tra le Corti» en la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa el 23 de marzo del 2012.

⁸ La comparación consiste en una operación lógica que conlleva el estudio analítico de los ordenamientos e instituciones examinadas, la consideración de los datos obtenidos, su comparación y una síntesis de la que emerge la validación crítica que contiene el juicio comparativo. Lo anterior, sin dejar de lado el carácter jurisprudencial. En G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*. Ed. CEDAM, 2013, p. 52.

⁹ G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Ed., Il Mulino, Bologna, 2010, p. 10.

sentido, el diálogo debe ser entendido como un proceso de interacción y relaciones recíprocas. Por otra parte, puede haber diálogo entre legisladores, es decir, entre diferentes Parlamentos¹⁰, así como entre la doctrina como lo reflejan recientes estudios¹¹, sin embargo, el objeto de nuestro estudio se enfocará a la circulación del derecho a través de la actividad interpretativa de los jueces.

En los últimos años, el intercambio de experiencias viene focalizado en la utilización y citación por parte de las cortes de materiales normativos y jurisprudenciales externos a sus ordenamientos. La experiencia más relevante de apertura en la utilización del derecho comparado es quizá el artículo 39 inc. 1) de la Constitución de la República de Sudáfrica (1996) que dispone “Interpretación de la Declaración de Derechos. Al interpretar la Declaración de Derechos, el tribunal o foro deberá: (a) promover los valores esenciales de una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad; (b) considerar la legislación internacional vigente; y (c) considerar las leyes extranjeras”. Con base en ello, la Corte Constitucional Sudafricana ha utilizado con bastante frecuencia sentencias del Tribunal Federal Constitucional Alemán en donde ha desarrollado temática como la dignidad humana y el principio de proporcionalidad, así como jurisprudencia de las Cortes Supremas de los Estados Unidos, Canadá y Australia¹².

¹⁰ L. Scaffardi, *Parlamenti in dialogo. L'uso della comparazione nella funzione legislativa*. Ed. Jovene, Napoli, 2011.

¹¹ L. Pegoraro, *Trasplantes, injertos, diálogos, jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado*, p. 34 – 80. En E. Ferrer Mac Gregor, A. Herrera García (coord.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013. L. Pegoraro, G. Figueroa Mejía, Profesores y Jueces. *Influjos de la doctrina en la jurisprudencia constitucional de Iberoamérica*. Suprema Corte de la Nación, Ciudad de México, 2016.

¹² A. Lollini, *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, p. 453 ss. En *Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*. Ed. Giappichelli, Torino, 2007.

Por su parte, la Corte Suprema de los Estados Unidos, con su carga de historia y de autoridad ha mostrado una actitud «front indifferent to hostile» a la citación del derecho extranjero¹³. A lo interno de la Corte Suprema, se encuentran aquellos jueces que condenan cualquier referencia al derecho extranjero, en particular modo el *ex* juez Antonin Scalia para quien el método idóneo para interpretar la Constitución es el originalista, motivo por el cual el derecho comparado no tiene ninguna utilidad en la labor de un tribunal constitucional o supremo. Esa posición incluso encontró apoyo político en el 2004 en la House of Representative y en el 2005 en el Senado, donde los republicanos tentaron de aprobar incluso una resolución que prohibiera a los jueces de la Corte Suprema la citación de derecho extranjero.

Lo anterior evidencia como ciertos tribunales demuestran una apertura a la utilización del derecho comparado y extranjero y por lo tanto, a «dialogar» con otras jurisdicciones y por el contrario hay jurisdicciones bastante reticentes o tímidas a ese fenómeno. En este sentido, el constitucionalista italiano *DE VERGOTTINI* diferencia una serie de posibilidades: tribunales que rechazan el diálogo con fuentes extranjeras o la imposibilidad del mismo; aquellos que las estudian y conocen, pero no las usan en su fundamentación; tribunales que citan precedentes extranjeros de manera erudita, pero que no los incorporan realmente a la argumentación, y por último, los que utilizan esas fuentes externas de manera adecuada mediante un método comparado que permite construir categorías, derechos y principios jurídicos¹⁴.

En el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos, el diálogo horizontal y vertical adquiere particular importancia, a fin de determinar la existencia de una comunicación judicial para lo cual es fundamental el estudio de la *praxis* jurisprudencial. A los jueces constitucionales e internacionales les corresponde interpretar cartas

¹³ T. Groppi, *Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali*, p. 200. En *Rivista Quaderni Costituzionali*, número 11, Ed. Il Mulino, Bologna, 2011.

¹⁴ G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, op. cit., p. 128 ss.

constitucionales en «sentido material» conformadas por principios generales, valores y derechos a los cuales hay que darles contenidos¹⁵. En este sentido, el presente estudio pretende establecer las diferentes tipologías, características y elementos fundamentales del diálogo judicial con fundamento en la doctrina para posteriormente analizar si en la interacción entre la Sala Constitucional y la Corte IDH se puede establecer la existencia de un diálogo judicial.

2.1. *Tipologías*

En el presente *apéndice* se analizarán los diferentes tipos de diálogo judicial que se han individualizado.

2.1.1. *Diálogo horizontal*

El «diálogo horizontal» se desarrolla entre órganos de un mismo nivel. Así por ejemplo es aquel que podría llevarse a cabo entre Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales. Además tiene un carácter discrecional, pues no existe ninguna obligación normativa que lo exija¹⁶. A este propósito se encuentran ordenamientos que demuestran una apertura a la utilización del derecho comparado y la jurisprudencia de tribunales internacionales como el artículo 39 de la Corte Constitucional Sudafricana y en sentido inverso, casos de

¹⁵ A. Torres, *Conflicts of rights in the European Union. A theory of supranational adjudication*. Ed. Oxford University Press, 2009, p. 95 ss. Para la Autora una de las bases de las que arranca la idea de diálogo en sus construcciones anglosajonas es que en el universo de los derechos, no existen verdades absolutas sino un debate abierto conformado por sucesivas aproximaciones relativas sobre casos concretos. Ningún tribunal es plenamente señor de la interpretación de uno derecho por su misma naturaleza universal. El trabajo en red resulta en buena lógica necesario aunque no venga normativo impuesto.

¹⁶ En particular, sobre el tema existe una gran cantidad de estudios: G. Alpa (coord.), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche dell'interpretazione giuridica*. Ed. Giuffrè, Milano, 2006. R. Brito, *El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo*, pp. 3 – 22. En Revista para el Análisis del Derecho. B. Markesinis, J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*. Ed. Il Mulino, Bolonia, 2006. T. Groppi, M.C. Ponthoreau, *The use of foreign precedent by constitutional judges*. Ed. Hart Oxford, 2013.

ordenamientos donde esta apertura es limitada, como ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por otra parte, esa comunicación judicial se puede dar entre órganos de justicia constitucional de carácter «convencional» como por ejemplo entre la Corte IDH y sus homólogos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos, así como en el ámbito «supranacional» como por ejemplo entre la Corte de Justicia de la Unión Europea (U.E.) y la Corte Centroamericana de Justicia en el ámbito del Sistema de Integración Centroamericana (SICA).

A diferencia de lo que sucede respecto de la jurisprudencia de los tribunales de ordenamientos -convencionales y supranacionales- que tienen alcance vinculante para los tribunales estatales, la jurisprudencia extranjera no es vinculante. Dejando de lado el fenómeno con seguridad presente de la influencia recíproca entre los ordenamientos y, en particular, entre las jurisprudencias de los respectivos tribunales vinculada al clima cultural en que los mismos están sumergidos, un tribunal estatal es en principio completamente autosuficiente respecto de cualquier otro Estado¹⁷. Ello conlleva a que el operador jurídico tenga un amplio margen de discrecionalidad en la utilización del método comparado y del derecho extranjero y puede incluso utilizar jurisprudencia de ordenamientos con un modelo de justicia constitucional diferente o incluso de common law.

Las ideas constitucionales circulan también a través de las sentencias judiciales. Es evidente que muchas veces para conocer de manera adecuada un determinado ordenamiento, es necesario tomar en cuenta lo que ha sucedido más allá de las fronteras en que éste se aplica¹⁸. Ello se convierte en uno de los factores que evidencian la importancia del método comparado. Así, por ejemplo se puede mencionar la gran difusión que ha tenido la construcción jurisprudencial del principio de proporcionalidad desarrollada por el Tribunal Federal Constitucional Alemán en la jurisprudencia de otras

¹⁷ G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, op. cit., p. 43.

¹⁸ A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*. 2da. edición, Ed. Giuffrè, Milano, 1998, p. 154.

jurisdicciones constitucionales en América Latina¹⁹. Además, la utilización de la resolución número 580 del 10 de junio del 2009 del Consejo Constitucional Francés por parte de la Sala Constitucional de Costa Rica para determinar en la sentencia número 10627 del 2010 que el acceso a internet es un derecho fundamental²⁰. Al respecto, se cuestiona si esa tendencia ha sido realmente bidireccional, máxime si se toma en cuenta que diversos estudios demuestran que el Tribunal Constitucional Alemán y el Consejo Constitucional Francés hacen muy poca referencia en sus sentencias al derecho extranjero²¹. Lo anterior, evidencia, por un lado la complejidad de un fenómeno que va ligado al impacto que ha tenido la globalización en el ámbito jurídico²² y por otra parte la discrecionalidad que tiene el juez constitucional en la escogencia y la forma en que aplicará la jurisprudencia extranjera seleccionada «en particular si la utilizará para reforzar un argumento que verdaderamente influirá en la ratio decidendi» y cómo influyen en esta temática «factores extra sistémicos» como el idioma, la cultura y la formación jurídica de los jueces, la tecnología y la existencia de bases de datos, en donde las sentencias se encuentran sistematizadas por temas, así como la realización de seminarios, conferencias y encuentros entre Cortes, Salas y Tribunales Constitucionales de gran utilidad para el intercambio de experiencias y jurisprudencia.

En el ámbito horizontal, se puede mencionar como a pesar de ese carácter discrecional, la Sala Constitucional utiliza con cierta frecuencia en la resolución de casos, en particular modo con cierta

¹⁹ M. Hartwig, *La proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán*, p. 781 – 791. En A. von Bogdandy, E. Ferrer Mac Gregor, M. Morales Antoniazzi, *La Justicia Constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*. Tomo I, II. UNAM, México, 2011.

²⁰ H. Miranda Bonilla, *El acceso a internet como nuevo derecho fundamental*. En Revista IUS Doctrina. Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, número 15, diciembre 2016.

²¹ R. Brito, *El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo*, op. cit., p. 18. Además, se puede consultar. E. Carpentier, *La utilización de jurisprudencia constitucional extranjera por el Consejo Constitucional Francés*. En Revista Estudios Constitucionales, volumen 7, número 2, Santiago de Chile, 2009.

²² A. Pizzorusso, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*. Ed. Giappichelli, Torino, 2008.

complejidad, sentencias de otros órganos de justicia constitucional como el Tribunal Federal Constitucional Alemán, la Corte Suprema de los Estados Unidos, la Corte Constitucional Italiana, el Tribunal Constitucional Español, el Consejo Constitucional Francés y la Corte Constitucional Colombiana. Por otra parte se constata como sentencias de la Sala Constitucional han sido utilizadas por la Corte Constitucional Colombiana lo que evidencia el surgimiento de un *judicial dialogue* entre ambas jurisdicciones²³.

Por otra parte, en esta temática recientes estudios evidencian el diálogo que se acrecienta cada vez más entre la Corte IDH y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ya no tiene un carácter unidireccional, sino cada vez más bidireccional²⁴. En este sentido, la Corte de San José desde sus primeros años de funciones, ha utilizado con bastante frecuencia, la jurisprudencia de su homólogo el Tribunal Europeo DH y en sentido inverso, se constata éste último utiliza con mayor frecuencia, la jurisprudencia interamericana por ejemplo aquella en materia de desapariciones forzadas.

2.1.2. *Diálogo vertical*

El «diálogo vertical» es aquel llevado a cabo entre jurisdicciones con diferente jerarquía, es decir, aquel que se presenta en la interacción entre cortes nacionales y jurisdicciones convencionales o supranacionales, pudiendo ser descendente «top down» o ascendente «bottom up». En este ámbito que se estudia como las Cortes o Tribunales Constitucionales toman en consideración los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y jurisprudencia de los

²³ H. Miranda Bonilla, *La utilización de jurisprudencia constitucional extranjera por la Sala Constitucional*, pp. 257 – 284. En Revista Judicial, número 20, enero de 2017. Ed. Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.

²⁴ En particular, se puede consultar los recientes estudios: J. García Roca, R. Canosa Usera, P.A. Fernández Sánchez, P. Santolaya Machetti (coord.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*. Ed. Civitas, Madrid, 2012. T: Groppi, A.M. Lecis Cocco Ortu, *Le citazioni reciproche tra la Corte europea e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo: dall'influenza al dialogo?*. En Revista de Derecho Político, número 91, 2014, pp. 184 – 230, Madrid, España.

órganos convencionales de protección como por ejemplo, la Corte IDH y a nivel supranacional la Corte de Justicia de la Unión Europea.

En efecto, en el interior del ordenamiento de una organización supranacional, en el que están presentes, juntos a los tribunales estatales, tribunales previstos por un tratado internacional, a los que se concede más o menos incisivas competencias de intervención, las relaciones entre jurisprudencias son necesarias y es inevitable aclarar los espacios recíprocos de intervención²⁵. En este sentido, la utilización del derecho extranjero conformado por el parámetro de «convencionalidad o comunitariedad», ya no es una potestad discrecional para el juez nacional, pues esa omisión puede conllevar la responsabilidad internacional del Estado.

La relación entre jurisdicciones en Europa se lleva a cabo en el ámbito de la «tutela multivel de los derechos fundamentales». En primer lugar se tiene la dimensión supranacional caracterizada por un ordenamiento *sui generis* como lo es la Unión Europea, en donde la integración entre juez nacional y juez comunitario encuentra un canal privilegiado de comunicación a través del reenvío prejudicial previsto en el artículo 267 del Tratado de la Unión Europea (ex artículo 234 del Tratado C.E.E.), En este sentido, si el juez nacional tiene serias dudas sobre la interpretación y validez de la normativa comunitaria, puede plantear una consulta prejudicial ante la Corte de Justicia de la Unión Europea, siendo una obligación para las jurisdicciones de última instancia y una simple facultad para los restantes jueces²⁶. El procedimiento prejudicial facilita la cooperación activa entre los órganos jurisdiccionales nacionales y la Corte de Justicia U.E. y la aplicación uniforme del derecho europeo en toda la Unión Europea, motivo por el cual es considerado como uno de los mecanismos de diálogo jurisdiccional por excelencia.

²⁵ G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, op. cit., p. 41.

²⁶ Sobre el mecanismo de la cuestión o reenvío prejudicial que lleva a cabo el juez nacional ante la Corte de Justicia de la Unión Europea (U.E.), se puede consultar, T. Giovannetti, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in Italia*, p. 4. En P. Passaglia, *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*. Estudio realizado por la Corte Constitucional Italiana.

Por otra parte, se presenta la dimensión internacional/convencional caracterizada por la relación entre la jurisdicción nacional y la Corte IDH a quien le corresponde determinar las posibles violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos por parte de un Estado que ha aceptado la competencia contenciosa y es parte de la Organización de Estados Americanos (O.E.A.). En este ámbito de relaciones, no existe un canal de cooperación como el reenvío prejudicial en sede comunitaria, motivo por el cual a futuro se podría crear una «cuestión de convencionalidad» que pueda plantear bajo criterios previamente establecidos el juez nacional ante la Corte IDH²⁷ cuando tenga dudas sobre la interpretación y validez de alguna norma que integra el parámetro de convencionalidad. El diálogo entre ordenamientos en el espacio convencional se ha desarrollado a partir del rango o jerarquía que se le concede a la Convención Americana, a la utilización por parte de las jurisdicciones constitucional de la jurisprudencia de la Corte IDH y viceversa. En este ámbito, la utilización del derecho convencional no es discrecional para el juez nacional, pues es un tema relacionado con los efectos que tienen las sentencias de la Corte IDH en los ordenamientos.

2.1.3. *Otro tipos*

Por otra parte, existe un «diálogo directo» cuando ocurre que una iniciativa encuentra explícito reconocimiento en la respuesta de otro; lo que ocurre entre tribunales estatales del mismo nivel. Un «diálogo indirecto» cuando un tribunal supranacional provoca la respuesta de distintos tribunales estatales o viceversa. Un diálogo silencioso cuando se incorpora un criterio jurisprudencial de otra jurisdicción pero no se cita expresamente la sentencia extranjera²⁸. Un simple «monólogo» en los casos en que los pronunciamientos de

²⁷ En el ámbito del Sistema Europeo de Derechos Humanos esa posibilidad se encuentra planteada en la Declaración de Brighton.

²⁸ En ese sentido, en la relación entre el juez nacional y la Corte de Justicia se ha desarrollado un diálogo silencioso, pues en las sentencias no se citan expresamente los parámetros jurisprudenciales tal y como lo determina en su estudio, G. Martinico, *L'integrazione silente: la funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*. Ed. Jovene, Napoli, 2009.

un tribunal estatal no susciten ocasión de respuesta por parte de los tribunales del mismo nivel²⁹.

2.2. Características

2.2.1. *Bi, tri o multidireccional*

El diálogo judicial tanto vertical como horizontal requiere la existencia como mínimo de dos actores que interactúen. Ello por supuesto puede extenderse a un ámbito tri o multidimensional. Es necesario que exista una reciprocidad en la interacción, es decir, que la jurisprudencia de una determinada Corte o Tribunal Constitucional sea utilizada por otra jurisdicción constitucional o supranacional y viceversa, pues de no ser así únicamente existiría una influencia unidireccional, es decir, un monólogo. Lo anterior, puede ser evidenciado como un ejemplo. La Sala Constitucional ha utilizado sentencias de la Corte Constitucional Colombiana para destacar la importancia de la pensión por viudez, la protección al testigo o víctima en los procesos penales, la noción de mínimo vital que es el derecho a disponer de unas condiciones mínimas que permitan la subsistencia y la vida digna en relación a la proporcionalidad de los montos de las multas de tránsito, la definición de acto discriminatorio y el principio de principio de democracia participativa, las cuales en la mayoría de los casos tuvieron incidencia en el proceso decisional al que se llegó. Por otra parte, se evidencia en sentido inverso como la jurisprudencia de la Sala Constitucional que reconoció el derecho al agua como derecho humano ha sido utilizada por la Corte Constitucional Colombiana³⁰. Lo anterior evidencia el carácter bidireccional que permite establecer la existencia de un diálogo judicial entre ambas jurisdicciones.

²⁹ L. Burgorgue-Larsen, *La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial*, p. 24 ss. En AA.VV., *Derecho Constitucional Europeo. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Ed. Tirant Lo Blanch, España, 2011.

³⁰ H. Miranda Bonilla, *La utilización de jurisprudencia constitucional extranjera por la Sala Constitucional*. En *Revista Judicial*, número 20, enero de 2017. Ed. Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.

2.2.2. *Interacción*

Al respecto, es muy útil la distinción entre «influencia» y «interacción». La primera es simplemente unidireccional, por su parte, la segunda implica una plausible reciprocidad que conlleva a una «cross fertilization». De aquí que solo si estamos en presencia de una interacción, parece sensato recurrir al tema del diálogo³¹. En este sentido, se presentan una serie de posibilidades: tribunales que rechazan el diálogo con fuentes extranjeras o la imposibilidad del mismo; aquellos que las estudian y conocen, pero no las usan en su fundamentación; tribunales que citan precedentes extranjeros de manera erudita, pero que no los incorporan realmente a la argumentación, y por último, los que utilizan esas fuentes externas de manera adecuada mediante un método comparado que permite construir categorías, derechos y principios jurídicos³².

2.2.3. *Explícito o implícito*

El diálogo puede ser explícito cuando se cita expresamente en la motivación de la resolución la sentencia extranjera. Por el contrario, es implícito cuando se incorpora un criterio jurisprudencial de otra jurisdicción pero no se cita expresamente la sentencia extranjera³³. Lo anterior, presenta la dificultad de individualizar la proveniencia de la referencia.

2.2.4. *Existencia de conflictos y desacuerdos*

³¹ Esa distinción es propia del profesor Giuseppe De Vergottini y fue desarrollada en el seminario “*Diálogo entre Tribunales en Europa: una visión teórico práctica*” organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona los días 21 y 22 de marzo del dos mil trece. Lo anterior bajo la coordinación de la Dra. Argelia Queralt (Directora) y el Dr. Migue Pérez Moneo (Coordinador).

³² G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, op. cit., p. 128 ss.

³³ En ese sentido, en la relación entre el juez nacional y la Corte de Justicia se ha desarrollado un diálogo silencioso, pues en las sentencias no se citan expresamente los parámetros jurisprudenciales tal y como lo determina en su estudio, G. Martinico, *L'integrazione silente: la funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*. Ed. Jovene, Napoli, 2009.

En el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, se manifiesta la formación de una tendencia favorable a instaurar entre los ordenamientos nacionales e internacionales un círculo de cooperación o influencia recíproca que se mueve en una lógica compleja, pues no está ajena a desacuerdos y conflictos. Los enfrentamientos judiciales siguen siendo frecuentes en la vida del ordenamiento jurídico caracterizado por un *constitucionalismo multinivel* de normas y garantías en la protección de los derechos fundamentales³⁴. Esto es coherente con las explicaciones dadas por los estudiosos interesados en los conflictos: a pesar de que los agentes que operan en este campo ahora compartan la necesidad de respetar los bienes constitucionales (los derechos fundamentales) concebidos como fundamentales por la jurisprudencia de los varios niveles, siempre es posible tener discrepancias interpretativas³⁵.

En este sentido, la relación entre los diferentes ordenamientos en un escenario multinivel no está ajena a tensiones y conflictos lo importante es que esas diferencias nunca se transformen en una «guerra entre cortes»³⁶. En sentido «amplio» la noción de diálogo judicial puede conducir tanto al acuerdo como a la oposición. Al respecto, es muy útil en el ámbito del *judicial dialogue* la clasificación realizada por DE MARTINICO entre “desobediencia funcional” y “desobediencia “negativa”. El concepto de desobediencia funcional fue desarrollado por los estudiosos de la teoría de la organización y gerencia empresarial. Queriendo partir de una definición, se podría decir que la desobediencia funcional “is a response to explicit or implicit instructions from above that are interpreted as requiring one

³⁴ H. Miranda Bonilla, *Diálogo Judicial Interamericano: entre constitucionalidad y convencionalidad*. Ed. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá Colombia, 2016.

³⁵ En G. Martinico, *La autonomía del derecho de la Unión Europea: una celebración conjunta de Kadi II y Van Gend en Loos*. En Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, número 119 mayo – junio del 2016, San José.

³⁶ G. Campanelli, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e Spagna*. Ed. Giappichelli, Torino, 2005.

to engage in some unsavory practice”³⁷. Como se puede notar se trata de una desobediencia “calificada”, o bien, debida a razones particulares, y no, entonces, a un fin en si mismo. Aplicándola a nuestro contexto se podría decir que un juez nacional es protagonista de un acto de desobediencia funcional cuando decide de no seguir (“declines to follow”) la solución derivada de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, desobedeciendo, en efecto, sobre la base de una serie de argumentos tendientes a inducir a la Corte EDH a una interpretación diferente de aquella precedentemente establecida (porque poco respetuosa del margen de apreciación nacional, o porque se fundamenta en una errónea reconstrucción del “consenso”. Actos de desobediencia funcional dan origen de desacuerdos interpretativos (conflictos) que se caracterizan por los siguientes elementos, apertura, distinción entre interpretación y argumentación, funcionalidad y diálogo³⁸.

En relación a los desacuerdos entre la justicia convencional y constitucional es muy útil la clasificación que lleva a cabo *LÓPEZ GUERRA* -actual juez del Tribunal EDH- pues considera que existe: a) Críticas expresa. Una versión de diálogo entre tribunales es aquella que se produce cuando, aceptando y aplicando al caso concreto la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se formular reservas o críticas expresas respecto de su contenido. b) Niveles distintos de protección. Cuando el nivel de protección de los derechos fundamentales establecido en la normativa nacional es superior al reconocido por el Convenio EDH, de acuerdo con la interpretación de éste por parte del Tribunal de Estrasburgo. c) Crítica

³⁷ A.P. Brief, R.T. Buttram, J.M. Dukerich, *Collective Corruption in the Corporative World: Towards a Process Model*, in M.E. Turner (ed.), *Groups at Work: Theory and Reserch*, Lawrance Erlbaum Associates, Mahwah, NJ, 2001, p 471 s. p. 492. Citado por G: Martinico, *Corti Costituzionali (o Suprema) e “Disbebbbedienza funzionale”*, p. 306.

³⁸ G. Martinico, *Corti Costituzionali (o Suprema) e “Disbebbbedienza funzionale”*. *Critica, dialogo e conflitti nel rapporto tra diritto interno e diritto della Convenzioni (CEDU e Convenzione americana dei diritti umani)*, p. 305 y 306. En *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2/2015, Roma.

implícita a la jurisprudencia del Tribunal EDH al revisar sentencias de tribunales nacionales, destacando sus efectos perversos³⁹.

Por su parte la “desobediencia negativa” es aquella que se presenta cuando una jurisdicción nacional no sigue los criterios interpretativos de una jurisdicción convencional o supranacional de la cual su país forma parte. En América Latina se podrían mencionar los casos de la Corte Suprema de Brasil⁴⁰ y de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela⁴¹. Además, más recientemente la sentencia TC/0256/14 del Tribunal Constitucional de la República Dominicana y la sentencia del 14 de febrero del 2017 de la Corte Suprema Argentina que determinó que la Corte IDH no puede revocar sus sentencias.

En el Sistema Europeo de Protección se puede mencionar el conflicto que se dio entre la Corte Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Federal Constitucional Alemán en el caso Görgülü o entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (U.E.) y algunas jurisdicciones constitucionales en relación al principio de primacía del derecho comunitario que provocó la creación de la doctrina de los “contralímites” por parte de la Corte Constitucional Italiana y el Tribunal Federal Constitucional Alemán⁴². Por su parte, el Sistema IDH no escapa a esta temática en donde se han presentado conflictos

³⁹ L. López Guerra, *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Españoles. Coincidencias y Divergencias*, p. 139 – 158. En *Teoría y realidad Constitucional* (Ejemplar dedicado a: La Integración política en Europa), número 32, 2013.

⁴⁰ G. Martinico, *Corti Costituzionali (o Suprema) e “Disbebedienza funzionale”*, op. cit., p. 314 y 315.

⁴¹ Cfr. A. Brewer Carías, *El rol del juez constitucional en Venezuela en la demolición del Estado de Derecho*. En <http://allanbrewercarias.com/>. Id. *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional*. Ed. Jurídica Venezolana, 2014. Id. *El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999 – 2009)*. En *Revista de Derecho Administrativo*, número 21, 2009, España.

⁴² Sobre la teoría de los contralímites se puede consultar el interesante libro de: G. Martinico, J.L. Gordillo, *Historia del país de las hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*. Ed. Civitas, Madrid, 2015.

entre la Corte IDH y Cortes y Tribunales Constitucionales de Costa Rica, Nicaragua, Venezuela y Uruguay⁴³. En este sentido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela en sentencias números 1939-2008 y 1543-20011 no solo se negó a ejecutar sentencias emitidas por la Corte IDH alegando razones de “orden interno y constitucional” evidentemente inconventionales, sino que le solicitarle al Ejecutivo Nacional que procediera a denunciar la Convención Americana de Derechos Humanos lo cuál se llevó el 6 de septiembre del 2012⁴⁴. Esa denuncia surtió efectos el 10 de septiembre del 2013, con lo cual la Corte de San José no podrá conocer, ni tramitar ninguna denuncia por hechos ocurridos con posterioridad a esa fecha, lo que evidencia la denegación de justicia que tiene todo ciudadano en ese país que alegue la vulneración del parámetro de convencionalidad. Lo anterior evidencia como la noción de diálogo judicial en un escenario multinivel no esta ajena a tensiones y conflictos lo importante es que esa desobediencia nunca se transforme en una «guerra entre cortes» como aconteció en Venezuela pues ello afecta la institucionalidad democrática y el Estado Constitucional de Derecho.

3. La relación entre la Sala Constitucional de Costa Rica y la Corte IDH

3.1. La utilización de jurisprudencia convencional interamericana por la Sala Constitucional

En particular modo, desde sus inicios la Sala Constitucional ha reconocido que los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución, sino que en la medida que otorguen mayores derechos o garantías a las

⁴³ H. Miranda Bonilla, *Diálogo Judicial Interamericano: entre constitucionalidad y convencionalidad*. Ed. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá Colombia, 2016.

⁴⁴ Sobre el tema se puede consultar el reciente estudio de G. Pérez Salazar, *Diálogo judicial en Venezuela*, p. 115 – 138. En AAVV., *Jurisdicción y garantías constitucionales en Iberoamérica a 25 años de la Constitución Colombiana*. Grupo Editorial Ibañez, 2016.

personas, priman sobre la norma fundamental⁴⁵. Además ha establecido un carácter obligatorio a las opiniones consultivas y sentencias de la Corte IDH con independencia de que el país haya sido parte o no en el proceso, lo anterior con fundamento en el principio pro homine. En ese sentido, en la sentencia número 2313/95 determinó “si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esa normativa, ya sea en un caso contencioso o en una mera opinión consultiva, tendrán en principio el mismo valor de la norma interpretada”⁴⁶. Por otra parte, en la sentencia n. 9685/2000 se refirió al contenido del concepto instrumentos internacionales de derechos humanos del artículo 7 de la Constitución determinando: “En este sentido hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los “instrumentos internacionales”, significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional, sino cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país”.

Ello demuestra en primer, lugar como la jurisprudencia constitucional le ha otorgado un valor *supraconstitucional* a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en la medida en que brinde un mayor ámbito de protección al que ofrece la Constitución⁴⁷.

⁴⁵ Sala Constitucional. Sentencias número 3435-1992 y 2313-1995.

⁴⁶ Sala Constitucional. Sentencia número 9685-2000.

⁴⁷ Sobre la recepción de la jurisprudencia de la Corte IDH por las Cortes o Tribunales Constitucionales –incluida la Sala Constitucional– ha sido una de las múltiples líneas de investigación del constitucionalista Hernández Valle, dentro de sus múltiples estudios destacan: *Las relaciones entre los Tribunales Constitucionales y la jurisdicción ordinaria en América Latina*. En M. Revenga (coord.), *50 años de Corte Constitucional Italiana, 25 años de Tribunal Constitucional Español*, España, Madrid, 2006. *L'utilizzazione della giurisprudenza della Corte Americana dei Diritti dell'Uomo da parte dei Supremi Tribunali e dei Tribunali Costituzionali dell'America Latina*, p. 73. En G. Rolla, *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*. Ed. Giuffrè, Milano, 2010. *Diálogo entre las Cortes en Costa Rica*, p. 825 ss. En E Ferrer Mac Gregori, A. Herrera

En segundo plano, el valor privilegiado que le ha reconocido a la Convención Americana y a la jurisprudencia de la Corte IDH y en tercer lugar, al modo como desde sus primeros años ha venido ejerciendo un control de convencionalidad al declarar en diferentes oportunidades, la inconstitucionalidad de una norma nacional por ser contraria al parámetro de convencionalidad o a los criterios interpretativos fijados por la Corte IIDH. Ello con fundamento en el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que integra al parámetro de constitucionalidad los Tratados Internacionales en Derechos Humanos.

Por otra parte, la Sala Constitucional ha incorporado, formalmente, en recientes sentencias las características que informan el control de convencionalidad en sede nacional que ha formalizado la Corte IDH. Así, en la reciente sentencia número 3441/13 determinó:

“..El control de convencionalidad es una construcción pretoriana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuyo propósito fundamental es lograr la “supremacía convencional” en todos los ordenamientos jurídicos nacionales o locales del denominado “parámetro de convencionalidad”, conformado por las declaraciones y convenciones en la materia del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, las sentencias vertidas por esa Corte regional y sus opiniones consultivas. Constituye una revolución jurídica en cuanto le impone a los jueces y Tribunales nacionales, en especial, a los Constitucionales, la obligación de consolidar el “Estado convencional de Derecho”, anulando y expulsando del sistema jurídico nacional respectivo toda norma que confronte, irremediablemente, el “bloque de convencionalidad”. De esta doctrina, cabe resaltar dos cuestiones relevantes, que son las siguientes: a) El control de convencionalidad debe ser ejercido, incluso, de oficio, aunque las partes intervinientes no lo hayan instado o requerido y b) al ejercer el control de convencionalidad, los jueces y Tribunales Constitucionales, gozan del “margen de apreciación

García (coord.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013. *La incorporación de estándares internacionales y supranacionales en el derecho interno*. En Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia, número 119, 2016.

nacional”, sea como un todo que tiene plenitud hermética, para poder concluir si una norma nacional infringe o no el parámetro de convencionalidad; consecuentemente, no pueden hacerse análisis aislados como si el ordenamiento jurídico estuviere constituido por compartimentos estancos o segmentados. Cabe destacar que el margen de apreciación nacional es un concepto jurídico indeterminado que permite la convergencia y armonización del derecho nacional y del interamericano, estableciendo un umbral de convergencia que permite superar la relatividad de las tradiciones jurídicas nacionales”⁴⁸.

En este sentido, resaltó una de las características principales del control de convencionalidad, como es el hecho que debe ser ejercido de oficio por las autoridades nacionales, así como la utilización de la doctrina del margen de apreciación nacional con que cuentan los jueces y las Cortes Constitucionales para determinar si una norma nacional es contraria al parámetro de convencionalidad. Asimismo, en la sentencia número 6120/13 dispuso:

“...se han incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, normas provenientes del Derecho Internacional Público, lo cual ha expandido el “marco normativo” no solo para las partes procesales, sino también para los operadores jurídicos...Esto nos lleva al tema del “control de convencionalidad”, el cual no resulta ajeno a nuestro sistema, pues de una u otra forma este Tribunal lo ha ido implementando en forma paulatina durante los últimos años, de manera que puede afirmarse con certeza que la jurisprudencia constitucional se encuentra fundada no sólo en el reconocimiento de los derechos constitucionales, sino en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En este sentido, la línea jurisprudencial del Tribunal y la normativa internacional incorporada a nuestro ordenamiento o promulgada por el Congreso, ha elevado a pauta hermenéutica, el principio del interés superior del menor, el cual debe orientar toda la labor no solo de los tribunales nacionales, sino también de la Administración Pública y proyectarse sobre aquellas actividades de los sujetos privados que sean de interés público. En el caso de los tribunales nacionales, el control de convencionalidad les permite mantener “un diálogo” constante entre los sistemas nacionales de protección de derechos humanos y los

⁴⁸ Sala Constitucional. Sentencia número 3441-2013.

sistemas internacionales. En el caso de la jurisdicción de familia, los jueces de la República, deben ejercer ese “control de convencionalidad” y aplicar las normas y principios contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, para que se pueda hacer efectivo el principio universal según el cual la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales y los niños deben recibir la protección y la asistencia necesarias para lograr un adecuado desarrollo de su personalidad, de manera que posteriormente puedan asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad, como individuos independientes, imbuidos del espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad”⁴⁹.

Lo anterior evidencia cómo la Sala Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia el deber del juez nacional de llevar a cabo un control de convencionalidad, lo cual conlleva en primer lugar la aplicación directa de la Convención Americana. Por otra parte, en aquellos supuestos donde exista un conflicto entre la norma nacional y el parámetro de convencionalidad el juez nacional debe realizar una interpretación convencionalmente conforme⁵⁰. Esta temática formalizada recientemente en la sentencia Radilla Pacheco por la Corte IDH pretende en vez de declarar la inconstitucionalidad de la normativa por inconvencional que las autoridades nacionales escojan entre las múltiples interpretaciones que le puedan dar a una norma aquella que respete la Convención Americana y los criterios interpretativos interamericanos. Con ello, el Estado sortearía el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional y lo más importante, se prevendrían o remediarían en sede interna las violaciones a los derechos fundamentales. En aquellos supuestos donde el conflicto

⁴⁹ Sala Constitucional. Sentencia número 6120-2013.

⁵⁰ La interpretación conforme a la Convención Americana se convierte en un instrumento que puede impulsar o favorecer la implementación con una mayor intensidad del control de convencionalidad, pues las autoridades nacionales tienen la obligación de escoger entre las múltiples interpretaciones, aquella que respete no solo el texto de la Convención Americana, sino los criterios interpretativos desarrollados en su jurisprudencia por la Corte IDH. En H. Miranda Bonilla, *La interpretación conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos*. En *Revista Costarricense de Derecho Internacional*, número V, II semestre del 2016, pp. 62 – 92.

normativo no pueda ser solucionado vía interpretativa, el juez ordinario tiene la posibilidad de plantear una consulta judicial ante la Sala Constitucional la cual se configura en la praxis como una “consulta judicial de convencionalidad”. En nuestro ordenamiento existe un debate en relación a si el juez ordinario en aplicación del control de convencionalidad puede desaplicar una norma nacional por ser inconveniente en la resolución de un caso en concreto, sin embargo, sobre el tema existen posiciones encontradas y no existe una posición pacífica en la doctrina⁵¹.

4. La utilización de jurisprudencia de la Sala Constitucional por la Corte IDH

En la formalización de la doctrina del control de convencionalidad, la Corte IDH recurrió al método comparado al que tal y como ella misma afirma «paulatinamente ha ido reconociendo cada vez más importancia en sus decisiones»⁵², pues analiza como la jurisprudencia de diferentes Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales o Cortes Supremas han venido desde años atrás implementando ese tipo de control en el ámbito interno. En las sentencias Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010), la Corte IDH hizo referencia a sentencias de diversos órganos de justicia constitucional de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica y Perú en el perfeccionamiento del instituto del control de convencionalidad en sede nacional. Al respecto en la motivación de esas resoluciones se hizo referencia a la sentencia número 1995-2313 de la Sala

⁵¹ La tesis de que el juez ordinario puede desaplicar la norma nacional por inconveniente fue sostenida por profesor Allan Brewer Carías en su exposición en el seminario sobre “El control de convencionalidad y su aplicación” organizado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia los días 27-28 de septiembre de 2012, San José, Costa Rica.

⁵² Algunos ejemplos de la utilización del derecho comparado por parte de la Corte de San José se pueden ver en las sentencias Heliodoro Portugal vs. Panamá y Tiu Tojín vs. Guatemala tuvo en cuenta sentencias de tribunales internos de Bolivia, Colombia, México, Panamá, Perú, y Venezuela sobre la imprescriptibilidad de delitos permanentes como la desaparición forzada. Además, en la sentencia Atala Ríffo y Niñas Vs. Chile utilizó pronunciamientos de Tribunales Constitucionales y de su homóloga la Corte Europea de Derechos Humanos para reconocer la orientación sexual como una categoría protegida por la Convención Americana.

Constitucional en la que determinó: “debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio- el mismo valor de la norma interpretada”. Esa resolución constitucional ha sido posteriormente citada por los jueces de la Corte IDH en los casos *López Mendoza y Chocrón Chocrón vs. Venezuela* (2011), *Atala Riffo vs. Chile* (2012), *Furlán y Familiares vs. Argentina* (2012), entre otros.

Por otra parte en el caso *Gelmán vs. Uruguay* (2011) la Corte IDH hizo referencia en relación a los límites que tiene el Poder Legislativo en relación a los mecanismos de democracia directa al voto número 2010-13313 de la Sala Constitucional que declaró que no era constitucionalmente válido someter a consulta popular (referéndum) un proyecto de ley que permitiría la unión civil entre personas del mismo sexo, que se encontraba en trámite ante la Asamblea Legislativa, por cuanto tal figura no podía ser utilizada para decidir cuestiones de derechos humanos garantizados en tratados internacionales. En particular el voto en cuestión indicó: “los derechos humanos establecidos en los instrumentos del Derecho Internacional Público –Declaraciones y Convenciones sobre la materia-, resultan un valladar sustancial a la libertad de configuración del legislador, tanto ordinario como, eminentemente, popular a través del referéndum. [...] el poder reformador o constituyente derivado – en cuanto poder constituido- está limitado por el contenido esencial de los derechos fundamentales y humanos, de modo que, por vía de reforma parcial a la constitución, no puede reducirse o cercenarse el contenido esencial de aquellos [...]. Es menester agregar que los derechos de las minorías, por su carácter irrenunciable, constituyen un asunto eminentemente técnico-jurídico, que debe estar en manos del legislador ordinario y no de las mayorías proclives a su negación”.

En el caso *Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku vs. Ecuador* (2012), la Corte IDH hizo referencia a una serie de sentencias de jurisdicciones constitucionales de la región en relación al derecho a la consulta previa que reconoce el Convenio No. 169 de la Organización

Internacional del Trabajo (OIT). Al respecto hizo referencia a la sentencia número 2011-1768 de la Sala Constitucional en donde indicó “La Constitución Política debe interpretarse y aplicarse de forma que permita y facilite la vida y desarrollo independientes de las minorías étnicas que habitan en Costa Rica, sin otros límites que los mismos derechos humanos imponen a la conducta de todos los hombres” (Considerando III). Sobre la consulta a Pueblos indígenas, estableció que “cualquier medida legislativa o administrativa que sea susceptible de afectar directamente a los pueblos interesados debe ser objeto de consulta con ellos”.

Por otra parte, en el caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala* (2016) los jueces interamericanos en relación a las obligaciones del Estado de proveer atención y tratamiento médico a las personas privadas de libertad hicieron referencia a las sentencias 2003- 13266 y 2005- 4918 de la Sala Constitucional. Además, en cuanto al rol que tienen los jueces de ejecución de la pena de verificar la observancia del respeto y garantía de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad se citó la sentencia número 2000-10539. Lo anterior evidencia que la jurisdicción interamericana consulta la jurisprudencia de la Sala Constitucional y en algunas de sus resoluciones ha citado expresamente sus sentencias.

5. Tensiones y conflictos

En la sentencia *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* del 28 de noviembre del 2012, la Corte IDH determinó que la prohibición de la fecundación *in vitro* vigente en nuestro país vulneró el derecho a la vida privada, a la integridad y a la autonomía personal y el derecho a formar una familia, reconocidos en los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con lo dispuesto en el numeral 1.1 que obliga a los Estados que la han suscrito a respetar los derechos fundamentales reconocidos en ella. Con fundamento en lo anterior emitió una serie de reparaciones que el Estado en cumplimiento de sus obligaciones convencionales debía acatar. En acatamiento de lo anterior el Poder Ejecutivo emitió el 10 de septiembre del 2016 un Decreto Ejecutivo para permitir la fecundación *in vitro* el cual fue impugnado ante la Sala Constitucional.

En sentencia número 2016-1692 la mayoría de la Sala Constitucional determinó la inconstitucionalidad del decreto impugnado en virtud que “todo lo relativo a la regulación de derechos fundamentales, como el derecho a la vida y a la salud, es materia reservada al legislador ordinario, principio que se extrae de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Constitución Política”. Posteriormente, en resolución de supervisión de cumplimiento del 26 de febrero del 2016, la Corte IDH determinó que esa resolución representaba un obstáculo para el cumplimiento de la sentencia interamericana y ordenó mantener vigente el Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S de 11 de septiembre de 2015, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la sentencia Artavia Murillo. Lo anterior evidencia un conflicto entre órganos jurisdiccionales que no desencadenó ni en una desobediencia negativa o una guerra entre cortes pues con posterior en la resolución de otros casos la Sala Constitucional ha utilizado jurisprudencia convencional interamericana.

6. Conclusiones

En el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en América Latina se manifiesta la formación de una tendencia favorable a instaurar entre los ordenamientos nacionales y supranacionales, un círculo virtuoso de recíproca influencia y de mutuo enriquecimiento, susceptible de producir éxitos de gran relevancia tanto dogmáticamente como práctica⁵³. El “diálogo entre cortes” es en efecto un diálogo entre intérpretes y entre diferentes interpretaciones, por lo cual el fundamento de lo que se decida está en la motivación en la capacidad de la misma de convencer a otros jueces y operadores⁵⁴. El éxito fenómeno jurídico se debe a varios factores: 1)

⁵³ G. Rolla, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*. UNAM, México, 2002, p. 86.

⁵⁴ Ese tema fue ampliamente tratado por el profesor Roberto Romboli en la conferencia que impartió sobre el «Dialogo tra le Corti » en la Scuola Superiore

la globalización de las fuentes. 2) la internacionalización de los derechos humanos y de garantías para su tutela, lo cual ha dejado de ser un asunto de competencia exclusiva de los Estados. 3) la existencia de problemáticas comunes. Por otra parte, se analizaron los diferentes tipos diálogo judicial y características de este fenómeno en particular su carácter bi o multidireccional y que es un fenómeno que no se encuentra ajeno a los conflictos.

Al respecto, se evidencia como la Sala Constitucional ha utilizado desde sus primeros años jurisprudencia de la Corte IDH incluso para declarar la inconstitucionalidad de normativa interna y reconocer el carácter vinculante de las opiniones consultativas, tal y como aconteció en la sentencia número 2313/1995 que declaró la inconstitucionalidad del artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas por vulnerar la libertad de pensamiento y de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por otra parte, se constata como la Corte IDH en época más reciente ha utilizado sentencias de la Sala Constitucional en relación a los efectos de las sentencias convencionales, en la formalización y perfeccionamiento de la doctrina del control de convencionalidad en sede nacional, la consulta previa y en otros casos relacionados con derecho penitenciario y derecho a la salud. No obstante esa interacción no es ajena a conflictos tal y como aconteció en el cumplimiento de la sentencia Artavia Murillo, lo importante es que estas diferencias no desencadenen en una guerra entre jurisdicciones. En este sentido, tal y como afirma *HERNÁNDEZ VALLE* el diálogo entre ambas Cortes se irá enriqueciendo conforme pase el tiempo y la Corte IDH aborde y profundice en la interpretación de la Convención⁵⁵

En la interacción entre la Corte IDH y las Cortes o Tribunales Constitucionales de la región se evidencia el surgimiento de un diálogo judicial que se encuentra en constante evolución y perfeccionamiento y que tiene como finalidad la tutela efectiva del ser humano a través de

Sant'Anna di Pisa el 23 de marzo del 2012. Además se puede consultar R. Romboli, prólogo del libro *Derechos Fundamentales en América Latina*, op cit. p. 10.

⁵⁵ R. Hernández Valle, *Diálogo entre las Cortes en Costa Rica*, op. cit., p. 857.

la creación de estándares mínimos de protección en América Latina y la tutela efectiva del ser humano. En particular, se constata la existencia de «jurisdicciones dialogantes» en virtud de que han manifestado a lo largo de los años una fuerte disposición de apertura al diálogo hacia la Convención Americana y hacia la jurisdicción interamericana. Es preciso insistir en la conveniencia de que se intensifique un diálogo jurisdiccional crítico tangible y efectivo, no etéreo, entre la Corte Interamericana y los respectivos órganos de la justicia constitucional de los Estados que integran el esquema interamericano. Ello, con la finalidad de que sólo éstos acaten los estándares exegéticos labrados por el Tribunal interamericano, sino que a su vez, éste tenga en cuenta las observaciones y sugerencias que puedan partir de las jurisdiccionales constitucionales nacionales en aras del fortalecimiento progresivo del sistema de tutela de los derechos fundamentales en nuestra área regional⁵⁶. La construcción de un auténtico “diálogo jurisprudencial” –entre jueces nacionales y los interamericanos-, seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los Derechos Humanos en el siglo XXI. Ahí destaca el porvenir, en un punto de convergencia en materia de Derechos Humanos para establecer un auténtico *ius commune* en las Américas⁵⁷. En tal sentido el profesor PIZZORUSSO habla de la existencia de un *patrimonio constitucional* -en relación experiencia europea- conformado por estándares mínimos de protección comunes en la mayoría de ordenamientos jurídicos⁵⁸, pues es la formación de un patrimonio común de principios constitucionales materiales, producidos en el concurso de las múltiples sedes donde se elabora

⁵⁶ V. Bazán, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable*. En Revista Europea de Derechos Fundamentales. No. 16, Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2010. p. 55.

⁵⁷ E. Ferrer Mac Gregor, *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma del juez mexicano*, p. 186. En Id. *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Ed. Fundap, México, 2012.

⁵⁸ A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*. Ed. Il Mulino, Bolonia, 2002.

derecho constitucional⁵⁹. La construcción de un *patrimonio costituzionale* es el gran reto que presenta la tutela jurisdiccional de los derechos en América latina.

Resumen. En el presente estudio se analiza la noción de *judicial dialogue* en el ámbito de la protección multinivel de los derechos fundamentales en América Latina. En particular se estudiarán las diferentes tipologías, características y elementos fundamentales de este fenómeno con fundamento en la doctrina y la jurisprudencia más relevante en la materia. Posteriormente se analizará la relación que existe entre la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Palabras clave: diálogo judicial, protección multinivel de los derechos fundamentales, América Latina, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Abstract. This article focuses on the notion of judicial dialogue in light of the multilevel system of protection of fundamental rights in Latin America. More particularly, the typologies, characters and defining elements of this phenomenon will be considered building on relevant scholarly works and case law. Subsequently, the paper will analyse the relationship between the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice of Costa Rica and the Inter-American Court of Human Rights.

Keywords: judicial dialogue, multilevel protection of fundamental rights, Latin America, Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice of Costa Rica, Inter-American Court of Human Rights.

⁵⁹ G. Zagrebelsky, *El juez constitucional en el siglo XXI*, p. 268. En Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional número 10, julio – diciembre 2008.

Haideer Miranda Bonilla
Diálogo judicial interamericano en derechos humanos

Haideer Miranda Bonilla es Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa Italia. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa. Máster en Estudios Avanzados de Derecho Europeo y Transnacional, Especialista en Estudios Internacionales por la Universidad de Trento, Italia. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Coordinador de la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos de la Facultad de Derechos de la Universidad de Costa Rica (UCR) www.derechocomunitario.ucr.ac.cr.

Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse dei minori*

Antonio Ruggeri

SOMMARIO: 1. Le aporie di costruzione dell'istituto familiare, secondo Costituzione: unità della famiglia versus eguaglianza tra i coniugi e diseguaglianza tra figli naturali e figli legittimi? La correzione o integrazione, per via d'interpretazione, del dettato costituzionale per opera della Carta di Nizza-Strasburgo, alla luce del principio della massimizzazione della tutela. – 2. Le vie percorse allo scopo di rendere maggiormente “inclusiva” l'idea costituzionale di famiglia e l'attesa che venga a formazione una consuetudine culturale che la riconosca e giustifichi, ciò che nondimeno non toglie che alcuni interessi emergenti in seno alle formazioni “parafamiliari” debbano ugualmente essere, da subito e come si conviene, protetti. – 3. Il preminente interesse del minore e le forme continuamente cangianti in cui esso si presenta e si fa apprezzare (esempi tratti dalla più recente giurisprudenza, costituzionale ed ordinaria). – 4. L'eguaglianza come work in progress e la conferma, venuta dalla recente vicenda del cognome della madre aggiunto a quello del padre, del fatto che l'ottimale appagamento degli interessi in campo richiede comunque lo sforzo congiunto del legislatore e dei giudici. – 5. I casi tragici, davanti ai quali il diritto rivela tutti i suoi limiti, i conflitti di volontà che, in questi come in altri casi, possono aversi, la ricerca delle soluzioni di volta in volta maggiormente adeguate ad appagare l'effettivo e preminente interesse del minore, nonché a salvaguardare l'unità della famiglia.

1. Le aporie di costruzione dell'istituto familiare, secondo Costituzione: unità della famiglia versus eguaglianza tra i coniugi e diseguaglianza tra figli naturali e figli legittimi? La correzione o integrazione, per via d'interpretazione, del dettato costituzionale per opera della Carta di Nizza-Strasburgo, alla luce del principio della massimizzazione della tutela

* L'articolo non è stato sottoposto a referaggio, in conformità al Regolamento della Rivista, in quanto proveniente da un membro del comitato scientifico.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

La famiglia appare da tempo alla ricerca di una propria identità e complessiva stabilità non raggiunta e – temo – nella presente congiuntura problematicamente raggiungibile.

Negli ordinamenti di democrazia occidentale (tra i quali il nostro), la famiglia sembrava essere, ancora fino all'avvento delle Costituzioni del secondo dopoguerra, dotata di capisaldi incrollabili, sui quali si reggeva il modello di una formazione sociale primigenia, di stampo marcatamente patriarcale, in seno alla quale la condizione dei figli nati in costanza di matrimonio era di assoluta soggezione, nel mentre quella dei figli nati fuori del matrimonio era gravemente squilibrata, trovandosi essi sostanzialmente sguarniti di tutela persino in alcuni dei loro elementari bisogni¹.

Le Carte venute alla luce dopo l'immane tragedia del secondo conflitto bellico hanno posto rimedio a questo stato di cose non oltremodo tollerabile. Vi hanno però provveduto in modo non sempre lineare e, comunque, a mezzo di enunciati fatti oggetto – come si sa – di controverse letture, alcune delle quali reciprocamente, frontalmente contrapposte.

Così è stato per la nostra Carta, in relazione alla quale non voglio né posso qui riprendere le numerose questioni sollevate dai disposti degli artt. 29 ss., limitandomi tuttavia a far osservare che il processo di emancipazione della famiglia dall'antico modello patriarcale si è svolto nei banchi della Costituente tra non rimosse ambiguità e complessive incertezze di cui il dettato costituzionale porta il segno. L'intento di liberare la donna dalla condizione di minorità in cui versava nei riguardi del coniuge dell'altro sesso non si discute, rispecchiandosi soprattutto nella formula, gravida di conseguenze ad oggi non in tutto esplorate, della eguaglianza morale, prima ancora che giuridica².

¹ Su questo modello e sui suoi successivi sviluppi, v. P. Passaniti, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della "società coniugale" in Italia*, Milano, 2011.

² La più avvertita dottrina ha da tempo sollecitato a dare l'opportuno rilievo all'enunciato costituzionale (tra gli altri, G. Silvestri, *Brevi note sull'eguaglianza "morale" dei coniugi*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1973, p. 75 ss.; P. Perlingieri, *Sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, in *Dir. e giur.*, 1974, p. 485 ss.; M. Bessone, *Eguaglianza "morale" dei coniugi e condizione giuridica della donna*, in *Riv. not.*, 1975, p. 729 ss. e, dello stesso, *sub art. 29*, in *Comm. Cost.*, art. 29-34, *Rapporti etico-sociali*, Bologna-Roma, 1976, p. 1 ss.; F. Caggia, A. Zoppini, *sub art. 29*, in *Comm. Cost.*, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

Foriera di non pochi rischi, anche particolarmente gravi, è però l'affermazione secondo cui l'eguaglianza stessa può trovarsi a dover recedere davanti al bene superiore dell'unità della famiglia. Ferma l'idea, argomentata dalla più sensibile dottrina, secondo cui l'unica "specie" di eguaglianza che potrebbe andare soggetta a limiti è quella giuridica, non mai la morale (ciò che ridonderebbe in una inconcepibile menomazione della dignità della persona costretta a pagarne le conseguenze), si fatica a comprendere – perlomeno non riesce a me di comprendere – perché mai la salvaguardia del bene, prezioso ed indisponibile, dell'unità debba comportare, in talune circostanze o con riferimento a talune fattispecie, il sacrificio dell'eguaglianza. Qualora, infatti, dovesse riscontrarsi una divergenza di vedute tra i coniugi, portatori d'interessi reciprocamente confliggenti, la composizione della stessa – *ferma l'eguaglianza* – non può che aversi in applicazione della "logica" del bilanciamento, che porta, auspicabilmente, a reciproche e fin dove possibili non sperequate concessioni e, talora, anche a far recedere la posizione dell'uno rispetto a quella dell'altro soggetto, in funzione appunto della cura del valore dell'unità, secondo quanto è proprio dei bilanciamenti in genere tra i beni della vita costituzionalmente protetti, persino laddove gli stessi siano provvisti di "copertura" in principi fondamentali della Carta. E però – qui è il punto – un esito che veda un principio occasionalmente recessivo rispetto ad un altro nulla toglie al carattere comunque "fondamentale" dei principi stessi, di *tutti* tali principi, vale a dire alla loro paritaria partecipazione, in partenza, alle operazioni di ponderazione assiologica. Sono infatti i casi della vita o, diciamo pure, le situazioni di fatto a portare a sistemazioni varie dei principi (e, di riflesso, degli interessi dagli stessi riguardati), senza che per ciò essi restino privati della loro eguale, comune attitudine a porsi a fondamento dell'ordinamento.

D'altro canto, com'è stato segnalato dalla più avveduta dottrina e giurisprudenza, l'unità presuppone l'eguaglianza, si fa, consolida e trasmette per il tramite di questa, non già col sacrificio, tanto più se sistematico, delle posizioni sempre della stessa persona, condannata

Olivetti, I, Torino, 2006, spec. p. 611 ss. Più di recente, M. D'Amico, *I diritti contesi. Problematrice attuali del costituzionalismo*, Milano, 2016, p. 145 ss.).

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

perciò, col pur involontario avallo della Carta, a recedere davanti alle aspettative dell'altra persona componente la coppia³.

Il vero è che il Costituente si è espresso in modo improprio: non conoscendo il linguaggio dei bilanciamenti secondo valore, venuto a maturazione in un tempo successivo, ha discorso di limiti all'eguaglianza, intendendo tuttavia nella sostanza riferirsi non già al mantenimento di posizioni stabilmente sperequate tra i coniugi – ciò che, a tacer d'altro, avrebbe fatto a pugni col previo riconoscimento della parità morale – bensì ad occasionali (e, anzi, eccezionali) sacrifici imposti agli interessi ora dell'uno ed ora dell'altro coniuge in funzione della salvaguardia del bene complessivo (l'"unità") della famiglia e, perciò, della idoneità di questa a trasmettersi integra nel tempo⁴.

³ Troviamo scritto in una recente pronunzia della Consulta, su cui si tornerà, che "è proprio l'eguaglianza che garantisce quella unità e, viceversa, è la diseguaglianza a metterla in pericolo", poiché l'unità "si rafforza nella misura in cui i reciproci rapporti fra i coniugi sono governati dalla solidarietà e dalla parità" (sent. n. 286 del 2016, con richiamo a Corte cost. n. 133 del 1970; ha, non molto tempo addietro, fatto il punto sull'orientamento del giudice costituzionale in tema di eguaglianza tra i coniugi F. Biondi, *Quale modello costituzionale*, in Aa.Vv., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, Napoli 2014, p. 20 ss.). Ai principi di eguaglianza e ragionevolezza, tanto *uti singuli* quanto in combinazione col principio di solidarietà, è fatto frequente richiamo nella giurisprudenza, costituzionale e comune, sia in costanza di matrimonio e sia pure a seguito dello scioglimento di questo, secondo quanto ad es. testimonia ora la pur discussa pronunzia della Cassazione (I sez. civ., sent. n. 11504 del 2017, del 10 maggio 2017) in tema di determinazione dell'assegno di divorzio, in base al criterio dell'autosufficienza e non più di quello del tenore di vita (la decisione può vedersi in www.altalex.com, con nota di G. Vassallo; v., inoltre, M.V. De Giorgi, *Due cuori e due capanne: la Cassazione sull'assegno di mantenimento*, in www.lacostituzione.info.it. In argomento, v. B. de Filippis, M. Pisapia, *Mantenimento per il coniuge e per i figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2017).

⁴ Ciò che, naturalmente, non porta ad ammettere che, attraverso il riferimento all'unità, si è intesa affermare l'indissolubilità del matrimonio, tant'è che la disciplina sul divorzio ha potuto essere pianamente introdotta con legge comune. L'unità, infatti, com'è stato egregiamente dimostrato dalla più accreditata dottrina, non equivale all'"eternità" del vincolo; è, piuttosto, qualità essenziale della famiglia che dura fintantoché dura la famiglia stessa e però – qui è il punto – per la sua parte concorre appunto a farla durare, laddove la disuguaglianza ne mina le fondamenta, pregiudicandone l'attitudine a trasmettersi nel tempo.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

A riprova, poi, del carattere incompiuto del processo di liberazione della famiglia dai lacci che un tempo ne impedivano il dispiegarsi in vista della piena ed eguale realizzazione dei progetti di vita di ciascuna delle persone che la compongono, sta l'ambiguo disposto di cui all'art. 30, III c., cost., secondo cui ai figli nati fuori del matrimonio è assicurata "ogni tutela giuridica e sociale, *compatibile* con i diritti dei membri della famiglia legittima". Ciò che, a stare alla lettera dell'enunciato, può portare non soltanto ad una sperequata condizione tra i figli, a seconda che siano naturali ovvero legittimi, ma anche al sacrificio della posizione degli uni rispetto a quella dei coniugi, con buona pace del principio del preminente interesse dei minori stessi, di cui si dirà meglio a momenti.

Sappiamo che la legge n. 219 del 2012 ha quindi provveduto a disinnesicare la mina vagante nascosta nel terreno costituzionale: la piena parificazione nel trattamento dei figli, rispondente al valore della "pari dignità sociale" e del conseguente divieto di discriminazione in base alla condizione personale e sociale dei figli stessi, ha finalmente dato appagamento ad un bisogno elementare di giustizia diffuso nel corpo sociale, seppur col costo di rimuovere quel "compatibilmente" che, per una rigorosa accezione della rigidità costituzionale, non avrebbe consentito il raggiungimento dell'obiettivo con la via breve della legge ordinaria⁵.

Non è la prima volta e non sarà di certo l'ultima che il dettato costituzionale costituisce oggetto di modifiche frutto di manipolazioni venute alla luce in modo più o meno scoperto per via d'interpretazione (segnatamente, da parte dei giudici) o – come qui – ad opera del legislatore, col benevolo avallo di coloro (in specie, i giudici costituzionali) che dovrebbero piuttosto presiedere alla scrupolosa osservanza del dettato stesso.

C'è però da dire che i disposti degli artt. 29 e 30, sopra richiamati, vanno riletti alla luce di quanto dispongono altre Carte dei

⁵ Ho già anticipato questo pensiero nel mio *Famiglie, genitori e figli, attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in Consulta OnLine, 30 maggio 2014, p. 29 ss.; v., inoltre, utilmente, E. Lamarque, *Relazione di sintesi su Famiglia e filiazione*, in Aa.Vv., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., p. 593 ss. e, della stessa, già, *sub art. 30*, in *Comm. Cost.*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, I, cit., spec. p. 628 ss. e p. 634 ss.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

diritti, tra le quali particolare rilievo va assegnato alla Carta di Nizza-Strasburgo, se non altro a motivo della forza “paracostituzionale” (o costituzionale *tout court*) di cui essa, al pari di ogni fonte di diritto eurounitaria, è dotata. Tanto più, poi, se si considera che le previsioni di tale Carta possono vantare a loro “copertura” la coppia assiologica fondamentale – come a me piace chiamarla – di cui ai principi di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità). Per ciò che qui più da presso importa, va dunque fatta menzione dei disposti di cui agli artt. 20 e 21 della Carta dell’Unione, laddove si riconosce il principio di eguaglianza ed è fatto divieto di “qualsiasi forma di discriminazione”, senza eccezione alcuna dunque, e, in particolare (per quanto concerne la condizione dei figli), di quella fondata sulla “nascita”⁶. Con riguardo ai coniugi, peraltro, l’art. 23 della Carta medesima⁷ garantisce la parità di uomini e donne “in tutti i campi”, e perciò pure in seno alla comunità familiare⁸.

Qui, per vero, ci si trova davanti ad un bivio, e si tratta di scegliere se imboccare l’una o l’altra via, che, nondimeno, seppur attraverso diversi percorsi, si ricongiungono quindi nella meta, nell’esito teorico-ricostruttivo.

Per l’una, per effetto di una interpretazione “letteralistica” (ancor più che letterale) degli enunciati sopra richiamati, si ammette la loro divergenza di senso e il carattere maggiormente avanzato di quelli aventi origine esterna, idonei a prevalere su quelli della Carta costituzionale grazie alla forza di cui dispongono, nell’assunto che non

⁶ In argomento, ora, A. Morrone, C. Caruso, *sub art. 20*, e C. Favilli, F. Guarriello, *sub art. 21*, entrambi in Aa. Vv., *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, a cura di R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, Milano, 2017, rispettivamente, p. 385 ss. e p. 411 ss.

In termini non dissimili si esprime, com’è noto, l’art. 14 della CEDU, a commento del quale P. Proli, *sub art. 14*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova, 2012, p. 518 ss., spec. p. 544 ss.

⁷ ... a commento del quale, F. Spitaleri, M.L. Vallauri, in Aa.Vv., *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, cit., p. 448 ss.

⁸ È pur vero che gli ambiti materiali di applicazione della Carta sono unicamente quelli rientranti nella competenza dell’Unione, ma – in disparte la vistosa tendenza alla loro espansione – non va trascurato il ruolo che anche altre Carte (a partire dalla CEDU) possono giocare al fine del rinnovamento semantico degli enunciati costituzionali, secondo quanto si dirà meglio a momenti.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

osti alcun principio fondamentale di diritto interno (alcun “controlimite”) all’ingresso ed all’affermazione delle norme eurounitarie⁹.

Per l’altra, si acconsente alla reinterpretazione “eurounitariamente” orientata della Costituzione¹⁰, pervenendosi – come si diceva – al medesimo risultato, allo stesso tempo nondimeno ammettendosi – come pure si faceva notare – la eventualità che interessi emergenti in seno alla famiglia ed occasionalmente tra di loro confliggenti siano ricomposti a mezzo della tecnica usuale del bilanciamento, in vista dell’interesse superiore della famiglia stessa, fondato sulla (e costantemente alimentato dalla) eguaglianza dei coniugi.

A beneficio del secondo corno dell’alternativa può, peraltro, farsi richiamo di una preziosa indicazione di metodo venuta da una nota pronunzia della Corte costituzionale, secondo cui le Carte dei diritti e la Costituzione “si integrano reciprocamente nella interpretazione” (sent. n. 388 del 1999). Come mi è stata data occasione di far notare altrove, la partita che ogni volta si gioca tra le Carte dei diritti (Costituzione compresa) e si rinnova in ragione delle complessive esigenze dei casi prescinde da proprietà formali delle Carte stesse, risultando l’esito del gioco piuttosto da connotati sostanziali (o, meglio, assiologico-sostanziali) e, perciò, a conti fatti, dal modo con cui le *norme* (non le *fonti*) si pongono le une davanti alle altre, combinandosi e variamente influenzandosi a vicenda in ragione delle complessive esigenze dei casi stessi. La forza delle norme, insomma, se così vogliamo seguitare a chiamarla, si coglie ed apprezza al piano *culturale*, prima ancora che a quello *positivo*,

⁹ A mia opinione, questa conclusione è, poi, da tener ferma anche in relazione ad ogni altra Carta dei diritti, quale la CEDU, che, in relazione ad una vicenda data, si dimostri in grado di portare ancora più in alto della stessa Costituzione la salvaguardia dei diritti stessi. Per vero, non dovrebbe essere così, a motivo del carattere “subcostituzionale” riconosciuto dalla Consulta alla CEDU (e – viene da dire – ad ogni altra Carta); e, però, non si dimentichi che la stessa giurisprudenza costituzionale, proprio al piano dei rapporti tra diritto interno e Convenzione, richiede all’operatore (e, perciò, anche a... *se stessa*) di verificare ogni volta dove si situa la più adeguata tutela ai diritti in campo (spec. sent. n. 317 del 2009 e succ., tra le quali, ora, la sent. n. 68 del 2017). Sul punto, si tornerà a breve.

¹⁰ ... così come, naturalmente, orientata a CEDU ed alle altre Carte di origine esterna.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

ciascuna Carta mettendo in campo quanto di più e di meglio in sé racchiude, spendendolo al servizio dei valori fondamentali di libertà ed eguaglianza (e, più ancora, dignità) e, dunque, dei più pressanti bisogni emergenti nei casi stessi.

Non si trascuri, a quest'ultimo riguardo, che la stessa giurisprudenza ha, specie di recente, in modo particolarmente insistito e persino martellante rilevato che occorre sempre tener presente l'intero complesso dei beni o interessi costituzionalmente protetti, visti nel loro fare "sistema", senza dunque fermarsi ai soli diritti la cui tutela è rivendicata nel corso della singola vicenda processuale¹¹. Non soltanto, perciò, occorre bilanciare l'interesse familiare – com'è usualmente chiamato – con altri interessi parimenti protetti, quale quello alla sicurezza, secondo quanto si vedrà meglio a momenti con esempi, ma anche all'interno del microcosmo familiare vanno costantemente tenuti presenti tutti gli interessi in gioco e, perciò, le posizioni di tutti i soggetti di cui la famiglia si compone: di *tutti e in pari misura*, prestandosi nondimeno una cura particolare agli interessi dei minori, i soggetti maggiormente vulnerabili ed esposti e, proprio per ciò, meritevoli di una speciale protezione.

Il criterio-guida è, dunque, quello della massimizzazione della tutela¹², secondo una "logica" sistemica che punta diritto all'obiettivo

¹¹ *Ex plurimis*, Corte cost. nn. 236 del 2011; 264 del 2012; 1, 85, 170 e 202 del 2013; 10 e 49 del 2015; 63 del 2016; 124 del 2017.

¹² Al criterio in parola una nutrita dottrina ha fatto (e fa) richiamo [tra gli altri, G. D'Amico, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in Aa.Vv., *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Napoli 2015, p. 17 ss.; C. Amalfitano, M. Condinanzi, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015, p. 126 ss. e p. 168 ss.; G.M. Salerno, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell'identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Napoli, 2015, p. 103 ss.; C. Panzera, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in Consulta OnLine, 2/2015, 3 giugno 2015, spec. p. 492 ss.; nella stessa *Rivista*, A. Spadaro, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, p. 504 ss. e, dello stesso, ora, *La "cultura costituzionale" sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in Aa.Vv., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri, A. Saitta,

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

del minor sacrificio possibile delle posizioni in campo, vale a dire dell'affermazione della famiglia *ut sic*, della sua unità e integrità appunto.

2. Le vie percorse allo scopo di rendere maggiormente "inclusiva" l'idea costituzionale di famiglia e l'attesa che venga a formazione una consuetudine culturale che la riconosca e giustifichi, ciò che nondimeno non toglie che alcuni interessi emergenti in seno alle formazioni "parafamiliari" debbano ugualmente essere, da subito e come si conviene, protetti

Ci si deve, tuttavia, subito chiedere se i riferimenti alle Carte di origine esterna, ancora prima di essere utilizzati con profitto al fine di ridisegnare i rapporti tra i coniugi e di questi con i figli, possano dimostrarsi parimenti utili allo scopo della complessiva riconsiderazione della essenza della famiglia.

Torna qui – come si vede – l'annosa questione dell'apertura della famiglia alle coppie di orientamento omosessuale, dovendosi stabilire se al fine della caratterizzazione della famiglia rispetto a formazioni sociali a questa affini sia, o no, da tener fermo il paradigma eterosessuale della coppia. Una questione – come si sa – fatta oggetto di plurimi e divergenti orientamenti, dei quali non è qui possibile dar conto neppure in sunto. Mi limito, al riguardo, solo a richiamare un dato che mi parrebbe inconfutabile nella sua oggettiva consistenza, del quale più avanti esaminerò alcune espressioni in relazione a vicende animatamente discusse, riassumibile in una tendenza che va sempre più crescendo e che, come un fiume in piena, rischia di travolgere gli argini segnati dalla Carta costituzionale, quanto meno per il modo con cui si rispecchiano in talune ricostruzioni dottrinali e – ciò che più importa – nella giurisprudenza costituzionale¹³. In realtà, secondo

Torino, 2016, spec. p. 55 ss.; *ivi* pure C. Salazar, *I diritti sociali nel "gioco delle tre Carte": qualche riflessione*, p. 217 ss., e L. D'Andrea, *A mo' di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, spec. p. 314 ss.; L. Cappuccio, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Torino, 2016, p. 412 ss.].

¹³ Il riferimento è, ovviamente, a Corte cost. n. 138 del 2010. Non è inopportuno qui rammentare che la indicazione in essa data in ordine alla necessaria diversità di sesso dei coniugi non ha mai vacillato; ed è solo certa dottrina e

quanto si vedrà meglio con esempi, sono i casi della vita a rendere palese come gli interessi emergenti nel tessuto sociale (e, sopra tutti, appunto quelli dei minori) fatichino in talune circostanze a trovare senza alcuna forzatura accoglienza in seno al modello familiare, la cui

giurisprudenza comune che ne hanno talora dato una deformata rappresentazione. Così, ad es., è stato con la singolare invenzione di un istituto che non c'è e che non può esserci, il matrimonio "a tempo" del transessuale, cui si è fatto luogo in occasione del seguito (a mia opinione, infedele) dato dalla Cassazione, I Sez. civ., n. 8097 del 2015, a Corte cost. n. 170 del 2014, allo scopo sfruttando uno spunto offerto da B. Pezzini, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in www.articolo29.it, 15 giugno 2014, ripreso, tra gli altri, da P. Bianchi, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: divorzio «imposto», incostituzionale ma non troppo*, in *Quad. cost.*, 3/2014, p. 669 ss., spec. p. 671; sul caso Bernaroli e, in genere, sulla condizione dei transessuali, prima però della decisione della Consulta, v., part., A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013. Notazioni fortemente critiche alla decisione della Cassazione adottata a seguito del verdetto della Consulta, possono vedersi in R. Romboli, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto" (quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice)*, in *Foro it.*, 10/2014, I, p. 2680 ss.; V. Baldini, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente (brevi note a Corte costituzionale, sent. n. 170/2014)*, in www.dirittifondamentali.it, 15 settembre 2014; C. Panzera, *Il discutibile seguito giudiziario dell'additiva di principio sul "divorzio imposto"*, in www.forumcostituzionale.it, 18 settembre 2015 e, se si vuole, nei miei *Il matrimonio "a tempo" del transessuale: una soluzione obbligata e... impossibile? (a prima lettura di Cass., I Sez. civ., n. 8097 del 2015)*, in *Consulta OnLine*, 1/2015, 28 aprile 2015, p. 304 ss., e *Il "controcanto" stonato della Cassazione alla Consulta, a riguardo del matrimonio del transessuale*, in *GenIUS*, 1/2015, p. 126 ss.; in quest'ultima *Rivista*, altri punti di vista a commento della decisione della Cassazione suddetta. In argomento, v., inoltre, variamente, F. Saitto, *L'incostituzionalità del "divorzio imposto" tra rettificazione di sesso e tutela del "pregresso vissuto" della coppia*, in *Giur. cost.*, 3/2014, p. 2706 ss., spec. p. 2714; C. Salazar, *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, in www.confronticostituzionali.eu, 27 giugno 2014; A. D'Aloia, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una incostituzionalità «per mancanza di alternative»*, in *Quad. cost.*, 3/2014, p. 672; S. Patti, *Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve il problema*, in *Foro it.*, 10/2014, I, p. 2685 ss.; A. Rapposelli, *Illegittimità costituzionale dichiarata ma non rimossa: un "nuovo" tipo di sentenze additive?*, in www.osservatoriocostituzionale.it, 1/2017, 21 gennaio 2015; C.P. Guarini, *Tra "divorzio imposto" e "matrimonio a tempo". Osservazioni a margine delle sentenze n. 170 del 2014 della Corte costituzionale e n. 8097 del 2015 della Corte di Cassazione, I Sezione civile*, in www.rivistaaic.it, 2/2016, 1 aprile 2016, e, da ultimo, R. Conti, *Il giudice e il biodiritto*, in *Trattato di diritto e bioetica*, a cura di A. Cagnazzo, in corso di stampa per i tipi della ESI, § 6 c).

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

struttura costitutiva elementare poggia sul paradigma suddetto. Una struttura che tuttavia non sempre si dimostra idonea a reggere il peso di tutti gli interessi suddetti, sì da consentire quindi la loro ragionevole e – fin dove possibile – appagante affermazione.

A fronte di questo stato di cose, molte vie sono state battute nell'intento di rendere maggiormente flessibile ed aperto il modello costituzionale: da quella che porta a considerare passibile d'integrazione il modello stesso con previsioni di legge ordinaria¹⁴, all'altra percorsa da quanti invece reputano allo scopo indispensabile il ricorso alle procedure aggravate di cui all'art. 138 della Carta¹⁵, infine all'altra ancora imboccata da coloro che già oggi ne ammettono l'allargamento per via d'interpretazione, assumendosi che l'idea costituzionale di "famiglia" sia intrinsecamente "plurale", sì da potersi adattare anche alle coppie composte da persone dello stesso sesso¹⁶,

¹⁴ Molti gli autori dichiaratisi favorevoli al possibile allargamento della nozione costituzionale di "famiglia" per questa via, senza che – a loro dire – a ciò osti il punto di diritto fissato dalla sent. n. 138 del 2010 (per tutti, R. Romboli, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *Giur. cost.*, 2/2010, p. 1629 ss., e, dello stesso, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso ed il diritto ad una vita familiare per le coppie omosessuali nell'esperienza italiana*, in Aa.Vv., *Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, a cura di G. Vidal Marcílio Pompeu, F. Facury Scaff, Florianópolis 2012, spec. p. 103 ss., e in altri scritti ancora, nonché R. Torino, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo e italiano*, Torino, 2012, p. 258 ss. e G. Ferrando, *Matrimonio e unioni civili: un primo confronto*, in *Pol. dir.*, 1/2017, p. 49 ss., spec. p. 52 ss.).

¹⁵ Tra gli altri, A. Spadaro, *Matrimonio "fra gay": mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?*, in Aa.Vv., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., p. 345 ss., spec. p. 360 ss. Il mio pensiero sul punto, più volte manifestato, può – se si vuole – vedersi in *"Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?*, in Aa.Vv., *Discriminação por orientação sexual*, cit., p. 111 ss.

¹⁶ Di quest'idea si è fatta da tempo a con vigore portatrice un'accreditata dottrina, specie civilistica, alimentando un dibattito ad oggi in corso, particolarmente acceso ed internamente articolato (variamente sul punto, di cruciale rilievo, V. Scalisi, *"Famiglia" e "famiglie" in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2013, p. 7 ss., nonché in Id., *Studi sul diritto di famiglia*, Padova, 2014, p. 3 ss.; A. Renda, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013, spec. il cap. I; M.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

tanto più appunto ove si invocano a sostegno di siffatta espansione le Carte dei diritti aventi origine esterna (e, segnatamente, la CEDU e la Carta di Nizza-Strasburgo), per il modo con cui se ne fanno interpreti e garanti le Corti europee, la cui giurisprudenza in tema di “vita familiare” appare maggiormente inclusiva rispetto a quella nazionale (e, specificamente, a quella costituzionale)¹⁷.

Paradiso, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 5/2016, p. 1306 ss. e, nella stessa *Rivista*, F.D. Busnelli, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, 6/2016, p. 1447 ss., del quale v., già, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, 2002, I, p. 509 ss.; G. Giacobbe, *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in *Dir. fam. e pers.*, 3/2006, p. 1219 ss., spec. p. 1230 ss.; G. Collura, *Famiglia o famiglie? Riflessioni in tema di laicità dello Stato*, in *Scritti in onore di M. Comporti*, Milano, 2008, p. 825 ss.; C. Mazzù, *La famiglia degli affetti*, in *Studi in onore di A. Palazzo*, II, Torino, 2009, p. 527 ss.; Aa.Vv., *Le relazioni affettive non matrimoniali*, a cura di F. Romeo, Torino, 2014, e M.R. Marella, G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Roma-Bari, 2014; Aa.Vv., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit.; R. Amagliani, *Principi costituzionali in materia di famiglia*, in Aa.Vv., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura, A. Morelli, Milano, 2015, p. 625 ss., spec. p. 639 ss.; M. D'Amico, *I diritti contesi*, cit., p. 142 ss.).

¹⁷ Riferimenti in E. Crivelli, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, Napoli 2011, spec. all'ult. cap.; A. Schuster, *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, in Aa.Vv., *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini, A. Lorenzetti, Napoli 2011, p. 255 ss., spec. p. 274 ss.; E.C. Raffiotta, *Matrimonio, famiglia e unioni tra persone dello stesso sesso: quali confini nelle decisioni della Corte di Strasburgo?*, in Aa.Vv., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. Mezzetti, A. Morrone, Torino, 2011, p. 323 ss.; C. Pitea, L. Tomasi, *sub art. 8*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 297 ss., spec. p. 329 ss.; R. Torino, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo e italiano*, cit., spec. p. 181 ss.; M. Segni, *La disciplina dell'omosessualità: Italia ed Europa a confronto*, in *Fam., pers. e succes.*, 4/2012, p. 252 ss.; V. Scalisi, *“Famiglia” e “famiglie” in Europa*, cit., p. 7 ss.; R. Conti, in molti scritti, tra i quali, *Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Pol. dir.*, 1-2/2013, p. 127 ss.; *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Roma, 2014, spec. alla parte VI (ma *passim*); *Avvicinarsi alla nozione di vita familiare secondo CEDU*, in www.giustiziacivile.com, 3/2016, 15 marzo 2016; *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dei giudici di merito*, in Aa.Vv., *Vecchie e nuove ‘famiglie’ nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, a cura di A. Ruggeri, D. Rinoldi, V. Petralia, Napoli 2016, p. 75 ss.; *Il giudice e il*

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

Non credo tuttavia che il pur opportuno e costante richiamo fatto alla giurisprudenza sovranazionale sia conducente allo scopo della dimostrazione che la nozione costituzionale di famiglia, nella sua ristretta e propria accezione, debba ormai considerarsi meritevole di complessivo ripensamento per effetto delle suggestioni ed indicazioni provenienti *ab extra*. Ferma infatti restando l'influenza, considerevole e benefica, esercitata da tale giurisprudenza, la quale peraltro – non si dimentichi – è comunque debitrice di quella nazionale, da cui attinge le c.d. “tradizioni costituzionali comuni”, facendone nondimeno oggetto di originale rielaborazione¹⁸, sta di fatto che il complessivo

biodiritto, in *Trattato di diritto e bioetica*, cit., *passim* e, da ultimo, *Coppie e famiglia nella giurisprudenza CEDU*, relaz. all'incontro organizzato dalla Scuola della magistratura, struttura decentrata di Bologna, su *Unione civile e convivenze ad un anno dall'entrata in vigore della legge 20 maggio 2016, n. 76, alla luce dei decreti attuativi*, 5 giugno 2017, in *paper*; M.C. Vitucci, *Orientamento sessuale e adozione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um., dir. internaz.*, 2/2013, p. 481 ss.; M.M. Winkler, *Le coppie dello stesso sesso tra vita privata e familiare nella giurisprudenza di Strasburgo*, in Aa.Vv., *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, a cura di R. Torino, Roma, 2013, p. 75 ss.; A. Sperti, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa, 2013, p. 19 ss.; L. Poli, *Adozione co-parentale da parte di coppie omosessuali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: un progresso nella tutela delle famiglie omogenitoriali, con uno sguardo miope rispetto all'interesse superiore del minore*, in *Giur. it.*, 8-9/2013, p. 1764 ss.; R. Palladino, *Adozione e coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.federalismi.it, *Human Rights*, 3/2013; F. Mannella, *I “diritti” delle unioni omosessuali. Aspetti problematici e casistica giurisprudenziale*, Napoli, p. 2013, p. 49 ss.; Aa.Vv., *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, a cura di D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino, Berlin, 2014; A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, cit., spec. p. 182 ss.; L. Lorello, *Coppie omosessuali e tutela costituzionale*, Torino, 2015, p. 45 ss.; M. D'Amico, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano, 2016, p. 153 ss. e p. 162 ss.; A. Valitutti, *Il diritto al rispetto della vita familiare e il riconoscimento delle unioni same sex*, in Aa.Vv., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, a cura di A. Di Stasi, Padova, 2016, p. 675 ss.; A. Fenoglio, *sub art. 33*, in Aa.Vv., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 631 ss.

¹⁸ Per tutti, O. Pollicino, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto “ascendente”, ovvero sia l'incidenza delle “tradizioni costituzionali comuni” nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in *Consulta OnLine*, 1/2015, p. 242 ss., e, dello stesso, *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla*

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

indirizzo delle Corti sovranazionali appare essere particolarmente cauto e rispettoso delle “tradizioni” (non comuni...) invalse presso ciascun ordinamento statale, com'è giusto d'altronde che sia in forza dell'esplicito richiamo fatto alle legislazioni nazionali nelle Carte suddette in ordine al diritto alle nozze¹⁹. Sono, infatti, molte le decisioni delle Corti europee in cui troviamo espressamente enunciato il principio secondo cui il matrimonio tra omosessuali non è né imposto né vietato²⁰, allo stesso tempo tuttavia pretendendosi giustamente rispetto per il principio di non discriminazione, specificamente per ciò che attiene all'adozione da parte di persona ovvero di coppia omosessuale, subordinandosi nondimeno l'esercizio del diritto al preminente interesse del minore²¹. Analoga attenzione per le discipline legislative nazionali si ha anche con riferimento ai casi in cui la condizione personale riscontrata in seno alla famiglia o ad una formazione sociale “parafamiliare” acquista rilievo in ambiti esterni (tra i quali, quello del lavoro)²².

Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata, in Aa.Vv., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit., p. 91 ss.

¹⁹ Si rammenti quanto al riguardo stabilisce l'art. 9 della Carta dell'Unione: “Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio”. Similmente, l'art. 12 della CEDU: “A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto”. Con specifico riguardo alla giurisprudenza in materia di famiglia della Corte EDU, posta a raffronto di quella dei giudici nazionali, un chiaro quadro di sintesi è negli scritti sopra cit. di R. Conti.

²⁰ Emblematico, al riguardo il noto caso *Schalk e Kopf c. Austria*.

²¹ Tra gli altri, *Fretté c. Francia*, *E.B. c. Francia*, *Gas e Dubois c. Francia*, *X e altri c. Austria*. Si rammenti inoltre il noto caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, con cui è stata dichiarata contraria a CEDU la revoca dell'affido condiviso del figlio, a danno del genitore dichiaratamente omosessuale, esclusivamente in quanto disposta a motivo di questa sua qualità.

²² Ad es., in *Parris c. Trinity College Dublin*, la Corte dell'Unione, I Sez., 24 novembre 2016, in causa C-443/15, rileva non esser causa di alcuna discriminazione fondata sull'orientamento sessuale la legislazione nazionale che riconosca il diritto alla pensione a condizione che l'unione civile risulti contratta prima del compimento dei sessant'anni da parte dell'affiliato, malgrado a quel tempo l'unione civile non fosse ancora normativamente prevista (a commento, v. A. Perelli, *Riconoscimento*

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

Non mi è consentito – come dicevo – fare qui oggetto di nuovo esame la messe imponente di pronunzie interessanti questo studio né ripercorrere uno ad uno gli itinerari tracciati dalla nostra dottrina e giurisprudenza in relazione al dettato costituzionale²³, verificando per ciascuno di essi la linearità dei passi compiuti e la loro idoneità a condurre alla meta dell’allargamento dell’area materiale in cui si situa la famiglia, al dichiarato intento di trasformarne la struttura e renderla così maggiormente inclusiva.

Quel che è certo, perlomeno tale a me appare essere, è che in un contesto ad oggi fortemente appannato e confuso, segnato da divergenti orientamenti ed oscillanti opzioni ricostruttive, non è facile (e forse è anzi impossibile) fare in tutto chiarezza. Occorre piuttosto attendere – sembra di poter dire – che maturi una maggiore convergenza, di cui al presente non si ha riscontro, nel tessuto sociale, sì da formarsi – se mai si formerà... – un’autentica *consuetudine culturale* di riconoscimento del carattere “plurale” della famiglia. Come sempre, poi, il diritto dovrà porsi a rimorchio dei più diffusi ed intensamente avvertiti bisogni in seno al corpo sociale, intervenendo per la “razionalizzazione” delle tendenze che se ne fanno interpreti²⁴. La scelta della via giudicata più piana e lineare, se quella legislativa²⁵ ovvero l’altra interpretativa (specie per voce dei giudici), verrà dunque dopo. Quand’anche, tuttavia, dovesse reputarsi che già oggi si diano (e a me francamente non pare che si diano) le condizioni politiche per

delle unioni tra persone dello stesso sesso e pensione di reversibilità, tra eguaglianza e irretroattività, in www.dpceonline.it, 1/2017, 5 aprile 2017, p. 125 ss.).

²³ Nella ormai incontinentabile lett., richiamo qui solo, per tutti, ancora una volta, i contributi di Aa.Vv., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, e Aa. Vv., *Vecchie e nuove ‘famiglie’ nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, citt.

²⁴ Non si tratta, nondimeno, di una piatta ed incolore acquisizione e traduzione normativa delle più vigorose tendenze ed espressioni della società civile, le quali pur sempre richiedono di essere filtrate, adattate, orientate verso i valori costituzionali nel loro fare “sistema”. Se ne ha una emblematica rappresentazione nell’art. 3 della Carta che, allo stesso tempo e non incoerentemente, sollecita il diritto legislativo a conformarsi al “fatto”, nella varietà delle sue articolazioni interne (situazioni eguali richiedendo eguale trattamento, così come situazioni diverse trattamento parimenti diverso), e però anche ad operare per la trasformazione del “fatto” stesso, *secondo valore*.

²⁵ ... dovendosi, poi, come si è accennato, stabilire se occorra allo scopo far luogo all’adozione di una legge ordinaria ovvero di una costituzionale.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

l'approvazione di una legge di revisione costituzionale a finalità inclusiva, nel senso appena indicato, si tratterebbe di un'operazione comunque forzata, un autentico atto di autoritaria imposizione dall'alto, non dandosi al presente il largo consenso sociale indispensabile a giustificare la venuta alla luce. Gli atti che innovano al dettato costituzionale, per loro indeclinabile vocazione, sono infatti chiamati a far opera di *inclusione sociale*, non già di *divisione*, ove si convenga che nella Carta costituzionale, tanto per il dettato originario quanto per quello che ne prenda il posto, debba riconoscersi, perlomeno in via di principio, l'intera società, nelle sue varie espressioni.

D'altro canto, ove ci si interroghi circa il modo attuale di essere del diritto vivente in tema di famiglia, non può negarsi che esso pure si presenti internamente articolato e, dunque, a conti fatti "plurale". V'è infatti il diritto vivente risultante dalla giurisprudenza costituzionale, che – come si è rammentato – appare fermo nel riconoscimento della necessaria diversità di sesso di coloro che danno vita ad una nuova famiglia, nella sua ristretta e propria accezione, e v'è il diritto vivente, talvolta coincidente o convergente e talaltra divergente, della giurisprudenza comune: non v'è, comunque, un unico, *verum ius*²⁶.

Un punto è nondimeno da considerare ormai sicuramente acclarato; ed è che anche in seno alle formazioni sociali "parafamiliari" – termine che qui nuovamente riprendo da precedenti riflessioni in cui esso appare riservato a coppie non rispondenti al rigoroso modello di "famiglia" fatto proprio dalla giurisprudenza costituzionale²⁷ – si manifestano bisogni meritevoli di ogni

²⁶ Agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale va, nondimeno, assegnata una particolare valenza in fatto d'interpretazione della Carta: le pronunzie della Consulta non sono, di certo, atti d'interpretazione autentica (tanto più con riguardo alle decisioni di rigetto, almeno a stare all'orientamento ormai invalso che dà modo alla stessa Corte, se del caso, di tornare *re melius perpensa* sui propri passi); sono tuttavia portatrici di interpretazioni – diciamo così – *privilegiate*, la cui carica persuasiva (in relazione al tipo di decisione da ultimo indicato) è innegabile, senza peraltro trascurare i peculiari effetti tipicamente discendenti dalle decisioni di accoglimento e senza comunque dimenticare che ogni tipo di pronunzia è pur sempre dotata dello scudo protettivo formidabile eretto dall'art. 137, ult. c., Cost.

²⁷ Rinvio al riguardo al mio *Unioni civili e convivenze di fatto: "famiglie" mascherate? (Nota minima su una questione controversa e sulla sua discutibile risoluzione da parte della legge n. 76 del 2016)*, in Consulta OnLine, 2/2016, 16

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

considerazione e tutela, specie laddove siano coinvolti interessi dei minori²⁸.

3. Il preminente interesse del minore e le forme continuamente cangianti in cui esso si presenta e si fa apprezzare (esempi tratti dalla più recente giurisprudenza, costituzionale ed ordinaria)

Le notazioni appena svolte (e, più ancora, quelle che a momenti si faranno) mostrano come non si diano (e non possano darsi) posizioni precostituite, secondo ordini di priorità astrattamente prestabiliti, né nelle proiezioni esterne della famiglia, per il modo cioè con cui l'interesse familiare viene ponderato con interessi esterni alla famiglia, né nelle proiezioni interne della famiglia stessa, con riferimento alla condizione dei suoi componenti, ai loro diritti e ai loro doveri. Piuttosto, come in un ideale caleidoscopio, le immagini si compongono, scompongono e ricompongono senza sosta, senza poter essere fermate una volta per tutte, al pari di ciò che si ha in una fotografia che resta sempre uguale a se stessa. Il punto di sintesi

giugno 2016, p. 251 ss. Cfr., sul punto, ora, i contributi che sono nel fasc. 1/2017 di *Pol. dir.* (tra i quali, part., quello di L. Trucco, *Lo status delle coppie omosessuali unite civilmente: profili costituzionali*, p. 33 ss., spec. p. 43 ss.).

²⁸ Si pensi, ad es., al caso definito da Corte cost. n. 225 del 2016, dove ancora una volta in considerazione dell'interesse del minore, è stato riconosciuto il diritto di quest'ultimo a mantenere rapporti con l'ex compagna della madre biologica, sempre che a giudizio discrezionale del giudice ciò sia di giovamento per il minore stesso. Anche la giurisprudenza europea, peraltro, subordina i contatti persino del genitore naturale coi minori al preminente interesse di questi ultimi. Si rammenti, ad es., quanto deciso da Corte EDU, *P.V. c. Spagna*, 30 novembre 2010, laddove alcune limitazioni al diritto di visita del genitore transessuale sono state imposte non già in forza di una discriminazione legata al sopravvenuto mutamento di sesso bensì a motivo della instabilità emotiva del soggetto, che avrebbe potuto esser causa di turbamento per il figlio in tenera età. In tema, si segnala, da ultimo, Corte EDU, I sez., *Improta c. Italia*, 4 maggio 2017, che ha riconosciuto la lesione del diritto di visita del genitore (e, perciò, dell'art. 8 della Convenzione) che aveva chiesto un ampliamento dei periodi, allo stesso tempo rilevando come il considerevole tempo trascorso tra la presentazione dell'istanza e la pronuncia del giudice nazionale può esser causa di un pregiudizio grave dando luogo a "conseguenze irrimediabili sulle relazioni tra la bambina e il padre".

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

assiologica viene dunque fissato unicamente per le esigenze del singolo caso; e il “metaprincipio” che presiede alla combinazione dei principi evocati in campo dal caso stesso è – come si diceva – quello della ricerca del massimo utile a beneficio della famiglia, *unitariamente considerata*; interesse che ha nondimeno nella prioritaria attenzione per la condizione dei figli, specie se minori e particolarmente bisognosi di cure, il perno attorno al quale ruota e dal quale stabilmente si tiene, rende palese ed apprezza.

Il preminente interesse del minore ha, peraltro, molti volti, cangianti in ragione dei casi: la loro messa a fuoco è, perciò, ogni volta demandata alla mano dell’operatore (e, segnatamente, del giudice) che può farvi luogo unicamente in concreto, *in vivo*, al di là di ogni qualificazione dell’interesse stesso fatta *in vitro*, che risulterebbe fatalmente viziata da ingenuo e sterile astrattismo.

Sull’interesse in discorso molto è stato scritto, perlopiù muovendo dall’assunto che esso costituisca una sorta di *a priori* nelle vicende di diritto di famiglia. Ancora di recente, ha costituito oggetto di critico ripensamento da parte di una sensibile dottrina²⁹, che ha fatto notare come non se ne faccia parola nella Carta, perlomeno in modo esplicito e con generale valenza.

Tre cose non vanno, tuttavia, al riguardo perse di vista.

²⁹ V., part., E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016. In argomento, tra gli scritti più recenti, v. almeno L. Giacomelli, *(Re)interpretando i best interests of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?*, e S. Romboli, *La natura “relativa” ed il significato di “clausola generale” del principio dell’interesse superiore del minore*, entrambi in Aa.Vv., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., rispettivamente, p. 467 ss. e p. 505 ss.; A. Arena, *A proposito dello “statuto costituzionale del minore” (Brevi riflessioni a margine di alcune “novità” nel dibattito parlamentare e nella giurisprudenza comune)*, in Consulta OnLine, 2/2016, 6 giugno 2016, p. 241 ss.; B. Randazzo, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell’adozione e della filiazione “sorrette” da un’ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in www.rivistaaic.it, 1/2017, 5 marzo 2017, che paventa il rischio che la formula si riveli *bonne à tout faire*. Infine, G. Vannoni, *L’interesse del minore ad un’educazione conforme ai valori fondativi della Costituzione*, in Consulta OnLine, 2/2017, 8 maggio 2017, p. 298 ss. e, con specifico riguardo alla giurisprudenza della Corte dell’Unione, L. Ratti, *sub art. 24*, in Aa.Vv., *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, cit., p. 474 ss.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

La prima è che la Corte non prende in considerazione il minore, al pari di altri soggetti, una volta per tutte, in via generale-astratta; piuttosto, ne fa oggetto di previsioni “contestualizzate”, offrendo una speciale tutela alla sua posizione nelle istituzioni sociali in cui è inserito (la famiglia, la scuola, il lavoro, ecc.)³⁰; e l’intera disciplina delle istituzioni stesse appare, pertanto, costruita attorno al perno fisso del *favor* per il minore, da cui trae ispirazione, alimento, orientamento, puntando decisa alla salvaguardia delle sue aspettative (si pensi, per tutte, alla condizione della lavoratrice, particolarmente protetta proprio in quanto madre³¹).

La seconda è che le (supposte) lacune del dettato costituzionale richiedono, una volta di più, di essere colmate attingendo ad altri documenti essi pure materialmente costituzionali, quali sono le Carte dei diritti di origine esterna. Significativo è quanto al riguardo stabilisce l’art. 24, par. 2, della Carta di Nizza-Strasburgo, laddove è espressamente enunciato il principio secondo cui “in tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l’interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente”³². Un enunciato che fa corpo con gli enunciati restanti della Costituzione, dovendosi pertanto ormai considerare parte integrante di questa.

La terza è che può dirsi essersi ormai formata un’autentica consuetudine interpretativa o, se si vuole, integrativa della Costituzione che dà voce all’interesse in parola in seno a pratiche giuridiche diffuse e consolidate (specie tra i giudici), a mezzo delle quali – come si sa – il diritto vigente si converte in vivente. Possiamo, ovviamente, discutere a riguardo di taluni modi di intendere l’interesse in discorso, dove cioè esso si situi e come riconoscerlo e farlo valere, ma non possiamo – a me pare – rimettere in discussione l’esistenza in sé e per sé dello stesso, la sua attitudine ad attraversare plurimi campi materiali di esperienza, a porsi a fondamento delle discipline che li riguardano, a segnare l’esito di casi anche

³⁰ Una puntuale analisi è in G. Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore*, Padova, 2015.

³¹ Riassuntivamente, ora, P. Caretti, G. Tarli Barbieri, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2017, p. 519 ss.

³² V., nuovamente, il commento di L. Ratti, sopra cit.

Antonio Ruggeri
*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

particolarmente aggrovigliati che a getto continuo vengono nei campi stessi ad emersione.

Alcuni esempi, tratti da vicende che hanno fatto molto discutere, tornano utili a dimostrazione di quest'assunto.

Si consideri il diritto al ricongiungimento. La giurisprudenza costituzionale ha fatto notare che occorre distinguere tra situazioni molto diverse tra loro, particolarmente a seconda che esso riguardi il figlio minore ovvero maggiore d'età, nel qual ultimo caso l'interesse familiare può trovarsi costretto a soggiacere a bilanciamento con altri interessi bisognosi di prioritaria considerazione, quale quello alla sicurezza³³; e, però, nel caso che il figlio maggiorenne non sia in grado di poter provvedere alle proprie esigenze per motivi di salute, la sua condizione appare essere di maggior peso sulla bilancia costituzionale³⁴.

La riprova della estrema varietà dei casi al riguardo prospettabili è testimoniata da questo passo tratto dalla sent. n. 202 del 2013, nel quale il giudice delle leggi si fa cura di elencare uno ad uno i fattori di cui occorre tenere conto al fine di ponderare adeguatamente i beni della vita in gioco: “la natura e la gravità del reato commesso dal ricorrente; la durata del soggiorno dell'interessato; il lasso di tempo trascorso dalla commissione del reato e la condotta del ricorrente durante tale periodo; la nazionalità delle diverse persone interessate; la situazione familiare del ricorrente, e segnatamente, all'occorrenza, la durata del suo matrimonio ed altri fattori che testimonino l'effettività di una vita familiare in seno alla coppia; la circostanza che il coniuge fosse a conoscenza del reato all'epoca della creazione della relazione familiare; il fatto che dal matrimonio siano nati dei figli e la loro età; le difficoltà che il coniuge o i figli rischiano di trovarsi ad affrontare in

³³ V., part., ordd. n. 368 del 2006 e 335 del 2007. Nutrita la produzione dottrinale in cui si rende testimonianza del crescente rilievo dato alla sicurezza in sede di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti (riferimenti, da ultimo e per tutti, nei contributi che sono in www.democraziaesicurezza.it, 1/2017, e *ivi*, part., L. Lorello, *Il dilemma sicurezza vs. libertà al tempo del terrorismo internazionale*, 22 aprile 2017).

³⁴ Ord. n. 361 del 2007.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

caso di espulsione; l'interesse e il benessere dei figli; la solidità dei legami sociali, culturali e familiari con il paese ospite³⁵.

È poi nota la sofferta vicenda che ha visto finalmente la Consulta riequilibrare la condizione del figlio rispetto a quella della madre, con specifico riguardo al caso che il primo reclamò protezione per il suo diritto a conoscere le proprie origini biologiche. Un esito, quello raggiunto da Corte cost. n. 278 del 2013, fortemente condizionato – come si sa – dall'orientamento manifestato dalla Corte EDU in *Godell*³⁶; ed un riequilibrio – qui è il punto – che non rimane nondimeno stabilito una volta per tutte, la sua salvaguardia restando piuttosto demandata al giudice nei singoli casi, all'interno della cornice descritta a mezzo dell'additiva di principio contenuta nella pronuncia della Consulta sopra richiamata. Dovrà dunque essere il giudice di volta in volta ad individuare il percorso idoneo a bilanciare con profitto gli interessi in gioco e, preliminarmente, a verificare se perdura l'interesse all'anonimato della madre, non potendosi ovviamente escludere in partenza che entrambi i soggetti in campo possano nutrire il medesimo desiderio alla reciproca conoscenza.

Si spiega in questa luce una recente decisione della Cassazione³⁷ che ha giudicato essere prevalente l'interesse alla conoscenza del figlio

³⁵ Punto 5 del *cons. in dir.*, dov'è un esplicito richiamo a Corte EDU, 7 aprile 2009, ric. n. 1860/07, *Cherif ed altri c. Italia*. In argomento, può inoltre vedersi Corte EDU, Grande Camera, 28 febbraio 2008, ric. n. 37201/06, *Saadi c. Italia*, e 24 febbraio 2009, n. 246/07, *Ben Khemais c. Italia*. Un caso che ha fatto molto discutere, in cui la Corte europea ha dato la prevalenza all'interesse alla sicurezza rispetto a quello familiare è *Öcalan c. Turchia (n° 2)*, 18 marzo 2014, ricc. nn. 24069/03, 197/04, 6201/06, 10464/07.

Dal suo canto, la giurisprudenza eurounitaria, rifacendosi a *Zambrano*, ha, ancora da ultimo [nel caso *Chavez-Vilchez* e altri (C-133/15)], insistito sul bisogno di salvaguardare il preminente interesse del minore nelle questioni relative al diritto di soggiorno del genitore extracomunitario, facendo ricadere sul giudice nazionale l'onere di tener conto di plurimi fattori, tra i quali "l'età del bambino, il suo sviluppo fisico, la natura dei suoi legami emotivi con entrambe i genitori, nonché i rischi che la separazione da questi potrebbe comportare per l'equilibrio generale del soggetto" (riassume il caso C. Di Maio, *Da chi "dipende" l'interesse del minore? La CGUE definisce (ancora) la portata della "clausola Zambrano"*, in www.diritticomparati.it, 8 giugno 2017).

³⁶ Riferimenti in L. Cassetti, S. Vannuccini, *La ricerca delle proprie origini e il diritto all'identità personale*, in Aa.Vv., *CEDU e ordinamento italiano*, cit., p. 625 ss.

³⁷ Cass., I sez. civ., sent. n. 15024 del 2016.

Antonio Ruggeri
*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

nei riguardi di quello della madre, nel caso che quest'ultima fosse nel frattempo defunta.

Non indugio ora sulla vicenda, dopo averne detto altrove, la cui conclusione comunque non mi soddisfa o, per dir meglio, non considero generalizzabile, dal momento che i casi – come si viene dicendo – non sono affatto tutti eguali tra di loro. Ad es., non è la stessa cosa che la madre si sia, o no, formata una nuova famiglia, i cui componenti, specie se tra di essi vi sono figli minori e tanto più se ignari del passato della donna, potrebbero subire un grave pregiudizio dal velo squarciato su di esso.

Si spiega in questa luce la tendenza della Consulta a rifuggire, opportunamente, dagli automatismi legislativi, fatti oggetto di operazioni correttive, a finalità di temperamento, per effetto delle quali i giudici vengono ad essere sollecitati ad impegnarsi nella ricerca della soluzione maggiormente adeguata alle esigenze dei singoli casi³⁸.

Così, ad es., è stata sanzionata la perdita automatica della potestà genitoriale senza che sia valutato in concreto l'interesse preminente del minore³⁹. Da ultimo, la Consulta ha rilevato la mancata previsione nell'art. 47-*quinquies*, c. 1-*bis*, l. n. 354 del 1975, della possibilità che la madre, condannata per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* della stessa legge, espia la pena senza essere distaccata dalla prole⁴⁰. Si è inoltre stabilito che il divieto della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva a carico dei condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* della legge n. 354 del 1975 e per gli altri reati espressamente indicati ponga “nei confronti dei minori un rigido automatismo, fondato su una presunzione di pericolosità legata al titolo del reato commesso, che

³⁸ Una sensibile dottrina ha di recente messo in luce come, grazie alle operazioni in parola, si renda possibile un riequilibrio di ordine istituzionale, segnatamente al piano dei rapporti tra legislatore e giudici (v., dunque, A. Pugiotto, *Conflitti mascherati da quaestiones: a proposito di automatismi legislativi*, intervento alla tavola rotonda su *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, svoltasi il 15 dicembre 2016 a Pisa in ricordo di A. Pizzorusso ad un anno dalla scomparsa, in *paper*).

³⁹ V. Corte cost. n. 31 del 2012, di annullamento dell'art. 569 c.p. Una speciale menzione merita il caso di perdita della (ex potestà, ora) responsabilità genitoriale conseguente all'educazione malavitosa impartita ai minori (v., a commento di alcuni provvedimenti del Tribunale di Reggio Calabria, lo scritto dietro richiamato di G. Vannoni).

⁴⁰ Sent. n. 76 del 2017, ed *ivi* richiamo della sent. n. 239 del 2014.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

esclude la valutazione del caso concreto, al punto da impedire, come è avvenuto nei giudizi a quibus (in cui era stato spontaneamente intrapreso un percorso di recupero sociale), la realizzazione della specifica funzione rieducativa perseguita con le misure alternative alla detenzione, alle quali la sospensione è funzionale”⁴¹.

Si sono avute, nondimeno, vicende che hanno fatto molto discutere ed altre sono tuttora in corso, i cui esiti appaiono al presente imprevedibili.

Faccio, come di consueto, unicamente alcuni esempi da cui con particolare evidenza risulta lo *stress* al quale può trovarsi sottoposto l'interesse del minore.

Particolarmente sofferto e francamente sconcertante è stato il caso recente⁴² che ha visto la figlia naturale di genitori in tarda età dichiarata adottabile a seguito di una denuncia per abbandono di minore, rivelatasi poi infondata. Essendo tuttavia nel frattempo trascorsi alcuni anni, il giudice ha disposto che la minore non fosse sottratta al nuovo nucleo familiare in cui nel frattempo era stata inserita per affido. Una vicenda emblematica del carattere “tirannico” – com'è stato detto proprio con riguardo a tale vicenda⁴³ – che può esibire in talune congiunture l'interesse del minore, fino a determinare la produzione di effetti paradossali, la cui esistenza dà, una volta di più, conferma della bontà dell'antico adagio *summum ius summa iniuria*. Si tratta allora di studiare le misure più adeguate allo scopo di prevenire il formarsi di situazioni altrimenti irreversibili ovvero reversibili solo in modo lacerante e con un costo per l'insieme dei beni o interessi costituzionali comunque insopportabile⁴⁴.

⁴¹ Sent. n. 90 del 2017.

⁴² ... di cui riferiscono A. Ruggeri, C. Salazar, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: *riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*, in Consulta OnLine, 1/2017, 27 marzo 2017, p. 146; R. Conti, *Il giudice e il biodiritto*, in *Trattato di diritto e bioetica*, cit., § 8 e), e, ora, S. Agosta, *L'attuale divergenza tra diritto vivente e diritto vigente sulla maternità surrogata (ed i possibili modi di comporla in un'ottica costituzionalmente orientata)*, relaz. al Convegno su *Nuove tecnologie e diritti umani: profili di diritto internazionale e di diritto interno*, Messina 26-27 maggio 2017, in *paper*.

⁴³ ... in entrambi gli scritti da ultimo cit., ma da diverso angolo visuale e con esiti ricostruttivi parimenti diversi.

⁴⁴ Cruciale e talora decisivo rilievo acquista al riguardo il tempo entro cui matura l'accertamento processuale, il suo eccessivo, irragionevole, protrarsi essendo

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

Similmente, con riferimento ad alcune esperienze di maternità surrogata, accompagnata da alterazione di *status*, laddove si è da molti ritenuto che il *favor minoris* debba comunque prevalere sul *favor veritatis*⁴⁵. Una soluzione, questa, che – stante il divieto al riguardo ancora oggi esistente – potrebbe imporsi proprio al fine di risparmiare al minore concepito all'estero le indicibili sofferenze cui andrebbe soggetto se separato – specie a distanza di anni – dalla famiglia che lo accudisce. La qual cosa consiglia di temperare, ancora una volta, la disciplina oggi vigente, dando modo di far ricorso alle pratiche di surrogazione in parola e circoscrivendone tuttavia le manifestazioni entro la cerchia familiare, al fine di parare il rischio, altrimenti incombente, della mercificazione del corpo della donna che porta avanti la gravidanza, con conseguente mortificazione della sua dignità, malgrado il consenso dalla stessa prestato all'adozione delle pratiche stesse⁴⁶. Fintantoché, però, il divieto non venga rimosso – se non dal

di per sé causa di un *vulnus* costituzionale talora irreparabile. Se n'è avuta, peraltro, ancora di recente conferma anche dalla giurisprudenza europea nel caso *Improta*, cui si è poc'anzi fatto cenno: il tempo può, dunque, esser causa di lesione sia della Costituzione che della Convenzione.

⁴⁵ Riferimenti di dottrina di vario segno, ora, in B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria della gravidanza*, Milano, 2017, p. 136 ss., cui *adde*, oltre agli scritti di A. Ruggeri, C. Salazar e S. Agosta, sopra cit., G. Luccioli, *Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici*. La maternità surrogata, in *Consulta OnLine*, 2/2017, 1 giugno 2017, p. 325 ss. Segnalo che è ad oggi pendente una questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'Appello di Milano, avente ad oggetto l'art. 263 c.c. È poi nota, in materia, la pronunzia della Corte EDU, Grande Camera, *Paradiso e Campanelli c. Italia* del 24 gennaio 2017, rispettosa del divieto di surrogazione di maternità stabilito dalla legge italiana (sugli orientamenti della giurisprudenza europea, v., ora, A. Martone, *La maternità surrogata: ordine pubblico e best interest of the child*, in Aa.Vv., *CEDU e ordinamento italiano*, cit., p. 717 ss., e M. Gervasi, *Vita familiare e maternità surrogata nella sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani sul caso Paradiso et Campanelli*, in www.osservatoriocostituzionale.it, 1/2017, 18 aprile 2017).

⁴⁶ ... consenso, ad ogni buon conto, pur sempre revocabile (maggiori ragguagli su come dovrebbe essere rivista la disciplina della materia nello scritto, sopra cit., di A. Ruggeri, C. Salazar; cfr., in argomento, S. Agosta, *L'attuale divergenza tra diritto vivente e diritto vigente sulla maternità surrogata*, cit.; risolutamente contraria anche ad una pur circoscritta apertura a favore della pratica

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

legislatore, dalla Consulta con additiva di principio –, in presenza di un'acclarata alterazione di *status*, non potrà che essere, come sempre, il giudice, apprezzate le circostanze (e, specificamente, valutata la durata della permanenza del minore in seno alla famiglia e i vincoli affettivi in essa costituitisi), a stabilire se, al fine di dare appagamento nel migliore dei modi al suo interesse, convenga o no che il minore sia sottratto alla famiglia stessa.

Questo ragionamento non dovrebbe, perlomeno di norma, valere con riguardo ai casi, ormai non sporadici, di trascrizione in Italia degli atti di nascita formati all'estero da cui risulta che il minore è figlio di una coppia composta da persone dello stesso sesso⁴⁷, dal momento che il più delle volte la richiesta di trascrizione ha luogo a ridosso della nascita stessa e – come si è veduto – va comunque tenuto conto della durata temporale della permanenza del minore presso coloro che se ne prendono cura, così come del consolidamento o meno di legami affettivi con gli stessi.

Diversi sono, ovviamente, i casi, sempre più numerosi, di affidamento di minori a coppie omosessuali, tanto più giustificati laddove a siffatta soluzione si faccia luogo con riguardo a minori che abbiano perduto i genitori o non possano comunque essere da questi accuditi e si dimostri essere conveniente affidarli a familiari di orientamento omosessuale con cui abbiano rapporti solidi e particolarmente gratificanti.

4. *L'eguaglianza come work in progress e la conferma, venuta dalla recente vicenda del cognome della madre aggiunto a quello del*

in parola, invece, G. Luccioli, nello scritto per ultimo cit., e L. D'Avack, *Maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, in *Dir. fam. pers.*, 1/2017, p. 139 ss.).

⁴⁷ Tra le altre pronunzie, v. Cass., I sez. civ., sent. n. 19599 del 2016; Corte d'Appello di Trento, 23 febbraio 2017; Trib. Minorenni di Firenze, 8 marzo 2017. In dottrina, in aggiunta agli scritti di R. Conti, *Il giudice e il biodiritto*, in *Trattato di diritto e bioetica*, cit., § 10 ff, e B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., p. 144 ss., v. G. Luccioli, *Il caso del figlio nato da due madri. L'interesse del minore e il limite dell'ordine pubblico*, in www.giudicedonna.it, 4/2016; A. Schillaci, *"Una vera e propria famiglia": da Firenze un nuovo passo avanti per il riconoscimento dell'omogenitorialità*, in www.articolo29.it, 13 marzo 2017, e M.M. Winkler, *Riconoscimento di sentenza di adozione straniera e nozione "perimetrata" di ordine pubblico internazionale: le due decisioni del Tribunale per i minorenni di Firenze*, in www.diritticomparati.it, 23 marzo 2017.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

padre, del fatto che l'ottimale appagamento degli interessi in campo richiede comunque lo sforzo congiunto del legislatore e dei giudici

Si danno, ovviamente, non poche circostanze in cui la soluzione ottimale, seppur vagheggiata dal giudice, non può essere da quest'ultimo a pieno raggiunta, con le sole risorse di cui dispone e nei limiti entro i quali l'esercizio della sua funzione è comunque obbligato a stare.

Si consideri, ad es., il noto caso dell'aggiunta del cognome della madre alla prole, di cui alla sent. n. 286 del 2016⁴⁸. La giustificazione addotta dal giudice costituzionale a sostegno della decisione fa, sì, leva sul principio di eguaglianza tra i coniugi⁴⁹ ma fa altresì riferimento al bisogno di salvaguardare l'identità personale della prole. Il passo avanti fatto rispetto alla situazione preesistente è di sicuro notevole e particolarmente apprezzabile, come hanno fatto notare i molti commenti venuti alla luce a seguito della decisione. La Corte tuttavia si trova costretta a riconoscere che la soluzione da essa somministrata non è pienamente appagante in ogni caso: ad es., non lo è, laddove vi sia contrasto tra i coniugi, nel qual caso perdura la disciplina vigente (che poi, non è inopportuno ancora una volta rilevare, in realtà non

⁴⁸ Il caso è diverso da quello risolto dalla Corte EDU in *Cusan e Fazzo c. Italia*, laddove si faceva questione della possibilità di scegliere l'un cognome in alternativa all'altro. Non v'è dubbio, tuttavia, che la pronuncia della Corte europea abbia lasciato il segno sulla decisione della Consulta, che vi ha fatto esplicito richiamo [indicazioni sulla giurisprudenza europea in materia in E. Malfatti, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la "cornice" (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in www.forumcostituzionale.it, 5 gennaio 2017; G. Pignataro, *Il cognome materno*, in Aa. Vv., *CEDU e ordinamento italiano*, cit., p. 657 ss. e, ora, C. Ingenito, *L'epilogo dell'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio (Nota a Corte costituzionale n. 286/2016)*, in www.osservatoriocostituzionale.it, 2/2017, 31 maggio 2017; con riferimento, poi, alla giurisprudenza sulla CEDAW, v., ora, A. Fabbricotti, *La rilevanza della Convenzione delle Nazioni Unite contro la discriminazione verso le donne (CEDAW) nella giurisprudenza degli Stati contraenti. Un commento a margine della recente pronuncia della Consulta in tema di trasmissione del cognome ai figli*, in www.rivistaaic.it, 2/2017, 17 maggio 2017]. Sul diritto al nome, v., infine, G. Viggiani, *Nomen omen. Il diritto al nome tra Stato e persona in Italia*, Milano, 2016.

⁴⁹ Notazioni critiche sul punto in S. Scagliarini, *Dubbie certezze e sicure incertezze in tema di cognome dei figli*, in www.rivistaaic.it, 2/2017, 19 maggio 2017.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

c'è, non dandosi alcuna previsione legislativa che espressamente assegni ai figli il cognome del padre). Una disciplina che, nondimeno, dovrà essere fatta oggetto di adeguata modifica, volta a ripristinare appieno l'equilibrio complessivo delle posizioni in campo e, con esso, salvaguardata a modo l'unità della famiglia⁵⁰.

La vicenda del cognome dei figli, al pari di molte altre sopra richiamate, è particolarmente istruttiva sotto più aspetti; per ciò che qui maggiormente preme rilevare, una volta di più avvalorata l'idea secondo cui non può, ad ogni buon conto, farsi a meno dell'intervento del legislatore al fine di aversi un congruo appagamento degli interessi in gioco: è solo, infatti, entro la cornice segnata da una disciplina legislativa essenziale, *per principia*, che possono stabilirsi gli assetti familiari di volta in volta maggiormente adeguati ai casi, in obbedienza del "metaprincipio" della miglior tutela di tutti i principi (e degli interessi che agli stessi fanno capo) in gioco; ciò che, a conti fatti, può aversi unicamente per mano dei giudici. Laddove, di contro, faccia difetto la disciplina legislativa – come ad oggi si ha in molti campi materiali e con riguardo a molti diritti, specie "nuovi" o "nuovissimi" – il giudice resterebbe privo del necessario orientamento nelle sue operazioni di ponderazione assiologica, lasciato solo con se stesso ed

⁵⁰ Come si è tuttavia fatto notare in altra sede (v., volendo, il mio *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 2/2017, 18 maggio 2017, § 3), non è facile immaginare quale possa essere una soluzione alternativa a quella oggi vigente che contemperi in modo equilibrato le aspettative dei componenti la coppia. E, poiché non appare conveniente affidarsi a meccanismi casuali, quale il sorteggio, o ad altre soluzioni, comunque per l'uno o per l'altro verso improponibili (chiaramente bizzarra l'idea che il minore abbia a periodi alterni ora solo l'uno ed ora l'altro cognome ed ora ancora entrambi...), il rimedio migliore potrebbe essere quello di prevenire l'insorgere del problema, sollecitando coloro che si accingono a contrarre matrimonio a risolvere previamente la questione ed a dichiarare esplicitamente la loro preferenza, esattamente così come si fa col regime dei beni (favorevole ad una opzione fatta prima della celebrazione del matrimonio anche G. Ballarani, *Audizione presso la Commissione Giustizia del Senato*, 21 febbraio 2017). In alternativa a questa soluzione, che nondimeno presenta il vantaggio di dare rilievo alla volontà dei coniugi, rendendo flessibile il sistema di assegnazione del cognome, non rimane – a quanto pare – che la soluzione "secca" del doppio cognome, quale si ha – com'è noto – presso altri ordinamenti (l'ha, tra gli altri, caldeggiata già prima della pronuncia della Consulta M. Trimarchi, *Diritto all'identità e cognome della famiglia*, in www.juscivile.it, 1/2013, p. 34 ss.).

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

obbligato a portare sulle sue spalle un fardello enorme, gravato cioè di responsabilità (moralì prima ancora che giuridiche) alle quali non è, con ogni probabilità, in grado di far fronte. Non a caso, d'altronde, nei campi non coltivati dalla mano del legislatore, il giudice si è trovato molte volte (ad es., in occasione della vicenda Englaro) costretto a fare applicazione diretta dei principi costituzionali⁵¹, muovendosi tuttavia su un terreno scivoloso e gravido di rischi per plurimi beni costituzionali, a partire da quello della certezza del diritto, la quale poi naturalmente ridonda e si converte in certezza dei diritti costituzionali, con la conseguenza che l'incisione della prima si trasmetterebbe immediatamente a carico della seconda⁵².

L'intervento del legislatore giova, peraltro, non soltanto alla ricerca di un accettabile assetto degli interessi in gioco ma anche al fine del riequilibrio istituzionale, specificamente per ciò che attiene alla posizione del legislatore stesso e di quella dei giudici: un terreno, questo, sul quale, a motivo delle complessive carenze della normazione, si riscontrano perduranti e gravi alterazioni del modello costituzionale. La "supplenza" – come si è soliti chiamarla – cui i giudici sono frequentemente chiamati non giova all'ordinato, lineare esercizio della giurisdizione: è insomma – come è stato detto, sia pure in altro contesto, da un Presidente della Corte⁵³ – "non richiesta e non gradita". Ma l'intervento del legislatore ha da essere comunque

⁵¹ In tema, dalla prospettiva del diritto civile ma con interessanti svolgimenti teorici anche per gli studi di diritto costituzionale, di recente, G. D'Amico, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in Aa.Vv., *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura dello stesso D'Amico., Milano, 2017, p. 49 ss.

⁵² Che la certezza del diritto abbia teorico e pratico senso unicamente in quanto si traduca e interamente risolva nel vivo dell'esperienza in certezza dei diritti si è tentato di argomentare altrove (ad es., nel mio *Il giudicato all'impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011, oltretutto quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in www.rivistaaic.it, 2/2011, 28 giugno 2011, e in altri scritti).

⁵³ G. Zagrebelsky, nella Conferenza stampa dell'aprile 2004, in relazione alla gestione della transizione dal vecchio al nuovo Titolo V, che avrebbe richiesto norme di attuazione la cui produzione non avrebbe potuto aversi ad opera della Corte.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

misurato, rispondente a ragionevolezza⁵⁴: spingendosi, infatti, troppo oltre, in innaturali dettagli, il legislatore farebbe luogo ad un irrigidimento di disciplina fatalmente obbligato a recedere o sotto i colpi della scure della Consulta, mirati a rendere flessibile un dettato positivo composto da prescrizioni eccessivamente minute, o – ciò che è peggio – per effetto di interpretazioni dei giudici comuni connotate da un tasso assai elevato e francamente insopportabile di creatività, dunque ad opera di pronunzie sostanzialmente manipolative.

Il legislatore, nondimeno, non può portarsi oltre la delimitazione dell'area entro cui i giudici (*tutti* i giudici, costituzionali e non) possono volgersi alla ricerca della soluzione di volta in volta considerata la più appagante, vale a dire quella maggiormente idonea a far pagare il minor costo ai beni della vita costituzionalmente protetti nel loro fare “sistema”. Allo stesso tempo, spetta pur sempre alla legge, a mezzo delle sue previsioni di principio, dare un orientamento ai giudici, sì da agevolare la ricerca in parola, nondimeno assai di frequente particolarmente disagevole e non poco sofferta, specie laddove gli interessi in campo e reciprocamente confliggenti si presentino tutti meritevoli in pari misura di attenzione e la soluzione, dunque, per l'uno o per l'altro verso, comporti un costo per la Costituzione, nel suo fare “sistema” in ragione delle peculiari esigenze del caso.

⁵⁴ Frequente è in dottrina la sollecitazione per l'adozione di discipline legislative “miti” o “leggere” [tra gli altri, con specifico riferimento alle esperienze d'inizio-vita, P. Veronesi, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2004, p. 524; S. Agosta, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Milano, 2012, spec. p. 38 ss., ma *passim*; A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in www.rivistaaic.it, 3/2015, 24 luglio 2015, spec. al § 5; C. Casonato, in molti scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confronticostituzionali.eu, 17 giugno 2014; R. Conti, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 3/2015, p. 168. Infine, se si vuole, anche il mio *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in www.federalismi.it, 10/2016, 11 maggio 2016, spec. al § 2.4].

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

5. I casi tragici, davanti ai quali il diritto rivela tutti i suoi limiti, i conflitti di volontà che, in questi come in altri casi, possono aversi, la ricerca delle soluzioni di volta in volta maggiormente adeguate ad appagare l'effettivo e preminente interesse del minore, nonché a salvaguardare l'unità della famiglia

Il punto cruciale delle non poche questioni che la pratica a getto continuo (e spesso in forme nuove) propone riguarda – come si è veduto – l'identificazione del preminente interesse del minore e dell'interesse unitario della famiglia (e delle stesse formazioni “parafamiliari”).

La vicenda, dietro richiamata, del minore sottratto ai genitori naturali, ingiustamente accusati di averlo abbandonato, e non più riportato nella famiglia di origine, al pari di altre vicende dietro succintamente descritte, dimostra quanto possa essere arduo e sofferto il riconoscimento sia dell'uno che dell'altro interesse, specie laddove si consolidino situazioni (e correlativi vincoli affettivi) problematicamente rimuovibili.

Le maggiori incertezze, nondimeno, si pongono in relazione ai casi, ad oggi molto discussi, che vedono coinvolti i minori affetti da gravi malattie invalidanti; e ci si deve allora chiedere chi abbia titolo, se il minore stesso (sempre che ne abbia le capacità) o chi ne porta la responsabilità genitoriale, di decidere circa la gestione delle malattie stesse, fino al punto di stabilire se porre, o no, fine ai trattamenti sanitari in corso.

Si noti, in primo luogo, come le esperienze di fine-vita non possano considerarsi fino in fondo speculari a quelle d'inizio-vita⁵⁵. Il minore non ha scelto di venire alla luce; secondo certa giurisprudenza, avrebbe potuto decidere di non nascere ovvero di nascere unicamente se sano⁵⁶, così come non ha scelto il sesso toccatogli in sorte⁵⁷.

⁵⁵ Un esame congiunto di tutte tali esperienze, accompagnato da un'accurata descrizione sia dei punti di contatto che di quelli di diversificazione, è in S. Agosta, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, cit., e II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Milano, 2012, del quale v., ora, anche *sub art. 2*, in Aa.Vv., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 36 ss.

⁵⁶ Riferimenti in G. Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit., p. 137 ss., e, ora, in B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., p. 583 ss.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

In realtà, come si è fatto notare altrove⁵⁷, ogni diritto presuppone la vita: immaginare l'esistenza di un diritto alla non vita o anche alla non salute⁵⁹ costituisce, perciò, un autentico ossimoro teorico-costituzionale; altra cosa, ovviamente, è che si possano (e debbano) risarcire i danni patiti dai genitori e, segnatamente, dalla madre, che, correttamente informata per tempo dai sanitari, avrebbe potuto optare per l'interruzione della gravidanza.

Torna quindi, inquietante, la domanda: può decidere il minore di porre termine alle cure cui è sottoposto? Può dirsi, cioè, rientrando tra i suoi progetti di vita anche quello di porre fine alla vita stessa? E ancora: in cosa si differenzia il caso ora trattato da quello stesso riguardante persone maggiorenni?

La più avvertita dottrina⁶⁰ ha, con opportuni rilievi, mostrato come possano – una volta di più – darsi casi molto diversi tra di loro, ciascuno dei quali pertanto meritevole di un differenziato trattamento, sì da non potersi fare a meno, in ultima istanza, della prudente e responsabile valutazione del giudice, investito di una scelta comunque estremamente impegnativa e lacerante.

In un quadro siffatto, è altresì da mettere in conto l'eventualità che, ove il minore sia, per età e condizioni di salute, in grado di essere ascoltato, la sua volontà possa nondimeno trovarsi a dover recedere davanti a quella contraria dei genitori e/o dei medici, e viceversa. Mentre, infatti, con riguardo agli adulti si tratta solo di stabilire se e

⁵⁷ Delle delicate questioni che si pongono in relazione alle scelte di mutamento di sesso dei minori tratta lo scritto sopra cit. di G. Matucci, spec. p. 258 ss.

⁵⁸ ... nel mio *Dignità versus vita?*, in www.rivistaaic.it, 1/2011, 29 marzo 2011.

⁵⁹ Trovo singolare che molti autori riconducano il diritto all'autodeterminazione, pur laddove le scelte in cui esso si concreti si dimostrino palesemente avverse alla salvaguardia della salute e della stessa vita, all'art. 32 della Carta, laddove – non si dimentichi – la salute è qualificata, a un tempo ed inscindibilmente, “fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività” (notazioni fortemente critiche nei riguardi di quest'indirizzo teorico sono in G. Razzano, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014; si è, da ultimo, tornati a discutere sulla vessata questione in occasione del Convegno su *Nuove tecnologie e diritti umani*, cit.).

⁶⁰ V., part., R. Conti, *Il giudice e il biodiritto*, in *Trattato di diritto e bioetica*, cit., § 11, ed *ivi* altri riferimenti.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

quale peso assegnare all'autodeterminazione del soggetto, sempre che abbia modo di manifestarsi⁶¹, qui la questione si fa tremendamente più complessa, la volontà del minore potendosi trovare in conflitto con quella dei genitori, come pure essere reciprocamente incompatibili quelle di ciascuno di essi.

Una volta di più, il *best interest of the child* è la stella polare che guida il giudice nella ricerca della soluzione idonea a comportare il minore costo per l'insieme delle aspettative in campo. In questo sofferto percorso, un ruolo di centrale rilievo è da riconoscere – qui come altrove – agli esperti, cui compete fornire le necessarie informazioni circa lo stato della malattia, la sua prevedibile evoluzione, il sussidio che potrebbe venire dal progresso scientifico⁶².

⁶¹ Il rilievo della volontà dell'interessato appare comunque essere non sempre determinante, secondo quanto è ora confermato dal progetto di legge Brignone ed altri (Cam., n. 3599), approvato in prima lettura dalla Camera il 20 aprile 2017, laddove è scritto che “il medico è tenuto al rispetto delle DAT le quali possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di assicurare possibilità di miglioramento delle condizioni di vita”.

⁶² Sui controversi rapporti tra scienza, etica e diritto, tra i molti altri, v. A. Spadaro, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in Aa.Vv., *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Torino, 2005, p. 575 ss.; S. Pajno, *Giudizi morali e pluralismo dell'interpretazione costituzionale. Un percorso tra Hart e Dworkin*, Torino, 2013; O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, p. 481 ss.; A. Morelli, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2014, spec. p. 155 ss.; E. Castorina, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 4/2015, 30 ottobre 2015; A. Santosuosso, G. Pinotti, *Il diritto delle corti, la scienza e la tecnica: una tassonomia*, in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 1/2017, p. 53 ss.; G. Sorrenti, *Note minime sul rapporto tra ius, ethos e scientia*, in www.osservatoriocostituzionale.it, 2/2017, 8 maggio 2017. Con specifico riguardo al ruolo, di centrale e crescente rilievo, di tecnici e scienziati, tra gli altri, G. Silvestri, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. pubbl.*, 2/2004, p. 411 ss.; S. Agosta, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all'epoca della rivoluzione biologica*, in www.rivistaaic.it, 1/2014, 24 gennaio 2014, spec. al § 2; S. Penasa, *Giudice “Ercole” o giudice “Sisifo”? Gli effetti del dato scientifico sull'esercizio della funzione giurisdizionale in casi scientificamente connotati*, in www.forumcostituzionale.it, 17 dicembre 2015; Aa.Vv., *La medicina nei tribunali*, a cura di L. Chieffi, Bari 2016; L. Chieffi, *Scientific questions nel diritto giurisprudenziale*, in www.federalismi.it, 7/2017, 5

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

Quest'ultimo aspetto, in particolare, merita una speciale attenzione, il principio di precauzione imponendo di non spegnere una vita umana laddove dovesse darsi una pur fievole speranza di possibile ripresa.

Non è possibile qui intrattenersi oltre sul punto. La questione appena accennata, nondimeno, ulteriormente avvalora quanto si è dietro venuti dicendo, vale a dire che, in seno alla famiglia, le posizioni detenute dai soggetti che la compongono vengono a mutare di continuo, portando all'affermazione ora dell'una ed ora dell'altra volontà e, talora, persino alla non affermazione di alcuna di esse.

In un contesto siffatto, non ha senso alcuno evocare in campo il principio di eguaglianza, interrogandosi in particolare se (e in che misura) possa dirsi "eguale" la condizione dei figli a quella dei genitori ovvero quella di questi ultimi *inter se*. Un problema, questo, che si ripropone anche in situazioni non drammatiche, laddove si tratti cioè di assumere decisioni riguardanti i minori in ambito scolastico o di lavoro o in qualsiasi altro campo di esperienza sociale. Fermo restando infatti il principio secondo cui l'educazione della prole richiede di essere orientata alla valorizzazione delle inclinazioni naturali della stessa, qualsivoglia decisione adottata in presenza di manifestazioni di volontà divergenti può, di tutta evidenza, dimostrarsi improduttiva di effetti in via di principio discriminatori laddove risulti assunta a seguito di un processo che veda comunque attivo partecipante alla decisione stessa il minore (o chi lo rappresenta) e risulti idonea a dare appagamento al suo effettivo e preminente interesse.

Concludendo. La tecnica del bilanciamento accompagna gli svolgimenti concreti della vita familiare, coi suoi esiti mirando a fissare di volta in volta il punto di sintesi maggiormente elevato, in ragione dei casi, tra le aspettative nutrite da ciascun componente il nucleo familiare (o "parafamiliare"), talvolta tuttavia discostandosi dalle stesse onde poter appagare al meglio l'interesse dei minori e, a un tempo, salvaguardare l'unità della formazione sociale cui essi

aprile 2017. Infine, quanto al peso della scienza, rispettivamente, nella giurisprudenza costituzionale e in quella eurounitaria, v., nell'ordine, A. Iannuzzi, *Istruttoria e valutazioni tecnico-scientifiche*, relaz. al Convegno del Gruppo di Pisa su *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Milano, 9-10 giugno 2017, in www.gruppodipisa.it, e F. Munari, *Il ruolo della scienza nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutela della salute e dell'ambiente*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2017, p. 129 ss.

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

appartengono. L'unità infatti – come si è tentato di mostrare – non è un dato, un *esse*, che rimane immoto e sempre uguale a se stesso; è, piuttosto, un *fieri*, la risultante di operazioni di ponderazione assiologica varie in ragione dei casi: è, perciò, un bene che si fa e rinnova di continuo, trasmettendosi nel tempo e così assicurando la trasmissione della formazione sociale alla quale fa capo, col fatto stesso del conseguimento di sintesi assiologiche pregevoli, per il cui tramite riceve soddisfazione l'interesse (unitario, appunto) della famiglia. Un interesse che, nondimeno, richiede di essere apprezzato nella sua oggettiva consistenza, per il modo con cui si rende visibile e mette a punto nei singoli casi, facendosi cogliere nella sua essenza in prospettiva assiologicamente orientata.

Abstract: Lo scritto rileva come il superamento del modello patriarcale di famiglia abbia avuto luogo in seno alla Costituente tra non rimosse ambiguità e complessive incertezze, testimoniate tanto dalla formula secondo cui l'eguaglianza, morale e giuridica, dei coniugi può andare soggetta al limite dell'unità della famiglia (formula – si fa notare – frutto di una svista involontaria) quanto dalla formula che riconosce ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela “compatibile” coi diritti della famiglia legittima (espressione fatta oggetto di una *interpretatio abrogans*).

Con riferimento alla nozione costituzionale di “famiglia” ci si sofferma sui tentativi variamente fatti al fine di renderla maggiormente “inclusiva”, sì da potersi riferire altresì alle coppie composte da persone dello stesso sesso; obiettivo questo – si rileva – che può essere centrato unicamente dopo che sia venuta a formazione una *consuetudine culturale* diffusa in seno al corpo sociale e favorevole a siffatta estensione.

Si passano quindi in rassegna alcuni casi, di cui si è avuto riscontro sia presso la giurisprudenza nazionale che quella europea, nei quali è fatta applicazione del principio del preminente interesse del minore, mostrando la varietà delle forme in cui lo stesso si presenta e si fa apprezzare, specie con riguardo ai c.d. casi tragici, concernenti le esperienze di fine-vita, laddove risulta assai impegnativo e sofferto l'accertamento dell'interesse stesso, il cui

Antonio Ruggeri

*Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi,
tutela del preminente interesse dei minori*

effettivo appagamento può alle volte comportare il sacrificio della volontà del minore ovvero dei suoi familiari.

Keywords: famiglia, unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, preminente interesse dei minori

Antonio Ruggeri, Professore Ordinario di Diritto Costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Messina, antonio.ruggeri@unime.it

Las competencias municipales “impropias” en la reforma del régimen local español* **

Ramón Múgica Alcorta

1. Punto de partida: la tipología de las competencias locales

Cuenta con una tradición consolidada en nuestro ordenamiento local la distinción entre competencias propias y delegadas. Esta clásica división se remonta a un Decreto de la Asamblea francesa de 14 de diciembre de 1789. En nuestro Derecho fue la Instrucción de 1813 la que la incorporó. La Instrucción enumeraba entre las competencias propias la policía de salubridad y comodidad; el auxilio del alcalde en cuanto a la seguridad de las personas y bienes de los vecinos y de la conservación del orden público; la administración e inversión de los caudales propios y arbitrios conforme a las leyes y reglamentos; el repartimiento y recaudación de las contribuciones; el cuidado de las escuelas de primeras letras y demás establecimientos de educación que se paguen con los fondos del común; el cuidado de los hospitales, hospicios, casas de expósitos y establecimientos de beneficencia; el cuidado de la construcción y reparación de los caminos, calzadas, puentes y cárceles, de los montes y plantíos del común y de las obras públicas de necesidad, utilidad y ornato; etc.

Aunque este binomio de competencias propias y competencias delegadas se ha mantenido desde entonces hasta nuestros días, sin embargo sólo a partir de la vigente Constitución cobra pleno sentido. Efectivamente, con anterioridad a ella las llamadas competencias propias se asemejaban mucho a las delegadas, por la sencilla y definitiva razón de que el Estado se erigía en Administración de tutela y conservaba intensas potestades de control y de intervención sobre su ejercicio. De este modo, se difuminaban las diferencias existentes entre una y otra clase de competencias.

* Il contributo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

** Este trabajo se enmarca en las líneas del investigación del Equipo “Las mutaciones del poder público y el Derecho transnacional” (IT997-15, reconocido por el Gobierno Vasco para el trienio 2013-2015) dirigido por el Profesor Luis Gordillo.

Ramón Múgica Alcorta
*Las competencias municipales “impropias”
en la reforma del régimen local español*

En la Ley de Bases del Régimen Local 7/1985, de 2 de abril (LBRL), que junto con el Texto Refundido de las Haciendas Locales es objeto de la reforma que ahora analizamos, operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), junto a las competencias propias y a las delegadas se identificaba un *tertium genus*, las “competencias impropias”. El fundamento legal inmediato que servía de apoyo a las competencias impropias se encontraba en el juego combinado de los artículos 25.1 y 28 de la LBRL. El 25.1 disponía, antes de la reforma de la LRSAL, que “el Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”. El 28 –suprimido tras la reforma– añadía: “los Municipios pueden realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones Públicas y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente”. De la amplitud operativa que se deducía de la expresión “promover toda clase de actividades” (art. 25.1) y del carácter no exhaustivo de la relación de áreas de presencia que enumeraba el artículo 28 se seguía una apertura de los Municipios a personarse o intervenir en los campos más variados, desbordando la relación de materias que como propias recogía el art. 25.2 y, además, sin perjuicio de poder ejercer otras competencias que les hubieren sido delegadas, a lo que habilitaba el artículo 27.

La LRSAL trata de adaptar la normativa básica reguladora de la Administración Local a los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera y eficiencia en el uso de los recursos públicos locales, y ello obliga a modificar ciertos aspectos de la organización y funcionamiento de las Entidades Locales y a mejorar su control económico-financiero. A tal efecto, el primero de los objetivos que se propone consiste en clarificar las competencias municipales, evitando su solapamiento con las de otras Administraciones en base a la idea de que a cada Administración debe corresponder una competencia (lo que se expresa en el lema “una Administración, una competencia”). Con ello, según manifiesta su Preámbulo, se pretende superar la situación de disfuncionalidad generada por el modelo competencial diseñado por la LBRL, poner fin a la duplicidad en la prestación de servicios y eliminar las

llamadas competencias “impropias”, entendiéndolas como aquellas que los Ayuntamientos ejercen sin un título específico que las reconozca.

La reforma, con el propósito de clarificar las competencias locales, parte de la clasificación conocida:

- competencias propias, que se ejercen en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad de la entidad local, habiendo de ser reconocidas a partir de ahora únicamente por ley (reserva formal de ley);
- competencias delegadas por el Estado o las Comunidades Autónomas, que se ejercen en los términos establecidos en la disposición o acuerdo de delegación; y
- régimen de las competencias impropias, lo que constituye propiamente el objeto del presente análisis.

A) Competencias propias

El alcance de las competencias propias queda establecido con carácter básico en el artículo 25 de la LBRL. La LRSAL restringe el ámbito de estas competencias, conclusión que se acredita si examinamos la diversidad de medidas que a tal efecto se adoptan: se elimina en el apartado 1 del artículo la expresión “toda clase” al aludir a las actividades y servicios que pueden promover los Ayuntamientos; además, en el listado de su apartado 2, en relación con las materias respecto de las cuales pueden asumir competencias los municipios, se suprimen algunas de ellas (la conservación de caminos y vías rurales, la defensa de los consumidores y usuarios, la programación de la enseñanza o la participación en la gestión de la atención primaria a la salud, etc.); y se modifican en sentido de contraerlas las expresiones empleadas para identificar los ámbitos a los que se extienden determinadas competencias (por ejemplo, en materia de urbanismo se habla de planeamiento y no de ordenación; en lugar de la “seguridad en lugares públicos”, se habla de “policía local”, etc.) y se dota de nuevo contenido a otras competencias (por ejemplo, en el ámbito de los servicios sociales se pasa de la genérica “prestación de servicios sociales y la promoción y reinserción social” a la “evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social”).

B) Competencias delegadas

Por lo que se refiere a las competencias delegadas, que se regulan en el artículo 27 LBRL, tras la reforma por LRSAL se pasa a exigir que la delegación sea acorde con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y que no se realice la delegación por un plazo inferior a cinco años, debiendo determinar, entre otros extremos que ya se encontraban recogidos en la LBRL de 1985, el control de eficiencia que se reserve la Administración delegante. Además, se enuncian, sin ánimo exhaustivo, las competencias estatales y autonómicas susceptibles de delegación.

C) Competencias impropias

A las competencias impropias se refiere el nuevo art. 7.4 de la LBRL. Se consideran competencias impropias, como ya se ha referido, aquellas que no son propias ni delegadas y se establece que sólo podrán ejercerse cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública.

Además, se suprime el artículo 28, en el que se reconocía a los Municipios, como ya ha quedado dicho, la posibilidad de realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones Públicas.

En consecuencia, los municipios podrán seguir desplegando su actividad en ámbitos distintos de los definidos en los artículos 25 y 27, si bien tal posibilidad se condiciona al cumplimiento de los requisitos previstos en el nuevo art. 7.4.

La definición del nuevo esquema examinado de determinación de las competencias locales es sin duda uno de los aspectos más significativos de la reforma, que pretende establecer un modelo competencial más claro y eficiente para evitar solapamientos y para lograr una prestación menos costosa e igualmente eficaz de los servicios en el ejercicio de las competencias que corresponden a los municipios.

En líneas generales, como ya dejamos anticipado, la reforma lleva a cabo una reducción del ámbito de las llamadas competencias propias (se suprimen, por ejemplo, las competencias en materia de sanidad, mientras que las relativas a servicios sociales quedan ceñidas a las actividades de evaluación e información que, en ciertos supuestos, podrán desarrollar los Municipios, y las que se reconocían hasta ahora en materia de educación se limitan a unas concretas funciones de participación y cooperación con las administraciones educativas).

Adicionalmente se exigen nuevos requisitos que deberán observarse en la delegación de competencias y se limita la posibilidad de desarrollar las denominadas competencias impropias a los supuestos en que se cumplen los requisitos previstos en el art. 7.4.

Aún más: se prevé en ciertos casos la traslación de la prestación de los servicios mínimos obligatorios a las Diputaciones provinciales, que asumirán el ejercicio de la competencia correspondiente, lo que supone un desapoderamiento ex lege de las competencias municipales en favor de la provincia y, por tanto, constituye también manifestación de la reducción apuntada¹.

¹ Efectivamente, el art. 26.2 LBRL dice ahora:

“En los municipios con población inferior a 20.000 habitantes será la Diputación provincial o entidad equivalente la que coordinará la prestación de los siguientes servicios:

- a) Recogida y tratamiento de residuos.
- b) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales.
- c) Limpieza viaria.
- d) Acceso a los núcleos de población.
- e) Pavimentación de vías urbanas.
- f) Alumbrado público.

“Para coordinar la citada prestación de servicios la Diputación propondrá, con la conformidad de los municipios afectados, al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la forma de prestación, consistente en la prestación directa por la Diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas. Para reducir los costes efectivos de los servicios el mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera.

“Cuando el municipio justifique ante la Diputación que puede prestar estos servicios con un coste efectivo menor que el derivado de la forma de gestión propuesta por la Diputación provincial o entidad equivalente, el municipio podrá asumir la prestación y coordinación de estos servicios si la Diputación lo considera acreditado.

Ramón Múgica Alcorta
*Las competencias municipales “impropias”
en la reforma del régimen local español*

El límite que en todo caso deben observar tanto el legislador estatal como autonómico a la hora de desarrollar el sistema de atribución de competencias a los municipios es el de la garantía institucional de la autonomía municipal, en el bien entendido que esta “no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de la institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en una simple cobertura”. Todo ello según la doctrina del Tribunal Constitucional.

En relación con cuanto acaba de referirse, cabe afirmar que las competencias propias están ligadas con la garantía institucional de la autonomía municipal (al fin y al cabo, la manifestación más evidente de la autonomía consiste en el reconocimiento o atribución de competencias), de forma que el legislador viene obligado a reconocer en favor de los municipios aquellas competencias que forman parte del núcleo esencial de dicha autonomía, sin perjuicio de que pueda calificar, adicionalmente, de competencias propias, otras que no sean referibles a ese núcleo intangible de la garantía institucional. Pero las que forman parte de dicho núcleo esencial no son disponibles para el legislador.

2. El ajuste económico en tiempos de crisis y el principio de estabilidad presupuestaria

La Memoria que acompañaba al Anteproyecto de la LRSAL analizaba los impactos que la reforma legal podía producir. En relación con el impacto presupuestario y económico, la Memoria explicaba que, atendiendo a las liquidaciones de los presupuestos generales consolidados de las entidades locales del año 2010 (el último respecto del que existía

“Cuando la Diputación o entidad equivalente asuma la prestación de estos servicios repercutirá a los municipios el coste efectivo del servicio en función de su uso. Si estos servicios estuvieran financiados por tasas y asume su prestación la Diputación o entidad equivalente, será a ésta a quien vaya destinada la tasa para la financiación de los servicios”.

información suficiente) el volumen total del gasto municipal se cifraba en 56.499,2 millones de euros, de los que 2.743,3 millones de euros correspondían a políticas de educación, 732,3 millones de euros a sanidad, y 462 millones de euros a actividades de promoción y gestión de viviendas. La exclusión de estas actividades del ámbito de competencias de los municipios supondría para ellos, según la Memoria, un ahorro de casi 3.700 millones de euros al año. Por otro lado, los servicios públicos básicos y obligatorios en materia de seguridad y movilidad ciudadana, vivienda y urbanismo, bienestar comunitario y medio ambiente suponían para el conjunto de los municipios el 40 por 100 de su gasto total. La Memoria estimaba también el ahorro que podría lograrse con el traslado de la prestación de estos servicios en determinados Municipios hacia las Diputaciones provinciales, Consejos y Cabildos insulares. Por lo que hace al impacto económico, la Memoria realizaba en primer lugar el cálculo del ahorro neto en el gasto obligatorio partiendo de la fijación de un coste estándar que pretendía ser el reflejo, en términos económicos, de una cantidad y calidad medias de los servicios obligatorios enumerados en el nuevo artículo 26 de la LBRL; calculaba también el ahorro en el gasto no obligatorio y el derivado de la supresión de mancomunidades y entidades locales menores, así como el ahorro que podía generar la aplicación del artículo 86 de la LBRL en la redacción dada por el Anteproyecto y la de los sistemas de evaluación previstos en sus disposiciones adicionales décima y undécima (del Anteproyecto, sobre servicios municipales y servicios prestados por las mancomunidades y entidades de ámbito territorial inferior al municipio), refiriéndose en último lugar al cálculo de otros posibles ahorros potenciales y a la distribución cronológica de todos los ahorros calculados.

Atendiendo a todo ello se llegaba a la conclusión de que el impacto global de las medidas contempladas en el texto ascendía a 7.619 millones de euros; el 67,72 por 100 del ahorro generado por el modelo proyectado, equivalente a 5.159,9 millones de euros, tendría lugar en el año 2015, mientras que el 24,17 por 100 (1.842 millones de euros) se podría ahorrar a lo largo de 2014; y un 6,07 por 100 (462 millones de euros) se ahorraría el año 2016, como consecuencia del ajuste del modelo que proponía la reforma.

Desde otra perspectiva, la Memoria concluía que un 29,76 por 100 del total del ahorro generado (2.267,6 millones de euros) tenía su origen en la reordenación competencial de los servicios obligatorios y en el

traslado de los servicios municipales a los entes territoriales que, en términos de eficiencia y siguiendo los criterios de población y dispersión, mejor los prestaran; el 49,02 por 100 del ahorro total (3.735,1 millones de euros) correspondería a la eliminación de duplicidades y del gasto impropio de las Administraciones, así como a la delegación de los servicios atendiendo a criterios de sostenibilidad y garantía de cobro. La adaptación de las mancomunidades y entidades locales menores al modelo definido en el Anteproyecto permitiría un ahorro estimado de 73,3 millones de euros, lo que suponía menos del 1 por 100 del ahorro neto generado; casi un 2 por 100 del ahorro neto global derivaría de la aplicación de las medidas dirigidas a la reordenación del personal eventual y a los cargos públicos con dedicación exclusiva (145,8 millones de euros). Por último, las medidas de redimensionamiento del sector público local permitirían en este sector un ahorro de 1.397 millones de euros.

Se sigue de todo ello que el 46,55 por 100 del ahorro que supondría la reforma local hasta 2019 procedería de competencias impropias. Más precisamente, Hacienda consideraba que el ahorro en gasto impropio, que se elevaría a los citados 3.735,1 millones de euros, tendría su origen en la supresión del carácter obligatorio de las competencias municipales en materia de sanidad y educación con un régimen transitorio, para que las autonomías asumieran de forma progresiva y en un plazo de cinco años la gestión de sus servicios. Los servicios sociales serán asumidos en un año por las Comunidades Autónomas

Los anteriores datos se inscriben dentro de una información más general sobre el estado de gastos e ingresos del sector público. En un estudio del año 2011 sobre las diferencias regionales del sector público español, en que colaboraron el IVIE y la Fundación de BBVA, se recordaba que la estructura del gasto de las Administraciones Públicas correspondiente al año 2008, siguiendo una clasificación por Administraciones, fue como sigue, siempre en tantos por cien: Administración central, 21,8; Seguridad Social, 28,5; Comunidades Autónomas, 36,3; y Corporaciones Locales, 13,4.

En el mismo estudio se ofrecía un gráfico de la evolución de la dimensión de las Administraciones Públicas para el periodo que va de 1958 a 2010, expresando en tanto por cien el cociente Gasto Público/PIB. En 1958 estaba en torno a un 16 por 100; en 1986 alcanza su pico máximo, un 53,5 por 100; después de un retroceso, se mantiene, con

diversas crestas ya menos elevadas que el anterior pico máximo, alrededor del 40 por 100, aunque en el año 2010 ascendió al 45 por 100.

En el citado estudio se examinaba la evolución del déficit y de la deuda de las Administraciones Públicas para el período de 1995 a 2014. El análisis se hacía en términos relativos; esto es, siempre dividiendo cada una de las citadas magnitudes (déficit y deuda) por el PIB. El déficit y la deuda llegaron a su punto más bajo en el año 2007: la deuda representó entonces algo menos del 40 por 100 del PIB y el déficit tocaba el 0. No obstante, a partir de entonces la deuda vuelve a escalar, aproximándose al 70 por 100 en los últimos años; y el déficit pasa a frisar, superándolo en muy poco, el 10 por 100 en el 2009, para presentar en años sucesivos una ligera tendencia a la baja.

La ratio gasto Público/PIB del 45 por 100 no desentona con la de otros países de nuestro entorno: Francia, 56; Alemania, 47,5; Italia, 51,9; EEUU, 42,2; Reino Unido, 51,6.

No obstante, el estudio citado señala también que, aunque el gasto público español no es mayor que el de países similares, el déficit indica que no resulta sostenible. Entrando en mayor detalle, el estudio apunta que el peso de la producción y el empleo público es similar al de los demás países indicados, que el gasto sanitario presenta una trayectoria muy expansiva y produce serios desequilibrios financieros en las Comunidades Autónomas y que la presencia pública en los territorios es muy desigual y las diferencias de gasto por habitante son altas; en las mayores desviaciones del gasto por habitante influye el comportamiento de varias Administraciones y hay notables diferencias de gasto por habitante en educación y salud; la descentralización realizada no es eficiente ni equitativa, ya que genera déficit y mantiene diferencias de recursos por habitante entre Comunidades Autónomas; las Comunidades Autónomas más endeudadas no siempre gastan más, pues en algunos casos disponen de menos recursos y la solidaridad interterritorial existe, pero muestra anomalías; en fin, as comunidades forales presentan un perfil diferencial en su régimen de financiación.

Aunque el repetido estudio analiza las diferencias a nivel regional, parcialmente sus conclusiones son trasladables al ámbito municipal.

Ramón Múgica Alcorta
*Las competencias municipales “impropias”
en la reforma del régimen local español*

3. La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera como causa y marco normativo de la reforma del régimen local del año 2013

El artículo 135 de la Constitución española introducido en la reforma de 27 de septiembre de 2011, en su punto 1 dispone que todas las administraciones públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria. Esto significa, en el ámbito del Estado y de las Comunidades Autónomas -como inmediatamente explica el propio artículo-, que no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados miembros. Añade el artículo 135 que una Ley Orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las entidades locales, en cambio, deberán presentar incondicionalmente equilibrio presupuestario².

En su apartado 5, el artículo 135 remite a una Ley Orgánica el desarrollo de los principios a que se refiere la Constitución en dicho artículo, así como la participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las administraciones públicas en materia de política fiscal y financiera. Y añade que la Ley Orgánica en cuestión regulará en todo caso el contenido mínimo que se especifica a continuación, dentro del cual figura la referencia a la responsabilidad de cada administración pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, aprobada en desarrollo del artículo 135 de la Constitución, constituye el impulso y el marco que da sentido a la reforma del régimen local de 2013 que ahora examinamos.

A propósito de la Ley Orgánica 2/2012, afirmó el Consejo de Estado que “la estabilidad presupuestaria se configura como un límite constitucional, cuya contravención podrá acarrear inconstitucionalidad y nulidad, y también con una orientación constitucionalmente vinculante,

² Sobre esta reforma, véase Gordillo Pérez, L. I., «La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria: remiendos nacionales para rotos globales», en Gómez Isa, F., Herrán, A. I., Atxabal, A., *Retos del Derecho ante una economía sin fronteras (125 Aniversario de la Universidad de Deusto)*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2012, pp. 169-175 y Gordillo Pérez, L. I., «A propósito de la reforma constitucional de 2011», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 25, 2012, pp. 31-37.

que prescribe un programa constitucional obligatorio para la actividad financiera pública”. Y recordó el alto órgano consultivo que, como había señalado el Tribunal Constitucional en la primera de sus sentencias relativas a los recursos de inconstitucionalidad presentados contra la legislación sobre estabilidad presupuestaria en la que se toma en consideración el nuevo artículo 135 de la Constitución (Sentencia 157/2011, de 18 de octubre), “la consagración constitucional del principio de estabilidad presupuestaria introduce un nuevo canon de constitucionalidad al que debe atenderse al resolver tales recursos”, resultando así que “el mandato constitucional de que todas las administraciones públicas deben adecuar sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria vincula a todos los poderes públicos y, en su sentido principal, queda fuera de la disponibilidad del Estado y de las Comunidades Autónomas”.

En este contexto normativo, la Ley Orgánica 2/2012 aborda la regulación de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, definida la primera como la situación de equilibrio o superávit estructural de las administraciones públicas y la segunda como la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit y deuda pública, conforme a lo establecido en la propia ley orgánica y en la normativa europea (artículos 3.2 y 4.2, respectivamente).

La ley, que, como ya nos consta, se aplica, entre otros entes públicos, a las corporaciones locales, establece los procedimientos necesarios para la aplicación efectiva de los citados principios, garantizando la participación de los órganos de coordinación institucional entre las administraciones públicas en materia de política fiscal y financiera; regula también los límites de déficit y deuda, los supuestos excepcionales en que pueden superarse y los mecanismos de corrección de las desviaciones, así como los instrumentos para hacer efectiva la responsabilidad de cada administración pública en caso de incumplimiento.

Establece también la ley los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública para el conjunto de las administraciones públicas (art. 15), cuya fijación inicial corresponde al Gobierno de la nación, residenciándose su aprobación en las Cortes Generales y exigiendo que los proyectos de presupuestos de las administraciones públicas se acomoden a tales objetivos (art. 13.7).

Ramón Múgica Alcorta
*Las competencias municipales “impropias”
en la reforma del régimen local español*

El cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria se trata de garantizar en la Ley Orgánica a través de diversas técnicas de aplicación secuencial, como son las medidas de prevención (art. 18), el mecanismo de alerta temprana (art. 19) o la aplicación de las denominadas medidas automáticas de corrección (art. 20).

En caso de incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, del objetivo de deuda pública o de la regla de gasto, la administración incumplidora ha de formular un plan económico-financiero que permita en un año el cumplimiento de los objetivos o de la regla de gasto, determinando la ley su contenido y alcance y la tramitación y seguimiento del mismo. Desde que se constate el incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, la entidad incumplidora tiene el plazo de un mes para presentar el plan económico-financiero ante el órgano competente para su aprobación. En el caso de las corporaciones locales, el plan ha de estar aprobado por el pleno de la corporación, antes de su remisión, según el caso, a la Comunidad Autónoma que ostente la competencia de tutela financiera sobre la respectivas entidades o al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, para su aprobación y seguimiento. Si en los informes de seguimiento se constata que no se han respetado las medidas incluidas en el plan que ha de elaborarse en caso de incumplimiento del objetivo de estabilidad, se aplicarán las medidas coercitivas del artículo 25 de la Ley Orgánica 2/2012, como paso previo a la aplicación, en caso de que no fueran observadas, de las medidas de cumplimiento forzoso del artículo 26. En última instancia la Ley Orgánica prevé la posibilidad de que, de conformidad con lo previsto en el artículo 61 de la LBRL, pueda procederse a la disolución de los órganos de la corporación local incumplidora (art. 26).

4. La regulación de las competencias impropias³ en la LRSAL

³ El Consejo de Estado ha manifestado su opinión contraria a la expresión competencias “impropias”. En su Dictamen de 24 de junio de 2013, número de expediente 567 /2013, afirma: “en este sentido, procede en primer lugar objetar que se consagre legalmente como expresión para denominar una categoría formal de competencias la de “competencias impropias”. Se trata, ciertamente, de un tertium genus distinto de las competencias propias y de las delegadas -de hecho, no se encuentran definidas como tales, sino sólo por su exclusión de las otras clases de competencias- y, precisamente por ello y porque el Anteproyecto incorpora diversas

Ramón Múgica Alcorta
*Las competencias municipales “impropias”
en la reforma del régimen local español*

La cuestión de las competencias impropias ha venido precedida de una polémica aireada por los medios de comunicación. Si por una parte la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) mostraba su satisfacción por la eliminación de las competencias impropias⁴, por otra los partidos que se autotitulan progresistas han opinado que nos encontramos ante un atentado antidemocrático sin precedentes al municipalismo, que elimina servicios a los vecinos y provocará pérdida de puestos de trabajo. Hay que recordar a este respecto lo que ya ha quedado manifestado: que las competencias impropias venían operando en áreas socialmente tan sensibles como vivienda, educación, cultura, promoción de la mujer, sanidad, etc.

El fundamento legal de las competencias impropias se hallaba recogido, hasta la aprobación de la ley de reforma, en los siguientes artículos de la LBRL, que los citamos por su texto anterior a la LRSAL:

Artículo 28.

“Los municipios pueden realizar actividades complementarias de las propias de otras administraciones públicas y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente.

El texto transcrito resultaba congruente con el artículo 25.1 del apropiada LBRL, definidor del marco general de la competencia municipal, a cuyo tenor el municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover *toda clase* de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.

La LRSAL ha suprimido el artículo 28 y ha dejado al artículo 25.1 con la siguiente redacción:

“El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo”.

normas sustantivas en relación con tales competencias, no parece apropiado acudir a dicha expresión para referirse a ellas. Se sugiere por ello darles otra denominación (por ejemplo, competencias atribuidas o competencias por atribución) o simplemente identificarlas como “competencias distintas de las propias y de las delegadas”.

⁴ Lo hacía por boca de su Presidente, Íñigo de la Serna, alcalde de Santander, quien milita en el Partido del Gobierno.

Se elide con la reforma la significativa expresión “toda clase” que precedía a “actividades”, y el “cuantos” que antecedió a “servicios públicos”. Toda una declaración de intenciones, que corroborarán otros artículos objeto de reforma.

El Preámbulo de la LSRAL previamente ha señalado el sentido y propósito de la reforma:

“... el Estado ejerce su competencia de reforma de la Administración local para tratar de definir con precisión las competencias que deben ser desarrolladas por la Administración local, diferenciándolas de las competencias estatales y autonómicas. En este sentido, se enumera un listado de materias en que los municipios han de ejercer, en todo caso, competencias propias, estableciéndose una reserva formal de ley para su determinación, así como una serie de garantías para su concreción y ejercicio. Las Entidades Locales no deben volver a asumir competencias que no les atribuye la ley y para las que no cuenten con la financiación adecuada. Por tanto, solo podrán ejercer competencias distintas de las propias o de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. De igual modo, la estabilidad presupuestaria vincula de una forma directa la celebración de convenios entre administraciones y la eliminación de duplicidades administrativas”.

Congruentemente con lo manifestado por el Preámbulo, el artículo 7 queda redactado del siguiente modo, y apuntamos que es su punto 4 el que contempla el régimen de las competencias impropias:

«1. Las competencias de las Entidades Locales son propias o atribuidas por delegación.

2. Las competencias propias de los Municipios, las Provincias, las Islas y demás Entidades Locales territoriales solo podrán ser determinadas por Ley y se ejercen en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones Públicas.

3. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, podrán delegar en las Entidades Locales el ejercicio de sus competencias.

Las competencias delegadas se ejercen en los términos establecidos en la disposición o en el acuerdo de delegación, según corresponda, con

sujeción a las reglas establecidas en el artículo 27, y preverán técnicas de dirección y control de oportunidad y eficiencia.

4. Las Entidades Locales solo podrán ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público por otra Administración Pública. A estos efectos, serán necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias.

En todo caso, el ejercicio de estas competencias deberá realizarse en los términos previstos en la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas.»

Por la posible conexión que presenta con las competencias impropias que en este trabajo analizamos, conviene citar el artículo 86.1 de la LBRL, también afectado por la reforma, al que la LRSAL le da la siguiente redacción:

«1. Las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial.

Corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio”.

Interesa dejar reseña de algunas propuestas que, en el trámite de consultas e información, se hicieron por la FEMP al Anteproyecto de la LRSAP en relación con el artículo 7.4 y con la supresión del artículo 28 de la LBRL. Inciden en el argumento de que el tratamiento que da la reforma a las competencias impropias socava la autonomía municipal.

Ramón Múgica Alcorta
*Las competencias municipales “impropias”
en la reforma del régimen local español*

A juicio de la FEMP, que parece razonable, si bien la primera parte del art. 7.4 es correcta, el último párrafo de este artículo impediría que un Ayuntamiento saneado financieramente y que cumpla todos los requisitos establecidos en la LO 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera pudiera desarrollar otras competencias, si la Comunidad Autónoma no emite informe previo sobre inexistencia de duplicidades y el Interventor no informa favorablemente. Con ello se estaría vulnerando el principio constitucional de autonomía local.

Recuerda la FEMP que la Carta Europea de Autonomía Local, suscrita por el Reino de España el 3 de febrero de 1989, y que entró en vigor en nuestro país el 1 de marzo de 1989, establece en su artículo 4.2 que *“las Entidades Locales tienen, dentro del ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad”*.

Ya en relación con el artículo 28 la FEMP proponía que no fuera eliminado. Justificaba su posición aduciendo que el texto del Anteproyecto “suprime el contenido del art. 28 de la Ley 7/85 de Bases de Régimen Local, que prevé la posibilidad de que los Municipios realicen actividades complementarias de las de otras Administraciones Públicas, en cumplimiento de las obligaciones que la Constitución impone a todos los poderes públicos (entre los que se encuentran los Ayuntamientos), como por ejemplo, promover y tutelar “el acceso a la cultura” –art. 44.1-, “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales” –art. 9.2- promover las condiciones necesarias para hacer efectivo el “derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada” –art. 47-, “defender y restaurar el medio ambiente” –art. 45.2- y atender “a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos” –art. 130.1-”

Y añadía la FEMP: “no parece que por Ley se pueda sustraer a los Ayuntamientos, como poderes públicos que son, la posibilidad de participar en el cumplimiento de esos mandatos constitucionales mediante la realización de actividades complementarias de las que realicen los otros poderes públicos, aun cuando haya de supeditarse la posibilidad de realizar actividades complementarias a que se garantice la prestación de los

servicios mínimos municipales (responsabilidad prioritaria de los Ayuntamientos) y a que la situación financiera del municipio lo permita.

“Asimismo no podemos obviar que la Carta Europea de Autonomía Local, suscrita por el Reino de España el 3 de febrero de 1989, y que entró en vigor en nuestro país el 1 de marzo de 1989, establece en su artículo 4.2 que *“las Entidades Locales tienen, dentro del ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad.”*

Después de esta exposición la FEMP proponía que se mantuviera el artículo 28 LBRL con la siguiente redacción: *“los Municipios pueden realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones Públicas, siempre que ello no afecte a la adecuada prestación de los servicios mínimos y respetando siempre el cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.”*

Los antes citados artículos 7.4 y el volatilizado 28 LBRL no son los únicos preceptos de la LBRL que se refieren a las competencias impropias o que aportan sustancia normativa de interés para diseñar el régimen de esta clase de competencias. Para completar su mapa regulador es preciso traer a colación otras previsiones legales, que se recogen en las disposiciones adicionales y transitorias de la LRSAL y que, a diferencia de las anteriormente citadas (las cuales tienen vocación de permanencia), se proponen dar respuesta a situaciones transitorias y/o específicas que se van a producir como consecuencia del reajuste del cuadro de las competencias introducido por la LRSAL:

a) *El caso de la educación, la sanidad y los servicios sociales*

Uno de los aspectos novedosos de la reforma que más se ha cuestionado es la previsión que impone el traspaso a las Comunidades Autónomas de las competencias relativas a la salud y a la educación y de las relativas a servicios sociales.

Tal previsión es consecuencia de la nueva redacción dada al artículo 25.2 que, según se ha indicado, ha eliminado de la lista de materias respecto de las cuales cabe atribuir competencias a los municipios algunas de las que hasta ahora se incluían en ella y, muy destacadamente, las relativas a su participación en la gestión primaria de la salud y en la

Ramón Múgica Alcorta
*Las competencias municipales “impropias”
en la reforma del régimen local español*

programación de la enseñanza, así como todas las referidas a prestación de servicios sociales, salvo las de evaluaciones de información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social. Y ello precisamente con el objeto de que las competencias que los municipios ostentaban sobre tales materias pasen a ser ejercidas por las Comunidades Autónomas, lo cual ha sido no bien recibido por muchas de ellas, que han argumentado que el Estado no puede ordenar la asunción competencial prevista en las referidas materias por afectar tal regulación a un ámbito competencial autonómico que escapa de las competencias básicas del legislador estatal.

La supresión de tales competencias como propias no impide por sí sola que los municipios puedan ejercerlas en virtud de otro título legítimo. Pueden, sin duda, ejercerlas como delegadas en los términos previstos en el artículo 27 de la LBRL, y así lo reconocen las disposiciones transitorias primera, 4, en relación con las competencias relativas a la salud, y en la transitoria segunda, 4, respecto de los servicios sociales. No se prevé lo mismo para la educación, materia para la que la asunción de la competencia se regula, no en una Disposición transitoria, sino en la Adicional decimoquinta de la LRSAL. Merece la pena insistir en esta idea: para salud y servicios sociales cabe la posibilidad de que “reviertan” a los municipios (bajo ciertas condiciones que después examinaremos) como impropias transitoriamente, según resulta de los citados sendos apartados 4 de las Disposiciones transitorias primera y segunda, amén de que sean susceptibles de delegación “en favor” de los municipios. También, innecesario parece recordarlo, pueden pasar a los Municipios como competencias impropias si concurren los requisitos establecidos en el nuevo artículo 7.4 LBRL. Ahora bien, fuera del “retorno” de las competencia en materia de salud y de servicios sociales a la instancia municipal en estos casos, el traspaso a la Comunidad Autónoma se produce con independencia de que las referidas competencias municipales se hayan venido prestando de manera eficaz y eficiente (es decir, no opera aquí el mecanismo de evaluación de servicios que la reforma obliga aplicar en otros supuestos) y pudieran seguir siendo prestados por los municipios con arreglo los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera que deben regir la actuación de las administraciones públicas.

De esta manera y teniendo en cuenta, además, que la asunción de estos servicios por las Comunidades Autónomas puede en ciertos casos suponer para ellas un coste adicional que no todas están en condiciones de

sufragar (no, al menos, sin afectar a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, que también a ellas obligan), tenía sentido valorar la posibilidad de haberse incluido un apartado en las transitorias que de forma expresa admitiera la posibilidad de que las competencias que se preveían como propias de los municipios en materia de educación, sanidad y servicios sociales siguieran siendo prestadas por ellos como competencias impropias en los términos permitidos por el art. 7.4, es decir, siempre que no pongan en riesgo financiero la realización de las propias, que su ejercicio no implique el ejercicio simultáneo con otra administración de servicios públicos y que se garantice su sostenibilidad financiera. Y algo de esto ha quedado plasmado, sólo para la salud y los servicios sociales, en las Disposiciones transitorias primera y segunda, en los dos casos en sus respectivos apartados 5, en los términos que más adelante señalaremos.

Examinemos más pausadamente estos casos especiales de la reubicación de la competencia en *materia de salud, servicios sociales y educación*, con desapoderamiento de los Municipios y afirmación de las Comunidades Autónomas.

a.1.) La salud

Con anterioridad a la LRSAL se definía como competencia propia del Municipio la participación en la gestión de la atención primaria de la salud. La reforma atribuye esta competencia a las Comunidades Autónomas, pero su asunción se realizará en un plazo de cinco años, por quintas partes cada ejercicio. Esta absorción, sin embargo, es reversible: primero, por vía de delegación; después, para el caso de que no se haya llevado a efecto, podría continuar ejerciéndose por el propio Municipio (en cuyo caso se convertiría en competencia impropia municipal por sustitución de la Comunidad Autónoma pasiva). En este caso el coste recaería sobre la Comunidad Autónoma, a la que se le podrían aplicar a tal efecto, si pusiera obstáculos a los desembolsos procedentes, las retenciones necesarias en las transferencias previstas en el sistema

autonómico de financiación en beneficio del municipio prestador del servicio⁵.

a.2) Competencia en materia de servicios sociales

Para las competencias relativas a la prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social que, lo mismo que sucede con las relativas a la salud que acabamos de estudiar, antes de la LRSAL eran

⁵ *Disposición transitoria primera. Asunción por las Comunidades Autónomas de las competencias relativas a la salud*

“1. Tras la entrada en vigor de esta Ley, de acuerdo con las normas reguladoras del sistema de financiación autonómica y de las Haciendas Locales, las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad de las competencias que se preveían como propias del Municipio, relativas a la participación en la gestión de la atención primaria de la salud.

Las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad de estas competencias, con independencia de que su ejercicio se hubiese venido realizando por Municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, o cualquier otra Entidad Local.

2. En el plazo máximo de cinco años desde la entrada en vigor de esta Ley, las Comunidades Autónomas asumirán, de forma progresiva, un veinte por cien anual, la gestión de los servicios asociados a las competencias sanitarias mencionadas en el apartado anterior.

A estos efectos la Comunidad Autónoma elaborará un plan para la evaluación y reestructuración de los servicios.

3. En todo caso, la gestión por las Comunidades Autónomas de los servicios anteriormente citados no podrá suponer un mayor gasto para el conjunto de las Administraciones Públicas.

4. Lo dispuesto en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de la posibilidad de las Comunidades Autónomas de delegar dichas competencias en los Municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, de conformidad con el [artículo 27 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local](#).

5. En los términos previstos en el apartado 1, y de acuerdo con las normas reguladoras del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y de las Haciendas Locales, cada año que transcurra, dentro del período de cinco años anteriormente mencionado, sin que las Comunidades Autónomas hayan asumido el desarrollo del veinte por cien de los servicios previstos en esta disposición o, en su caso, hayan acordado su delegación, los servicios seguirán prestándose por el municipio, Diputación Provincial o entidad equivalente con cargo a la Comunidad Autónoma. Si la Comunidad Autónoma no transfiriera las cuantías precisas para ello se aplicarán retenciones en las transferencias que les correspondan por aplicación de su sistema de financiación, teniendo en cuenta lo que disponga su normativa reguladora”.

propias municipales y ahora pasan a residenciarse en las Comunidades Autónomas, se contiene una previsión en la Disposición transitoria segunda, que lleva la rúbrica “Asunción por las Comunidades Autónomas de las competencias relativas a servicios sociales”. Leídas en doble columna esta Disposición transitoria y la Disposición transitoria primera sobre materia de salud arriba analizada, se echa de ver inmediatamente la simetría y práctica identidad de las dos. La única diferencia apreciable es que las competencias en materia de sanidad se van trasladando periodificadamente a lo largo de un lustro a las Comunidades Autónomas, y las relativas a los servicios sociales, no por cuotas sucesivas, sino a una fecha final –el 31 de diciembre de 2015- en su totalidad⁶.

a.3) La educación

⁶ Dice así la Disposición transitoria segunda:

“1. Con fecha 31 de diciembre de 2015, en los términos previstos en las normas reguladoras del sistema de financiación autonómica y de las Haciendas Locales, las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad de las competencias que se preveían como propias del Municipio, relativas a la prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social.

Las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad de estas competencias, con independencia de que su ejercicio se hubiese venido realizando por Municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, o cualquier otra Entidad Local.

2. En el plazo máximo señalado en el apartado anterior, y previa elaboración de un plan para la evaluación, reestructuración e implantación de los servicios, las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, habrán de asumir la cobertura inmediata de dicha prestación.

3. En todo caso, la gestión por las Comunidades Autónomas de los servicios anteriormente citados no podrá suponer un mayor gasto para el conjunto de las Administraciones Públicas.

4. Lo dispuesto en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de la posibilidad de las Comunidades Autónomas de delegar dichas competencias en los Municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, de conformidad con el [artículo 27 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local](#).

5. Si en la fecha citada en el apartado 1 de esta disposición, en los términos previstos en las normas reguladoras del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y de las Haciendas Locales, las Comunidades Autónomas no hubieren asumido el desarrollo de los servicios de su competencia prestados por los Municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, Entidades Locales, o en su caso, no hubieren acordado su delegación, los servicios seguirán prestándose por el municipio con cargo a la Comunidad Autónoma. Si la Comunidad Autónoma no transfiriera las cuantías precisas para ello se aplicarán retenciones en las transferencias que les correspondan por aplicación de su sistema de financiación, teniendo en cuenta lo que disponga su normativa reguladora”.

Como ya se ha indicado, nada hay para la educación que resulte parecido a las previsiones que la LRSAL contiene para la salud y los servicios sociales. Efectivamente, la Disposición Adicional decimoquinta no contempla la posibilidad de que a los municipios les corresponda, ni por vía de delegación ni de “retorno” como competencia impropia, la materia de educación para el caso de incumplimiento de la asunción por la Comunidad Autónoma⁷.

b) Necesidad de adaptar lo más tarde el 31 de diciembre de 2014 a la LRSAL los *convenios, acuerdos y demás instrumentos de cooperación* vigentes en el momento de comenzar a aplicarse dicha ley cuando en ellos se prevea financiación de competencias impropias. El incumplimiento de esta obligación de adaptación produce la automática ineficacia de los referidos convenios, acuerdos y demás mecanismos de cooperación⁸.

⁷ *Disposición adicional decimoquinta. Asunción por las Comunidades Autónomas de las competencias relativas a la educación:*

“Las normas reguladoras del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y de las haciendas locales fijarán los términos en los que las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad de las competencias que se prevén como propias del Municipio, aún cuando hayan sido ejercidas por éstas, por Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, o por cualquier otra Entidad Local, relativas a participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes, así como la conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial, para lo que se contemplará el correspondiente traspaso de medios económicos, materiales y personales”.

⁸ La Disposición adicional novena de la LRSAL, apartado 1, se refiere tanto a las competencias delegadas como a las impropias. Reza así:

Disposición adicional novena. Convenios sobre ejercicio de competencias y servicios municipales

1. Los convenios, acuerdos y demás instrumentos de cooperación ya suscritos, en el momento de la entrada en vigor de esta Ley, por el Estado y las Comunidades Autónomas con toda clase de Entidades Locales, que lleven aparejada cualquier tipo de financiación destinada a sufragar el ejercicio por parte de estas últimas de competencias delegadas o competencias distintas a las enumeradas en los [artículos 25 y 27 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local](#), deberán adaptarse a lo previsto en esta Ley a 31 de diciembre de 2014. Transcurrido este plazo sin haberse adaptado quedarán sin efecto.

La necesidad de adaptar a la ley significa en este caso, por referencia a las competencias impropias, que cumplan con las previsiones contenidas en el artículo 7.4 LBRL que más arriba ha quedado transcrito.

5. ¿A qué instancia corresponde determinar las competencias municipales? Breve referencia al marco constitucional

Tiene sentido plantarse ahora (más que con carácter introductorio al inicio del trabajo) la cuestión que se suscita en la rúbrica que precede. Ello nos permitirá realizar una valoración crítica –con el instrumento seguro que es siempre la referencia constitucional- para afianzar el paso hacia el siguiente epígrafe, donde se expondrá un cuadro o mapa sistematizador de las competencias municipales, tal como quedan tras la entrada en vigor de la LRSAL.

No existe en la Constitución ningún precepto que de manera expresa enumere las competencias locales y ha sido el Tribunal Constitucional el que, a través de su labor de interpretación, ha determinado la relación entre los artículos 137 y 149.1.18ª de la Constitución y, en consecuencia, las competencias del Estado en cuanto a la definición del modelo competencial de municipios y provincias. Recordemos que el artículo 137 dispone que “el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses”. Y el 149.1.18ª, en lo que ahora interesa, atribuye al Estado competencia exclusiva sobre, entre otras materias, “las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas”.

En ejercicio de tales competencias se dictó la LBRL de 1985, que establece el marco de competencias de las entidades locales. Después ese marco se ha ido precisando a través de la legislación sectorial estatal o autonómica, según cuál sea en cada caso la instancia territorial competente. Y es esta legislación sectorial la que determina las competencias concretas que en relación a cada materia corresponden a las entidades locales. Si bien la LBRL traza el referido marco competencial de las corporaciones locales, en los Estatutos de autonomía de segunda generación, a partir del de Cataluña del 2006, se contienen también referencias que, dentro del ámbito regulador de la respectiva Comunidad Autónoma, concretan las competencias locales. En todo caso, esas previsiones de los Estatutos de Autonomía han de respetar el marco de la

Ramón Múgica Alcorta
*Las competencias municipales “impropias”
en la reforma del régimen local español*

LBRL aprobada por el Estado, pero a su vez enmarcan y vinculan a las leyes autonómicas definidoras de las competencias locales para el respectivo sector de actividad objeto de su regulación⁹.

El Consejo de Estado, al informar el Anteproyecto de la LBRL, declaró que “frente al sistema diseñado por la Ley de Bases de 1985, el Anteproyecto introduce una importante novedad a través de la modificación del artículo 25, que pasa de establecer un listado abierto de competencias susceptibles de ser legalmente reconocidas a los municipios, a enunciar tales competencias de forma exhaustiva y aparentemente cerrada. Ello determina que no quepa en el sistema que el Anteproyecto configura la atribución como competencias propias de otras distintas de las incluidas en dicha relación, lo que constituye una significativa diferencia con respecto al actual modelo de asignación de competencias, en el que cualquier ley sectorial puede reconocer al municipio como propias competencias para actuar en un determinado ámbito”.

De hecho son muchas las Comunidades Autónomas que han hecho uso de esta posibilidad que brinda el vigente sistema y han aprobado en el ejercicio de sus competencias leyes en las que se conceden competencias concretas a los municipios. Ocurre, sin embargo, que tras la entrada en vigor de la LRSAL tales competencias ejercidas hasta ahora como propias pasarán, como hemos visto ya, a quedar fuera del ámbito del artículo 25 de la LBRL, convirtiéndose así en competencias impropias. Por tanto esas competencias, referidas a materias respecto de las cuales las Comunidades Autónomas ostentan competencias ya previstas en las correspondientes leyes autonómicas, solo podrán continuar siendo ejercidas por los municipios cumpliendo con las condiciones que ahora establece el art. 7.4 LBRL.

A juicio del Consejo de Estado, de la jurisprudencia constitucional que define el alcance de la competencia que al Estado reconoce el artículo

⁹ En perfecta armonía con esta afirmación prevé la LRSAL en su Disposición adicional tercera, punto 1, sobre Competencias autonómicas en materia de régimen local:

“Las disposiciones de esta Ley son de aplicación a todas las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de sus competencias exclusivas en materia de régimen local asumidas en sus Estatutos de Autonomía, en el marco de la normativa básica estatal y con estricta sujeción a los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera y racionalización de las estructuras administrativas”.

149.1.18^a de la Constitución para establecer las bases del régimen local antes analizada, no cabe objetar que el Estado lleve a cabo una reducción del ámbito competencial de los municipios, pues, siempre que respete el núcleo básico e intangible que define la autonomía local como tal, puede en el ejercicio de dicha competencia ampliar o estrechar la esfera de actuación de las corporaciones locales. Y si como consecuencia de esa operación se produce una alteración del marco normativo competencial de los municipios tal y como ha sido definido por las Comunidades Autónomas, habrán de ser estas las que acomoden su legislación a lo dispuesto con carácter básico por el legislador estatal. Puede este, en definitiva, efectuar una redefinición del ámbito competencial municipal, por más que ello obligue al legislador autonómico a introducir en su ordenamiento los ajustes necesarios.

El Consejo de Estado consideró preciso realizar algunas observaciones adicionales que podían contribuir a depurar el régimen que en materia de competencias impropias contenía el Anteproyecto de la LRSAL, y que fueron incorporadas al texto definitivo:

i) Para superar la indeterminación de la que adolecía el propuesto art. 7.4 al mencionar los requisitos que debían cumplir esas competencias para poder ser ejercidas por los municipios y, en particular, la vaga alusión a “la inexistencia de duplicidades”, que producía un efecto perturbador de la seguridad jurídica, se optó por la condición, mucho más precisa, de que las competencias impropias no implicaran “ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración pública”.

ii) El requisito de la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias se ha de referir, no a cada una de las competencias impropias individualmente considerada, pues en la concepción de la Ley Orgánica 2/2012 la sostenibilidad financiera no es algo que se exija para todas y cada una de las actuaciones particulares, sino al conjunto de la Hacienda de la entidad de que se trate. De este modo, si el ejercicio de una competencia impropia se salda con un resultado negativo, sigue siendo legítima tal competencia cuando puede compensarse la pérdida que genera con el superávit consolidado del resto de la respectiva Hacienda; y, además, la condición de sostenibilidad financiera no es algo estático que quepa garantizar *ex ante*, sino que más bien se refiere a una situación dinámica a la que se debe tender y que ha de mantenerse. Por ello, no sería correcto desde el punto de vista técnico exigir que se garantice la sostenibilidad financiera como condición previa a una determinada

actuación, y resulta en cambio adecuada la decisión finalmente adoptada, consistente en imponer la obligación de verificar que tal actividad no pone en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal.

6. *Competencias, servicios e iniciativa*

En vista de lo hasta aquí expuesto cobra sentido formularse una reflexión sobre el sentido y relaciones existentes entre los conceptos de competencias, servicios e iniciativa pública, porque suscita dudas si la legislación básica del régimen local los emplea en un sentido técnico comúnmente aceptado o con una finalidad exclusivamente “ad hoc”.

a) Hay *competencia administrativa* cuando se atribuye a un ente o a un órgano un conjunto más o menos amplio de potestades administrativas para actuar sobre un determinado sector material. No cabe negar que los artículos 7, 25 y 26 LBRL, cuando se refieren a la competencia, acogen este concepto técnico.

El artículo 25.2, que relaciona las competencias propias municipales, las acota en base al criterio material siempre y, además, en algunos casos sobrepone a la base material de la competencia una determinación funcional. Es lo que sucede con el urbanismo, cuando se señala qué funciones son municipales: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística (aunque parece que con estas funciones no se deja resquicio libre del urbanismo). No superpone o combina los referidos criterios de acotamiento de la competencia municipal –siempre el material, al que eventualmente, en los términos vistos, se suma el funcional- con un tercer criterio, el de la forma de actividad administrativa, según la trilogía clásica (fomento, policía y servicio público), que con reformulaciones terminológicas y alguna ampliación, se viene considerando canónica.

b) El artículo 26 LBRL se refiere a los *servicios* que los Municipios vienen obligados a prestar en todo caso (servicios mínimos y obligatorios). Muchos de ellos constituyen propiamente servicios públicos, en el sentido propio de actividades prestacionales. Así, el abastecimiento domiciliario de agua potable, el alumbrado público, la biblioteca pública, el transporte colectivo urbano de viajeros,... Otros no son reconducibles a la categoría del servicio público, porque la actividad en que consisten no se realiza total o absolutamente a través de la técnica prestacional. Es lo que sucede

Ramón Múgica Alcorta
*Las competencias municipales “impropias”
en la reforma del régimen local español*

con el medio ambiente urbano, la evaluación e información de situaciones de necesidad social, alcantarillado, pavimentación de las vías públicas,... que requieren del despliegue de formas de actividad que escapan del concepto de servicio público (señaladamente, se actúan en buena medida las competencias en tales ámbitos a través de técnicas de intervención u ordenación...). En consecuencia, el sintagma “servicios” del art. 26 LBRL no es homologable a la expresión *servicio público*¹⁰ y designa un ámbito de las competencias propias de atención mínima obligatoria (y cabría añadir, tras la reforma por LRSAL –en línea con el artículo 135 CE y la Ley Orgánica 2/2012-, ahora también eficiente) de determinadas necesidades vecinales definidas, no autónomamente por los municipios, sino desde la propia LBRL.

Los servicios mínimos del artículo 26 son todos referibles o reconducibles a las competencias propias del art. 25.2 y ello porque en aquel artículo a veces se reproduce la misma fórmula literal de este segundo precepto y, cuando no es así, esto es, cuando falta la identidad textual, porque los “servicios” son conceptualmente reconducibles, sin mayor dificultad, al listado de competencias del art. 25.2.

¹⁰ El artículo 26 habla de servicios a secas y una vez, en su punto 3 y último, de “servicios mínimos”. Nunca utiliza la expresión “servicios públicos”, aunque de su punto 2, segundo, tercer y cuarto párrafo, que se refieren a las formas de prestación y fórmulas de gestión de los servicios, y a la financiación de los mismos, admitiendo la posibilidad de que sea a través del abono de tasas, parece deducirse que lo que el legislador tiene en mente son servicios propiamente públicos. Esta última impresión es rebatible: cabe considerar que tales menciones a fórmulas de gestión y financiación vía tasas serían aplicables a las actividades que, ente las que enumera el art. 26, tienen carácter de servicios públicos, que muchas de ellas lo son, pero no todas.

En fin, a la tesis de la asimilación entre los conceptos de servicio obligatorio del artículo 26 y servicio público también parece contribuir el artículo 18.1 LBRL, a cuyo tenor “son derechos y deberes de los vecinos:...g) exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio.” La respuesta a este argumento que aboga por la equiparación de los conceptos se construye invocando lo mismo que se acaba de decir hace unas pocas líneas.

En cambio, a servicios públicos se refieren los artículos 25.1 y 27.3, entre otros muchos de la LBRL, pero interesa citarlos a ellos especialmente porque se encuadran dentro del cuadro fundamental de sistematización legal de las competencias municipales.

c) En fin, en cuanto a la **iniciativa** de los municipios, además de la que se les reconoce en los términos del art. 7.4 LBRL para ejercer competencias impropias; de la que carecen para prestar los servicios mínimos (porque donde hay obligación no puede haber iniciativa); además de ello, seguimos, se reconoce específicamente, y como supuesto distinto de las competencias impropias, la de desarrollo de actividades económicas. Así lo dice el art. 86.1:

“Las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial.

“Corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio”.

El fundamento constitucional de este poder de iniciativa se encuentra en el artículo 128.2, primer inciso, de la Constitución, a cuyo tenor: “se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica”.

El problema que plantea el art. 86.1 LBRL es el de deslindar su ámbito de aplicación frente al 7.4, sobre competencias impropias. Cuando el artículo 86.1 se refiere a “actividades económicas” ¿a qué se refiere? ¿Sólo a actividades que forman parte del listado de materias que, ex artículo 25.2 LBRL, entran en el ámbito de la competencia propia municipal? ¿O a cualquier actividad empresarial sin más límite material que el del art. 25.1: “satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”?

Parece que la segunda es la opción correcta, porque de otro modo el art. 86.1 no aportaría nada a lo que ya establece el 25.2. Si es como pensamos y proponemos, nos encontraríamos ante un competencia extra muros de las municipales propias, que tiene como signo especificador o diferenciador el hecho de desarrollarse a través del cauce empresarial (creemos que a esto se refiere la expresión “actividades económicas”, aunque no hubiera estado de más haber tratado de acotar legalmente este

concepto, ya que tal como va resulta indeterminado –hoy día ¿qué actividad no es económica?-. En cambio, las actividades contempladas en el artículo 7.4 LBRL no serían propiamente económicas. Así, aparece el carácter especial de la norma contenida en el artículo 86, de suerte que sus diferencias respecto al 7.4 son las siguientes:

i) Artículo 7.4.

-Se refiere a competencias no propias ni delegadas, y no referentes a actividades económicas.

-Las condiciones requeridas para ejercer estas competencias son, además de la siempre necesaria referencia genérica que ha de respetar la competencia municipal, que impone el art. 25.1 (atención a los intereses municipales o de la comunidad vecinal, que parece fórmula equivalente a la de “sus respectivos intereses” que emplea el art. 137, “in fine”, de la CE; esto es, los *intereses propios* –lo que daría para alguna reflexión acerca de la mayor propiedad de calificar de propios los intereses que las competencias); además de esta condición siempre necesaria, proseguimos, se precisan las siguientes:

-que no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera;

-que no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública;

-la necesidad de que estas competencias estén legislativamente previstas: en todo caso –cierra el art. 7.4 en su segundo párrafo- el ejercicio de estas competencias deberá realizarse en los términos previstos en la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas.

-Condiciones procedimentales. Necesidad de informes vinculantes previos: de la Administración competente por razón de la materia, informe en el que se señale la inexistencia de duplicidades; y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera, sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias

- Por último, es también necesario *prever la supresión de las competencias impropias en el plan económico-financiero* que vienen obligadas a presentar las Corporaciones locales incumplidoras de los

objetivos de estabilidad financiera, de deuda pública o de la regla del gasto establecidos en la Ley Orgánica 2/2012.¹¹

¹¹ Efectivamente, la LRSAL incluye un nuevo artículo 116 bis en la LBRL con la siguiente redacción [resaltamos en negrita lo que en este momento interesa retener]:

«Artículo 116 bis Contenido y seguimiento del plan económico-financiero

1. Cuando por incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, del objetivo de deuda pública o de la regla de gasto, las corporaciones locales incumplidoras formulen su plan económico-financiero lo harán de conformidad con los requisitos formales que determine el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

2. Adicionalmente a lo previsto en el [artículo 21 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera](#), el mencionado plan incluirá al menos las siguientes medidas:

a) **Supresión de las competencias que ejerza la Entidad Local que sean distintas de las propias y de las ejercidas por delegación.**

b) Gestión integrada o coordinada de los servicios obligatorios que presta la Entidad Local para reducir sus costes.

c) Incremento de ingresos para financiar los servicios obligatorios que presta la Entidad Local.

d) Racionalización organizativa.

e) Supresión de entidades de ámbito territorial inferior al municipio que, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, incumplan con el objetivo de estabilidad presupuestaria o con el objetivo de deuda pública o que el período medio de pago a proveedores supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad.

f) Una propuesta de fusión con un municipio colindante de la misma provincia.

3. La Diputación provincial o entidad equivalente asistirá al resto de corporaciones locales y colaborará con la Administración que ejerza la tutela financiera, según corresponda, en la elaboración y el seguimiento de la aplicación de las medidas contenidas en los planes económicos-financiero. La Diputación o entidad equivalente propondrá y coordinará las medidas recogidas en el apartado anterior cuando tengan carácter supramunicipal, que serán valoradas antes de aprobarse el plan económico-financiero, así como otras medidas supramunicipales distintas que se hubieran previsto, incluido el seguimiento de la fusión de Entidades Locales que se hubiera acordado.»

El transcrito artículo 116 bis LBRL ha venido de alguna manera a absorber una previsión del Anteproyecto de LRSAL. Efectivamente, este contenía una disposición transitoria, que era entonces la novena, en la que, recogiendo precisamente la nomenclatura de “impropias”, se refería a la “evaluación” de esta clase de competencias ejercidas por los municipios. Tal previsión, que establecía que las competencias impropias que vinieran ejerciendo los Municipios sólo podrían seguir desempeñándolas si se atenían a lo previsto en el artículo 7.4 de la LBRL, a cuyo efecto en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la LRSAL se evaluaría y presentaría una propuesta para racionalizar el ejercicio de tales competencias, se descartó pronto, pues no pasó siquiera al Proyecto aprobado por el Consejo de Ministros.

a) Art. 86.

b) -La cuestión es si este caso es una subespecie del art. 7.4 que, en consecuencia, además de cumplir los requisitos del citado 7.4, debe respetar los que añade el propio 86. Pero ya se ve que estos condicionamientos en muchos casos matizan o reproducen los del art. 7.4, lo que lleva a la convicción de que se tratan una y otra de regulaciones alternativas y no acumulables. Por lo tanto, además de que las actividades económicas para las que se reconoce iniciativa a las Entidades Locales ha de cumplir con el requisito ineludible de formar parte del círculo de la competencia general (en el caso de los municipios) del art. 25.1, es necesario, según resulta del art. 86.1:

-que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de las competencias de la entidad. Repárese: parece que ya no basta con que no se ponga en riesgo (que es lo que dice el 7.4), sino que “esté garantizado” el objetivo. Hay, a primera vista, en el art. 86.1 una mayor exigencia, sin duda, pues la formulación pasa de ser negativa a afirmativa, con el contundente término de “garantía”. Mas luego resulta que al concretarse a

Decía así la “Disposición transitoria novena. Evaluación de competencias impropias ejercidas por los municipios”, del Anteproyecto de la LRSAL:

“1. Las competencias distintas de las previstas en los artículos 25.2 y 27 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local que hasta la entrada en vigor de esta Ley vinieran ejerciendo los Municipios sólo podrán seguir ejerciéndolas si cumplen con lo previsto en el apartado 4 del artículo 7 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

2. En el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta Ley, se evaluará y presentará una propuesta para racionalizar el ejercicio de estas competencias. Si de la evaluación resultara su inadecuación a lo previsto en el apartado 4 del artículo 7 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, para lo que se recabará informe del órgano interventor del Municipio, el Municipio dejará de prestarlas.

3. El resultado de la evaluación y la propuesta de racionalización mencionada en el apartado anterior formará parte del plan de ajuste o del plan económico-financiero que, en su caso, el Municipio tenga en vigor y se adoptarán las modificaciones presupuestarias que resulten necesarias.

4. El incumplimiento de lo previsto en esta disposición dará lugar a la retención del importe de las entregas a cuenta y, en su caso, anticipos y liquidaciones definitivas de la participación en los tributos del Estado que les corresponda en los términos previstos en el artículo 36 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. La evaluación de las competencias impropias ejercidas por los Municipios deberá realizarse mediante una valoración que tome como referencia el coste estándar de los servicios”.

renglón seguido en qué consiste la garantía (“en el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal...”), se iguala este requisito.

-Procedimental: hay que elaborar el correspondiente informe ya citado, que además de pronunciarse sobre la no existencia de riesgo a que acaba de hacerse referencia, debe contener un análisis del mercado. Este análisis debe versar sobre la oferta y la demanda existentes, la rentabilidad y los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial.

-No se exige en el art. 86.1 que exista previsión de la iniciativa para la actividad económica en la legislación (sectorial) de la instancia competente, estatal o local, a diferencia de lo que dice el art. 7.4, segundo párrafo. ¿Se trata de una omisión del art. 86.1 que ha de integrarse recurriendo al 7.4, segundo párrafo? Es cuestión dudosa. Alguna previsión legislativa ya la hay: la del propio art. 86. Pero cabe cuestionar si procura cobertura bastante, por el carácter de mero marco de las competencias que tiene la LBRL (no regula sectores de actividad). ¿Satisface las necesidades de certeza y especificidad? ¿Legítima una previsión legal tan “abierta” o materialmente inespecífica-universal-? Con tal de que respete el ámbito genérico de la competencia municipal del 25.1 parece posible, y ello en base al carácter alternativo que ya hemos dicho que presentan los artículos 7.4 y 86.1.

-Con todo, del sistema legal parece deducirse otro límite razonable: no puede la iniciativa local para la actividad económica incurrir en duplicidad ni menoscabar competencias de otras instancias, por ser esta una idea que, como un estribillo, con carácter principal informa transversalmente el sentido de la reforma operada por la LRSAL.

7. El mapa (móvil) de las competencias municipales

Lo hasta aquí expuesto nos permite exponer cómo queda el mapa de las competencias municipales tras la LRSAL

1. Como primera referencia delimitadora de las competencias municipales, hay que afirmar que el cuadro presenta un perímetro que viene constituido por los *intereses propios de la entidades*; quiere decirse, de su respectiva comunidad o población. Así resulta de los artículos 137

CE y 125.1 LBRL, como ya se ha indicado más arriba. Por su rango constitucional esta primera referencia es especialmente cualificada y se refuerza su protección con la técnica de la garantía institucional de la autonomía.

2. Dentro del referido marco general, corresponde al Estado, en primer término, precisar el contenido básico de las competencias. Cuenta para ello con los títulos que resultan del artículo 149.1, por una parte (y, especialmente, del 149.1.18^a, en su inciso relativo a las “bases del régimen jurídico de las Administraciones pública”); y ahora también del 135 (desarrollado por la LO 2/2012), en función moduladora de las competencias locales.,

3. La legislación estatal referida precisa aún de una posterior especificación, pues constituye (como queda dicho) un marco que, en lo material, remite a la legislación sectorial (es decir, la reguladora de las diferentes ramas de actividad: sanidad, medio ambiente, urbanismo, etc.), de la que resultan competencias concretas (ahora sí concretas), a favor de las Entidades Locales, si bien admite un ámbito, actualmente tras la LRSAL más intensamente condicionado, de competencias municipales impropias.

Los Estatutos de autonomía, siempre respetando las previsiones de la legislación básica estatal, pueden completar, en el ámbito de las competencias autonómicas respectivas, la esfera de actuación y potestades de los entes locales. Esto significa que las leyes autonómicas sectoriales reguladoras de competencias está constreñidas, por lo menos, además de por la Constitución y la legislación básica estatal (en materia de régimen local y, en su caso, en la materia sectorial de que se trate), por los propios Estatutos de autonomía.

4. Respetando todo lo anterior, la clasificación de las competencias municipales queda así:

I. Competencias propias

- a) De “cumplimiento” obligado: son los servicios mínimos del art. 26.
- b) Las demás competencias previstas en el art. 25.2.
- c) Las que eventualmente resulten de los Estatutos de Autonomía.
- d) Las que resulten de nuevas leyes sectoriales estatales y autonómicas.

Ramón Múgica Alcorta
*Las competencias municipales “impropias”
en la reforma del régimen local español*

Todas las competencias propias incluidas en el anterior listado dependen de una decisión ajena a la instancia municipal, aunque no siempre la instancia territorial que decide goce de plena libertad para configurarlas, porque el núcleo de tales competencias, en parte al menos vinculado a la garantía institucional de la autonomía municipal, se impone al legislador, tanto estatal, ya sea básico u ordinario; como al autonómico, ya sea estatutario u ordinario.

Por último, cabe recordar que la determinación de las competencias propias queda sujeta a reserva formal de ley, pues el artículo 7.2 LBRL dispone que “las competencias propias de los Municipios, las Provincias, las Islas y demás Entidades Locales territoriales solo podrán ser determinadas por Ley...”

II. Competencias delegadas

Dependen de una decisión ajena, ampliamente discrecional: la de la entidad delegante. Ampliamente no significa totalmente discrecional, pues queda sujeta a los límites de artículos 7.3 y 27 LBRL, cuyo análisis excede del objeto y posibilidades de este trabajo.

III. Competencias más allá de las propias y las ajenas (las convencionalmente denominadas “impropias”)

Estas competencias, como ya se ha indicado y es norma para todas las municipales, sólo operan dentro del campo genérico de sus respectivos (de los municipios) intereses, los intereses de la comunidad vecinal: artículos 137 CE y 25.1 LBRL. Aunque sean “competencias impropias” siempre van referidas a los *intereses propios*.

Las competencias impropias han de ejercerse tras la LRSAL dentro del marco de los principios financieros que consagran los artículos 135 CE y la Ley Orgánica 2/2012, tal como quedan actualizados por el artículo 7.4 LBRL.

Las competencias impropias con carácter general están sujetas al régimen definitivo del citado artículo 7.4 LBRL.

Además, hay que tener en cuenta el caso de algunas competencias impropias singulares sometidas a un régimen especial. Así, en relación con

ciertas materias, que con anterioridad a la LRSAL fueron competencia propia de los Municipios y ahora son asumidas por las Comunidades Autónomas (salud y servicios sociales), por mor de las disposiciones transitorias primera y segunda de aquella ley, la falta de su asunción efectiva por las Comunidades Autónomas rehabilita a los Municipios para seguir prestando estos servicios.

IV. La libertad de iniciativa económica del 86. Descartado que se trate de una subespecie de competencia impropia, aunque su régimen jurídico presente notas que lo asemejan al de dicha competencia y coincida con ella en que la decisión de actuación corresponde al propio ente local (autodecisión), cabe dudar de si la libertad de iniciativa económica es una técnica transversal o común a las formas de actividad administrativa admitidas, o designa una nueva forma de actividad. En todo caso, está fuera de discusión que no puede desbordar, cuando la ejerce el municipio, de los límites representados por la gestión de los intereses de la comunidad vecinal y que remite a una actividad empresarial, de producción o distribución de bienes y/o servicios en el mercado.

5. El mapa descrito no es estático, sino fluido o móvil, pues admite variaciones o recolocación de sus piezas (trasvases) dentro del marco general. Sólo esbozamos ahora algunas de estas posibilidades dinámicas: en lo que se refiere a la delegación, la función de trasvase de las competencias (con su atribución y su recuperación -a este último respecto el artículo 27.7 LBRL se refiere a la revocación y a la renuncia-) va implícita en el mismo concepto de delegación (27.7); otro tanto cabe decir de las competencias “impropias” y de la iniciativa reconocida por el artículo 86.1 LBRL para las actividades económicas, que son “tierra de conquista” para los municipios, a salvo las limitaciones y condicionamientos a que la ley las sujeta; en fin, en cuanto a las competencias propias, incluso las más nucleares (los servicios mínimos del artículo 26 LBRL), prescindiendo de los casos en que la legislación sectorial –estatal o autonómica, según proceda- de determinación pueda ampliar o estrechar la horquilla competencial del Municipio, haciendo también abstracción de los supuestos de movilidad más dramáticos para el caso de incumplimiento rebelde, cabe citar un ejemplo de trasvase por razones de eficiencia: el artículo 26.2 LBRL contempla el caso de que los servicios que detalladamente enumera, cuando se trate de municipios de menos de 20.000 habitantes, pueden ser asumidos por la Diputación o

entidad equivalente cuando están en condiciones de prestarlos con un coste efectivo menor que si el municipio los atendiera.

8. Consideraciones finales: una hipótesis acerca de la pugna soterrada sobre la competencia legislativa en materia de régimen local

Puede tener sentido plantearse si no subyace en la Ley 27/2013 (LRSAL) que hemos analizado un propósito no confesado de “recentralizar” el régimen local, recuperándolo para la competencia legislativa del Estado ante la percepción (estatal) de que los Estatutos de Autonomía de última generación (quiere decirse, los que han sido objeto de reforma a partir del año 2006: Valencia, Cataluña y Andalucía) habían centrifugado dicha competencia en alguna medida, deslizándola hacia la esfera autonómica.

En este planteamiento late una suposición previa: que la instancia estatal se ha valido estratégicamente de una coyuntura de crisis económica cronificada que, al alcanzar y responsabilizar también al sector público, obligaba a contener el gasto público a través de diversas fórmulas, una de las cuales ha consistido en redefinir a la baja las competencias municipales, con el consiguiente aligeramiento del gasto en esta esfera territorial.

Más claramente: el rediseño de las competencias municipales que opera la Ley 27/2013 es posible que no obedezca sólo a la motivación financiera, sino que aprovechando la ocasión “financiera” (la necesidad de controlar el gasto público), que sería el pretexto, se recuperan para el Estado competencias reguladoras del régimen local que se habían centrifugado a algunas Autonomías en las últimas reformas de sus Estatutos.

El asunto de las competencias impropias y la suerte que corre con la Ley de 2013 resultaría bajo este foco esclarecido. Bien es sabido que en el Derecho en general la delimitación de esferas (de competencias, de facultades, de poderes, de casos en general) se puede realizar utilizando dos técnicas: la analítica de enumeración de supuestos o de lista; y la sintética o abstracta de la fórmula general. Esta última recurre invariablemente al empleo de conceptos jurídicos indeterminados. Hay casos en que se emplean simultáneamente ambas fórmulas. En la LBRL, en su redacción originaria de 1985, los artículos 25 y siguientes parecen combinarlas. Si, por una parte, el artículo 25.1 legitima la presencia del municipio para promover toda clase de actividades y prestar cuantos

Ramón Múgica Alcorta
*Las competencias municipales “impropias”
en la reforma del régimen local español*

servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, el apartado 2 de ese mismo artículo enumera una lista de materias que en todo caso son de la competencia municipal, en los términos establecidos por la legislación estatal y autonómica. Ahora bien, entre el listado del artículo 25.2 y el “techo” del 25.1 hay todavía una cámara o espacio donde pueden alojarse las que hemos denominado “competencias impropias” y aún otras, como así resulta de los originarios artículos 27 y 28 de la misma LBRL.

En el orden de las competencias legislativas sobre la materia del régimen local la atribución que hace la Constitución es contundente (son competencia exclusiva del Estado las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, ex art. 149.1.18^a), pero adolece del grado de inseguridad que aqueja al concepto de “bases”, que es un “concepto muelle”. Lo básico es “a priori” indeterminado y no obsta a esta conclusión el que existan definiciones canónicas y de autoridad (como procedentes del Tribunal Constitucional) que traten de fijar sus perfiles. Porque este esfuerzo de definición no deja de ser una huida hacia adelante, como lo revela el que se realice sobre abundancia de conceptos jurídicos indeterminados que obligan a reconocer un margen de apreciación en el trance de su aplicación al caso concreto.

En algunas Autonomías había prendido la sensación, que se manifestó en términos de acusación, de que la delimitación por el Estado de lo que era “básico” en materia de régimen local era excesiva o incluso abusiva, y que el Tribunal Constitucional se había mostrado en este punto condescendiente con el Estado. De ahí que las referidas reformas de los Estatutos de Autonomía que han tenido lugar a partir del año 2006 pretendieran interiorizar o atraer, es decir, autonomizar, el régimen local. En otros términos, lo que perseguían era “invertir” la *competencia de la competencia* tratando de delimitar lo que fueran las “bases” en materia de régimen local ¡desde los propios Estatutos de Autonomía!. Esta operación se realizaba de una manera no tan explícita y grosera como aquí parece darse a entender, sino de un modo más sutil: lo que regulan en materia de régimen local los nuevos Estatutos –quieren decir estos- no es básico ni, por ende, competencia reservada al Estado. Y todo esto se hacía al abrigo de la legitimidad especial que desprende el halo democrático que nimba a los Estatutos de Autonomía.

La Ley de 2013 trataría de atajar los excesos estatutarios, cerrando el ciclo o completando el viaje de ida y vuelta: aquello que se deprendió de la

Ramón Múgica Alcorta
*Las competencias municipales “impropias”
en la reforma del régimen local español*

competencia estatal vía estatutaria retorna a través del argumento financiero, que tiene su expresión normativa en la Ley del 2013. Bien puede decirse que lo que se escapó por la ventana vuelve por la chimenea. Ciertamente, la Ley 27/2013 persigue aquello que dice que se propone: proyectar o aplicar la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad, sobre la esfera del régimen local..., pero de paso consigue (y ya no sé si de propósito o si se trata de una mera consecuencia no buscada) redefinir lo básico en este ámbito amparándose en un nuevo canon de constitucionalidad: al artículo 135 CE, relativo a la salud y control financiero del sector público, que viene de hecho así a reforzar su título de competencia sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

En fin, parece necesario, antes de concluir, hacer alguna precisión adicional de conceptos: no deben confundirse la autonomía local (art. 137, segundo inciso, de la CE con carácter general y otros preceptos del mismo texto fundamental específicos para los municipios, muy especialmente el art. 140) y la competencia (estatal básica y autonómica de desarrollo) para regular el régimen local. Viene al caso este recordatorio porque en los estatutos de nueva generación a que nos hemos referido, aunque se advierte ese propósito de interiorizar la competencia reguladora del régimen local, se salva siempre la autonomía local y la técnica de la garantía institucional con que nuestra Constitución la preserva. ¿Qué consecuencia resulta de este respeto estatutario a la garantía institucional de la autonomía local? Hay en ello un reconocimiento de que se trata de un asunto básico, en el sentido del artículo 149.1 CE y, con ello y por ello, revierte la competencia al Estado. Si esto es así tal vez los temores arriba expuestos sobre la centrifugación de la competencia normativa en materia de régimen local no debería suscitar especiales alarmas ni generar paranoias, y en la interpretación y aplicación de la Ley del 2013, al buscar su “ratio”, su finalidad o espíritu, haya de prescindirse de ese “plus” que significa el propósito (real o imaginado) de recentralizar la competencia sobre el régimen local para ajustarlo estrictamente a lo que la razón económica (la salud financiera del sector local) requiere, que es el único motivo confesado presente en la génesis de dicha ley.

Referencia bibliográfica:

Ramón Múgica Alcorta
*Las competencias municipales “impropias”
en la reforma del régimen local español*

ALONSO HIGUERA, C. *Régimen orgánico y competencias en la Ley de Modernización del Gobierno Local*. Estudios 17, Fundació Carlos Pi i Sunyer, Barcelona, 2004.

ARAGÓN REYES, M. *El tratamiento constitucional de la autonomía local*, en *Organización Territorial del Estado* (Administración Local), volumen I, IEF. Madrid, 1985.

ARANA GARCÍA, E. *El procedimiento administrativo necesario para la prestación de servicios públicos esenciales y la iniciativa pública económica en el ámbito local*. REAL, número 291. 2003.

BALLESTEROS FRENÁNDEZ, A. *Los servicios públicos locales: servicios mínimos, servicios reservados, actuaciones económicas, servicios económicos de interés general y servicio universal*. REAL, número 291. 2003.

BASSOLS COMA, M. *El ejercicio de actividades económicas por los Entes locales*. REGAP, número 7. 1994.

CONSEJO DE ESTADO. *Dictamen 26 de junio de 2013. Número de expediente: 567/2013 (Hacienda y Administraciones Públicas)*, sobre el Anteproyecto de LRSAL.

EMBED IRUJO, A. *Autonomía municipal y Constitución: aproximación al concepto y significado de la declaración constitucional de autonomía municipal*. REDA, número 30. 1981.

ESCRIBANO COLLADO, P. *La autonomía local en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *Organización territorial (Administración Local)*, volumen I, IEF. Madrid, 1985.

FANLO LORAS, A. *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*. CEC. Madrid, 1990.

FONT I LLOVET, T. *Las competencias locales*, en *Informe sobre el Gobierno Local*. MAP. Madrid, 1992.

----- *Las competencias municipales en España ante la Carta europea de la autonomía local*, en *Estudios sobre la Carta europea de autonomía local*. Ajuntament, D.L. Barcelona, 1994.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R. *Autonomía local y leyes sectoriales*. RAP, número 113.

GORDILLO PÉREZ, L. I., «La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria: remiendos nacionales para rotos globales», en Gómez Isa, F., Herrán, A. I., Atxabal, A., *Retos del Derecho ante una economía sin fronteras (125 Aniversario de la Universidad de Deusto)*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2012, pp. 169-175

----- «A propósito de la reforma constitucional de 2011», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 25, 2012, pp. 31-37.

HURTADO ORTS, F. *La iniciativa pública local en la actividad económica*. Civitas. Madrid, 1994.

LASAGABASTER HERRARTE, I. *La Carta Europea de la Autonomía Local*. Iustel. Madrid, 2007.

MARTÍN REBOLLO, L. *El régimen constitucional de las competencias locales*. INAP. Madrid, 1988.

Ramón Múgica Alcorta
*Las competencias municipales “impropias”
en la reforma del régimen local español*

LLISET BORRELL, E. *La actividad empresarial de los Entes Locales*. Abella-El Consultor. Madrid, 1990.

MIR I BAGÓ, J. *El sistema español de competencias locales*. Marcial Pons. Madrid, 1991.

ORTEGA ÁLVAREZ, L. *El régimen constitucional de las competencias locales*. INAP. Madrid, 1998.

ORTEGA ÁLVAREZ, L. y PUERTA SEGUIDO, F. *Las competencias propias de las Corporaciones Locales*. En *Tratado de Derecho Municipal* (obra colectiva dirigida por MUÑOZ MACHADO, S.), Tomo I. 3ª ed. Iustel. 2011

ORTEGA ÁLVAREZ, L. y PUERTA SEGUIDO, F. Comentarios al artículo 2. En el tomo I de la obra colectiva *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, dirigida por REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.

----- *Comentarios a los artículos 25, 26, 27 y 28* [sobre competencias municipales]. En el tomo I de la obra colectiva *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, dirigida por REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.

PAREJO ALFONSO, L. *Garantía institucional y autonomías locales*. IEAL. Madrid, 1981.

----- *La autonomía local en la Constitución española*. En *Tratado de Derecho Municipal* (obra colectiva dirigida por MUÑOZ MACHADO, S.), Tomo I. 3ª ed. Iustel. 2011.

PÉREZ GARCÍA, F. (Director), CUCARELLA TORMO, V., FERNÁNDEZ GARCÍA, A. y HERNÁNDEZ LAHIGUERA, L. *Las diferencias regionales del sector público español*. Fundación BBVA e Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas. Madrid, 2011.

QUADRA SALCEDO, T. DE LA. *Corporaciones locales y actividad económica*. Marcial Pons. Madrid, 1999.

REQUEJO PAGÉS, J.L. *Garantía de a autonomía local y estatutos de autonomía*. RAAP, número 42. Abril-junio, 2001.

RIVERO ORTEGA, R. Las transformaciones del papel económico de los municipios y la necesidad de cambios en la regulación de la intervención económica local. REAL, número 291. 2003.

SALANOVA ALCALDE, R. *Las competencias de los Municipios. Regímenes especiales*, en FANLO LORAS, A. (director), *Estudio sistemático de la Ley de Administración Local de Aragón*. Cortes de Aragón. Zaragoza, 2000.

SÁNCHEZ MORÓN, M. *La autonomía local, antecedentes históricos y significado constitucional*. Civitas-Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, 1990.

----- *La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Administración local*. En *Tratado de Derecho Municipal* (obra colectiva dirigida por MUÑOZ MACHADO, S.), Tomo I. 3ª ed. Iustel. 2011.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1988.

Ramón Múgica Alcorta
*Las competencias municipales “impropias”
en la reforma del régimen local español*

SOSA WAGNER, F. Las competencias de las Corporaciones locales. Madrid, IEAL, 1985.

----- *Los principios del régimen local*. En *Tratado de Derecho Municipal* (obra colectiva dirigida por MUÑOZ MACHADO, S.), Tomo I. 3ª ed. Iustel. 2011.

TORNOS MAS, J. *Competencias municipales para la ordenación y gestión de servicios públicos (especial referencia al suministro de agua, gas y electricidad)*. REALA, número 245. 1990.

VV.AA. Comentarios a la Ley Básica de Régimen local (Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local. Coordinador DOMINGO ZABALLOS, M. Thomson-Civitas, 2ª ed. Navarra, 2005.

Resumen. Este trabajo analiza la implementación efectiva de las medidas de reforma del régimen local español como consecuencia de la legislación de estabilidad presupuestaria. Concretamente, el trabajo se centra en analizar la naturaleza y régimen de las llamadas “competencias impropias” de las entidades locales (competencias no atribuidas expresamente por el ordenamiento, pero que decidieron ejercer en virtud de una concepción amplia de la categoría de la autonomía local). En el fondo, se concluirá, subyace una pugna sobre la competencia legislativa en régimen local.

Palabras clave: reforma municipal, estabilidad presupuestaria, competencias impropias.

Abstract. This paper deals with the effective implementation of the measures concerning the reform of the Spanish local regime and connected to the legislative novelties on budgetary stability. The work shall focus on the analysis of the nature and regime of the so-called "improper competences" of local authorities. By this formula, I mean those competences that are not explicitly attributed by the law but that are somehow exercised in light of a broad concept of the category of local autonomy. Finally, the article shall conclude by underlying an existing conflict on the legislative competence at local level.

Ramón Múgica Alcorta
*Las competencias municipales “impropias”
en la reforma del régimen local español*

Keywords. Local reform, budgetary stability, improper competences

Ramón Múgica Alcorta es Profesor de Derecho Administrativo y Mercantil, Abogado del Estado en excedencia Universidad de Deusto

**Simboli religiosi e laicità: aperture e chiusure
in alcune recenti pronunce***

Elisabetta Palici di Suni

SOMMARIO - 1. Libertà religiosa e laicità. – 2. La sentenza *Achbita* della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Confronto con alcune decisioni della Corte Europea dei Diritti Umani - 3. La recente sentenza della Corte di Cassazione: chiusura totale. - 4. Un diverso approccio: il caso *Multani* di fronte alla Corte Suprema canadese.

1. *Libertà religiosa e laicità*

Con un libro pubblicato nel 1895¹, Georg Jellinek sostiene che la celebre *Déclaration* francese del 1789 deriva dalle costituzioni adottate dagli stati americani dopo la dichiarazione di indipendenza del 1776 molto più che dalle idee dell'illuminismo e in particolare dal Contratto sociale di Rousseau. Ciò che si pone alla base delle prime costituzioni americane e dei cataloghi dei diritti in esse contenute è la libertà religiosa. In molti casi i primi coloni inglesi erano infatti puritani o comunque persone perseguitate nella madre Patria per motivi religiosi. La libertà religiosa e di coscienza acquista perciò un ruolo fondamentale ed è riconosciuta con forza fin dai cosiddetti patti di piantagione del '600 e poi appunto nelle prime costituzioni

* Il contributo non è stato sottoposto a referaggio, in conformità al regolamento della Rivista, in quanto richiesto dalla redazione.

¹ Il libro di Jellinek (*Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte: ein Beitrag zur modernen Verfassungsgeschichte*) è disponibile in due versioni italiane: Georg Jellinek, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. Un contributo alla moderna storia costituzionale*, a cura di G. Bongiovanni, Laterza, Bari, 2002; Id., a cura di D. Nocilla, Giuffrè, Milano, 2002.

Elisabetta Palici di Suni
*Simboli religiosi e laicità: aperture e chiusure
in alcune recenti pronunce*

americane, quali quelle della Virginia, del Maryland e del New Hampshire, approvate nel 1776 subito dopo la dichiarazione di indipendenza.

L'art. V della Costituzione del New Hampshire così stabiliva:

«Ogni individuo ha un diritto naturale ed inalienabile di venerare Dio, in accordo ai dettami della sua coscienza e ragione, e nessun individuo deve essere danneggiato, molestato o impedito nella sua personalità, libertà e proprietà per aver venerato Dio nella maniera e nel momento più gradito ai dettami della sua coscienza, o nella sua professione religiosa, nei suoi sentimenti o persuasione; purché egli non disturbi la tranquillità pubblica e non disturbi altri nella loro pratica religiosa».

La libertà religiosa è dunque alla base della libertà di coscienza e di ogni libertà, e questo valeva in passato, ma mi sembra valga, e molto, anche oggi.

La libertà religiosa deve confrontarsi con il concetto di laicità.

A questo proposito Roberto Mazzola, in un recente convegno a Milano, ha insistito su una distinzione che mi sembra fondamentale: quella tra laicità *de combat* alla francese (antireligiosa) e laicità più inclusiva e tollerante².

Io sono convinta che la laicità debba essere intesa in questo secondo senso, perché la rigidità alimenta il fanatismo e la violenza, mentre la tolleranza spinge al dialogo, al rispetto del pluralismo culturale e religioso e ad una convivenza pacifica, con vantaggi per tutti. Sono quindi contraria a rigidi divieti di portare simboli religiosi, a soluzioni drastiche e sono invece favorevole a soluzioni più flessibili, che cerchino di volta in volta una composizione ragionevole dei diversi interessi.

² La relazione di R. Mazzola, *Libertà religiosa, pluralismo e uso violento delle religioni*, è in corso di pubblicazione negli Atti del Convegno su "Sicurezza e libertà in tempi di terrorismo globale", Milano Bicocca, 12-13 dicembre 2016.

Elisabetta Palici di Suni
*Simboli religiosi e laicità: aperture e chiusure
in alcune recenti pronunce*

2. La sentenza Achbita della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Confronto con alcune decisioni della Corte Europea dei Diritti Umani

Con la sentenza *Achbita* del 14 marzo 2017 (C-157/15), la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha affermato che il datore di lavoro può vietare il velo alle dipendenti. Il caso riguardava una società con sede in Belgio che fornisce servizi di ricevimento e di accoglienza a privati nel settore pubblico e privato. La società aveva posto ai propri dipendenti il divieto di indossare sul luogo di lavoro segni visibili delle loro convinzioni politiche, filosofiche o religiose in forza di una regola non scritta, inserita il 29 maggio 2006 nel regolamento interno ed entrata in vigore il 13 giugno 2006. La sig.ra Achbita aveva comunicato ai propri superiori nell'aprile 2006 che intendeva indossare il velo, aveva ricevuto una risposta negativa ma aveva ribadito la sua intenzione il 12 maggio, dopo un'assenza per malattia. Secondo la Corte di Giustizia il divieto di indossare un velo islamico, derivante da una norma interna di un'impresa privata, non costituisce una discriminazione diretta fondata sulla religione o sulle convinzioni personali.

In questo modo la Corte di Giustizia segue un orientamento che mi sembra si possa qualificare da "laicità alla francese".

All'inizio della motivazione si fanno riferimenti agli artt. 10 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali e 9 della Convenzione Europea dei Diritti Umani sul diritto alla libertà di coscienza e religione, ma nel resto della sentenza la Corte di Giustizia si sofferma solo sul problema dell'esistenza o meno di una discriminazione diretta o indiretta

Secondo la Corte è legittima la volontà di mostrare, nei rapporti con i clienti sia pubblici che privati, una politica di neutralità politica, filosofica o religiosa; tale volontà rientra nella libertà d'impresa.

Elisabetta Palici di Suni
*Simboli religiosi e laicità: aperture e chiusure
in alcune recenti pronunce*

In questo modo mi sembra che il fine economico, di mercato prevalga sui diritti individuali, il riferimento alla libertà d'impresa sulla libertà di coscienza e di religione

La Corte richiama un caso deciso dalla Corte Europea dei Diritti Umani nel 2013, *Eweida e altri c. Regno Unito*, per dimostrare che la libertà d'impresa "consente, entro certi limiti, di apportare una restrizione alla libertà di religione".

Il caso *Eweida*³ riguardava una hostess della *British Airways* che indossava al collo una collanina con una croce. Con la divisa precedente la croce era nascosta dal colletto, ma con il cambio di divisa, più scollata, era divenuta visibile. Ciò che la Corte di Giustizia non dice è che in questo caso la Corte Europea dei Diritti Umani era arrivata a conclusioni opposte rispetto alla decisione *Achbita*.

Nel caso *Eweida* si sottolinea innanzi tutto che la libertà di religione è una libertà individuale di pensiero e di coscienza alla base di una società democratica e che quest'ultima debba tollerare e sostenere il pluralismo e le diversità. Applicando il criterio di proporzionalità la Corte EDU considera, da un lato, il desiderio della sig.ra Eweida di manifestare il suo credo religioso e, dall'altro, il desiderio dell'impresa di proiettare all'esterno una certa immagine. La Corte osserva che la croce indossata dalla sig.ra Eweida era un simbolo discreto e non c'è prova che simboli indossati in passato da altri dipendenti abbiano avuto un impatto negativo sull'immagine della *British Airways*⁴. La Corte rileva dunque una violazione dell'art. 9

³ Cfr. E. Sorda, *Lavoro e fede nella Corte di Strasburgo. Note a margine della sentenza Eweida e altri c. Regno Unito*, in *forumcostituzionale.it*, 14 novembre 2013.

⁴ In motivazione si legge: «the Court has reached the conclusion in the present case that a fair balance was not struck. On one side of the scales was Ms Eweida's desire to manifest her religious belief. As previously noted, this is a fundamental right: because a healthy democratic society needs to tolerate and sustain pluralism and diversity; but also because of the value to an individual who has made religion a central tenet of his or her life to be able to communicate that belief to others. On the other side of the scales was the employer's wish to project a

Elisabetta Palici di Suni
*Simboli religiosi e laicità: aperture e chiusure
in alcune recenti pronunce*

della CEDU (libertà di coscienza e religione) e afferma che non è necessario esaminare il profilo della violazione dell'art. 14 (non discriminazione).

La Corte di Giustizia segue un percorso opposto: nega che ci sia discriminazione e non prende in considerazione il diritto alla libertà di coscienza e religione.

In questi anni la Corte Europea dei Diritti Umani ha adottato molte altre decisioni in materia di libertà religiosa e di simboli religiosi in particolare, arrivando a conclusioni anche diverse rispetto a quelle adottate nel caso *Eweida*.

Nel caso *Dalhab v. Svizzera* del 2001 la Corte EDU ha ritenuto che il divieto di portare il velo, imposto ad un'insegnante di scuola primaria, fosse giustificato dal principio di neutralità dell'insegnamento nelle scuole pubbliche. Nel caso *Leyla Sahin v. Turchia* del 2005, la Corte ha riconosciuto che vietare ad una studentessa di medicina di portare il velo all'università rientrasse entro il margine di apprezzamento dello Stato, secondo il criterio di proporzionalità, e non implicasse una violazione della Convenzione Europea dei Diritti Umani.

Nel 2014 la Corte Europea dei Diritti Umani, nel caso *S.A.S v. Francia* (43835/11), ha ritenuto che la legge francese dell'ottobre 2010, vietando l'occultamento del volto in luogo pubblico, non viola

certain corporate image. The Court considers that, while this aim was undoubtedly legitimate, the domestic courts accorded it too much weight. Ms Eweida's cross was discreet and cannot have detracted from her professional appearance. There was no evidence that the wearing of other, previously authorised, items of religious clothing, such as turbans and hijabs, by other employees, had any negative impact on British Airways' brand or image. Moreover, the fact that the company was able to amend the uniform code to allow for the visible wearing of religious symbolic jewellery demonstrates that the earlier prohibition was not of crucial importance.

... The Court therefore concludes that, in these circumstances where there is no evidence of any real encroachment on the interests of others, the domestic authorities failed sufficiently to protect the first applicant's right to manifest her religion, in breach of the positive obligation under Article 9».

Elisabetta Palici di Suni
*Simboli religiosi e laicità: aperture e chiusure
in alcune recenti pronunce*

la CEDU, perché il velo integrale pone problemi di sicurezza, rispetto ai quali c'è un margine di apprezzamento da parte degli Stati. Secondo l'opinione dissenziente di due giudici (Nussberger e Jäderblom), però, si tratta di un motivo proporzionato solo in un contesto in presenza di una minaccia alla sicurezza pubblica, ma una proibizione così ampia non è necessaria in una società democratica.

A maggior ragione, nel caso *Achbita* deciso dalla Corte di Giustizia, sembra che una ditta possa restare ed apparire neutra dal punto di vista religioso anche se un suo dipendente indossa un velo islamico, così come altri potranno indossare un crocifisso o una medaglietta con l'immagine della Madonna o altro. La neutralità religiosa di una ditta non pare compromessa se i suoi dipendenti sono di orientamenti e religioni diverse.

Si tratta di un approccio più accomodante e tollerante, secondo me preferibile.

Purtroppo in Europa e anche in Italia sembra tuttavia prevalere un'impostazione più rigida e chiusa.

3. La recente sentenza della Corte di Cassazione: chiusura totale

Un esempio di approccio rigido è quello della recentissima decisione della Corte di Cassazione depositata il 15 maggio 2017. Un indiano Sikh era stato condannato ad una pena di duemila euro perché trovato dalla polizia locale in possesso di un coltello, portato alla cintola. L'indiano aveva obiettato che indossare un turbante e il pugnale (*Kirpan*) rientra nelle prescrizioni della sua religione. Va ricordato che secondo i Sikh ogni uomo deve portare il *Kirpan* e utilizzarlo solo se si trova nella necessità di difendere una persona più debole minacciata.

La Corte di Cassazione afferma "il principio per cui nessun credo religioso può legittimare il porto in luogo pubblico di armi o di oggetti atti a offendere".

Elisabetta Palici di Suni
*Simboli religiosi e laicità: aperture e chiusure
in alcune recenti pronunce*

La Cassazione cita a sostegno della sua decisione la Convenzione Europea dei Diritti Umani e la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani. Cita anche la sentenza *Eweida*, ma la cita in modo errato!

Secondo la Cassazione, cito alla lettera, «nella causa *Eweida* e altri contro Regno Unito del 15 gennaio 2013, la Corte ha ritenuto la legittimità delle limitazioni alle abitudini di indossare visibilmente collane con croci cristiane durante il lavoro e ha suffragato l'opinione ricordando che, nello stesso ambiente lavorativo, dipendenti di religione Sikh avevano accettato la disposizione di non indossare turbanti o *Kirpan* (in questo modo dimostrando che l'obbligo religioso non è assoluto e può subire legittime restrizioni)».

Come si è visto, però, la Corte EDU afferma, *al contrario*, che applicando il principio di proporzionalità si deve riconoscere il diritto della sig.ra *Eweida* di indossare la croce nel suo lavoro di hostess alla *British Airways*.

Ma c'è un secondo errore clamoroso: nel caso *Eweida* la Corte Europea ricorda che la *British Airways* aveva ammesso la possibilità di indossare i turbanti e i braccialetti d'argento dei Sikh, così come l'*hijab* delle musulmane, in deroga al codice di vestiario, che pure non ammetteva alcun simbolo religioso: non è l'obbligo religioso a non essere assoluto, ma il codice di vestiario!

Si tratta di errori molto grossolani e mi chiedo come siano possibili in una sentenza pronunciata dalla nostra Corte Suprema. Possibile che non siano in grado di leggere e capire una sentenza scritta in inglese e francese?

A parte problemi di comprensione linguistica, è comunque l'impostazione rigida che mi sembra da respingere⁵. Un indiano Sikh che cammina indossando il costume tradizionale con turbante e

⁵ In senso opposto, per un commento favorevole alla sentenza, v. M. Mantello, *Niente pugnale sacro in pubblico. La giusta sentenza della Cassazione*, in *MicroMega* 3/2017.

Elisabetta Palici di Suni
*Simboli religiosi e laicità: aperture e chiusure
in alcune recenti pronunce*

pugnale alla cintura non costituisce, a mio avviso, un problema per la sicurezza pubblica, non attenta alla sicurezza. Non più di una signora che abbia appena comprato un coltello per tagliare il pane o l'arrosto, o di un pensionato che abbia comprato un'accetta per tagliare la legna e la stia portando a casa.

4. *Il caso Multani di fronte alla Corte Suprema canadese*

Un orientamento opposto a quello seguito dalla nostra Corte di Cassazione si trova in un caso famoso, il caso *Multani*, risolto dalla Corte Suprema del Canada nel 2006⁶. La questione riguardava uno studente Sikh che per la sua fede era tenuto ad indossare anche a scuola un pugnale (il *Kirpan*). La Corte accoglie il ricorso del ragazzo e ritiene illegittimo il divieto assoluto di indossare il *Kirpan* a scuola (limitazioni proposte dal Consiglio scolastico erano state accettate dal ragazzo, ma in un secondo tempo i commissari della scuola avevano rifiutato l'intesa e vietato il *Kirpan* in assoluto). Rispetto alle esigenze di sicurezza nella scuola si sottolinea che lo studente non ha mai avuto problemi di comportamento a scuola, né ha mai avuto atteggiamenti violenti. La religione Sikh predica il pacifismo. In 100 anni da quando i Sikh frequentano le scuole in Canada non ci sono mai stati episodi di violenza legati alla presenza del *Kirpan* nelle scuole. Tutto ciò induce a ritenere sproporzionato un divieto assoluto di indossare il *Kirpan* a scuola. Un valore molto importante della società canadese è la tolleranza religiosa. Anche a livello educativo occorre promuovere il multiculturalismo, la diversità e il rispetto dei diritti degli altri.

⁶ Cfr. R.W. Bauman, *Multiculturalism and religion in Canada: the Kirpan Case*, in D. Amirante e V. Pepe (cur.), *Stato democratico e società multiculturale. Dalla tutela delle minoranze al riconoscimento delle diversità culturali*, Giappichelli, Torino, 2011.

Elisabetta Palici di Suni
*Simboli religiosi e laicità: aperture e chiusure
in alcune recenti pronunce*

Una impostazione dunque opposta rispetto a quella della nostra Corte di Cassazione.

Io credo che un orientamento più tollerante e rispettoso del pluralismo e della libertà religiosa sia da preferire, perché favorisce un clima più disteso e stempera atteggiamenti di fanatismo e di violenza, che sono invece alimentati proprio da chiusure e rigide contrapposizioni.

Abstract: L'equilibrio tra libertà religiosa e laicità rappresenta una delle sfide del costituzionalismo contemporaneo. Muovendo da un'adesione ad un'idea di laicità inclusiva e tollerante, l'Autrice prende in esame alcuni casi recenti, come quello *Achbita* della Corte di Giustizia e quello sul *Kirpan* della Corte di cassazione, per rilevare criticamente in entrambi i casi l'approccio troppo rigido mostrato il punto di libertà religiosa del singolo.

Abstract: The balance between religious freedom and constitutional secularism is one of the major challenges of contemporary constitutionalism. Moving from a preference for an inclusive and tolerant way of dealing with such issues, some recent cases are taken into consideration (the *Achbita* decision of the CJEU and the *Kirpan* case rendered by the Italian Court of cassation) and critically examined because of their too rigid approach toward the individual aspects of religious freedom.

Keywords: religious freedom, secularism, Kirpan, Achbita, laïcité

Le finzioni di *Marbury vs. Madison*
e la *rule of law* d'America*

Nicola Cezzi

Vent'anni fa Paul W. Khan, docente presso la Yale Law School, pubblicava *The Reign of Law - Marbury v. Madison and the Construction of America* (Yale University Press, New Haven CT, Londra, 1997, xii-306), tre le più virtuose letture del caso *Marbury v. Madison* (5 U.S. 137, 1803).

Per una sorta di convenzione si tende a considerare il caso *Marbury* come la prima affermazione di sindacato di costituzionalità sulla legislazione. Ma, al di là del consolidamento di studi che lasciano capire come la fenomenologia del *judicial review* nell'ordinamento statunitense sia molto complessa, con radici profonde anche nell'esperienza coloniale, e che in ogni caso si diano affermazioni di questa *dottrina* precedenti al caso *Marbury*, risale ormai agli inizi del Novecento l'afflato della cultura costituzionale americana verso la costruzione di una propria 'storia delle idee' – «come se gli studiosi e gli intellettuali americani», costantemente «incapaci di ricordare» perché digiuni di pensiero post-rivoluzionario, quando all'inizio del Novecento «l'America emerse dal suo isolamento, si sentissero in dovere di ripetere con l'inchiostro e la stampa ciò che in altri paesi era stato scritto col sangue» [ARENDRT 106, 252]. E nell'ispirazione di questa tendenza non è più raro imbattersi in una disamina del caso che inizi con un caveat di questo tipo: *Marbury* è sì (divenuto) un monumento della giustizia costituzionale, ma è anche una violenta dimostrazione di forza politica di una fazione in lotta con l'altra ed espressione di un attivismo giudiziario *ante litteram*.

In sintesi: John Marshall era appena stato nominato Chief Justice della Corte Suprema da parte del presidente 'Federalista' John Adams, sotto la cui amministrazione aveva anche svolto la funzione di

* Il contributo non è stato sottoposto a referaggio, in conformità al regolamento della Rivista, in quanto richiesto dalla redazione.

Segretario di Stato; Adams, sconfitto dal 'Repubblicano' Thomas Jefferson alle elezioni del 1800, nei mesi di *prorogatio* del suo mandato aveva adottato un provvedimento di integrazione del sistema giudiziario federale, che prevedeva, tra l'altro, la creazione di nuove circoscrizioni giudiziarie, con conseguenti nomine di nuovi giudici; poche ore prima dell'insediamento di Jefferson, Adams aveva nominato una sessantina di giudici 'Federalisti', tra cui William Marbury; le nomine vennero tutte approvate in blocco dal Senato, e l'ultimo passaggio per l'entrata in carica dei nuovi giudici era il decreto di nomina, di competenza Segretario di Stato, carica che in quei giorni era ancora ricoperta da John Marshall; si trattava tuttavia di un atto vincolato, non discrezionale, tanto che Marshall, quando dovette far posto al nuovo Segretario di Stato nominato da Jefferson, concentrandosi *esclusivamente* sul nuovo ruolo di Chief Justice della Corte Suprema, non si crucciò del fatto che non tutti questi decreti fossero stati emanati (e quello del signor Marbury era appunto tra quelli mancanti); tuttavia Jefferson, una volta insediatosi, accusati i suoi avversari 'Federalisti' di essersi barricati nei tribunali dopo esser stati sconfitti ai seggi, diffidava i suoi ministri dall'eseguire le nomine e, annullando il provvedimento adottato da Adams, provocava la reviviscenza della legge previgente (il Judiciary Act del 1789); William Marbury invocava così tutela ricorrendo direttamente alla Corte Suprema, con un'azione che si fondava sulla sua giurisdizione così come estesa (rispetto alla previsione dell'art. III della Costituzione) proprio dal Judiciary Act del 1789; ma la Corte guidata da Marshall, pur riconoscendo il diritto di Marbury alla nomina e ritenendo che la sua lesione dovesse essere riparata, negava la propria giurisdizione dichiarandone incostituzionale l'ampliamento disposto dal citato Judiciary Act: fu quindi con riguardo a quella che si presentava come una pregiudiziale di rito (ma affrontata solo dopo il merito) che la Corte guidata da Marshall sintetizzava la nota formula del sindacato di costituzionalità (*It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is...*). E il signor Marbury non divenne mai giudice.

La riflessione proposta da Kahn rileva come contro-storicizzazione del caso *Marbury*, col fine dichiarato di portare a emersione la 'vera' dirompenza di questa sentenza: l'invenzione della *rule of law* d'America. La tesi è molto colta e articolata, ma anch'essa

muove dai dati empirici sottostanti al caso che sono stati appena tracciati.

Con le elezioni del 1800 per la prima volta nella breve storia costituzionale statunitense un nuovo partito aveva conquistato entrambi i rami del potere (esecutivo e legislativo); poiché i partiti non avevano ancora elaborato quella affettata regolarità caratteristica della politica moderna e dei cambi di amministrazione, non vi era alcun limite alla polarizzazione ideologica; e l'accesa campagna elettorale era andata direttamente al cuore del significato del nuovo ordine costituito. Qual era la relazione tra ordine costituzionale americano e battaglia rivoluzionaria? Quale sarebbe stata la risposta americana alla Rivoluzione francese e ai moti che si diffondevano in Europa? La nuova nazione avrebbe dovuto riconoscere il proprio retaggio rivoluzionario o accordarsi con la stabilità di un ordine giuridico? Diritto e rivoluzione si fronteggiavano, dunque, nello sforzo di capire tanto la narrativa interna dell'identità politica americana quanto il rapporto della nuova nazione con il vecchio mondo. «Partiti politici, rivoluzione e diritto fornivano la panoplia di forze rispetto alle quali l'identità politica americana andava fissata» [p. 10].

Nella sua idea dell'identità politica americana, Jefferson più di tutti era giunto a una visione di rivoluzione permanente. Egli proponeva periodiche ribellioni come medicina necessaria per la salute dell'ordinamento e riteneva che il vigore di tutte le leggi, compresa la Costituzione, dovesse cessare dopo diciannove anni, al fine di permettere a ogni generazione di sentire come proprio l'assetto giuridico. Sin dai suoi primi indirizzi ai cittadini, risaltava in Jefferson l'appello al volere della maggioranza contro quell'allineamento di *common law*, corti, centralizzazione ed esercito nazionale cui aveva condotto l'amministrazione 'Federalista'; e la sua risposta alla riforma del sistema giudiziario di Adams consisteva nel sostenere che la carica di un giudice federale dovesse durare solo fino a quando la legge che aveva permesso quella nomina fosse rimasta in vigore e nell'impiego dell'*impeachment* contro quei giudici che avessero osato dichiarare incostituzionale un Atto del Congresso. In una sorta di 'seconda Rivoluzione', Jefferson stava in altri termini denunciando l'origine delle corti federali in atti politici di parte: la struttura e i titolari degli uffici giudiziari federali, al pari delle leggi ivi impiegate, non deriverebbero da una qualche astratta comprensione o visione della

regola di diritto, ma da particolari attività politiche portate avanti da politici che nella migliore delle ipotesi, muovevano pur sempre da un concetto conflittuale di bene pubblico; le corti quindi non erano altro che il prodotto della politica nazionale e il diritto da queste dichiarato «non può pretendere di incarnare un più alto ordine o una maggiore virtù rispetto a quelle altre forme di politica popolare», anzi non esisteva alcuna linea di demarcazione tra regola di diritto e politica: per Jefferson «vi era solo una politica migliore e una peggiore», e la vittoria elettorale «provava che la sua era la politica migliore» [p. 14-15]. E si badi – nota Kahn – che se Marshall, nel momento in cui aveva giurato come giudice federale, non aveva sentito il contemporaneo dovere di dimettersi da Segretario di Stato, evidentemente neanche per lui sussisteva grande differenza o incompatibilità tra incarichi prettamente politici e ufficio giudiziario.

Nella sentenza *Marbury* non si trova alcun cenno a tutto questo retroterra politico. Addirittura il Segretario di Stato di Jefferson, James Madison, si rifiutò di apparire davanti alla Corte per ribattere alle pretese del signor Marbury, quasi in segno di disconoscimento del valore del caso. E il silenzio dell'amministrazione Jefferson rappresentava una forma di esercizio del potere politico: Jefferson era convinto che l'autorità dell'opinione pubblica avrebbe prevalso, poiché quella della Corte non era l'affermazione di un primato giuridico sulla base della verità della regola di diritto, ma semplicemente una posizione politica.

Tuttavia, l'eccezionalità del caso *Marbury*, il principale dei motivi per cui ancora oggi se ne leggono gli estratti, sta proprio in ciò: Jefferson e la sua politica restano fuori dal caso, e a ricordarsi oggi è solo la *opinion of the Court* (e a stento colui che la ispirò, Marshall): «Jefferson è sparito dal caso – scrive Kahn – e con lui la sua visione della politica come rivoluzione. Ci è stato lasciato solo l'ascolto della voce della Corte, che parla in nome della regola di diritto». In *Marbury* il diritto rimane così distinto dall'azione politica: Jefferson può aver vinto le elezioni, ma, dice la Corte, il nostro è un ordinamento di diritto, non di uomini. *Marbury*, in altri termini «non rappresenta un passo verso il potenziamento politico della Corte ma un accantonamento dell'azione politica da parte della regola di diritto» [p. 16]. Il potere della sentenza sta «precisamente nella sua abilità a condurre il lettore in un'apparenza del diritto che la sentenza

stessa crea»: leggendola e rileggendola «vediamo solo la regola di diritto con le sue rivendicazioni circa l'indifferenza verso gli attori politici individuali, la stabilità, e la rappresentazione del popolo». La storia della regola di diritto inizia, dunque, «con la soppressione del conflitto politico riguardo la stessa regola di diritto», che è la prima componente del sistema di apparenze su cui è fondata [p. 17].

Muovendo da questa premessa, Kahn accompagna il lettore in un percorso di storicizzazione della *rule of law* attraverso un libro ricchissimo di suggestioni in cui si articola la fitta rete di credenze (*appearances*) su cui si baserebbe l'idea americana di regola di diritto.

Nella cultura giuridica di *Marbury*, l'idea di diritto (regola di-) sembra basarsi su una combinazione di tre finzioni. In virtù della prima, la regola di diritto è permanente, stabile, guarda al futuro solo come a uno spazio per una sua auto-replicazione senza fine: di qui l'essenziale storicità del diritto. In secondo luogo la regola di diritto non è regola degli uomini, ma è la regola di nessuno: di qui l'anonimato di chi agisce in suo nome e l'intrinseca eguaglianza tra chi adotta e chi subisce il comando. Inoltre la regola di diritto è espressione della sovranità popolare, in quanto rappresentazione del popolo (una regola è autoritativa in quanto rappresentativa). Tutte e tre le *appearances* integrano così la grammatica del diritto: descrivono, infatti, «il soggetto (nessuno), il verbo (rappresentare), il tempo (passato) e l'oggetto (il popolo sovrano) del diritto» [p. 24].

Ma questo apparato di finzioni non è che il più epidermico, poiché da un lato si fonda a sua volta su un'apparenza o contraddizione più generale, e dall'altro dà seguito a un intreccio di altre finzioni sempre più fitto.

La regola di diritto, infatti, si impone per mezzo della violenza, nascendo da una fondazione rivoluzionaria, ma per potersi affermare come regola dalla rivoluzione si deve separare: quello che Arendt ha chiamato il «paradosso delle fondazioni» richiede appunto che la regola di diritto si distingua da quella degli uomini, ri-presentandosi a loro (e questi devono riconoscerla) in un corpo che sia segno tangibile del sacrificio rivoluzionario. Una rivoluzione, infatti, appartiene alle persone nel momento in cui queste ne esprimono un significato nei sacrifici che sono disposte a compiere e il sacrificio è l'iscrizione sul corpo di questo significato ideale: se il corpo sfregiato è simbolo tangibile del significato politico per il quale l'individuo è disposto a

dare se stesso, il corpo sfregiato è sempre un testo pubblico. Il momento giuridico, quindi, inizia con l'atto della lettura di un corpo così segnato e il sacrificio fa del corpo un testo, un portatore di un'autentica testimonianza. Per sintetizzare con Arendt: l'atto della fondazione (Costituzione) rappresenta quell'assoluto di cui anche l'America ha avuto bisogno per sfuggire all'onta dell'arbitrarietà che macchia ogni nuovo cominciamento [ARENDR 244].

Dopo aver mosso da questa considerazione comune alla studiosa tedesca, Kahn dichiara di discostarsene affermando che l'esperienza fondativa americana cristallizzata da *Marbury* ha dimostrato che la rivoluzione può presentarsi come rivelazione di una nuova verità politica: il disaccordo starebbe nel fatto che Arendt, secondo la lettura che ne dà Kahn, nel sostenere che la rivoluzione non contiene alcuna verità che possa essere espressa nel diritto perché non contiene alcuna verità separata dalla sua esperienza da parte dell'individuo, insisterebbe a «leggere l'esperienza rivoluzionaria di un 'nuovo inizio' nei termini dell'esperienza greca di azione politica, invece che nei termini dell'idea religiosa della rivelazione». È vero che, stando al paradosso della fondazione, l'azione rivoluzionaria deve culminare nella legge, ma mentre Arendt – sempre a dire di Kahn – cercherebbe di risolvere questa contraddizione tramite una visione di perpetua rivoluzione, la via americana inaugurata da *Marbury* insegna che «la rivoluzione non è autorizzata a rappresentare un accesso privilegiato alla politica più di quanto non lo sia il diritto» [p. 56-57]. In altri termini, poiché l'azione politica è un'asserzione di novità che il diritto disconosce e a sua volta il diritto è un mantenimento dell'ordine che l'azione disconosce, per Kahn, non si può risolvere il paradosso scegliendo uno dei due termini.

Kahn svolge allora due considerazioni. In primo luogo il sistema di apparenze americano avrebbe inglobato la possibilità della rivoluzione *all'interno* del diritto (si pensi all'«autorizzazione» permanente alla ribellione fissata nella Dichiarazione d'indipendenza), presentandola appunto come possibilità, come potenza, mentre il diritto (la regola di-) viene presentato come eredità rivoluzionaria: una nuova rivoluzoine, dunque, non si sentirà necessaria finché si crederà (di vivere) nella verità rivoluzionaria presentata dal diritto. Con altre parole, nell'America di *Marbury* diritto e rivoluzione sono diversi modi per esprimere una sola idea di libertà: sono le forme identiche

all'interno delle quali gli americani concepiscono il (popolo) sovrano che fa la storia [p. 69]. E la rivoluzione appare solo all'interno di un contesto politico che è parimenti definito dal dritto: «la rivoluzione è la concezione che il diritto ha di azione politica» [p. 98].

In secondo luogo, come visto, il corso che dalla rivoluzione porta al diritto (e ad attribuire a questo l'esclusiva sulla verità rivoluzionaria) passa necessariamente attraverso un corpo sul quale il popolo deve rinnovare il sacrificio rivoluzionario: rinnovare cioè l'adesione a quella verità. E dal corpo non si può che passare al testo, perché l'unico atto conoscibile del quale il (popolo) sovrano è capace è un atto di scrittura [p. 187]: così, ad esempio, al posto di una reverenza verso il corpo dei padri costituenti, che stavano scomparendo, nell'ardore secessionista Abraham Lincoln avrebbe invocato una reverenza per la costituzione e le leggi, che possono durare indefinitamente. Il sacrificio è il processo attraverso il quale le idee sono incorporate in artefatti storici (personaggi, ma soprattutto testi fondativi): il diritto (regola di) quindi ri-presenta la verità rivoluzionaria attraverso il corpo del testo costituzionale.

Una quarta finzione può essere dunque così riassunta: la rivoluzione esiste solo *all'interno* dell'ordine costituito. Ma questa apparenza ne chiama necessariamente un'altra.

Se la regola di diritto ri-presenta permanentemente la verità fondazionale, allora la regola di diritto basa il suo carattere ri-presentativo sulla finzione di un atto fondativo adottato dal sovrano che la continui a legittimare. Ma, si sarà ormai notato, così ragionando manifestazione del diritto (Costituzione) e sua fonte (Rivoluzione) divengono concettualmente separati, e col passare del tempo la distanza non potrà che dilatarsi sempre più: affinché allora la prima resti attuale (affinché il diritto sia sentito giusto/legittimo/ri-presentativo della seconda), è necessario ricercare un'apparenza di unità, è necessario cioè ricomporre questa separazione in tutti i casi della vita dei consociati in cui essa viene continuamente a emersione, nella forma di conflitto tra regola di diritto e novità politiche rivoluzionarie (con le sembianze che queste ultime posso prendere: comprese le leggi dell'assemblea rappresentativa). E se, come visto, il sacrificio «è il processo attraverso il quale le idee sono incorporate in artefatti storici» (testi fondativi), «l'interpretazione è il processo

inverso attraverso il quale il contenuto ideale dell'artefatto storico è reso reale» [p. 89].

Da questa considerazione Kahn trae la conclusione secondo cui non è la Costituzione a imporre il *judicial review* (ovvero un'opinione sulla conformità a Costituzione delle novità politiche), ma è il *judicial review* (ovvero la ri-presentazione della verità costituzionale nell'azione politica) a presentare e quindi a rendere la Costituzione diritto permanente. Ed è in questo senso che la Costituzione è stata 'usata' dalla Corte *Marbury*: la carta diventa una strategia argomentativa (è stato il popolo, nel suo atto fondativo, e non la Corte nella sua sentenza, a volere che la Costituzione fosse diritto permanente) attraverso la quale sottrarre il diritto al confronto/confitto con una nuova rivoluzione. La Corte mette astutamente nella testa del popolo «lo strategico bisogno di un'apparenza di permanenza», dando così l'idea che «il popolo, e non la Corte, volesse che la Costituzione fosse diritto permanente»: e in ciò consiste «il nostro massimo mito del diritto» [p. 169]. La Costituzione diventa, in altre parole, una reificazione della funzione propria della Corte.

La ricerca di questa riconduzione a unità, poi, è portata avanti tramite vari espedienti retorici, tra cui quello della scomparsa del giudice. Il singolo giudice si deve identificare con tutta la corte, e ciò per il principio dell'anonimato della regola di diritto che richiede la soppressione della paternità (e, come notato, il conflitto politico tra 'Repubblicani' e 'Federalisti' scompare dalla sentenza). Da qui l'avversione alla logica delle opinioni separate (*seriatim opinions*), ritenuta da Marshall non idonea al neonato ordine costituzionale americano: e infatti della sentenza il Chief Justice rimane ideatore e redattore occulto, ma al pubblico viene presentata come *Opinion of the Court*. «Abbiamo perso di vista tutti gli attori reali: Jefferson, Madison, Marshall, e Marbury. Al loro posto vediamo solo 'il popolo'. La massima vittoria del diritto è quando non scorgiamo più noi stessi» [p. 174]. In questo modo la Corte *Marbury* inaugura l'ideale (di breve durata) dell'unanimità nelle decisioni giudiziali [A. DI MARTINO 65-168].

Questa quinta finzione estratta dal caso *Marbury* può dunque così sintetizzarsi: l'interpretazione della Costituzione è diritto (regola di-). Ma ancora non basta.

Se la regola di diritto ri-presenta il popolo sovrano nella Costituzione, e se l'opinione della Corte esprime questo concetto di regola di diritto, allora anche l'opinione della Corte (e quindi la Corte stessa) è ri-presentativa dell'opinione del popolo. Ciò che avrebbe posto l'ordinamento americano in una posizione mai raggiunta in Francia, dove contemporaneamente si sperimentava la stessa tipologia di effetti rivoluzionari dell'opinione popolare: ma lì la volontà popolare (generale) era divenuta fonte di dispotismo. In America è nell'opinione giudiziale che il diritto rivela l'eredità rivoluzionaria. L'opinione del popolo, rappresentata dalla Corte, può così affrontare qualsiasi altra manifestazione dell'azione politica: può cioè reggere il confronto con qualsiasi altra rivendicazione di rappresentazione dell'opinione popolare (e, se ritenuta rivoluzionaria in senso stretto, negarla). Al di fuori della sua rappresentazione nel diritto, l'opinione del popolo non esiste: è in questo punto cioè che «si intersecano» «ragione» (stabilità della regola), «eguaglianza» (la regola è di tutti e di nessuno) e «libertà» (la regola è stata scelta dal popolo) [p. 212].

Una sesta apparenza, dunque, può essere così riassunta: l'interpretazione costituzionale (e la regola di diritto che dichiara) è rappresentativa del popolo.

Ma il fatto che l'opinione della Corte rappresenti un'opinione del/sul popolo, e che quindi, idealmente, opinione della Corte e opinione del popolo coincidano, non significa che questo ideale possa essere realizzato pienamente. In quanto rappresentazione l'opinione della Corte è pur sempre un'interpretazione: la regola di diritto è quindi «un'apparenza cangiante di permanenza, non una struttura oggettiva» [p. 237].

La Costituzione espressione del (popolo) sovrano, infatti, resta un testo pubblico che può essere consultato nella sua immediatezza: resta un oggetto da leggere. E poiché del sovrano è possibile avere solo opinioni – e non una conoscenza definitiva – e poiché il testo-simbolo del sovrano non ha il potere di risolvere conflitti sul proprio significato o di porre fine allo sviluppo di ulteriori commenti, ogni nuova lettura diventa un altro commento che sarà poi considerato da altri lettori nei futuri commenti: l'interpretazione, quindi, se da un lato viene presentata come necessaria, dall'altro è al contempo mai finita. Il «pluralismo» diviene così «conseguenza inevitabile di un'autorità costruita attorno a un testo originario». «Noi americani»,

conclude Kahn, «non siamo semplicemente un popolo con un testo; noi siamo un popolo testualizzato» [p. 220-1].

Si giunge così al termine di questo virtuoso viaggio nel sistema di convenzioni che a partire dal caso *Marbury* permetterebbe agli americani di vivere sotto una loro *rule of law*: ed è questo, sembra aggiungere Kahn, il compito della riflessione attorno al fenomeno giuridico. Non andrebbe infatti troppo enfatizzata l'utilità di quelle esercitazioni post-moderniste tutte orientate allo svelamento della separazione tra manifestazione del diritto e sua fonte, quasi a voler cercare basi alternative per il carattere rappresentativo della regola di diritto. L'oggetto della critica di Kahn (che da questo punto di vista prende le mosse e sviluppa quella già svolta da Arendt, ricordata all'inizio) è l'attività di monumentalizzazione della storiografia costituzionale americana inaugurata nel Novecento, almeno a partire dal lavoro di Charles A. Beard sulla *Economic Interpretation of the Constitution of the United States* (1913), il quale, dimostrando come la Costituzione stessa fosse espressione degli interessi economici dei padri fondatori, sarebbe stato il primo ad attirare l'attenzione sul collasso della distinzione tra espressione di diritto e fonte del diritto: un'attenzione mai più discostata, che ha avvitato in una sorta di sindrome di Stoccolma questa cultura costituzionale, di cui le esasperazioni del *living constitutionalism* e dell'*originalism* costituiscono una significativa espressione. La separazione dell'espressione del diritto dalla fonte del diritto – sostiene Kahn – è una necessità interna, strutturale, della regola di diritto e una volta svelata l'apparenza dell'unità incarnata nella regola di diritto, rimane solo conflitto: non ci sono vie di mezzo tra auto-comprensione politica e mantenimento del diritto, non esiste una verità del diritto dentro il diritto. Il conflitto tra diritto e rivoluzione è vissuto come un conflitto tra passato e futuro, tradizione e possibilità: «il conflitto, non il compromesso, caratterizza la nostra esperienza del politico» [p. 76].

Al di fuori del monito rivolto ai suoi colleghi d'America, che a distanza di vent'anni è possibile ritenere sostanzialmente inascoltato, resta un lavoro che può considerarsi degna prosecuzione dell'insegnamento di Hannah Arendt, a cui Kahn sembra voler apporre una fine costruzione teorico-generale all'interno della quale leggere la rivoluzionaria esperienza americana e spiegare la grande profezia che l'autrice tedesca formulava all'inizio degli anni Sessanta:

«Davanti allo strano fatto che la venerazione della costituzione in America è sopravvissuta a più di cent'anni di minuziosi esami e di violente smitizzazioni critiche del documento, non meno che di tutte le "verità" che ai fondatori parevano di per se stesse evidenti, si è tentati di concludere che il ricordo dell'evento – un popolo che deliberatamente fonda un nuovo stato – ha continuato ad ammantare il risultato pratico di quell'atto, ossia il documento, di un'aura di timore reverenziale, che ha difeso tanto l'evento quanto il documento dagli attacchi dei tempi e delle mutate circostanze. E si è magari tentati di profetizzare che l'autorità della repubblica resterà salda e intatta finché l'atto stesso, il cominciamento come tale, sarà ricordato ogni volta che sorgeranno questioni costituzionali nel senso più rigoroso del termine» [ARENDE, 234].

BIBLIOGRAFIA

- ARENDE H., *Sulla Rivoluzione* (Einaudi, Torino, 2006, 2009, trad. ital. di M. Magrin)
- BARBISAN B., *Nascita di un mito. Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti* (Il mulino, Bologna, 2008)
- DI MARTINO A., *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali – Uno studio comparativo* (Jovene, Napoli, 2016)
- GOEBEL J., JR., *Antecedents and Beginnings to 1801*, in *The Oliver Wendell Holmes Devise History of the Supreme Court of the United States*, Vol. I (MacMillan Publishing Co., New York NY, 1971; Cambridge University Press, Cambridge MA, 2010)
- KAHN, P.W., *Legitimacy and History - Self-Government in American Constitutional Theory* (Yale University Press, New Haven CT, Londra, 1992)

REGOLAMENTO SULL'INVIO E LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA DEI CONTRIBUTI DESTINATI ALLA “RIVISTA DI DIRITTI COMPARATI”

1. La *Rivista di diritti comparati* pubblica, con cadenza quadrimestrale, articoli sottoposti a procedura di valutazione scientifica (*peer review*), al fine di verificarne la compatibilità con i requisiti di scientificità e di trasparenza, nel rispetto del pluralismo metodologico.
2. Gli articoli devono pervenire in formato word all'indirizzo e-mail di uno dei direttori della Rivista e devono essere redatti secondo quanto prescritto dalle “Norme editoriali”.
3. Gli articoli devono essere inediti e non destinati ad altra sede di pubblicazione. Non costituisce ostacolo all'accettazione la precedente pubblicazione del contributo in *Diritti comparati – Working Papers*.
4. I direttori della Rivista redigono e curano l'aggiornamento di un elenco di revisori, selezionati tra professori e ricercatori italiani e stranieri del settore delle scienze giuridiche. I contributi in lingua diversa dall'italiano vengono assegnati in valutazione a revisori con specifiche conoscenze linguistiche.
5. Ogni articolo viene valutato preliminarmente dai direttori, al fine di verificarne la compatibilità e l'interesse con gli ambiti scientifici di interesse della Rivista, come descritti in sede di presentazione.
6. All'esito positivo del vaglio preliminare, gli articoli sono inviati a due revisori selezionati dall'elenco di cui al punto 4. I contributi vengono valutati nel rispetto del meccanismo *double blind*. I revisori redigono una scheda di commento dell'articolo, evidenziandone pregi e difetti riferiti unicamente alla qualità scientifica e formulando proposte di revisione o consigliando di non pubblicare l'articolo. In caso di radicale difformità di giudizio dei due valutatori la Direzione procede ad una valutazione comparativa e assume le opportune determinazioni.
7. Non sono sottoposti a referaggio i contributi richiesti dalla direzione, quelli provenienti dai membri del comitato scientifico della Rivista o per le ragioni di cui si dà espressa indicazione all'inizio dei singoli contributi. I contributi destinati alla sezione Recensioni sono sottoposti a un singolo referaggio cieco.
8. L'autore riceve la scheda redatta dal revisore al fine di adeguarsi alle proposte formulate o di motivare circa il mancato adeguamento. L'articolo viene pubblicato se i direttori ritengono soddisfatte le richieste di revisione formulate dai revisori.
9. La documentazione relativa al referaggio è conservata dalla redazione per tre anni. L'elenco dei revisori effettivamente coinvolti nell'attività di valutazione scientifica viene reso noto in un'apposita sezione della *Rivista* ogni due anni.

LINEE GUIDA ETICHE

La **Rivista di diritti comparati** intende garantire la qualità dei contributi scientifici ivi pubblicati. A questo scopo, la direzione, i valutatori e gli autori devono agire nel rispetto degli standard internazionali editoriali di carattere etico.

Autori: in sede di invio di un contributo, gli autori sono tenuti a fornire ogni informazione richiesta in base alla policy relativa alle submissions. Fornire informazioni fraudolente o dolosamente false o inesatte costituisce un comportamento contrario a etica. Gli autori garantiscono che i contributi costituiscono interamente opere originali, dando adeguatamente conto dei casi in cui il lavoro o i lavori di terzi sia/siano stati utilizzati. Qualsiasi forma di plagio deve ritenersi inaccettabile. Costituisce parimenti una condotta contraria a etica, oltre che una violazione della policy relativa alle submissions, l'invio concomitante dello stesso manoscritto ad altre riviste. Eventuali co-autori devono essere al corrente della submission e approvare la versione finale del contributo prima della sua pubblicazione. Le rassegne di dottrina e giurisprudenza devono dare esaurientemente e accuratamente conto dello stato dell'arte.

Direzione: la direzione si impegna a effettuare la selezione dei contributi esclusivamente in base al relativo valore scientifico. I membri della direzione non potranno fare uso di alcuna delle informazioni acquisite per effetto del loro ruolo in assenza di un'esplicita autorizzazione da parte dell'autore o degli autori. La direzione è tenuta ad attivarsi prontamente nel caso qualsiasi questione etica sia portata alla sua attenzione o emerga in relazione a un contributo inviato per la valutazione ovvero pubblicato.

Valutatori: i contributi sottoposti a valutazione costituiscono documentazione a carattere confidenziale per l'intera durata del processo. Le informazioni o idee acquisite confidenzialmente dai valutatori per effetto del processo di revisione non possono pertanto essere utilizzate per conseguire un vantaggio personale. Le valutazioni devono essere effettuate con profondità di analisi, fornendo commenti e suggerimenti che consentano agli autori di migliorare la qualità delle loro ricerche e dei rispettivi contributi. I revisori dovranno astenersi dal prendere in carico la valutazione di contributi relativi ad argomenti o questioni con i quali sono privi di familiarità e dovranno rispettare la tempistica del processo di valutazione. I revisori dovranno informare la direzione ed evitare di procedere alla valutazione nel caso di conflitto di interessi, derivante per esempio dall'esistenza di perduranti rapporti professionali con l'autore o la relativa istituzione accademica di affiliazione.