

RIVISTA DI DIRITTI COMPARATI



Rivista Quadrimestrale
3/2019

Rivista di diritti comparati

Rivista quadrimestrale

Anno III – N. 3/2019

DIREZIONE

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

COMITATO SCIENTIFICO

Richard Albert (Texas University, Austin), 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 Sacro Cuore, 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), Miguel Poiaras Maduro (European University Institute), Giovanni Marini (Univ. Perugia), Francesco S. Marini (Univ. Roma Tor Vergata), Roberto Mastroianni (Univ. Napoli Federico II, Tribunale UE), 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, Corte di Giustizia UE), 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 (Universität Pompeu Fabra), Roberto Scarciglia (Univ. Trieste), Robert Schütze (Durham University, Luiss “Guido Carli”), Francesco Viganò (Univ. Bocconi, Corte costituzionale)

REDAZIONE

Marco Bassini (Università commerciale “Bocconi” di Milano) - Giacomo Delledonne (Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa) - Claudio Di Maio (Università della Calabria) - Silvia Filippi (Università di Perugia) - Francesco Saitto (Università degli Studi di Roma “La Sapienza”)

SOMMARIO

Saggi

RICHARD BELLAMY, *I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*
[pp. 3 - 40]

CESARE PINELLI, *The nature of populist power through the lens of constitutional lawyers*
[pp. 41 - 56]

GIORGIO GRASSO, *Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del Movimento 5 Stelle*
[pp. 57 - 92]

DANIELE AMOROSO, GENNARO FERRAIUOLO, *Breaking a "Taboo": the Case for a Dynamic Approach to Secessionist Claims*
[pp. 93 - 123]

Note e commenti

RICCARDO CABAZZI, *L'introduzione del principio di estabilidad presupuestaria e le sue implicazioni nell'ordinamento spagnolo*
[pp. 124 - 161]

SILVIA FILIPPI, *The constitutional and political impact of party funding regulation in Italy*
[pp. 162 - 185]

Recensioni e letture critiche

GIOVANNI PICCIRILLI, *Recensione de "La ristrutturazione assente. Strumenti e limiti di un riordino complessivo della normativa primaria", di Fabio Pacini (Editoriale Scientifica, 2017)*
[pp. 186 - 191]

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 “Bocconi” di 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

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*

Richard Bellamy

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Due critiche del potere giudiziario – 3. Le limitazioni del Costituzionalismo giuridico limitato di Lord Sumption – 4. Il Costituzionalismo politico e la dipendenza democratica delle corti – 5. La costituzione democratica delle corti internazionali – 6. La costituzione politica della CEDU – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Le diverse parti politiche hanno criticato, in più occasioni, sia singoli giudici e le loro argomentazioni in particolari casi, sia il sistema processuale nell'ambito del quale determinate decisioni giudiziarie vengono adottate e la legittimazione degli stessi giudici nell'adottarle.

Ora, questi due ordini di critiche sono, entro una certa misura, scindibili. La critica nei confronti di determinate pronunce giurisdizionali non implica necessariamente preoccupazioni riguardo al processo - vuol dire semplicemente che, nell'ottica di chi critica, un singolo giudice ha argomentato in maniera inadeguata o addirittura erronea in un dato caso. Allo stesso modo, preoccupazioni circa il processo possono essere compatibili con l'accettazione di molte - o anche della maggior parte - delle decisioni dei giudici. Ove venisse in rilievo solo il primo motivo di critica, la risposta più adeguata consisterebbe nell'appellare la sentenza dinanzi ad un giudice diverso.

*Il presente saggio è una versione rivista ed estesa di R. Bellamy, *The Limits of Lord Sumption: Limited Legal Constitutionalism and the Political Form of the ECHR*, in N. Barber, R. Ekins, P. Yowell (a cura di), *Lord Sumption and Human Rights*, London, 2016, Cap. 11, pp. 193-212. Traduzione di Chiara De Santis.

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

Se la propensione all'“errore” giudiziario dovesse essere percepita come largamente diffusa, allora la soluzione più naturale consisterebbe nel cambiare i giudici. Tuttavia, ciò fa sorgere la preoccupazione che questo tipo di critiche possano essere puramente e strumentalmente politiche, sostanziandosi in un tentativo di riempire le corti di giudici compiacenti, cosa che rappresenterebbe una minaccia per l'effettiva imparzialità del sistema giudiziario. Diversamente, il secondo ordine di critiche suggerisce che sarebbe necessario un cambiamento più profondo a livello di sistema. In verità, molti tra coloro che assumono quest'atteggiamento sono inclini a vedere i due tipi di critica come connessi e associano un'argomentazione giuridica viziata che individuano in determinati casi ad una certa visione del sistema processuale e del ruolo dei giudici. D'altronde, anche se queste critiche si focalizzano sul sistema giudiziario piuttosto che sui singoli giudici, e quindi non implicano una forma di vaglio politico su singoli membri della categoria, la sottostante visione del sistema e del ruolo del potere giudiziario può anche riflettere una certa prospettiva politica, sebbene più rigorosa e radicata in una particolare concezione della giustizia politica.

Le critiche nei confronti della *judicial review* tendono ad essere associate con l'adesione ideologica o il rifiuto del modo in cui sono stati decisi determinati casi o questioni. Negli Stati Uniti, l'atteggiamento nei confronti dell'aborto rappresenta oggi la frattura ideologica cruciale su cui si gioca la selezione dei giudici della Corte Suprema. Nel Regno Unito rischia di crearsi una frattura simile sul tema della Brexit. I sostenitori della *judicial review* riescono a respingere queste critiche ritenendole, nel migliore dei casi, come riferibili a decisioni individuali piuttosto che ad una pratica diffusa e, nel peggiore dei casi, tacciandole di essere politicamente motivate. Tuttavia, vorrei suggerire che alla base di queste critiche vi possa essere un atteggiamento più sistematico e rigoroso di contestazione di certe forme di *judicial review*. Ciò non significa che quanti auspicano un cambiamento a livello di sistema, cerchino di anticipare precisamente l'esito di tutte le future decisioni in modo che esse si orientino nel senso da loro desiderato. Piuttosto, il loro scopo è di dimostrare come determinati principi favoriscano certi processi e certe forme di argomentazione da parte dei giudici e dei politici, così come l'equilibrio che dovrebbe sussistere tra di essi. In altre parole,

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

costoro non si focalizzano troppo sulle risposte “corrette” come base e finalità “corretta” delle decisioni giudiziarie. Sotto questo aspetto, questi critici della *judicial review* somigliano a quelli tra i suoi sostenitori che adottano un approccio anch'esso basato sui principi. Inoltre, così come accade con le difese della *judicial review* basate su diversi principi, queste critiche per principi non sono al di sopra della politica - esse coinvolgono piuttosto principi politici molto diversi. Di conseguenza, il dibattito intorno alla *judicial review* non divide nettamente i rigidi sostenitori del diritto e della giustizia da una parte, e coloro che si preoccupano della legittimazione politica e del raggiungimento di specifici obiettivi politici, dall'altra. Non solo da entrambe le parti si considerano tutti questi elementi, ma anche all'interno di ciascuna corrente si delineano divisioni tra coloro che pongono l'accento sulla libertà individuale e coloro che invece privilegiano l'uguaglianza.

Per illustrare questo punto, confronterò due critiche sistematiche alla forma c.d. forte della *judicial review* sui diritti - quella di Lord Jonathan Sumption, da una parte, e quella dei costituzionalisti politici, alla visione dei quali quella di Sumption somiglia superficialmente, dall'altra. Come vedremo, anche se entrambe queste critiche prefigurano la prevalenza della politica sul diritto, esse lo fanno sulla base di principi differenti - il primo sulla base del principio della libertà individuale, i secondi sulla base dell'eguaglianza politica. Ad ogni modo, io sosterrò che il secondo offre argomenti più coerenti e più convincenti del primo. In verità, la maggior parte delle preoccupazioni dei fautori del costituzionalismo politico intorno alla *judicial review* - come pure alcune delle sue - derivano precisamente dalla posizione individualista che egli adotta. Sotto molti aspetti, la sua argomentazione finisce per essere meno politica di quanto egli sostiene, e si risolve più che altro in una forma di costituzionalismo giuridico limitato.

Il primo paragrafo delinea brevemente le tesi di Sumption e quelle dei sostenitori del costituzionalismo politico. Nel secondo paragrafo si sottopongono a critica i limiti dell'approccio individualista di Lord Sumption, mentre il terzo paragrafo traccia l'alternativa costituzionalistica incentrata sull'obiettivo di promozione dell'uguaglianza politica attraverso una dichiarazione formale dei diritti, una *review* parlamentare dei diritti e una *review* “debole”

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

(*weak review*). Il quarto paragrafo, quindi, affronta la critica di Sumption al sistema della CEDU e, in particolare, considera se un ordinamento giuridico internazionale, quale è la CEDU, possa ragionevolmente operare alla stregua di una costituzione politica, con una corte internazionale che rimane democraticamente dipendente dalle assemblee legislative interne ai singoli Stati contraenti. A questo proposito, si argomenterà riguardo al perché un tale sistema possa rendersi necessario e su come esso possa funzionare. Il quinto paragrafo, infine, precisa come, in alcuni aspetti cruciali, la CEDU corrisponda a questo modello. All'esito di ciò, le presunte critiche democratiche di Lord Sumption nei confronti della CEDU si rivelano errate, riflettendo i limiti del suo approccio di costituzionalismo giuridico limitato.

2. Due critiche del potere giudiziario

Nelle sue Reith Lectures del 2019, Lord Jonathan Sumption, membro della *Supreme Court* del Regno Unito fino al suo recente pensionamento, ritorna sull'argomento della sua Sultan Azlan Shah Law Lecture intitolata "The Limits of Law"¹. In queste lezioni, tenute dinanzi ad un pubblico selezionato e trasmesse da BBC Radio 4 e quasi immediatamente pubblicate in volume - *Trials of the State: Law and the Decline of Politics*² - Sumption prosegue la sua critica nei confronti dell'usurpazione giudiziaria della politica democratica, laddove egli sostiene che, invece, la maggior parte delle questioni politiche sono risolte in maniera più adeguata e legittima. Come è stato osservato, alcune argomentazioni di Sumption presentano una superficiale somiglianza con quello che si suole chiamare costituzionalismo politico³. Secondo i fautori di quest'ultimo, la

¹ Lord Sumption, *The Limits of Law*, 27th Sultan Azlan Shah Lecture, Kuala Lumpur, 20 November 2013, disponibile al sito <<https://www.supremecourt.uk/docs/speech-131120.pdf>> p. 1.

² J. Sumption, *Trials of the State: Law and the Decline of Politics*, Londra, 2019.

³ A coniare questa definizione e, in certa misura, l'approccio stesso è stato J. G. A. Griffith, *The Political Constitution*, in *Modern Law Review*, 42, 1979, pp. 1

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

costituzione di un ordinamento non risiede in alcun documento giuridico scritto di rango sovraordinato, come sostengono gli esponenti del costituzionalismo giuridico, bensì in una determinata forma di procedimento legislativo democratico⁴, in cui i diritti possano essere definiti e consolidati, in cui gli arbitri del potere esecutivo possano essere contenuti e in cui la *rule of law*, alla quale le Corti dovrebbero attenersi, possa essere tutelata. Per esempio, nel capitolo IV la Costituzione degli Stati Uniti, definita come “l’archetipo della costituzione giuridica”, è vista negativamente rispetto ai congegni costituzionali britannici che delineano “l’archetipo dello Stato politico”⁵. Inoltre, come gli esponenti del costituzionalismo politici, Sumption individua il “fine principale di qualsiasi costituzione” nel “fornire una cornice di regole politiche per adottare le decisioni collettive”⁶. Allo stesso modo, egli guarda alla protezione dei diritti costituzionalmente tutelati attraverso la forma forte, fondata sui diritti di *judicial review* come al più recente sviluppo e alla leva principale di quel fenomeno, da lui criticato, di invasione e di illegittima incursione da parte dei giudici nella sfera politica⁷. Tuttavia, come avrò modo di dimostrare in seguito, la sua argomentazione ha una base normativa e una motivazione politica molto diverse da quelle dei teorici del costituzionalismo politico - quella di limitare il raggio di azione dello Stato e del diritto in un’ottica di protezione della libertà dell’individuo da interferenze amministrative e giuridiche. Al contrario, i sostenitori del costituzionalismo politico - proprio come i costituzionalisti giudizial-giuridici che egli critica - considerano il diritto in generale e i diritti individuali come radicati nell’eguaglianza. Il loro atteggiamento critico rispetto alla *judicial review* si sviluppa in parte in opposizione

ss. Per un’analisi della letteratura successiva, si veda M. Goldoni, C. McCorkindale (a cura di), *Special Issue on ‘Political Constitutions’*, in *German Law Journal*, 12, 14, 2013. Io ho sviluppato e difeso la mia personale versione di questa posizione in R. Bellamy, *Political Constitutionalism*, Cambridge, 2007.

⁴ Sulla distinzione tra costituzionalismo giuridico e costituzionalismo politico, si veda Bellamy, *Political Constitutionalism*, cit., pp. 2-7 e A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, Oxford, 2005), spec. cap. 1.

⁵ Sumption, *Trials of the State*, cit., p. 76.

⁶ Idem, p. 77.

⁷ Idem, spec. cap. III, pp. 77-90.

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

all'interpretazione molto limitata in cui Sumption lo relega, e in parte è dovuto al fatto che essi guardano alla politica democratica come allo strumento più appropriato ed efficace per perseguire obiettivi di eguaglianza.

Vi sono tre componenti correlate nell'argomentazione di Sumption. In primo luogo, vi è una preoccupazione per l'espansione dei rimedi giuridici in materie che dovrebbero essere questioni di scelta personale e di responsabilità. In secondo luogo, vi è una critica della *judicial review* sui diritti in quanto fonte principale di questa espansione e un *favor* per una visione più ristretta e limitata del ruolo dei giudici. Da ultimo, egli sostiene che le corti sconfinano indebitamente nell'ambito di questioni che - nella misura in cui una decisione collettiva su di esse sia necessaria - dovrebbero essere lasciate alla politica e, in particolare, alle assemblee legislative. Solo il terzo è assimilabile ad un argomento da costituzionalista politico - ma esso implica un'idea di politica alquanto diversa da quella. Qui di seguito analizzerò brevemente ciascuno di questi argomenti.

Con una stoccata non particolarmente velata alla teoria espansiva della *judicial review* sui diritti di Ronald Dworkin, Sumption inizia le sue Reith Lectures con un attacco a "L'Impero del Diritto in Espansione"⁸. Un'efficace sintesi del suo ragionamento potrebbe essere "correttezza politica impazzita", o ciò che egli più garbatamente definisce "un crescente assolutismo morale e sociale che guarda al diritto per produrre conformità sociale e morale", e "salute e sicurezza impazzite", o come lui la descrive "la continua aspirazione ad una maggior sicurezza e ad un minor rischio"⁹. Quanto al primo argomento, egli critica i giudici in quanto cercano di imporre un consenso morale su questioni, quali il benessere degli animali o l'aborto, sulle quali non ne esiste alcuno, minando nel processo la possibilità per gli individui di adottare tali scelte di ordine morale per proprio conto. Egli non vede la ragion d'essere di un "giudizio morale collettivo" in molti di questi casi e accusa i giudici di aver "ristretto l'area all'interno della quale i cittadini si assumono la personale

⁸ Idem, spec. cap. I.

⁹ Idem, p. 8.

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

responsabilità del proprio destino e di quello della propria famiglia”¹⁰. Una critica simile investe la seconda questione relativa all’“eliminazione del rischio in relazione alla vita, alla salute e al benessere”. Anche in questo caso egli lamenta la “perdita di libertà” che tali misure comportano “allo scopo di privare [la generalità delle persone] della possibilità di nuocere a sé stesse.” Il risultato rappresenta “una delle supreme ironie della vita moderna” in cui “abbiamo ampliato lo spettro dei diritti individuali riducendo al contempo drasticamente lo spazio per la scelta individuale”¹¹.

Sumption rivolge il suo biasimo per questo sviluppo direttamente contro i giudici e contro il loro utilizzo in senso espansivo della *judicial review* sui diritti. È poi particolarmente critico nei confronti di quei giudici della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU), che guardano alla Convenzione Europea come ad un *living instrument* e ai diritti come ad astratti principi aggiudicativi da applicare ai casi per i quali non esiste una disciplina giuridica formalizzata o nei casi in cui si intenda reinterpretare o addirittura superare il diritto vigente¹². Egli afferma che le corti dovrebbero persistere nell’affermare quei “diritti autenticamente fondamentali”, del tipo di quelli che si rinvergono nel testo della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU), rispetto ai quali egli ritiene che un ampio consenso già esista, almeno nell’ambito delle democrazie. Questi diritti “fondamentali” sono di due tipi. In primo luogo, vi sono quei diritti quali la “libertà dalla detenzione arbitraria, dalla lesione all’incolumità fisica o dalla morte, in mancanza di eguaglianza di fronte alla legge e in mancanza di un ricorso ad una corte imparziale e indipendente” che sono necessari affinché l’esistenza sociale sia “più di un primitivo contesto nel dispiegamento della forza”. In secondo luogo, “vi sono diritti senza i quali una comunità non può funzionare come una democrazia”, come la “libertà di pensiero e di espressione, di riunione e di associazione, e il diritto di partecipare in condizioni di parità ad elezioni libere e corrette”. Naturalmente, entrambe le categorie di diritti sono suscettibili di

¹⁰ Idem, pp. 11-13.

¹¹ Idem, pp. 14-16.

¹² Sumption, *The Limits of Law*, cit., p. 7.

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

quelle interpretazioni estensive che egli critica. Quindi non è tanto la categoria di diritti ad essere in questione, quanto piuttosto il modo in cui i giudici dovrebbero applicarli nei singoli casi. Qui egli sostiene che essi dovrebbero essere interpretati restrittivamente e prestando rigorosa attenzione all'esatta terminologia del documento.

La sua difesa di quest'approccio si lega alla sua crociata a favore della politica. Egli vede la Convenzione come un documento democratico che riflette il consenso tra i rappresentanti democratici degli Stati firmatari¹³. La rilevanza attribuita al consenso e alla rappresentanza è cruciale per la sua concezione della politica. Da una parte, l'enfasi sul consenso offre una via per riconciliare le sue preoccupazioni libertarie con la scelta individuale, e la responsabilità con le decisioni collettive. Se c'è un accordo consensuale, allora la decisione di conferire uno status giuridico ad un determinato diritto, o alla percezione di quel diritto, può essere vista come il prodotto di una scelta collettiva della quale le persone stesse sono, in ultima analisi, responsabili. Di conseguenza, essa gode di una legittimazione di gran lunga superiore a quella di una decisione interpretativa adottata da uno o più giudici non eletti, che potrebbe essere vista come l'imposizione dei loro valori su altri individui. Dall'altro lato, egli vede il procedimento rappresentativo come cruciale per il raggiungimento di qualsiasi consenso di questo tipo e come un freno rispetto ad un'ipotetica tirannia della maggioranza. Citando positivamente la celebre difesa del concetto di *trusteeship* ad opera di Burke nel suo Discorso agli elettori di Bristol, Sumption vede nella deliberazione parlamentare e nel compromesso tra i rappresentanti eletti il modo più appropriato di attribuire il giusto peso al punto di vista e agli interessi dei singoli elettori e di conciliare le loro differenze. Riferendosi al referendum sulla Brexit, egli suggerisce che il problema della democrazia diretta sia che essa lascia poco margine per questo genere di compromessi - se il 52% degli elettori vota in un senso, allora questi non hanno bisogno di negoziare con il restante 48% che ha votato il contrario¹⁴. Egli non dice molto sulla misura in cui la legislazione potrebbe essere estensiva. A dispetto delle sue

¹³ Idem, pp. 8-9.

¹⁴ Sumption, *Trials of the State*, cit., pp. 29-31.

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

osservazioni sulla correttezza politica, sulla salute e sulla sicurezza, vede con favore il fatto che la mentalità sociale sia diventata più liberale e accetta che le più complesse dinamiche socio-economiche del ventunesimo secolo facciano sì che lo Stato contemporaneo sia probabilmente più estensivo di quello del diciannovesimo secolo. Detto questo, egli propone una lettura alquanto restrittiva del “principio del danno” di J.S. Mill quale pietra di paragone per definire i limiti entro i quali la legislazione può essere necessaria¹⁵, suggerendo che tale legislazione sarebbe meno estensiva rispetto a quanto potrebbe auspicare un potere giudiziario progressista. Ad ogni modo, fintanto che la conseguente legislazione si dimostrasse coerente con l’interpretazione restrittiva dei “diritti fondamentali”, le corti dovrebbero applicare queste leggi ortodosse nella maniera più fedele possibile, senza leggere nelle norme più di quello che realmente contengono.

Sotto molti aspetti, l’argomentazione di Sumption può caratterizzarsi come una forma di “costituzionalismo giuridico limitato”. Egli cerca di limitare le tutele costituzionali alla ristretta difesa di un nucleo minimale di diritti, racchiusi nella legge e definiti e compresi in maniera restrittiva e anti-espansiva, confinando le corti in un’interpretazione rigorosa della lettera della legge e del suo *intended meaning*. Dal suo punto di vista, pertanto, sia i contenuti del diritto costituzionale, sia il ruolo dei giudici-interpreti dovrebbero essere limitati. L’errore di quei giudici della Corte EDU che adottano la prospettiva del *living instrument* si palesa, allora, come un errore giuridico di superamento dei limiti fissati dalla legge alla loro giurisdizione e di falsa interpretazione della legge secondo canoni ingiustificatamente espansivi. Le più ampie questioni di principio dovrebbero essere lasciate ai singoli cittadini perché le scioglano autonomamente, come problemi sostanzialmente personali, o, in quelle circostanze in cui la possibilità di un “danno” rende necessaria la legislazione collettiva, attraverso i loro rappresentanti eletti¹⁶. L’attivismo giudiziale sostituisce la scelta arbitraria di un singolo

¹⁵ Idem, pp. 8-9.

¹⁶ Sumption, *The Limits of Law*, cit., pp. 6, 8, 11.

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

giudice a ciò che dovrebbe invece essere rimesso alla scelta personale o alla decisione democratica collettiva¹⁷.

Gli argomenti di Sumption coincidono grosso modo con la sua critica dell'eguaglianza nel suo libro del 1979, ad essa intitolato, scritto insieme al guru di Margaret Thatcher Sir Keith Joseph¹⁸. Come nel precedente volume, l'argomentazione è quella di un liberalconservatore che si oppone ad un'imposizione di uniformità armata di buone intenzioni. I suoi istinti libertari dal punto di vista economico possono essere più o meno smorzati - non dice molto a proposito di tali questioni. Ad ogni modo, almeno teoricamente, la sua enfasi sul consenso democratico può essere accostata alle argomentazioni dei filosofi libertari, come Buchanan e Tulloch¹⁹, i quali difendono la regola dell'unanimità come meccanismo per limitare legittimamente l'apparato di governo.

Gli esponenti del costituzionalismo politico esprimono preoccupazioni superficialmente assimilabili a quelle di Lord Sumption circa la legittimazione democratica della *judicial review*. Anche loro guardano ai diritti come a questioni di ragionevole dissenso morale e allo stesso modo decantano i meriti del processo legislativo democratico nel definire il loro status e la loro portata nel contesto della comunità politica. Tuttavia, tendono ad essere di sinistra come estrazione politica, e ad associare il "costituzionalismo giuridico" con la concezione liberal-individualista della libertà come assenza di interferenze, che anima l'approccio di Lord Sumption²⁰, nonché a favorire meccanismi politici basati sull'eguaglianza politica effettiva da lui criticati²¹. I loro timori non riguardano tanto la propensione dei giudici ad ampliare il raggio di azione dello Stato, quanto la loro tendenza ad interpretare i diritti individuali in modo da consolidare i privilegi delle classi più abbienti per bloccare i

¹⁷ Idem, pp. 9-10.

¹⁸ K. Joseph, J. Sumption, *Equality*, Londra, 1979.

¹⁹ J. M. Buchanan, G. Tullock, *The Calculus of Consent*, Ann Arbor, 1962.

²⁰ See Tomkins, cit., p. 10.

²¹ Come Martin Loughlin fa notare (*What Would John Griffen Have Made of Jonathan Sumption's Reith Lectures?*, in *The Political Quarterly*, 90, 2019, pp. 785 ss.) Griffith (cit.) fu fortemente influenzato da R. H. Tawney (*Equality*, Londra, 1931) - un testo cui Joseph e Sumption (cit.), guardavano come ad un anatema.

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

programmi di nazionalizzazione e di redistribuzione dei governi laburisti e per indebolire la contrattazione collettiva ad opera dei sindacati²². Dalla prospettiva del costituzionalista politico, il costituzionalismo giuridico limitato di Lord Sumption si presenta controverso ed esposto ad abusi tanto quanto le versioni estensive da lui criticate, come quelle che riconduce a Ronald Dworkin, a John Rawls e alla dottrina del *living instrument* della Corte EDU²³. In verità, dalla loro prospettiva, questa critica soffre di una certa incoerenza di fondo. Ciò perché i suoi timori circa il carattere espansivo della *judicial review* si focalizzano sul modo in cui i diritti individuali vengono separati dai doveri civici - il fatto, cioè, che gli individui ricercano tutela giuridica senza però essere preparati ad assumere obblighi collettivi, come quello di pagare più tasse, che si renderebbero necessari per mantenere quella tutela su una base equa per tutti.

Il costituzionalismo politico non colloca le corti al di fuori della politica, bensì difende il loro funzionamento come parte del sistema politico così come per promuovere l'individuazione e il consolidamento dei diritti in maniera coerente con l'ideale costituzionale di uguaglianza giuridica e politica. Decisione giuridica e decisione politica non sono separate, ma concepite come parti complementari di un processo volto ad assicurare che tutti gli individui siano trattati con eguale considerazione e rispetto. Le dichiarazioni dei diritti non devono essere viste come appannaggio esclusivo delle corti, ma piuttosto come congegni legislativi che i parlamenti stabiliscono per migliorare le proprie deliberazioni e per assicurarsi di ragionare secondo principi rigorosi nella fase di approvazione della legge.

Al contempo, le corti non devono essere viste come indipendenti dalle dinamiche politico-democratiche e, in un certo senso, al di sopra di esse, bensì come democraticamente istituite e controllate, anche per consentire, a coloro che potrebbero non aver

²² Si veda Keith Ewing, C. A. Gearty, *Freedom Under Thatcher: Civil Liberties in Modern Britain*, Oxford, 1990 e S. Fredman, *The New Rights: Labour Law and Ideology in the Thatcher Years*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 12, 1992, pp. 24 e ss.

²³ Sumption, *The Limits of Law*, p. 12.

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

trovato una voce nel processo democratico, di ottenere comunque ascolto. Questo scopo si raggiunge attraverso la c.d. *weak review*, in cui le corti rilevano incoerenze nella legislazione, potenziali ingiustizie nel procedimento giurisdizionale o nel processo politico, o un impatto sproporzionato su particolari individui o gruppi, che emergono da singoli casi ai quali le assemblee legislative possono, sbagliando, non aver dato la giusta considerazione²⁴. A differenza della *strong review*, la *weak review* non disapplica la norma, bensì invita piuttosto gli organi legislativi a reconsiderarla alla luce delle particolari circostanze di cui prima potevano non essere consapevoli²⁵. In quest'ottica, i giudici possono essere indipendenti, ma il sistema giurisdizionale è democraticamente dipendente, non in quanto limitato nel dare seguito ad una legislazione entrata in vigore democraticamente, che può anche rivelarsi insufficiente o aperta ad una pluralità di interpretazioni in particolari casi, bensì nella sua composizione istituzionale e nel suo funzionamento, cosicché esso sostiene, piuttosto che affievolire, l'uguaglianza politica.

Così concepiti, questi congegni giurisdizionali supportano una visione dell'ideale costituzionale come intimamente legato al processo democratico piuttosto che come un limite giurisdizionale alla stessa democrazia.

3. Le limitazioni del Costituzionalismo giuridico limitato di Lord Sumption

Lord Sumption rinviene tre limiti giuridici adeguati per la *judicial review* sui diritti in una società democratica. In primo luogo, le convenzioni o le costituzioni dovrebbero tutelare solo quel "limitato numero di diritti che il consenso nelle nostre società riconosce come autenticamente fondamentali" - quelli che proteggono "minoranze

²⁴ Come ho affermato altrove, lo UK *Human Rights Act* può essere più o meno assimilato a questa caratterizzazione della posizione politico-costituzionalista. Si veda R. Bellamy, *Political Constitutionalism and the Human Rights Act*, 9 *International Journal of Constitutional Law (I-Con)*, 9, 2011, p. 86.

²⁵ Per la distinzione tra *strong* e *weak judicial review*, si veda J. Waldron *The Core Case against Judicial Review*, in *The Yale Law Journal*, 2006, 115, pp. 1354-55.

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

politicamente vulnerabili dall'oppressione". Qualsiasi cosa vada oltre i confini di questa limitata categoria "accede al dominio del legittimo dibattito politico in cui le questioni dovrebbero essere risolte, appunto, politicamente"²⁶. In secondo luogo, le corti dovrebbero essere confinate alla lettera di qualsiasi convenzione, costituzione o legge che esse avessero il compito di applicare, aderendo semplicemente al linguaggio e allo scopo del testo così come divisato dal legislatore²⁷. Di conseguenza, esse possono legittimamente censurare solo quelle normative che ledano quei diritti "autenticamente fondamentali", collegati a quella che egli definisce come "reale oppressione". In terzo luogo, i diritti possono essere ampliati, al di là di quelli "autenticamente fondamentali" e di questi strumenti di protezione contro l'oppressione largamente condivisi, solo ad opera della legislazione, che deve essere fedelmente seguita dalle corti. Quando le corti superano questi limiti e cercano "di estrapolare o di estendere per analogia la portata di un atto normativo scritto, così come di ampliare la materia di cui si occupa", esse esercitano la propria discrezionalità ad un livello illegittimo, con ciò non solo sovvertendo la *rule of law*, rendendo la legge soggettiva, imprevedibile e oscura, ma anche "dando origine... ad un significativo deficit democratico"²⁸.

Lord Sumption indica questi limiti come modalità per dominare il potere dei giudici, preservando al contempo il rispetto per i "diritti autenticamente fondamentali" e lasciando la discussione su altri diritti al processo democratico. Eppure, questi limiti giuridici confliggono, sotto molti aspetti, con le sue osservazioni concernenti: la tendenza e l'abilità dei giudici ad interpretare la legge in modo innovativo; il carattere controverso dei diritti; e la differenza tra sovranità popolare e democrazia. Nel migliore dei casi, i suoi argomenti si risolvono in una pia e conservatrice esortazione ai giudici a comportarsi come lui auspicerebbe, e di conformarsi ad un presunto consenso che forse esisteva a metà degli anni '50; nella peggiore delle ipotesi, tali argomenti non dicono nulla su come il processo democratico

²⁶ Sumption, *The Limits of Law*, p. 10.

²⁷ Idem, p. 8.

²⁸ Idem, pp. 8-9.

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

potrebbe essere incrementato e migliorato in modo tale da indurre sia i legislatori che le corti a prendere sul serio i diritti e la democrazia, impegnandosi in un dialogo continuativo sul significato di essi per i cittadini di oggi.

I limiti di Lord Sumption appartengono ad una forma specificamente giuridica di costituzionalismo, nel senso che essi fanno affidamento “sul potere delle parole vergate sulla pergamena di mantenere l'apparato statale” (e, lui crede, anche i giudici) “in riga”²⁹. Tuttavia, come esattamente notava Madison, le “barriere di pergamena”, siano esse sotto forma di convenzioni internazionali, di costituzioni o di leggi scritte, sono uno strumento “ampiamente sopravvalutato”³⁰. Il rischio è che la fede nella forza della parola scritta si trasformi in un feticismo del testo e della natura dell'interpretazione che ostacola la discussione sulla questione sostanziale in oggetto. Naturalmente, in un certo modo, è questa l'intenzione di Lord Sumption - vuole spostare la discussione sostanziale sui diritti altrove, nel processo politico ordinario. Pure, come lui stesso riconosce nella sua critica alla dottrina del *living instrument*, l'esperienza suggerisce che i giudici sono abili nell'estendere la portata dei diritti sotto l'apparenza dell'analisi testuale. Non c'è molto che lui possa fare, appellandosi al significato “comune” o “voluto” delle parole, per impedire queste pratiche. In verità, il significato comune dei termini o il loro *intended meaning* spesso non sono di grande aiuto, quando si tratta di stabilire come un diritto formulato in maniera astratta dovrebbe essere applicato a circostanze particolari o nuove. Tutto questo feticismo testuale distorce la diretta discussione normativa sulle questioni trasformandola in un dibattito sulla corretta interpretazione del significato dei termini.

Lord Sumption adotta anche il paradigma dominante del costituzionalismo giuridico, che consiste nel concepire le convenzioni come “limitazioni giuridiche al sistema di governo”, in quanto non dubita che i giudici possano legittimamente porre un freno ad esecutivi e a leggi che violino i diritti “autenticamente

²⁹ W.H. Hamilton, *Constitutionalism*, in *Encyclopedia Of The Social Sciences*, 4, 1931, pp. 255 e ss.

³⁰ A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *The Federalist* 48, in G.W. Carey, J. McLellan (a cura di), *The Federalist*, Indianapolis, 2001.

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

fondamentali”³¹. Egli obietta a quella che definisce come la tendenza della Corte EDU e, più in generale, dei giudici, di leggere questi diritti in un’ottica “massimalista”, che effettivamente introduce quelli che lui ravvisa come nuovi obblighi a carico dei governi, con possibili ripercussioni su altri programmi che questi intendano finanziare - cioè, per citare il suo esempio, la spesa per il patrocinio legale gratuito potrebbe incrementarsi per effetto di un *diktat* giudiziario all’esito di un singolo caso e, pertanto, come conseguenza non voluta in un mondo di risorse limitate, si ridurrebbe la spesa per sanità e istruzione³². Ma il suo approccio limitato incorre nel rischio opposto del minimalismo giudiziario, del genere tipico dei c.d. bei vecchi tempi della passività giudiziaria. Tale minimalismo può manifestarsi con l’inazione, quando, cioè, i giudici avrebbero dovuto agire, come nel caso della loro acquiescenza alla progressiva delegittimazione dei sindacati ad incrementare la contrattazione collettiva da parte dei lavoratori, sulla base dell’idea che indebolire il potere di scioperare o di organizzarsi consolidi, invece di impoverire, la libertà di associazione e la libertà di espressione³³. Ciò può anche incentivare l’idea che l’apparato statale dovrebbe essere limitato - che, per esempio, gli avvisi relativi alla salute sui pacchetti di sigarette interferiscano con la libertà di parola, o che gli accordi salariali collettivi confliggano con la libertà contrattuale.

Tutto questo per dire che i diritti “autenticamente fondamentali” sono, in sé stessi, controversi e che una lettura minimalista può risultare altrettanto opinabile di una in chiave massimalista. Lord Sumption prova ad aggirare questa questione, affermando che questi diritti sono soggetti ad un “consenso” e godono di legittimazione democratica in quanto regolarmente fissati in una convenzione dai nostri rappresentanti eletti. Ma anche se ci può essere un consenso sull’astratta formulazione di questi diritti, cosa che la convenzione fornisce, tale consenso non sussiste relativamente al loro significato nel singolo caso concreto; ciò anche tra gli stessi

³¹ Sumption, *The Limits of Law*, cit., p. 10.

³² Idem, pp. 4-6.

³³ Per un resoconto dettagliato di come la *judicial review* giuridico-limitata del genere che Lord Sumption sostiene abbia supportato l’affievolimento dei diritti negli anni ‘80, si veda Ewing, Gearty, cit.

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

giudici - da cui la tendenza delle corti collegiali, come la Corte EDU, a decidere la maggior parte dei casi a maggioranza. Sumption suggerisce che le corti dovrebbero uniformarsi all'ultima determinazione politica sul modo in cui le questioni relative a tali diritti dovrebbero essere decise.

Eppure, la legislazione può essere vaga e aperta nella formulazione - spesso deliberatamente, perché questo carattere vago può essere stato un modo per garantire il compromesso o perché i legislatori ritengono di non poter prevedere anticipatamente ogni possibile caso, se non altro perché possono sempre insorgere nuovi problemi e questioni. Ancora, la ristretta concezione del costituzionalismo di Lord Sumption come limite giuridico alla discrezionalità dei governi o delle corti lo rende cieco rispetto ai limiti e ai preconcetti alla base di questa tesi. Anche se una convenzione potesse essere sufficientemente dettagliata da fornire ai giudici delle coordinate chiare sul modo in cui dovrebbero decidere i casi futuri, perché dovrebbe essere considerato più democratico, per coloro che devono rispettarla, essere vincolati alle concezioni ormai datate dei suoi antichi estensori piuttosto che alle idee di giudici recentemente nominati?

Lord Sumption fa notare che il semplice fatto che una legge o una convenzione abbia ricevuto l'avallo democratico o che sia stata posta in essere da rappresentanti democraticamente autorizzati non rende quella legge o quella convenzione in sé e per sé democratica, specialmente se ciò comporta spostare il processo decisionale al di fuori dell'arena democratica, devolvendolo a funzionari pubblici non elettivi come i giudici. Come egli giustamente nota, un regime autoritario non diventa più democratico semplicemente in virtù del fatto di essere stato instaurato attraverso un procedimento democratico³⁴. Tuttavia, non solo questa è una caratterizzazione alquanto imprecisa del modo di operare della Corte EDU e della maggior parte delle corti costituzionali, come spiegherò meglio più avanti, ma anche la sua stessa argomentazione appare suscettibile di una critica simile.

³⁴ Sumption, *The Limits of Law*, cit., p. 11.

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

Dopotutto, solo perché una convenzione è entrata in vigore democraticamente in un dato momento X, non vuol dire che essa debba continuare a godere del consenso democratico di una collettività piuttosto diversa in un successivo momento Z - i membri di tale collettività non l'hanno autorizzata o non vi hanno acconsentito più di quanto lo abbiano fatto rispetto all'immutata visione e al regime di un benevolo dittatore, salito al potere grazie ai loro genitori e ai loro nonni, che si impegnò a mantenere i "diritti autenticamente fondamentali" così com'erano concepiti nel 1951. Lord Sumption potrebbe obiettare che, mentre il dittatore non potrebbe essere deposto facilmente da successive decisioni democratiche, la legislazione può essere modificata e le convenzioni rinegoziate. Tuttavia, anch'esse sono difficili da modificare, specialmente le seconde, e la necessità di farlo può non emergere fintanto che non insorga un caso che evidenzi un problema.

Naturalmente, egli sembra pensare che questi problemi non insorgano fintanto che siano in questione "diritti autenticamente fondamentali", nell'ambito dei quali ritiene che il passato possa continuare a dettare legge al presente sulla base di un presunto consenso continuativo. Ma, come vediamo, quest'assunto si dimostra discutibile. Nel corso del tempo, i cittadini sono giunti a considerare la portata dell'applicazione di tali diritti e le fonti di oppressione sia in maniera più ampia, sia, in alcuni casi, anche più ristretta, di quanto avvenisse negli anni '50. Una maggiore consapevolezza della natura delle discriminazioni sulla base del genere, della razza e della religione ha decisamente cambiato il modo in cui molte persone concepiscono, ad esempio, la libertà di espressione, rispetto alle concezioni dominanti di settant'anni fa.

Il ragionamento di Lord Sumption sembra suggerire che tutti gli organi di regolazione incardinati in sistemi di governo democratici, dalle banche centrali indipendenti a organismi come l'OfCOM (Office of Communications), debbano essere considerati illegittimi, dal momento che adottano decisioni collettive che dovrebbero essere prese da rappresentanti democraticamente eletti. Dopotutto, la logica sottesa alla delega di determinate decisioni a questi enti è molto simile alla *ratio* sottesa alle corti: vale a dire, che tali organismi possono essere più efficaci, equi ed efficienti di quanto potrebbero esserlo gli organi elettivi, dato che i primi possono essere gestiti da esperti,

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

possono essere più imparziali e sopportare costi di transazione minori rispetto ad un processo decisionale democratico che implica una complessa negoziazione tra differenti interessi egoistici. Tuttavia, sarebbe sbagliato guardare a questi organismi come se fossero totalmente liberi da influssi democratici. Essi sono generalmente sottoposti al controllo democratico indiretto da parte dei cittadini e dei loro rappresentanti.

Rappresentanti politici o organi da essi stabiliti, che agiscono secondo criteri democraticamente elaborati, generalmente selezionano i loro componenti, definiscono le loro competenze e fissano i loro obiettivi, controllano il loro finanziamento e implementano (o meno) le loro decisioni. Sono inoltre soggetti al costante scrutinio dei media e ricettivi nei confronti delle tendenze di lungo periodo dell'opinione pubblica. Similmente, anche se le corti sono spesso caratterizzate come "indipendenti", in realtà esse sono in larga misura tipicamente democraticamente dipendenti esattamente allo stesso modo. In verità, questa dipendenza democratica spiega molte delle caratteristiche tipicamente ritenute come qualità auspicabili per le corti e per il potere giudiziario in genere in una società democratica. Per esempio, ci aspettiamo che le corti siano democratiche nel trattare tutti come egualmente soggetti alla legge e che la giustizia sia egualmente accessibile a tutti; per ragioni analoghe, si ritiene sempre più importante che i giudici non siano una classe a parte, ma che appartengano sufficientemente allo stesso universo sociale di coloro che subiscono le loro decisioni, cosicché ne possano tenere in considerazione il modo di ragionare e le condizioni. Queste caratteristiche non si raggiungono semplicemente in virtù del fatto che la legge sia frutto di un procedimento democratico e in virtù del fatto che i giudici si attengano ad essa. Ciò riflette il modo in cui le istituzioni giudiziarie sono fondate, le loro politiche di reclutamento, il loro essere parte del sistema politico e sociale, e non al di fuori di esso.

Sumption non riesce a vedere o ad esplorare tali problemi a causa del limitato paradigma legalistico da lui adottato, secondo il quale il diritto tiene a freno i governi, nel caso dei diritti fondamentali, o i giudici, in ogni altro caso. Nella sua costruzione, il costituzionalismo inerisce alla limitazione giuridica, con il ruolo delle corti separato da quello degli organi legislativi. Di conseguenza, anche se sostiene che tutti i diritti, ad eccezione di quelli "autenticamente

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

fondamentali”, siano soggetti al dibattito e al compromesso in seno ad un’assemblea legislativa, non concepisce questi dibattiti come suscettibili di assumere una forma costituzionale. Piuttosto, egli vede i diritti come emergenti dalla normale negoziazione delle politiche sociali, in cui i politici cercano di conciliare uno spettro di interessi ed opinioni sufficientemente ampio, tale da garantire loro un certo sostegno da parte dell’elettorato, o nel caso dei soggetti già eletti, tale da ottenere la maggioranza³⁵. Egli non vede i diritti “non fondamentali” come interessi di particolare peso, né come principi che dovrebbero modellare le modalità attraverso le quali le assemblee legislative deliberano su quelle questioni politiche. Questa negoziazione politica mira ad instillare in un numero sufficiente di persone un interesse relativamente all’attuazione di una determinata politica, e non ad incrementare il livello al quale quella politica promuove gli interessi comunemente riconoscibili del pubblico in egual misura. Quest’ultimo obiettivo implica che si sostenga il diritto di ogni cittadino ad eguale considerazione e rispetto nella ponderazione dei loro interessi. Il primo obiettivo, almeno nella forma caldeggiata da Lord Sumption, richiede meramente che i diritti fondamentali limitati dei singoli non siano violati e che ognuno possa contrattare negli stessi termini di chiunque altro. Pure, nella sua limitata visione del processo democratico, per i sostenitori della coalizione vincente sarà sufficiente sentire che la politica offre un miglioramento rispetto alle alternative disponibili, specialmente rispetto a quella di nessuna politica. Ma la politica può aumentare, invece che diminuire, le diseguaglianze nel relativo potere e benessere dei diversi gruppi che sostengono quelle misure e, a maggior ragione, quelli di coloro che vi si oppongono o, nel migliore dei casi, lasciarli nelle medesime condizioni. È sufficiente che un numero congruo di persone senta che le proprie preferenze sono soddisfatte più di quanto lo sarebbero in assenza del compromesso, e non che il livello di soddisfazione che ciascuno raggiunge sia equo o giusto. Di conseguenza, questo ritaglio di diritti dal processo politico e la sua riduzione ad un semplice commercio di interessi rischia di promuovere compromessi legislativi superficiali e puramente

³⁵ Sumption, *The Limits of Law*, cit., pp. 12-13.

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

pragmatici, in cui coloro che hanno potere concedono a quelli relativamente meno potenti solo quel tanto che è loro necessario per prevalere³⁶. Ciò produce una visione limitata del ruolo costituzionale del processo democratico in tutti i sensi - esso è limitato ad un livello minimale dalle corti e possiede solo qualità costituzionali limitate.

Lord Sumption può ritenere scorretta questa caratterizzazione della sua posizione, dato che dice relativamente poco sull'argomento. Pure, se egli intende contrapporre la democrazia alle corti, dovrebbe offrire argomenti a sostegno del perché dovremmo guardare la legislazione precedente come provvista di qualità costituzionali superiori a quelle delle decisioni giurisdizionali successive. Ciò non gli riesce proprio perché restringe i diritti costituzionali ad un assetto e ad una lettura dei diritti fondamentali veramente limitati. Di conseguenza, il ruolo previsto per la democrazia si riduce allo stesso modo, avendo come finalità non la giustizia, bensì la "coesione sociale", raggiunta semplicemente dando ad abbastanza persone abbastanza di ciò che vogliono in modo da non turbare lo *status quo* - non importa quanto oppressivo o ingiusto esso possa essere. Per contro, anche se i fautori del costituzionalismo politico condividono sia le sue preoccupazioni per la discrezionalità dei giudici, sia il suo plauso per i meriti della legislazione, essi lo fanno da una prospettiva alquanto diversa. Costoro cercano in misura minore la mutua limitazione degli organi legislativi e delle corti nelle rispettive distinte sfere, o delle maggioranze e delle minoranze attraverso scambi reciprocamente vantaggiosi, e in misura maggiore l'emancipazione dei cittadini a vivere come eguali. È a questa ricostruzione alternativa dei rispettivi ruoli delle corti e degli organi legislativi che ora volgeremo la nostra attenzione.

³⁶ Io metto a confronto il ritaglio e lo scambio come strategie di compromesso con la negoziazione come parte di una forma democratica di costituzione politica in R. Bellamy, *Liberalism and Pluralism: Towards a Politics of Compromise*, Londra, 1997, spec. cap. 4, 5, 7.

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

4. *Il Costituzionalismo politico e la dipendenza democratica delle corti*

Il costituzionalismo politico si focalizza non sui freni e sulle limitazioni, ma sull'emancipazione e sull'affrancamento. Esso vede la costituzione come un modo per strutturare la deliberazione sulla natura della legge e dei diritti, che assicuri che essa sia pubblica e che tratti tutti i soggetti coinvolti con eguale rispetto e considerazione. Ciò avviene cercando di predisporre procedimenti che assicurino l'uguaglianza politica in modo tale che non solo si faccia giustizia, ma che si possa anche notare che viene fatta. Ciò implica pertanto focalizzarsi tanto sul neutralizzare i modi con cui le minoranze più potenti, quali i detentori della ricchezza e di altre forme di potere sociale ed economico, possono monopolizzare il processo politico e giudiziario per dominare la maggioranza, quanto sul mettersi al riparo da ipotesi di tirannia della maggioranza. Quest'ultima limitazione fin troppo spesso impedisce ai comuni cittadini, che sono generalmente soggetti al potere, di avere voce in capitolo. Quindi il ruolo di una costituzione politica è prioritariamente un ruolo positivo, piuttosto che negativo - cioè quello di garantire che le persone esercitino un'attiva ed eguale influenza ed un eguale controllo sulla legislazione, cosicché essa si rivolge ai loro interessi comunemente riconoscibili, piuttosto che al loro essere semplicemente ugualmente soggetti ad essa come suoi passivi destinatari³⁷.

Il focus di una costituzione politica è, pertanto, quello di creare un meccanismo pubblico all'interno del quale i cittadini possano rivolgersi gli uni agli altri come eguali, mostrando in tal modo gli uni agli altri eguale rispetto, riguardo a quelle politiche collettive necessarie, se si intende trattarsi come eguali, promuovendo in maniera uguale i propri interessi, con ciò mostrando gli uni agli altri eguale considerazione. Dal momento che, sotto quest'aspetto, siamo tutti parziali riguardo alle nostre idee - sia per la nostra limitata conoscenza ed esperienza, sia a causa del nostro egoismo - il miglior

³⁷ Ho sviluppato ampiamente quest'argomentazione nel mio *Public Law as Democracy*, in C. Mac Hambleigh, C. Michelon, N. Walker (a cura di), *After Public Law*, Oxford, 2013, cap. 7, pp. 130-150.

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

modo per superare la nostra parzialità è essere costretti ad impegnarci pubblicamente e a dibattere con altri su basi il più possibile paritarie³⁸. In questa prospettiva, pertanto, la democrazia diventa il mezzo per realizzare l'ideale costituzionale, piuttosto che l'oggetto dei vincoli costituzionali. L'eguaglianza politica all'interno di un processo democratico assicura ciò che, secondo Hannah Arendt³⁹, può essere chiamato il "diritto ad avere diritti" - cioè il diritto ad essere guardato con eguale rispetto e considerazione.

Ciò significa che le corti devono essere anche più soggette al controllo democratico di quanto Sumption suggerisca? Sì e no. Da una parte, il funzionamento democratico delle corti cessa semplicemente di essere un problema di fedeltà al diritto democraticamente elaborato - un obiettivo in ogni caso impraticabile, come ho detto prima. Piuttosto, il controllo democratico investe maggiormente l'istituzionalizzazione del sistema giurisdizionale - il modo in cui viene sovvenzionato e strutturato, il modo in cui vengono reclutati i suoi componenti e l'*ethos* di coloro che vi sono coinvolti. Per esempio, sarà importante mostrare che il diritto serve le persone piuttosto che gli avvocati e che esso non favorisce ingiustificatamente determinati gruppi all'interno della comunità a spese di altri; che l'accesso alla giustizia non è parziale né iniquo; e che giudici e avvocati non costituiscono una classe a parte, priva di contatto con le condizioni e i valori del resto della società, e che il loro reclutamento è aperto e avviene secondo criteri di pari opportunità.

I giudici possono aver bisogno di essere indipendenti da influenze politiche quando decidono i singoli casi, ma il sistema nel suo insieme dovrebbe funzionare secondo criteri pubblici in grado di rafforzare l'eguaglianza politica e giuridica, nel suo essere esso stesso sotto l'indiretta influenza e il controllo dei cittadini.

D'altra parte, un sistema giurisdizionale così strutturato può fare la sua parte nell'assicurare che gli atti legislativi e amministrativi di regimi democratici trattino i cittadini con eguale considerazione e rispetto. Come osservavo prima, la legislazione non può mai essere

³⁸ T. Christiano, *The Constitution of Equality: Democratic Authority and its Limits*, Oxford, 2008.

³⁹ H. Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, new edn, Cleveland, 1958, p. 296.

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

dettagliata al punto da tenere conto di qualsiasi eventualità. Inoltre, anche se le assemblee legislative democratiche se la cavano meglio delle corti nel fornire un congegno per la pubblica deliberazione delle leggi volte a inquadrare il nostro frammentato universo sociale, nessun sistema rappresentativo è in grado di assicurare che tutti gli interessi ricevano eguale ascolto e nemmeno che riescano a ricevere ascolto in assoluto. Il vantaggio delle corti risiede nella loro consapevolezza di come misure messe in atto per servire il bene comune possano impattare su singoli individui.

Quali potrebbero essere le forme e i limiti della *judicial review* sui diritti nel contesto di una costituzione politica? Per quanto riguarda la forma, non è necessario che le dichiarazioni dei diritti si pongano al di fuori della politica - possono essere normali atti di legislazione democratica che un Parlamento pone in essere per sottolineare che certi interessi meritano una speciale considerazione, fissando speciali procedure per verificare la relativa conformità di atti legislativi e amministrativi. Allo stesso tempo, giudici indipendenti, operanti in una corte democraticamente dipendente, possono essere autorizzati da tale legislazione a migliorare ulteriormente la deliberazione pubblica, obbligando occasionalmente governi e assemblee legislative a riconsiderare le proprie decisioni alla luce di casi individuali che indichino che essi potrebbero aver sottovalutato l'incidenza delle proprie politiche su alcuni individui sottorappresentati. Ad ogni modo, tale *judicial review* può limitarsi alla *weak review*, in cui l'organo legislativo può scegliere, dopo averla debitamente riconsiderata, di lasciare immutata una determinata legge o una certa decisione, se ritiene che in tal modo i diritti siano maggiormente rispettati.

Si noti che qui l'accento è posto sui soggetti potenzialmente svantaggiati, piuttosto che su chi detiene il potere. Quasi tutti i casi cui Lord Sumption si riferisce concernono quelle minoranze che potrebbero non ricevere un'adeguata risonanza nelle assemblee legislative - casi come quelli dei detenuti o dei richiedenti asilo del tutto privi del diritto di voto - in contrapposizione alle minoranze potenti, la cui influenza potrebbe facilmente intensificarsi indebitamente, grazie alla loro capacità di avere accesso ad un

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

procedimento giudiziario solitamente costoso, plasmandolo o sfruttandolo⁴⁰. Un costituzionalista politico mette in discussione il *forum shopping* di questi ultimi, ma afferma il diritto di contestazione degli altri.

Indubbiamente, lo *Human Rights Act* del Regno Unito del 1998, che è un normale atto di legislazione parlamentare e, al contempo, lascia al parlamento l'ultima parola, funziona esattamente in questa maniera, in modo da migliorare, e non da indebolire, la costituzione politica⁴¹. Ciò avviene obbligando il legislatore a verificare esplicitamente il grado di conformità della legislazione con quei diritti che esso stesso ha considerato cruciali, e consentendo che le sue decisioni possano essere contestate, ma non rovesciate dalle corti. Come tale, esso predispone una forma democratica di deliberazione sui diritti che può essere rafforzata dalla possibilità, democraticamente limitata, di ricorrere alla *judicial review* per coloro che possono sentirsi pretermessi dal procedimento legislativo.

Alcuni stralci delle *lectures* di Lord Sumption potrebbero essere letti come ad indicare che egli sarebbe contento di un tale strumento di diritto interno, ma che teme che, dove tali strumenti esistono, allora organismi come la CEDU e la sua Corte siano, nel migliore dei casi, ridondanti e, nel peggiore, illegittimi proprio perché essi non sono sottoposti al continuo influsso democratico e al controllo dei rappresentanti eletti dal popolo. Certamente, molti di quelli che sostengono tesi apparentemente simili alla sua hanno individuato la principale lacuna dell'attuale *Human Rights Act* nella *Section 2* (1), che considerano istitutiva di un obbligo di conformarsi alla giurisprudenza della CEDU, cosa che li ha portati ad invocare la sua sostituzione con un c.d. *British Bill of Rights*⁴². Nelle pagine che

⁴⁰ Per degli esempi, si veda D. Nicol, *Business Rights as Human Rights*, in T. Campbell, K.D. Ewing, A. Tomkins (a cura di), *The Legal Protection of Rights: Sceptical Essays*, Oxford, 2011, pp. 229-243.

⁴¹ Ho argomentato diffusamente in favore di questa prospettiva in Bellamy, *Political Constitutionalism*, cit. Si veda anche Bellamy, *supra* nota n. 37.

⁴² Si veda BBC Report, *Home Secretary Theresa May Wants Human Rights Act Axed*, 2 October 2011, disponibile al sito <<http://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-15140742>> e Conservatives, *Protecting Human Rights in the UK: The Conservatives' Proposals for Changing Britain's Human Rights Laws*, 3 October 2014, disponibile al

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

seguono, intendo contestare entrambe queste asserzioni e sostenere che queste convenzioni e corti internazionali non sono né ridondanti, né necessariamente democraticamente illegittime. Inizierò illustrando i motivi per cui gli Stati democratici potrebbero essere indotti a istituire tali organismi, e come essi possano essere organizzati in modo tale da essere democraticamente dipendenti nel senso specificato poc'anzi. Mi occuperò quindi della CEDU e sosterrò che essa si conforma grosso modo a questo modello democratico, integrandosi quindi come parte della costituzione politica⁴³.

5. La costituzione democratica delle corti internazionali

L'ultimo paragrafo ha evidenziato che un sistema democraticamente legittimo di protezione internazionale dei diritti umani necessiterà di essere limitato alla *weak review* e assoggettato al costante controllo politico-democratico attraverso il procedimento legislativo ordinario. Tale controllo deve essere applicato anche al contenuto di qualsiasi Convenzione Internazionale sui Diritti Umani (CIDU), al funzionamento del sistema giuridico investito del compito di interpretarla, alle competenze e - in definitiva - alle decisioni della relativa Corte Internazionale dei Diritti Umani (Corte IDU). La sfida, affrontata in questo paragrafo, consiste nel verificare se ciò sia possibile senza presupporre la fusione dei diversi Stati contraenti in un *demos* regionale o globale e in un sistema democratico che potrebbe esercitare quel controllo.

Da questo ragionamento potrebbe evincersi che si esiga che qualsiasi CIDU e qualsiasi Corte IDU siano sottoposte al controllo

sito<https://www.conservatives.com/~media/files/downloadable%20files/human_rights.pdf>. Infatti, 'take into account' non è mai stato interpretato dalle corti britanniche nel senso di seguire pedissequamente, ed esse sono state preparate a non tener conto delle decisioni della Corte EDU che considerino oscure o inadeguate al contesto britannico, e.g. *Kay v. Lambeth London Borough Council* [2006] U.K.HL. 28, 44, *Brown v. Stott* [2003] 1 A.C. 733.

⁴³ Questi due paragrafi derivano da R. Bellamy, *The Democratic Legitimacy of International Human Rights Conventions: Political Constitutionalism and the ECHR*, in *European Journal of International Law*, 25, 2014, pp. 1019 ss.

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

democratico esclusivo degli Stati Membri che vi hanno aderito. Se così fosse, questo sarebbe uno standard impossibile cui uniformarsi per qualsiasi organismo internazionale. Ciò vorrebbe dire che l'unico ordine internazionale democraticamente legittimo sarebbe un mondo di Stati democratici indipendenti e separati. Tuttavia, questa immagine di Stati democratici autarchici è irrealistica, date le condizioni di interdipendenza internazionale della realtà attuale, una situazione da cui dipende gran parte del nostro benessere economico. In queste circostanze, le decisioni adottate in uno Stato possono avere importanti ripercussioni per quelle di un altro Stato, indebolendo il controllo democratico esclusivo. In ciò risiede il motivo alla base della creazione di ordinamenti internazionali, come la CIDU, in primo luogo, perché essi offrono una risposta a questa situazione. Sotto alcuni aspetti, certamente, essi implicano un indebolimento del controllo democratico esclusivo. Ma sotto altri aspetti, come dimostrerò, questi ordinamenti possono essere concepiti in modo da cercare di potenziare questo controllo democratico interno e di renderlo il più possibile praticabile in un mondo interconnesso.

Tre questioni potrebbero motivare Stati democratici a istituire organismi come la CIDU e la Corte IDU. Tutti e tre derivano da un impegno a consolidare il "diritto di avere diritti" di diversi popoli a vivere in regimi democratici che garantiscano ai propri cittadini lo status di politicamente eguali, meritevoli di eguale rispetto e considerazione. In primo luogo, gli Stati possono sostenere tali strumenti in quanto mezzi per promuovere la democratizzazione. La spinta verso la giurisdizionalizzazione generalmente si verifica quando le *élites* dominanti temono che i loro avversari politici possano sovvertire le loro politiche⁴⁴. I governi delle nuove democrazie possono razionalmente vedere, in questi impegni internazionali, un aiuto per suggellare lo *status quo* interno contro i propri oppositori antidemocratici. Le democrazie mature possono dubitare dell'utilità o della legittimazione di tali strumenti riguardo a sé stesse, ma le ritengono utili per le democrazie meno consolidate. Il sostegno a queste dinamiche può essere considerato un corollario dell'idea,

⁴⁴ R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge e Londra, 2004.

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

propria del costituzionalismo politico, che i diritti siano tutelati meglio attraverso la democrazia e altresì della minaccia che i regimi non democratici e le democrazie instabili possono rappresentare per le democrazie consolidate⁴⁵.

In secondo luogo, anche se tutti gli Stati fossero democratici, gli Stati democratici sarebbero incentivati a garantire che la propria capacità di operare in maniera democratica non venga minata dalle decisioni di altri Stati, siano essi democratici o meno. Pertanto, sono motivati a creare istituzioni che garantiscano che le democrazie si trattino l'un l'altra con eguale considerazione e rispetto⁴⁶. Gli esempi a questo riguardo includono le trattative commerciali, in particolare quelle concernenti lo sfruttamento delle risorse di un altro Paese, e la promozione di beni pubblici globali come avviene, ad esempio, con la lotta ai cambiamenti climatici e, più in generale, con la protezione dell'ambiente. Questi argomenti spiegano anche l'istituzione di meccanismi che assicurino il rispetto degli standard democratici, anche nei processi decisionali, da parte delle società e delle organizzazioni transnazionali e multinazionali.

Queste due questioni possono anche essere collegate alla protezione degli apolidi e di coloro che cercano di ottenere l'ingresso in Stati democratici. Da una parte, tali persone sono prive di accesso al processo democratico e, dal momento che i Paesi democratici sono impegnati nel diffondere la democrazia, il ragionamento sotteso alla prima questione si estende anche a costoro. Dall'altro lato, gli Stati democratici potrebbero temere che, a meno che l'onere di accogliere queste persone non sia condiviso equamente, la qualità democratica di alcuni Stati potrebbe soffrirne, evocando pertanto la seconda questione. Di conseguenza, gli Stati hanno interesse a garantire in quest'area politiche condivise favorevoli alla democrazia.

In terzo luogo, e da ultimo, anche le democrazie mature sono in grado di riconoscere che nessun processo democratico è perfetto.

⁴⁵ A. Moravcsik, *The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe*, in *International Organisation*, 54, 2000, pp. 243-46.

⁴⁶ P.N. Pettit, *Legitimate International Institutions: A Neo-Republican Perspective*, in S. Besson, J. Tasioulis (a cura di), *The Philosophy of International Law*, Oxford, 2010, pp. 152-53.

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

Purché le imperfezioni di qualsiasi procedimento giurisdizionale possano essere corrette anche da un meccanismo democratico, predisporre a livello internazionale un canale di contestazione può mettere gli Stati in condizione di imparare da altre democrazie, sfidando determinati preconcetti e pregiudizi infondati e provinciali.

Queste tre questioni possono essere collegate ai tre criteri per la gestione degli strumenti internazionali, che potrebbero essere istituiti per far fronte ad esse; tali criteri sono volti ad assicurare che gli strumenti in questione rimangano a loro volta coerenti con le premesse del costituzionalismo politico⁴⁷.

In primo luogo, queste corti e gli accordi internazionali cui esse ineriscono devono promuovere ed essere compatibili con la possibilità per tutti gli individui di vivere in Stati legittimi, dotati di sistemi democratici, in cui le decisioni collettive vengano prese in modo tale da mostrare loro eguale rispetto e considerazione, grazie al fatto di essere sottoposte al loro controllo condiviso ed eguale. In secondo luogo, questi organismi internazionali dovrebbero essere assoggettati all'eguale controllo di tali Stati. Se la legittimazione degli Stati democratici deriva dal fatto che essi offrono metodi abbastanza efficaci per l'identificazione e l'eguale avanzamento degli interessi dei propri cittadini, allora la legittimazione dei sistemi internazionali deriva da una fonte analoga, cioè dall'essere a loro volta sottoposti al controllo eguale e condiviso degli Stati contraenti. In terzo luogo, l'adesione a tali sistemi internazionali dovrebbe essere su base volontaria. Non tutti gli Stati avranno lo stesso interesse in accordi collettivi su una determinata questione, e molti non avranno eguale potere contrattuale. Gli accordi volontari consentono agli Stati di adattare i propri impegni internazionali agli interessi della propria popolazione e, teoricamente, di negoziare di conseguenza i termini della propria partecipazione.

Il modello istituzionale di base dell'ordinamento internazionale derivante da queste questioni e da questi criteri è quello di una volontaria e leale associazione tra Stati democratici.

⁴⁷ Idem, pp. 153-58; T. Christiano, *Democratic Legitimacy and International Institutions*, in Besson, Tasioulis, cit., pp. 122-24, 126-9.

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

Una tale associazione offre una costituzione politica “su due livelli”⁴⁸, vale a dire che una costituzione politica a livello internazionale assoggetta una CIDU e le Corti IDU alla legittimazione democratica e alla responsabilità dei rappresentanti degli Stati democratici contraenti, i quali sono a loro volta democraticamente legittimati e responsabili verso coloro che rappresentano per il tramite di una costituzione politica di diritto interno. Da questa ricostruzione scaturiscono diverse indicazioni per quanto riguarda le competenze e la portata della *judicial review* delle Corti IDU, da una parte, e per quanto riguarda l'organizzazione democratica dei sistemi CIDU, dall'altra. Affronterò ciascuno di questi punti qui di seguito.

Per quanto riguarda le competenze e la portata, quattro osservazioni sono d'obbligo. In primo luogo, come ha fatto notare Thomas Christiano⁴⁹, questo modello si basa su determinate norme dello *ius cogens* internazionale, quali quelle riguardanti l'esecuzione di accordi validamente stipulati e quelle contro la schiavitù, il genocidio e la guerra di aggressione, dal momento che queste norme sono prerequisiti di, o interne a, un tale accordo e all'importanza che esso attribuisce al valore del consenso. Pertanto, non può costituire un problema che le Corti IDU cerchino di riaffermare tali norme incondizionatamente.

In secondo luogo, un primo obiettivo di tali Convenzioni dovrebbero essere le interazioni tra gli Stati e coloro che sono privi di rappresentanza democratica, da un lato, e coloro che operano al di fuori di un adeguato controllo democratico, dall'altro, vale a dire rispettivamente i rifugiati e le imprese multinazionali.

In terzo luogo, se le Corti IDU sono tenute a rispettare l'integrità del processo democratico, in particolare nei loro giudizi sulle politiche e la legislazione interne, allora esse devono limitarsi alla *weak review*. Inoltre, l'impugnazione dovrebbe essere limitata ai casi di esaurimento dei rimedi, sia politici che giurisdizionali, di diritto interno e ai soli casi che coinvolgono quei diritti che potrebbero essere considerati basilari per ciascun cittadino nel contesto di un

⁴⁸ R.D. Putnam, *Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games*, in *International Organization*, 42, 1988, pp. 427 ss.

⁴⁹ Christiano, *The Constitution of Equality*, cit., p. 123.

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

ordinamento politico capace di far progredire pubblicamente gli interessi di ciascuno in condizioni di parità rispetto agli altri, anche se è controverso se tali diritti includano solo i diritti civili e politici essenziali o anche un minimo di diritti sociali ed economici⁵⁰. Un certo margine si renderà necessario per le varie modalità con cui i diversi sistemi giuridici possono scegliere di specificare un determinato diritto e per le molteplici circostanze che possono spingere gli organi legislativi a limitare la portata di un diritto al fine di garantirne altri.

In quarto luogo, dato che le corti possono sbagliare tanto quanto i legislatori, deve essere prevista anche la possibilità di un controllo democratico sui giudizi della Corte IDU, lasciando tali decisioni al consenso tra i rappresentanti dei governi democratici, i quali dovrebbero essere incaricati in definitiva di monitorare la conformità dello Stato alle statuizioni della Corte. Da questa soluzione discendono numerosi vantaggi. Per cominciare, dalla prospettiva dello Stato democratico che impugna la sentenza, si tratterebbe comunque di una decisione di soggetti suoi pari⁵¹. I governi di altri Stati democratici comprenderebbero la necessità di armonizzare i diritti con le realtà nazionali e la reazione ostile che una decisione della Corte IDU percepita come errata o poco sensibile a tali esigenze potrebbe suscitare. Tuttavia, tale necessità non implica che essi sarebbero disposti a tollerare pressoché qualsiasi obiezione ad una decisione che si rivelasse scomoda per il governo in questione - piuttosto è vero il contrario. Infatti, essi sarebbero anche assolutamente attenti rispetto al pericolo di consentire agli Stati di sottrarsi ai propri obblighi solidaristici e di minare l'autorità della Corte a causa di impugnazioni futili o egoistiche - in particolare per quanto riguarda gli Stati ancora in fase di democratizzazione.

A questo punto interviene la questione dell'organizzazione democratica, riguardo alla quale vi sono tre punti da analizzare. In primo luogo, questo modello è compatibile con la possibilità di conferire alle Corti IDU un certo livello di indipendenza dagli Stati che le istituiscono, a patto che gli Stati partecipanti abbiano il diritto

⁵⁰ Idem, pp. 273-4.

⁵¹ F.W. Scharpf, *Legitimacy in the Multilevel European Polity*, in *European Political Science Review*, 1, 2009, pp. 199-200.

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

di recesso e possano definire le competenze di queste Corti. In altre parole, i funzionari della CIDU, quali i giudici, possono agire in modo indipendente, ma il sistema stesso deve essere democraticamente dipendente dagli Stati contraenti.

In secondo luogo, la legittimazione democratica di tale dipendenza riposa sul fatto che gli agenti degli Stati coinvolti tengano adeguatamente conto delle visioni e delle preoccupazioni delle popolazioni che essi rappresentano. Di conseguenza, i possibili firmatari di una CIDU dovrebbero essere limitati a quegli Stati che si stiano quanto meno democratizzando in maniera credibile. L'evidenza suggerisce che gli Stati non democratici non rispettano le decisioni di tali organismi in nessun caso - una loro adesione formale serve meramente a conferire a tali regimi una parvenza di legittimità⁵². Al contempo, data la discrezionalità di cui gli esecutivi, anche dei Paesi democratici, hanno generalmente goduto per quanto riguarda la politica estera, è importante assicurare che i funzionari statali coinvolti rimangano responsabili per le proprie decisioni nei confronti del Parlamento e, da ultimo, nei confronti dell'elettorato.

Infine, se il sistema nel suo insieme deve accordare eguale considerazione agli interessi dei popoli democratici di cui è al servizio, allora gli Stati firmatari dovrebbero esercitare un eguale controllo sulla CIDU. Per esempio, tutti gli Stati dovrebbero avere un voto eguale nelle decisioni concernenti modifiche alla Convenzione, la selezione dei giudici e le indicazioni relative ai loro metodi di lavoro, l'esecuzione delle sentenze della Corte, il bilancio e così via.

Questi strumenti rispondono alle classiche obiezioni per quanto riguarda la loro legittimazione democratica? Come facevo notare, una prima obiezione è che tali sistemi debbano essere sottoposti all'esclusivo controllo democratico di ciascuno degli Stati contraenti. Ciò è garantito, ad un primo livello, dal fatto che si esige che l'adesione a questi accordi sia volontaria e che includa il diritto di recesso. Inoltre, il loro scopo e il loro funzionamento sono strutturati sulla base del rispetto dell'autonomia democratica. Come vediamo, questo obiettivo si rinvia a monte di tutte e tre le questioni che spiegano l'istituzione di questo sistema e dei tre criteri-guida

⁵² B. Simmons, *Mobilizing for Human Rights*, Cambridge, 2009.

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

riguardanti le sue competenze e la sua organizzazione. In particolare, la sua struttura organizzativa non implica un semplice trasferimento di autorità da un attore nazionale ad uno internazionale. Invece, esso sottopone gli attori nazionali, che restano democraticamente responsabili verso i cittadini o verso i loro rappresentanti, ad un controllo su base paritaria e democratica. Questa struttura fornisce un meccanismo per il controllo democratico senza presumere un *demos* o una democrazia globali. Al contrario, l'accordo costituisce un'associazione internazionale democratica di democrazie e dei loro *demoi*. Questa sorta di accordo "su due livelli" si caratterizza come *demoicratico*. Non si tratta tanto di un trasferimento di competenze, quanto della creazione di uno strumento, controllato collettivamente, per affrontare quei problemi comuni che le istituzioni nazionali non hanno la competenza per gestire autonomamente. Infine, all'esito di quest'accordo, l'obiezione più importante, quella relativa all'eccessiva discrezionalità dei giudici, viene superata rendendo la Corte IDU sistematicamente dipendente dalle decisioni democratiche collettive degli Stati contraenti riguardo alle sue competenze e, in definitiva, ai suoi giudizi. I giudici possono essere indipendenti, ma solo rispetto alla *weak review*.

Chiaramente, la strada per realizzare questo sistema è lastricata di molti problemi e, nella pratica, gli accordi istituzionali non riescono sempre a soddisfare i criteri o a rispondere a tutte le questioni rilevanti. In particolare, si profila il problema della negoziazione asimmetrica tra Stati più ricchi e potenti e Stati più poveri e deboli, anche se le coalizioni tra i secondi possono, entro una certa misura, controbilanciare l'influenza dei primi⁵³. Come tutti i sistemi democratici nazionali, anche il sistema internazionale *demoicratico* è un *work in progress*, con diversi gruppi che sfruttano le procedure esistenti per incrementare, e talvolta per ostacolare, il suo sviluppo. Questo paragrafo mira semplicemente a delinearne le fondamenta normative e istituzionali.

⁵³ Christiano, *Democratic Legitimacy and International Institutions*, pp. 125-6; Pettit, *Legitimate International Institutions*, pp. 158-60.

Richard Bellamy

*I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*6. *La costituzione politica della CEDU*

La misura dell'attendibilità di quest'approccio può nondimeno essere valutata sulla base del significativo grado di assimilabilità della CEDU a questo schema. Tutti gli Stati firmatari devono soddisfare determinati standard democratici minimali. La Corte e la Convenzione sono supervisionate dal Consiglio d'Europa, la cui struttura di governo consiste nel Comitato dei Ministri, che comprende i Ministri degli Esteri, o i loro rappresentanti permanenti, dei 47 Stati membri, nonché nell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa (APCE). Il Comitato delibera la dotazione finanziaria del Consiglio, negozia i trattati e le convenzioni che rientrano nelle sue competenze e monitora l'attuazione delle decisioni della Corte. L'APCE, che include da 2 a 18 membri, a seconda dell'entità della popolazione, provenienti dai parlamenti nazionali degli Stati contraenti, seleziona i giudici - uno per ciascuno Stato membro - e il Segretario Generale del Consiglio sulla base di liste di nomi fornite dal Comitato dei Ministri. Di conseguenza, c'è un certo grado di controllo legislativo sull'operato dell'esecutivo in quest'ambito, dato che l'APCE riceve anche regolari resoconti dal Comitato dei Ministri ed emette raccomandazioni nei suoi confronti. Il rischio di trascurare minoranze interne o transnazionali è attenuato tramite il coinvolgimento del Congresso dei Poteri Locali e Regionali del Consiglio d'Europa, composto da membri eletti da questi organi all'interno dei singoli Stati membri, incaricato di verificare il progresso della democrazia locale e, con un ruolo consultivo, della Conferenza delle Organizzazioni Internazionali Non Governative (OING) del Consiglio d'Europa.

Allo stesso tempo, la Corte nei suoi giudizi applica un margine di apprezzamento, specialmente in mancanza di standard uniformi in tutto il Consiglio d'Europa e ove sia necessario bilanciare diritti e altri interessi⁵⁴, tenendo conto, quindi, dei diversi modi in cui un diritto può essere declinato nei diversi ordinamenti. Inoltre, la Corte ha

⁵⁴ Si veda *Rasmussen v Denmark* (1984) 7 EHRR 371, par. 40-41 per la mancanza di un approccio comune, e *Dickenson v United Kingdom* (2008) 46 EHRR 41, GC, par. 77-79 per la questione del bilanciamento.

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

generalmente applicato un margine più ampio quando il caso coinvolgeva una scelta che fosse stata oggetto di pubblico dibattito da parte di un Parlamento democratico e riguardo al quale le opinioni erano ragionevolmente divergenti, e uno più stretto, invece, nei casi in cui un Parlamento avesse approvato o riconfermato una misura senza la debita considerazione⁵⁵. Le sue sentenze si applicano solo nell'ordinamento coinvolto e non necessariamente vengono utilizzate come precedenti per decisioni su casi simili in un altro Stato, con ciò attenuando il problema di un approccio "indifferenziato". La recente dichiarazione di Brighton ha proposto di incorporare formalmente nel Preambolo della Convenzione⁵⁶ sia il margine di apprezzamento che il principio di sussidiarietà, evidenziando, in questo modo, che il compito di implementare i diritti della Convenzione grava in primo luogo sugli organi, giurisdizionali e soprattutto politici, nazionali. In verità, si suggerisce che tutti i parlamenti adottino le procedure di controllo pre-legislativo intensificato già vigenti nel Regno Unito e nei Paesi nordici. Infatti, i dati indicano che la Corte EDU opera in misura marginale ove siano coinvolte democrazie consolidate. Per esempio, dal 1966 il 97% delle cause intentate contro il Regno Unito è stato considerato inammissibile, mentre in soli 271 sui 443 casi effettivamente discussi è stata rilevata un'infrazione - il 61% ovvero una media di 6.15 casi per anno, meno del 2% del totale delle cause. Cinque Paesi - Russia, Ucraina, Romania, Turchia e Italia - sono attualmente responsabili per oltre la metà dei ricorsi esperiti dinanzi alla Corte, con la sola Russia responsabile per il 27% di essi.

Queste caratteristiche del Consiglio d'Europa corrispondono abbastanza fedelmente ai criteri e alle relative indicazioni forniti nel paragrafo precedente per garantire che un'associazione internazionale di democrazie rispecchi essa stessa parametri democratici. Il Consiglio

⁵⁵ *Hatton v United Kingdom* (2003) 37 EHRR 28 GC par. 97; *Draon v France* (2006) 42 EHRR 40, GC, par. 106-108, e - per l'argomento contrario - *Hirst v United Kingdom (No 2)* (2006) 42 EHRR 41, *Sukhovetsky v Ukraine* (2007) 44 EHRR 57, par. 65-67, e l'analisi in A. Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law*, Oxford, 2012, spec. cap. 4.

⁵⁶ High Level Conference on the future of the ECtHR Brighton Declaration 19/20 April 2012, disponibile al sito <<http://hub.coe.int/en/20120419-brighton-declaration/>>.

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

non solo è soggetto all'eguale controllo dei rappresentanti di Stati democratici, ma questi rappresentanti non provengono semplicemente dai ranghi dell'esecutivo. Il coinvolgimento di rappresentanti parlamentari e, in misura minore, di rappresentanti dei governi locali nonché delle ONG, aumenta la probabilità che le politiche statali siano più democraticamente rappresentative degli interessi nazionali, compresi gli interessi minoritari, rispetto a quanto spesso accade per la politica estera. Di conseguenza, risponde almeno ad alcune delle preoccupazioni di quanti esigono che tali strumenti debbano essere sottoposti al controllo democratico esclusivo delle parti contraenti, senza assumere come necessario un sistema democratico globale. La CEDU può essere considerata, per certi versi, dotata delle qualità proprie di un documento legislativo internazionale sui diritti, in cui i rapporti dell'APCE spesso aprono la strada a modifiche della convenzione o ad interventi da parte del Consiglio dei Ministri. Ultimo, ma non meno importante, la Corte EDU è politicamente dipendente, essendo selezionata e supervisionata da un organo rappresentativo degli Stati contraenti, ed è costretta a rispettare in larga misura i loro diritti nazionali nell'applicazione dei propri strumenti. In conseguenza di questi due aspetti, anche la forza dell'obiezione relativa alla discrezionalità dei giudici diminuisce considerevolmente.

Detto questo, il sistema CEDU è carente sotto due aspetti fondamentali. In primo luogo, nonostante il margine di apprezzamento, rigorosamente parlando la Corte EDU non adotta la *weak review*. In base all'Articolo 46 della Convenzione le sue sentenze hanno forza vincolante per le Alte Parti Contraenti e, una volta che la Grande Camera si è pronunciata in via definitiva, non sono previsti ulteriori gradi di appello. Tuttavia, essa non disapplica le leggi nazionali - che restano in vigore finché l'organo legislativo nazionale competente non le modifica - e può offrire solo un rimedio di diritto internazionale e non di diritto interno. In questo senso, si può dire che la Corte EDU applichi una versione *soft* della *strong review*. Pure, il sistema potrebbe essere adattato ad esercitare la *weak review* in maniera relativamente semplice. Come ho fatto notare, il Comitato dei Ministri è responsabile dell'attuazione di queste sentenze e può sanzionare un membro che non si conformi a tali decisioni e anche espellerlo. Ad ogni modo, sarebbe perfettamente possibile autorizzare

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

il Comitato a diventare la corte d'appello di ultima istanza, come ho illustrato prima.

In secondo luogo, il focus della Corte EDU è stato, finora, il problema della conformità dei singoli Stati alla CEDU. Anche se il Consiglio d'Europa ha preso in esame questioni comuni che incidono sulle relazioni tra Stati, esse sono rimaste ai margini. Ciò cambierà con la futura adesione dell'Unione Europea alla CEDU, che introdurrà un monitoraggio degli accordi economici interstatali per verificare che rispettino i diritti umani.

Sin da adesso, un'importante differenza tra la Corte EDU e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) riguardo ai diritti attinenti alla sfera lavorativa indica le modalità tramite le quali questo passo potrebbe portare ad un forte incremento dell'eguale rispetto e dell'eguale considerazione tra gli Stati coinvolti per i loro procedimenti democratici interni⁵⁷. Tuttavia, il lasso di tempo che dovrà trascorrere prima che ciò accada dipenderà probabilmente dalla misura in cui sia il Consiglio d'Europa che l'UE si considereranno vincolati da una costituzione politica piuttosto che da una costituzione giuridica.

7. Conclusioni

La critica di Lord Sumption alla *judicial review* in generale e, in particolare, nei confronti della Corte EDU riflette la limitatezza del suo alquanto ristretto approccio di costituzionalismo giuridico. Egli offre una visione limitata sia dei diritti che della democrazia, rendendo ad entrambi un cattivo servizio. Come abbiamo visto nel paragrafo 2, egli ripone una fiducia ingiustificata e irrealistica nella capacità del diritto di porre un freno ai giudici e, entro certi limiti, ai governi. Malgrado il suo apparente apprezzamento per il ruolo legittimante svolto dai parlamenti democratici nel decidere questioni concernenti i diritti, non riesce a scorgerne il significato costituzionale come strumento di promozione dell'eguaglianza politica. Di conseguenza,

⁵⁷ J. Fudge, *Constitutionalizing Labour Rights in Europe*, in T. Campbell, K. D. Ewing, A. Tomkins, cit., p. 244.

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

egli non immagina neanche come le corti e le assemblee legislative potrebbero lavorare in tandem per migliorare la deliberazione pubblica l'una dell'altra con modalità che salvaguardino il diritto essenziale all'eguale considerazione e al rispetto. Diversamente, il costituzionalismo politico ha proprio questa finalità egualitaria. Il paragrafo 3 indica come potrebbe funzionare quest'approccio alternativo a livello di diritto interno e il paragrafo 4 argomenta come e perché potrebbe essere importante estendere il costituzionalismo politico a livello internazionale, per il tramite della CIDU e delle Corti IDU. Il paragrafo 5 si conclude suggerendo che questo modello potrebbe essere applicato alla CEDU, che già in larga misura lo rispecchia. Di conseguenza, gran parte delle critiche di Lord Sumption nei confronti della *judicial review* e della Corte EDU si rivelano errate e fuori luogo. Esse riflettono la stessa posizione che egli apparentemente critica - quella che consiste nell'utilizzare le Corti e la democrazia per imporre alla collettività i valori morali e politici di un singolo - nel suo caso, quelli di un liberal-conservatore.

ABSTRACT:

In questo saggio confronterò due critiche sistematiche alla forma c.d. forte della *judicial review* sui diritti - quella di Lord Jonathan Sumption, da una parte, e quella dei costituzionalisti politici, alla visione dei quali quella di Sumption somiglia superficialmente, dall'altra. Come vedremo, anche se entrambe queste critiche prefigurano la prevalenza della politica sul diritto, esse lo fanno sulla base di principi differenti - il primo sulla base del principio della libertà individuale, i secondi sulla base dell'eguaglianza politica. La critica di Lord Sumption alla *judicial review* in generale e, in particolare, nei confronti della Corte EDU riflette la limitatezza del suo alquanto ristretto approccio di costituzionalismo giuridico.

Richard Bellamy

I limiti di Lord Sumption: Costituzionalismo giuridico limitato, Costituzionalismo politico e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

KEYWORDS: judicial review, legal constitutionalism, political constitutionalism, Lord Sumption, European Convention on Human Rights (ECHR)

Richard Bellamy – Professor of Political Science, UCL.

The nature of populist power through the lens of constitutional lawyers*

Cesare Pinelli

CONTENTS: 1. State of the art and proposals - 2. Constitutional retrogressions - 3. Symptoms of constitutional democracy's corrosion - 4. The advent of populist regimes - 5. Is there a populist constitutionalism? - 6. The structural asymmetry between constitutional democracies and populist regimes - 7. Further systemic challenges to constitutional democracy.

1. State of the art and proposals

Why are constitutional lawyers primarily interested at populism? Are they interested at it because of its theoretical credentials, or as a regime that worldwide rivals constitutional democracy? Although the latter alternative should *prima facie* prevail, in current literature attempts of drawing a populist constitutional theory go hand in hand with efforts of giving the ultimate definition of populism, and even of anti-populism. Once internalized within the scholarly community, a tension as such risks to convert into self-referential analysis, if not to confirm the 'Babelian confusion of voices'¹ on the issue.

While reacting to this trend, I will first give a brief account of the increasing diffusion of 'hybrid regimes' in the past decades, and of

* Relazione presentata al V Convegno annuale di Diritti Comparati – Final conference of the Jean Monnet Module Eur.Publ.IUS, *Political Constitutionalism and Constitutional Populism: What Do They share?*, Pisa – Scuola Superiore Sant'Anna, 20 Settembre 2019. Il contributo è stato inviato su richiesta della direzione e pertanto non è stato sottoposto a referaggio, in conformità con il regolamento della Rivista.

¹ Editorial, 'What is Populism? Who is the Populist?', *Democratic Theory*, Vol 5, Issue 2, Winter 2018, VI.

the main symptoms of the malaise meanwhile affecting constitutional democracies. It is against such background, I contend, that the question should be analyzed of whether the populist emphasis on popular sovereignty reflects a constitutional theory. On the other hand, the legitimacy recognised to populist parties and governments in a constitutional democracy should be confronted with the former's tendency to establish a regime where adversaries are instead delegitimized as such. This asymmetry could be overcome through a recovery of democratic politics aimed at addressing the systemic difficulties that put the premises for the populist rise, and are still with us.

2. Constitutional retrogressions

A useful distinction has recently been made between 'authoritarian regressions' and 'constitutional retrogressions'². Contrary to the former, that 'are characterized by an abrupt change in regime from democratic to authoritarian' due to military coups, or the use of legal states of emergency³, constitutional retrogression is rather a 'slow, incremental and endogenous decay', affecting simultaneously 'three institutional predicates of democracy: the quality of elections, speech and associational rights, and the rule of law.'⁴ Exactly because of these characters, 'there will be no crisp focal point that can supply diffuse social and political actors with a coordinating signal that democratic norms are imperiled. The absence of a focal point will render popular and oppositional resistance to the antidemocratic consolidation of political power more costly and less effective. In short, it is precisely because it does not come dressed as a wolf that the threat of constitutional retrogression is so grave.'⁵

Before dwelling into the US case, which is their main concern, the authors include Hungary, Poland, Russia, Thailand, Turkey,

² A.Huq and T.Ginsburg, 'How to Lose a Constitutional Democracy', 65 *UCLA L.REV.* 78 (2018), 83.

³ A.Huq and T.Ginsburg, 'How to Lose a Constitutional Democracy', 101.

⁴ A.Huq and T.Ginsburg, 'How to Lose a Constitutional Democracy', 117.

⁵ A.Huq and T.Ginsburg, 'How to Lose a Constitutional Democracy', 119.

Ukraine, and Venezuela, among the countries recently affected by constitutional retrogression.⁶

It is worth noting that such concept differs from the fortunate formula of ‘illiberal democracy’, that was tentatively proposed twenty years ago to designate regimes which could be said to stand at some point between constitutional democracy and totalitarianism. Many countries, it was then noted, ‘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’.⁷ While presupposing that the holding of elections is sufficient to qualify a certain system as democratic, that formula suggests that the regimes it designates are substantially democratic, although illiberal.

‘Constitutional retrogression’ is instead referred, as we have seen, to constitutional democracy as a regime where the quality of elections, speech and associational rights, and the rule of law are mutually connected to the point that a backsliding of one of these elements affects the others, and is therefore likely to engender a constitutional retrogression. I share this premise. 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. I would add that, 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 (as the closure of newspapers would be for example). And yet such uses of political power constitute an infringement of citizens’ political rights, the exercise of which is necessary for free elections.⁸

⁶ *Ibidem*

⁷ F. Zakaria, ‘The Rise of Illiberal Democracy’ (1997) *Foreign Affairs* 16, 22.

⁸ S. Levitsky and L. A. Way, *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes after the Cold War* (Cambridge, Cambridge University Press, 2010) 6.

Similarly, manipulations of the information environment such as those practiced by the government in Russia, Turkey and Poland, extend existing arrangements of power to the point of undermining ‘the very basis on which an open society operates’⁹. Dismantlements of interbranch checks, as those perpetrated in Poland and Hungary through court-packing operations and modifications of the competences or of the financial independence of the constitutional courts, do provoke an erosion of the rule of law notwithstanding the observance of formal legality¹⁰. In the same direction goes the increasing use of constitutional amendment or replacement aimed at making ‘a state significantly less democratic than it was before’, namely a regime with ‘a relative absence of accountability and a lack of rights protection’¹¹.

The novelty does not consist in the fact that observance of legal procedures may not guarantee the maintenance of constitutional principles, since the same occurred with the emergence of the totalitarian State. What is new is rather that violations of those principles do not necessarily prelude to totalitarianism. On the contrary, constitutional retrogression coexists with the holding of at least formally free elections. It is this feature that qualifies these regimes as ‘hybrid’, or as standing in-between constitutional democracy and the totalitarian state. Fundamental rights may be there seriously restricted, and independence may vanish of the judiciary and of the non-majoritarian authorities. But elections have to be taken, whichever their democratic quality might be: ‘These regimes generally satisfy international actors in that they are sufficiently democratic to avoid sanctions and other consequences — elections are held, and they are not mere shams. There is enough electoral competition for opposition forces to compete and occasionally win. But at the same time, the deck is systematically stacked against those trying to unseat incumbents through a variety of means’¹².

⁹ A.Huq -T.Ginsburg, ‘How to Lose a Constitutional Democracy’, 135.

¹⁰ G.A.Tóth, ‘Constitutional Markers of Authoritarianism’, *Hague Journal on the Rule of Law*, Published online: 10 September 2018, 17.

¹¹ D.Landau, ‘Abusive Constitutionalism’, *University of California, Davis*, [Vol. 47: 189], 2013, 195 and 200 respectively.

¹² D.Landau, ‘Abusive Constitutionalism’, 199. See also M.-S.Kuo, ‘Against instantaneous democracy’, *I•CON*17 (2019), 557.

The point is that, being concentrated in the hands of the majority, the new power needs not only to rely on the people's will, but first and foremost to control that will's formation. There is ground for speaking of 'democracy disfigured'¹³. But was it disfigured by an invasion of aliens? Or was its internal corrosion that put the premises for such disfigurement¹⁴?

3. Symptoms of constitutional democracy's corrosion

Symptoms of democracy's corrosion were already discernible at the beginning of the new century, when most populist parties and governments were far from the centrestage. The crisis of political representation, the impact on politics of the new communicative systems, and the unchecked expansion of global finance should be mentioned among these symptoms.

The crisis of political representation is itself a multi-faceted phenomenon, comprehending inter alia the decline of traditional parties, the growing complexity of political issues, and the mismatch between parliamentary deliberation and mediatically structured public debates. These contradictory elements tend to deny the good reasons for a long-sighted perspective of politics, and to reduce political representation to the resemblance between the representative to the elector. It is in this sense that the current crisis of political representation differs radically from those that periodically characterized its bicentennial life. As it has been noted, '[t]he question has always been posed in terms not of *why*, but of who and how? Whom shall we entrust to represent us? How do we ensure that they remain true to their mission? How do we protect ourselves from those who lead or govern? This has for two hundred years or so been the stock in trade of thinking about politics [.....] But what is becoming clearer is that the growing alienation from representative

¹³ N.Urbinati, *Democracy Disfigured. Opinion, Truth, and the People*, Harvard University Press, 2014.

¹⁴ That question is crucial for J.Zelonka, *Counter-revolution. Liberal Europe in retreat*, Oxford University Press, Oxford, 2018, arguing that liberals have proved more able in criticising populism than in reflecting on themselves.

practices and processes is moving us beyond the 'who' and 'how' questions towards the 'why'.¹⁵

The emergence of the 'why question' is likely to challenge the twofold idea that political representation requires a distance between the representative and the represented, and that it consists in a partial, and therefore political, interpretation of the will of the people, that needs to be confronted in parliament with further political interpretations.

The impact on politics of the new communicative systems is multi-faceted as well. These systems structure the public debate in terms of singular events rather than of policies or principles¹⁶. Far from favouring awareness of a common future, and a reflexive attitude with respect to external events, they tend to obscure the previous perception of time. From a reasoned confrontation between programs concerning the future of the country and policies needing time to take shape and then to be evaluated by the voters, politics has thus to comply with the imperatives of an 'instantaneous democracy'¹⁷. Websites also afford the opportunity of direct popular decisions alternative to those of Parliament, to the point of promoting the ideal of a digital self-government. While rejecting an apocalyptic approach to the issue, I share the assumption that, for the moment, these decision-making processes are still deprived of sufficient democratic credentials, to the extent that citizens are entitled to vote online without knowing, discussing, projecting and checking the issue at stake¹⁸.

So far, constitutional democracy's corrosion has been referred to how, in the above mentioned conditions, the intimate connection between fundamental rights and democracy loses its meaning. The same occurs to political equality vis-à-vis the global finance's oligarchical assessments. Although the economic debate is still centered on a conflict between states and markets, 'giant firms' are reputed to be 'so dominant in their markets and so close to governments that they break most of the rules of what economists

¹⁵ S. Tormey, *The End of Representative Politics*, Cambridge, Polity, 2015, 58.

¹⁶ See J. M. Guéhenno, *La fin de la démocratie*, Paris, Flammarion, 1993.

¹⁷ M.-S.Kuo, 'Against instantaneous democracy', 560.

¹⁸ S.Rodotà, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Bari-Roma, Laterza, 2004, VI.

understand by the free market.’¹⁹ Furthermore, de-regulation of financial markets brought the political and the economic spheres to coalescence, thus weakening ‘the form of stability and restraint imposed by public regulation *vis-à-vis* economic processes’²⁰. Accordingly, states were prevented from correcting social and economic inequalities, whose growth, in turn, paralysed social mobility. And the more the latter was paralysed, the less could political equality be trusted as a condition of social improvement, with the ‘one man, one vote’ principle reduced to a formality. Significantly, populism has been viewed as a symptom of ‘the failure of constitutional democracies to be consistent with its promises of guaranteeing that all citizens enjoy an equal political power and public equality is the norm leading institutions, politicians, and citizens’.²¹

4. *The advent of populist regimes*

While conditioning the behaviour of representatives and electors irrespective of their political opinions, these elements affect the sense of constitutional democracy. Relieved from the burden of being evaluated according to their policies, and obsessed by daily opinion polls, representatives and political parties adapt themselves to the media-driven scenario of politics for maintaining their power, and tend to concentrate on the construction of a successful image before their electors and to mirror their current preferences²². Conversely, electors are likely to raise the question of ‘why should we be represented’, both because the very act of voting is no more meant to choose between interpretations of the public interest competing over time, and because the possibility of political and social change

¹⁹ C.Crouch, *The Strange Non-Death of Neo-Liberism*, Cambridge, Polity, 2011, 75.

²⁰ P.F. Kjaer, ‘Law and Order Within and Beyond National Configurations’, *The Financial Crisis in Constitutional Perspective*, Oxford and Portland: Hart., 2011, 418.

²¹ R Bellamy and W Merkel (coords), ‘Challenges of Inequality to Democracy’, *Rethinking Society for the 21st Century*, Vol 2 Chapter 14 (Cambridge, Cambridge University Press, 2018) 68.

²² Y. Mény – Y. Surel, *Par le peuple, pour le peuple* (Paris, Fayard, 2000) 75 ss.

traditionnally attached to the exertion of that right is seriously hampered by the deep reassessment of the realm of power we have assisted at in the last decades.

However, contrary to traditional parties, populists are in the condition of exploiting the main features of the new scenario, with which their feelings and actions naturally merge. Claiming to mirror the people's will, populists do not need to give an interpretation of it, which would amount to sustain a partial view. What populists firstly deny is 'any kind of pluralism or social division: in the populist imagination there is *only* the people on the one hand and, on the other hand, the illegitimate intruders into our politics'.²³

Moreover, the populist claim of instantiating the people's will presupposes 'appeals to authenticity' that social media can now diffuse without intermediations: 'With the pervasive simultaneity of political communications, politics has been more or less demystified and become transparent. As a result, current populist movements in established democracies seem to benefit more from their successes in popular resonance than from their appeals to the mysterious character of political charisma'.²⁴ In addition, social media are currently articulated in a way that dispenses politicians and parties from a reasoned confrontation on programs vis-à-vis the electors. And populists abhor political debates: their truth must reach directly the electors, eventually after having attacked the morality of their adversaries, but not through discussion with them. Justice Holmes's metaphor of a 'free marketplace of ideas' from which truth could emerge appears here a relic of the past.

Finally, with the rise of global financial oligarchies and the correspondent waning of political equality as a condition of social improvement, democracy is disfigured also in the sense that popular trust decays in legislative reforms aimed at enhancing social mobility. Protests have indeed arisen against the global corporate power and policies of deregulation, such as those organised by Occupy Wall Street or by similar movements in Europe and elsewhere. However,

²³ J.-W. Müller, 'The people must be extracted from within the people': Reflections on Populism' (2014) *Constellations* 11, 13.

²⁴ M.-S.Kuo, 'Against instantaneous democracy', 560.

contrary to some assumptions²⁵, these protest's affinity with the populist surge doesn't go beyond the fact that they mobilize masses of people against an elite. For the rest, movements against the global finance are far from enduring, nor do they claim to be the sole interpreters of the people's will or challenge traditional parties at the elections.

It should rather be noted that social mobility's paralysis and the dramatic increase of inequalities lead huge amounts of people to think that things can only get worse. Populists confirm this perception, by denouncing those external forces, be it migrants or EU technocracies, that further threaten welfare or security²⁶. While identifying these targets, a politics of fear tends to divert popular attention from the crucial role of global financial oligarchies in increasing the inequalities.

On the other hand, 'While worrying incessantly about the menace of populism, elitist liberal democrats don't see large concentrations of private power in the hands, for example, of Big Tech (Google, Facebook) or Big Finance as threats to freedom, or as narrowing or even manipulating human choices. Big Tech platforms only become a problem when they are perceived to assist the populists (Brexit; Russia & Trump vs. Hillary Clinton)'.²⁷

I have already noted the coalescence of traditional or elitist politics with the global corporate power. But this does not prevent me from adding that the latter has little to be worried of populist governments as well. A simplistic opposition between populists and anti-populists, or 'elitist liberal democrats', might pave the way to imagine 'anti-populists conjurors'²⁸, or at least to assume that that

²⁵ See e.g. C.Mouffe, *For a Left Populism*, London, Verso, 2018, R.Howse, 'Epilogue: In defense of disruptive democracy – A critique of anti-populism', *I•CON* (2019), 645, and M.Walsh, 'Freedom from Democracy. Progressive Populism and the Rise of Global Corporate Power', *Democratic Theory*, Vol. 5, Issue 2, Winter 2018, 51 ff.

²⁶ According to N.W.Barber, 'Populist leaders and political parties', *German Law Journal* (2019), 20, 131, 'Frequently, the discourse of populism is framed in existential terms that seek to inspire fear and panic'.

²⁷ R.Howse, 'Epilogue: in defense of disruptive democracy', at 649.

²⁸ Z.Oclopčić, 'Imagined ideologies: Populist figures, liberalist projections, and the horizon of constitutionalism', *German Law Journal* (2019), 20, 209.

opposition reflects ‘radically different conceptions of how democracy should operate in the contemporary Western European political landscape—both valid, but very much at odds with one another.’²⁹ It is as if we were debating within an ideal forum, disconnected from the constitutional implications of political action. While considering these, the contention can instead be made that the fierce adversaries of the moment have concurred, albeit to a different extent and for different reasons, in jeopardising the basic principles of constitutional democracy.

5. Is there a populist constitutionalism?

In the same vein, I will examine the thesis that the populist emphasis on the principle of popular sovereignty reflects a constitutional theory. While claiming to restore the people’s will, and projecting constitutional reforms aimed at asserting its primacy over different sources of legitimacy, populists are reputed to follow the continental Europe’s revolutionary legacy, relying on the constituent power’s absolute sovereignty, identified with the people’s will, and on the related suspicion for the rule of law.³⁰

Some object that it is mainstream theories of constituent power that ‘provide intellectual support for the peripheral theories of populist constitutionalism and—by extension—for populist argumentation in quotidian politics. Treating the constituent power as a fictive entity that persists through time leads us into a conceptual morass that obscures the character of the people and the role they play in a popular constitutional democracy. There is no constituent power with a fixed diachronic identity that is a continuing source of constitutional authority. Constituent power is not an entity, but a

²⁹ B.Moffitt, ‘The Populism/Anti-Populism Divide in Western Europe’, *Democratic Theory*, Vol 5, Issue 2, Winter 2018, 2.

³⁰ L Corrias, ‘Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity’ *EuConst*, 2016/18, 24 and P Blokker, ‘Populist Constitutionalism’ (May 2017) *Verfassungsblog.de*.

capacity: the ability unlawfully to replace one constitutional system with another.³¹

Such objection relies however on the correctness as such of current theories of constituent power. Attention should rather be driven on what ‘populist constitutionalism’ has in common with the categories forged by the European revolutionary legacy. The point is that the latter reflects an artificial paradigm: even the idea that the collectivity comes prior to the individual lies on the presumption that the former is a social construction, not a natural element. For contemporary populism it is instead a seemingly natural community, ‘the people’, that takes center stage. Some resonance can be caught with the organicism that permeated the European cultural mainstream at the end of the 19th century and, first and foremost, with Carl Schmitt’s fixed and concrete idea of the people as a unity, that can be mirrored but not politically interpreted through representation. However, the Schmittian theory of the people is unlikely to be compared to the populist narrative, the latter being provided with a rather thin ideology³².

Nor does a constitutional theory emerge from the populists’ engagement in constitutional reform. Unlike constitutional texts reflecting the revolutionary tradition, whose declared purpose was to build an entirely new world, those approved by populist majorities tend to insert references to the country’s national, or ethnic, or religious identity in the frame of the previous constitutions³³. Their

³¹ O.Doyle, ‘Populist constitutionalism and constituent power’, *German Law Journal* (2019), 20, 180.

³² See particularly B.Stanley, ‘The thin ideology of populism’, *Journal of Political Ideologies* (February 2008), 13 (1), 95 ff.

³³ As particularly demonstrated from the Hungarian case: significantly, for Orbán ‘[W]hat is happening today in Hungary can be interpreted as an attempt of the respective political leadership to harmonize relationship between the interests and achievement of individuals - that needs to be acknowledged - with interests and achievements of the community, and the nation. The Hungarian nation is not simply a group of individuals but a community that must be organized, reinforced and in fact constructed. And so in this sense the new State that we are constructing in Hungary is an illiberal state, a non-liberal state. It does not deny foundational values of liberalism, as freedom, etc. But it does not make this ideology a central element of state organization, but applies a specific, national, particular approach in its stead.’ (See

approach to the liberal pillar of constitutional democracy is pragmatic as well. The authors of these texts do not need to abolish the constitutional courts, or alter the provisions regarding the rule of law and fundamental rights; they prefer to undermine by other means (e.g. court-packing plans, *ad hoc* changes of the judges' age of retirement) the counter-majoritarian function of constitutional courts and the independence of the judiciary. Such constitutional retrogressions reflect an oversimplification of the democratic process, and a pragmatic approach to national contexts that are unlikely to bridge the gap with commonly known constitutional theory's categories.

Finally, even scholars who use terms as 'populist constitutionalism' admit that in these regimes 'The hierarchy of the legal-constitutional order is not to be replaced by an inclusive, more universalistic order but rather by a return to, or realization of, the past, that is, of a traditional order, based on "natural" hierarchies related to ethnicity, family, and tradition'³⁴ Why, then, should we use terms as 'populist constitutionalism' or 'populist constitutional theory'? Isn't there the risk of legitimizing populist regimes by characterising them with the normative terms hitherto attached to constitutional democracy?³⁵

6. The structural asymmetry between constitutional democracies and populist regimes

So far, I have treated the question of how constitutional lawyers should not react to populism. But how should they react to it?

Even here it is crucial 'to distinguish between the discourse of populists in opposition – where they indeed see the authentic popular will as being obstructed – and populists in power crafting constitutions that are intended to reflect their image of the people (and seek to perpetuate populists in power). In particular, such constitutions might put constraints in place that will preserve the

<http://budapestbeacon.com/public-policy/full-text-of-viktor-orbans-speech-at-baile-tusnad-tusnadfurdo-of-26-july-2014>).

³⁴ P. Blokker, 'Populism as a constitutional project', *I•CON* 17 (2019), 540.

³⁵ Similarly G.A. Tóth, 'Constitutional Markers of Authoritarianism', 14.

product of a highly partisan constitution-making process, all in the name of remaining faithful to a supposed authentic “founding will.”³⁶

Undeniably, ‘One of the ways in which contemporary fascination with populism threatens to distort

is by seducing us into thinking that populist approaches, and populist versions of constitutionalism, are somehow bound to prevail. That is not the case. Populism is inherently fragile and unstable. The limited circuits of authoritarian power to which it attaches itself—military, dynastic, vanguard party or movement—are precarious resources. And where there is a more pluralist constitutional backdrop, even these resources may hardly be available. Additionally, populism may become trapped by its own contradictions. The repeated invocation of the people as a sacralized source of authority (the “real” people) may disempower the people as a profane reality—the *real* “real” people) in a way that comes to undermine the legitimacy of the populist leadership.’³⁷

I would add that, with the establishment of a populist regime, the dichotomy ‘people v. elite’, which populists have successfully introduced at the center stage of politics and of the academic debate, is likely to meet difficulties also with respect to the elite. While the latter comprehends the traditional political class, EU and global technocracies, banks and corporations, and intellectuals, populists in power become themselves part of the political class, nor do they prove to threaten, as we have seen, the global corporate power. Their sole attack is focused on the cultural elite, disseminating resources of knowledge and expertise, and therefore a critical approach to reality that endangers the populist imaginary construction.

Notwithstanding these fragilities, it is difficult to venture whether populism will be a contingent phenomenon. The point is that the full legitimacy which constitutional democracies recognize to populist parties and governments contradicts the latter’s tendency to create a regime of their own.

In a constitutional democracy populism should not be legally contrasted, and this is usually the case. Even in Germany, whose

³⁶ J.-W. Müller, ‘Populist Constitutions – A Contradiction in Terms?’, *Verfassungsblog*, 23 Apr 2017.

³⁷ N. Walker, ‘Populism and constitutional tension’, *I•CON* 17 (2019), 528.

Basic Law allows the Federal Constitutional Court to declare the dissolution of any political party that seeks to undermine or abolish the free and democratic order or to endanger its existence (Article 21 BL), the Court has refrained from adopting such measure against an ultranationalist party as the NPD³⁸, thus declining ‘to provide further fodder for the populists’ familiar narrative that the establishment systematically suppresses the voice of ‘the people’.³⁹ As significantly affirmed by the FCC’s President, reactions to the populist challenge should derive primarily from the political process itself.⁴⁰

A response to populism might indirectly be caught in Article 7 TEU, which entrusts the European Council with the powers of ascertaining the existence of systemic violations by a Member State of the ‘common values’ enumerated in Article 2 TEU, including ‘the rule of law and respect for human rights’, and of adopting a series of related measures that can go to the point of suspending the voting rights of the representative of that Member State. These measures are not meant to outlaw populist governments as such. Rather, they aim at sanctioning systemic breaches of the EU ‘common values’ that might recur within a Member State, irrespective of the contingent political colour of its government. Their nature is thus legal, not political, although the enforcement of Article 7 TEU’s mechanisms rests entirely in the hands of national governments. And the European Council’s inertia vis-a-vis what has been called ‘the purposeful destruction of the rule of law inside EU member states’⁴¹, departing from Hungary and Poland, reflects partisan tactics that vanishes the credibility of the ‘common values’.

The notion that responses to populism should come from politics rather than from law reflects a core principle of constitutional

³⁸ Federal Constitutional Court, January 17, 2017, *Neue Juristische Wochenschrift* 611, on which see L. Schuldt, ‘Mixed Signals of Europeanization: Revisiting the NPD Decision in Light of the European Court of Human Rights’ Jurisprudence’ (2018) *German Law Journal* 810, 817.

³⁹ A. Pirang, ‘Renaissance of Militant Democracy?’, www.lawfareblog.com, March 27, 2017.

⁴⁰ A. Voßkuhle, ‘Demokratie und Populismus’ (2018) *Der Staat* 120, 134.

⁴¹ J.-W. Müller, ‘Reflections on Europe’s ‘Rule of Law Crises’’, P.F.Kjaer-N.Olson (eds.), *Critical Theories of Crisis in Europe. From Weimar to the Euro* (London, Rowman & Littlefield, 2016) 162.

democracies such as pluralism, which they could not renounce without betraying themselves. It is respect for pluralism, together with the rule of law, that impedes whichever degeneration of majoritarianism into the winner-take-all rule, thus rendering inter alia unpredictable the electoral outcome. To the contrary, populist regimes deny the reversibility of political power: majoritarianism coincides there with the winner-take-all rule, with the majority in charge willing to rest in power beyond the legislature by all means, and pluralism is obstructed because it risks to hamper such possibility, not because it contrasts with an ideological tribute to the people's will. This structural asymmetry gives populists a competitive advantage on their adversaries in terms of power, which only a recovery of democratic politics could overcome. But does its current anemia simply reflect the poor performances of its leaders and parties?

7. Further systemic challenges to constitutional democracy

As already mentioned, constitutional democracy's crisis predates the populist rise, and would be with us even without it. And the sense of vacuity affecting political representation, the fascination with instantaneous democracy, and a reassessment of the realm of power due to coalescence between politics and finance, not only erode the credibility of constitutional democracy's promises. They also pervert its artificial dimension, namely the construction of a constitutional time and space through which a 'We' can be invoked whose boundaries are not drawn once and for all, and whose identity is never fixed, since 'the self of self-legislation remains to be formed by and in the legislation it gives itself. The legal institutionalisation of sensitivity to this dialectic can be found in constitutional democracy's insistence on both majority rule and rights of minorities'.⁴²

Constitutional democracy's artificial dimension has historically proved to pave the way to a pluralist dynamic over time, with which the populist fiction of a people's natural identity, with its obsession for a never ending past, is frequently reputed to be at odds. What it

⁴² L. Corrias, 'Populism in a Constitutional Key', at 24.

remains instead obscure is whether and how the virtual dimension that increasingly affects our lives, political communications included, can be reconciled with democracy. Technologies and algorithms seem to prepare a virtual world which, reproducing the human, differs per se from democracy's artificial paradigms.

Here comes a series a constitutional issues. Who exerts power over these processes? How can they be democratically controlled? Are new institutional devices and procedures likely to be projected with that aim, or are they going to fail vis-à-vis the opaqueness of the virtual world's mechanisms? Awareness is needed, at any rate, that these tend to neutralize democracy's artificial paradigms no less than, and sometimes together with, the claim of a return to the people's natural identity. Recovery of democratic politics requires such awareness, together with a thorough reinvention of its traditional mechanisms.

Abstract: This essay firstly gives a brief account of the increasing diffusion of 'hybrid regimes' and of the main symptoms of the malaise affecting constitutional democracies. Then, the legitimacy recognised to populist parties and governments in a constitutional democracy should be confronted with the former's tendency to establish a regime where adversaries are instead delegitimized as such. The structural asymmetry between constitutional democracies and populist regimes could be overcome through a recovery of democratic politics aimed at addressing the systemic difficulties that put the premises for the rising of a "populist constitutionalism".

Keywords: constitutional democracies, populist regimes, hybrid regimes, constitutional retrogressions, populist constitutionalism

Cesare Pinelli - Professore ordinario di Diritto costituzionale, Sapienza Università di Roma e Membro supplente della Commissione di Venezia (cesare.pinelli@uniroma1.it)

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle*

Giorgio Grasso

SOMMARIO: 1. Introduzione e posizione del tema – 2. Il controllo giurisdizionale sui partiti politici, associazioni (non) riconosciute di natura privatistica: primi rilievi e rinvio – 3. Le pronunce degli anni 2016-2018 sul MoVimento 5 Stelle: tratti comuni ed elementi di differenziazione – 4. Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti e l'espulsione di un singolo associato dal partito – 5. (Segue): il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti e l'estromissione di un membro del partito dalle procedure di selezione delle candidature: da Genova a Palermo, passando per Roma (e ritorno...) – 6. Due decisioni del 2018 che interpretano il metodo democratico dell'art. 49 solo nella dimensione della democrazia esterna: una serrata critica – 7. Per concludere: democrazia nei partiti e legge sui partiti.

1. Introduzione e posizione del tema

Forse mai come nell'ultimo triennio la vicenda antica e sempre controversa del sindacato giurisdizionale sul diritto dei partiti politici ha ritrovato tanta attenzione, negli studi costituzionalistici e di diritto privato, anche grazie a un nutrito gruppo di decisioni giurisdizionali, tutte originate da controversie riguardanti, come subito si vedrà, la medesima forza politica, il MoVimento 5 Stelle.

In questo filone di ricerche scientifiche¹ vuole collocarsi anche il presente contributo, rivolto a sondare la misura del riconoscimento da parte del giudice comune della democrazia nei partiti, da intendersi,

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

¹ Basti qui ricordare E. Caterina, *Il giudice civile e l'ordinamento interno dei partiti politici: alcune considerazioni sulle recenti ordinanze dei Tribunali di Napoli e di Roma*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2016, p. 1 ss.; F. Scuto, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Torino, 2017, p. 93 ss., p. 163 ss. e p. 211 ss., C. Perlingieri, *Nuove forme di partecipazione politica e metodo democratico*, in *Rassegna di diritto civile*, 2018, p. 873 ss. e spec. p. 880 ss.

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

ovviamente, in quell'accezione forte che comporta applicare dentro all'organizzazione interna dei partiti politici i principi che stanno alla base del funzionamento di un sistema autenticamente democratico, sia sul versante delle regole di maggioranza previste per assumere deliberazioni nella scelta degli indirizzi politici del partito e nella selezione delle cariche nel partito o dei candidati a cariche pubbliche, sia sul versante della protezione dei diritti delle minoranze del partito e dei singoli cittadini iscritti al medesimo.

La democrazia nei partiti così sommariamente definita sembra porsi come una vera e propria necessità costituzionale², che si costruisce, secondo quanto dirò tra breve, tenendo a sistema l'art. 49 e gli artt. 1, 2, 3, comma 2, 18, 48 e 139 del testo costituzionale. Essa è in grado di incrociare potenzialmente il controllo giurisdizionale, in particolare quello del giudice civile, ogni volta in cui vi è una contestazione all'interno della vita di un partito di una regola di democrazia interna, perché ad esempio un iscritto a un partito ricorre al giudice contro un'espulsione o una sospensione ritenute illegittime o contro un provvedimento del partito di esclusione da una procedura di selezione delle candidature per una futura elezione politica o amministrativa.

Attraverso il controllo giurisdizionale, quindi, si aspira a garantire il rispetto delle regole di democrazia interna che si pretendono violate, per tutelare i diritti di una minoranza nel partito, di una corrente organizzata, di un gruppo che dissente dalla linea politica maggioritaria di una certa formazione partitica, di un semplice cittadino associato al partito, rilevando da subito, però, che la via

² «[C]ostituzionalmente imposta» si è detto, da parte di E. Caterina, *L'attuazione del metodo democratico all'interno dei partiti politici: analisi della normativa vigente e spunti per una legge sui partiti*, in *Democrazia e Diritto*, 3, 2016, p. 73; che «una disciplina dei "livelli essenziali" di democrazia interna ai partiti [debba] considerarsi come soluzione costituzionalmente necessaria» è sostenuto da A. Lanzafame, *Sui livelli essenziali di democrazia nei partiti*, in *Rivista AIC*, 2017, 1, p. 12; di «un contenuto minimo essenziale desumibile dall'art. 49 Cost. (anche qualora si acceda all'opzione della natura facoltativa della legge sui partiti)», da declinare in termini di democrazia interna, ha scritto in ultimo N. Pignatelli, *La giustiziabilità degli atti dei partiti politici tra autonomia privata ed effettività della tutela giurisdizionale: un modello costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2019, 2, p. 114, corsivo dell'autore.

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

maestra per assicurare la realizzazione della democrazia nei partiti dovrebbe essere una legge sui partiti, una legge non generica ed evasiva, ma sufficientemente dettagliata e in grado di imporre dentro ai partiti una democrazia interna costituzionalmente necessaria, si diceva poco sopra.

Rispetto al passato esiste oggi un largo sostegno intorno a una legge sui partiti, consentita o imposta dall'art. 49 Cost., distinguendosi, però, la posizione dei diversi autori sulla maggiore o minore intensità del suo contenuto prescrittivo³. E' un sostegno che ha permesso di superare alcune conosciute obiezioni che, nel corso

³ Solo tra i più recenti contributi vedi: A. Poggi, *La democrazia nei partiti*, in *Rivista AIC*, 2015, 4, p. 8 e p. 20-21; E. Caterina, *L'attuazione del metodo democratico*, cit., p. 61 ss.; F. Scuto, *op. cit.*, p. 276-277 e *passim*; A. Lanzafame, *op. cit.*, spec. p. 11 ss.; F. Biondi, *Il finanziamento dei partiti politici*, in G. Carapezza Figlia, G. Frezza, G. Rivosecchi (a cura di), *Partiti politici e sistema ordinamentale*, Napoli, 2018, p. 155 ss.; tra i civilisti G. Vecchio, *I partiti. Autonomia associativa e regime europeo di democraticità nella partecipazione politica*, Napoli, 2016, spec. p. 5 ss., M.V. De Giorgi, *Regolamento V Stelle: la legge è uguale per tutti, la giurisprudenza no*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 6, 2017, p. 872, G. Carapezza Figlia, *Democraticità e partecipazione associativa nei partiti politici*, in G. Carapezza Figlia, G. Frezza, G. Rivosecchi (a cura di), *Partiti politici e sistema ordinamentale*, cit., p. 109-110; G. Iorio, *L'immunità dei partiti dalle regole di democrazia interna: quo usque tandem?*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 6, 2018, p. 870; isolata è rimasta la posizione di A. Ruggeri, *Note minime in tema di democrazia interna dei partiti politici*, in *Rivista AIC*, 2010, 1, p. 8, che di fronte al silenzio dell'art. 49 Cost. aveva proposto il ricorso a una legge costituzionale sui partiti politici; *contra*, però, E. Gianfrancesco, *I partiti politici e l'art. 49 della Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 30 ottobre 2017, p. 6-7, che recisamente ritiene che l'art. 49 riguardi solo la democrazia esterna, così come M. Mazzamuto, *Partiti, movimenti, democrazia diretta e divieto di mandato imperativo*, in *Diritto e Società*, 2018, 2, p. 111, e ora I. Pellizzone, *Organizzazione e funzioni dei partiti: quale democrazia interna?*, relazione (testo provvisorio), al Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Napoli, 14-15 giugno 2019, su *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, in www.gruppodipisa.it, p. 4 e *passim*, riproponendo una lettura "originalista" dell'art. 49 Cost. Vedi inoltre M. Perini, *I partiti e la democrazia interna. Un problema irrisolto*, Milano, 2019, p. 176 ss. e p. 195, che, negando che la Costituzione imponga ai partiti un'organizzazione e regole di funzionamento ispirate alla democrazia, finisce addirittura per dubitare che partiti che rispettino le regole di democrazia interna siano in grado di adempiere alle funzioni che la Costituzione riconosce loro «meglio di partiti che invece disconoscono (almeno in parte) queste esigenze di democrazia interna».

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

degli anni, erano state mosse contro la previsione di una legge di attuazione dell'art. 49 Cost., per esempio rinviando al dibattito e ai contrasti che si svolsero sul punto in Assemblea Costituente e che determinarono alla fine l'accantonamento dell'emendamento Mortati-Ruggiero, quello che recitava che «Tutti i cittadini hanno diritto di riunirsi liberamente in partiti che si uniformino al metodo democratico nell'organizzazione interna e nell'azione diretta alla determinazione della politica nazionale»; oppure enfatizzando la diversità anche semantica tra l'art. 39 Cost., che richiede che gli statuti dei sindacati registrati sanciscano un ordinamento interno a base democratica, e l'art. 49 Cost., che si limiterebbe a parlare di metodo democratico, senza rimarcare al contempo che semmai, «se una struttura democratica è imposta alle rappresentanze dei lavoratori ai fini della contrattazione collettiva, a maggior ragione essa deve essere presente nei partiti, strutture politiche essenziali in uno Stato democratico»⁴; o ancora puntando a sottolineare le differenze tra la formulazione letterale dell'art. 49 Cost. e quanto sta scritto in altri testi costituzionali, e in particolare in quell'art. 21 del *Grundgesetz* tedesco, che stabilisce che l'ordinamento interno dei partiti politici debba essere conforme ai principi fondamentali della democrazia⁵.

Tuttavia, rispetto a tali conosciute osservazioni, perché la democrazia nei partiti sembra costituire un dover essere costituzionale delle formazioni politiche, cui fa riferimento, in particolare, l'art. 49 della nostra Costituzione?

Intanto proprio l'articolo 49 Cost. appena citato si riferisce, comunque, all'osservanza di un metodo democratico che non può essere circoscritto, come pare ovvio, solo all'attività esterna dei partiti, in lotta per il potere, ma deve riguardare anche come i partiti sono organizzati e strutturati, democrazia nei partiti, democrazia interna ai partiti, come si usa dire. Questo, a tacer d'altro, in ragione della notissima circostanza per cui i soggetti fondamentali di questa disposizione costituzionale sono i cittadini che si associano

⁴ Con E. Caterina, *L'attuazione del metodo democratico*, cit., p. 63.

⁵ Ma nel bel saggio, più volte citato di E. Caterina, *L'attuazione del metodo democratico*, cit., p. 76 e p. 80, si parla addirittura, lanciando un po' il cuore oltre l'ostacolo, di «sostanziale identità di significato dell'art. 21 I *Grundgesetz* e dell'art. 49 Cost.».

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

liberamente in partiti politici e non questi ultimi, che rappresentano soltanto il tramite per mezzo del quale si svolge concretamente la libertà di associazione⁶.

I cittadini dell'art. 49 Cost. sono i medesimi che, sviluppando la propria personalità ai sensi dell'art. 2, hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, anche per scopi politici, purché non si tratti di organizzazioni di carattere militare, come recita l'art. 18 Cost., norma generale rispetto ai successivi artt. 49 e 39 Cost.; sono quei cittadini, uomini e donne, cui l'art. 48 Cost. riconosce il diritto di voto, libero, uguale, personale, segreto, una volta raggiunta la maggiore età; sono anche tutti i cittadini, lavoratori, rispetto ai quali l'art. 3, comma 2, Cost. richiede la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che ne impediscono l'effettiva partecipazione all'organizzazione politica del Paese; sono, infine e soprattutto, i cittadini che compongono quel popolo, vera e propria radice della Repubblica democratica dell'art. 1, che nemmeno la revisione costituzionale può toccare, nella capacità espansiva della forma repubblicana dell'art. 139, strettamente collegato all'art. 1, ma anche agli artt. 48 e 49.

Una genuina democrazia, come quella italiana, protetta nel suo nucleo fondante dalla stessa revisione costituzionale, può permettersi che le associazioni, attraverso le quali i cittadini concorrono a determinare la politica nazionale, accettando le regole della democrazia in una contesa davvero plurale, non abbiano un'organizzazione interna ispirata a principi che assicurino l'effettività delle decisioni della maggioranza, ma anche la protezione dei diritti delle minoranze?

La democrazia nei partiti è allora un'esigenza forte del diritto costituzionale, anche in mancanza di una legge di attuazione dell'art.

⁶ Per questa sottolineatura tra gli altri A. Barbera, *La democrazia "dei" e "nei" partiti, tra rappresentanza e governabilità*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, s.d. ma 2008, p. 11; E. Rossi, *La democrazia interna nei partiti politici*, in *Rivista AIC*, 2011, 1, 18 gennaio 2011, p. 6; G. Amato, *Nota su una legge sui partiti in attuazione dell'art. 49 della Costituzione*, in *Rassegna Parlamentare*, 2012, p. 781; C. De Fiore, *Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, p. 234-235.

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

49 Cost.⁷, una legge la cui adozione è stata sempre ritardata e rinviata, sino ad arrivare alla disciplina degli anni 2012-2013, e in particolare al decreto legge n. 149/2013, convertito dalla legge n. 13/2014, che contiene però, come si dirà meglio più avanti⁸, solo una prima (e, in realtà, ancora abbastanza carente) regolamentazione dal punto di vista della democrazia nei partiti.

D'altra parte, se una compiuta realizzazione della democrazia nei partiti dovrebbe spettare prevalentemente alle disposizioni di una "buona" legge sui partiti, l'altra via, complementare e non alternativa, per garantirla sembra essere il controllo giurisdizionale, a cui ora si rivolge il nostro sguardo.

2. Il controllo giurisdizionale sui partiti politici, associazioni (non) riconosciute di natura privatistica: primi rilievi e rinvio

Controllo giurisdizionale, che ha fatto, però, molta, troppa, fatica a imporsi nei confronti dei partiti politici, per riserbo, ritrosia, pudore, si potrebbe dire, partendo addirittura dall'idea originaria di una sostanziale immunità giurisdizionale di cui godevano i partiti, secondo quanto affermò una conosciutissima pronuncia del 1959 della Corte di appello di Napoli, così da ammettere come solo mezzo di tutela dei diritti di un iscritto, per esempio contro il più grave provvedimento disciplinare che poteva colpirlo, l'espulsione, il ricorso agli organi di giustizia interna dei partiti, privi di qualsiasi carattere di terzietà e/o imparzialità. Fu, come è ben noto, grazie a un'intuizione di poco successiva (eravamo nel 1966) della dottrina civilistica (Francesco Galgano) che si riconobbe, in forza dell'art. 2 Cost., la

⁷ Che pure, come già segnalato in nota n. 3, non tutti considerano costituzionalmente necessaria: vedi P. Marsocci, *La possibile disciplina (legislativa) dei partiti politici e il suo collegamento con il loro finanziamento*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, p. 67-68, e soprattutto C. De Fiores, *op. cit.*, p. 245, secondo il quale «[d]otarsi di una legge sui partiti è un'opzione politica e non un vincolo costituzionale come viene, da più parti, erroneamente ritenuto. Un'opzione politica certamente legittima, ma allo stesso tempo (...) incongrua sul piano del merito e ingannevole nelle sue finalità».

⁸ Vedi il paragrafo 7.

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

possibilità di ricorrere al giudice a tutela dei diritti inviolabili della persona, e in particolare dei diritti del singolo associato nei confronti del partito politico, a cui seguirono qualche anno dopo le prime pronunce che ammisero un sindacato giurisdizionale su decisioni e deliberazioni di partiti, quella del Pretore di Genova nel 1976 e quella del Pretore di Fasano nel 1981⁹. Tuttavia, i partiti mantenevano la veste giuridica delle associazioni non riconosciute, regolamentate dall'art. 36 del codice civile e dalle fonti statutarie, non essendo sempre agevole estendere a esse, in via analogica, le più cogenti disposizioni che il codice civile prevede, invece, per le associazioni riconosciute (basti citare l'art. 24, comma 3, c.c., secondo il quale «l'esclusione d'un associato non può essere deliberata dall'assemblea che per gravi motivi»). Ne è derivato, dunque, un uso assai cauto dello strumento del ricorso giurisdizionale, come se le controversie all'interno dei partiti dovessero trovare altrove, in via politica, una diversa soddisfazione; il sindacato da parte del giudice è stato inoltre «spuntato», perché ha prevalso «un atteggiamento di *self restraint* relativamente al suo ingresso nella sfera di autonomia dei partiti»¹⁰, atteggiamento che si riscontra, del resto, anche fuori dal nostro Paese (qui riferendomi alla Francia), parlandosi di un controllo timoroso («timoré») da parte del giudice¹¹.

Questo articolo, peraltro, non ripercorrerà la storia di come la democrazia nei partiti si è intersecata con il sindacato giurisdizionale, nei sessant'anni trascorsi dalla pronuncia napoletana prima ricordata, ma si soffermerà, come suggerisce il titolo, sulle sue più recenti

⁹ L'insieme di queste vicende è ripercorso tra gli altri da F. Scuto, *op. cit.*, p. 94-96 e da N. Pignatelli, *op. cit.*, p. 101 ss.

¹⁰ F. Scuto, *op. cit.*, p. 97; nonché L. Gori, *Le elezioni primarie nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 2018, p. 367.

¹¹ In particolare da una collega civilista, Peggy Larrieu (P. Larrieu, *Les partis politiques, en marge du droit?*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2011, p. 192 ss.), e dietro di lei, tra i gius-pubblicisti d'oltralpe, J.P. Camby, *Les partis peuvent-ils avoir un juge?*, in J. Benetti, A. Levade, D. Rousseau (sous la direction de), *Le droit interne des partis politiques*, Paris, 2017, p. 139-140 e J.P. Derosier, A. Vidal-Nacquet, *Rapport France, Forum International sur la Constitution et les Institutions Politiques*, 4^e Forum Les partis politiques, Lille, 21-23 Juin 2018, in <http://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2018/07/francia1.pdf>, p. 76.

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

tendenze, quelle relative appunto alle pronunce del triennio 2016-2018, periodo nel quale non solo il tema è tornato di stringente attualità, come si è segnalato introducendo il discorso, ma si è talora prospettato un più penetrante intervento del giudice ordinario sull'organizzazione interna dei partiti, sebbene ciò abbia riguardato un solo partito politico, il MoVimento 5 Stelle, al centro di tutta la giurisprudenza più recente.

3. Le pronunce degli anni 2016-2018 sul MoVimento 5 Stelle: tratti comuni ed elementi di differenziazione

Esamineremo, in particolare, sei decisioni che, in uno sguardo di insieme¹², presentano importanti elementi comuni, ma anche significative diversità sul modo stesso con cui i giudici civili interpretano il loro sindacato sulla democrazia nei partiti¹³.

¹² Si tratta di Trib. Roma, sez. III Civile, 12 aprile 2016; Trib. Napoli, sez. VII, 13 luglio 2016; Trib. Genova, sez. I, 10 aprile 2017; Trib. Palermo, sez. V Civile. Sez. specializzata in materia di impresa, 11 e 19 settembre 2017 (formalmente si è trattato di due atti successivi, un decreto assunto *inaudita altera parte* e il successivo decreto di convalida, ma sostanzialmente, vista la quasi perfetta coincidenza del contenuto dei due atti, essi saranno qui considerati come una decisione sola); Trib. Roma, Sez. diritti della persona e immigrazione, 19 febbraio 2018; Trib. Napoli, sez. VII Civile-Fallimentare, 18 aprile 2018, che chiude nel merito la vicenda processuale decisa in via cautelare dal medesimo Tribunale nella citata pronuncia del 13 luglio 2016. Le decisioni in esame sono state variamente commentate, nel loro complesso o prese singolarmente: vedi tra gli altri C. Perlingieri, *op. cit.*, p. 880 ss.; E. Caterina, *Il giudice civile*, cit., p. 1 ss.; G. Grasso, *La «cifra democratica» del MoVimento 5 Stelle alla prova dell'art. 49 della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, 3, p. 616 ss.; M.V. De Giorgi, *op. cit.*, p. 871 ss.; G. Iorio, *L'immunità dei partiti*, cit., p. 864 ss.

¹³ Sembra fuoriuscire, invece, dallo spettro di analisi di questo lavoro la decisione del Trib. Roma, sez. I Civile, 17 gennaio 2017, commentata da A. Pascarelli, *Profili costituzionali del Codice di comportamento M5S per Roma Capitale. Un breve commento a partire da Trib. civ. Roma, ord. n. 779 del 17.01.2017*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2017, 2, p. 1 ss., nella quale si era contestata la nullità del codice di comportamento del MoVimento 5 Stelle per violazione degli artt. 3, 67 e 97 Cost., chiedendosi al contempo di dichiarare la decadenza di Virginia Raggi da sindaco di Roma, poiché ella aveva sottoscritto appunto tale codice di comportamento, ritenuto contrastante con il principio

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

Intanto, come si è già ricordato, tutte queste pronunce hanno riguardato il medesimo partito politico, quel MoVimento 5 Stelle che, inizialmente, nella sua stessa fonte statutaria si definiva peraltro un «non partito» e una «non associazione». Una formazione politica che ha (avuto) costantemente nelle sue radici valoriali un elemento di forte contrapposizione con il vigente sistema dei partiti, tentando di prefigurare forme inedite di partecipazione politica, mediante l'uso in particolare di un portale on-line, oggi rappresentato dalla c.d. piattaforma Rousseau, ma che è stato ricondotto dai giudici abbastanza pacificamente tra i partiti in quanto associazioni non riconosciute¹⁴.

Un partito peraltro, come segnalato anche da diversi giudici, con un insieme di fonti interne piuttosto disordinato, che in taluni casi ha reso necessario preliminarmente chiarire i rapporti tra queste

costituzionalmente garantito della libertà del mandato parlamentare. La condivisibile decisione di rigetto della domanda rivolta a ottenere la dichiarazione di ineleggibilità di Raggi e di inammissibilità, quanto alla domanda di nullità del codice di comportamento, non tocca, infatti, i rapporti tra iscritto all'associazione e partito politico, oggetto di alcune delle decisioni qui in esame. Tale pronuncia, semmai, andrebbe considerata nel diverso e più ampio contesto che ha visto aprire un vivace dibattito tra i costituzionalisti (ripercorso, tra gli altri, da A. Morelli, *Rappresentanza politica e libertà del mandato imperativo*, Napoli, 2018, p. 101 ss.) sulle previsioni contenute in diversi atti interni del MoVimento 5 Stelle, specie codici di comportamento per le elezioni europee o amministrative, oltre che per i regolamenti dei gruppi parlamentari, che prevedono sanzioni pecuniarie di decine di migliaia di euro, nel caso di uscita dal gruppo parlamentare o di espulsione dal medesimo o di dimissioni per un dissenso di natura politica. Queste discipline incrociano potenzialmente il tema della democrazia interna, intimamente connesso a quello della libertà del mandato parlamentare (come ricordato in ultimo da E. Rinaldi, *Partiti politici, gruppi parlamentari e art. 67 della Costituzione*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2019, 2, p. 189), ma appunto tale profilo non era affrontato nella prospettazione del ricorso deciso dal Tribunale romano.

¹⁴ Vedi soprattutto la decisione del Trib. Roma del 12 aprile 2016, nel punto in cui si afferma che «è ipotizzabile, da un punto di vista sociologico, la configurabilità di una comunità virtuale, che giuridicamente non può che essere ricondotta nell'ambito delle associazioni non riconosciute ex art. 36 c.c.» e ancora si rileva che, «benché il MoVimento 5 Stelle rivendichi la propria natura di “non associazione” e di “non partito”, è giuridicamente un'associazione non riconosciuta, al pari dei “tradizionali” partiti politici (art. 49 sulla libertà di associazione politica), cui vanno applicate le relative disposizioni del codice civile».

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

differenti fonti (a livello statutario, regolamentare e anche di codici di comportamento): basti citare sempre la pronuncia del Tribunale di Roma del 12 aprile 2016, in cui il giudice ha tenuto distinte, richiamando i relativi statuti, le due realtà associative rappresentate dal MoVimento 5 Stelle (con la V maiuscola) e dall'Associazione Movimento 5 Stelle (con la v minuscola), oppure la decisione del Tribunale di Genova del 10 aprile 2017, nella quale il giudice ha dovuto comporre un articolato sistema normativo comprendente appunto lo statuto (non statuto, in quel momento), il regolamento e il codice etico, per chiarire la «cifra democratica del MoVimento 5 Stelle», risultanza di un delicato punto di equilibrio tra il momento assembleare-movimentista e l'istanza dirigista incarnata dalla figura di Beppe Grillo.

Forse però proprio la diversità che questa formazione politica ha sempre mostrato, almeno nei suoi tratti originari, rispetto agli altri partiti politici, ha favorito il ricorso al giudice ordinario per risolvere controversie insorte nella vita interna del partito¹⁵.

Le pronunce in esame, del resto, hanno avuto ad oggetto due questioni principali, da sempre al cuore – come si è già ricordato – della democrazia nei partiti: la più grave sanzione disciplinare che un cittadino, iscritto a un partito può subire, e cioè l'espulsione dal medesimo partito, e lo svolgimento di procedure di selezione di candidati del partito, attraverso un meccanismo di elezioni c.d. primarie, definite, all'interno delle fonti del MoVimento 5 Stelle, di volta in volta “comunarie”, “regionarie”, “parlamentarie”, in ragione dell'organo che si va ad eleggere (dal consiglio comunale sino al Parlamento nazionale). Le vicende si sono talora intrecciate, perché l'espulsione dal partito impedisce all'interessato di poter partecipare alle citate elezioni primarie e, quindi, di esercitare il diritto a presentare una candidatura. Rispetto a quest'ultimo profilo, la

¹⁵ Questo rilievo è tra gli altri anche di M.V. De Giorgi, *op. cit.*, p. 872, a commento della pronuncia genovese del 2017: «si tratta di un movimento giovane, ignaro delle gloriose “sezioni”, che stenta a trovare un solido assetto nella realtà del territorio al di fuori della rete. I legami tra gli iscritti sono meno solidi e probabilmente meno forti le remore a rivolgersi al magistrato. Meno brucianti i timori di sanzioni per chi, come la professoressa Cassimatis, non ha fatto della politica il mestiere di una vita».

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

previsione del meccanismo delle primarie, «diversamente da quanto può accadere quando si ricorre ad oscure prassi di cooptazione per la selezione delle candidature (...), pur a fronte di regolamenti spesso inadeguati o non rispettati», rende «assai più agevole per un iscritto invocare una verifica di un procedimento riconoscibile seguito e misurare lo iato tra le norme stabilite e la prassi»¹⁶. Come un “grimaldello”, le elezioni primarie possono cioè aver contribuito a far saltare quella ferrea regola di autolimitazione da parte dei singoli che frenava il ricorso stesso al giudice, vuoi per ragioni nobili di lealtà, adesione convinta ai valori del partito, devozione alle regole interne, piuttosto che per ragioni molto meno nobili di clientele, familismo, «omertà o timore non importa»¹⁷.

Nell'insieme di queste diverse decisioni, l'art. 49 Cost., cruciale dal punto di vista del diritto costituzionale, o è un «grande assente»¹⁸, che rimane ai margini del giudizio, anche quando i giudici si spingono abbastanza a fondo dentro le questioni interne al partito, come subito si dirà, oppure viene interpretato offrendo una lettura tutta orientata solo verso la dimensione esterna del metodo democratico e completamente priva di «una visione d'insieme della Carta costituzionale»¹⁹.

Marcata è infine la differenza sul modo di intendere i partiti politici rispetto alle norme codicistiche: associazioni non riconosciute, secondo tutte le decisioni oggetto di questa ricognizione, ma con un ben diverso approccio, da parte della giurisprudenza esaminata, sulla possibilità di estendere ad essi, in via analogica, la disciplina delle associazioni riconosciute: così se nella decisione del Tribunale di Roma del 12 aprile 2016 si afferma che «pacificamente per le associazioni non riconosciute valgono le stesse disposizioni codicistiche previste per le associazioni riconosciute, nei limiti della

¹⁶ Così nel suo bel volume L. Gori, *op. cit.*, p. 366-367.

¹⁷ La citazione e l'impostazione sono di M.V. De Giorgi, *op. cit.*, p. 872; anche la dottrina francese, in riferimento in particolare al controllo giurisdizionale delle sanzioni disciplinari, parla dell'«existence d'une loi de l'omertà»: P. Larrieu, *op. cit.*, p. 193.

¹⁸ E. Caterina, *Il giudice civile*, cit., p. 9.

¹⁹ La citazione è di G. Iorio, *L'immunità dei partiti*, cit., p. 866; vedi più avanti il paragrafo 6.

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

compatibilità con la loro particolare struttura e organizzazione» e, a sua volta, nell'ordinanza del Tribunale di Napoli del 13 luglio 2016 si rileva che «in mancanza di diversi accordi tra gli associati nelle associazioni non riconosciute si applicano le norme sulle associazioni riconosciute»²⁰, il Tribunale di Napoli, con la sentenza del 18 aprile 2018, sconfessando su questo punto proprio l'ordinanza cautelare del 13 luglio 2016, sostiene che per i partiti (e quindi anche per il MoVimento 5 Stelle, «indipendentemente dalla questione, del tutto politica, se sia corretto attribuire [a esso] la qualifica di partito politico») «la disciplina di riferimento è quella delle associazioni non riconosciute, ed è chiaro che non è applicabile alla fattispecie, neppure di risulta, l'art. 24 c.c., riguardante le associazioni riconosciute, bensì va correttamente applicato l'art. 36 c.c., il quale tutela la piena autonomia normativa delle associazioni non riconosciute, nella predisposizione dell'ordinamento interno».

4. Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti e l'espulsione di un singolo associato dal partito

E' il momento di considerare, alla luce di quanto si è appena osservato, come le decisioni in esame siano venute ad affrontare i due profili che paiono davvero centrali per apprezzare lo spazio effettivamente riconosciuto alla democrazia nei partiti, quello concernente l'estromissione di un membro dall'associazione e quello della sua esclusione dalle procedure selettive interne (basate queste sulle elezioni primarie e sulle scelte conseguenti) o dalle candidature

²⁰ La possibilità di utilizzare in via analogica le norme codicistiche delle associazioni riconosciute per le associazioni non riconosciute, come i partiti, è anche nei due decreti dell'11 e 19 settembre 2017 del Tribunale di Palermo.

In Cass. sez. unite Civili, ordinanza 18 maggio 2015, n. 10094, riguardante il partito "Democrazia è libertà – La Margherita" e il suo ex tesoriere Luigi Lusi, precedente al triennio preso in esame, semplicemente i partiti vengono definiti «organizzazione dello Stato comunità», sotto forma di «associazioni private non riconosciute come persone giuridiche», senza prendere in esame il problema di applicare eventualmente a essi anche le norme previste dal codice civile per le associazioni riconosciute.

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del Movimento 5 Stelle

per il partito a cariche politiche, dopo che si siano espletate validamente le medesime elezioni primarie.

Quanto al primo punto, anche nella giurisprudenza analizzata viene chiarita la profonda diversità tra il momento in cui un cittadino si iscrive a un partito, senza che esista il suo diritto «di veder accolta la domanda di iscrizione ad una qualsivoglia associazione (...) e meno che mai in un partito politico (tradizionale e “atipico” che sia) (...), vantando[si] invero solo una mera aspettativa», in quanto nessuna norma di legge può obbligare «le associazioni esistenti ad affiliare chiunque ne faccia richiesta di ammissione»²¹, e il momento della sospensione, espulsione, estromissione, di quel cittadino dal partito medesimo, rispetto alla quale, invece, «l’interessato può reagire attraverso la procedura (...) di cui all’art. 24, comma 3, c.c.»²²; segnata questa differenza, diventa cruciale individuare i limiti del sindacato giurisdizionale, al fine di bilanciare due principi potenzialmente contrapposti e riferiti, rispettivamente, ai diritti del singolo associato al partito e ai diritti e alle pretese dell’associazione, in vista del perseguimento degli scopi statutari e sociali²³.

²¹ Vedi Trib. Roma 12 aprile 2016; ma sull’opportunità di una disciplina legislativa che imponga ai partiti «qualche forma di obbligatoria pubblicità delle iscrizioni, con la previsione di disposizioni semplici e chiare per la domanda di iscrizione, la pubblicità del nome degli iscritti per singola sezione e soprattutto l’enunciazione del “criterio discriminante”, con la precisazione, nello statuto, dei requisiti politici e morali necessari per l’iscrizione», vedi ora S. Gambino, *Partiti politici e Parteienstaat*, in *Politica del diritto*, 2018, 2, p. 210-211.

²² «Diversamente opinando e negando l’intervento del giudice (...) si avrebbero zone franche di “non tutela” e si porrebbe facilmente il singolo associato alla mercé della maggioranza o dell’organo gestorio e si vanificherebbe il principio costituzionale della libertà di associazione, una volta che, attraverso l’accettazione della domanda di ammissione, lo stesso abbia trovato concreta realizzazione»: sempre Trib. Roma 12 aprile 2016.

²³ Vedi Trib. Napoli 13 luglio 2016: «deve senz’altro riconoscersi che vi è un diritto politico e un interesse morale dell’associato a non essere escluso dall’associazione politica di cui egli faccia parte senza un grave motivo (cfr. art. 24 terzo comma c.c.) o senza le garanzie di un procedimento decisionale conforme alle norme di legge. Tale diritto politico dell’associato, in un ordinamento come il nostro che tutela e favorisce la partecipazione democratica dei cittadini alla vita politica tramite associazioni (si definiscano partiti o movimenti), deve considerarsi ragionevolmente prevalente rispetto all’interesse, meramente “amministrativo”, dell’associazione alla preservazione della stabilità delle sue decisioni fino alla

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

Su questo aspetto, con sufficiente chiarezza la decisione del Tribunale di Roma del 12 aprile 2016, accogliendo l'istanza di sospensione dei provvedimenti di espulsione di tre iscritti al partito (impossibilitati quindi a partecipare alle "comunarie" per l'elezione del consiglio comunale e del sindaco di Roma)²⁴, afferma che, se l'autorità giudiziaria non può «sindacare il merito dei provvedimenti assunti a livello disciplinare», ciò «non significa negare qualsiasi controllo di legalità formale nel caso di lamentata lesione di diritti soggettivi, fatta valere da parte dei singoli associati, viepiù nel caso di provvedimenti disciplinari radicali, come appunto l'espulsione». Il giudice, infatti, «è tenuto a verificare, oltre al rispetto della procedura prevista dalle disposizioni interne, l'*effettiva sussistenza della causa fondante* la misura sanzionatoria, ossia la sussistenza degli inadempimenti o degli illeciti imputati dall'ente all'associato al momento dell'assunzione della delibera sanzionatoria, la loro riconducibilità alla fattispecie prevista dalla legge o dallo statuto, nonché la *congruità della motivazione* adottata a sostegno della ritenuta gravità della condotta imputata» (corsivi di chi scrive). Si noti che in tale decisione il Tribunale ha dichiarato però inammissibile la domanda d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c., con cui veniva chiesto di poter ripetere le "comunarie" già realizzatesi.

conclusione del giudizio di impugnazione delle stesse». Questo difficile bilanciamento, tra diritti del singolo e stabilità del momento deliberativo (per la decisione assunta in base al diritto dei partiti o, ancor più, al diritto statutale) ovviamente non è un problema solo italiano: vedi recentemente in Germania la sentenza della Corte costituzionale del Land Sassonia dell'11 aprile 2018, annotata da E. Caterina, *Irregolarità nella selezione dei candidati per le elezioni politiche. Ragguagli dalla Sassonia e alcune considerazioni sulle vicende italiane*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2018, 3, p. 361 ss., in cui di fronte all'esclusione di un candidato dalla lista di un partito, l'Alternativa per la Germania (AFD), il giudice ha accertato l'esistenza di un grave vizio nel procedimento pre-elettorale, ma ha nel contempo rigettato il ricorso, non annullando le elezioni e dichiarandole invalide.

²⁴ In particolare a uno degli iscritti si contestava di aver manifestato pubblicamente la propria già avvenuta fuoriuscita dal MoVimento 5 Stelle e l'organica adesione ad altro partito politico, la Lega Nord; all'altro, ricercatore universitario di Filosofia del diritto, di avere espresso posizioni "negazioniste", sulle quali peraltro si era già pronunciato con un'assoluzione il collegio di disciplina del CUN; al terzo, infine, di avere disconosciuto in modo pubblico il sistema di votazione e delle candidature su cui si basa il MoVimento 5 Stelle.

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

A sua volta anche il Tribunale di Napoli, con decisione del 13 luglio 2016, ha accolto l'istanza di sospensione delle deliberazioni di espulsione di 20 iscritti al MoVimento 5 Stelle, accusati di avere costituito un gruppo *Facebook* segreto, «per manipolare il libero confronto per la formazione del metodo di scelta del candidato sindaco e della lista per le elezioni amministrative» napoletane del 2016: gruppo *Facebook* che potremmo considerare, con il linguaggio dei partiti di un tempo, come una sorta di corrente nel partito. In sede di prime cure, del resto, il giudice adito aveva respinto l'istanza che chiedeva di ripetere le “comunarie” già svolte (facendo prevalere l'interesse del MoVimento 5 Stelle alla stabilità del percorso pre-elettorale compiuto). Ora il Tribunale di Napoli, ritenendo sussistenti i gravi motivi previsti dall'art. 24, comma 3, del c.c., non ha verificato, in realtà, la fondatezza delle censure che erano state mosse circa la legittimità sostanziale dei provvedimenti di espulsione, come fatto nella pronuncia del giudice romano appena analizzata, ma ha accolto ugualmente il ricorso in forza del codice civile, rilevando che lo statuto, sola fonte idonea tra quelle interne al partito a poter derogare la disciplina codicistica in tema di competenza dell'assemblea a decidere sui provvedimenti di esclusione, non diceva nulla sul punto; di conseguenza, il regolamento del MoVimento 5 Stelle, sottordinato allo statuto, che assegnava questo incisivo potere disciplinare sostanzialmente allo staff di Beppe Grillo, risultava incompetente, venendo assorbiti gli accordi degli associati dalla disciplina del codice civile sulle associazioni riconosciute, da utilizzare in via analogica ed estensiva²⁵.

Tuttavia rispetto alla legittimità sostanziale di queste espulsioni (non di tutte, in realtà, ma solo di quelle per le quali non si era perfezionato nel frattempo l'accordo transattivo con il MoVimento 5 Stelle), il Tribunale di Napoli, definendo conclusivamente la citata

²⁵ Che la competenza dell'organo assembleare di un partito rivesta una posizione cruciale, rispetto a quella dell'organo esecutivo del partito medesimo, è affermato anche da Trib. Roma 21 marzo 2017, riguardante questa volta il Partito democratico e la riorganizzazione dei circoli romani di questa formazione politica da parte di un commissario *ad hoc*, al posto appunto dell'assemblea degli iscritti, e per questa ragione ritenuta illegittima (la decisione, inedita, è ricordata in particolare da G. Iorio, *L'immunità dei partiti*, cit., p. 869).

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

ordinanza cautelare, si è pronunciato il 18 aprile 2018, con la più recente tra le decisioni che sono state qui analizzate.

Si tratta di una sentenza che contiene, come si dirà più avanti, affermazioni per certi aspetti discutibili, se non sconcertanti dal punto di vista del diritto costituzionale, e certo in completo disaccordo rispetto a quanto si sta sostenendo.

Ma considerando per il momento soltanto la vicenda delle espulsioni, il Tribunale napoletano, in funzione di giudice unico, pur smentendo la tesi portante del provvedimento cautelare del collegio, che aveva applicato le disposizioni del codice civile sulle associazioni riconosciute, quelle in particolare che assegnano «in capo all'assemblea degli associati le decisioni sui provvedimenti di espulsione e sulle modifiche statutarie», ha ritenuto anch'esso che i provvedimenti espulsivi fossero illegittimi; non per illegittimità delle norme regolamentari del partito, a questo punto, come sostenuto in via cautelare, ma perché sarebbe destituita di prova l'allegazione secondo cui i ricorrenti, facendo parte di un gruppo *Facebook* segreto, «abbiano posto in essere comportamenti contrari alla regola del MoVimento 5 Stelle, atteso che la controparte si è limitata a dedurre dalla documentazione allegata fatti e comportamenti incompatibili con la permanenza nel MoVimento 5 Stelle, il che non è, perché la stessa non si può considerare piena prova del comportamento riferito agli stessi e tale da integrare una *giusta ovvero una grave causa* da porre a fondamento della loro esclusione» (corsivo di chi scrive). Al di là del linguaggio non del tutto piano di questa parte finale della sentenza, ciò che risalta è probabilmente il passo conclusivo in cui si afferma che l'esclusione dal partito possa avvenire solo in presenza di una giusta o grave causa.

Da queste decisioni, che pure seguono diversi percorsi argomentativi, sembra emergere comunque, quale tratto comune, che i giudici non si ritraggono più dinanzi a illegittimi provvedimenti di espulsione presi dagli organi di un partito, come non di rado era accaduto in passato.

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

5. (Segue): *Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti e l'estromissione di un membro del partito dalle procedure di selezione delle candidature: da Genova a Palermo, passando per Roma (e ritorno...)*

Accanto al tema dell'espulsione di un iscritto da un partito politico, il secondo genere di controversia, portato all'esame del giudice, ha riguardato l'esclusione di un membro del partito dalle procedure selettive interne, basate sulle elezioni primarie, o dalle candidature del medesimo a cariche politiche, una volta esauritasi la fase pre-elettorale delle primarie.

Certamente il caso più eclatante è stato quello genovese, deciso dal Tribunale della città della Lanterna il 10 aprile 2017 e originato dalla decisione di Beppe Grillo di escludere la lista guidata da Marika Cassimatis, pur vincitrice delle "comunarie", dal percorso selettivo interno al MoVimento 5 Stelle e dal procedimento elettorale relativo alle elezioni comunali di Genova. Tale decisione era stata impugnata da Cassimatis, insieme alla conseguente deliberazione-votazione, con cui l'assemblea in rete degli iscritti al MoVimento 5 Stelle aveva deciso la presentazione di Luca Pirondini, giunto secondo alle "comunarie", come candidato sindaco del Movimento per il Comune di Genova, e della lista a lui collegata, per i candidati consiglieri comunali. Cassimatis e il suo gruppo erano stati accusati di aver adottato dei «comportamenti che avevano compromesso l'immagine e l'azione politica del Movimento», perdendo quindi i requisiti per essere candidabili.

Il Tribunale genovese, dopo aver ricostruito con grande difficoltà le regole organizzative del MoVimento 5 Stelle e dei suoi procedimenti di selezione delle candidature, si è soffermato, pur senza alcun rinvio al parametro costituzionale dell'art. 49 Cost., su quella che viene definita la «cifra democratica del MoVimento 5 Stelle (...), costituita dal fatto che le sue regole statutarie si preoccupano di raggiungere un punto di equilibrio tra il momento assembleare/movimentista (...) e l'istanza dirigista che viene riconosciuta ed associata a figura di particolare carisma e peso politico per il Movimento, come Beppe Grillo», il quale accentra nella sua persona le cariche di capo politico e di garante del MoVimento 5

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

Stelle²⁶. Tutta la motivazione dell'ordinanza del giudice genovese è, poi, costruita sul mancato rispetto, da parte delle due decisioni impugnate, della disciplina regolamentare interna: secondo il giudice, infatti, anche se le fonti interne del MoVimento 5 Stelle riconoscono al capo politico «un ruolo di indirizzo e impulso particolarmente penetrante», tale potere, «nella specifica materia della selezione delle candidature, non si identifica nel “diritto di ultima parola”». Solo l'assemblea territoriale competente avrebbe, allora, potuto escludere la lista vincitrice delle “comunarie”, annullando la consultazione locale genovese: ciò in quanto la normativa interna di questa formazione politica non stabilisce un potere di veto del suo garante e/o del suo capo politico, previsto solo dalla modulistica di accettazione della candidatura. A sua volta l'assemblea nazionale degli iscritti avrebbe potuto decidere esclusivamente se presentare la lista Cassimatis o la lista Pirondini, ma non pronunciarsi, come invece è avvenuto, su un quesito diverso da quello posto all'assemblea locale e cioè se presentare la lista Pirondini o nessun candidato alle elezioni comunali.

Forse è stato proprio il silenzio sull'art. 49 Cost. e la sua mancata considerazione come norma che richiede un criterio di democrazia interna a permettere al giudice di affermare che, «per impulso del capo politico del Movimento, con apprezzamento discrezionale che sfugge al sindacato giudiziario (salvo che si realizzi con ciò un'illecita discriminazione)», sarebbe sempre possibile decidere «di non candidare una determinata lista, anche quando essa abbia avuto la maggioranza delle adesioni nell'ambito locale e perfino nella consultazione plenaria in rete». Ma questa eventuale rivisitazione di quanto deliberato in ambito locale territoriale o nazionale dovrebbe passare, ancora secondo il giudice, «sempre e solo attraverso gli organismi assembleari competenti» e adottando le procedure previste a livello regolamentare e statutario.

Il Tribunale di Genova conclude la sua pronuncia, auspicando, con un giudizio di valore forse non dovuto, «che le apprezzabili regole

²⁶ Va ricordato, peraltro, che, a seguito dell'adozione nel dicembre del 2017 delle nuove regole statutarie del MoVimento 5 Stelle, le due cariche risultano ora distinte, in particolare con un garante, «custode dei valori fondamentali dell'azione politica dell'Associazione», che resta in carica a tempo indeterminato.

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

statutarie più volte richiamate, sottolineate ed apprezzate (...), vengano assunte, a *stella polare*, dagli organi associativi del MoVimento 5 Stelle, quale riferimento obbligato e accorto per la soluzione del nodo decisionale e politico, posto dal deliberato genovese» (corsivo della pronuncia). Tuttavia, a ben vedere, proprio la circostanza di aver valorizzato il riferimento alla «cifra democratica» del partito avrebbe dovuto suggerire al giudice genovese uno scrutinio rivolto a isolare, tra quelle regole statutarie e regolamentari, elementi e indicatori di un sostanziale rispetto del metodo democratico all'interno del MoVimento 5 Stelle, senza accontentarsi di un giudizio basato soltanto sulla verifica della mera conformità dei due provvedimenti impugnati rispetto alla disciplina delle fonti interne del partito²⁷.

Anche la doppia decisione del Tribunale di Palermo del settembre 2017 (decreto *inaudita altera parte* e successivo decreto di convalida) ha riguardato la procedura di selezione dei candidati da inserire nelle liste elettorali; si trattava in questo caso delle “regionarie” siciliane (ma con un intreccio con una precedente elezione “comunaria”, riguardante Palermo), dalle quali era stato escluso un iscritto al partito, “colpevole” di aver avanzato la propria candidatura, pur avendo un procedimento disciplinare in corso. Molto interessante è il passaggio in cui il giudice civile palermitano, affermando la natura associativa del MoVimento 5 Stelle, soggetto alla disciplina del codice civile «ed espressione del diritto costituzionalmente tutelato di cui all'art. 49 della Carta fondamentale», rileva che «la procedura di selezione dei candidati da inserire nelle liste alle singole competizioni elettorali, quale strumento propedeutico all'esercizio del diritto di elettorato passivo, costituisce disciplina rimessa al singolo movimento», essendo «configurabile un diritto alla candidatura (così come alla lista ufficiale), laddove la scelta dei candidati all'interno dell'associazione *non sia frutto di una scelta discrezionale e insindacabile* ad opera di un organo interno all'associazione, e sia invece disciplinata dalla stessa associazione, e

²⁷ Con tutte le insidie di compiere quello scrutinio, evidentemente, in assenza di un'organica disciplina pubblicistica, non essendo tale, come si dirà più avanti, al paragrafo 7, l'attuale regolamentazione del decreto legge n. 149/2013.

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

conseguentemente *riconoscibile* nei limiti delineati da detta disciplina» (corsivo di chi scrive). Il ricorso è stato dichiarato fondato, proprio per la mancanza di una sufficiente riconoscibilità nelle norme interne del MoVimento 5 Stelle delle motivazioni che potevano determinare l'inclusione o meno nelle liste dei candidati per le "regionarie", non essendo rinvenibile in particolare nessuna contestazione dell'avvio di un procedimento disciplinare, causa dell'esclusione dalla procedura di selezione. Il Tribunale, quindi, ha sospeso sia l'esecuzione della decisione di esclusione dalla partecipazione alle "regionarie" del candidato ricorrente, sia l'esecuzione delle "regionarie" stesse, limitatamente ai candidati alla Provincia di Palermo, facendo prevalere, in quel bilanciamento di cui si è già detto in precedenza, «l'interesse di colui che domanda la sospensione, rispetto a quello dell'associazione alla conservazione degli effetti dell'atto».

A sua volta la decisione del Tribunale di Roma del 19 febbraio 2018 ha riguardato un ricorso per l'esclusione dalla lista, destinata alla consultazione *on-line* per la formazione delle liste elettorali politiche (le "parlamentarie"), di una candidata iscritta al MoVimento 5 Stelle. In tal caso, sulla base di una motivazione molto discutibile dal punto di vista dell'interpretazione del metodo democratico dell'art. 49 Cost., che sarà subito analizzata, il ricorso che chiedeva una sospensione delle "parlamentarie" è stato rigettato, benché il provvedimento di esclusione fosse del tutto carente nell'indicare le ragioni che avevano portato a non includere la candidata nelle liste in votazione.

6. *Due decisioni del 2018 che interpretano il metodo democratico dell'art. 49 solo nella dimensione della democrazia esterna: una serrata critica*

Quale peso ha effettivamente avuto l'art. 49 Cost. all'interno delle decisioni che abbiamo qui rapidamente analizzato?

Si è detto che tale disposizione è stata talora del tutto ignorata, come nell'ordinanza napoletana del 2016 e nell'ordinanza del

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

Tribunale genovese del 2017, o richiamata superficialmente²⁸, come nell'ordinanza del Tribunale di Roma del 2016 e nei due decreti palermitani del 2017, o, infine, addirittura utilizzata strumentalmente per tenere lontano dal suo disposto normativo la democrazia interna ai partiti²⁹.

In tal ultimo senso si segnalano le due già citate decisioni del 2018, che meritano per questo specifico aspetto un esame separato, mostrando un approccio sul tema della democrazia nei partiti che risulta davvero poco condivisibile.

La prima pronuncia, quella del Tribunale di Roma del 19 febbraio 2018, si apre citando integralmente l'art. 49 Cost. e asserendo che «il richiamo al metodo democratico (...) appare dettato con riguardo specifico al profilo esterno dei partiti, e volto ad assicurare la garanzia del pluralismo e della competizione pacifica», anche con un rinvio a come il tema venne affrontato nei lavori dell'Assemblea costituente.

Da questo esordio, abbastanza opinabile, il Tribunale fa derivare che, vista la natura di associazione di diritto privato dei partiti politici, «l'eventuale lesione di prerogative, aspettative individuali o veri e propri diritti soggettivi conseguenti ad una gestione *dispotica* o poco trasparente delle dinamiche associative, non può ritenersi ad oggi dotata di copertura costituzionale» (corsivo della pronuncia), ma ha solo nel codice civile il suo parametro. Secondo il Tribunale, infatti, «non sembra sostenibile che la Costituzione imponga che all'interno dei partiti siano assicurate procedure democratiche di selezione dei candidati, sebbene appaia evidente che tale indicazione dovrebbe intendersi come preferenziale in un'ottica autenticamente rispettosa dei valori fondanti del nostro sistema democratico».

²⁸ In modo poco più che cosmetico, si è rilevato da parte di qualcuno: vedi E. Caterina, *Il giudice civile*, cit., p. 9.

²⁹ Fuori dall'arco temporale qui considerato, una significativa applicazione dell'art. 49 Cost. e del metodo democratico, riferito anche alla vita interna dei partiti politici, per decidere una controversia tra un partito (il Partito democratico) e un suo iscritto, Luigi Lusi, espulso illegittimamente, si è avuta con l'ordinanza del Trib. Roma, sez. III Civile, 12 febbraio 2015, che ha annullato il provvedimento sanzionatorio (vedi F. Scuto, *op. cit.*, p. 165-166 e R. Calvano, *La democrazia interna, il libero mandato parlamentare e il dottor Stranamore*, in *federalismi.it*, 2018, p. 11).

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

Una prospettiva, come è facile notare, diametralmente opposta a quella che si è cercata finora di argomentare, perché finisce per legittimare anche una possibile visione autoritaria dell'organizzazione partitica³⁰.

Il Tribunale poi si sofferma sul significato delle elezioni primarie, ritenute tecnicamente delle semplici proposte, «il cui grado di vincolatività rispetto alle scelte finali dei vertici del partito, cui è istituzionalmente riservato il potere di designazione dei candidati, dipende dal contenuto stesso delle norme statutarie e regolamentari, e dunque in ultima analisi da atti di autonomia privata». Aprendo la strada a forme di regolazione delle elezioni primarie da parte della legge³¹, il Tribunale rileva peraltro che, se «l'ordinamento giuridico includesse le primarie nell'*iter* elettorale (...), le consultazioni assumerebbero valenza pubblicistica e si giustificerebbe in primo luogo un intervento legislativo volto a democratizzare e rendere trasparente il procedimento di pre-selezione e, conseguentemente, il ricorso a rimedi giurisdizionali volti a ripristinare l'eventuale legalità violata».

Seguendo tale prospettazione, avvalorata dal richiamo alla sentenza n. 256/2010 della Corte costituzionale³², il Tribunale di Roma esclude che la vicenda personale della ricorrente «possa ricondursi alla violazione di diritti costituzionalmente protetti e richieda sotto questo profilo l'adozione di una tutela immediata ed urgente».

³⁰ Citando il medesimo passo N. Pignatelli, *op. cit.*, p. 116, parla di una lettura «svilente» dell'art. 49 Cost., che «in modo inquietante» finisce per ritenere compatibile il metodo democratico con una gestione dispotica del potere.

³¹ Talora contestate in dottrina: vedi E. Gianfrancesco, *op. cit.*, p. 19, che ritiene di dubbia legittimità costituzionale la previsione di primarie obbligatorie ed ancor di più di primarie vincolanti; anche secondo L. Gori, *op. cit.*, p. 255, la valutazione di costituzionalità di una tipologia di primarie pubbliche, allo stesso tempo obbligatorie e vincolanti, condurrebbe a un esito negativo.

³² Quella nota decisione in cui la Corte esclude di poter intervenire con una pronuncia additiva, per attribuire agli uffici elettorali il compito di verificare, in sede di formazione delle liste elettorali, il rispetto delle disposizioni statutarie o di legge concernenti la presentazione delle candidature e la partecipazione del partito politico alla competizione elettorale; su tale pronuncia vedi per tutti E. Rossi, *op. cit.*, p. 12.

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

Soprattutto poi nella parte conclusiva dell'ordinanza, sulla base di una logica che giustifica – si diceva poco sopra – anche l'adozione di decisioni illiberali all'interno di un partito politico, il Tribunale ritiene fondata l'obiezione portata dal MoVimento 5 Stelle a difesa della decisione di esclusione: secondo le previsioni dello statuto, infatti, «*al Capo politico (organo del Movimento) è attribuita la facoltà insindacabile di valutare la compatibilità della candidatura con i valori e le politiche del MoVimento 5 Stelle, e di escludere con proprio parere vincolante l'accettazione della candidatura*» (corsivo di chi scrive), tutto ciò «prescindendo da ogni considerazione circa la evidente distanza di tale clausola statutaria da canoni minimi di democrazia interna (distanza che si ravvisa peraltro in più di un passaggio statutario)». Per tale ragione, nell'opinione del giudice napoletano, «resta giuridicamente irrilevante la circostanza che ad oggi, neppure nel costituirsi in questo procedimento, il Movimento, in persona del suo capo politico, abbia reso note le ragioni sottese alla decisione di non includere» la candidata nelle proprie liste.

Sull'esito di quest'impianto decisorio, fondato su una clausola statutaria che sembra eccedere i limiti concessi all'autonomia della formazione politica e che la dottrina civilistica ha ritenuto addirittura viziata di nullità, perché in contrasto con principi costituzionali «cui si saldano quelle norme del codice civile che (...) consentono di attribuire all'assemblea degli associati alcune competenze inderogabili»³³, si possono nutrire davvero seri dubbi, perché la posizione dell'iscritto al partito resta in balia della decisione politica assunta imperativamente da un organo monocratico del partito, un capo politico insindacabile, senza poter essere in alcun modo temperata, neppure dalla presenza di una minima e ragionevole motivazione.

Anche nella sentenza del Tribunale di Napoli del 18 aprile 2018 si trova una ricostruzione piuttosto contestabile del significato dell'art. 49 Cost., accompagnata da alcune considerazioni a margine, espresse dal giudice a proposito del MoVimento 5 Stelle, che si riducono a veri e propri giudizi di valore, abbastanza inopportuni per una decisione giurisdizionale.

³³ Così persuasivamente G. Iorio, *L'immunità dei partiti*, cit., p. 868.

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

Già si è ricordato che, differenziandosi dal giudizio in via cautelare, il Tribunale ha ritenuto pienamente legittima la deroga operata dal regolamento del MoVimento 5 Stelle alle previsioni del codice civile, fondate sulla sovranità assembleare, secondo quanto dispone l'art. 24 più volte menzionato. Tale deroga, sostiene il giudice, «è consentita in quanto l'associazione persegue scopi politici e si prefigge di partecipare alla vita politica nazionale, assumendo una fisionomia netta e caratterizzata. Nel caso specifico, *il MoVimento 5 Stelle si distingue per la contrapposizione netta alle forze politiche tradizionali ed alle più deleterie forme della raccolta del consenso politico*, scegliendo di partecipare a tutte le competizioni elettorali in autonomia e senza apparentamenti, alleanze o coalizioni, proprio per preservare la percepibilità da parte degli Italiani della sua forza distintiva ed alternativa. Ne discende che, a fronte di un'organizzazione di tendenza così spiccata va conferita *assoluta prevalenza alla tutela degli scopi dell'organizzazione* rispetto a pretese dei singoli associati che abbiano (...) natura procedimentale e pretendano di incuneare nella vita associativa valori, idee o pratiche contrastanti con gli scopi ed obiettivi dell'associazione» (corsivo di chi scrive). Una assolutezza, però, ben lontana dalle finalità stesse del diritto costituzionale, di costante limitazione del potere, e che comunque pregiudica ogni possibile contemperamento tra gli interessi associativi e quelli del singolo iscritto, a qualsiasi tipo di associazione evidentemente e a maggior ragione a un partito politico, come invece prefigurato in altre pronunce che qui si sono analizzate.

Il Tribunale di Napoli prosegue, poi, affermando che non «può fondatamente sostenersi che anche all'interno dell'associazione non viga un principio di dialettica democratica, perché è legittimo che una forza politica scelga di non consentire al proprio interno correnti organizzate e/o segrete; è legittimo che non siano consentite forme e luoghi per la formazione della volontà collettiva delle proposte politiche diverse da quelle previste dalle norme interne (nella specie *i meet up* o assemblee)». Quello che resta colpevolmente sotteso nel ragionamento è che, correntismo a parte, anche nelle nuove forme di aggregazione oggi permesse dall'evoluzione tecnologica e dall'uso, per esempio, di luoghi di incontro virtuali, piattaforme, *social forum*, portali *on-line*, non pare affatto legittimo coartare e comprimere ogni

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

forma di pluralismo, come sembra invece ammettere il giudice napoletano.

Il Tribunale arriva finalmente all'art. 49 Cost., «che, nel riferirsi al concorso dei partiti politici alla vita politica nazionale, non pone particolari limiti alla struttura interna dell'organizzazione, tra l'altro perché il riferimento all'espressione "metodo democratico" ha, necessariamente, un'accezione ben diversa, e per certi aspetti neanche assimilabile, di "metodo assembleare", e, a maggior ragione, di "principio maggioritario"». Il senso di quest'ultima distinzione non pare, invero, chiarissimo. Il metodo assembleare è, infatti, quello che il codice civile prevede per le associazioni riconosciute, assegnando in particolare all'assemblea degli associati le decisioni sui provvedimenti di espulsione e sulle modifiche dello statuto. Ma, come si è detto, l'assimilazione tra regole delle associazioni non riconosciute e regole delle associazioni riconosciute è vivacemente contestata dal Tribunale. Il metodo assembleare si pone certamente nel solco, più largo, rappresentato dal metodo democratico, posto che l'assemblea degli iscritti, operando dal basso, è certamente l'organo più rappresentativo di un'associazione quale è un partito politico, a meno di non prevedere, come è stato fatto da qualche forza politica (mi riferisco in particolare allo statuto del Partito democratico), il riconoscimento, ancora prima dell'assemblea, di diritti di cittadini non iscritti al partito, ma semplici elettori del medesimo. Quanto al principio maggioritario esso dovrebbe intendersi tra i criteri che l'assemblea dei soci utilizza per assumere le sue decisioni, ricordando sempre che la regola di maggioranza semplice, democraticamente, trova un contrappeso nell'esistenza di maggioranze qualificate, con cui assumere determinate deliberazioni, e nella necessità di proteggere comunque i diritti delle minoranze, al fine di garantire un effettivo pluralismo dentro al partito.

Ma tornando alla decisione del Tribunale napoletano, non può esservi dubbio allora – rileva il giudice monocratico – «che nella Costituzione emerg[a] la volontà di lasciare la massima libertà di disegnare la propria organizzazione interna ai soggetti che si propongono di partecipare alla vita politica, fermo l'obbligo di rispettare i valori democratici e il metodo del concorso democratico alla politica nazionale. Se ne ricava allora che il metodo assembleare e maggioritario costituisce solo una delle forme organizzative possibili, e

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

non necessariamente l'unica»³⁴. E «del resto – continua ancora il Tribunale – sotto questo profilo, per il MoVimento 5 Stelle, il concorso con metodo democratico si caratterizza per il rifiuto della delega nell'espressione della volontà degli aderenti (gli iscritti al blog), che sono chiamati ad esprimersi sempre direttamente sui quesiti di volta in volta loro sottoposti, il che caratterizza l'essenza del MoVimento 5 Stelle». La circostanza che al MoVimento 5 Stelle si debba applicare il solo art. 36 c.c., che «tutela la piena autonomia normativa delle associazioni non riconosciute nella predisposizione dell'ordinamento interno», rende «del tutto fisiologico che il rapporto associativo si costituisca per adesione ad una piattaforma normativa imputabile al solo fondatore, non essendo umanamente possibile che in una struttura (il MoVimento) caratterizzata dal principio della “porta aperta” e dalla presenza di bassissime, se non quasi inesistenti “barriere all'ingresso” (...), si debba negoziare singolarmente o modificare con riunioni collegiali l'atto fondativo e le altre regole; da qui la piena legittimità di norme che, proprio per l'estrema facilità di adesione, riservano alcune prerogative, tra cui l'espulsione, ad una figura monocratica, garante del rispetto delle finalità fondamentali del MoVimento 5 Stelle. *Lungi dall'essere antidemocratico*, questo sistema serve ad assicurare la coerenza dell'azione politica di tutti gli iscritti con gli indirizzi generali perseguiti nel Non Statuto ed è forse la caratteristica saliente del Movimento stesso» (corsivo di chi scrive).

Infine, quanto alla possibile limitazione all'esercizio dei diritti politici dei membri del partito, il Tribunale rileva che il MoVimento 5 Stelle «ha interesse a tenere ben distinte e percepibili dalla generalità della popolazione, nel dibattito pubblico come in quello interno, le proprie proposte politiche nei vari campi, conservando i caratteri distintivi e peculiari che fin qui lo hanno caratterizzato. E' dunque legittimato a reprimere al proprio interno condotte non conformi alle proprie regole: l'unica conseguenza è che gli esclusi potranno continuare liberamente a fare attività politica o di qualsiasi altro tipo,

³⁴ Il punto della sentenza è ripreso pure da C. Perlingieri, *op. cit.*, p. 899-900, rilevando che «il metodo democratico deve essere inteso, dunque, quale principio diretto alla protezione del valore fondamentale dell'agire partecipativo, che deve essere garantito in ogni momento della vita interna dell'ente e nei confronti di ogni organismo in grado di incidere su di esso».

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

ma senza più utilizzare, in alcun modo, nome e simboli del MoVimento». Secondo quanto previsto dal proprio statuto, “non statuto”, ancora in vigore nel momento in cui è stata emanata la sentenza in commento, il MoVimento si propone quindi di introdurre i suoi aderenti «nella vita politica del Paese senza che vi siano mediazioni di organismi intermedi, *cosa che invece accade spesso nell’ambito degli altri partiti politici e, perfino nelle istituzioni, ove capita – come si legge dai fatti di cronaca – che le decisioni siano prese non tanto dai rappresentanti degli italiani attraverso discussioni palesi e trasparenti, ma avvengano nelle segrete stanze di lobbies o portatori di interessi di diverse categorie professionali*. Dunque, se si ammettessero tali comportamenti, il MoVimento potrebbe rischiare di perdere la propria identità politica e di tradire lo stesso proposito che si era fissato» nelle sue norme statutarie e negli atti fondativi del partito (corsivo di chi scrive).

Come è agevole osservare, dagli ampi brani qui riportati della pronuncia napoletana, ci si trova di fronte a passaggi teorici piuttosto lontani da quella necessità costituzionale della democrazia nei partiti di cui si sta discutendo, facendosi prevalere, invece, una sorta di legittimazione carismatica che dall’alto scalza, nel nome della difesa di pretesi valori ultimi e distintivi del partito, il rispetto di elementari regole di partecipazione democratica³⁵. Si tratta di passaggi sorretti tanto più da numerosi incisi e riflessioni di puro merito politico, la cui bontà fa nascere qualche dubbio sull’effettiva possibilità, pur positivamente prospettata in dottrina³⁶, di riuscire in via giurisdizionale a riconoscere e poi ampliare il contenuto giustiziabile dell’art. 49 Cost., anche in assenza di una legge sui “livelli essenziali” della democrazia nei partiti; tutto ciò denotando altresì un qualche eccessivo apprezzamento, da parte di un giudice che dovrebbe essere

³⁵ Analogamente, a commento della sentenza, vedi ancora C. Perlingieri, *op. cit.*, p. 890, che ritiene che «norme statutarie che, ancorché adottate secondo un procedimento formalmente corretto, siano dirette a prospettare un’organizzazione interna oligarchica, se non addirittura autoritaria», dovrebbero essere private di protezione giuridica, a garanzia della partecipazione politica nei partiti e del metodo democratico.

³⁶ Vedi in particolare A. Lanzafame, *op. cit.*, p. 21.

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

e rimanere terzo, verso una determinata forza politica, forse ritenuta migliore di tutte le altre.

In modo un po' paradossale, nonostante venga riconosciuta al partito in esame una totale libertà di organizzazione interna e si giustifichi pienamente la prospettiva dell' "uomo solo al comando", il Tribunale ritiene anche troppo sbrigativamente che il provvedimento di espulsione degli iscritti non risulti «giustificato da condotte tali da porre in essere comportamenti contrari allo spirito associativo» e, accertando l' illegittimità della loro esclusione e del loro diritto a partecipare alle "comunarie", ordina la loro riammissione nel MoVimento 5 Stelle.

Le due ultime pronunce che si sono qui analizzate sembrano dimostrare che, rinunciando a ritenere prescrittive regole anche minime di democrazia interna, fondate direttamente sull' art. 49 Cost., l' esito è quello di piegare i diritti dei cittadini iscritti ai partiti a una dimensione autoritaria del potere, nel caso di specie all' interno del MoVimento 5 Stelle, oggetto specifico della nostra riflessione, ma più in generale in riferimento a qualsivoglia altra forza politica.

7. Per concludere: democrazia nei partiti e legge sui partiti

Se quelle che si sono sommariamente descritte sono le più recenti risultanze della giurisprudenza del giudice civile in tema di democrazia nei partiti, viste sotto la lente del MoVimento 5 Stelle, seguendo ancora il titolo di questo contributo, è però fuori dalle disposizioni del codice civile che si deve provare a cercare le indicazioni di una diversa e più stringente regolamentazione; con ciò ritenendo, come chi scrive, che né la disciplina delle associazioni non riconosciute, né quella delle associazioni riconosciute possano bastare a regolare il fenomeno partitico, qualora si vogliano davvero ancorare queste regole a un dato costituzionale che consideri necessaria la democrazia nei partiti politici.

Lo sguardo allora deve rivolgersi, prima di concludere, alla disciplina legislativa contenuta nel decreto legge n. 149/2013, convertito con modificazioni dalla legge n. 13/2014, che contiene un primo tentativo di regolamentazione, laddove si obbligano i partiti politici, che vogliono avvalersi dei benefici previsti da tale normativa,

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

a registrarsi presso la Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici, depositando uno statuto con un contenuto normativo, definito abbastanza puntualmente dal testo di legge (art. 3 del decreto legge n. 149/2013), in tema per esempio di numero, composizione e attribuzione degli organi del partito; di diritti e doveri degli iscritti e di loro partecipazione all'attività del partito; di selezione delle candidature.

Un giudizio definitivo su questa disciplina, con qualche anno di esperienza sulla sua concreta applicazione, non pare agevole. Se essa, infatti, aveva avuto il merito di delineare un quadro iniziale di riferimento che faceva ben sperare, in attesa dell'auspicabile adozione di una "robusta" legge sui partiti³⁷, oggi si deve essere meno indulgenti verso di essa, sia per la mancata approvazione, nella scorsa legislatura, del testo unificato contenente «Disposizioni in materia di partiti politici. Norme per favorire la trasparenza e la partecipazione democratica», che pareva in grado di rendere più incisive alcune previsioni del suo impianto normativo, anche rispetto al profilo della democrazia nei partiti³⁸, sia per il confronto, scontato, con la legge n. 3

³⁷ Così anche, tra gli altri, R. Calvano, *Dalla crisi dei partiti alla loro riforma, senza fermarsi... voyage au bout de la nuit?*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, p. 183, che ha scritto di «una prima parziale attuazione dell'art. 49 Cost.», M. Gorlani, *La "tardiva" attuazione legislativa dell'art. 49 Cost. nell'eclissi della funzione di rappresentanza dei partiti politici*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2016, 1, p. 5, che parla di un abbozzo «di una disciplina organica dell'organizzazione interna in senso democratico», nonché S. Bonfiglio, *L'art. 49 della Costituzione e la regolazione del partito politico: "rilettura" o "incompiuta" costituzionale?*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2018, 3, p. 6, secondo il quale si è compiuto «un primo passo importante per la democrazia nei partiti».

³⁸ Vedi sul punto anche P. Marsocci, *op. cit.*, p. 88, in riferimento a una migliore specificazione della posizione giuridica degli iscritti al partito, nonché E. Caterina, *L'attuazione del metodo democratico*, cit., p. 78 e G. Grasso, *Partiti politici europei e disciplina costituzionale nazionale*, in *Nomos. Le Attualità nel diritto*, 2017, 1, p. 6-7. La maggiore valorizzazione della democrazia nei partiti avrebbe potuto svilupparsi, in particolare, a partire dalla previsione del testo unificato, che sostituiva la lett. d), dell'art. 3, comma 2, del decreto legge n. 149 del 2003, assegnando allo statuto il compito di indicare «le forme e le modalità di iscrizione; i diritti e i doveri degli iscritti e i relativi organi di garanzia; le modalità di partecipazione degli iscritti alle fasi di formazione della proposta politica del partito,

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

del 9 gennaio 2019, più recentemente approvata, contenente «Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici», che, a parte le connessioni che le norme sulla trasparenza finanziaria possono avere con la democrazia interna dei partiti, non concede molto a quest'ultima (se non in una generica delega prevista dall'art. 1, comma 27, per un testo unico di natura squisitamente compilativa, in cui riunire anche le disposizioni legislative vigenti in materia di democraticità dei partiti, senza però avere l'obiettivo di rinvigorire i caratteri della democrazia interna delle formazioni politiche).

A ciò si aggiunga che, in termini di effettività del decreto legge n. 149/2013, la sola vera disposizione orientata verso il rispetto della democrazia nei partiti resta quella che stabilisce che lo statuto indichi «i criteri con i quali è promossa la presenza delle minoranze, ove presenti, negli organi collegiali non esecutivi» (art. 3, comma 2, lettera e), del decreto legge n. 149/2013). Tutte le altre previsioni sono lontanissime dallo schema di un eventuale statuto tipo orientato e ispirato a regole di democrazia interna, sul modello tedesco in particolare, evocato con forza anche recentemente³⁹, finendo per fissare solo un insieme di «regole ed obblighi eminentemente formali, che inevitabilmente lasciano la più ampia libertà ai partiti di modularne i contenuti»⁴⁰. Nel titolo del decreto legge compare la

compresa la selezione dei candidati alle elezioni, nonché le regole per l'istituzione e per l'accesso all'anagrafe degli iscritti, consultabile da ogni iscritto nel rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali» (corsivo di chi scrive).

³⁹ Vedi E. Caterina, *L'attuazione del metodo democratico*, cit., p. 76.

⁴⁰ Così R. Calvano, *Dalla crisi dei partiti alla loro riforma*, cit., p. 184 e ora analogamente R. Calvano, *La democrazia interna*, cit., p. 9, che parla di «un impianto generale debole», che, oltre tutto, ha permesso che partiti come il MoVimento 5 Stelle, al centro delle pronunce qui esaminate, rinunciando a godere del finanziamento pubblico indiretto, si siano sottratti anche «a quella più blanda forma di regolazione leggera della democrazia interna che il legislatore aveva tentato di introdurre» nel 2012. Di una reticenza del decreto legge n. 149/2013 a fissare i necessari requisiti minimi di democraticità e trasparenza, parla G. Iorio, *Profili civilistici dei partiti politici. Statuti, prassi, tecniche legislative*, Napoli, 2018, p. 319, che pure fornisce, rispetto all'art. 3 del decreto, una interpretazione tutta rivolta a integrarne il contenuto con quelli che vengono considerati veri e propri «principi di diritto di democrazia interna dei partiti politici» (p. 319 ss.). Secondo A. Saitta,

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

parola «democraticità» nei partiti, ma paradossalmente la previsione originaria dell'art. 5, comma 1, della legge n. 96/2012, richiedendo che lo statuto dovesse «essere conformato a principi democratici nella vita interna, con particolare riguardo alla scelta dei candidati, al rispetto delle minoranze e ai diritti degli iscritti», si configurava più stringente della disciplina oggi in vigore, che si limita, all'art. 2, comma 2, del decreto legge n. 149, a prescrivere che «l'osservanza del metodo democratico, ai sensi dell'art. 49 Cost., è assicurata anche attraverso le disposizioni del presente decreto». Del resto questa disposizione della legge n. 96/2012 è stata espressamente abrogata proprio dal decreto legge n. 149/2013, al suo art. 14, comma 4, lett. *f*).

Un giudizio maggiormente positivo sulle previsioni dell'art. 3 del decreto legge n. 149 derivava anche dalla sua connessione con la legge n. 52/2015, il c.d. *Italicum*, che aveva esteso il requisito previsto per i partiti politici di dotarsi di uno statuto, con le caratteristiche descritte, al di là delle previsioni del decreto legge n. 149, tutte finalizzate a collegare gli oneri di registrazione al godimento dei benefici (economici) previsti da esso. La legge n. 52/2015, infatti, modificando l'art. 14, comma 1, del d.P.R. n. 361 del 1957, obbligava i partiti o gruppi politici organizzati che intendevano presentare liste alle elezioni a depositare il proprio statuto, conformemente all'art. 3 del decreto legge n. 149/2013. A questo proposito non si possono condividere del tutto le perplessità di parte della dottrina che, commentando tale disposizione, ha ritenuto che «la norma che prevede l'esclusione di diritto dalla competizione elettorale dei partiti che non abbiano adempiuto agli obblighi richiamati potrebbe ritenersi (...) di dubbia conformità a Costituzione»⁴¹; se, infatti, un più forte assoggettamento pubblicistico dei partiti politici che intendono partecipare alle elezioni va accompagnato da adeguate cautele

Partiti politici e dinamiche della forma di governo. I partiti politici, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2019, 2, p. 170, infine, «si tratta di una normativa “a maglie larghe”, o larghissime, com'è giusto che sia per una legge chiamata a intervenire in un campo», nel quale va lasciato il massimo margine di autodeterminazione all'organizzazione partitica.

⁴¹ Così G. Rivosecchi, *I partiti politici nella giurisprudenza costituzionale*, in *Osservatorio Costituzionale*, 3, 7 ottobre 2016, p. 10; analoghi rilievi in F. Biondi, *op. cit.*, p. 163.

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

procedurali, per esempio per individuare l'organo che deve esercitare il controllo sugli statuti depositati, esso orientando i partiti medesimi al rispetto di regole di democrazia interna non sembra però pregiudicarne l'autonomia, né limitare lo spazio di azione politica dei soggetti che vogliono partecipare alla contesa elettorale⁴². Ad ogni buon conto la legge n. 52 non è mai stata applicata e la legge elettorale successivamente approvata, la n. 165/2017 (il c.d. *Rosatellum bis*), ha fatto parzialmente marcia indietro⁴³, mantenendo l'obbligo di depositare lo statuto solo per i partiti iscritti nel registro previsto dall'art. 4 del decreto legge n. 149/2013 e prevedendo, invece, per gli altri partiti l'obbligo di depositare una dichiarazione autenticata dal legale rappresentante del partito o gruppo politico organizzato, che evidenzia alcuni elementi minimi di trasparenza, indicati dalla legge.

Ma il più rilevante elemento di novità più recentemente intervenuto è, certamente, l'adozione, nel febbraio 2018, da parte della Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici, di apposite «Linee guida per la redazione degli statuti dei partiti e dei movimenti politici». Si tratta di linee di indirizzo che la Commissione ha approvato in mancanza di un esplicito fondamento legislativo⁴⁴ e che, come si legge al loro interno (p. 3 in particolare), «sono rese disponibili al fine di fornire un supporto ai partiti o movimenti politici che intendano dotarsi di uno statuto», ai sensi dell'art. 3 del decreto legge n. 149/2013, e per «rendere effettiva, secondo i principi sanciti dall'art. 49 Cost., l'osservanza del metodo democratico nei suoi riflessi non

⁴² Assai favorevole allo scenario disegnato dalla legge n. 52/2015, pur evidenziando tutta una serie di criticità in tema di modalità del controllo, tempi di comunicazione dell'avvenuta verifica e forme di impugnazione «allorché fosse stata negata la partecipazione alla competizione elettorale», anche G. Iorio, *Profili civilistici dei partiti politici*, cit., p. 300 ss. e spec. p. 306.

⁴³ In modo preoccupante, sempre secondo G. Iorio, *Profili civilistici dei partiti politici*, cit., 308.

⁴⁴ Vedi i dubbi di legittimità di M. Perini, *op. cit.*, 226-227 e di I. Pellizzone, *op. cit.*, p. 15 e 16, che parla di disposizioni *praeter legem*, che integrano in modo incisivo, ma ambiguo, il testo legislativo; non si esprime, invece, sulla loro legittimità, segnalandone semplicemente l'approvazione, C. Perlingieri, *op. cit.*, p. 898.

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del Movimento 5 Stelle

solo esterni, ma anche interni, con specifico riguardo ai diritti di partecipazione degli iscritti».

Senza potersi soffermare nel dettaglio su quelli che le Linee guida definiscono come «chiarimenti» in ordine alle previsioni contenute nell'art. 3 del decreto legge n. 149/2013, è facile riscontrare puntuali indicazioni per la redazione degli statuti, anche sotto forma di veri e propri divieti, come nella disciplina delle modalità di scelta dei titolari delle cariche nel partito, «ispirate a principi di democraticità interna e di non discriminazione», e per le quali «non sono ammesse cooptazioni» (p. 9), oppure nella fissazione di criteri per promuovere la presenza delle minoranze, ove presenti, negli organi collegiali non esecutivi, portatrici di posizioni «di motivato dissenso», e che devono essere garantite in modo da «raccordarsi all'effettivo grado di rappresentatività di una parte degli iscritti al partito» (p. 11), o ancora, rispetto alle modalità di selezione delle candidature del partito per le elezioni dei vari livelli di governo, in cui si suggerisce, al fine di «prevenire nella materia scelte oligarchiche e/o di natura solo cooptativa», l'impiego del «metodo delle c.d. primarie, oppure l'adozione di motivate deliberazioni dell'assemblea degli iscritti, anche in base a predeterminati e congrui criteri selettivi» (p. 14).

La capacità prescrittiva di queste Linee guida dovrà, evidentemente, essere meglio valutata una volta che partiti politici, eventualmente intenzionati ad assoggettarsi alle previsioni del decreto legge n. 149/2013, decidano, per esempio, di adottare nuovi statuti o di revisionare statuti già in vigore; tuttavia, stando ancora al tema di questo scritto, nel comma 3 dell'art. 3 del decreto legge n. 149/2013 si colloca, infine, quella previsione che stabilisce che lo statuto possa «prevedere disposizioni per la composizione extragiudiziale delle controversie insorgenti nell'applicazione delle norme statutarie, attraverso organismi probivirali definiti dallo statuto medesimo, nonché procedure conciliative e arbitrali». Pare scontato ritenere che tali forme di “giustizia interna”, previste pure dalle citate Linee guida, non possano impedire in alcun modo il ricorso di natura giurisdizionale, anche prima che si sia compiuta l'eventuale impugnazione dinanzi all'organo di giustizia “domestica”; del resto sono ben conosciute le gravi limitazioni che incontrano questi strumenti meramente interni nel proteggere effettivamente i diritti del

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

membro di un partito che si ritenga leso da una decisione presa da un organo del partito⁴⁵, come è emerso anche dalle vicende che si sono analizzate nel lavoro.

Il richiamo finale a quella che si è già definita una “buona”, perché “robusta”, legge sui partiti⁴⁶, porta a interrogarsi ancora sul rapporto tra di essa e il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti, oggetto di questo contributo, con la citazione di due autori che in Italia e Germania, pure in epoche diverse, hanno studiato a lungo anche i momenti di potenziale sovrapposizione tra l’una e l’altra prospettiva.

Nel 1991, Cesare Pinelli, autore nel 1984 di un pionieristico lavoro monografico dedicato proprio alla democrazia interna dei partiti⁴⁷, facendo il punto sullo stato di avanzamento dell’allora più recente giurisprudenza ordinaria sui partiti politici e rispondendo positivamente alla domanda se avesse senso «coltivare l’istanza di democratizzazione» dentro ai partiti stessi, segnalò come fosse imprescindibile abbinare alla tutela giurisdizionale una regolazione legislativa almeno «fondata su *standards* e requisiti minimi di garanzia dei diritti e democraticità delle scelte»⁴⁸. Molto tempo prima, Konrad Hesse, nel suo conosciuto saggio sulla posizione costituzionale dei partiti politici nello Stato moderno, si chiedeva, d’altra parte, quale avrebbe dovuto essere il contenuto della legge di attuazione dell’art. 21 del *Grundgesetz*, quella legge, il *Parteiengesetz*, che sarà approvata

⁴⁵ Sul punto vedi anche E. Rossi, *op. cit.*, p. 7; le menzionate Linee guida stabiliscono che gli statuti dovranno dettagliatamente regolamentare il procedimento sanzionatorio, al fine di assicurare il diritto alla difesa e il rispetto del principio del contraddittorio.

⁴⁶ Legge che altri autori, peraltro, temono, ritenendo che non sia opportuno rendere più stringente la regolamentazione oggi vigente, irrigidendo in particolare la struttura associativa prevista dal decreto legge n. 149/2013, per condizionare per esempio la partecipazione dei partiti alle competizioni elettorali: tra gli altri M. Gorlani, *op. cit.*, p. 7; G. Rivoecchi, *op. cit.*, p. 6; F. Biondi, *op. cit.*, p. 163; R. Calvano, *La democrazia interna*, cit., p. 7 e p. 8.

⁴⁷ C. Pinelli, *Discipline e controlli sulla “democrazia interna” dei partiti*, Padova, 1984.

⁴⁸ C. Pinelli, *Possibilità e limiti di intervento dei giudici nelle controversie interne ai partiti nella recente esperienza italiana*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, p. 3001 e p. 3002.

Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle

solo qualche anno dopo, nel 1967: contrario a una minuziosa definizione normativa dell'ordinamento interno dei partiti, egli riteneva che la legge si sarebbe dovuta fermare «nella salvaguardia della codecisione dei membri del partito in materia di presentazione delle candidature e di occupazione dei posti di comando, nella salvaguardia della regolare cronologia del rinnovo degli organi direttivi e nella protezione della posizione dei membri del partito»⁴⁹. Il citato *Parteiengesetz*, come è ben noto, è andato molto più in profondità di quanto proponeva Hesse.

Se «il principio democratico è il medesimo sotto ogni cielo», in Germania, come in Italia, nella bella immagine che qualcuno ha recentemente suggerito⁵⁰, chi scrive non dubita che la misura di una legge sui partiti nel nostro Paese, che difficilmente potrà mai avvicinare la struttura e i contenuti della legge tedesca, debba andare, però, ben oltre lo spazio di una disciplina minima(le) ed essere così capace ad orientare lo stesso controllo giurisdizionale e tutte le sue eventuali ambiguità.

ABSTRACT: This article analyses some recent judgements of ordinary courts, adopted in years 2016-2018, about the internal democracy of Italian political parties. It argues that the internal democracy of political parties is a constitutional need, grounded on Article 49 of the Constitution and on other dispositions as well: Articles 1, 3 paragraph 2, 18, 48 and 139. The examined judgements concern in particular the same political party, the “MoVimento 5 Stelle”, and the cases of the expulsion of a member of this political party by the internal bodies of the party itself and of the exclusion of one of their members from participation to internal primary elections. The overview of ordinary jurisprudence on political parties prove that

⁴⁹ K. Hesse, *La posizione costituzionale dei partiti politici nello Stato moderno*, 1959, trad. it. a cura di G. Grasso, 2012, Seregno, p. 44.

⁵⁰ Vedi E. Caterina, *L'attuazione del metodo democratico*, cit., p. 80.

Giorgio Grasso

*Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella
lente del MoVimento 5 Stelle*

the protection of internal democracy by the ordinary courts is not enough without a political party law, which better implements Article 49 of the Constitution. The paper suggests to finally strengthen the provisions of Law Decree no. 149 of 2013, converted into Law no. 13 of 2014, which establishes (see Article 3) only a first regulation for political parties that want to get some kind of financial benefit.

KEYWORDS: Political parties, Judicial review, Internal Democracy, MoVimento 5 Stelle

Giorgio Grasso – Professore associato confermato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi dell'Insubria

Breaking a “Taboo”: the Case for a Dynamic Approach to Secessionist Claims *

*Daniele Amoroso – Gennaro Ferraiuolo***

CONTENTS: 1. Secession in a static, legalistic perspective - 2. The need for a different approach - 3. Embracing a different perspective on secessionist phenomena: from a static approach to a dynamic one – 3.1. Legal authority and moral authority in the Scottish case – 3.2. Adherence to the law and legitimacy in the Québec case – 3.3 Obligation to negotiate in good faith and international recognition of the seceding entity: the Kosovo case – 4. Alternative approaches to secessionist phenomena in the academic debate - 5. Concluding remarks

1. Secession in a static, legalistic perspective

From a legal point of view, the issue of secession presents a number of framing difficulties, common to both the national dimension (constitutional law) and the global dimension (international law). A joint consideration of the two levels is therefore considered appropriate, with a view to identifying analytical schemes that enable these difficulties to be overcome (or at least mitigated).

a) As many authors have pointed out, secession represents for constitutional law scholars a veritable “taboo”;¹ it would even impose

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

** The present contribution is based on a presentation delivered at the 1st edition of the Italian-American dialogues on constitutionalism in the 21st century (“Global Law vs National Law?”), held in Bologna and Parma on 10 and 11 October 2019. Although the Authors equally share the responsibility for the entire work, sections 1b, 2d, 3.3, and 4b should be attributed to Daniele Amoroso, while the remaining sections should be attributed to Gennaro Ferraiuolo.

diplomatic caution on those wishing to study this subject by looking at legal systems other than his/her own.²

This point is clearly reflected in the writings of a number of authoritative Italian constitutional lawyers. Augusto Barbera, for instance, affirms that secession must be treated “as a question of fact, and not of law”, to be ascribed not to the world of law but to that of “the infinite possibilities of men”.³ Pushing such an approach to its extreme consequences, Alessandro Pace argues that “even if Article 5 [of the Italian Constitution]⁴ did not exist, the consent to the dismemberment of the State (or even to the secession of a part of it) would still be a revolutionary fact; and such would remain whatever the path (even a peaceful one) envisaged for its realization”; accordingly, “all legal acts carried out to this purpose (e.g., a consultative referendum) should be considered radically null and void, susceptible to trigger civil, criminal and administrative responsibility and unenforceable by anyone”.⁵

These views have to be framed against the backdrop of a legal system featured by the existence of an intangible normative core, unamenable to constitutional revision. However, it should be emphasized that the intangibility of the “unitary principle” does not derive from an explicit constitutional prescription, but is rather a sort of logical (or ontological) limit: “unity” shapes the identity of the national legal order, by defining it in its constitutive elements (people,

¹ S. Mancini, *Ai confini del diritto: una teoria democratica della secessione*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3, 2014, 624; A. López Basaguren, *La secesión de territorios en la Constitución española*, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n. 25, 2013, 88; L. Paladin, *Valori nazionali e principio di unità della Repubblica nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, vol. II, Padova, 1995, now in Id., *Saggi di Storia costituzionale*, Bologna, 2008, 115-116, explicitly referring to an intellectual and political taboo («tabù intellettuale e politico»).

² Cfr. F. Bilancia, *Il “derecho a decidir” catalano nel quadro della democrazia costituzionale*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 4, 2014, 986.

³ Cfr. A. Barbera – G. Miglio, *Federalismo e secessione. Un dialogo*, Milano, 1997 (edizione citata 2008), 153 e 155.

⁴ As it is well known to Italian readers, Article 5 enshrines the principle whereby the Italian “Republic is one and indivisible”.

⁵ A. Pace, *Processi costituenti italiani 1996-1997*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, tomo II, Milano, 1999, 1139.

territory, government); by altering the latter, therefore, the rupture of unity results in the elimination of the original legal order and not in its mere transformation. For this reason, the “indissoluble unity” model is potentially transposable in every national legal system; this is why it would be valid in the Italian constitutional system – in the words of Pace – “even if Article 5 did not exist”.

In a similar vein, one may consider a recent ruling by the German Constitutional Court (2 BvR 349/16: secession is in itself contrary to the constitutional order; “the Länder are not the masters of the Constitution”),⁶ as well as the position taken by the Venice Commission, whereby “le principe de l’intégrité territoriale est très généralement reconnu, implicitement ou explicitement, en droit constitutionnel. A l’inverse, la sécession ou la modification des frontières est tout aussi généralement exclue par le droit constitutionnel, ce qui ne saurait surprendre, puisque celui-ci est le fondement de l’État qui pourrait par hypothèse être amputé”.⁷

The situation may be different in systems that do not envisage limits to constitutional revision: a “secession clause” could in such cases be found in the provisions regulating the procedures for amending the Constitution.

The Spanish legal system is a relevant case in point. The *Tribunal constitucional* (TC) has, on several occasions, affirmed the lack of a “*núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional*”.⁸ A secessionist claim can therefore be legitimately pursued, provided that the revision procedures set out in the Constitution are respected. As acknowledged in Judgment No. 42 of 2014, “*si la Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, que tiene reconocida por la Constitución iniciativa de reforma constitucional [...], formulase una propuesta en tal sentido, el*

⁶ On this decision, see G. Delledonne, *ILänder non sono i padroni della Costituzione: il Bundesverfassungsgericht di fronte a un tentativo secessionista bavarese*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2017, 145 ss.

⁷ See the Report «Un cadre juridique général de référence pour faciliter la solution des conflits ethno-politiques en Europe», CDL-Inf (2000) 16, 2-3. The quoted text is reproduced in the Opinion No. 762/2014 of 21 March 2014 (CDL-AD [2014] 002), § 17 on Crimea.

⁸ See, among many others, the decisions Nos. 48/2003, 103/2008, 31/2009, 42/2014.

Parlamento español deberá entrar a considerarla”; the so-called “right to decide” (*derecho a decidir*) – i.e. the formula that embodies the Catalan claim for a referendum on independence – is deemed as an “*aspiración política susceptible de ser defendida en el marco de la Constitución*”.

Some authors compared the position of the Spanish TC to that of the Canadian Supreme Court:⁹ the latter, in the well-known Reference on the Québec secession, affirms the unconstitutionality of a unilateral secession of the Province and identifies, at the same time, the constitutional revision as a possible way to reach that outcome.¹⁰ And indeed, the Judgment No. 42/2014 by the Spanish TC contains an explicit – although, as it will be said, misleading – reference to the opinion of the Canadian Court.

Even in these cases, however, such openness towards a “right to secede” is in fact very limited, if not illusory. Secession by legal means risks facing a *de facto* impracticability: this is due, as a matter of course, to the fact that (majorities of) systemic minorities are structurally excluded from the possibility of becoming (qualified) majorities in the State institutions where constitutional revision is ultimately decided. It is not by chance that some of the most relevant studies on the issue of secession are confined to the so-called secession of the minority, to be kept distinct from the secession of the majority (which would end up in a sort of expulsion).¹¹

b) At a first glance, international law (or, rather, mainstream international law scholarship) seems to have a different take on secessionist phenomena. Although the very word “secession” seldom pops up in international legal texts,¹² this topic cannot be said to have

⁹ In this sense, see e.g. G. Delledonne, *op. ult. cit.*, 145.

¹⁰ Cfr. *Reference re Secession of Quebec*, [1998], 2 SCR 217.

¹¹ Cfr. A. Buchanan, *Secession. The Morality of Political Divorce from Sumter to Lithuania and Quebec*, Boulder, 1991, Spanish translation *Secesión. Causas y consecuencias del divorcio político*, Barcelona, 2013, 58; P. Bossacoma i Busquets, *Justícia i legalitat de la secessió. Una teoria de l'autodeterminació nacional des de Catalunya*, Barcelona, 2015, 33 ss.

¹² E. Duga Titanji, *The right of indigenous peoples to self-determination versus secession: One coin, two faces?*, in *African Human Rights Law Journal*, 2009, p. 52 ff., p. 71.

been treated as a “taboo”. According to a generally accepted view, which has been upheld by the International Court of Justice,¹³ international law neither prohibits nor authorizes, as such, unilateral declarations of independence. This is because secession is not conceived of as a break in the established order, but merely as a “fact” yielding international legal consequences: ultimately, the emergence of a new state entity, with all that ensues.¹⁴

On closer inspection, such approach conceals – under the guise of apparent “neutrality” – a clear disfavor towards secessionist outcomes, insofar as it makes international recognition of the seceding entity conditional upon passing the “ordeal” of a violent (and, in the worst cases, armed) conflict with the parent State.

Yet, starting from the end of the Second World War, a body of international norms questioning (at least in part) this paradigm has gradually emerged: the law of self-determination. As it is well-known, from the 1960 *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples* to the 2007 *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, passing through Common Article 1 to the International Covenants on Human Rights, the principle of self-determination is commonly defined as endowing “all peoples” with the right to “freely determine their political status”.¹⁵ It is also known that the international community agrees on considering this right as envisaging the legal entitlement for peoples subject to colonial or

¹³ *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010, p. 403 ff., para. 79.

¹⁴ This view on secession is generally labelled as the “realist” one. For a thoughtful account of this approach, including a balanced discussion of the criticism levelled against it, see E. Milano, *Formazione dello Stato e processi di State-building nel diritto internazionale. Kosovo 1999-2013*, Napoli, 2013, pp. 14-33.

¹⁵ In addition to political self-determination, the principle at hand also entails the peoples’ right to “freely pursue their economic, social and cultural development”. In this regard, Common Article 1(1) to the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights provides, at para. 2, that: “All peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic co-operation, based upon the principle of mutual benefit, and international law. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence”.

foreign domination to pursue independence¹⁶ as a mode of self-determination.

At the same time, one may observe how, with the end of the decolonization era, the principle of self-determination went through a veritable identity crisis. Indeed, any attempt to update it and expand its scope of application to non-colonial situations is regularly frustrated by the lack of coherence in international practice, especially as far as secessionist movements are concerned. The point is that the stabilization of a customary rule through a “general practice accepted as law” by the various members of the international community – an outcome which in itself is quite hard to achieve – is nearly impossible in the area of self-determination, where the most fundamental, and most jealously protected attributes of state sovereignty (national boundaries, form of state, form of government) are potentially at stake.¹⁷ Indeed, the crystallization of the aforementioned norms on colonial and foreign domination was made possible by the unique political conditions which led to the demise of colonial empires – a situation which is unlikely to recur in comparable terms in the foreseeable future.

In this regard, it has been influentially argued that, although post-colonial international law has little to say in relation to the *substantive* aspects of secession, a number of *procedural* rules to be applied to secessionist processes could indeed be distilled from State practice.¹⁸ However, it is important to underscore that, according to

¹⁶ It should be noted, in this respect, that many authors regard decolonization as a phenomenon not classifiable as “secession”, since colonies and occupied territories have been traditionally viewed as having a legal status different from that of the State administering it. See, also for further references, A. Tancredi, *Secessione e diritto internazionale: un’analisi del dibattito*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2015, p. 449 ff., pp. 465-466.

¹⁷ S. Mancini, *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, Milano, 1996, p. 255.

¹⁸ This view has been in particular put forth by Antonello Tancredi. See, among others, A. Tancredi, *A normative ‘due process’ in the creation of States through secession*, in M.G. Koehn (ed.), *Secession. International Law Perspectives*, Cambridge, 2006, p. 171 ff. (identifying the following requirements should be complied with: 1) no foreign military support, 2) consent of the majority of the local

this view, compliance with such “normative due process” do not bestow on the seceding entity a legal entitlement to have its claim supported by the international community. Contrariwise, failure to respect these rules entail that the seceding entity must not be recognized even if it displays in fact effective, exclusive and stable control over its territory.

In the light of the above, the contribution of both legal disciplines to the study of this topic would appear quite limited. Any meaningful role for constitutional law would in fact be ruled out at the outset: secession is not an issue to be examined – in theory or in practice – in legal terms. The establishment a new sovereign political entity as a consequence of the separation of a portion of the territory of an existing State is an *extra ordinem* fact, which can be legitimized only by virtue of its own political force and not by orderly (or orderable) legal paths. At most, the acts directed towards that objective will be considered as wrongs, to be sanctioned according to the provisions laid down by domestic legislation. On the other hand, while not (necessarily) qualifying secession as unlawful, international lawyers basically look at it as a fact that is relevant in the dynamics of State formation, but not – with the notable exception of peoples subject to colonial and alien domination – as a legal entitlement. This remains true even if one adopts the “normative due process” approach: compliance with “procedural” rules on secession comes into play only if the seceding entity satisfied *as a matter of fact* the other requirements for statehood, i.e. if it managed to emancipate itself from the control of the parent State authorities.

Against this background, the present paper aims to make the case for complementing such traditional and legalistic approach with a dynamic one. By a “dynamic approach” we mean one that does not content itself with addressing secessionist claims in binary terms (“is secession allowed by the Constitution?” “is there a right to secede under international law?”), but strives to orientate the underlying political processes by providing them with an appropriate legal-institutional framework. The proposed approach, in other terms,

population expressed through referendum and 3) respect of the *uti possidetis* principle).

acknowledges the existence of a tension between the “moral authority” to make a secessionist claim (which may derive from wide and peaceful popular support) and the “legal authority” to implement that, which is generally lacking;¹⁹ and tries to defuse this tension by channeling secessionist claims through public deliberative processes governed by constitutional and, to some extent, international law. To this end, we will first offer an overview of the factors and recent trends pushing towards the adoption of a different theoretical framework with regard to secessionist phenomena (Section 2). Then, the cases of Scotland, Quebec and Kosovo will be discussed as precedents that may be relied on to build alternative legal approaches to secession (Section 3). We will try to show, finally, that approach proposed in this paper already has some (authoritative) matches in existing literature (Section 4). Section 5 concludes.

2. The need for a different approach

Analyses based on a static, legalistic approach have recently been confronted with secessionist claims, often emerging in the context of advanced democracies. In this respect, one may detect signs of inadequacy – if not outright failure – of the traditional way of dealing with these issues, which justifies a revamped interest in certain, somehow heterodox doctrinal views.

In fact, there are elements encouraging the adoption of a different theoretical framework, which may (non-exhaustively) sketched as follows.

a) To begin with, the very establishment and consolidation of pluralist democracies makes it questionable to reduce secessionist

¹⁹ This language is borrowed from the one employed in relation to the Scottish referendum on independence. See below Section 3.1.

view has been in particular put forth by Antonello Tancredi. See, among others, A. Tancredi, *A normative ‘due process’ in the creation of States through secession*, in M.G. Koehn (ed.), *Secession. International Law Perspectives*, Cambridge, 2006, p. 171 ff. (identifying the following requirements should be complied with: 1) no foreign military support, 2) consent of the majority of the local population expressed through referendum and 3) respect of the *uti possidetis* principle).

claims – *sic et simpliciter* – to a matter of mere public order: as it has been noted, “in democracy, even the secessionist threat must be considered a political question. It is in other contexts [...] that it is viewed solely as a military problem to be solved with coercion or with the victory of secessionist forces”. In this perspective, the responses provided by a legal order to such claims can be themselves understood as indicators of democratic quality.²⁰

b) Independentist movements – as some recent cases show – may employ peaceful strategies, supported by massive social mobilizations and acts of (mere) civil and political disobedience.²¹ In the face of these strategies, a repressive reaction centred on the criminalization of secessionist movements could result, for a democratic State, greatly problematic. This is also in the light of the fact that the charges that are likely to be filed – and have in fact been filed – to initiate criminal proceedings against secessionist groups do often entail an element of violence. In this respect, the Catalan case is emblematic: independentist politicians and activists have been indicted before the *Tribunal Supremo* for the very serious crimes of rebellion (Art. 472 et seq. of the Criminal Code) and sedition (Art. 544 et seq. of the Criminal Code); both offences envisage the use of violence; if we consider that the presence of such an element is highly dubious in the acts which the defendants are accused of, it will appear all the more clear how we are witnessing distortive interpretations that undermine basic democratic safeguards, having particular regard to the principle of legality in criminal law.²² This carries the risk that the

²⁰ A. Cantaro, *Introduzione*, in C. De Fiores – D. Petrosino, *Secessione*, Roma, 1996, 22.

²¹ See *Social Movements and Referendums from Below. Direct Democracy in the Neoliberal Crisis*, Bristol University Press, 2017. This boosted a renewed interest in scholarship on secessionist phenomena. See, most recently, G. Martinico. *Il diritto costituzionale come speranza. Secessione, democrazia e populismo alla luce della Reference Re Secession of Quebec*, Torino, 2019; P. Bossacoma i Busquets, *Morality and Legality of Secession. A Theory of National Self-Determination*, Cham, 2019: as well as the excellent contributions collected in C. Closa, C. Margiotta, G. Martinico (eds.), *Between Democracy and Law: The Amoralism of Secession*, Abingdon/New York, 2019.

²² See, for instance, the *auto* of the criminal *sala* of the *Tribunal supremo* of 5 January 2018 (n. *recurso* 20907/2017), denying the release of Oriol Junqueras. The element of

principle of unity turns into a “tyrannical” principle, leading to the breach of other principles that characterize – in the same way as (if not more than) that of “unity” – the Spanish legal system as “democratic”.

violence was recognized as present because the defendant could have *foreseen* that the initiatives carried out, which were supported by an intense popular mobilization, *could have generated violence* («la aceptación del plan incluía la aceptación de previsibles y altamente probables episodios de violencia», p. 10). If we consider what actually happened, this violence would be concretely found only in relation to sporadic and marginal episodes, which would be in themselves wholly insufficient to support the very serious charges against the defendant. And indeed, the *Tribunal* included among the consequences that the accused would have foreseen, the reaction – in fact, brutal – of the Spanish State aimed at preventing the referendum: «es cierto que no consta que el recurrente haya participado ejecutando personalmente actos violentos concretos. Tampoco consta que diera órdenes directas en tal sentido. [...] Es llano que tanto el recurrente como los demás sabían que el Estado no podía ni puede consentir esa clase de actos, que desconocen e impiden la aplicación de las leyes que rigen el Estado democrático de Derecho, y que actuaría a través de los medios a su disposición, entre ellos el uso legítimo, y como tal, proporcionado y justificado, de la fuerza. Era previsible, en esa situación, que, con una alta probabilidad, se produjeran enfrentamientos en los que apareciera la violencia» (p. 13). The violence which the defendant was accused of was therefore, primarily, that of Spanish police repressing of the referendum of the 1st of October. See *Legalidad penal y proceso independentista* (*eldiario.es*, 9 November 2017) e *La banalización de los delitos de rebelión y sedición* (*eldiario.es*, 21 November 2017), which were endorsed by several Spanish scholars of Criminal Law. The recent decision by the *Tribunal supremo* (Judgment No. 459 of 14 October 2019), which put an end to the criminal proceedings against Catalan independentist leaders, in fact acquitted the defendants from the charge of rebellion. But this did not prevent it from issuing very harsh sentences (up to 13 years in prison) for the crime of sedition. For a critical comment on this judgment, having particular regard to its impact on the protection of certain fundamental democratic rights, see J.L. Martí, *An Exotic Right: Protest and sedition in the Spanish Supreme Court’s ruling on Catalan secessionism*, in *VerfBlog*, 18 October 2019; A Gamberini, *La condanna degli esponenti indipendentisti catalani: un crimen lesae maiestatis nel cuore dell’Europa?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 23 October 2019; M. Frigo, *Spain: Does the Supreme Court judgment against Catalan leaders comply with human rights law?*, in *Strasbourg Observers*, 16 December 2019; as well as Amnesty International, *España: Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo en la causa contra líderes catalanes*, 19 November 2019.

c) Supranational integration processes can represent an important factor in playing down – and therefore reassessing – secessionist conflicts. In fact, state sovereignty has already been experiencing a gradual dismantling and re-articulation, which has been lessening its characteristics of absoluteness.²³ With specific reference to the European Union, one could even reframe a demand for secession from “external” (to the Member State) to “internal” (to the EU), so defusing its disruptive potential.²⁴ A similar approach would be even more fruitful when the dislocation of power caused by supranational integration generates pressures on the spaces of autonomy that are difficult to tolerate by territorial communities featured by a marked inclination towards self-government. The failure to initiate a political debate in the European institutional bodies on such questions – an attitude which has so far prevailed – results in the reaffirmation of the full sovereignty of the nation-State, of a State-centric vision of the EU, which is far from the prospect of a deeper political integration.

d) Despite calls for its demise in the post-colonial era, the principle of self-determination still plays a role in international legal life. In the last few years, indeed, self-determination of peoples and its jargon have popped up in different domains of international practice. Just consider, in this respect, extensive references to the principle contained in the 2007 *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*,²⁵ its recurring presence in the text of agreements aimed at settling secessionist conflicts,²⁶ the acknowledgment by the International Court of Justice that the principle “has a broad scope of

²³ For a similar perspective, see D. Innerarity and A. Errasti, *Deciding on what? Addressing secessionist claims in an interdependent Europe*, in Closa, Margiotta, Martinico, *cit. supra*, p. 62 ff.

²⁴ N. MacCormick, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, 1999, Italian translation, *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo*, Bologna, 2003, spec. 325 ss.; see also N. Krisch, *Catalonia’s Independence: A Reply to Joseph Weiler*, in www.ejiltalk.org, 18 January 2013.

²⁵ See Articles 3 and 4, as well as 16th and 17th preambular paragraphs.

²⁶ See the practice referred to in M. Weller, *Settling Self-determination Conflicts: Recent Developments*, in *European Journal of International Law*, 2009, p. 111 ff.

application” which goes beyond decolonization issues,²⁷ or the widespread recognition of Libyan and Syrian rebels as “the only legitimate representative of their people”.²⁸

How to reconcile this practice with the lack of clearly defined rules on self-determination outside the decolonization context? In this regard, one should take care not to confuse the general “principle” with the individual “rules” originating therefrom – a distinction masterfully drawn by Antonio Cassese in his celebrated monograph on self-determination.²⁹ In his view, the existence of general principles, such as that of self-determination, is “a typical expression of the present world community”, which is often too divided to agree upon specific rules but nonetheless needs “some sort of basic guidelines for [its] conduct”, a lowest common denominator of “the conflicting views of States on matters of crucial importance”.³⁰

In relation to self-determination, Cassese identified this lowest common denominator in the “quintessence of self-determination”, namely the “need to pay regard to the freely expressed will of the peoples”³¹ whenever foundational political decisions are at stake. Its open-textured character notwithstanding, this principle remains “one of the essential principles of contemporary international law”³² in that

²⁷ *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, Advisory Opinion, 25 February 2019, para. 144.

²⁸ Regardless of whether it was appropriate in the circumstances of the case, in fact, the use of this defining formula signals the intention by the recognizing State (or international organization) to qualify an (armed) opposition group as a national liberation movement for the purposes of the application of the self-determination regime. See, also for further references, D. Amoroso, *Il ruolo del riconoscimento degli insorti nella promozione del principio di autodeterminazione interna: considerazioni alla luce della “Primavera Araba”*, in *Federalismi.it*, 2013, p. 1 ff., pp. 22-35.

²⁹ A. Cassese, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge, 1995, pp. 126-133.

³⁰ *Id.*, 128.

³¹ This formula was borrowed by the ICJ’s Advisory Opinion in *Western Sahara*, I.C.J. Reports 1975, p. 12 ff., para. 59. See also J. Klabbers, *The Right to Be Taken Seriously: Self-Determination in International Law*, in *Human Rights Quarterly*, 2006, p. 186 ff.

³² *East Timor (Portugal v Australia)*, I.C.J. Reports 1995, p. 90 ff., para. 29.

it indicates “the course of action to be taken when one is confronted with problems concerning the destiny of a people”.³³

On these premises, one may legitimately doubt what would remain of such a basic principle, if States and international organizations were allowed – when not obliged – to turn a deaf ear on secessionist claims that are a genuine and peaceful expression of the will of the people, or, even worse, on its violent quelling by the parent State, as the traditional understanding of self-determination would seem to require.³⁴ Nor, in the same perspective, it seems acceptable to wait for a bloody escalation of violence before intervening.

3. Embracing a different perspective on secessionist phenomena: from a static approach to a dynamic one

Symptoms A number of important precedents are already available for defining legal approaches to secession that are best suited to the scenarios mentioned above. However, it should be pointed out from the outset that scholars are frequently inclined to marginalize them or to reduce their relevance.

3.1. Legal authority and moral authority in the Scottish case

The first case under consideration is the Scottish referendum in 2014. Here we are witnessing a consensual political process, leading to a vote that will have the unionist option prevail. In the stages of such a

³³ Cassese, *cit. supra*, p. 128. In a similar vein, see G. Palmisano, *Autodeterminazione dei popoli*, in *Annali dell’Enciclopedia del diritto*, 2012, p. 82 ff. See also the statement issued on 25 October 2017 by the UN Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order, Alfred de Zayas, in relation to the Catalan case, where several references are made to the obligation of the Spanish government to comply with the principle of self-determination (*UN independent expert urges Spanish Government to reverse decision on Catalan autonomy*, 25 October 2017, available at: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22295>).

³⁴ Weller, *cit.*, pp. 112-114.

process, there may be elements of particular interest for the purposes of our investigation.

When the 2011 Scottish elections gave an absolute majority to the Scottish National Party (SNP), which presented a programme that included a commitment to hold a referendum on independence,³⁵ Alex Salmond stated that the independentist claim had acquired a “moral authority”.³⁶ To this assertion London did not retort, on the basis of a static/rule-based argument, that the Parliament of Holyrood lacked the power to activate a referendum procedure.³⁷ The British Government was perfectly aware of the fact that “the Scottish Parliament does not have the *legal authority* to hold an independence referendum”.³⁸ In the face of a tension between the legal and moral authority, however, the former was the one to give in, placing itself at the service of the latter. The title of the report commissioned by the House of Commons to find the most appropriate path to allow the celebration of the referendum is particularly telling in this sense: “The Referendum on Separation for Scotland: *making the process legal*”.³⁹

The opposing sides thus shared the idea of a close interplay between morality, politics and law. The dominant nation – structurally a majority – decides on the basis of the will expressed by a minoritarian national group: the (one-off) transfer by the Westminster Parliament to the Scottish Parliament of the competence to regulate and call the referendum on independence represents a legal device

³⁵ *Re-elect. A Scottish Government Working for Scotland (2011). Scottish National Party Manifesto 2011*, 28 [http://votesnp.com/campaigns/SNP_Manifesto_2011_lowRes.pdf].

³⁶ *Stunning SNP election victory throws spotlight on Scottish independence, theguardian.com*, 6 May 2011.

³⁷ See the introduction, by Prime Minister David Cameron and Deputy Prime Minister Nick Clegg, of the document *Scotland’s constitutional future. A consultation on facilitating a legal, fair and decisive referendum on whether Scotland should leave the United Kingdom*, January 2012, 5, [www.official-documents.gov.uk].

³⁸ “*Scotland’s constitutional future*, cit., 6 (emphasis added). In the same vein, see the Report by the House of Lords’ Select Committee on the Constitution, *Referendum on Scottish Independence*, 2012, 12-13 [http://www.publications.parliament.uk].

³⁹ *The Referendum on Separation for Scotland: making the process legal*, House of Commons Scottish Affairs Committee, 2012 [http://www.publications.parliament.uk] (Emphasis added).

which was not already present in the system, but that was established – by way of political processes – in its interstices, in order to support a claim regarded as morally justified.⁴⁰

The attempts to reduce this trend to the British exceptionality, notably by claiming that it cannot be replicated in systems with a rigid constitution, are far from infrequent.⁴¹ Yet, this overshadows an essential fact: the responses to the Scottish claim were still the result of decisions formally and ultimately attributable to central institutions: the paths taken were not legally available in the short term to the peripheral national group. The situation that arises in the British context are, in this perspective, only *quantitatively* – not *qualitatively* – different from those found in the experiences of continental constitutionalism.⁴² The procedures to be set in motion in view of certain results will be, in the latter case, more complex and articulated, but still accessible whenever dominant political forces at the state level become aware of the need to resolve the political conflict through solutions that are acceptable from the perspective of democratic pluralism.

3.2 Adherence to the law and legitimacy in the Québec case

The conceptual framework provided in 1998 by the Canadian Supreme Court was rightly considered to be “un referente mundial por contener seguramente la más avanzada doctrina constitucional sobre el derecho de secesión”.⁴³ However, even in relation to this

⁴⁰ See *Scotland Act 1998 (Modification of Schedule 5), No. 242 Order* del 2013, approved by the Westminster Parliament to implement the *Edinburgh Agreement* of October 2012.

⁴¹ See J.A. Montilla Martos, *El referéndum de secesión en Europa*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 26, 2016, § 2 [http://www.ugr.es/~redce/REDCE26/articulos/11_MONTILLA.htm].

⁴² See, in broad terms, O. Chessa, *Sovranità: temi e problemi di un dibattito giuspubblicistico ancor attuale*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, 21-22.

⁴³ E. Fossas Espadaler, *Interpretar la política. Comentario a la STC 42/2014, de 25 de marzo, sobre la Declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña*, in *Revista Española de Derecho constitucional*, n. 101, 2014, 287. On this issue, see extensively G. Delledonne and G. Martinico (eds.), *The Canadian*

case there is a tendency not to take the Reference in its overall (and innovative) meaning, but instead to cut out individual segments thereof and use them to justify conclusions that are misaligned with its normative gist.

A significant example of such an attitude is the use of the Reference made by the TC in the aforementioned Judgment No. 42/2014: the foreign precedent is relied upon to affirm the impracticability of a consultative referendum on independence,⁴⁴ whereas the 1998 Reference was in fact triggered by a prior manifestation of popular will, through a referendum, coming from a territorial minority.⁴⁵ This brings to the limelight the speciousness of the TC’s argumentation and its distance from the Canadian paradigm: admitting secession by legal means, but ruling out the possibility of celebrating a referendum on the question, leads to the paradoxical (and surreal) situation where it would be required “to start the process of constitutional amendment to allow Catalan independence, before there is any reason to believe that Catalans really want to quit Spain”.⁴⁶

In other cases, the contribution to the debate of the 1998 Reference is somehow overlapped with its legislative follow-up,⁴⁷ even though the full adherence of the latter to the former appears, in several respects, questionable (it is not by chance that the Canadian

Contribution to a Comparative Law of Secession. Legacies of the Quebec Secession Reference, Cham, 2019.

⁴⁴ Subsequent TC’s case law, following a view already expressed in Judgment No. 103/2008, will be even clearer on this point: «el respeto a la Constitución impone que los proyectos de revisión [...] se sustancien abierta y directamente por la vía que la Constitución ha previsto para esos fines [...]. no caben actuaciones por otros cauces ni de las Comunidades Autónomas ni de cualquier órgano del Estado» (STC 31/2015).

⁴⁵ E. Fossas Espadaler, *Interpretar*, *cit. supra*, 288 ff.

⁴⁶ V. Ferreres Comella, *The Secessionist Challenge in Spain: An Independent Catalonia?*, in *I-Connect. Blog of International Journal of Constitutional Law*, 22 November 2012.

⁴⁷ *Clarity Act*, SC 2000.

Clarity Act was followed by a “mirror law” of the province of Quebec).⁴⁸

Taking into account here the scheme proposed by the Canadian Supreme Court, this conceptual framework may be summarized as follows:

a) it is acknowledged that “‘a people’ may include only a portion of the population of an existing state. The juxtaposition of these terms is indicative that the reference to ‘people’ does not necessarily mean the entirety of a state’s population” (§ 124). As a consequence, “the social and demographic reality of Quebec” is deemed as a “political unit” (§ 59), so accepting the conflict between two legitimate majorities (“the clear majority of the population of Quebec, and the clear majority of Canada as a whole”), by excluding that one “‘trumps’ the other” (§ 93), or that one is regarded as “more or less ‘legitimate’ than the others” (§ 66).

b) such a majority (a “clear majority on a clear question”) may be detected, at the provincial level, also on the basis of a referendum (“a democratic method of ascertaining the views of the electorate on important political questions”), even though this democratic tool is not expressly envisaged in the Constitution and therefore is bereft of immediately binding legal effects (§ 87).

c) should that be the case, “the federalism principle, in conjunction with the democratic principle, dictates that the clear repudiation of the existing constitutional order and the clear expression of the desire to pursue secession by the population of a province would give rise to a reciprocal obligation on all parties to Confederation to negotiate constitutional changes to respond to that desire” (§ 88).

d) The general obligation to negotiate in good faith operates within two extremes that are incompatible with constitutional principles: on the one hand, the actions of the territorial minority intended to carry out secession by unilateral means; on the other hand, the “unreasonable intransigence” in negotiations by the

⁴⁸ F. Requejo – M. Sanjaume, *La fosca claredat canadenc*, in *Ara.cat.*, 6 August 2019. For a more general account of the issue, see S. Beaulac, *Sovereignty referendums: A question of majority?*, in Closa, Margiotta, Martinico, *cit. supra*, p. 105 ff.

Federation or the other Provinces. In this latter case, “violations of those principles by the federal or other provincial governments responding to the request for secession [...] would be evaluated in an indirect manner on the international plane”; “a Quebec that had negotiated in conformity with constitutional principles and values in the face of unreasonable intransigence on the part of other participants at the federal or provincial level would be more likely to be recognized than a Quebec which did not itself act according to constitutional principles in the negotiation process” (§ 103).

This approach is also based on the framing of political processes in a twofold dimension: if in the Scottish case there is tension between *legal* and *moral authority*, the Canadian Supreme Court relies on the dialectic between *adherence to the law* and *legitimacy*. “a system of government cannot survive through adherence to the law alone. A political system must also possess legitimacy. [...]. Our law’s claim to legitimacy also rests on an appeal to moral values, many of which are imbedded in our constitutional structure. It would be a grave mistake to equate legitimacy with the ‘sovereign will’ or majority rule alone, to the exclusion of other constitutional values” (§ 67).⁴⁹

In a democracy, law is not only an external constraint on political decision-making, but must also provide the means to ensure that the latter is in line with the will of the people (“the system must be capable of reflecting the aspirations of the people”, § 67), even in the fragmented manifestations of it that emerge in pluri-national systems. There is therefore an inescapable “interaction between the rule of law and the democratic principle” (§ 67): the latter is not only included in the former, but also shapes its content. Here lies the thrust of the Court’s assertion whereby “the Constitution is not a straitjacket” (§ 150).

⁴⁹ It has been underscored how «the rejection of an approach solely based on a legalistic and formalistic conception of constitutional normativity» is one of the backbones of the legal reasoning of the Canadian Supreme Court (J.F. Gaudreault-Desbiens, *Secession Blues: Some Legal and Political Challenges Facing the Independence Movement in Quebec*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3, 2014, 768-769).

3.3 *Obligation to negotiate in good faith and international recognition of the seceding entity: the Kosovo case*

The identification of the interplay between negotiation in good faith and international recognition of secessionist claims is perhaps the most ground-breaking contribution of the 1998 Reference *Re Secession of Quebec*, at least from the perspective of international law. Although its actual implications remained in fact untested as regards the Canadian legal system (since Canada and Quebec have not yet entered into such negotiations), this insight provides us with a valuable analytical tool to understand another, admittedly very different, post-colonial secessionist conflict, which started to take on international prominence around the very same years the Reference was handed down: the case of Kosovo.⁵⁰

Indeed, the issue of the status of Kosovo was the object of prolonged diplomatic talks, prompted by the UN and the Contact Group on Kosovo⁵¹ and intermittently carried out by concerned parties from the (failed) Rambouillet Conference of March 1999⁵² to the Kosovo’s Unilateral Declaration of 17 February 2008 (and beyond)⁵³. In dealing with the Kosovo case, thus, the international community had to concretely address some of the questions left unanswered by the 1998 Reference, having specific regard to the actual meaning of the obligation to negotiate in good faith. In particular:

a) During the 2006-2007 round of negotiations, led by the UN Special Envoy on Kosovo Martti Ahtisaari, the Contact Group, which

⁵⁰ On which see extensively Milano, *cit. supra*.

⁵¹ The Contact Group was composed by France, Germany, Italy, Russia, United Kingdom and United States.

⁵² It is important to note that the outcome document of that Conference, the “Interim Agreement for Peace and Self-Government in Kosovo”, was endorsed by Contact Group and signed by Albanian-Kosovars representatives, but in the end was not adopted because of the opposition of the Serbian delegation.

⁵³ Reference is made to the EU-facilitated dialogues between Belgrade and Pristina aimed at the normalization of the relations between the two countries, which led in 2013 to the conclusion of a *First Agreement* to that effect (info available at: https://eeas.europa.eu/diplomatic-network/eu-facilitated-dialogue-belgrade-pristina-relations_en).

took part to the meetings, made public its assessments as to Belgrade’s and Pristina’s attitudes during talks, e.g. by inviting the Serbian government “to demonstrate much greater flexibility in the talks than it has done so far”⁵⁴ and calling on it “to cease obstruction of Kosovo-Serb participation in Kosovo’s institutions”⁵⁵ or by praising the Albanian-Kosovar representatives for the constructive approach shown “in the decentralisation talks”.

b) The unilateral adoption by Serbia, in the middle of negotiations, of a new Constitution which reaffirmed that Kosovo should always be an integral part of its territory, so directly impinging on the very object of the talks, was perceived as problematic (and possibly an act of bad faith) by some members of the Contact Group⁵⁶ as well as by the Venice Commission.⁵⁷

c) The reaching of a deadlock was officially ascertained by the UN Special Envoy on 26 March 2007, when he declared that the “potential to produce any mutually agreeable outcome on Kosovo’s status is exhausted”.⁵⁸ On that occasion, he also set forth his Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement (a.k.a. Ahtisaari Plan), where Kosovo’s independence, “to be supervised for an initial period by the international community”, was characterized as “the only viable option”.⁵⁹

d) It is only after this acknowledgment that Kosovo resorted to unilateral action, by adopting the 2008 Declaration of Independence,

⁵⁴ Contact Group Statement, 24 July 2006, available at: <https://2001-2009.state.gov/p/eur/rls/or/69376.htm>.

⁵⁵ *Ibid.* See also Contact Group Ministerial Statement, 20 September 2006, available at: https://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/declarations/91037.pdf.

⁵⁶ See, for references, B. Stankovski, *Is There an Obligation to Negotiate Secession in International Law? From Reference re Secession of Quebec to Kosovo Advisory Opinion and Beyond*, ESIL Conference Paper No. 13/2015, p. 15.

⁵⁷ Opinion No. 405/2006 19 March 2007 (CDL-AD(2007)004), paras. 7-8.

⁵⁸ Report of the Special Envoy of the Secretary-General on Kosovo’s future status, 26 March 2007, UN Doc. S/2007/168, para. 3.

⁵⁹ *Ibid.*, para. 5. This conclusion was fully endorsed by the Secretary General (see Letter dated 26 March 2007 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council, to which the Report is attached).

whose Preamble explicitly regrets “that no mutually-acceptable status outcome was possible, in spite of the good-faith engagement of our leaders”.⁶⁰ Moreover, the Declaration contained an emphatic commitment to route the secessionist process along the tracks laid out by the UN in the Ahtisaari Plan.⁶¹

Following the 2008 Declaration, a substantial portion of the international community officially recognized Kosovo’s statehood (98 UN Member States out of 193). Moreover, Kosovo has been accepted as member of a number of international organizations, including the International Monetary Fund and the World Bank. While recognition is far from universal, it is broad enough to put Kosovo in a condition of international sociability,⁶² which – as suggested by the Canadian Supreme Court – may in the end prove crucial in securing the success of a secessionist attempt.

Of course, several factors may have contributed to this outcome. And there is certainly much truth in Ahtisaari’s contention that “Kosovo is a unique case that demands a unique solution. It does not create a precedent for other unresolved conflicts.”⁶³ But this does not diminish its importance for our purposes. After all, outside the (somewhat uniform) colonial context, every self-determination claim is in a sense unique, and deserves an *ad hoc* solution. There is, however, at least one factor that lends itself to generalization: as foretold in the 1998 Reference, the good faith shown by seceding entity throughout the process, coupled with the “unreasonable intransigence” by the counterpart, are likely to have played a non-negligible role in accelerating the recognition process.⁶⁴ Despite the inapplicability of traditional rules on external self-determination, in other words, during negotiations Kosovo’s claim for independence gained “moral authority” and “legitimacy” also in the eye of States not particularly keen on its cause, thus obtaining their recognition.

⁶⁰ See 11th preambular paragraph. The Declaration is available at: http://www.assembly-kosova.org/common/docs/Dek_Pav_e.pdf.

⁶¹ See paragraphs 1, 3-5, 8, 12 of the Declaration, as well as its 12th preambular paragraph.

⁶² This expression is borrowed from Tancredi, *Secessione*, *cit. supra*, p. 477.

⁶³ Report of the Special Envoy, *cit. supra*, para. 15.

⁶⁴ Stankovski, *cit. supra*, p. 17.

At the same time, and looking at the Kosovo affair in its entirety, one is again led to question the acceptability of a legal regime where a claim for self-determination was taken into account by the international community only after the perpetration of gross human rights violations (experienced, mostly but not exclusively, by Albanian-Kosovars) and a potentially destabilizing external military intervention.

4. Alternative approaches to secessionist phenomena in the academic debate

While a) We can find studies that suggest dynamic approaches to the issue of secession also in literature. Particularly striking, as regards constitutional law, are those advanced in contexts which, as we have seen, are characterized by an almost radical closure as to the framing of secession in legal terms.

Franco Modugno, for example, in relation to a legal system where the concept of indissoluble unity prevails, has relativized the scope of unity and indivisibility proclaimed in Art. 5 of the Constitution, thus serving a double need. In the first place, it is avoided the latent anti-democratic tendency connected to the “ideal and supreme aspiration to which the idea of constitutional rigidity tends [...]”. The assumption, on which, in periods of crisis, the essence of the enduring vitality of a Constitution is based, is that the fear for the arbitrary or ‘unjust’ outcomes of democracy never becomes an authoritarian, external or abstract limit – set from above – against democracy”.⁶⁵ Secondly, by placing remedial theories in the background of the analysis, the author affirms that the verification of the conditions justifying secession must be “ultimately entrusted to the judgement of the minorities [...], if one does not want to incur an authoritarian setback, even if it were of the authority and dictatorship

⁶⁵ F. Modugno, *Unità-indivisibilità della Repubblica e principio di autodeterminazione dei popoli (riflessioni sull’ammissibilità-ricevibilità di un disegno di legge costituzionale comportante revisione degli artt. 5 e 132 Cost.)*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, cit., 1041.

of the majority”.⁶⁶ On both levels, the influence of the Canadian scheme is evident: the interaction between the democratic principle and rigidity is made dynamic (and biunivocal); the territorial minorities are guaranteed a decisive role in the context of the processes considered, so as to rebalance their relationship with central powers.

The influence of the Canadian model is even more apparent in the position expressed in 2012 by Francisco Rubio Llorente, from the pages of a well-known newspaper: “si una minoría territorializada, [...] concentrada en una parte definida, delimitada administrativamente y con las dimensiones y recursos necesarios para constituirse en Estado, desea la independencia, el principio democrático impide oponer a esta voluntad obstáculos formales que pueden ser eliminados. Si la Constitución lo impide habrá que reformarla, pero antes de llegar a ese extremo, hay que averiguar la existencia, y solidez de esa supuesta voluntad”.⁶⁷

All these positions point in the direction of the “proceduralisation” of secession. In this perspective, secession becomes a complex procedural process, whose various stages involve constant political negotiation between the parties: in setting time frames, methods and rules for the holding of the referendum,⁶⁸ in the electoral campaign preceding the vote⁶⁹ and in the phase that will unfold – possibly – after the referendum result. Even at this last stage, political negotiation retains wide margins of decision, which do not take for granted the secessionist outcome:⁷⁰ the Canadian Supreme

⁶⁶ Ivi, 1029.

⁶⁷ F. Rubio Llorente, *Un referéndum para Cataluña*, *El País*, 8 ottobre 2012.

⁶⁸ See – for instance – the negotiations leading to the *Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland*, 15 October 2012.

⁶⁹ Consider how the offer of the so-called “Devolution Max” made by Prime Minister Cameron was decisive for the outcome of the Scottish referendum. The referendum campaign’s debate went beyond the dilemmatic value of the institution: the final outcome was the concretization of a method for resolving the territorial conflict, in a unitary (or “otherwise unitary”) perspective of fuller recognition of pluri-nationality.

⁷⁰ The Brexit affair – although it cannot be fully equated to secession – shows that fairly long after the vote of 23 June 2016 and the subsequent activation of Article 50

Court, from this point of view, stressed that “no negotiations could be effective if their ultimate outcome, secession, is cast as an absolute legal entitlement based upon an obligation to give effect to that act of secession in the Constitution. Such a foregone conclusion would actually undermine the obligation to negotiate and render it hollow” (§ 91). This makes secession, in the final analysis, an *extreme ratio*: before that outcome, less radical solutions, inspired by the federal logic of the accommodation of national diversity,⁷¹ remain available to the parties.

This has led some authors to identify a new argument of a remedial nature for a morally justified secession, which translates in legal terms into a hypothesis of unreasonable intransigence during negotiations: the refusal of the central powers to proceed to a redefinition of the autonomous-federal structures in function of a more adequate and full recognition of certain territorial claims.⁷²

b) As far as international law is concerned, some attempts have been made in scholarship to conceive of the international regime of self-determination in its dynamic aspect, viz. as a policy-oriented process through which the international community upholds, reshapes or rejects the peoples’ demands to change the status quo by freely determining their political status.⁷³

TEU (29 March 2017), there are numerous questions about the final outcome of the process triggered by the referendum. In this context of uncertainty, there is even the possibility of preventing the United Kingdom from leaving, perhaps through a new consultation or an electoral changeover. On this point, see B. Caravita, *Brexit: ad un anno dal referendum, a che punto è la notte?*, in *Federalismi.it*, n. 16, 2017, 4; F. Savastano, *Tra accordi e nuove difficoltà. Osservatorio Brexit 5 ottobre 2017 – 10 gennaio 2018*, in *Federalismi.it*, n. 23, 2018, 4; Id., *EU Withdrawal Act e terremoto nel governo May. Osservatorio Brexit 9 marzo - 11 luglio 2018*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2018, 4.

⁷¹ See A.-G. Gagnon, *L’Âge des incertitudes: essais sur le fédéralisme et la diversité nationale*, Université Laval, 2011.

⁷² M. Seymour, *Els pobles i el dret a l’autodeterminació*, in A.-G. Gagnon – F. Requejo (eds.), *Nacions a la recerca de reconeixement: Catalunya i el Quebec davant el seu futur*, Barcelona, 2010, 62 ss.; A. Buchanan, *Secesión*, cit., 19-21.

⁷³ See, also for references, D. Amoroso, *Whither the Principle of Self-Determination in the Post-Colonial Era? The Case for a Policy-Oriented Approach*, ESIL Conference Paper No. 9/2015.

Dissatisfaction with the static, ruled-based approach originates from its failure to consider that the content of the principle of self-determination is – especially in the post-colonial era – in a state of flux, as its application in concrete cases is ultimately determined by the convergence of the prevailing political forces within the international community. As Antonio Cassese put it, because of its “general, loose and multifaceted” character, the principle of self-determination lends itself to “various and even contradictory applications”, in that is prone to be “manipulated and used for conflicting purposes”.⁷⁴ This has perhaps been the case because the contribution of international courts – and specifically of the International Court of Justice⁷⁵ – in the field of self-determination has been less significant than in other areas of international law, partly because States have shown a reluctance to refer self-determination matters to third-party adjudicators and partly because the very same adjudicators have preferred to carve out for themselves a secondary role to that of political, state-driven organs.⁷⁶

⁷⁴ Cassese, *cit. supra*, 128-129. See also M. Pertile, *Il parere sul Kosovo e l'autodeterminazione assente: quando la parsimonia non è una virtù*, in L. Gradoni and E. Milano (eds), *Il parere della Corte internazionale di giustizia sulla dichiarazione di indipendenza del Kosovo: un'analisi critica*, Padova, 2011, p. 89 ff., pp. 120-121.

⁷⁵ It has been noted, in this regard, that ICJ's pronouncements on the issue – although not “merely adjectival” – are basically aimed at supporting the activities of UN political organ (J. Crawford, *The General Assembly, the International Court and Self-determination*, in V. Lowe and M. Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, 1996, p. 585 ff., pp. 592-594. It is worthy of note that, when the ICJ has been called upon to settle a self-determination controversy in the absence of a previous determination by the General Assembly or the Security Council, it has shown an overly cautious attitude (see *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, *cit.*; on the inherent limits of the role of international adjudication in this case, see L. Gradoni, *Conclusioni: Questa non è una dichiarazione di indipendenza*, in Gradoni and Milano (eds), *cit. supra*, p. 227 ff., pp. 254-255).

⁷⁶ Of course, there are some notable exceptions, such as the African Commission on Human and Peoples' Rights, which has found itself competent to adjudicate individual and collective complaints concerning the violation of the right to self-determination; see *Katangese Peoples' Congress v. Zaire*, Communication No. 75/92 (1995); *Jawara v. Gambia*, Communications Nos. 147/95, 149/96 (2000), paras. 72-73;

These considerations led some authors to frame the law of self-determination as a “process” rather than as a “rule”, by building upon the teachings of the authors belonging to the so-called New Haven School (NHS) of international law.

The New Haven School, pioneered by Professors McDougal and Lasswell, describes international law as a global process of authoritative and controlling decisions.⁷⁷ International law would therefore be a dynamic process, rather than a formal set of static rules. In a nutshell, the main tenets of this approach may be summarized as follows. To begin with, the interpretative moment is accorded paramount importance, being the medium through which law becomes part of political reality.⁷⁸ Moreover, the policy factors lying behind legal decisions are “systematically and openly dealt with” so as to allow “public scrutiny and discussion”.⁷⁹ Finally, formal theories on international legal personality are discarded in favour of a more comprehensive, pragmatic approach aimed at valuing the role of all the participants in global decision-making processes.⁸⁰

Kevin Mgwanga Gunme et al v. Cameroon, Communication No. 266/03 (2009), paras. 163-203.

⁷⁷ M.S. McDougal, H.D. Lasswell and M.W. Reisman, *The World Constitutive Process of Authoritative Decision*, in *Journal of Legal Education*, 1967, p. 253 ff. Under this model, therefore, law is made of decisions possessing two elements: “authority” and “control”. While the latter basically refers to coercion and is common to all power processes, “authority” is typical of the law-making process and indicates the conformity of a given decision to the world community’s expectations “about who is competent to make what decisions, in what structures, by what procedures, and in accordance with what goals and criteria.” (L.-C. Chen, *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective*, 3rd ed., Oxford, 2015, p. 17. The notion of “authority”, therefore, is crucial in discerning law from decision-making processes resulting in the exercise of “naked power” (Lasswell, MacDougal and Reisman, *cit. supra*, p. 257).

⁷⁸ M.S. McDougal, *The Interpretations of Agreements and World Public Order*, New Haven, 1967.

⁷⁹ R. Higgins, *Problems and Process. International Law and How We Use It*, Oxford, 1995, p. 5; I. Scobbie, *A View of Delft: some Thoughts about Thinking about International Law*, in M. Evans (ed.), *International Law*, 4th ed., Oxford, 2014, p. 53 ff., p. 76.

⁸⁰ M. Noortmann, *Understanding Non-state Actors in the Contemporary World Society: Transcending the International, Mainstreaming the Transnational, or*

This theoretical model well fits with the analysis of self-determination processes for several reasons. Firstly, given the open-textured character of the principle of self-determination, its interpretation resembles more a policy-directed choice than a purely legal exercise. Being committed to normative values (which may be roughly summed up with the binomial “peace and human dignity”)⁸¹, however, NHS jurisprudence does not equate international law with naked power or self-serving political interests, but provides a critical theoretical framework through which to discuss and scrutinize the international behavior of all participants in the decision-making process.

Secondly, the dynamic approach advocated by the New Haven School rightly emphasizes the role played by non-state entities which, while not enjoying the formal status of international subjects, have some say in self-determination processes. To be at stake, in particular, are political parties, insurrectional groups, and local government bodies whose perspectives and patterns of self-identification represent an inescapable point of reference in examining self-determination claims. Relatedly, this approach gives due weight to the fact self-determination has historically been implemented through a community-driven process within which a critical issue concerned the allocation of competences among various state and non-state actors.

Thirdly and finally, by questioning the “sanctity” of past trends, the NHS approach frees the principle of self-determination from the “chains” of its glorious (but largely outdated) anti-colonialist past and paves the way for an overall rethinking of what constitutes, at present, a legitimate self-determination claim.

Bringing the Participants back in?, in M. Noortmann, A. Reinisch and C. Ryngaert (eds.), *Non-State Actor Dynamics in International Law: From Law-Takers to Law-Makers*, Abingdon-on-Thames, 2010, p. 153 ff..

⁸¹ Chen, cit., pp. 101-103.

5. Concluding remarks

Two different approaches to the issue of secession have been here outlined: a static approach and a dynamic one. If the former is largely predominant – in domestic and international practice as well as in literature (especially the continental one) – the latter may prove, in certain circumstances, to be more fruitful in terms of a satisfactory resolution of political-territorial conflicts.

In this connection, it has been argued that the Canadian affair, despite the real risks of dismemberment that have arisen in some phases, must not be considered as “a bad precedent nor as a failure from a moral point of view: it will have allowed for decades to accommodate different nations in a single State, it will have allowed the French-speaking minority nation to express, on many occasions, its own secessionist will and it could lead to the construction of a new Quebec state in terms consistent with liberal and democratic contractualism”.⁸² In the same way, the Scottish process (starting from devolution) has been interpreted not as a systemic crisis but rather as a democratic demonstration of “flexibility to adjust to such a challenge and the capacity also to recognise the multinational character of the State which underpins the political aspirations of its different peoples”,⁸³ “a sign of strength, the latest example of the state’s pragmatic reconsolidation in response to internal stresses”.⁸⁴

All of this comes with a significant consequence, which may seem paradoxical: in both hypotheses, secession did not occur, and the dialectic between nationalisms – which was not denied – was pushed on new bases of mutual recognition. On the contrary, in a context such as the Spanish one, where State institutions – confronted with the strength and persistence of the secessionist claim – opposed a rigid rule-based approach, territorial tensions can be considered anything but overcome: the nationalistic fracture remains – and is

⁸² P. Bossacoma i Busquets, *Justícia*, cit., 30-31.

⁸³ S. Tierney, “*The Three Hundred and Seven Year Itch*”: *Scotland and the 2014 Independence Referendum*, in M. Qvortrup (a cura di), *The British Constitution: Continuity and Change. A Festschrift for Vernon Bogdanor*, Oxford, 2013, 141-142.

⁸⁴ W. Walker, *International reactions to the Scottish referendum*, in *International Affairs*, vol. 90, n. 4, 2014, 745.

radicalized; repressive responses by the Spanish State risk marking a retreat of the system’s democratic credentials.⁸⁵ The very functionality of the form of State government is seriously compromised: the Catalanist parties, which in many past occasions were the keystone of governability, are placed outside the negotiations for the formation of the Executive, making them particularly complex; from 2015 to the present, the Spanish people have been called to vote three times, and the current prospects of appointment of the President of the Government, after the round of elections of 28 April 2019, appear somewhat uncertain.⁸⁶

However, neither of the two approaches is to be affirmed in absolute terms. The challenge will be to figure out when the transition from one to the other is necessary. In general terms, the two perspectives can be linked to the domains of constitutional “normality” and “exceptionality”, the latter coming into play only when the constitutional authority itself is facing a veritable legitimacy crisis.⁸⁷ It has been recalled that “the very idea of replacing constitutional legitimacy with decisions in the name of constitutional legality can be, in times of crisis, a dangerous and counterproductive illusion”.⁸⁸ Such an approach is, however, too general, and must be declined on the typology of conflicts which are of interest here. There

⁸⁵ See Economist Intelligence Unit, *Democracy Index 2017. Free speech under attack*, London, 2018, 10; Amnesty International, *Amnesty International Report 2017/18. The State of the World’s Human Rights*, London, 2018, 339-341; Amnistía Internacional España, *1-O en Cataluña: obstáculos para la investigación del uso excesivo de la fuerza*, Madrid, 2018; Human Rights Watch, *World Report 2019. Events of 2018*, USA, 2019, 237; United Nations Human Rights Office of the High Commissioner - Working Group on Arbitrary Detention, Opinions No. 6 of 13 June 2019 and No. 12 of 10 July 2019.

⁸⁶ For a general account of the conflicting irruption of the peripheral dynamics in the central one, see M.A. Jovanović, *Can Constitutions Be of Use in the Resolution of Secessionist Conflicts?*, in *Journal of International Law and International Relations*, vol. 5, n. 2, 2009, 77; G. Nevola, *Capire la secessione*, in *Il Mulino*, n. 5, 1997, 824-825.

⁸⁷ X. Bastida Freixedo, *El derecho de autodeterminación como derecho moral: una apología de la libertad y del deber político*, in J. Cagiao y Conde – G. Ferraiuolo (eds.), *El encaje constitucional del derecho a decidir. Un enfoque polémico*, Madrid, 2016, 221-222.

⁸⁸ G. Zagrebelsky – V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 126.

are many indicators which, on the whole, may help to frame – also from a legal point of view – secessionist claims, in order to mark the passage from “normality” to “constitutional exceptionality” and to understand when the relinquishment of the static approach in favour of the dynamic one can become expedient: the historical depth, the social, political, cultural and value background of those claims; the adequacy of the existing autonomous-federal structures in relation to the nationalistic-territorial complexity found in a given legal order; the willingness of the central powers to review these structures when they show a deficit of functionality, in particular in the perspective of the recognition of that complexity; the political and social support that the instances in question enjoy.

Bearing this last profile in mind, can Catalan and Bavarian independence, for example, in the current historical phase, be regarded as deserving of the same type of legal classification and the same institutional responses? The former, in the last three electoral rounds (2012, 2015, 2017), expresses in the regional Parliament (in terms of seats and votes) a broad support to the referendum (and in the last two, a majority, in terms of seats only, in favour of independence) and breaks through, as we have recalled, in the state dimension, obstructing the governance mechanisms; the latter, in relation to the event which leads to the cited decision 2 BvR 349/16, has as its only claimant a party that, at the level of the Lander, does not exceed, since 1970, 2.1% of votes.⁸⁹

At times, these evaluations are not simple, which can make a synergy between different scientific domains profitable and necessary; and which requires an endeavour to escape theoretical approaches that are “uncritically” grounded on the rule of majority and that contribute, in this way, to “dig unbridgeable furrows of incommunicability between the different constituent factors (ethno-national and territorial) of composed State entities”;⁹⁰ and to overcome the biases generated by the “language of fragmentation”

⁸⁹ This electoral result, which is still below the 5% threshold for access to the allotment of seats, was reached by the *Bayernpartei* in the Bavarian elections of 2013; the second best result since 1970 is 1.7% in 2018.

⁹⁰ Cfr. F. Palermo, *Prefazione*, in A.-G. Gagnon, *L'età delle incertezze*, cit., XVII-XVIII.

beyond which Benedict Anderson glimpsed “a Panglossian conservatism that likes to imagine that every status quo is nicely normal” and that feeds the ideology of the great countries whereby they always “stand for progress and peace, while their adversaries stand for ‘narrow’ nationalism”.⁹¹ This is, in a nutshell, the “confession” wished for by Michael Billig, when he urged social scientists to become aware of the pervasive schemes through which the *banal nationalism* of well-established States operates.⁹² These, too, can be considered methodological indications worthy of consideration.

Abstract: The essay deals with secession, that from a legal point of view presents a number of difficulties common to both the national dimension and the global one. Moving from a recognition of the evidences coming from a static and legalistic approach, relevant cases are analyzed in order to demonstrate the necessity in adopting alternative, dynamic approaches to secessionist phenomena in the academic debate.

Keywords: secession, static or dynamic approach, legal and moral authority, law and legitimacy, good faith and international recognition.

Daniele Amoroso – Professore associato di Diritto internazionale, Università di Cagliari (daniele.amoroso@unica.it)

Gennaro Ferraiuolo - Professore associato di Diritto costituzionale, Università di Napoli Federico II (gennaro.ferraiuolo@unina.it)

⁹¹ B. Anderson, *Imagined Communities. Reflection on the Origin and Spread of Nationalism*, London-New York, 1983. For a critical appraisal of “economicist” bias towards identitarian peripheral claims see also A. Cantaro, *Introduzione*, cit., 16-17.

⁹² See M. Billig, *Banal Nationalism*, London, 1995, especially p. 125 ff.

L'introduzione del principio di *estabilidad presupuestaria* e le sue implicazioni nell'ordinamento spagnolo*

Riccardo Cabazzi

SOMMARIO: 1. Contesto e procedimento di riforma dell'art. 135 della Costituzione spagnola. – 2. I principali contenuti normativi della riforma costituzionale. – 3. Le più rilevanti riforme del *welfare state* adottate a seguito del novellato art. 135 della Costituzione. – 4. *Estabilidad presupuestaria* e finanza locale. – 5. Diritti sociali e vincoli finanziari nella (scarna) giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo. – 6. Cenni conclusivi

1. *Contesto e procedimento di riforma dell'art. 135 della Costituzione spagnola*

Con riguardo al principio di stabilità di bilancio nell'ordinamento spagnolo (c.d. *estabilidad presupuestaria*) – introdotto mediante la riforma dell'art. 135 della Costituzione del 1978 – pare anzitutto opportuno descrivere il contesto socio economico in cui tale riforma costituzionale si è venuta a collocare. Invero, nell'estate del 2011, lo *spread* sui titoli di debito spagnolo era salito a 400 punti base, ovvero la cifra più alta che tale indicatore avesse mai raggiunto fino ad allora. Tale indice rifletteva quindi la palese sfiducia dei mercati quanto alla solvibilità della Spagna, posto che il relativo debito pubblico era notevolmente aumentato a seguito dell'intervento pubblico a salvataggio dei principali istituti bancari nazionali¹. A completamento di tale quadro, il 5 Agosto 2011

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

¹ In precedenza allo scoppio della crisi la Spagna presentava conti pubblici decisamente in ordine, con un debito pubblico che era pari al 40% del PIL. Tuttavia,

Zapatero, allora primo ministro spagnolo, riceveva una lettera indirizzata dal presidente della BCE Jean Claude Trichet e dal governatore della Banca di Spagna Miguel Angel Fernandez Ordoñez, mediante la quale questi ultimi sollecitavano l'esecutivo spagnolo all'adozione di una serie di riforme strutturali. Queste andavano dalla privatizzazione dei servizi pubblici, alla flessibilizzazione del mercato del lavoro, passando quindi per l'introduzione di norme stringenti quanto alle politiche di bilancio e di contenimento della spesa pubblica. Più nel dettaglio, con riguardo al settore lavoristico, la BCE sollecitava l'adozione di misure tali da: (i) favorire la contrattazione decentrata a livello di impresa su quella accentrata, (ii) spingere verso politiche di moderazione salariale, specialmente nel settore pubblico, (iii) eliminare le restrizioni alla possibilità di rinnovamento di contratti a tempo determinato. Finalità di tali misure era invero quella di ridurre il tasso di disoccupazione, mediante una maggiore inclusione dei disoccupati nel mercato del lavoro – cosa che non si è affatto realizzata, peraltro – e di rendere più competitiva la Spagna, in termini di costi dei prestatori d'opera. Invece, con riferimento alle finanze pubbliche, veniva sollecitata al governo spagnolo (i) l'adozione di regole più stringenti che garantissero una maggior stabilità di bilancio a livello centrale, con un accrescimento altresì del controllo dei bilanci e delle spese degli enti locali, (ii) l'introduzione di una regola che legasse il tasso di crescita della spesa pubblica a quello del PIL.

Si è quindi ritenuto opportuno porre in rilievo i contenuti di tale lettera in quanto – come si vedrà in seguito – sembra esservi un forte allineamento tra i contenuti di questa e le misure che gli esecutivi spagnoli hanno seguitamente implementato, con l'obiettivo di contenere la spesa pubblica. Con riguardo a tale correlazione, si riportano pertanto, fin d'ora, le critiche più aspre che taluni Autori hanno avanzato circa un'indebita e profonda ingerenza di una istituzione tecnocratica, la BCE, rispetto alle scelte di politica

in seguito al salvataggio di diversi istituti bancari sull'orlo del fallimento, il debito pubblico spagnolo passò da 380661 milioni di euro, pari al 36,10% del PIL, nell'Aprile 2007, a 641802 milioni nel 2010 (pari al 61% del PIL). Invero, come noto, l'economia spagnola fu caratterizzata, al momento dell'insorgere della crisi, da una significativa riduzione delle risorse finanziarie nel settore creditizio, a causa delle forti perdite derivanti dalla sovraesposizione debitoria nel campo edilizio.

economica di uno Stato membro sovrano². Si noti infatti che quest'ultima ha vincolato l'acquisto dei titoli di debito pubblico spagnoli sul mercato secondario, all'adozione delle misure indicate nella suddetta lettera indirizzata al governo Zapatero – ed, in particolare, alla costituzionalizzazione della norma sulla stabilità di bilancio – così “forzando” l'approvazione delle suddette riforme. Queste, infatti, sembrano alquanto estranee alla rappresentanza politico democratica, in quanto giustificate dalla necessità (esterna) di tranquillizzare i mercati sulla solvibilità dello Stato spagnolo. Altrimenti detto, le riforme adottate a seguito della citata lettera paiono essersi poste quale risposta alle pressanti istanze esterne promanate dalle istituzioni europee, dato il contesto di estrema urgenza che vedeva la Spagna esposta a forti tensioni nei mercati del debito pubblico e, quindi, irrimediabilmente vincolata dal supporto condizionato della BCE.

A riprova di quanto affermato, si riporta quindi una breve cronistoria dei fatti che hanno preceduto l'approvazione parlamentare delle modifiche all'art. 135 della Costituzione spagnola. In data 23 agosto 2011 il premier Zapatero si esprimeva pubblicamente, per la prima volta, sulla necessità di riformare la Carta costituzionale mediante l'introduzione del principio di stabilità di bilancio. Il Presidente del consiglio assicurava invero che tale misura sarebbe stata un segnale inequivoco di fiducia ai mercati internazionali, necessaria al fine di ottenere il proseguimento del finanziamento del debito pubblico spagnolo a tassi ragionevoli. Dopo quindi soli 3 giorni dall'annuncio di Zapatero, in data 26 agosto 2011, il gruppo parlamentare di maggioranza, ovvero quello socialista (PSOE), e il principale partito di opposizione, quello popolare (PP), presentavano congiuntamente al Parlamento la proposta di modifica all'art. 135 della Costituzione, sollecitandone l'adozione tramite un procedimento di urgenza e in un'unica lettura. In particolare, tale iniziativa

² Vedasi, sul punto, L. Flores Anarte, *El Ataque constitucional al estado social: una análisis crítico de la reforma del artículo 135 de la constitucion española*, in *Revista internacional de pensamiento político*, n. 9/2014, p. 325 ss. e J. Francisco Sanchez Barillao, *La crisis de la deuda soberana y la reforma del artículo 135 de la constitucion española*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 137/2013, p. 679 ss.

legislativa veniva presa a seguito di un accordo tra i leader dei due suddetti partiti, senza che si instaurassero né dei dibattiti – all'interno di questi – circa l'opportunità di tale modifica costituzionale, né tantomeno un minimo coinvolgimento delle altre forze politiche di minoranza. Invero, la situazione di profonda recessione economica in cui versava il Paese richiedeva imprescindibilmente, secondo i fautori dell'accordo circa l'introduzione in Costituzione del principio di *estabilidad presupuestaria*, un percorso rapido di riforma, tanto più che la legislatura sarebbe arrivata a scadenza il successivo novembre.

Non stupisce, pertanto, quanto al procedimento prescelto dalle forze politiche, che la riforma costituzionale fu attuata alla luce dell'art. 167 della Costituzione (anziché alla luce del 168 che prevede un procedimento più complesso), il quale richiede invero la sola maggioranza dei 3/5 dei membri di ciascuna Camera per l'approvazione di modifiche costituzionali. Inoltre, e forse più significativamente, fu altresì deciso dai promotori di adottare la suddetta riforma tramite il procedimento di approvazione in un'unica lettura, secondo quanto previsto dall'articolo 150 del regolamento della Camera dei deputati. Tale disposizione normativa prevede invero che: «quando la natura del progetto o del disegno di legge lo suggerisce, o la sua semplicità testuale lo consente, la plenaria della Camera, su proposta del Consiglio di presidenza, sentita la *Juntas de Portavoces*, può convenire che si attui mediante un'unica lettura». Tale procedura, prevista altresì dall'art. 129 del Senato, dispone quindi che la discussione del testo avvenga solo in Aula (senza quindi transitare per la Commissione competente) ed esclude la votazione sugli emendamenti a questo, in quanto non è possibile presentare proposte di modifica agli articoli.

Il descritto procedimento in un'unica lettura sembra quindi avere due particolari implicazioni: da un lato, impedisce chiaramente alle forze di minoranza di apportare modifiche al testo presentato in Aula, dall'altro comprime fortemente il relativo dibattito parlamentare, in quanto abbrevia i termini di approvazione della metà rispetto a quanto avviene nel procedimento ordinario. Ne è quindi conseguito che la discussione in Parlamento sulla riforma costituzionale, ridotta all'osso, durò, complessivamente, circa 2 ore e 40 minuti. Alla luce di quanto affermato, non desta quindi stupore il fatto che il processo di riforma costituzionale si concluse in meno di

un mese, considerando che la proposta fu avanzata il 23 agosto 2011 ed entrò in vigore, con tanto di pubblicazione in gazzetta ufficiale, in data 27 settembre. Si noti altresì che la Camera dei deputati ha approvato con una maggioranza decisamente ampia la riforma dell'art. 135 della Costituzione, posto che in data 2 settembre 2011, il testo passò con ben 316 voti a favore e soli 5 contrari. Allo stesso modo, il Senato approvò il medesimo testo normativo, senza apportarvi alcuna modifica, il 7 settembre 2011, raggiungendo ampiamente la maggioranza dei 3/5 dei componenti richiesta dall'art. 167 della Costituzione. Invero, i senatori che si espressero a favore furono ben 233, mentre solo 3 votarono contro la riforma.

L'ampio consenso sulla portata della riforma costituzionale è, infine, dimostrata dal fatto che non è stato attivato, dalla minoranza contraria, l'art. 167, comma 3, Cost., il quale prevede che: «una volta che la riforma è approvata dalle Camere, sarà sottoposta a referendum per la sua ratifica quando richiesto, entro quindici giorni dalla sua approvazione, da un decimo dei membri di una delle due Camere». Probabilmente, infatti, la minoranza parlamentare contraria fu dissuasa dall'ipotesi di promuovere un referendum dal fatto che ciò avrebbe prodotto un'alta incertezza politica circa una riforma determinante per il Paese in un momento di estrema urgenza economica per lo stesso. Pertanto, sembra potersi affermare che la scarsa opposizione alla adottata novella all'art 135 Cost. risieda in ragioni circostanziali di difficoltà e urgenza economica, piuttosto che in una larga condivisione dei contenuti da questa introdotti³.

Proprio con riguardo al procedimento seguito per la riforma dell'art. 135 Cost. si appuntano quindi due critiche di ordine diverso da parte della dottrina più attenta. La prima premette il fatto che la Costituzione spagnola del 1978 è un testo rigido, frutto di un ampio compromesso politico tra tutti i partiti rappresentativi nazionali; trattasi, in altri termini, di uno “scacchiere di norme” frutto della convergenza delle diverse istanze politico sociali di cui le varie forze politiche sono portatrici. Proprio per tale sua natura, quindi, una riforma importante di un suo articolo, come nel caso dell'introduzione

³ In questo senso vedasi: J. Ridaura Martinez, *La reforma del artículo 135 de la constitucion española: pueden los mercados quebrar el consenso constitucional?*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 29/2012, p. 237 ss.

della *estabilidad presupuestaria*, dovrebbe presupporre un ampio consenso e dibattito politico, circostanza che, a fronte dell'urgenza e necessità paventata, non si sarebbe realizzata – come visto – nel caso della novella costituzionale in esame⁴. Detto altrimenti, si sarebbe realizzata una modifica del testo costituzionale senza tuttavia aprire un nuovo “momento costituente”.

La seconda riguarda invece una paventata illegittimità costituzionale del procedimento seguito quanto alla revisione della norma di cui all'art. 135 Cost. Taluni Autori ritengono invero che la riforma di tale disposizione normativa, limitando la possibilità per lo Stato di ricorrere all'indebitamento senza tuttavia stabilire l'obbligazione di una garanzia minima di spesa per il soddisfacimento dei diritti sociali comporti una “rottura del consenso costituzionale” e una fraudolenta alterazione del carattere sociale stesso della Costituzione spagnola⁵, imprimendo a quest'ultima i caratteri patrocinati dalle dottrine neoliberali. Più in particolare, il rinnovato art. 135 Cost. si porrebbe in contrasto con l'art. 1 della stessa Carta costituzionale, nella parte in cui la Spagna viene definita come uno Stato sociale e democratico di diritto che sostiene, quali valori inderogabili del proprio ordinamento giuridico, la libertà, la giustizia, l'eguaglianza e il pluralismo politico. Pertanto, poiché la *estabilidad presupuestaria* comporterebbe un'inevitabile diminuzione della garanzia dei diritti sociali costituzionalmente garantiti, questa

⁴ L. Flores Anarte, *El Ataque constitucional al estado social: una análisis crítico de la reforma del artículo 135 de la constitucion española*, op. cit., p. 325 ss. Si noti altresì, sul punto, che nuove elezioni politiche generali si svolsero in Spagna in data 20 novembre 2011. Ne deriva, pertanto, che quando fu presentato il testo di riforma della Costituzione, la legislatura era quasi in scadenza, come noto alle forze politiche che la proposero.

⁵ Cfr. J. Luiz Rey Perez, *La reforma del artículo 135: una alteración del título preliminar (estado social) por la puerta de atrás*, in *RJUAM*, n. 24/2011, p. 241. In senso contrario, vedasi F.D. Martínez Laguna, *La reforma del artículo 135 de la constitución española: efectos y consecuencias jurídicas de la reforma*, in *RJUAM*, n. 24/2011, p. 119 ss. Secondo tale Autore (p. 125), il nuovo art. 135 della Costituzione non avrebbe apportato alcuna significativa novella giuridica rilevante, in quanto il principio di stabilità di bilancio, così come il controllo del deficit, erano già previsti, nell'ordinamento spagnolo, alla luce di determinate norme europee – il riferimento è, in particolare, all'art. 126 TFUE e al Protocollo 12 sulla Procedura per i disavanzi eccessivi – le quali, in virtù dell'art. 96 della Costituzione spagnola, sarebbero da considerarsi come diritto interno a tutti gli effetti.

implicherebbe una più profonda riforma del Titolo preliminare della Costituzione – pur in via indiretta – possibile solo tramite il diverso (e più gravoso) procedimento di cui all'art. 168 Cost. Da qui l'illegittimità del procedimento utilizzato per riformare la costituzione, in quanto questo avrebbe una portata non limitata all'art. 135 Cost. ma un più generale impatto sui diritti sociali come presupposto della Stato democratico e sociale spagnolo⁶.

2. I principali contenuti normativi della riforma costituzionale

Venendo quindi al contenuto della riforma, sono molte le novità introdotte rispetto alla previgente versione dell'art. 135 Cost. Anzitutto, il principio della stabilità di bilancio è divenuto principio cardine di tutte le pubbliche amministrazioni (comma 1)⁷. Ciò significa, come ha sottolineato lo stesso Tribunale costituzionale spagnolo che: la «*estabilidad presupuestaria* obbliga lo Stato, le Comunità autonome e gli enti locali, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze, ad adottare le misure di razionalizzazione delle strutture amministrative e di gestione delle risorse materiali e personali in modo tale da permettere di realizzare i principi di efficienza (art. 31 Cost.), efficacia (articolo 103, comma 1 Cost.) e di raggiungere la situazione di equilibrio o surplus di bilancio, come imposto dalla Costituzione⁸».

In secondo luogo, si è stabilito che lo Stato e le Comunità autonome non potranno incorrere in un deficit strutturale che superi i

⁶ In questo senso vedasi: J. Luiz Rey Perez, *La reforma del artículo 135: una alteración del título preliminar (estado social) por la puerta de atrás*, op. cit., p. 231 ss. Secondo O. Salazar Benitez, *La constitución domesticada: algunas reflexiones críticas sobre la reforma del artículo 135 CE*, in *Teoría y realidad constitucional*, n. 29/2012, p. 413 «sarebbe stato opportuno adottare un'interpretazione più ampia della riforma proposta, poiché questa è in grado di influenzare aspetti essenziali del sistema territoriale, come l'organizzazione territoriale o l'effettiva garanzia di determinati diritti».

⁷ Al riguardo si noti che la giurisprudenza costituzionale ha sottolineato che tale previsione normativa è un principio costituzionale che, come tale, vincola sia lo Stato, che le Comunità autonome che gli enti territoriali. In questo senso, vedasi Tribunale costituzionale, sentenza n. 157/2011 del 18 ottobre.

⁸ Tribunale Costituzionale, sentenza n. 41/2016 del 3 marzo.

limiti stabiliti, dall'Unione Europea, per gli Stati membri (comma 2, primo paragrafo). In tal modo il legislatore spagnolo ha quindi inteso operare, quanto al suddetto limite sul deficit, un rinvio mobile al diritto dell'Unione europea, rendendo ancor più evidente la ascendenza comunitaria della riforma. Ne discende, peraltro, che il diritto europeo è divenuto in tal modo parametro interposto di costituzionalità delle leggi⁹.

È stato altresì previsto che una legge organica fissi il deficit strutturale massimo permesso allo Stato e alle Comunità autonome, in relazione al prodotto interno lordo (comma 2, secondo paragrafo). In questo caso il legislatore ha pertanto disposto una riserva di legge onde permettere al legislatore organico di meglio definire tali limiti sempre, ovviamente, entro i parametri definiti dal diritto dell'Unione¹⁰. Mediante quindi la successiva Legge organica n. 2/2012 è stato invero previsto (art. 11, comma 2) che: «nessuna amministrazione pubblica potrà incorrere in un deficit strutturale, definito come il deficit corretto per il ciclo economico e al netto delle misure temporanee e *una tantum*. Nondimeno, in caso di riforme strutturali con effetti di stabilità a medio termine, in accordo con la normativa europea, potrà raggiungere, nel complesso, un deficit strutturale dello 0,4% del prodotto interno lordo nazionale espresso in termini nominali, o stabilito nella normativa europea, ove questo sia inferiore». Da ultimo, ma non per importanza, l'art. 135, comma 2, ultimo paragrafo ha disposto che le entità locali devono presentare un equilibrio di bilancio. Tale previsione riveste – come si vedrà in seguito – un'importanza fondamentale quanto alla possibilità, per gli enti locali, di erogare prestazioni mediante la spesa pubblica. Invero, il legislatore ha optato per estendere la disciplina fiscale a questi in termini ancor più rigorosi rispetto a quanto ha disposto per il governo centrale, imponendo loro non tanto la stabilità, bensì esigendo la realizzazione dell'equilibrio *presupuestario*¹¹.

⁹ Si rimanda sul punto a: M. Carrillo, *Constitucion y control de las finanzas publicas*, in *Revista española de derecho constitucional*, n. 101/2014, p. 13 ss.

¹⁰ Si noti che, in virtù di un accordo tra il Partito popolare e il Partito socialista, i suddetti limiti su deficit e debito non entreranno in vigore prima del 2020.

¹¹ In questo senso, M. Medina Guerrero, *La reforma del artículo 135 CE*, in *Teoría y realidad constitucional*, n. 29/2012, p. 147.

Quanto quindi al terzo comma dell'art. 135 (secondo paragrafo), tale disposizione normativa prevede che è riservata priorità assoluta al pagamento dei debiti destinati a rimborsare il capitale e gli interessi sul debito pubblico. Al riguardo la dottrina ha quindi ravvisato come una norma di tal contenuto non trovi alcun eguale nel panorama comparato¹². Inoltre – e forse più significativamente – ha altresì ritenuto che la priorità riservata al pagamento dei debiti supponga una preferenza assiologica per i creditori rispetto al soddisfacimento dei valori sociali connessi alla realizzazione della persona¹³. Ancora, un ulteriore rinvio mobile al diritto dell'Unione è previsto dall'art. 135, comma 3, terzo paragrafo, secondo cui il volume del debito pubblico di tutte le pubbliche amministrazioni in relazione al prodotto interno lordo dello Stato non può superare il valore di riferimento stabilito nel trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Il richiamo è quindi, secondo quanto disposto dall'art. 1 del Protocollo 12 al TFUE, alla soglia limite del 60% del debito sul PIL¹⁴. Infine, in maniera alquanto lasca, il legislatore ha previsto (art. 135, comma 4) tre ipotesi in cui, salva l'approvazione della maggioranza assoluta del Parlamento, è possibile derogare ai predetti limiti sul deficit e sul debito. Trattasi dei seguenti casi: catastrofi naturali, recessione economica, situazioni di straordinaria emergenza che sfuggono al controllo dello Stato tali da pregiudicare in maniera considerevole la stabilità finanziaria o la sostenibilità economica o sociale dello Stato.

Si noti, da ultimo, che la Legge organica n. 2/2012, anche se non esplicitamente previsto dal testo costituzionale in esame, ha introdotto un ulteriore limite con riguardo alla spesa pubblica, nota come *regla del gasto*. Dispone invero l'art. 12 di tale legge che la variazione della spesa dell'amministrazione centrale, delle Comunità autonome e degli enti locali, non potrà superare il tasso di riferimento del PIL a medio termine dell'economia spagnola. Tale norma che, come detto, non

¹² G. Pisarello, *Reforma constitucional y crisis*, in *Jueces para la democracia*, n. 72/2011, p. 3.

¹³ Così J. Francisco Sanchez Barillao, *La crisis de la deuda soberana y la reforma del artículo 135 de la constitución española*, op. cit., p. 696.

¹⁴ Si noti, al riguardo, che lo stesso art. 13 della Legge organica n. 2/2012 prevede che: «il volume del debito pubblico, definito conformemente al protocollo su Procedura di deficit eccessivo, dell'insieme delle Pubbliche Amministrazioni non potrà superare il 60 per cento del prodotto interno lordo».

trova uno specifico riferimento nell'art. 135 Cost., sembra quindi porre un'ulteriore regola stringente quanto alla possibilità di utilizzare la spesa pubblica in chiave anticiclica. Trattasi infatti di una restrizione di bilancio – in grado di influenzare specialmente l'autonomia finanziaria delle Comunità autonome – che pone in stretta relazione la possibilità di incrementare la spesa all'andamento del PIL nazionale, negando evidentemente tale possibilità ove questo ultimo indicatore non dovesse crescere.

La dottrina ha quindi ampiamente criticato i contenuti dell'art. 135 Cost. come riformato, sostenendo che questo incorporerebbe le teorie monetariste con una conseguente rinuncia, da parte dello Stato, al governo dell'economia. In particolare, con l'introduzione dell'equilibrio *presupuestario* nella Costituzione, si determinerebbe una destrutturazione della forma di Stato sociale, la quale verrebbe a cedere dinanzi ad un principio economico la cui centralità subordina i contenuti del costituzionalismo sociale. Dalla costituzionalizzazione della stabilità di bilancio non potrebbe infatti che derivare una razionalizzazione della spesa pubblica, con una conseguente diminuzione delle risorse destinate alla garanzia dei diritti sociali. Invero, la revisione dell'art. 135 Cost. implicherebbe una vera e propria astensione dell'intervento pubblico nell'economia, così frustrando le finalità di correzione delle disuguaglianze che il mercato genera¹⁵.

Ciò avverrebbe, peraltro, in contrasto con l'art. 9, comma 2, della Costituzione spagnola, secondo cui: «spetta alle autorità pubbliche promuovere le condizioni affinché la libertà e l'uguaglianza dei singoli e dei gruppi in cui questo si integra siano reali ed efficaci; [spetta altresì alle autorità pubbliche] rimuovere gli ostacoli che impediscono o ostacolano la sua pienezza e [il compito di] facilitare la partecipazione di tutti i cittadini alla vita politica, economica, culturale e sociale». Altrimenti detto, il principio di stabilità di bilancio, nei termini in cui viene applicato, costituirebbe un impedimento allo sviluppo dello Stato sociale, limitando quindi qualsiasi possibilità di adottare misure economiche tali da

¹⁵ Al riguardo vedasi A. Lasa Lopez, *La ruptura de la constitucion material del estado social: la constitucionalizacion de la estabilidad presupuestaria como paradigma*, in *Revista de derecho politico*, n. 90/2014, p. 213 ss.

incrementare la spesa pubblica come mezzo per stimolare la ripresa dell'economia e migliorare la qualità della vita dei cittadini. Non sarebbe infatti possibile garantire i diritti sociali degli individui dove si destinino le risorse pubbliche prioritariamente al pagamento del debito pubblico e degli interessi su questo¹⁶.

3. Le più rilevanti riforme del welfare state adottate a seguito del novellato art. 135 della Costituzione

Da una valutazione circa le principali misure legislative adottate successivamente all'entrata in vigore della riforma costituzionale in esame si ritiene di aderire alla suesposta interpretazione della dottrina sul punto. Sembra essersi infatti ritenuto, fallacemente, che l'unica risposta concreta alla recessione economica potesse derivare da una riduzione della spesa pubblica, senza considerare che molte risorse si sarebbero potute ottenere grazie, ad esempio, ad un serio contrasto all'evasione fiscale¹⁷ e alla speculazione finanziaria. Detto altrimenti, la *estabilidad presupuestaria* sarebbe servita come alibi per l'imposizione di determinate politiche, presentate come inevitabili anche quando, concretamente, non lo sono affatto.

Coerentemente con quanto affermato, si è quindi assistito, fin da subito, a significativi tagli della spesa pubblica, in particolare nei settori maggiormente dispendiosi per le finanze pubbliche. Emblematico, al riguardo, il Real decreto legge n. 14/2012, rubricato "misure urgenti per la razionalizzazione della spesa pubblica in

¹⁶ In tal senso, in particolare, L. Flores Anarte, *El Ataque constitucional al estado social: una análisis crítico de la reforma del artículo 135 de la constitucion española*, op. cit., p. 325 ss.

¹⁷ Si stima che, in Spagna, l'evasione fiscale abbia un valore compreso tra il 20 e il 25% del PIL. Tali dati sono disponibili all'indirizzo web: www.attacmadrid.org. La tesi per cui sarebbe fallace l'assunzione secondo cui l'unico rimedio possibile alla crisi consisterebbe in una riduzione della spesa pubblica si deve, in particolare, a: F. Balaguer Callejon, *Crisis economica y crisis constitucional en europa*, in *Revista española de derecho constitucional*, n. 98/2013, p.96 il quale parla, al riguardo (spec. pp. 102, 103, 104) di imposizione (europea) incondizionata di una determinata corrente politica, volta (i) a limitare l'ambito del pluralismo costituzionale e (ii) alla impopolare realizzazione di misure restrittive dei diritti sociali.

materia di istruzione”, il quale ha significativamente eroso gli standard dell'istruzione pubblica spagnola mediante misure come l'innalzamento del numero di studenti per ciascuna classe, l'aumento delle tasse per l'immatricolazione all'università, la limitazioni all'assunzione di nuovo personale, un regime più stretto per le sostituzioni del personale, le quali devono essere coperte con le risorse proprie dello stesso istituto cui appartiene l'insegnante assente, salvo i casi di assenze prolungate per più di dieci giorni.

Significativo è altresì il Real decreto legge n. 16/2012, rubricato “misure urgenti per garantire la sostenibilità del sistema sanitario nazionale”, secondo cui (pag. VI) «il finanziamento dei farmaci e delle prestazioni sanitarie è una delle grandi sfide attuali [...] l'austerità nella spesa pubblica è diventata un obiettivo imprescindibile. Pertanto risulta necessario [...] che le suddette decisioni di finanziamento siano presiedute da criteri di evidenza scientifica quanto al rapporto costi-benefici, nonché da una generale valutazione economica dell'impatto di bilancio che tenga conto del prezzo associato al valore reale che il farmaco o la prestazione apporta al sistema». Si può quindi affermare, alla luce di tali contenuti normativi, come il legislatore sembri animato da una visione manageriale della sanità pubblica, nonché dell'austerità come paradigma cui ispirarsi. Non solo: con il Real decreto legge n. 16/2012 è venuto meno, nel campo della tutela sanitaria, il principio dell'universalizzazione dell'assistenza, unitamente alla gratuità delle prestazioni. E' stato invero introdotto, mediante tale legge, il principio del “paziente assicurato” e “beneficiario dell'assicurato” senza dunque destinare più le prestazioni a chiunque, ma solo ad alcuni soggetti. In base al primo capitolo del Real decreto legge n. 16/2012, infatti, per usufruire del Servizio sanitario nazionale i destinatari dell'assistenza devono dimostrare di essere un “assicurato” o un “beneficiario” e, quindi, di essere un lavoratore affiliato alla previdenza sociale, un pensionato, o di ricevere prestazioni periodiche dalla previdenza sociale, come il sussidio di disoccupazione, o, infine, di risiedere in Spagna ed essere un richiedente lavoro¹⁸. Si noti, a tale riguardo, che il Parlamento della Navarra ha interrogato il Tribunale

¹⁸ Cfr. L. Melica, *Il sistema sanitario spagnolo e la tutela della salute degli immigrati: spunti di riflessione*, disponibile all'indirizzo web: www.rivistaaic.it, n. 4/2017.

Costituzionale quanto alla legittimità del Real decreto legge n. 16/2012¹⁹ e, inoltre, per ovviare all'anzidetta esclusione, alcune Comunità autonome hanno altresì messo in atto "contromisure" volte a garantire assistenza agli stranieri in situazione irregolare²⁰.

¹⁹ Con la sentenza n. 139/2016 del 21 luglio il Tribunale Costituzionale si è pronunciato sul ricorso di incostituzionalità promosso dal Parlamento della Navarra avverso il Real decreto legge n. 16/2012, con particolare riguardo all'esclusione dai servizi erogati dal Sistema sanitario nazionale degli immigrati irregolari. Le doglianze della ricorrente erano in particolare due: la prima riguardava l'utilizzo dello strumento legislativo eccezionale del Real decreto legge n. 16/2012, in violazione dei principi costituzionali di urgenza e straordinaria necessità di cui all'art. 86 della Costituzione, mentre la seconda afferiva al rispetto dell'art. 43 della Carta costituzionale (tutela del diritto alla salute) quale diritto fondamentale. Quanto alla prima, il Tribunale Costituzionale ha affermato che «vi è una correlazione tra la situazione di urgenza derivata dalle difficoltà incontrate dal sistema sanitario pubblico e la misura adottata, in quanto volta alla riduzione della spesa finanziata da tale sistema, e, quindi, connessa alla stessa sostenibilità di questo». Ha così finito con il ritenere che lo strumento del decreto fosse utilizzabile a causa della imprevedibilità dell'aggravamento delle condizioni economiche del Paese. Quanto alla seconda, dalla sentenza emerge che l'art. 43 della Costituzione prevede un principio di universalità del diritto alla salute associato ad un accesso generale e libero alle prestazioni sanitarie pubbliche. Tuttavia tale norma non implica l'universalità dell'accesso gratuito a tali prestazioni. Invero, il Tribunale, entrando nel merito del diritto alla salute, ha affermato che il legislatore è libero sia nella definizione dei diritti e degli obblighi dei fruitori degli interventi sanitari, sia nelle modalità di organizzazione dei servizi di erogazione delle prestazioni, ben potendo quindi prevedere che le relative prestazioni non siano gratuite per tutti i destinatari. Vedasi, al riguardo, N. Sanguenza Ruiz, *Exclusión de los extranjeros en situación irregular del acceso gratuito al Sistema público de salud en España. Sentencia 139/2016 del Tribunal Constitucional*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2017, p. 233 ss. Da ultimo, sul tema, in ottica comparata, si rimanda altresì a: M. Caredda, *La tutela del diritto costituzionale alla salute in Spagna e in Italia: brevi riflessioni a partire da STC n. 139/2016*, in C. Colapietro - M. Atripaldi - G. Fares - A. Iannuzzi (a cura di), *I modelli di Welfare sanitario tra qualità e sostenibilità. Esperienze a confronto*, Napoli, 2018, 75 ss.

²⁰ Si noti, a tale riguardo, la sentenza del Tribunale Costituzionale n. 134/2017 del 16 novembre, con la quale è stato risolto il conflitto positivo di competenza presentato dal Governo centrale nei confronti del decreto del Governo basco n. 114/2012 del 26 giugno, riguardante il regime delle prestazioni sanitarie del Sistema Nazionale di Salute nell'ambito della Comunità autonoma di Euskadi. Le norme basche riconoscevano l'assistenza sanitaria agli immigrati senza permesso di soggiorno iscritti all'anagrafe e con domicilio nel suo territorio per almeno un anno. Il Tribunale costituzionale ha dichiarato l'illegittimità delle norme denunciate. L'art. 3 della legge n. 16/2003, del 28 maggio, di coesione e qualità del Sistema sanitario

Altra significativa misura di taglio alla spesa pubblica è il Real decreto legge n. 28/2012, rubricato “misure di consolidamento e garanzia del sistema di sicurezza sociale”, il quale ha disposto, *inter alia*, la sospensione della rivalutazione delle pensioni – implicando così una perdita del potere di acquisto degli individui anziani – alla luce del conclamato obiettivo di rispettare i limiti del deficit pubblico. Sulla stessa linea d’onda si colloca il Real decreto legge n. 20/2012, rubricato “misure per garantire la stabilità di bilancio e la promozione della competitività”. Tramite tale legge è stato invero ridotto l’importo dei benefici per i disoccupati e, allo stesso tempo, soppresso il pagamento della tredicesima per i dipendenti pubblici. Non solo: tale decreto del Governo, guidato dal Partito popolare, ha altresì ridotto (ii) le prestazioni concernenti l’accesso al reddito attivo di inserimento e (iii) la garanzia dello Stato quanto alle indennità dovute dagli imprenditori nei confronti dei lavoratori illegittimamente licenziati²¹ e, da ultimo, tagliato la spesa delle Amministrazioni pubbliche quanto al *Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*.

Quanto all’influenza delle istituzioni dell’Unione sulle riforme sin d’ora descritte è quindi opportuno notare che tutte queste si sono poste in linea con le raccomandazioni specifiche alla Spagna formulate dal Consiglio europeo nel mese di giugno 2012²². Ciò pare dunque costituire emblema di una erosione della sovranità statale, la quale non può che “inchinarsi” alla volontà dei mercati e delle istituzioni

nazionale, come novellata dal Real decreto legge n. 16/2012, è infatti una norma basica ai sensi dell’art. 149, comma 1, paragrafo 16, che affida allo Stato la competenza esclusiva in materia di sanità estera, fondamenti e coordinamento generale della sanità e legislazione sui prodotti farmaceutici. La norma statale copre quindi interamente l’ambito soggettivo del diritto di accesso alle prestazioni sanitarie e, così facendo, preclude alle Comunità autonome la possibilità di sviluppare un sistema di accesso alle prestazioni nel loro territorio che si discosti da quello fondato sui concetti di “assicurato” o “beneficiario” stabilito dalla normativa statale.

²¹ Più precisamente, tale indennità, c.d. *salarios de tramitación*, decorre dalla data del licenziamento illegittimo fino alla pronuncia del giudice dell’illegittimità di questo, oppure fino a quando il prestatore non ha trovato un nuovo lavoro.

²² Il riferimento è, in particolare, alle Conclusioni del Consiglio europeo del 28-29 giugno 2012, disponibili al seguente indirizzo web: <http://data.consilium.europa.eu>.

sovrnazionali, implicando altresì un “cortocircuito” della rappresentanza politico democratica²³.

Parimenti emblematica della volontà del legislatore di ridurre la spesa pubblica all'osso²⁴, la Legge n. 27/2013, rubricata “razionalizzazione e sostenibilità dell'amministrazione locale”, è stata approvata con l'obiettivo di tagliare le erogazioni pubbliche in conformità a quanto prescritto dall'art. 135 Cost. In particolare si può osservare, con riguardo a tale legge, come questa abbia, tra le altre misure, soppresso i servizi di assistenza alle vittime di violenza di genere. Da ultimo, in materia di spesa pubblica, si segnala la Legge n. 23/2013, rubricata “misure per la sostenibilità del sistema pensionistico”. Con tale riforma il governo spagnolo ha quindi inteso adeguare il sistema previdenziale alla longevità della vita dei cittadini. Dispone invero tale legge (pag. II) che: «il fattore di sostenibilità è un parametro aggiuntivo rispetto a quelli esistenti per il calcolo della pensione di anzianità iniziale che aiuta a raggiungere un importo medio delle pensioni compatibile con il livello di spesa assegnato per le stesse, così da mantenere un equilibrio finanziario nel sistema a medio e lungo termine». Si noti infine come, secondo il legislatore nazionale spagnolo “della crisi” le misure di risanamento delle finanze pubbliche non potevano che passare anche per un aumento della pressione fiscale sulle imprese. Invero, il Real decreto legge n. 12/2012, mediante cui si introdussero diverse misure tributarie e amministrative dirette alla riduzione del deficit pubblico precisa, in particolare, come (pag. I): «è prioritario ottenere un aumento delle

²³ In tal senso vedasi: A. Somma, *Comparazione giuridica, fine della storia e spoliticizzazione del diritto*, in M. Brutti - A. Somma (a cura di.), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, 2018, p. 523. Si rimanda altresì, sul tema, a: A. Guazzarotti, *La subordinazione degli Stati al potere dei mercati finanziari attraverso la misura competitiva del diritto*, in *Pol. Dir.*, n. 3/2018, p. 387 ss.

²⁴ Secondo autorevole dottrina, sarebbe gravemente pregiudicata la sostenibilità sociale quando il rispetto del principio di stabilità di bilancio implica misure regressive di prestazioni sociali, le quali, a loro volta, comportano la vulnerazione del nucleo minimo inviolabile dei diritti sociali e compromettono la coesione sociale della società spagnola. Cfr. J. Ponce Solè, *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos, Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*. Madrid. Instituto national de Administracion Publica, Madrid, 2013, p. 117.

entrate fiscali proveniente dalle imposte sulle società, introducendo quindi un onere che grava principalmente sulle grandi aziende, le quali hanno la capacità contributiva necessaria per contribuire alla sostenibilità delle finanze pubbliche». Ancora, altra importante riforma che, negli anni centrali della crisi, è andata ad incidere fortemente sul sistema tributario, al fine di ottenere maggiori entrate dalla fiscalità generale, è stata quella che ha sancito l'aumento dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), la cui aliquota ordinaria si è invero innalzata, a partire dal 1° settembre 2012, dal 18 al 21%, mentre quella ridotta è salita, nel medesimo periodo, dal 8 al 10%.

Alla luce di quanto esposto sembra pertanto potersi affermare che tutte le descritte misure, adottate al fine di contenere la spesa pubblica, facciano esplicito riferimento alla riforma costituzionale dell'art. 135, segno che questa ha introdotto nell'ordinamento spagnolo un modello economico definito secondo le logiche proprie del mercato e in cui alla sopravvivenza formale del costituzionalismo sociale²⁵ si “sovrappone” una destrutturazione materiale dei suoi postulati²⁶.

Al riguardo, attenta dottrina ha invero sottolineato come la persistenza nell'adozione di politiche di austerità e di riforme strutturali volte alla flessibilizzazione del mercato del lavoro (il riferimento è, quanto a queste ultime, al Real decreto legge n. 3/2012) si sarebbe rivelata alquanto fallimentare²⁷. Tali politiche avrebbero

²⁵ Si esprime in posizione nettamente contraria A. Morrone, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. Cost.*, n. 1/2014, pp. 99.

²⁶ Secondo autorevole dottrina la legge organica di stabilità di bilancio avrebbe sprecato un'importante opportunità per definire la sostenibilità sociale come limite al deficit. Invero il mantenimento della *estabilidad presupuestaria* implica l'adozione di misure restrittive delle prestazioni sociali in grado di incidere sul nucleo minimo inviolabile dei diritti sociali e tale da compromettere altresì la sostenibilità e la coesione sociale della società spagnola. In questo senso: J. Ponce Solè, *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*, op. cit. e G. Sanchez Medero - R. Tamboleo Garcia, *Política y derechos sociales en tiempo de crisis en Espana*, in *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, n. 15/2013, p. 250-252.

²⁷ Quanto alla legittimità costituzionale del Real decreto legge n. 3/2012, il Tribunale Costituzionale, con sentenza n. 8/2015 del 22 gennaio, ha dichiarato infondato il ricorso avverso tale legge, promosso da centroquattro deputati di alcuni partiti di centro sinistra, i quali lamentavano – in particolare – la supposta violazione,

infatti comportato un inarrestabile e intollerabile aumento della disoccupazione e un altrettanto intollerabile e grave discesa dei livelli di protezione sociale con riferimento, in particolare, ai settori della legislazione in materia di tutela contro la disoccupazione, sanità, istruzione, pensioni. Tale situazione sarebbe stata altresì aggravata dal deterioramento delle condizioni lavorative e salariali – il costo unitario del lavoro ha perso, in Spagna, secondo i dati Eurostat, ben 5,1 punti percentuali tra il 2010 e il 2013 – e dall'accrescimento della spesa pubblica, nonostante l'aumento della pressione fiscale, le privatizzazioni di taluni servizi pubblici e delle prestazioni sociali posti in essere negli anni della crisi. Pertanto le suddette politiche di austerità avrebbero finito con l'aggravare il contesto di disequilibrio macroeconomico in cui la Spagna versa, mettendo altresì a rischio la tenuta dello stesso Stato sociale e democratico di diritto, così come proclamato dall'art. 1 della Costituzione spagnola²⁸.

Si noti altresì, al riguardo, che, nonostante le principali misure di austerità siano state adottate a cavallo tra il 2012 ed il 2013 da parte degli esecutivi guidati da Mariano Rajoy, gli effetti di queste – deflazionistici, dal punto di vista macroeconomico – sembrano essersi dispiegati anche in tempi successivi alla loro adozione e fino ad anni recenti. Invero, da uno studio sull'andamento corrente della spesa

da parte della suddetta normativa, degli artt. 28 e 37 Cost. (rispettivamente, diritto alla libertà sindacale e diritto alla negoziazione collettiva). In tale pronuncia il Tribunale Costituzionale ha quindi precisato che la contrattazione collettiva non è un diritto attribuito esclusivamente ai sindacati e che il legislatore ha una piena libertà di configurare sia l'ambito dei rapporti di lavoro che quello appunto della contrattazione collettiva, in quanto, con riguardo a quest'ultima, non vi è, in Costituzione, alcun modello definito. In particolare, il Tribunale Costituzionale ha precisato, al riguardo, che la limitazione del diritto alla contrattazione collettiva persegue lo scopo di favorire il mantenimento del posto di lavoro, anziché la cessazione del relativo rapporto, e che la modifica unilaterale delle condizioni di lavoro, da parte dell'imprenditore, non rappresenta che un'alternativa rispetto al fallimento della negoziazione tra le parti. Vedasi, al riguardo, P. Masala, *La giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo sul "nuovo diritto del lavoro": due modelli di giudizio alternativi di fronte alle riforme "flessibilizzatrici" in Europa*, in *DPCE On line*, n. 3/2017, p. 117 ss.

²⁸ Cfr. M.E. Casas Baamonde, *El gobierno económico de la Unión Europea y el Estado social*, in D. Lopez Garrido - M. Luz Martínez Alarcón (a cura di), *Reforma Constitucional y estabilidad presupuestaria*, Madrid, 2013, p. 282. Vedasi altresì, al riguardo, J. Ignancio Font Galán, *Apogeo de racionalidad económica y disenso constitucional*, in *Revista de Fomento Social*, n. 69/2014, p. 247 ss.

pubblica – aggiornato al 2017²⁹ – emerge come questa sia complessivamente diminuita del 4,4% rispetto al periodo antecedente alla crisi, recuperando negli ultimi anni trascorsi in maniera solo parziale rispetto al livello ante 2012 e registrando una perdita totale netta di ben 22.051 milioni di euro³⁰.

4. Estabilidad presupuestaria e *finanza locale*

Venendo quindi all'impatto della riforma costituzionale sulla finanza locale, si noti anzitutto come al procedimento di riforma dell'art. 135 Cost. non hanno preso parte né gli enti locali, né tantomeno le Comunità autonome. In secondo luogo, pare opportuno evidenziare come tale riforma non sia in grado di determinare, in alcun modo, un ampliamento delle competenze statali in ambiti che la Costituzione riserva alle Comunità autonome³¹. Lo stesso Tribunale Costituzionale ha invero recentemente affermato, sul punto, che: «il [nuovo] articolo 135 Cost. non può tradursi in una radicale

²⁹ A. Ferrer Sanchez, *Balance de la desigualdad y el gasto publico in España*, in *Anuari del conflicte social*, 2017, p. 40 ss.

³⁰ Al riguardo si vedano anche le osservazioni di: G. Di Gaspare, *Anamorfosi dello «spread». Globalizzazione finanziaria, guerre valutarie e tassi di interesse dei debiti sovrani*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 10 gennaio 2013, secondo cui l'aumento o la diminuzione dello spread sui titoli del debito pubblico dei due principali Stati GIPSI, Italia e Spagna, non dipenderebbe tanto dalla riforme strutturali poste in essere dai rispettivi esecutivi nazionali, quanto invece dalla speculazione finanziaria, sulla quale bisognerebbe concentrare l'attenzione per coerenti politiche di contenimento e di riduzione degli oneri del debito pubblico nei Paesi dell'Eurozona.

³¹ Al riguardo, autorevole dottrina sottolinea invero come «la tecnica della riserva di legge ha oggi, come nella sua origine e nella sua evoluzione storica, una natura diversa da quella che hanno le regole di attribuzione delle competenze legislative. Il contenuto e la finalità delle norme che dispongono una riserva di legge e di quelle relative alle attribuzioni di competenze sono infatti sostanzialmente diverse. Pertanto, la riserva di legge organica disposta dall'art. 135 Cost. non contiene, in senso stretto, alcun ampliamento di competenza in favore dello Stato». Cfr. T. de la Quadra-Salcedo Janini, *El Estado Autonómico y la reforma del artículo 135 de la Constitución*, ponencia con motivo de la celebración del VI Foro de la Autonomía el 15 de marzo de 2017 en el Palacio del Senado, Madrid, p. 12.

alterazione della [precedente] giurisprudenza costituzionale, tale da permettere allo Stato di eliminare le competenze che gli Statuti della autonomie assegnano, nel quadro stabilito dalla Costituzione, alle Comunità autonome [...] Non può infatti dimenticarsi che le regole stabilite dall'art. 135 Cost. sono rivolte anche alle Comunità autonome che devono rispettarle nell'ambito dei loro poteri statutari, tanto esecutivi che normativi³²». Pertanto, pare potersi concludere che la finalità di razionalizzazione della spesa pubblica, perseguita dalla suddetta riforma costituzionale, non possa comunque implicare un'estensione dell'ambito delle competenze materiali statali³³. Nondimeno, la suddetta riforma sembra aver rafforzato significativamente – soprattutto in virtù dell'adozione della Legge organica n. 2/2012 – il controllo del governo centrale sull'amministrazione finanziaria di questi ultimi³⁴. Tale legge, infatti, prevede nel suo Titolo IV un eterogeneo gruppo di meccanismi, strumenti e misure, attraverso i quali mira a garantire l'effettiva conformità alla disciplina fiscale da parte di tutti i livelli di governo. In particolare, tali misure si possono dividere in tre categorie: preventive, correttive e coercitive.

Quanto alle misure preventive, istituto fondamentale è la il c.d. “avviso di rischio di inadempimento”. Al riguardo, l'art. 19 della Legge organica prevede invero che «in caso sia scorto il rischio di discostamento dall'obiettivo di stabilità di bilancio, dall'obiettivo del debito pubblico o dalla regola di spesa da parte delle Comunità autonome o degli enti locali, il Governo, su proposta del Ministro delle finanze e della pubblica amministrazione, formulerà un avvertimento motivato all'amministrazione responsabile, previa audizione della stessa». Tale avvertimento dello Stato sull'esistenza di un rischio di inadempimento non si traduce quindi in un semplice invito o stimolo alla Comunità autonoma in questione a procedere agli adeguati aggiustamenti, in quanto questo produce automaticamente

³² Tribunale Costituzionale, sentenza n. 41/2016 del 3 marzo.

³³ In questo senso vedasi T. de la Quadra-Salcedo Janini, *La incidencia de la reforma del artículo 135 de la Constitución sobre el Estado autonómico*, in *Informe comunidades autonomas*, p. 89.

³⁴ Per maggiori approfondimenti al riguardo vedasi M. Medina Guerrero, *La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria*, in *Revista de estudios regionales*, n. 105/2016, p. 73 ss.

alcuni effetti giuridici. Anzitutto, infatti, tale avvertimento sarà reso pubblico ai fini della sua generale conoscenza. Trattasi quindi di una pubblicità che, più che una vera e propria sanzione, si struttura come mezzo di pressione politica, la quale può tuttavia comportare anche conseguenze sul piano economico, quanto al finanziamento della relativa comunità sul mercato. Se infatti è resa pubblica la dichiarazione che una determinata Comunità autonoma rischia di non assolvere agli obiettivi di stabilità finanziaria, verosimilmente il costo per il finanziamento di questa sul mercato sarà più alto, dato il maggior rischio percepito nella concessione a questa di credito. Altra conseguenza rilevante, prevista dall'art. 20, comma 3, della Legge organica n. 2/2012, riguarda il fatto che, una volta giunta la dichiarazione di rischio di inadempimento, la concessione di sussidi alla Comunità autonoma o la sottoscrizione di accordi da parte dell'amministrazione centrale con questa, richiede la previa sottoscrizione favorevole da parte del Ministero delle finanze. Ciò posto, se entro il termine di un mese la Comunità autonoma avvertita non adotta le misure necessarie per evitare il rischio o, alternativamente, le misure implementate a tal fine sono considerate, dal Ministero delle Finanze, insufficienti per correggerlo, allora si apre la successiva fase di adozione delle misure correttive (art. 19, comma 2, Legge organica n. 2/2012).

La prima di queste misure correttive, adottata sul presupposto che il Governo verifichi che vi sia un inadempimento rispetto all'obiettivo di stabilità di bilancio, ai limiti sul debito pubblico o alla regola di spesa, prevede che tutte le operazioni di indebitamento della Comunità autonoma inadempiente richiedano l'autorizzazione dello Stato, fintanto che persiste la violazione (art 20, comma 1, Legge organica n. 2/2012). La seconda, invece, consiste nell'obbligo di formulare un piano economico finanziario il cui obiettivo è il raggiungimento, entro un anno, della *compliance* con i suddetti obiettivi (art. 21, comma 1, Legge organica n. 2/2012). Tuttavia, nel caso in cui non sia presentato, sia rigettato, o siano poste in essere violazioni del suddetto piano economico finanziario, è considerata integrata l'infrazione della disciplina fiscale e, pertanto, entrano in funzione le più severe misure coercitive previste per forzare l'amministrazione inadempiente a rispettare le regole sulla stabilità di bilancio.

Con riguardo alle misure coercitive, la Legge organica impone anzitutto che, nel termine di quindi giorni dal momento in cui è considerata integrata la violazione, la competente amministrazione debba approvare la non disponibilità all'indebitamento, e la corrispondente conservazione dei crediti, in modo da garantire la *compliance* con gli obiettivi più volte citati (art. 25, comma 1, lettera a). Inoltre, tale legge impone altresì diverse sanzioni finanziarie in linea con quelle previste dalla normativa europea in caso di inadempimento (si pensi, ad esempio, al deposito infruttifero e alla multa che possono essere erogate, nei confronti di uno Stato membro, nell'ambito della procedura per squilibri macroeconomici eccessivi). In particolare, la Comunità autonoma inadempiente può essere obbligata a costituire un deposito fruttifero presso la Banca de España in misura pari al 2% del PIL. Tale deposito sarà quindi annullato nel momento in cui la Comunità depositante avrà adottato le misure necessarie al raggiungimento degli obiettivi di stabilità finanziaria. Tuttavia, nella diversa ipotesi in cui entro tre mesi le misure ritenute idonee non siano adottate, il deposito da fruttifero diverrà infruttifero. Infine, trascorsi altri tre mesi senza che siano state colmate le situazioni di carenza messe in luce, il deposito potrà essere trasformato in una e vera propria multa vincolante (art. 25, comma 1, lettera b). Con riguardo a questo tipo di sanzioni si possono quindi formulare le medesime osservazioni critiche valide rispetto all'apparato sanzionatorio previsto dal Regolamento 1174/2011. Invero, l'imposizione alle Comunità inadempienti di multe severe sembrerebbe poter ulteriormente aggravare la già compromessa situazione finanziaria di queste, finendo così con l'acuire ulteriormente tale problema, anziché contribuire a risolverlo.

Inoltre, altra importante misura coercitiva consiste nella possibilità, quando risulta necessario per dare attuazione agli accordi di consolidamento fiscale presi con l'Unione europea, di esercizio, da parte dello Stato, delle competenze normative in materia di tributi riservati alle Comunità autonome (art. 25, comma 1, Legge organica n. 2/2012). Trattasi, in altri termini, di una sorta di potere sostitutivo dello Stato in materia di tassazione che implica un sostanziale trasferimento a quest'ultimo dei tributi che spetterebbero, secondo la legislazione vigente alle Comunità autonome. Invero le norme sul riparto di competenza in materia non sono state emendate.

Se tuttavia l'ente locale inadempiente non provvede ad adottare (i) l'accordo di non disponibilità all'indebitamento o (ii) le misure normative in relazione al potere sostitutivo dello Stato in materia di tributi locali, il Governo potrà inviare, in entrambi i casi, sotto la direzione del Ministero delle Finanze e della pubblica amministrazione, una commissione di esperti per una valutazione della situazione economico finanziaria della suddetta amministrazione in situazione di squilibrio (art. 25, comma 2, Legge organica n. 2/2012). Tale commissione di esperti dovrà quindi presentare una proposta di misure da adottare e le sue conclusioni saranno rese pubbliche entro una settimana. Tuttavia, i poteri di tale commissione vanno molto oltre la semplice pubblicizzazione delle loro proposte. Invero, queste ultime vincoleranno l'amministrazione inadempiente alla loro adozione e finché non saranno implementate, non sarà possibile, per la Comunità autonoma in questione, vedersi autorizzata alcuna operazione di credito, né questa potrà altresì avere accesso ai meccanismi di finanziamento previsti dalla legge. Volendo sviluppare alcune considerazioni critiche circa la natura di tale commissione, appare evidente come questo sia l'ennesimo organo di natura tecnica in grado, tuttavia, di imporre in maniera non mediata (almeno formalmente), decisioni sostanzialmente politiche ai governi delle Comunità autonome. Pertanto, sembra potersi affermare che la costituzionalità di tale organo sia quantomeno dubbia³⁵.

Si noti tuttavia, al riguardo, che la sentenza del Tribunale Costituzionale n. 215/2014 del 18 dicembre successiva alla riforma costituzionale – ha precisato che «quando l'art. 25, comma 2, della Legge organica 2/2012 dispone che “le misure proposte saranno vincolanti” per le Comunità autonome inadempienti, non intende che a queste possa essere data esecuzione in forza della sola autorità della Commissione di esperti che agiscono in nome del governo, in quanto ciò sarebbe incostituzionale [...] Se [infatti] in caso di inadempimento da parte di una Comunità autonoma si verificasse la sostituzione nella competenza a questa riservata, tale sostituzione sarebbe incostituzionale». Pertanto, secondo quanto affermato del Tribunale in questa ultima pronuncia, la vincolatività delle misure proposte dalla

³⁵ In tal senso: M. Medina Guerrero, *El estado autonómico en tiempo de disciplina fiscal*, in *Revista española de derecho constitucional*, n. 98/2013, p. 145.

Commissione di esperti alla Comunità autonoma non impedisce che quest'ultima possa adottare, in qualsiasi momento, altre misure di riduzione della spesa pubblica che ritiene opportune, nell'esercizio delle proprie competenze. Ne discende dunque che, nonostante l'adozione delle misure da parte della Commissione di esperti sia indicata, alla luce delle relative disposizioni normative, come obbligatoria per l'amministrazione inadempiente, questa non sarebbe vincolante per tale amministrazione, la quale rimarrebbe comunque libera di adottare le misure di limitazione della spesa pubblica che considera più opportune. In altri termini, lo Stato, nonostante il disposto di cui all'art. 25 comma 2 della Legge organica, non appare legittimato ad interferire in maniera così pervasiva nei confronti degli enti locali inadempimenti alle prescrizioni della suddetta commissione di esperti, in quanto quest'ultima non può – come affermato dalla citata giurisprudenza costituzionale – sostituirsi alle Comunità autonome nella determinazione delle misure da adottare per conformarsi a tale principio. Diversamente, si configurerebbe invero una illegittima invasione nelle competenze riservate agli enti locali³⁶.

Volendo quindi trarre delle conclusioni da quanto affermato, il legislatore organico, in coerenza con il dettato normativo del novellato articolo sulla *estabilidad presupuestaria*, ha dotato il livello centrale di governo di pervasivi strumenti e mezzi di interferenza nella gestione dell'autonomia finanziaria riservata agli enti locali ed, in particolare, alle Comunità autonome³⁷. Tuttavia, tali “strumenti” sembrano poter

³⁶ In questo senso: T. de la Quadra-Salcedo Janini, *La incidencia de la reforma del artículo 135 de la Constitución sobre el Estado autonómico*, op. cit., p. 78 ss.

³⁷ A tal riguardo, interessante è la sentenza del Tribunale Costituzionale, n. 101/2016 del 25 maggio. Con tale pronuncia il Tribunale Costituzionale ha dichiarato infondato il ricorso di incostituzionalità sollevato dal governo della Comunità autonoma dell'Andalusia avverso diverse disposizioni della Legge organica n. 9/2013, riguardante il controllo dei debiti commerciali nel settore pubblico. Quest'ultima ha invero riformato la Legge organica n. 2/2012. In particolare, la ricorrente lamentava che la suddetta legge del 2013 violasse la riserva di legge organica prevista nella disposizione di cui all'art. 135 comma 5 Cost. in quanto disciplinante una materia, ovvero i debiti commerciali, non prevista espressamente dalla norma costituzionale che si assume violata. Al riguardo, il Tribunale Costituzionale ha affermato che le norme impugnate in materia di debiti commerciali, in tanto in quanto sono strettamente correlate con l'ambito delle relazioni finanziarie tra le Comunità

mettere in discussione un principio fondamentale della Costituzione spagnola, ovvero quello di autonomia politica che presuppone appunto il riconoscimento della capacità delle Comunità autonome di elaborare proprie politiche pubbliche nelle materie di loro competenza, senza possibilità di sostituzione da parte dello Stato³⁸ (salvo nell'ipotesi costituzionalmente prevista dall'art. 155 Cost³⁹). Pertanto, proprio in forza di tali ragioni, il potere di sostituzione, da parte di una Commissione di esperti, come quello previsto dall'art. 25, comma 2, della Legge organica n. 2/2012 avrebbe richiesto una riforma aggravata della Costituzione, ai sensi dell'art. 168 Cost. Tale

autonome e lo Stato sono ontologicamente ricomprese nella riserva di Legge organica di cui all'art. 157, comma 3, Cost. Più nel dettaglio – entrando nelle ragioni di merito del ricorso – il potere statale di trattenere trasferimenti alle Comunità autonome inadempienti al fine di pagare direttamente i debiti commerciali con i fornitori di queste ultime non implica una sostituzione illegittima nell'ambito di competenza di tali enti. Invero, la relativa procedura ivi prevista dall'art. 20 comma 6 della Legge organica n. 9/2013 non osta al che le Comunità autonome inadempienti possano determinare le loro politiche fiscali, adottando misure atte a ridurre spese o ad aumentare entrate proprie, secondo i loro autonomi poteri tributari. Pertanto, la descritta trattenuta di risorse del governo centrale al fine del diretto pagamento dei debiti commerciali delle Comunità autonome inadempienti non costituirebbe una sostituzione nel potere impositivo di queste ultime, dichiarata costituzionalmente illegittima dalla precedente sentenza n. 215/2014.

³⁸ Si noti che la crisi economica e finanziaria sembra aver prodotto una progressiva ricentralizzazione delle competenze, cosicché il principio di autonomia locale e regionale, costituzionalmente garantito, risulterebbe fortemente attenuato, così come evidenziato da autorevole dottrina. Sul punto vedasi: C.A. Ciaralli, *Límites del principio de estabilidad presupuestaria respecto de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas españolas*, in *Nueva Época*, n. 9/2018, p. 60 ss.; V. Alvarez, *La recentralización de competencias en España por imperativo del derecho europeo*, in *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 18/2014, p. 30 ss.; I. Urrutia Libarona, *Crisis económica, estabilidad presupuestaria y recentralización de competencias*, in A. Noguería Lopez - M. I. Lois Gonzales - I. Diz Otero (a cura di), *Crisis, Derechos Sociales e Igualdad*, Valencia, 2015, p. 9 ss.

³⁹ Dispone invero tale articolo che: «Ove la Comunità autonoma non ottemperi agli obblighi imposti dalla Costituzione o dalle altre leggi, o si comporti in modo tale da attentare gravemente agli interessi generali della Spagna, il Governo, previa richiesta al Presidente della Comunità autonoma e, ove questa sia disattesa, con l'approvazione a maggioranza assoluta del Senato, potrà prendere le misure necessarie per obbligarla all'adempimento forzato di tali obblighi o per la protezione di detti interessi».

potere pare infatti incidere sull'art. 2 del Titolo preliminare⁴⁰ in tanto in quanto – come visto – mette in discussione uno degli aspetti fondamentali dell'autonomia politica, ovvero la possibilità, per le Comunità autonome, di realizzare proprie politiche negli ambiti riservate alla competenza di queste⁴¹.

Pare altresì opportuno notare in questa sede che dalla riforma costituzionale in esame è scaturito un contenzioso costituzionale Stato – Autonomie territoriali proprio in relazione alla garanzia dei diritti sociali a livello autonomico. Giova infatti precisare, al riguardo, che, coerentemente con il sistema di distribuzione di competenze costituzionalmente previsto (art. 148 e 149 Cost.), le Comunità autonome sono competenti quanto allo sviluppo normativo e alla realizzazione della maggioranza dei diritti sociali riconosciuti dalla Carta del 1978, quali sanità, abitazione e servizi pubblici. Più nel dettaglio, mentre allo Stato è riservata la determinazione del contenuto minimo delle prestazioni sociali, è stata decentralizzata la generalità della gestione dei relativi servizi, di modo che siano le Comunità autonome le prime amministrazioni responsabili di fronte ai cittadini nelle suddette materie. In tempi di prosperità economica, tale sistema di esercizio delle rispettive competenze Stato – Comunità autonome non ha sollevato problemi eccessivi, posto che (i) queste ultime non avevano ragione di ridurre i livelli essenziali di prestazione stabiliti a livello centrale e che, invece, (ii) le era consentito il miglioramento del livello delle prestazioni erogate ai cittadini.

Tuttavia, con l'introduzione del principio di *estabilidad presupuestaria* le cose sembrano essere piuttosto cambiate: come visto, infatti, i diritti sono stati limitati nel loro godimento e le prestazioni sociali hanno subito un netto taglio che è ripercosso soprattutto proprio sugli enti locali. Ne discende, quindi, che gli

⁴⁰ Dispone tale articolo che: «la Costituzione si basa sulla indissolubile unità della Nazione spagnola, patria comune e indivisibile di tutti gli spagnoli, e riconosce e garantisce il diritto alla autonomia delle nazionalità e regioni che la compongono e la solidarietà fra tutte le medesime».

⁴¹ Cfr. T. de la Quadra-Salcedo Janini, *¿Se ha transformado la autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas tras la Reforma Constitucional del Artículo 135 y la adopción de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera?*, in *Cuadernos Manuel Gimenez Abad*, n. 6/2013, p. 67-68.

interessi e le politiche di Stato e Comunità autonome non sono più coincidenti; sorgono invece, tra questi, discrepanze e conflitti che il Tribunale Costituzionale è stato chiamato a risolvere⁴², in particolare con riferimento ai reciproci ambiti competenziali. Emblematico, rispetto a quanto affermato – oltre alla già citata pronuncia n. 139/2016 in materia di universalità del Sistema sanitario nazionale, ove il Tribunale ha affermato che il legislatore statale è libero di prevedere che non tutte le prestazioni sanitarie siano erogate a chiunque gratuitamente – il contenzioso Stato versus Comunità autonoma della Andalusia in materia di diritto all'abitazione. Questa Comunità autonoma è stata invero una delle più colpite dalla crisi economica, la quale – come accennato in precedenza – è scaturita proprio dallo scoppio della bolla immobiliare nel settore edilizio⁴³. Tale Comunità autonoma si caratterizzava quindi per il maggior numero di persone sfrattate per morosità, oltre che per un vasto parco di immobili in disuso. Infatti, poiché gli istituti di credito divenuti proprietari di queste abitazioni speravano in un futuro rialzo del mercato immobiliare prima della loro vendita, queste rimanevano sfitte, nonostante molte famiglie si trovassero in circostanze di emergenza sociale. A tutela di queste ultime, l'esecutivo andaluso approvava dunque il decreto legge n. 6/2013, del 9 aprile, recante misure volte a garantire la funzione sociale delle abitazioni. In particolare, tale decreto legge prevedeva: (i) la possibilità di multare fino a 9.000 euro le banche o gli enti finanziari ed immobiliari proprietari di immobili in disuso, (ii) la sospensione, per tre anni, della facoltà, per gli enti di credito, di disporre dell'immobile in cui vivessero famiglie che stavano per essere sfrattate a causa di un debito ipotecario.

Con la sentenza n. 93/2015 del 14 maggio, il *plenum* del Tribunale costituzionale ha tuttavia accolto, in parte, il ricorso in via principale presentato dal Governo⁴⁴ nei confronti di alcune norme del

⁴² In questo senso vedasi: J. Tornos Mas, *Derechos sociales, Comunidades Autónomas y crisis económica*, in *VI Foro de la Autonomía*, 2017, p. 1 ss.

⁴³ A tal riguardo vedasi: J. Rafael Ruiz - P. Stupariu - A. Vilariño, *The crisis of Spanish savings banks*, in *Cambridge Law Journal*, n. 1/2016, p. 1455 ss.

⁴⁴ Una prima questione, sollevata dall'Avvocato dello Stato, verteva sul fatto che il decreto-legge andaluso non rispettasse i requisiti di straordinaria ed urgente necessità richiesti ex artt. 86, comma 1, Cost. e 110, comma 1, dello Statuto di

decreto legge andaluso n. 6/2013. In particolare, gli artt. 1, comma 3, e 53, comma 1, lettera a), della legge andalusa n. 1/2010 – come novellati dal suddetto decreto legge – sono stati dichiarati incostituzionali in quanto travalicavano, secondo il Tribunale, i limiti materiali dei decreti legge autonomici. Più nel dettaglio, la prima norma impugnata dal Governo stabiliva che parte di ciò che definiva contenuto essenziale del diritto di proprietà dell'immobile era il dovere di destinare in modo effettivo il bene all'uso abitativo previsto dall'ordinamento giuridico. Tale previsione veniva quindi ad interessare il contenuto essenziale del diritto di proprietà privata di cui all'art. 33 Cost., sconfinando così in un terreno che l'art. 86, comma 1, Cost. preclude al decreto legge, affidandolo invece alla legge ordinaria. Per la violazione degli stessi limiti, il Tribunale costituzionale ha altresì ritenuto incostituzionale la seconda disposizione impugnata, la quale sanzionava il fatto di non destinare ad effettiva abitazione un determinato immobile.

Infine, è stata dichiarata costituzionalmente illegittima dal Tribunale la seconda disposizione aggiuntiva del decreto legge andaluso n. 6/2013, la quale disciplinava l'espropriazione temporanea di immobili agli enti di credito quando le persone si trovavano in speciali circostanze di emergenza sociale. Invero, tale norma violava la competenza dello Stato in materia di coordinamento della pianificazione generale dell'attività economica (art. 149, comma 1, lettera 13 Cost.). Più nel dettaglio, il Tribunale considerava a tale riguardo che lo Stato aveva emanato, alla luce di quest'ultima disposizione costituzionale, una serie di norme che, incidendo in modo limitato sul sistema di esecuzione ipotecaria, prestano attenzione alla situazione di coloro che sono a rischio di sfratto per morosità e si trovano in una situazione di speciale vulnerabilità⁴⁵. La

autonomia. Il Tribunale Costituzionale ha tuttavia considerato dirimenti, sul punto, i dati concreti formulati nell'esposizione dei motivi del decreto legge. In particolare, grazie al riferimento all'esorbitante parco immobiliare in disuso o sottoutilizzato ed ai casi di sfratto cui erano seguiti veri drammi umani – perfino suicidi – si poteva ritenere che il Governo andaluso avesse adempiuto all'esigenza di presentare esplicitamente ed in forma motivata la situazione straordinaria che lo legittimava a legiferare per via di urgenza.

⁴⁵ Si veda, in particolare, la legge n. 1/2013, del 4 maggio, recante misure per rafforzare la tutela dei debitori ipotecari, di ristrutturazione del debito e di locazioni

seconda disposizione aggiuntiva del decreto legge andaluso n. 6/2013 era quindi animata, secondo il Tribunale, dalla stessa finalità della legge statale, ovvero la tutela dei debitori ipotecari. Tuttavia questa avrebbe introdotto un meccanismo completamente incompatibile con la norma statale, quale era la sospensione della facoltà di disporre dell'abitazione oggetto del procedimento di esecuzione entro un termine massimo di tre anni dalla data dello sfratto. In particolare, la normativa andalusa finiva infatti con il creare una sorta di incoerenza nell'azione pubblica in materia, costituendo un ostacolo significativo per l'efficacia della misura di politica economica messa in moto dallo stesso Governo. Pertanto, la seconda disposizione aggiuntiva del decreto legge andaluso n. 6/2013 è stata dichiarata incostituzionale in quanto in contrasto con la politica economica dello Stato⁴⁶.

Altro caso paradigmatico di conflitto tra Stato ed enti territoriali in materia di diritti sociali è quello riguardante il decreto legge della Catalogna n. 6/2013, del 23 dicembre, recante modifiche alla legge n. 22/2010, del 20 luglio, sul Codice del consumo della Catalogna. In particolare, tale decreto legge vietava che, tra i mesi di novembre e marzo, le compagnie fornitrici di energia elettrica e di gas potessero interrompere la prestazione dei loro servizi per bollette non saldate, se gli utenti fossero persone in situazione di speciale vulnerabilità economica o se si trattasse di nuclei familiari con un reddito complessivo basso. Il decreto consentiva altresì di posticipare il pagamento del debito di tali utenti⁴⁷, se il saldo fosse avvenuto in

sociali, novellata dal Real decreto legge n. 1/2015, del 27 febbraio, sui meccanismi di seconda opportunità, la riduzione degli oneri finanziari e su altre misure sociali. Tali norme statali prevedono, da un lato, la possibilità che lo sfratto possa rimanere sospeso e, dall'altro, promuovono la costituzione di un fondo sociale per le abitazioni di proprietà degli enti di credito, volto ad agevolare la stipulazione di contratti di locazione con le persone sfrattate proporzionati alle loro entrate.

⁴⁶ Ha invece affermato il Tribunale Costituzionale, nella sentenza n. 93/2015 (considerando in diritto n. 18) che «*el supuesto de expropiación del uso de la vivienda que regula la disposición adicional segunda impugnada obstaculiza tales medidas estatales de política económica*». Per maggiori approfondimenti sulla citata decisione vedasi: C. Guerrero Picò, *STC 93/2015, del 14 maggio*, in *Bollettino di informazione sull'attualità giurisprudenziale straniera*, Corte costituzionale, servizio studi, luglio 2015, p. 23 ss.

⁴⁷ Il decreto legge della Catalogna n. 6/2013 del 23 dicembre fissava altresì i criteri definitivi della speciale situazione di vulnerabilità degli utenti: le entrate totali

un'unica soluzione, oppure di rateizzarlo, alle condizioni pattuite con le anzidette compagnie o stabilite mediante i meccanismi di mediazione ed arbitrato da loro accettati.

Il governo impugnava quindi il suddetto decreto della Catalogna per violazione del riparto di competenze. Oggetto di discussione è stata quindi l'applicazione di un regime economico difforme da quanto previsto dalle leggi statali in materia energetica. Il Tribunale costituzionale ha quindi accolto le doglianze del Governo relative al meccanismo autonomico che garantiva la somministrazione del servizio di energia elettrica e di gas ai consumatori in situazione di speciale vulnerabilità. Secondo i Giudici costituzionali, infatti, le misure controverse dovevano essere inquadrare nelle competenze statali sulla pianificazione generale del regime economico (art. 149, comma 1, paragrafo 13, Cost.) e sul regime energetico (art. 149, comma 1, paragrafo 25, Cost.), da ritenersi prevalenti rispetto alle competenze catalane in materia di consumo e di servizi sociali. In particolare, il Tribunale, quanto alla normativa statale in materia, ha rilevato che l'art. 45 della legge n. 24/2013, del 26 dicembre, sul settore elettrico, e l'art. 57 della legge n. 34/1998, del 7 ottobre, sul settore degli idrocarburi, prevedono unicamente la riduzione della tariffa applicabile alla fornitura energetica per gli utenti in situazione di speciale vulnerabilità economica. Ne discende, quindi, che il consumatore vulnerabile è tutelato, a livello statale, attraverso il solo finanziamento di parte del prezzo della fornitura di luce e gas, e non mediante l'imposizione di divieti riguardanti l'interruzione del rifornimento in periodi critici dell'anno (soluzione alternativa che avrebbe potuto essere legittimamente adottata dal legislatore). Il diverso regime stabilito per la Catalogna ha quindi inciso direttamente – secondo il Tribunale Costituzionale – sul regime omogeneo per tutto il territorio dello Stato riguardante un aspetto della regolamentazione del settore elettrico e del gas, così violando le competenze dello Stato in materia di ordinamento generale dell'economia e sul regime energetico. Per tali ragioni è stata quindi

dei membri dell'unità familiare non dovevano raggiungere una certa soglia fissata in base all'indicatore di reddito sufficiente (aggiornato periodicamente); non doveva essere possibile ridurre la spesa relativa al consumo di beni e servizi; doveva trattarsi di contratti con tariffe sociali agevolate.

dichiarata l'incostituzionalità delle impugnate disposizioni del decreto legge n. 6/2013 della Catalogna⁴⁸, con sentenza n. 62/2016 del 17 marzo.

5. Diritti sociali e vincoli finanziari nella (scarna) giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo. Cenni conclusivi.

Costituisce infine ultimo oggetto di approfondimento di questo paragrafo lo studio della posizione che il Tribunale costituzionale spagnolo ha assunto circa il rapporto tra il nuovo principio di stabilità finanziaria e la garanzia dei diritti sociali costituzionalmente garantiti, posto che si tratta di due valori assiologicamente antitetici tra loro. E' opportuno sin da subito notare che, al di fuori del descritto contenzioso Stato – Comunità autonome, non si rinvengono significative pronunce del Tribunale in materia, potendosi quindi concludere per l'assenza, nell'ordinamento spagnolo, di una vera e propria giurisprudenza costituzionale “della crisi”.

Per comprendere il motivo di tale conclusione pare invero opportuno svolgere una digressione con riguardo al ruolo che i diritti sociali rivestono nella Costituzione spagnola del 1978. Questi sono quindi elencati nel capitolo III, del titolo I della Carta, rubricato “*De los principios rectores de la política social y económica*” e, secondo consolidata e maggioritaria dottrina⁴⁹, non sono qualificabili come

⁴⁸ Per maggiori approfondimenti al riguardo si rinvia a: C. Guerrero Picò, *STC 62/2016, del 17 marzo*, in *Bollettino di informazione sull'attualità giurisprudenziale straniera*, Corte costituzionale, servizio studi, giugno 2016, p. 35 ss.

⁴⁹ In questo senso argomentano, tra i molti, P. Cruz Villanon, *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 25/1989, p. 35 ss.; F. Rubio Llorente, *Derechos fundamentales y principios constitucionales: doctrina jurisprudencial*, Barcelona, 1995; J. Jimenez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, 1999; A. Fernandez Miranda Campoamor, *El Estado social*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 69/2003, p. 139 ss.; G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Madrid, 2007; G. Escobar Roca, *Presupuestos de teoría y dogmática constitucional*, in G. Escobar Roca (a cura di) *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Cizur Menor, Navarra, 2012, p. 287 ss. Tali Autori criticano, in particolare, la giustiziabilità dei diritti sociali.

diritti fondamentali. Inoltre i diritti sociali, pur essendo contenuti, dal punto di vista giuridico, in vere e proprie disposizioni normative avrebbero un carattere eminentemente programmatico e di orientamento dei pubblici poteri. Da tali norme non si potrebbe quindi ricavare in maniera diretta ed immediata alcun diritto soggettivo⁵⁰ in quanto la Carta avrebbe attribuito ai suddetti *principios rectores* efficacia solamente mediata. Ciò significa che i diritti sociali non sono direttamente azionabili dinanzi ai Tribunale *ex constitucione* ma lo possono divenire solo dal momento in cui le *relative leyes de desarrollo* ne determinano il concreto contenuto. Prima dell'adozione di tali leggi di attuazione, quindi – come evidenziato da autorevole dottrina⁵¹ – l'interprete non può riconoscere nei principi in materia sociale alcun diritto soggettivo. Coerentemente con questo orientamento dottrinale, il Tribunale Costituzionale spagnolo ha invero precisato che: «i principi riconosciuti nel Capitolo III del titolo I, anche se devono orientare l'azione dei pubblici poteri, non generano, di per sé, diritti giudizialmente azionabili⁵²». Altrimenti detto, il capitolo III del titolo I della Costituzione non conterrebbe autentici diritti soggettivi, ma, al massimo, precetti di ottimizzazione.

Anche più recentemente, lo stesso Tribunale, nella già citata sentenza n. 93/2015 del 14 maggio, ove oggetto del contenzioso era il Real decreto legge andaluso n. 6/2013 del 9 aprile, rubricato “misure urgenti per assicurare la realizzazione della funzione sociale dell'abitazione”, ha invero affermato come (punto in diritto 14) «il diritto ad un alloggio dignitoso, riconosciuto all'art. 25 dello Statuto della Comunità autonoma dell'Andalusia, più che un diritto soggettivo è un mandato alle autorità pubbliche locali», così ribadendo che i diritti sociali contenuti nel capitolo III del titolo I, sono disposizioni normative programmatiche e, quindi, principi non suscettibili di tutela giurisdizionale diretta.

Base normativa di quanto sin d'ora affermato è costituita invero dall'art. 53, comma 3, della Costituzione spagnola che, diversamente

⁵⁰ In tal senso vedasi: M Agudo Zamora, *Reforma constitucional y nuevo paradigma del Estado social*, Sevilla, 2016, disponibile all'indirizzo web: www.diretoressociales.com.

⁵¹ Vedasi, al riguardo, J. Jimenez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid. 1999, p. 124 ss.

⁵² Tribunale Costituzionale, n. 36/1991, del 14 febbraio.

da quanto previsto per i diritti civili e politici, sembra porre in discussione la stessa efficacia normativa e la giustiziabilità di tutti i principi guida in materia di diritti sociali, prevedendo che questi si limitino ad informare la legislazione positiva, la prassi giudiziale e l'azione delle autorità pubbliche. Ne deriverebbe, quindi, che l'ordinamento spagnolo non contemplerebbe i presupposti di applicabilità e assoggettabilità dei diritti sociali tali da esigerne l'attuazione giudiziaria e da individuarne un diritto soggettivo⁵³. Infine, l'ultimo inciso dell'art. 53 comma 3 dispone altresì che i diritti previsti nel capitolo III del titolo I possano essere azionati solo dinanzi alla giurisdizione ordinaria, in accordo con quanto previsto dalle leggi che li prevedono. Ne discende, pertanto, che la maggior parte dei diritti sociali è esclusa dalla "modalità naturale" di tutela dei diritti fondamentali dinanzi al Tribunale Costituzionale, ovvero il *recurso de amparo*. Unica eccezione a tale regola è costituita dalla libertà di associazione (art. 22), dal diritto all'istruzione (art. 27) e dal diritto di sciopero (art. 28 comma 2), come riconosciuti nella Carta costituzionale nella sezione 1 del capitolo II del titolo I. I diritti sociali possono quindi trovare tutela dinanzi al Tribunale Costituzionale solamente in via indiretta, ove sia sollevata questione di legittimità di una disposizione normativa rilevante per la decisione su una controversia pendente dinanzi ad una corte nazionale o, alternativamente, vi sia un conflitto di competenza tra Stato e Comunità autonome.

⁵³ Nondimeno, il fatto che i principi costituzionali in materia sociale non generano diritti soggettivi azionabili in giudizio non significa, secondo altra dottrina, che questi siano privi di carattere vincolante per i pubblici poteri. Invero, la vincolatività di questi si manifesterebbe in tre requisiti fondamentali: (i) la necessità di interpretazione conforme delle restanti norme costituzionali; (ii) la necessità di valutare la costituzionalità delle norme giuridiche prendendo come parametro proprio i suddetti principi; (iii) le necessità di promuoverne attivamente, ad opera del legislatore, la concreta attuazione. In questo senso: T. de la Quadra-SalcedoJanini, *El Estado autonómico social. El efecto de irradiación de los derechos sociales sobre el modelo constitucional de distribución de competencias*, in *Revista general de derecho administrativo*, n. 46/2017, p. 21. In tal senso anche il Tribunale Costituzionale ha invero evidenziato come i principi riconosciuti nel Capitolo III sono disposizioni costituzionali che obbligano il legislatore e si impongono necessariamente a tutti i poteri pubblici. Vedasi, in particolare, Tribunale Costituzionale, n. 71/1982 del 30 novembre e n. 83/1984 del 24 luglio.

Per di più, come ravvisato da autorevole dottrina, anche quando il massimo interprete della Carta costituzionale è stato chiamato a pronunciarsi – attraverso tali meccanismi indiretti – sulla portata dei diritti sociali, questo sembra essere stato eccessivamente “timido” e scarsamente originale⁵⁴. Il Tribunale costituzionale spagnolo è infatti intervenuto nell’ambito delle prestazioni sociali quasi esclusivamente quando queste erano connesse ad altri diritti costituzionalmente riconosciuti, quali: il diritto all’uguaglianza, il divieto di discriminazione, il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva. L’approfondimento, da parte della giurisprudenza costituzionale spagnola, su tali situazioni giuridiche tutelate dall’ordinamento ha portato quindi alla valorizzazione del godimento delle prestazioni sociali in condizione di parità tra gli individui – quanto al divieto di discriminazione – e alla restrizione di taluni vincoli procedurali – quanto alla tutela giurisdizionale effettiva – senza tuttavia che il Tribunale abbia contribuito (i) ad una definizione più compiuta del contenuto dei diritti sociali, (ii) al riconoscimento di obbligazioni positive in capo ai poteri pubblici con riguardo alle prestazioni di natura sociale. A tale riguardo, infatti, la giurisprudenza costituzionale ha affermato poco (o nulla) circa, ad esempio, le necessità di fornire ai prestatori di lavoro condizioni lavorative adeguate, di sviluppare un sistema che garantisca l’accesso ad una abitazione dignitosa, di fornire determinate prestazioni da parte del sistema sanitario pubblico. Ancora la giurisprudenza costituzionale sembra avere omesso di individuare meglio le situazioni di necessità che devono essere supportate dal sistema di sicurezza sociale o l’obbligazione positiva, gravante sui poteri pubblici, di garantire ai cittadini determinate prestazioni sociali. Altrimenti detto, salvo rare occasioni, il Tribunale Costituzionale spagnolo non si è soffermato sull’analisi del contenuto concreto dei diritti sociali, né tantomeno ha dedotto, dal riconoscimento degli stessi, obbligazioni positive da poter azionare nei confronti delle autorità pubbliche⁵⁵.

⁵⁴ In tal senso vedasi: M. Díaz, *Derechos sociales y amparo constitucional*, in *Revista Vasca de Administración pública*, n. 94/2012, p. 17 ss.

⁵⁵ Vedasi, al riguardo: M. Díaz Crego, *El tribunal constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales*, in *Revista de los derechos sociales*, n. 1/2012, p. 5 ss. Per maggiori approfondimenti sul punto vedasi: G. Pisarello (a cura

Da tale ricostruzione emerge quindi che i diritti sociali vengono a dipendere, in definitiva, dalla discrezionalità del legislatore quanto alla loro realizzazione e, quindi, dalle risorse che questo dispone per le relative prestazioni. La spesa pubblica diretta a garantire tali situazioni giuridiche soggettive è pertanto sempre vincolata alla stabilità di bilancio – come previsto dall'art. 135 Cost. – senza che, al riguardo, il Tribunale Costituzionale possa avere alcuna possibilità di scrutinio, posto che i diritti sociali costituzionalmente garantiti non configurano veri e propri diritti soggettivi tali da costituire obbligazioni positive per il legislatore⁵⁶. Altrimenti detto, la garanzia dei diritti sociali viene a dipendere dalle risorse finanziarie disponibili, con una netta subordinazione dei primi alle seconde.

Paradigmatica, a tal proposito, l'impossibilità per le Comunità autonome – in assenza di disponibilità economiche – di innalzare la soglia dei livelli minimi di prestazione stabiliti dallo Stato in forza del disposto di cui al novellato art. 135 comma 6 Cost., secondo cui queste ultime «in conformità ai rispettivi Statuti e nei limiti di cui al presente articolo, adottano le disposizioni necessarie per l'applicazione effettiva del principio della stabilità nelle proprie norme e decisioni di bilancio». Invero, grazie alla suddetta disposizione costituzionale, si sarebbe stabilito un nuovo significativo limite all'autonomia finanziaria delle Comunità autonome, il quale ne condiziona inevitabilmente le politiche di spesa, in assenza di risorse proprie. Più precisamente, si tratta dell'ipotesi in cui i conti pubblici dell'ente locale in questione non sono in linea con gli obiettivi su debito e deficit – oltre che alla *regla del gasto* – come previsti dalla *Ley organica* n. 2/2012⁵⁷. Ciascuna legge autonoma deve pertanto

di), *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Bomarzo, Albacete, 2009.

⁵⁶ In tal senso argomenta J. Ponce Solè, *Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el derecho público español*, op. cit., p. 67 ss.

⁵⁷ Recentemente, invero, il Governo spagnolo ha minacciato la Comunità autonoma di Murcia di ricorrere al Tribunale Costituzionale, sollevando questione di legittimità di una legge locale che avrebbe innalzato lo stipendio dei funzionari pubblici, fissandone il massimo ad un importo più alto rispetto a quello stabilito a livello centrale. Tale Comunità Autonoma non rispetterebbe, infatti, i parametri su debito, deficit e la *regla del gasto*. Pertanto, le sarebbe preclusa la possibilità di aumentare la spesa pubblica, rispetto ai livelli essenziali di prestazione stabiliti a livello

prevedere la copertura delle risorse necessarie per assicurare l'autonomia e "sufficienza" finanziaria degli enti locali; diversamente, in nessun caso, è consentito a tali enti attuare un incremento delle risorse attribuite alle prestazioni sociali. Altrimenti detto, un limite alla potestà legislativa delle Comunità autonome risiede nel rispetto del principio della *estabilidad presupuestaria*, il quale si estrinseca nella necessità di finanziare un eventuale innalzamento dei livelli minimi delle prestazioni stabiliti a livello centrale solamente attraverso risorse proprie.

Se quindi, per esempio, una Comunità autonoma stabilisce che vi sia un numero minore di alunni per classe, rispetto a quello determinato dallo Stato, le relative maggiori spese – dovute al fatto che si formeranno più classi, con tutti gli oneri economici connessi – dovranno essere finanziate dal bilancio di tale ente locale che, se privo di risorse, non potrà adottare tale determinazione⁵⁸. Da ciò ne discende, secondo parte della dottrina, che l'autonomia finanziaria delle Comunità autonome risulta piuttosto compressa e svilita, "stretta" tra gli angusti limiti finanziari implementati dalla Legge Organica 2/2012⁵⁹.

Proprio alla luce di tali ragioni, si può quindi comprendere come, in Spagna, il Tribunale Costituzionale non si sia pronunciato affatto circa la compatibilità delle diverse misure di *austerità* adottate dal Parlamento post 2011 con la Carta costituzionale in quanto non vi è, nell'ordinamento spagnolo, la concezione che un diritto sociale, in quanto fondamentale e azionabile, possa vincolare le scelte di bilancio del legislatore. Invero i diritti sociali sembrano poter essere tutelati

centrale. Vedasi, al riguardo, J. Mollejo, *El Ministerio amenaza la mejora salarial para los funcionarios de la Comunidad*, in *La Verdad*, marzo 2019, disponibile al seguente indirizzo web: www.laverdad.es

⁵⁸ In questo senso argomenta T. de la Quadra-Salcedo Janini, Relazione al Congresso sobre la reforma del Estatuto de Castilla-La Mancha, dal titolo *Las competencias autonómicas*, 10 maggio 2017. Tale Relatore ha affermato al riguardo come, in forza dell'introduzione del principio di *estabilidad presupuestaria* la garanzia dei diritti sociali viene a dipendere dai mezzi finanziari disponibili, il che comporta l'abbandono della incondizionabilità nella pretesa dell'inveramento dei diritti fondamentali.

⁵⁹ Cfr. C.A. Ciaralli, *Della costituzionalizzazione del principio di estabilidad presupuestaria nel quadro dello Stato autonomico spagnolo*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 2/2017, p. 485.

solo nell'ambito delle risorse che a questi sono discrezionalmente e insindacabilmente riservate dal legislatore.

6. Cenni conclusivi

Si cerca quindi, da ultimo, di formulare delle brevi considerazioni alla luce di quanto esposto circa l'impatto della riforma dell'art. 135 della Costituzione sull'ordinamento spagnolo ed, in particolar modo, sui diritti sociali costituzionalmente garantiti dalla relativa Carta del 1978. Anzitutto, poiché tale riforma si presenta come un portato della c.d. *governance* economica europea della crisi pare potersi concordare con il pensiero di autorevole critica dottrina, secondo cui «al posto degli uomini abbiamo sostituito i numeri e alla compassione nei confronti delle sofferenze umane abbiamo sostituito l'assillo degli equilibri contabili⁶⁰», posto che le nuove stringenti regole di bilancio sembrano costituire un tassello cruciale di una generale strategia di governo europeo dell'economia che ha come ultimo effetto – come si è cercato di dimostrare – la corrosione delle strutture portanti delle costituzioni democratiche nazionali⁶¹. Invero, quanto alle conseguenze della descritta riforma, sembrerebbe in atto una vera e propria trasformazione della struttura stessa dello Stato spagnolo, in corso di tramutazione da “Stato indebitato” a “Stato ammortizzatore”. A tale conclusione si può infatti addivenire, in particolare, alla luce dell'introdotta disposizione di cui all'art. 135, comma 3, Cost. che – come visto – prevede che il pagamento degli interessi sul debito goda di priorità assoluta rispetto a qualsiasi altra spesa pubblica, inclusa quella destinata al soddisfacimento delle prestazioni sociali. Ed è infatti proprio lo “Stato ammortizzatore”, a differenza di quanto avviene nelle democrazie costituzionali di diritto, ad avere quale obiettivo prioritario dell'azione statale la riduzione del debito pubblico in maniera tale da renderlo compatibile con la c.d.

⁶⁰ F. Caffè, *Un economista per il nostro tempo*, a cura di G. Amari e N. Rocchi, Napoli, 2009, p. 29.

⁶¹ Cfr. M. Dani, *Numeri e principio democratico: due concezioni a confronto nel diritto pubblico europeo*, in C. Bergonzini - S. Borelli - A. Guazzarotti (a cura di.), *La legge dei numeri, governance economica europea e marginalizzazione dei diritti*, Napoli, 2016, p. 102.

“stabilità finanziaria”, ossia con il mantenimento del pieno valore del capitale e, soprattutto, delle attività finanziarie connesse⁶². Nello “Stato ammortizzatore” si realizza infatti un’inversione assiologica: il debito diventa non più un mezzo, ma si trasforma nel fine precipuo dell’azione pubblica e, al contrario, i fini propri dello Stato democratico e sociale di diritto divengono invece mezzi. Altrimenti detto, la contrazione del debito pubblico non è più strumentale alla garanzia dell’eguaglianza materiale dei cittadini – funzione che l’indebitamento assolve invece nelle democrazie costituzionali – in quanto il principale scopo dello “Stato ammortizzatore” è appunto quello di mantenere integro il valore del capitale, con una subordinazione (anche) dei diritti e delle prestazioni sociali rispetto a tale precipuo obiettivo. Ne discende, pertanto, come si è cercato di dimostrare nel presente contributo, un indebolimento della tutela apprestata ai principali diritti sociali costituzionalmente garantiti, sia in forza di una marcata riduzione delle risorse a questi destinate, sia a causa di una significativa “stretta” sulle Comunità autonome quanto alla possibilità di migliorare i livelli minimi di prestazione stabiliti centralmente. Come infatti emerge da un’analisi del contenzioso Stato – Comunità autonome in relazione alla garanzia dei diritti sociali a livello autonomico, ove tali enti locali forniscano a questi una tutela più estesa rispetto al minimo stabilito a livello centrale, il Tribunale Costituzionale non ha mancato di ravvisare un’invasione di talune competenze riservate allo Stato.

Alla luce di quanto illustrato nel presente contributo pare quindi, in conclusione, potersi aderire alle osservazioni di quella dottrina secondo cui: «il principio del pareggio di bilancio è oggi diventato una sorta di costituzione dentro la costituzione. Questa concezione economica non permette la realizzazione delle funzioni del diritto costituzionale perché non ci sono i diritti come prima, non c’è la democrazia pluralistica come prima, non c’è la normatività della costituzione come prima. Per difendere i diritti sociali e tutti gli altri diritti è necessario dunque riaffermare forme di assoggettamento dell’economia alla Costituzione, stabilire nuovamente la capacità di

⁶² In questo senso, A.J. Menéndez, *¿Constitución o camisa de fuerza? De las nuevas reglas fiscales al "Estado amortizador"*, in *Teoría Política*, n. 5/2015, p. 211.

mediazione di quest'ultima in modo che le richieste dell'Europa debbano essere applicate all'interno del quadro costituzionale⁶³».

Abstract: The article deals with the reform of article 135 of the Spanish Constitution adopted in 2011 by the leader of the majority party (PSOE) and the one of the main opposition party (PP) under a simplified procedure provided by the parliamentary regulations both of the Chamber and of the Senate. It should be pointed out that this constitutional reform was approved very quickly and in the absence of a political consensus and a relevant public debate. In particular, the focus is on the consequences of such constitutional budget rule on (i) public spending related to education, health and security system and on (ii) the financial autonomy of the Spanish local entities. The aim of the article is to show that as a consequence of the constitutionalization of a limit to public debt and government spending, there has been a deterioration of the paradigm of social constitutionalism which concretely undermines people's social rights.

Keywords: budgetary stability rule, Spanish constitutional reform, social rights, economic crisis, welfare state

Riccardo Cabazzi - Dottorando di ricerca in Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali, Università degli Studi di Ferrara (cbzrcr@unife.it)

⁶³ Cfr. F. Balaguer Callejon, *Costituzione europea e democrazia pluralista nella globalizzazione*, in A. Cantaro (a cura di), *Quo vadis Europa? Stabilità e crescita nell'ordinamento europeo*, 2015, p. 30. Atti del Seminario svoltosi ad Urbino il 9-10 ottobre 2014.

The constitutional and political impact of party funding regulation in Italy *

*Silvia Filippi***

CONTENTS: 1. Introduction - 2. “The golden age” of the public financing of political parties - 3. The electoral reimbursements season – 4. “The final cut”: the complete abolition of the direct public funding – 5. Recent legislative innovations – 6. Some final remarks

1. Introduction

The Article 49 of the Italian Constitution¹ does not mention the fundamental issue of the party financing at all. It merely provides that «citizens have the right to freely associate in parties to contribute to determining through democratic method national policies». During the Republican era party funding has been regulated in very different ways, so that it is very hard to grasp an “Italian model”.

After the Second World War, the parties engaged in the Resistance period laid down the basis for a political pluralism with a very huge legitimation. Despite the minimal regulation, the Italian

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

** This article derives from the paper “*Funding of political parties: does an “Italian way” exist?*” presented at the 10. *Düsseldorfer Graduiertenkonferenz Parteienwissenschaften (GraPa)* at the Institut für Deutsches und Internationales Parteienrecht und Parteienforschung (PRuF) based at the Heinrich Heine Universität in Düsseldorf (February, 1-2 2019).

¹ On article 49 of the Italian Constitution and on parties in general, *ex multis*: P. Ridola *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, Milano, 1982, p. 66 ff.; A. Predieri, *I partiti politici*, in P. Calamandrei, A. Levi (eds.), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze 1950, 201 ff.; S. Bartole, *Partiti politici*, in *Dig. Disc. Pubb.*, Torino 2000, p. 719 ff.; G. Pasquino, *Art. 49*, in G. Branca, A. Pizzorusso (eds.), *Commentario della Costituzione*, Bologna 1992, 7 ff.; G. Rizzoni, *Art. 49*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (eds.), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino 2006, p. 981.

Constitution is party-centred. According to Mortati, the “Stato dei partiti” results from a balance between different political actors representing politically active citizens².

An inquiry into the evolution of party funding regulation from the constitutional perspective calls therefore for the analysis of the broadest topic of political representation. The adoption of a certain funding system remarks an ideological choice, involving not only the concrete ways in which parties guarantee their survival, but also their constitutional role as organs of political mediation.

Beside this, one can see a strong relationship between party financing and party organizational development. Parties have become over time even more complex machineries designed to represent contrasting and different interests. On the one hand, public financing helps levelling the ground for party electoral competition, whereas on the other it leads to the erosion of party linkage with society³. In Italy public party funding was introduced in the '70s, when parties were the main actors in the political arena. After a nationwide judicial investigation towards political corruption in the '90s, a referendum to abolish public financing was made, but parties continued receiving public resources. The impact of political finance scandals on public opinion is a well-known problem for contemporary democracies, because it undermines the legitimacy of political parties and the democratic process itself. The media frenzy on these scandals, joined with the discontent running through the public opinion, made worse by the economic crisis, determined the Government to completely

² C. Mortati, *La Costituente*, in Id., *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, Milano 1972, p. 297. See also Id., *La costituzione in senso materiale* (1940), Milano 1998; Id., *Concetto e funzione dei partiti politici in Quaderni di Ricerca*, 1, 1949; Id., *Disciplina dei partiti politici nella Costituzione italiana*, in *Cronache sociali*, 1950, n. 2, p. 25 ff.; Id., *Note introduttive a uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in memoria di V. E. Orlando*, II, Padova 1957, p. 114 ff.

³ For a comparative analysis, cf. I. van Biezen, P. Kropecky, *The Paradox of Party Funding*, in S. E. Scarrow, P. Webb, T. Poguntke (eds.), *Organizing Political Parties. Representation, Participation and Power*, Oxford 2017, p. 85 ff. On the other side, some scholars think that there is not a direct relationship between public funding and distrust in political parties. Cf. recently M. Koß, *Die beste aller schlechten Lösungen. Plädoyer für eine Ausweitung der staatlichen Parteienfinanzierung*, in *Der Staat*, 57 (2018), p. 387 ff.

abolish public financing in 2013. The Italian party system moved thus from a legal framework based on massive injection of public money to a legal framework currently based only on indirect financing. After the 2018 elections the Parliament approved lastly the so called “anti-corruption law”, that provides some non-criminal dispositions concerning political parties, movements and foundations.

Every attempt in reforming the regulation at stake is an effort to stem an emergency⁴ and it is more and more hard to see behind the current regulation a clear and comprehensible intent. Party funding regulation appears as a political tool to recover the citizens’ confidence and build a responsive relationship, but the complete abolition of public financing has not resolved the issues of transparency, internal democracy and accountability of political parties. In almost all of the western democracies one can find different forms of state contributions to political movements and associations and the EU Reg. 1141/2014 (recently modified by Reg. 2018/673) similarly provides for European political parties⁵.

2. “The golden age” of the public financing of political parties

Public funding of political parties was introduced in the ‘70s in a “moralizing atmosphere”. In the previous system many types of private funding were admitted and parties received «corrupt funding of a routinized and institutionalized nature»⁶. The law n° 195 of 2

⁴ It is an aspect that characterizes many fields of the Italian legislation. E.g. see E. Longo, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell’età dell’accelerazione*, Torino 2017.

⁵ On European Political Parties, *ex multis* see T. Koch, *Das neue Recht der europäischen Parteien in MIP – Zeitschrift für Parteienwissenschaften*, 2018 (24), p. 71 ff.; F. Saitto, *European political parties and European public space from the Maastricht Treaty to the Reg. No. 1141/2014*, in *Rivista di Diritti Comparati*, n. 2/2017, p. 23 ff.; G. Grasso, *Partiti politici europei e disciplina costituzionale nazionale*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1/2017; G. Grasso, G. Tiberi, *Il finanziamento dei partiti politici europei*, in F. Biondi, G. Tarli Barbieri (eds.), *Il finanziamento della politica*, Napoli 2016, p. 433 ff.

⁶ J. Newell, *Party Finance and Corruption: Italy*, in R. Williams (ed.), *Party Finance and Political Corruption*, Houndmills 2000, p. 61.

May 1974 on “State Contributions to the Financing of Political Parties” was adopted after a decennial debate in order to discourage illicit financing or contributions coming from lobbies⁷. The law provided a reimbursement of the expenditures for elections to the two Chambers of Parliament and subventions to support party organizational activities. In this period, despite the first signals of crisis started coming out after the “oil scandal”, the political legitimacy of parties is still strong. Up to the late ‘70s, parties were not worried because of the erosion of voter loyalties⁸.

The period known as “Prima Repubblica” can be divided in two phases: during the first period (1943 – 1968) parties are regarded as founders of the rising Italian Republic, while in the second (1968 – 1992) they are perceived as omnipresent actors of public life¹⁰. Parties were involved since 1943 in collective historical events and filled the institutional void left after the collapse of Fascist regime. In addition to this, the Italian State suffered from low levels of legitimacy because of the deep economic and cultural diversity of the population and the aversion of the Catholic Church to unification. These elements have failed to create a strong national ideology and caused an endemic lack of political participation of Italian citizens in the post- unification period¹¹. National mass political parties, that had a high level of

⁷ F. Biondi, *Finanziamento pubblico e regolazione giuridica dei partiti politici dopo il decreto – legge n. 149 del 2013*, in F. Biondi, G. Tarli Barbieri (eds.), *Il finanziamento della politica*, Napoli 2016, p. 13 – 15. J. Newell, *op. cit.*, p. 70 – 72.

⁸ L. Bardi, *Party Responses to Electoral Dealignment in Italy*, in P. Mair, W. C. Muller, F. Plasser (eds.), *Political Parties and Electoral Change*, Thousand Oaks (CA), 2004, p. 111.

⁹ “Prima” and “Seconda Repubblica” are categories commonly accepted to identify historical periods characterized by a certain political asset, but they do not have a constitutional connotation, as it happens in France. The legal value of such categories is explicitly denied by some scholars, like T. Martines, *Diritto costituzionale. Appendice (a futura memoria) all’ottava edizione*, Milano 1994.

¹⁰ O. Massari, *La parabola dei partiti in Italia: da costruttori a problema della democrazia*, in *Democrazia e diritto*, 3, 2009, p. 19 ff.; G. Pasquino, *Degenerazione dei partiti e riforme istituzionali*, Roma – Bari 1982. For a recent historical analysis of the vicissitudes of the “Prima Repubblica”, see G. Bedeschi, *La Prima Repubblica (1946 – 1993). Storia di una democrazia difficile*, Soveria Mannelli 2013.

¹¹ J. Newell, *op. cit.*, p. 63 – 64. The development of parties during the post – unification period has been very slow. At this regard, *ex multis*: A. Scialoja, *Della*

“moral legitimacy”, gained a very wide membership after the Second World War¹². They were marked by a strong internal structure. Despite of this, the highly polarized multiparty system¹³ prevented the physiological functioning of parliamentary democracy, because of the exclusion from office (*conventio ad excludendum*) of the main party of opposition (the Communist party, PCI) and the permanence at the head of unstable government coalitions of Christian-democrats (DC). In order to maintain a democratic balance, parties pursued a politics of «mediation»¹⁴, that led in the long run to a persisting government instability, making it difficult to take programmatic decisions¹⁵.

In this context, the law n°195/74, called “legge Piccoli”, was adopted with a very large majority. According to some scholars the newly introduced public financing regulation represented a partial execution of the art. 49 of the Constitution¹⁶, making parties self-sufficient and independent from external influences. But some others do not recognize a positive impact of direct state funding on the prevention of unlawful forms of financing¹⁷. “Legge Piccoli” dealt with a mixed form of financing, regulating private subsidies¹⁸ and introducing state financing. The latter reshaped political parties, that in that way became less interested in the traditional sources of private

mancanza dei veri partiti politici in Italia e del come potrebbero sorgere, in *Nuova Antologia*, XIII (1870), 1, p. 54 – 88.

¹²F. Bourricaud, *Partitocrazia: consolidamento o rottura?*, in F. Cavazza, R. S. Graubard (eds.), *Il caso italiano*, Milano 1974, p. 81 ff. The A. highlights that the growth of political membership subsequent to the Resistance turned parties in mass-based organizations enrolling between them by 1947 over 3 million members.

¹³G. Sartori, *Teoria dei partiti e caso italiano*, Milano 1982.

¹⁴O. Massari, *op. cit.*, p. 26.

¹⁵L. Bardi, *op. cit.*, p. 111. Before 1994, the Italian party system was very fragmented, with at least 8 national parliamentary parties at any given time, but only Democrazia Cristiana, Partito Comunista Italiano, Partito Socialista Italiano and Movimento Sociale Italiano had relevant electoral support.

¹⁶E. Bettinelli, *La legge sul finanziamento pubblico dei partiti. Note critiche sui rapporti tra sistema politico e diritto dei partiti*, in *Il politico*, 1974, 640 ff.; G. Pasquino, *Art. 49*, cit.

¹⁷K. Casas-Zamora, *Paying for Democracy: Political Finance and State Funding for Parties*, Colchester 2005, p. 39.

¹⁸L. n. 195/74, art. 7.2 and 7.3.

financing¹⁹. Beside the provisions concerning direct public funding²⁰ (election reimbursements and organizational expenses)²¹, other provisions regulated the accounting of party incomes and expenditures, but they were not clear. The new law provided *de facto* «a screen behind which corrupt financing could proceed»²². So public financing added rather than substituted private unclear forms of financing and had the unintended consequence of encouraging the unauthorized use of resources and going worse rather than reduce corruption²³.

The lack of transparency and control²⁴ is linked with the phenomenon of «partitocratic degeneration»²⁵. The term *Partitocrazia* identifies a system of power relations coming from a deep enmeshment between parties, public institutions and interest groups. It happens because the State allows an overlap between the personnel of the parties, interest groups and public institutions, making it difficult to identify in which capacity individuals act. The ultimate effect of this system consists in making civil society and the State prone to party needs, rather than the contrary²⁶. Times have changed, but a continuity is to be found with the wide-spread tendency of the pre-fascist period to exert power in an informal and particularistic

¹⁹ R. S. Katz, P. Mair, *Changing Models of Party Organization and Party Democracy: the emergence of the cartel party*, in *Party Politics*, Vol. 1, 1, 1995, p. 5-31; I. van Biezen, P. Kropecky, *op.cit.*, p. 84.

²⁰ Parties received also different forms of subsidies and indirect funding, such as free radio and television broadcasting, reduced postal rates, or various types of tax exemptions.

²¹ The 75% of state subsidies is given to supply organizational expenses and the 25% of the sum is directed to electoral expenses. Subsidies for “ordinary activities” is delivered to parliamentary groups, which are obliged to transfer almost the 95% of the sum to parties (art. 3, Law n° 195/74). Electoral reimbursements are requested to the President of the Chamber of Deputies by party Secretaries.

²² M. Rhodes, *Financing party politics in Italy: a case of systemic corruption*, in *West European Politics*, 1997, p. 58.

²³ I. van Biezen, *Campaign and Party Finance*, in L. LeDuc, R.G. Niemi, P. Norris (eds.), *Comparing Democracies: Elections and Voting in Global Perspective*, London 2010, p. 65 ff.

²⁴ The Parliament exerted an internal control on party financing and Corte dei Conti (the Italian account jurisdiction) could not evaluate it.

²⁵ O. Massari, *op. cit.*, p. 25.

²⁶ L. Bardi, *op. cit.*, p. 133.

way²⁷. Party government and *partitocrazia*²⁸ are not the same thing: the former is the typical form of western democratic regimes, characterized by alternation of the ruling parties, accountability and control exerted by public opinion²⁹, the latter allows parties to accede to the key-positions of the State and to exert a remarkable influence over the reconstruction of social organizations and interest groups.

Against this background, parties became the main channels of access to bureaucracy and the privileged interlocutors to manage state resources during the post-war period. The increasing level of corruption was nurtured by the growth of informal networks and power structures within the parties³⁰. Parties were no more the link between citizens and institutions, but power structures through which individuals and interest groups sought to realize their private ambitions. In 1978 Italian citizens were called to vote on a referendum sponsored by Radicals³¹ to abolish public funding. The referendum failed, but voters expressed a strong signal of discontent towards the party apparatuses and their managing of public money³². symptomatic good example of the changed political climate is that the Italian Communist Party was on the same line of Christian-democrats in opposing abolition of public financing³³.

Corrupt party funding became 'systemic' in the '80s, despite the introduction of new rules on private contributions to parties and on

²⁷ *Ex multis* cf. G. Carocci, *Giolitti e l'età giolittiana*, Torino 1982; G. Melis, *Istituzioni liberali e sistema giolittiano*, in *Studi Storici*, 1, 1978, p. 131 ff.

²⁸ O. Massari, *ivi*.

²⁹ E. E. Schattschneider, *Party Government*, New York 1942, 1 says that «democracy is unthinkable save in terms of parties». We can find this conception also in M. Duverger, *I partiti politici* (1951), Milano 1971, p. 431; L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano 1970, p. 638 and in J. Bryce, *Modern Democracies*, London 1921, p. 119.

³⁰ J. Newell, *op. cit.*, p. 69.

³¹ It could appear a paradox that the Radicals, while declaring themselves to be implacable opponents of *partitocrazia*, could sponsor an initiative designed to eliminate a system which, in theory, was aimed at combating corruption.

³² The 43,6% of the voters are favourable to the abolition of public financing. J. Newell, *op. cit.*, 75, highlights the political significance of the 1978 vote, reporting the opinion of E. Scalfari, editor of *La Repubblica*: «the vote had been for or against the political system which, for better or worse, had governed for thirty years».

³³ J. Newell, *ivi*, reports that Partito Comunista Italiano defined the referendum question as «an attack on the difficult process of democratic advance of the country».

financial accounting. Instead of listening to the requests for a reform enhancing transparency and participation³⁴, political parties in Parliament adopted a new law on party funding (law n° 659/1981)³⁵ that doubled public financing given as electoral reimbursements. So cronyism and corruption increased, until *Tangentopoli* emerged in 1992, uncovering a wide political corruption system. Traditional parties were destroyed by this scandal³⁶. After 1992, “*partitocrazia* without parties” is a widely accepted way to describe Italian political system³⁷. Parties will continue exerting their control on the government machinery but the solid organizational and ideological structure by which they were supported will be replaced by personal apparatuses, because corruption had fatally undermined the party organizational structures.

3. *The electoral reimbursements season*

In April 1993 a second referendum asking the citizens if they wanted to struck down public party financing took place³⁸. The outcome was a vote of 90.3% in favour of abolition: it was a plebiscite against the system and the members of the political ruling class, giving evidence of the lowest level of political legitimacy parties had in post-war history. But the referendum was not effective at all, because it was directed to abolish only those articles of the law 195/74 which provided for a public contribution to parties’ organizational

³⁴ Cf. E. Cheli, *Spunti per una nuova disciplina in tema di finanze dei partiti*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, II, Padova 1985, p. 140 ff.

³⁵ Then modified by L. n° 413/1985.

³⁶ After the 1994 election, Partito Liberale Italiano, Partito Socialista Italiano, Partito Repubblicano Italiano, and Democrazia Cristiana were annihilated. L. Bardi, *op. cit.*, 119 observes that «it is very unlikely that without the scandals parties such as the Democrazia Cristiana or even the Partito Socialista would have collapsed as a result of just one unfavourable election».

³⁷ M. Calise, *Il partito personale. I due corpi del leader*, Roma - Bari 2010, 15.

³⁸ For a further reconstruction of the referendum vicissitudes, see A. Barbera, A. Morrone, *La Repubblica dei referendum*, Bologna 2005.

expenses³⁹. Reimbursements for parties' election campaign expenses then remained, or better still, increased.

After the overwhelming outcome of the referendum, new parties⁴⁰ or old parties with new names⁴¹ hoped in a fresh restart, adopting a new system of party financing⁴² as part of a full package of reforms⁴³, including a new electoral law⁴⁴. Public opinion was favourable to a majoritarian democracy⁴⁵ in which, through a bipolar competition, the electorate could choose a majority, a government, a head of government and a fully-fledged political program. But the voters' mobility was still very relevant. In order to gather such a molecular consensus, an unprecedented personalization of politics took place. The process of presidentialization⁴⁶ became more intense after the electoral success of Forza Italia in 1994, the "Berlusconi's party", created in a few months thanks to the financial and media resources of a *sui generis* entrepreneur. The "personal-party model" represents a challenge to the traditional representative democracy in Italy⁴⁷. This model would have soon monopolized Italian politics, but

³⁹ Artt. 3 and 9, Law n. 195/1974.

⁴⁰ Lega Nord (1992), Forza Italia (1994) and the confederation of parties Margherita (2001).

⁴¹ In 1991 Partito Comunista Italiano dissolved itself and gave origin to Partito Democratico della Sinistra.

⁴² Law n° 515/1993.

⁴³ The regulation on party financing is part of the so called "contour electoral legislation", cf. F. Clementi, *Prime considerazioni intorno ad una legge di disciplina dei partiti politici*, www.federalismi.it, n. 6/2015.

⁴⁴ Law n. 276 and 277/1993. The 1993 electoral laws introduced a mixed but substantially majoritarian model (75% of the seats was assigned according to the majoritarian rule, while only the 25% was assigned according to the proportional rule). *Ex multis*, cf. A. Barbera, *Transizione alla democrazia maggioritaria? Riflessioni in due puntate*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/1994; G.U. Rescigno, *Democrazia e principio maggioritario*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/1994.

⁴⁵ Cf. M. D. Poli, *Der Wandel der politischen Parteien in Italien*, in *ZParl - Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 47 (2016), p. 800 ff.

⁴⁶ M. Calise, *Presidentialization, Italian Style* in T. Poguntke – P. Webb (eds.), *The Presidentialization of Politics. A Comparative Study of Modern Democracies*, New York 2005, p. 105 – 124. However, a correlative presidentialization in the organization of political parties cannot be recognized, cf. O. Massari, *The Absence of Party Presidentialization in Italy*, in G. Passarelli (ed.) *The Presidentialization of Political Parties*, London 2015, p. 241 – 260.

⁴⁷ M. Calise, *op. cit.*, p. 19.

the outcomes have not been homogeneous. While in some cases the figure of a strong, recognizable leader was likely to increase responsiveness to public opinion in a majoritarian context, in other cases the personalization led to the fragmentation of parties (especially the left-wing oriented) in factions. The new conditions caused organizational changes, linked with the development of a two-level party system: individual parties need lighter and more flexible organizations in order to adapt themselves to the building of coalitions⁴⁸.

The law n° 515 of 10 December 1993 modified the system of reimbursement of electoral expenditures in order to take account of the new legal framework created by the new electoral law. Public contributions are given to parties *sub forma* of electoral reimbursements, until the lawmaker intervened in 1997⁴⁹, regulating the financing of parties' organizations too. The legal framework of party financing was then modified in 1999, 2002 and 2006⁵⁰, providing increasing generous reimbursements, non-selective criteria for the allocation of funds and an extension of the range of beneficiaries⁵¹. The critical issues of party financing were clear to public opinion, but the referendum promoted by Radicals to abolish the Law n. 157/1999 that took place in May of 2000 failed because of a too weak participation⁵². It was a symptom of resignation toward a situation perceived as pathological but unchangeable. In 2005 the Parliament adopted a new electoral law⁵³. Law n° 270 emphasized the struggle

⁴⁸ L. Bardi, *op. cit.*, p. 135.

⁴⁹ Law n° 2 /1997. For an overview on the historical - chronological vicissitudes of the party funding regulation: P. Ridola, *Parteienfinanzierung in Italien*, in *Parteienfinanzierung im internationalen Vergleich*, Mainz – Hechtsheim 2000, p. 23 ff.; M. Rubechi, *Il finanziamento pubblico ai partiti e la sua trasparenza: profili storico-evolutivi*, in *Giornale di Storia costituzionale*, n. 31, I, 2016, p. 125 ff.

⁵⁰ Law n° 157/1999; Law n° 156/2002; Law n° 51/2006.

⁵¹ The most “scandalous” provision concerned the so called “multiple reimbursement”, according to which parties would have the right to receive a second reimbursement in the case of premature ending of the legislature. For further details on the laws on party financing adopted between 1999 and 2006, see F. Sgrò, *Le sovvenzioni all'attività politica tra azzeramento della contribuzione pubblica e sostegno economico alle fondazioni politiche*, www.federalismi.it, 09.05.2018, p. 16.

⁵² Only the 32,2% of the population voted.

⁵³ Law n° 270/2005, named as “Porcellum” by G. Sartori.

between coalitions and highlighted the difficulties the single parties had to organize themselves according to a majoritarian mechanism. The law n°270 was deemed to violate the principle of fair political representation and the Constitutional court declared it void in 2014⁵⁴. This is an unprecedented decision: the Constitutional court had never admitted before an *incidenter* proceeding questioning the constitutional legitimacy of an electoral law.

This has been a further step toward the complete realization of a pyramidal structure in party organizations. Party membership was very low, abstention from voting rose to a very high level⁵⁵ and people felt disconnected from their representatives, now conceived as a “caste”⁵⁶. Parliament turns into a “tuna can” that needs to be opened, as one of the mottos of the leader of the Movimento Cinque Stelle⁵⁷ says.

In 2011, when Italy was sinking in debt crisis, the Prime Minister Berlusconi resigned after the Parliament approved austerity measures required by the European Union. In that way the Presidente del Consiglio paved the way to the installation of a technical government called to adopt measures reducing public debt and increasing growth. Almost all political parties, with the exception of Lega Nord, a member of the center-right coalition that since its foundation has exploited the ability to channel long-repressed popular dissatisfaction, have said they would support the new PM Monti, an economist and former member of the European Commission.

In these times of political uncertainty and economic austerity a partial reform of party financing took shape in 2012. The Law n° 96

⁵⁴ Corte cost., sent. n° 1/2014.

⁵⁵ L. Bardi, *op. cit.*, p. 116 ff.

⁵⁶ S. Rizzo, G.A. Stella, *La casta. Così i politici italiani sono diventati intoccabili*, Milano 2007. The term is used with a different connotation from the '70s and highlights the nexus between corruption and the failing of a model of politics. Written by two journalists of *Corriere della Sera*, the book had a great impact on public opinion.

⁵⁷ Cf. J. Iacoboni, *L'esperimento. Inchiesta sul Movimento 5 Stelle*, Roma-Bari 2018. M5S political proposal is inspired by the principles of direct democracy, in order to by-pass political parties through the internet. M5S presented itself as a radically new subject, not a party but a “movement”, apparently without a recognizable social basis, whose transversal success came from the radical opposition to all previous political and organizational forms.

diminished the amount of public financing and changed the system of contribution⁵⁸: the 70% of the sum was given both as a reimbursement for the expenditures of the electoral campaign and for the organizational expenses, while the remaining 30% was related to the self-financing capacity and allocated proportionally to membership fees⁵⁹ and private donations⁶⁰. While in the previous situation financing relied basically on electoral consensus, now it rewards the ability in collecting private funding and new partisans.

A comparative study, focused on various European countries, shows that parties in the late '80s received almost 30% of their incomes from membership fees. After thirty years this percentage has nearly halved: the relevance of the membership fees has gone down, on average by 13%, while the relevance of state subsidies has grown at 22,2%⁶¹. Thus, in Italy, both the share of membership fees and of state subsidies has decreased. While in all other countries the amount of public money injected into the system has grown, Italy has been the only country that has shown a decrease⁶².

4. *“The final cut”: the complete abolition of the direct public funding*

⁵⁸ L. n° 96/2012, art. 2.

⁵⁹ Giving state contribution correspondingly to membership fees means rewarding the representative potential of a party.

⁶⁰ This reform is inspired to the German model of party financing. There are several previous Italian studies comparing the two systems. Cf. C. Pinelli, *Prefazione agli Atti del Convegno su “Elezioni e finanziamento dei partiti: il sistema italiano e quello tedesco”*, in *Quaderni del Circolo Rosselli*, n. 2/1985; A. Somma, *Circolazione dei modelli superati: il legislatore italiano ed il sistema tedesco di finanziamento della politica*, in *Quad. cost.*, 1993, p. 623 ff.; C. Panara, *Il rapporto tra il finanziamento pubblico dei partiti politici ed il principio di eguaglianza delle chances: i casi tedesco ed italiano*, in *Dir. pubb. Comp. ed europeo*, 2006, p. 181 ff.; I. Pellizzone, *Il finanziamento della politica in Germania*, in F. Biondi, G. Tarli Barbieri (eds.), *op. cit.*, p. 365 – 386; G. Repetto, *Appendice normativa*, in R. Salari, *Quali regole per i partiti politici? Esperienze europee a confronto*, Soveria Mannelli 2008. The new system was adopted coherently with the *Nota sul finanziamento della politica* written in 2012 by G. Amato, http://www.camera.it/temiap/XVI_0437.pdf

⁶¹ I. van Biezen, P. Kopecky, *op. cit.*, p. 88

⁶² Ivi, p. 89 – 90.

The report realized by the *Groupe d'Etats contre la corruption*⁶³ in 2012 contained some recommendations addressed to Italy in order to prevent corruption and abuses of state resources. These phenomena did not decrease, despite the enactment of law n° 96. The media relevance of new abuses committed by politicians from all political areas exacerbated the public opinion's aversion towards public financing of politics. After the installation of a new Prime Minister⁶⁴, Letta, the Government adopted in a very short time the decree-law⁶⁵ n. 149/2013, that completely abolished public financing⁶⁶.

So Italy moved suddenly from a massive State-funded political system to a substantially privately-funded one. Electoral reimbursements were indeed completely abolished since 2017. During the period 2013-2017, the lawmaker established a transitional regime that enabled parties to benefit public funding in a decreasing percentage⁶⁷.

One of the forms of financing replacing state funds deals with a mechanism called "due per mille", according to which Italian taxpayers can choose to devolve a two per thousand from their annual income tax return to political parties.

⁶³ GRECO evaluation report on Italy, Strasbourg, 23.03.2012. Italian version available at www.anticorruzione.eu

⁶⁴ M. Revelli, *op. cit.* After the adoption of the "legge di stabilità", Monti resigned without a vote of no confidence. Then the President of the Republic dissolved the Parliament and held consultations.

⁶⁵ Many scholars are critical towards the use of the decree – law, "decreto – legge", as normative tool to regulate party financing. See R. Calvano, *La disciplina del finanziamento dei partiti, caso straordinario di necessità e urgenza?*, in Id.(ed.), *«Legislazione governativa d'urgenza» e crisi. Atti del I Seminario di studi di diritto costituzionale Unitelma Sapienza*, Napoli 2015, p. 43 ff.; F. Biondi, *Riflessioni sull'uso del decreto-legge come "disegno di legge rinforzato" (a partire dalla vicenda del decreto-legge n. 149 del 2013, in tema di riforma del sistema di finanziamento dei partiti politici)*, in R. Calvano (ed.), *op. cit.*, p. 73 ff.; A. Saitta, *Sulla straordinaria necessità e urgenza di abolire il finanziamento pubblico dei partiti*, in *forumcostituzionale.it*, 17.12.2013.

⁶⁶ The only European countries in which any form of direct public funding is not allowed are Malta and Switzerland.

⁶⁷ D. L. n°149/2013, art. 14, co. 1-3. Political parties continue receiving state subsidies until 2016. In 2014 there is a reduction of the amount of state financing received in 2013 of 25%; in 2015 a reduction of 50%; in 2016 a reduction of 75%.

The second form relies on individual donations⁶⁸. Citizens that donate up to 30.000 euros to political parties can deduce 26% of the donation as tax credit, but they cannot donate more than 100.000 euros⁶⁹. Contribution limits are directed to prevent that economic inequality would determine political inequality, avoiding financial disparities between parties. Financial exchange relationships between parties and candidates and private individuals or groups could set the conditions for a conflict of interest. So the recipient may prioritize the interests of its donors, prevailing on general interest. Private donations can thus generate suspicions of vote buying and trading influence. Some restrictions are generally applied to corporate donations, trying to prevent a “plutocratic shift” of democracy. A clear regulation aimed at preventing undue influences into politics and conflict of interests is yet to be adopted. Improving transparency could be an answer, but without an effective enforcement, the newly introduced rules could be easily circumvented.

Parties have to be enrolled in the “Register of political parties” established by the decree-law. It can be considered as a disposition directed to enhance transparency and a partial execution of the art. 49 of the Constitution. Combining the articles 1, 2, 18 and 49 of the Constitution, political parties enable citizens to take part to the political process, «contribut(ing) to determining through democratic method⁷⁰ national policies».

⁶⁸ D. l. n°149/2013, art. 11.

⁶⁹ Cf. R. Dickmann, *La contribuzione su base volontaria ai partiti politici prevista dal decreto legge n. 149 del 2013. Molte novità ed alcuni dubbi di costituzionalità*, in www.federalismi.it, 05.03.2014

⁷⁰ The expression “democratic method” has been interpreted in different ways. The traditional theories, that cannot be analysed here, rely on the conceptions of “democracy as a method or procedure” and “democracy as social status”. Anyways, the democratic method imply that parties could not subvert the constitutional order; they have to shape their internal structure according to democratic and transparent procedures (on internal democracy see *infra*, nt. 71) and then respect political, ideological and cultural pluralism. Cf. P. Ridola, *Partiti politici*, cit.; Id. *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano 1987; Id. *Le regole costituzionali del pluralismo politico e le prospettive del diritto dei partiti*, in *Giur. Cost.*, 1993, p. 2996 ff.; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte speciale*, Padova 1992, p. 339 ff.

During the years, many legislative proposals were made to regulate parties⁷¹, but they were unsuccessful: parties remained in the private law category of “not recognized associations”. According to the decree n. 149, political parties, movements, organized political groups who have presented candidates under their symbol and parliamentary groups who are enrolled in the Register fall within the definition of political parties. The enrollment of the parties in the two-sectioned Register depends on the successful control of political party statutes, provided by an oversight organ called *Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici*. It is composed by five judges appointed by the Presidents of Corte di Cassazione, Consiglio di Stato and Corte dei Conti. The *Commissione* was established in 2012⁷² in order to control balance sheets submitted by political parties. Since 2013 the overseeing functions are extended to political party statutes⁷³. The successful control enables parties to be enrolled in the second section of the Register and benefit the “due per mille” devolutions⁷⁴. In 2018 the overseeing organ adopted some guidelines for parties⁷⁵ to submit their statutes. After a brief overview of the legal framework, the Commission dedicates a specific paragraph to explain the necessary requirements to be enrolled in the “National Register of political parties” and then specifies the whole procedure of enrollment, the

⁷¹ Cf. Servizio Studi – Camera dei deputati, *Attuazione dell'articolo 49 Cost. in materia di disciplina dei partiti politici*, Documentazione per l'esame di progetti di legge, n. 398/2, 16.03.2016, www.camera.it; G. Amato, *Nota su una legge sui partiti in attuazione dell'art. 49 della Costituzione*, http://www.camera.it/temiap/XVI_0438.pdf; E. Gianfrancesco, *I partiti politici e l'art. 49 della Costituzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 30.10.2017.

⁷²L. n. 96/2012, art. 9, co. 3.

⁷³ The «Commissione» was not able to comply with its task until 2015, as more resources were allocated for its proper functioning. The *Commissione* has not enough resources still today. It has only 9 employees and has no own budget. For a further analysis of these issues, see A. Cardone, *Il controllo sui bilanci dei partiti «registrati» tra «delusioni» della prassi e riforme che si susseguono*, in F. Biondi, G. Tarli Barbieri, *op.cit.*, p. 73 ff.

⁷⁴ For a further inquiry, see G. Maestri, *Simboli dei partiti, controllo degli statuti e registrazione: gli effetti delle nuove norme sul finanziamento*, in www.federalismi.it, 05.03.2014.

⁷⁵ Deliberazione 12 febbraio 2018, n.1, *Linee guida per la redazione degli statuti dei partiti e dei movimenti politici*, available at www.parlamento.it

essential elements of the statute, the reviewing procedure for an already approved statute. These guidelines (*Linee Guida*) add further elements to what the d.l. 149/2013 provided on the essential elements of statutes, and at this respect they can be considered as *praeter legem* dispositions. Party statutes have to contain a minimum set of guarantees concerning internal organization, rights and duties of the members, access to the offices, gender equality and resources assignments, with the aim of enhancing transparency and internal democracy⁷⁶. This operation is directed not only to improve transparency (these documents were once inaccessible to public opinion), but also internal democratic organization of parties and political accountability. The new political finance regime introduced stricter requirements for disclosure of financial accounts and monitoring by a specially designated body. But an effective system of enforcement demands effective sanctions which impose penalties on violations of the legal rules.

Despite the efforts in transforming parties in glass houses, the citizens have not yet recovered their confidence towards politics. Looking at the period between 2013 and 2017, it can be seen a decrease in party incomes up to 60%⁷⁷, demonstrating the low level of “due per mille” devolutions and the incapacity in attracting private donations. The case of Partito Democratico is a good example of the difficulties that “traditional” parties had in managing the new introduced ways of financing⁷⁸. Coherently with the general

⁷⁶ The issue of internal democracy of political parties has been widely discussed by Italian legal scholars. *Ex multis*, cf. C. Pinelli, *Discipline e controlli sulla “democrazia interna” dei partiti*, Padova 1984; Id. *Il punto su disciplina e finanziamento dei partiti*, in *Diritto pubblico*, 2000; S. Merlini, *I partiti politici, il metodo democratico e la politica nazionale*, in *Annuario AIC 2008*, Napoli 2009, p. 51 ff.; Id. (ed.), *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, Firenze, 2009; F. Scuto, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Torino 2017; M. R. Allegri, *Principi democratici negli statuti dei partiti politici. Trasparenza e controllo*, in D. R. Piccio, (ed.), *Il finanziamento alla politica in Italia. Dal passato alle prospettive future*, Roma 2018.

⁷⁷ Cf. Openpolis, *Partiti in crisi*, ed.2018, www.openpolis.it.

⁷⁸ Cf. *I partiti italiani sono rimasti senza soldi. Un rapporto*, www.agi.it/politica/partiti_senza_soldi_finanziamenti-4187552/news/2018-07-23/. In 2013 the PD balance sheets reported 37,6 million euros of income (24,7 million were constituted by electoral reimbursements), that in 2017 decreased to 17,7 million (-

European trend, “new parties” seem more able to raise money from private donations than the “old ones”⁷⁹.

The newly introduced forms of financing are very far from covering the monetary requirements for party activities. This is not the only critical point: tax benefits on donations is extended to those that are not really voluntary, like the sums that MPs are statutory obliged to devolve to their party once elected. And then, even if political parties received a decreasing sum of public contributions since 2012, parliamentary groups continued (and still continue) to get very conspicuous subsidies from the budget of both Chambers, quantifiable in 52 million Euros, almost the triple of the incomes obtained through the “due per mille” devolutions⁸⁰. This is a relic of that public financing that the entire political class was so impatient to abolish.

Parliamentary groups financing is provided by the Regulations of Camera and Senato, implying that the rules concerning balance sheets and publicity requirements are not the same adopted for political parties⁸¹. The 2012 reform of parliamentary Regulations introduced some new dispositions impacting on the relations between groups and parties to enhance transparency. In the Regulation of Camera of 2012 it is provided that parliamentary groups, defined for the first time as “associations of deputies⁸²”, have to adopt a statute before the thirtieth day from their constitution⁸³. The introduction of the statute as mandatory element integrating the parliamentary groups’ regular constitution and functioning created an area of self-

53%). The “due per mille” devolutions amounted only to 8 million (1/3 of the electoral reimbursements perceived in 2013).

⁷⁹ I. van Biezen, P. Kopecky, *op. cit.*, p. 92.

⁸⁰ Cf. Openpolis, *Partiti in crisi*, ed. 2018, www.openpolis.it

⁸¹ Cf. T. F. Giupponi, *Finanziamento dei gruppi parlamentari, autonomia contabile e regime dei controlli interni nella riforma dei Regolamenti di Camera e Senato*, in F. Biondi, G. Tarli Barbieri (eds.), *cit.*, p. 275 – 299; L. Bardi, E. Calossi, E. Pizzimenti, *Which face comes first? The Ascendancy of the Party in Public Office*, in S. E. Scarrow, P. Webb, T. Poguntke (eds.), *cit.*, 69; L. Bartolucci, *I gruppi parlamentari nella XVII legislatura: cause e conseguenze della loro moltiplicazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2018; A. Ciancio, *I gruppi parlamentari. Studio intorno a una manifestazione del pluralismo politico*, Milano 2008.

⁸² Reg. Camera, art. 14, co. 1.

⁸³ Reg. Camera, art. 15, co. 2 – bis and 2 – ter.

regulation within which it could be possible to adopt different provisions from those contained in political parties' statutes⁸⁴. On the other side the Regulation of Senato did not give a definition of parliamentary group and did not prescribe to adopt a statute, but a regulation⁸⁵. Furthermore, the Regulations of both Houses prescribe that the state financing perceived by the groups must be exploited to realize institutional functions⁸⁶, even if related extra-parliamentary activities are not radically excluded⁸⁷.

Another relevant lack of transparency affects political foundations. They need an autonomous regulation, but they are still classified as "cultural foundations"⁸⁸. Their tasks are progressively increased: many assignments once properly absolved by parties are now delegated to foundations, standing the contraction of party incomes. The recently introduced "Third sector Code⁸⁹" is not still sufficiently clear in regulating the phenomenon⁹⁰. The new party financing rules determined an increase of new born political foundations. They were traditionally involved in political education, policy development, study and research activities, but in some cases they became tools through which politicians could raise money without complying with transparency requirements or contribution limitations and the principle of connection between parties and foundations is merely formalistic⁹¹.

This brief overview shows that the extreme resolution to abolish public financing has been clearly adopted in order to redeem the

⁸⁴ T. F. Giupponi, *op. cit.*, 279 and bibliography ivi cited.

⁸⁵ Reg. Senato, art. 15, co. 3 – bis and 3 – ter.

⁸⁶ Reg. Camera, art 15, co.4; Reg. Senato, art. 16, co. 2.

⁸⁷ T. F. Giupponi, *op. cit.*, 279 - 280, 282.

⁸⁸ C. Martinelli, G. E. Vigevani, *Il finanziamento delle associazioni e delle fondazioni politiche*, in F. Biondi, G. Tarli Barbieri (eds.), *cit.*, p. 203 – 216; S. Amorosino, *I soggetti del settore culturale. Le fondazioni culturali "di origine" o "a vocazione" politica*, in www.aedon.mulino.it, n.3/2010; M. Demarie, *Le fondazioni culturali in Italia, profili organizzativi*, in AA. VV. *Il problema delle fondazioni*, Roma 2004.

⁸⁹ D. lgs. n. 117/2017.

⁹⁰ For a further inquiry on the "Third Sector Code", see F. Sgrò, *cit.*, p. 30 ff.

⁹¹ Only 109 of the 121 political foundations listed have a website and only 19 publish regularly their balance sheets. Cf. Openpolis, *Cogito ergo sum. Think tank, fondazioni e associazioni politiche in Italia*, ed. 2018, www.openpolis.it

entire political establishment and stop the rising consensus of anti-political movements. The new discipline is affected by many grey zones, that do not allow to consider the decree law number 149 as an overall reform⁹².

5. Recent legislative innovations

The populist majority of a newly elected Parliament has recently approved the so called “anti – corruption law”⁹³, an inhomogeneous law that adds some non-criminal dispositions concerning political parties, movements and foundations⁹⁴. A closer look at these dispositions gives the idea that a new conception of political parties is emerging: the fact that dispositions on political parties are contained in a law concerning corruption in public administration assumes that they are ontologically corrupt. The measures introduced by the decree n. 149 were directed to enhance transparency and responsiveness in order to regain citizens’ trust and generate an increase of private donations and “due per mille” devolutions. The abolition of public funding has been adopted in the same “moralizing perspective” that supported its introduction in the ’70s, representing a sort of Dantesque “contrappasso”.

⁹² The last GRECO Report *Third Evaluation Round Addendum to the Second Compliance Report*, <https://rm.coe.int/third-evaluation-round-addendum-to-the-second-compliance-report-on-ita/16808b7947>, 22.06.2018 highlights that many of the 2012 recommendations have been «implemented satisfactorily», but many critical points still subsist. See M.C. Ubiali, *La disciplina italiana in materia di corruzione nell'ultimo rapporto del GRECO: tra le criticità, la corruzione degli arbitri, la corruzione internazionale, il finanziamento dei partiti*, in www.penalecontemporaneo.it, 10.07.2018.

⁹³ L. n°3/2019. Cfr. R. Orlandi, R. Seminara (eds.), *Una nuova legge contro la corruzione*, Torino 2019.

⁹⁴ L. n°3/2019, art. 1, co. 11 – 28. Some dispositions contained in the anti – corruption law concerning transparency requirements for parties, movements and committees has been amended by the d.l. 34/2019, “decreto crescita”, (see art. 43, co. 1-4) converted by L. n° 58/2019.

The new stricter regime provides more incisive dispositions concerning transparency⁹⁵. Parties, movements and candidates for mayor in municipalities with more than fifteen thousand inhabitants are now obliged to record in a register the amount of the contribution or the value of a service or other form of support received, together with the identity of the lender. Forms of support coming from foreign Governments⁹⁶, public entities and corporates are forbidden, as well as from people not registered on the electoral lists and from social cooperatives and consortiums. Parties, movements and lists are obliged to publish the candidates' CV and their criminal certificate before the elections. Foundations, associations and committees showing a "relation evidence"⁹⁷ with parties or movements are obliged to attend at the transparency requirements established for parties⁹⁸.

After this quick overview, some critical points could be made. Firstly, the legislation seems to discourage private financing, diminishing the facilitations addressed to the donors and adding other rules that make the system of contribution more intricate. This could appear unjustified because after the complete abolition of public financing, private donations are one of the two main pillars of funding for political parties. But as we have already seen, these forms of indirect contribution cannot recover the economic requirements needed by parties, that finish to get resources from the reimbursements assigned to parliamentary groups, whose major beneficiaries are the majority parties. Then, the complete disclosure of the private donors could imply the unconstitutionality of the provision because it violates the laws protecting sensitive data. And the obligation for parties to publish the criminal certificate of their

⁹⁵ T. F. Giupponi, *Gli obblighi di trasparenza per partiti e movimenti politici*, in R. Orlandi, R. Seminara (eds.), *op. cit.*, p. 365 ff.

⁹⁶ Parties may be banned from accepting money from foreign entities, governments or individuals in order to safeguard the country's domestic autonomy and sovereignty and to avoid the difficulties in ensuring the accountability of the donor.

⁹⁷ L. n°3/2019, art. 1, co. 28 extends all the dispositions contained in the law itself to political foundations, associations and committees, regardless the party or movement they are linked to is enrolled in the National Register.

⁹⁸ M. C. Ubiali, *Le disposizioni extra – penali della legge cd. Spazza – corrotti: trasparenza e finanziamento dei partiti politici e norme sulla regolamentazione delle fondazioni*, in www.penalecontemporaneo.it, 21.01.2019.

candidates before the elections gives some causes for concern, because it could appear as an effect of the general criminalization of politics, that is one of the main themes of populist rhetoric.

Other reform proposals, coming from political areas near to the parliamentary opposition, remain in the path traced by the decree law n°149, relying on the strengthening of forms of indirect financing⁹⁹ or on reintroducing forms of direct state financing. Currently this hypothesis does not seem to find support.

6. Some final remarks

The lawmaker has abdicated for too long to regulate political financing in a coherent and clear manner. The various reforms of party funding were adopted after the emersion of abuses with great media relevance with the aim to show a strong discontinuity from the past. The complete abolition of public financing made Italy an *unicum* in the European context, causing problems to parties' structure and organization and then discovering that this radical change has not automatically increased transparency and internal democracy, highlighting the persistence of an ambiguous relation between politics and private interests.

The last reform provided stricter rules for private donations, in this way making the "traditional" parties that suffered a relevant decrease of incomes weaker, while the parties at the head of government continue receiving the most considerable amount of money *sub forma* of contributions to parliamentary groups. The logic behind this new anti-corruption law is then coherent with many assumptions supported by Movimento Cinque Stelle. They promoted a model of "movement" alternative to parties, funded only through small private donations managed by web platform and characterized by a pervasive control on the costs of politics and by the radical aversion towards state funding and electoral reimbursements as well as towards every form of registration.

⁹⁹Cf. S. Ceccanti, *Il finanziamento della politica*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3, 2018.

Another Italian anomaly consists in the absolute inexistence of any decision of the Constitutional Court on party financing, despite the clearly established link between the regime of financing and the effectiveness of the party as a tool of constitutional democracy. In other constitutional experiences (e.g. Germany and U.S.A.) the discipline of party funding is almost co-decided by the lawmaker and the Constitutional Court. After the recent introduction of the new dispositions contained in the anti-corruption law, a pronouncement of the constitutional judge appears even more necessary.

The most evident critical profile is the violation of the rules on sensitive data coming from the complete disclosure of the private donors regardless their consent¹⁰⁰. There is a remarkable “trade off” between transparency and privacy¹⁰¹. According to some scholars, disclosure requirements reflect the notion that «the collective benefits of disclosing sources of financial support of political actors outweigh the donors’ right to privacy¹⁰²». These rules were introduced or extended after the introduction of state financing, while in many countries where parties do not receive direct public funding, disclosure regulations are weak or absent¹⁰³. Despite the abolition of public financing, in Italy the lawmaker adopted stricter disclosure requirements for private financing. This solution is regarded as a tool to control political corruption because public opinion can evaluate whether there is a link between donations and relevant political decisions. According to some scholars, enhancing transparency could

¹⁰⁰ T. F. Giupponi, *op. cit.*, p. 380 ff.

¹⁰¹ I. van Biezen, *Campaign and Party Finance*, cit., p. 65 ff. On the relation between transparency and privacy, see recently: E. Carloni, M. Falcone, *L’equilibrio necessario. Principi e modelli di bilanciamento tra trasparenza e privacy*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2017, p. 723 ff.; S. Calzolaio, *Protezione dei dati personali*, in *Dig. pubbl., Aggiornamento*, vol. VII, 2017.

¹⁰² K. Casas-Zamora, *op. cit.*, p. 23.

¹⁰³ K. H. Nassmacher, *Monitoring, control and Enforcement of Political Finance Regulation*, in R. Austin, M. Tjernström (ed.), *Funding of Political Parties and Election Campaigns*, Stockholm 2003, p. 141. The A. highlights that in some consolidated democracies in which parties are not entitled to receive state subsidies, the absence of control on private party financing is due to the notion of parties as voluntary associations of civil society and so a matter of internal autonomy.

have an adverse effect on democratic legitimacy¹⁰⁴. On the other side, the donors' willing to preserve the privacy of their political orientation is legitimate. Disclosure requirements may appear as an unjustified infringement on both individual privacy and autonomy of political parties as private associations¹⁰⁵. Private donations to political parties represent a form of political participation and an expression of political support. Coherently with the principle that every democratic regime would safeguard the secrecy of the vote, donors should not be required to declare the party they give support. This issue is particularly relevant for public officials who are expected to stay behind a shield of political neutrality, or to representatives of business organizations who fear to be discriminated if they are known to have supported a certain party¹⁰⁶.

Another problem concerns the equality of chances of parties, because empowering private donations indirectly assure a more favourable treatment to those parties having the majority in Parliament, that receive also a relevant sum of contributes devolved to parliamentary groups. The relationships between article 49 of the Constitution, pluralism and the forms of indirect financing is a relevant issue. According to the lawmaker, indirect financing would have taken the place of public direct financing, but the former is still a form of public financing. In fact the "due per mille" devolutions and the facilitation of 26% are sums of money the State renounces to give to the parties, but these funding instruments do not promote a fair and equal political competition as required by the Constitution. Instead of encouraging pluralism in party competition, these forms of financing seem directed to overstress their differences, trying to perpetuate the momentary position of the parties at the head of government.

¹⁰⁴ J. Fisher, T.A. Eisenstadt, *Introduction: Comparative Party Finance. What is to be done?* in *Party Politics*, 10, 2004, p. 619 ff.

¹⁰⁵ I. van Biezen, *Campaign and Party Finance*, cit.

¹⁰⁶ Ivi.

Abstract: The essay aims to analyse the impact of the party funding regulation on the changing role of the parties in the constitutional and political scenario in Italy. The author moves from the assumption that there is no Italian model of party financing, because of the erratic approach of legislative reforms in the field at stake. In particular, the idea is challenged that a stricter party financing regulation is a remedy to corruption and inefficiency. Against the background of recent innovations aimed at eliminating public funding, the author focuses on the need to preserve the role of public institutions, mainly through a combination of public funding and the regulation of fair electoral competition and political equality among political parties.

Keywords: political parties, party funding, corruption, constitutional principles, law-making

Silvia Filippi - Dottoranda in Scienze Giuridiche (Curriculum: Diritto Pubblico), Università degli studi di Perugia (silvia.filippi@studenti.unipg.it)

Recensione de “La ristrutturazione assente. Strumenti e limiti di un riordino complessivo della normativa primaria”, di Fabio Pacini (Editoriale Scientifica, 2017)*

Giovanni Piccirilli

1. Il volume di Fabio Pacini affronta le politiche di semplificazione e riordino normativo sviluppatesi nell’arco di almeno un decennio, avendo al centro il c.d. meccanismo “taglia-leggi” (avviato con la legge di semplificazione per il 2005) e accostando all’analisi di questo le sue premesse storiche e strumentali, nonché gli interventi ulteriori che sono stati posti in essere negli anni più recenti al fine di ridurre lo *stock* e la dispersione della normativa primaria. Si tratta di una analisi vasta e complessa, come del resto è vasta e complessa la problematica trattata (anzi, a più riprese definita dall’autore “indeterminata”, se non del tutto “indeterminabile”). Il giudizio di merito sull’approdo delle politiche di semplificazione normativa emerge sin dal titolo e anticipa una valutazione ampiamente insoddisfacente. Anzi, tale valutazione sembra “maturare” progressivamente nel testo, divenendo di “sapore non dolce” a metà della lettura¹ e assai più severa al termine del volume, accennando al “fallimento” degli strumenti richiamati², pur evidenziando la possibilità di trarre in ogni caso lezioni utili per i futuri tentativi di semplificazione.

Nella vastità e nella complessità citate si condensano gli indiscutibili

* Il contributo è stato inviato su richiesta della direzione e pertanto non è stato sottoposto a referaggio, in conformità con il regolamento della Rivista.

¹ F. Pacini, *La ristrutturazione assente. Strumenti e limiti di un riordino complessivo della normativa primaria*, Napoli 2017, 129.

² Ivi, 240 ss.

punti di forza del lavoro e, forse, qualche suo relativo limite, che in ogni caso non ne diminuisce l'utilità per il lettore.

2. Da un punto di vista preliminare, è anzitutto significativo che su un tema dibattutissimo come quello del taglia-leggi non fossero presenti studi propriamente monografici, permettendo di apprezzare ulteriormente il volume per il fatto che intervenga a colmare una così evidente lacuna in letteratura. Anche il volume di Bernardo Giorgio Mattarella³ dedicato alla “trappola delle leggi” affronta sì anche i taglia-leggi, ma nell'ambito di una panoramica più ampia di “diagnosi” dei problemi della legislazione e all'interno di un novero plurale e più generale delle possibili “terapie”, tra le quali gli strumenti previsti dalla legge di semplificazione per il 2005 costituiscono una delle possibili varianti.

Certo, esistono monografie e volumi collettanei su ambiti temporalmente precedenti, preliminari e condizionanti, come quella di Nicola Lupo⁴ sulla prima legge annuale sulla semplificazione, oppure dedicate al generale processo di codificazione (v. almeno, gli studi di Maurizio Malo⁵, Giovanni Savini⁶ e Riccardo Viriglio⁷, i volumi curati da Pasquale Costanzo⁸, Maria Alessandra Sandulli⁹) o alle dinamiche evolutive della delega legislativa anche a fini di semplificazione normativa (v. i volumi curati da Paolo Caretti e

³ B. G. Mattarella, *La trappola delle leggi: molte, oscure, complicate*, Bologna 2015.

⁴ N. Lupo, *La prima legge annuale di semplificazione: commento alla legge n. 50 del 1999*, Milano 2000.

⁵ M. Malo, *Manutenzione delle fonti mediante testi unici*, Torino 2004.

⁶ G. Savini, *Esperienze di nuova codificazione: i codici di semplificazione di settore*, Padova 2007

⁷ R. Viriglio, *La neocodificazione: riordino e riforma della legislazione per mezzo di testi unici e codici*, Napoli 2007.

⁸ P. Costanzo (cur.), *Codificazione del diritto e ordinamento costituzionale*, Napoli 1999.

⁹ M. A. Sandulli, *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano 2005.

Recensione de “La ristrutturazione assente. Strumenti e limiti di un riordino complessivo della normativa primaria”, di Fabio Pacini (Editoriale Scientifica, 2017)

Antonio Ruggeri¹⁰, da Emanuele Rossi¹¹, nonché la monografia di Anna Alberti¹², o ancora il fondamentale studio sulla manutenzione del libro delle leggi di Alessandro Pizzorusso¹³. Altrettanto, e più specificamente, esistono ampi saggi o raccolte di scritti, esclusivamente dedicati all’approfondimento del fenomeno “taglia-leggi” (e che anzi hanno contribuito, nel suo dispiegarsi, a comprenderlo e – in qualche modo – a indirizzarne gli esiti). Ci si riferisce, in particolare, ai lavori di Paolo Carnevale¹⁴ e Marcello Cecchetti¹⁵, punti di riferimento ineludibili, come pure ai volumi collettanei curati da Mario Dogliani¹⁶, Roberto Zaccaria¹⁷ e Nicola Lupo¹⁸, nonché il rapporto Astrid¹⁹ sugli esiti delle politiche di semplificazione normativa, anch’essi preziosi per l’approfondimento di singoli stadi e l’individuazione delle finalità complessive del meccanismo.

Eppure, restava intatta la necessità di una riflessione più ponderata, con il respiro e l’organicità proprie della sede monografica, che fosse in grado di contestualizzare lo strumento, ricostruirne gli esiti auspicati e la pratica concreta, nonché offrirne un qualche bilancio,

¹⁰ P. Caretti, A. Ruggeri (cur.), *Le deleghe legislative: riflessioni sulla recente esperienza normativa e giurisprudenziale: atti del convegno, Pisa, 11 giugno 2002*, Milano 2003.

¹¹ E. Rossi (cur.), *Le trasformazioni della delega legislativa: contributo all’analisi delle deleghe legislative nella XIV e XV legislatura*, Padova 2009.

¹² A. Alberti, *La delegazione legislativa tra inquadramenti dogmatici e svolgimenti della prassi*, Torino 2015.

¹³ A. Pizzorusso, *La manutenzione del libro delle leggi ed altri studi sulla legislazione*, Torino 1999.

¹⁴ P. Carnevale, *Le cabale della legge: raccolta di saggi in tema di semplificazione normativa e manovra "taglia-leggi"*, Napoli 2011.

¹⁵ M. Cecchetti, *Il "taglio" delle leggi tra deleghe legislative, decretazione d’urgenza, clausole "ghigliottina" e abrogazioni espresse*, in *Studi sulle fonti del diritto. Vol. 1: Le relazioni tra Parlamento e Governo*, Milano 2010, 95-249.

¹⁶ M. Dogliani (cur.), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Torino 2012.

¹⁷ N. Lupo, R. Zaccaria (cur.), *La delega "taglialeggi": i passi compiuti e i problemi da sciogliere: atti del seminario (Roma, Università LUISS Guido Carli, 1° aprile 2008)*, Roma 2008.

¹⁸ N. Lupo (cur.), *Taglialeggi e Normativa tra luci e ombre*, Padova 2011.

¹⁹ A. Natalini, G. Tiberi (cur.), *La tela di Penelope: primo Rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica*, Bologna 2010.

ora che da esso è maturata una certa distanza temporale, nonché si è prodotta una evidente discontinuità nel contesto politico-istituzionale.

3. Nel perseguimento di questi obiettivi, il volume di Fabio Pacini costituisce una sfida per il lettore utile e interessante. Il principale pregio sembra potersi individuare nell’ampiezza dello spettro della ricostruzione offerta, che spazia appunto dai presupposti teorici dell’utilizzo della delega legislativa e della decretazione d’urgenza per finalità di semplificazione normativa²⁰, allo svolgimento del taglia-leggi e alle conseguenti ri-concettualizzazioni delle categorie fondamentali dello strumento della delega legislativa²¹, alla ricostruzione dei singoli casi problematici nati a partire dai limiti intrinseci del taglia-leggi stesso, nonché dalla frammentarietà e disorganicità degli strumenti che vi sono stati affiancati²². L’analisi è ulteriormente completata da una selezione di “questioni aperte e prospettive”²³ in grado di collegare alcuni strumenti propri della stagione del tentativo di semplificazione normativa alle linee direttrici della XVII legislatura e all’attuazione di ulteriori politiche di sistema che con esso si intrecciano.

Più nel dettaglio, sembrano essere almeno tre i punti critici sui quali la lettura del testo contribuisce a far luce. Anzitutto, vengono chiariti alcuni snodi di fondo eppure di non immediata evidenza, come il fatto che semplificazione e riordino costituissero nel progetto iniziale due fasi temporalmente e funzionalmente distinte, ovviamente in qualche modo connesse eppure non necessariamente consequenziali l’una all’altra. E infatti, se la riduzione dello *stock* normativo può comunque dirsi effettuata (ancorché con le incertezze e i cambi di direzione di cui si dà conto nel testo), il riordino è stato sicuramente assai parziale, limitato a pochi settori e – anche ove effettuato – con criticità tecniche non secondarie, parte delle quali potrebbero ancora rivelare i propri aspetti più controversi nella applicazione concreta. In secondo luogo, si offre una attenta disamina delle tensioni a cui è

²⁰ F. Pacini, *op. cit.*, spec. capp. I e II.

²¹ Ivi, capp. III e IV.

²² Ivi, spec. cap. V.

²³ Ivi, cap. VI.

stato sottoposto lo strumento della delega legislativa rispetto a quello che ne è stato, forse, l'utilizzo più estremo. Non solo rispetto agli elementi essenziali individuati nell'art. 76 Cost.; ma anche, più in generale, nel rapporto Governo-Parlamento all'interno della forma di governo, ampliando il confronto tra le varie operazioni abrogatrici e “salvatrici” al dialogo effettuato in sede di espressione dei pareri parlamentari sugli schemi di decreti delegati.

Infine, l'aver radunato in un'unica sede l'analisi dei vari strumenti (spesso analizzati singolarmente) sulla base di un criterio teleologico, ossia improntato sul fine semplificatorio e di riassetto, indipendentemente dall'utilizzo della delega legislativa (pur posta al centro del volume), della decretazione d'urgenza, o di singoli e episodici interventi ulteriori.

4. Volendo individuare i punti meno convincenti, tuttavia da inquadrarsi nella richiamata complessità e vastità dell'oggetto di studio, il testo costituisce una lettura assai impegnativa. Già per la comprensione del titolo (che immediatamente appare in qualche modo evocativo, ma che non ha l'immediatezza dei più riusciti) bisogna giungere alla fine dell'introduzione, al fine di scorgere la ispirazione addirittura nella critica allo strutturalismo di Umberto Eco: la “*Struttura assente*”, da cui si trae spunto per sottolineare l'assenza non solo di una soddisfacente struttura nelle fonti primarie, ma anche per sottolineare analoga insoddisfazione per l'opera di riassetto posta al centro dell'analisi. Per altro, è forse discutibile l'operazione stessa di aver trasposto, in un lavoro che comunque si inserisce in una prospettiva strutturalista, l'etichetta fatta propria in una sede finalizzata a contestare la valenza esplicativa di quello stesso approccio. Inoltre, alla sistematica del volume (composto da ben 6 capitoli, oltre *Introduzione* e *Conclusioni*) avrebbe forse giovato di una divisione in parti, così anche da sfumare maggiormente una qualche ricorsività nella individuazione dei percorsi contenuti nei singoli capitoli, che a volte ripartono da punti trattati in precedenza al fine di sviluppare l'analisi in una diversa direzione. Infine, l'importante opera di pulizia lessicale e concettuale che l'oggetto del volume ha richiesto (e che l'autore ha saputo offrire in più punti) rimane forse nelle pieghe dello svolgimento, mentre la

Giovanni Piccirilli

*Recensione de “La ristrutturazione assente. Strumenti e limiti di un riordino complessivo della normativa primaria”, di
Fabio Pacini (Editoriale Scientifica, 2017)*

sintesi utilizzata nelle scelte di intitolazione di paragrafi e capitoli (spesso, ancora, evocativi e tesi all'utilizzo di rimandi indiretti a convenzioni lessicali o concettuali, evidenziati dalle tantissime espressioni riportate tra virgolette presenti) finiscono forse per disperdere alcune delle operazioni di “pulizia” che nel testo si riesce a raggiungere.

Ne risulta un testo che richiede al lettore un livello di pre-conoscenza del tema da “iniziato” al fine di cogliere al meglio la parte più innovativa e utile del lavoro. È evidente, però, come questo costituisca un limite assai relativo del lavoro, potendo addirittura essere inteso come un pregio: una ricercata limitazione della parte più compilativa (confinata, in fondo, al solo cap. I), al fine di procedere all'approfondimento di un tema che – per la sua specifica natura – richiede una profonda interconnessione tra testo e contesto, nonché una immersione completa nei suoi meccanismi per poterne cogliere le funzionalità, i difetti di progettazione e, dunque, le occasioni perse dalla stagione di semplificazione che sembra ormai essere stata definitivamente accantonata in questa fase del ciclo politico.

Giovanni Piccirilli - Ricercatore di Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Luiss “Guido Carli” (gpiccirilli@luiss.it)

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.